

Rivista di diritti comparati

Rivista quadrimestrale

Special Issue II (2020)

DIREZIONE

Andrea Buratti (Università di Roma “Tor Vergata”)
Giuseppe Martinico (Scuola Universitaria Superiore Sant’Anna di Pisa)
Oreste Pollicino (Università commerciale “Bocconi” di Milano)
Giorgio Repetto (Università di Perugia)
Raffaele Torino (Università Roma Tre)

COMITATO SCIENTIFICO

Richard Albert (Texas University, Austin), Vittoria Barsotti (Univ. Firenze), Francesco Bilancia (Univ. Chieti-Pescara), Roberto Bin (Univ. Ferrara), Giuseppe Bronzini (Corte di cassazione), Ermanno Calzolaio (Univ. Macerata), Paolo Carrozza † (Scuola Sant’Anna, Pisa), Marta Cartabia (Univ. Bicocca, Corte costituzionale), Ginevra Cerrina Feroni (Univ. Firenze), Francesco Cerrone (Univ. Perugia), Roberto Conti (Corte di cassazione), Diego Corapi (Univ. Sapienza, Roma), Barbara De Donno (Luiss “Guido Carli”), Pasquale De Sena (Univ. Cattolica del Sacro Cuore, Milano), Giuseppe De Vergottini (Univ. Bologna), Alessandra Di Martino (Univ. Sapienza, Roma), Giuseppe Franco Ferrari (Univ. Bocconi), Tommaso Edoardo Frosini (Univ. Suor Orsola Benincasa), Anna Gamper (Universität Innsbruck), Javier García Roca (Universidad Complutense de Madrid), Michele Graziadei (Univ. Torino), Peter Hay (Emory University), Nicola Lupo (Luiss “Guido Carli”), Elena Malfatti (Univ. Pisa), Miguel Poiars Maduro (European University Institute), Giovanni Marini (Univ. Perugia), Francesco S. Marini (Univ. Roma Tor Vergata), Roberto Mastroianni (Univ. Napoli Federico II, Tribunale UE), Petros Mavroidis (Columbia University, NY; Université de Neuchâtel), Antonello Miranda (Univ. Palermo), Luigi Moccia (Univ. Roma Tre), Laura Montanari, (Univ. Udine), Massimo Papa (Univ. Roma Tor Vergata), Ernst Ulrich Petersmann (European University Institute), Valeria Piccone (Corte di Cassazione), Cesare Pinelli (Univ. Sapienza, Roma), Giovanni Pitruzzella (Univ. Palermo, Corte di Giustizia UE), Marie-Claire Ponthoreau (Université de Bordeaux), Patricia Popelier (University of Antwerp), Paolo Ridola (Univ. Sapienza, Roma), Roberto Romboli (Univ. Pisa), Antonio Ruggeri (Univ. Messina), Alejandro Saiz Arnaiz (Universität Pompeu Fabra), Roberto Scarciglia (Univ. Trieste), Robert Schütze (Durham University, Luiss “Guido Carli”), Francesco Viganò (Univ. Bocconi, Corte costituzionale)

REDAZIONE

Marco Bassini (Università commerciale “Bocconi” di Milano) - Giacomo Delledonne (Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa) - Claudio Di Maio (Università della Calabria) - Silvia Filippi (Università di Perugia) - Francesco Saitto (Università degli Studi di Roma “La Sapienza”)

SOMMARIO

Nuovi diritti proprietari e beni comuni

Saggi

GIOVANNI MARIA RICCIO, *Arte negli spazi pubblici e superamento delle logiche proprietarie: suggerimenti e suggestioni dall'analisi comparatistica*

[pp. 5-21]

STEFANIA MABELLINI, *La proprietà conformata dei beni culturali come archetipo per lo status dei "beni comuni"?*

[pp. 22-47]

GIUSEPPE GIAIMO, *Il corpo umano tra proprietà e autodeterminazione*

[pp. 48-80]

LAURA VAGNI, *La proprietà dei semi in agricoltura: spunti ricostruttivi*

[pp. 81-112]

STEFANO FANETTI, *A proposito di suolo "bene comune"*

[pp. 113-137]

ALESSANDRA PERA, *La Casa del Popolo di Palermo: l'ennesimo caso di inerzia politica e amministrativa. Ipotesi di uso dei beni comuni per una buona discussione*

[pp. 138-168]

GIACOMO CAPUZZO, *Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno a due modelli di governance del Domain Name System*

[pp. 169-228]

Il regolamento relativo alla procedura di valutazione dei contributi pubblicati nella *Rivista* e le *Norme editoriali* sono disponibili on line all'indirizzo www.diritticomparati.it/rivista

Editore: Andrea Buratti (Università di Roma “Tor Vergata”), Giuseppe Martinico (Scuola Universitaria Superiore Sant’Anna di Pisa), Oreste Pollicino (Università commerciale “Bocconi” di Milano), Giorgio Repetto (Università di Perugia), Raffaele Torino (Università Roma Tre)

Coordinatore Editoriale: Serenella Quari

Sede: Via Roentgen, 1 – 20136 Milano / Via O. Raimondo, 18 – 00173 Roma

ISSN: 2532-6619

Arte negli spazi pubblici e superamento delle logiche proprietarie: suggerimenti e suggestioni dall'analisi comparatistica *

Giovanni Maria Riccio

SOMMARIO: 1. Perimetrazione del campo di indagine. – 2. Arte negli spazi pubblici e proprietà intellettuale. – 3. Regole proprietarie e inapplicabilità degli istituti giuridici esistenti. – 4. Dal privato al pubblico, fino al comune. – 5. Una modesta proposta e cenni ad altri “agganci” normativi. – 6. Prospettive e (impossibilità di addivenire a) conclusioni.

1. Perimetrazione del campo di indagine

Dibattere dei problemi giuridici della *street art* impone, preliminarmente, di soffermarsi sul campo di indagine. Di cosa parliamo quando parliamo di *street art*? Esistono differenze tra questa forma d'arte e altre espressioni quali *urban art*, *graffiti art*, arte pubblica, arte negli spazi pubblici e così via discorrendo?

La narrazione dominante riconduce la nascita di tale forma artistica alla metà degli anni Settanta, nell'ambito della controcultura newyorchese¹. La genesi risentirebbe di influenze molteplici, che spaziano dal lettrismo, *all'art brut* e *all'action painting*, fino a giungere alla *pop art* (e sino a quelli che sovente sono citati come “padri” della *street art*: Jean-Michel Basquiat e Keith Haring) e al situazionismo; secondo altri, vi sarebbe un collegamento con il muralismo messicano e con le opere di Diego Rivera e José Clemente Orozco.

Chi scrive ha l'impressione (non avendo strumenti di analisi adeguati alla edificazione di un'opinione scientifica) che tali

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

¹ Cfr., tra i tanti, King Adz, *Street Knowledge*, Overlook Pr., 2011; per una differente narrazione, v. invece C. McCormick, Marc & Sara Schiller, Ethel Seno, *Trespass. A History of Uncommissioned Urban Art*, Taschen, 2011.

Giovanni Maria Riccio

*Oltre la proprietà privata. Questioni giuridiche
in materia di arte negli spazi pubblici*

ricostruzioni, per quanto utili sul piano didascalico, non colgano l'essenza di un fenomeno più complesso e articolato. Per tale ragione, risultando nei fatti non agevole una tassonomia delle tipologie di opere che si suole ricondurre nell'ambito della *street art*, nel corso del presente lavoro si parlerà prevalentemente di arte negli spazi pubblici².

È appena il caso di osservare, infatti, che un eventuale intervento legislativo – così come lo sforzo di applicare le categorie giuridiche esistenti – non può coinvolgere esclusivamente una corrente artistica, ma, inevitabilmente, deve partire da un criterio accomunante più ampio, che abbracci problematiche non necessariamente connesse al muralismo (qualsiasi accezione voglia assegnarsi a tale termine), quali, ad esempio, il diritto di panorama³.

² Altri preferiscono parlare di arte pubblica: cfr. C.Y.N. Smith, *Community Rights to Public Art*, 90 St. John's Law Review 369, 371 (2016): "For the purpose of this Article, an appropriate definition of 'public art' is art in any media intended and displayed in the public domain, usually outside or in public buildings and accessible to all persons. 'Community' is defined as 'the people with common interests living in a particular area'". Sebbene la definizione appena riportata coincida con quella proposta nel testo, corre l'obbligo di osservare che la locuzione arte pubblica rischia di essere fraintesa, potendo essere confusa con l'arte finanziata da un'autorità pubblica o finalizzata a propagandare una specifica idea politica.

³ Sul tema, per tutti, v. G. Resta, *Chi è proprietario delle Piramidi? L'immagine dei beni tra property e commons*, in *Politica del diritto*, 2009, 567 ss. La libertà di panorama consiste nella possibilità di effettuare riprese o scattare fotografie di opere dell'architettura o di opere d'arte collocate in un luogo pubblico. I singoli Stati dell'Unione europea, in assenza di un'indicazione dalla legislazione comunitaria, hanno adottato approcci differenti, che spaziano da una libertà assoluta, tipica degli ordinamenti di *common law*, a fortissime chiusure, come quelle suggerite recentemente dai giudici francesi. In Italia, non ci sono norme che disciplinino la questione e, nel silenzio della legge, deve ritenersi che, in caso di opere protette e non cadute in pubblico dominio, sia necessario pagare i diritti o ottenere una licenza per le riprese o le foto di tali beni. In passato, è stato presentato un disegno di legge, ma, allo stato, manca ancora una norma *ad hoc*, a differenza di altri ordinamenti giuridici: per esempio, in Germania, il paragrafo 59 dell'*Urheberrechtsgesetz*, la legge sul copyright, ammette la riproduzione delle opere collocate stabilmente in luoghi pubblici, in qualsiasi forma; similmente in Spagna, l'art. 35 del Decreto Reale n. 1 del 1996, consente di riprodurre in forma bidimensionale «opere collocate permanentemente in parchi, strade, piazze o altri spazi pubblici»; così anche in Portogallo, dove l'articolo 75(2) del *Código do direito de autor e dos direitos conexos*, consente la riproduzione delle opere collocate in luoghi pubblici, a condizione che non contrastino – conformemente a quanto previsto dalla Convenzione di Berna – con lo sfruttamento normale dell'opera stessa.

Giovanni Maria Riccio
*Oltre la proprietà privata. Questioni giuridiche
in materia di arte negli spazi pubblici*

Probabilmente, però, per quanto fondamentale possa apparire una sistemica delle opere d'arte, essa non interessa l'analisi giuridica, dovendo essere discussa e risolta da altri settori di ricerca.

Difatti, la qualificazione di un'opera come artistica è tendenzialmente indifferente per il diritto. Non si sta qui dicendo che tale attribuzione non abbia dei riflessi giuridici, ma che la qualificazione stessa non è, né potrebbe essere, rimessa a una definizione legislativa. Si tratta di una considerazione scontata: perfino la critica d'arte ha difficoltà a definire che cosa sia l'arte stessa – e forse vale ancora l'idea di Gombrich, per il quale arte è ciò che per i critici è tale⁴ – per cui, evidentemente, un simile criterio di selezione non può essere affidato alla scienza giuridica.

Se proviamo a concentrarci, invece, sull'aspetto propriamente legale, allora possiamo tentare di individuare una pluralità di problematiche, con la consapevolezza che, nel presente lavoro, per ovvie ragioni di sintesi, ne saranno affrontate solo alcune.

2. Arte negli spazi pubblici e proprietà intellettuale

È indubbio che l'arte negli spazi pubblici si confronti (e spesso si scontri) con i paradigmi proprietari su cui poggia il nostro come altri ordinamenti giuridici. Probabilmente, il tema della proprietà intellettuale, su cui sembra essersi concentrata la dottrina che si è dedicata alla *street art*, è quello di più semplice risoluzione.

Da un lato, non paiono esservi dubbi in merito alla tutelabilità, nello spettro delle regole del diritto d'autore, delle opere. Difatti, i requisiti richiesti dalla Legge n. 633/1941 sono rispettati nel caso che ci interessa: si tratta di opere nuove, creative, soggette a un processo di esteriorizzazione, che rientrano nell'ambito dell'arte o della cultura.

Requisiti che paiono sussistere anche nel caso delle cc.dd. tag, le firme che i *writer* associano al proprio nome e che, frequentemente, adornano o imbrattano (a seconda della prospettiva da cui le si guarda) vagoni di treni e metropolitane e sottopassi ferroviari: difatti, in tale ipotesi, non sembra possa essere negato il requisito della creatività, che,

⁴ E. Gombrich, *Arte e pubblico: artisti, esperti, clienti*, a cura di L. Vigliani, Milano-Udine, 2013.

Giovanni Maria Riccio
*Oltre la proprietà privata. Questioni giuridiche
in materia di arte negli spazi pubblici*

per giurisprudenza costante, richiede uno sforzo minimo da parte dell'autore.

In tale ottica, non si vede quale ostacolo potrebbe frapporsi al riconoscimento dei proventi derivanti dallo sfruttamento delle opere in caso di utilizzazione da parte di terzi, ad esempio per gadget, t-shirt, pubblicità, opere cinematografiche e così via enumerando. Per mera completezza, si ricorda poi che nell'ordinamento italiano, al pari degli altri sistemi giuridici appartenenti all'area di *civil law*, l'eventuale illiceità dell'opera non inficia lo sfruttamento economico dell'opera⁵.

Non trova accoglimento, quindi, la teoria, peraltro in via ripensamento, dell'*unclean hands*, elaborata dalla giurisprudenza statunitense, secondo cui un soggetto non potrebbe ottenere un beneficio economico dalla commissione di un atto illecito⁶. Si tratta di una *doctrine* che impedisce all'attore, in un procedimento giudiziario, di far valere un diritto, laddove l'esercizio di tale diritto sia connesso con il compimento di una condotta illecita, come nel caso, ad esempio, della realizzazione di un murale in assenza di autorizzazione da parte del proprietario del supporto.

È una *doctrine*, tuttavia, spesso evocata, ma che raramente ha trovato accoglimento nel settore che ci interessa. Infatti, la condotta dell'artista, che potrebbe essere ricondotta all'idea di vandalismo⁷, non inficerebbe, a giudizio della giurisprudenza americana, il riconoscimento dei diritti di sfruttamento economico sull'opera⁸.

Peraltro, come correttamente si osserva, negare la tutela autoriale equivarrebbe a una duplice sanzione nei confronti della medesima condotta illecita. Tale condotta è già sanzionata autonomamente; non

⁵ P. Greco, P. Vercellone, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in *Tratt. dir. civ.* di Vassalli, Torino, 1974, 52 ss.. Merita di essere segnalata una risalente pronuncia della giurisprudenza di merito

⁶ *Primeau v. Granfeld*, 193 F. 911, 912 (2d Cir. 1911).

⁷ Per una lettura differente, si rinvia alle acute osservazioni di P. Bengtsen, *Stealing from the public. The value of street art taken from the street*, in J.I. Ross (ed.), *Routledge Handbook of Graffiti and Street Art*, 2016, Routledge, 2016, 416 ss.

⁸ *Villa v. PearsonEducadon, Inc.*, No. 03 C 3717, 2003 WL 22922178 (N.D. Ill. Dec. 9, 2003).

Giovanni Maria Riccio
*Oltre la proprietà privata. Questioni giuridiche
in materia di arte negli spazi pubblici*

risponderebbe a un criterio di proporzionalità negare che da tale condotta possano derivare diritti di proprietà intellettuale⁹.

Più complesso risulta l'esercizio del diritto morale d'autore sulle opere e, in particolare, l'ipotesi disciplinata dall'art. 20 l.d.a., che attribuisce all'autore il diritto "*di opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione od altra modificazione, ed a ogni atto a danno dell'opera stessa, che possano essere di pregiudizio al suo onore o alla sua reputazione*".

Il diritto morale degli autori delle opere di *street art*, come a breve si vedrà, è tenuto in considerazione dalla legislazione americana, mentre problemi applicativi maggiori trova negli ordinamenti – come quello italiano – in cui manchi un'espressa norma che disciplini tale aspetto.

Sul punto, un tema interessante è quello della liceità del *crossing out* o *going over*, un fenomeno frequente nell'"universo" dei graffiti, consistente nel coprire, cancellare o sovrascrivere il lavoro compiuto da altro soggetto, in genere per ragioni di inimicizia tra artisti o tra *crew*. Possiamo ritenere, in linea con la giurisprudenza dominante, che si ricada nella previsione di cui all'art. 20 l.d.a. ogniqualvolta la modifica dell'opera "*comporti delle modificazioni sostanziali o formali che ne alterino la coerenza narrativa, il significato complessivo del suo messaggio ovvero il suo pregio artistico*"¹⁰?

⁹ Cfr. C. Lerman, *Protecting Artistic Vandalism: Graffiti and Copyright Law*, 2 NYU J. Intell. Prop. & Ent. L. 295, 318 (2012). In senso simile, v. anche C. Cosentino, *La tutela delle opere di «street art» tra diritto d'autore e regole proprietarie*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, 535. Nell'ambito della giurisprudenza nordamericana, v. *Mitchell Brothers Film Group v. Cinema Adult Theater*, F.2d 852 (5th Cir. 1979); *Jartech, Inc. v. Clancy*, 666 F.2d 403, 406 (9th Cir. 1982).

¹⁰ Così Cass., 4 settembre 2013, n. 20227, in *Dir. ind.*, 2014, 1, 37 nota di Gioia. Due recenti casi italiani meritano di essere segnalati, giacché, a parere di chi scrive, integrano gli estremi di cui all'art. 20 l.d.a. Si tratta di due episodi che muovono da punti di partenza differenti, giacché, nel primo caso, si tratta di un'opera autorizzata, nell'altro, invece, di un'opera realizzata senza commissione. Si allude alla vicenda che ha colpito l'opera di Lucamaleonte a Ostia, nei pressi della fermata ferroviaria: il murale conteneva una serie di immagini di personaggi celebri del quartiere romano, alcuni dei quali – dopo che l'opera era stata ultimata – sono stati cancellati su pressione di alcune forze politiche locali. Nell'altro caso, invece, un'opera di TVBoy ritraente Carola Rackete è stata deturpata da un attivista leghista, il quale ha rivendicato il proprio gesto. Sui due casi, nonché sui loro riflessi giuridici, sia consentito rinviare rispettivamente a G.M. Riccio, *Street Art e amministrazioni locali*.

Giovanni Maria Riccio
*Oltre la proprietà privata. Questioni giuridiche
in materia di arte negli spazi pubblici*

3. Regole proprietarie e inapplicabilità degli istituti giuridici esistenti

Recentemente, la dottrina ha provato a ragionare sulle regole proprietarie del nostro Codice civile e sulla loro applicabilità alle opere in spazi pubblici¹¹.

In particolare, alcuni autori – sia a livello interno sia negli ordinamenti di *common law* – hanno ipotizzato che l’opera potrebbe essere assimilata a un bene abbandonato (*res nullius*). In questo caso, la proprietà è del soggetto che attua l’apprensione materiale della cosa: la fattispecie è disciplinata, nel nostro ordinamento, dall’art. 923 cod. civ., che prevede, quale presupposto per la sua applicabilità, che la cosa sia abbonata con l’*animus dereliquendi* e che, quindi, non sia smarrita, ma che sussista la volontà di separarsi dal bene.

Nel diritto italiano, peraltro, la disposizione citata interessa esclusivamente i beni mobili, a differenza della teoria dell’*abandoned property* degli ordinamenti del diritto americano, che trova applicazione a tutti i beni, pur richiedendo che la cosa sia abbandonata unilateralmente (nel senso che il proprietario originario, l’autore nel nostro caso, sia indifferente al soggetto che ne acquisterà successivamente la proprietà) e che si realizzi un distacco prolungato, da un punto di vista temporale, tra proprietario e bene¹².

Possiamo ritenere che l’opera realizzata in uno spazio pubblico sia abbandonata dall’artista, in assenza di una committenza o di altri accordi con il proprietario del supporto?

Una seconda opzione ermeneutica condurrebbe a qualificare l’atto compiuto dall’autore dell’opera quale donazione. Siamo,

La cancellazione delle opere è la strada giusta?, in *Artribune*, 4 agosto 2019, e G.M. Riccio, *Street art e zelo dei militanti politici. Il murale con Carola Rackete deturpato a Taormina*, in *Artribune*, 12 agosto 2019.

¹¹ Si segnala, in particolare, il bel lavoro di N.A. Vecchio, *A chi appartiene la città? Sulla dialettica tra street art e diritto*, Padova, 2017, 95 ss., ma v. anche R. Colantonio, *La Street art è illegale? Il diritto dell’arte di strada*, Napoli, 2017, 93 ss.; C. Sellitto, *Street art e diritto d’autore. Prospettive e problematiche giuridiche del writer*, Napoli, 2019, *passim*.

¹² *Routh Wrecker Service, Inc v Wins*, 847 SW2d 707, 709 (Ark. 1993).

Giovanni Maria Riccio
*Oltre la proprietà privata. Questioni giuridiche
in materia di arte negli spazi pubblici*

naturalmente, al di fuori del diritto di proprietà, sebbene si realizzi, in tale fattispecie, un fenomeno traslativo del diritto.

Diversi sono, peraltro, i presupposti tra ordinamenti di *common law* e di *civil law*. Ad esempio, nel nostro ordinamento la donazione è un contratto, soggetto al rispetto di determinati requisiti formali, dal momento che, per la validità dello stesso, è richiesto l'atto pubblico. Pertanto, volendo ammettere che l'artista stia donando la propria opera al proprietario del muro (o di altro supporto), dovrebbe ritenersi che tale atto sia accompagnato dal rispetto, previsto a pena di nullità dall'art. 782 cod. civ., di un requisito formale e cioè, nei fatti, di un atto redatto da notaio o da altro pubblico ufficiale legittimato ad attribuire al documento pubblica fede: risulta evidente, quindi, che tale ricostruzione teorica si scontri con la realtà fattuale, facendo cadere l'ipotesi applicativa suggerita.

Del resto, anche se si affronta la vicenda dal punto di vista dell'ordinamento inglese o statunitense, la conclusione non pare possa mutare. Difatti, sebbene vi sia meno rigore in relazione all'aspetto formale (ma non deve dimenticarsi che la donazione, essendo sfornita di *consideration* richiede che l'atto sia munito di un "sigillo" e sia dunque compiuto *under seal*)¹³, vi è un elemento che accomuna le esperienze giuridiche, rappresentato dalla necessaria presenza dell'*animus donandi* e, cioè, della volontà di trasferire il bene ad un determinato soggetto¹⁴. Pertanto, concentrarsi sull'intento, sulla reale volontà dell'autore dell'opera (soggetto spesso anonimo, che ambisce a rimanere tale) diviene esercizio fantasioso: esercizio forse possibile nelle opere *site specific*, ma sicuramente del tutto arbitrario nel caso delle opere cc.dd. *ubique*, ossia delle opere che non hanno una connessione specifica con il luogo per il quale sono pensate¹⁵.

Inapplicabile risulta anche la disciplina sull'accessione, istituto disciplinato dagli artt. 934 ss. cod. civ., secondo cui, com'è noto, un'opera, denominata cosa accessoria e realizzata sulla cosa principale, viene incorporata dalla cosa principale. In altri termini, nel caso delle opere che interessano il presente lavoro, si realizzerebbe un'ipotesi per

¹³ Per una prima introduzione al tema, si rinvia, per tutti, a K. Zweigert - H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato*, trad. it., II, Milano, 1995,

¹⁴ Cfr. *Schenker v Moodhe*, 200 A 727, 728 (Md 1938).

¹⁵ P. Salib, *The Law of Banksy: Who Owns Street Art?*, 83 Univ. Chi. L. Rev., 2302 (2016), SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2711789>

Giovanni Maria Riccio

*Oltre la proprietà privata. Questioni giuridiche
in materia di arte negli spazi pubblici*

cui il proprietario del muro acquista la proprietà dell'opera, nel caso in cui la stessa sia incorporata sul muro stesso¹⁶.

La complessità di tale ricostruzione, però, è data dalla disciplina complessiva dell'istituto in questione, che prevede, all'art. 936 cod. civ., che, in caso di opere fatte da un terzo con materiali propri (che è il caso degli artisti di opere non autorizzate), il proprietario del supporto ha il diritto di trattenere le opere oppure di obbligare colui che le ha fatte a rimuoverle. Nel primo caso, tuttavia, il proprietario è tenuto a pagare “a sua scelta il valore dei materiali e il prezzo della mano d'opera oppure l'aumento di valore recato al fondo”.

Altri istituti del diritto privato potrebbero essere presi a parametro per valutarne l'applicabilità alle opere collocate in spazi pubblici: basti pensare, a titolo esemplificativo, all'usucapione.

Tuttavia, pur apprezzando tali sforzi ricostruttivi, l'approccio non risulta del tutto convincente. Gli istituti velocemente passati in rassegna furono pensati dal legislatore codicistico per un contesto storico-economico differente rispetto a quello attuale e ciò determina, inevitabilmente, che le possibili risposte offerte non risultino nei fatti adeguate a fornire una soluzione che tenga effettivamente conto dei diversi interessi che meriterebbero di essere temperati.

A nostro avviso, dunque, serve un processo interpretativo differente, che parta dall'idea che il diritto è uno strumento di selezione degli interessi tutelabili e che, di conseguenza, conduca a sganciarsi da una lettura *in vitro* dello “strumentario” giuridico esistente per avvicinarsi a soluzioni *de iure condendo*, in grado non di piegare l'esistente, ma di ragionare su nuove figure – anche grazie all'analisi comparatistica e alle soluzioni individuate in altre esperienze giuridiche – tenendo conto, come detto, delle posizioni che si vogliono effettivamente perseguire e proteggere.

4. Dal privato al pubblico, fino al comune

In realtà, per quanto appaia fortemente stimolante il tentativo di leggere le vicende della *street art* in ambito esclusivamente privatistico,

¹⁶ Naturalmente, questa ipotesi non troverebbe applicazione nel caso degli sticker o di opere rimuovibili dal supporto su cui sono realizzate.

Giovanni Maria Riccio
*Oltre la proprietà privata. Questioni giuridiche
in materia di arte negli spazi pubblici*

chi scrive è del parere che occorra superare un approccio individualistico per abbracciarne uno collettivo. I giuristi tendono a osservare la materialità dell'arte, senza considerarne il suo valore immateriale: questo aspetto è particolarmente importante nelle forme artistiche analizzate dal presente scritto, il cui significato trascende le briglie imposte dalle logiche economiche delle regole proprietarie e coinvolge la relazione tra individui e luoghi.

È in questo senso che, propriamente, si discorre di opere che sono *site-specific*, pensate per uno spazio preciso e che da questo spazio traggono contenuto.

Muovendo dalla medesima prospettiva, si coglie anche il rapporto tra il pubblico e l'opera, dove il primo non è più mero spettatore o fruitore – ancora una volta nello spirito mercantilistico che vorrebbe piegare l'arte alla sola dinamica del mercato –; non più soggetto passivo¹⁷, ma, sia consentita l'iperbole, parte dell'opera, *prius* inscindibile della stessa.

Quanto detto, naturalmente, non vale per ogni opera: si torna, per questa via, al quesito iniziale, relativo alla necessità di una tassonomia di queste forme artistiche, giacché tale classificazione si ripercuote – né potrebbe essere diversamente – anche sul regime giuridico applicabile alle opere e alle soluzioni che, *de iure condendo*, si vorrebbero proporre. Sarebbe, infatti, un errore ritenere che ogni opera possa avere una valenza superindividuale e ottenere un riconoscimento di natura pubblicistica dall'ordinamento.

Proviamo a procedere per ordine, poiché tali argomentazioni si dipanano e si indirizzano verso prospettive differenti.

Innanzitutto, occorre considerare la natura delle opere e il loro inquadramento all'interno dei beni giuridici. Si è detto che non tutte le opere sono portatrici di interessi che trascendono una posizione inquadabile quale diritto soggettivo e, quindi, non in tutti i casi è possibile applicare forme di protezione di stampo pubblicistico o, comunque, superindividuale. Se tentiamo di tradurre questa affermazione sul piano sociale e artistico, giungiamo alla conclusione che non ogni opera possa essere tutelata.

¹⁷ Così anche M.R. Marella, *L'arte come bene comune*, in corso di pubblicazione in A. Barba, *Sui beni culturali*, Torino, 2020, 1 del dattiloscritto.

Giovanni Maria Riccio
*Oltre la proprietà privata. Questioni giuridiche
in materia di arte negli spazi pubblici*

La storia dell'arte insegna, infatti, che il patrimonio culturale che ci è stato trasmesso è solo una parte residuale di ciò che è stato creato nel corso dei secoli. Non potrebbe essere diversamente, è uno stato di partenza che dobbiamo accettare e che, letto dalla prospettiva che ci interessa, comporta la necessità di una selezione, sui cui meccanismi cui si ritornerà nel prosieguo. Per questa via, inoltre, si evita di "musealizzare" i luoghi, di imbrigliare i centri urbani in una duplice prospettiva: da un lato, quella giuridica, per mezzo dell'apposizione di vincoli o altri strumenti che rendano imm modificabile lo scenario urbano; dall'altro, quella artistica, finalizzata alla conservazione, alla valorizzazione e anche al recupero o al restauro (temi troppo spesso negletti e trascurati) di opere che rappresentano, anche al di là del loro valore semantico e politico, una rappresentazione di un periodo storico-artistico che è già penetrato nei manuali di storia dell'arte e nell'insegnamento accademico¹⁸.

È appena il caso di osservare che il rovescio della medaglia, ossia l'accettazione che ogni opera sia effimera, non risulta del tutto convincente.

Spesso, gli artisti che lavorano in questo settore sostengono di essere consapevoli, e di accettare, il potenziale carattere transitorio e fugace delle proprie opere, destinate a durare nel tempo.

La giustificazione di tale approccio, sempre ragionando sulle opinioni dominanti, tra le sfaccettature di un caleidoscopio in realtà complesso, risiederebbe nel fatto che le opere non sarebbero di chi le crea, ma della collettività o, per mezzo di una sorta di traslazione, dei luoghi che le ospitano. Sono opere realizzate in luoghi pubblici, per essere fruite liberamente dal pubblico e che "subiscono" la vita dei luoghi, approvando anche le trasformazioni, le mutilazioni e le alterazioni delle opere stesse.

Se tale assunto fosse confermato, si verificherebbe però un cortocircuito tra i regimi proprietari (o, per essere più precisi, di appartenenza) sulle opere. L'arte negli spazi pubblici, infatti, crea beni che, come a breve si preciserà, si sottraggono alle logiche proprietarie. Lasciare agli artisti la scelta del destino delle proprie opere, in taluni

¹⁸ Similmente, v. L. Ciancabilla, *Fotografare o musealizzare l'Urban art: il "grigio" di Blu e la sua nemesi*, in Aa.Vv., *Oltre il grigio. Conservare, musealizzare e restaurare l'Arte urbana fra tradizione e memoria*, Bologna, 2019, 87 ss.

Giovanni Maria Riccio
*Oltre la proprietà privata. Questioni giuridiche
in materia di arte negli spazi pubblici*

casi, potrebbe essere una risposta inadeguata rispetto agli interessi coinvolti.

Immaginiamo, per qualche minuto, che Caravaggio torni in vita e che dipinga *La vocazione di Matteo* non su una tela e non per un committente, ma su di un muro di una periferia urbana. Siamo disposti a riconoscere il diritto di Caravaggio di distruggere la propria opera? O, invertendo l'ordine prospettico, siamo disposti ad assumere che il proprietario dell'immobile, sul cui muro ha dipinto il redivivo Caravaggio, sia legittimato a distruggere la versione muralistica della *Vocazione di Matteo*?

Se, quindi, non consideriamo l'interesse privatistico dell'autore o del proprietario dell'opera, non possiamo dimenticare che l'ordinamento giuridico tutela le opere non solo (e non tanto) per il loro valore estetico o artistico, quanto, piuttosto, quali testimonianze di cultura e di un'evoluzione, anche storica, che può meritare di essere tramandata ai posteri. Se si adotta tale prospettiva analitica, allora deve concludersi che sussista un interesse ultraprivatistico alla salvaguardia delle opere negli spazi pubblici, anche laddove le stesse non rispondano ai parametri del "bello", oggettivamente considerato (ammettendo, assunto di per sé già fuorviante, che esista un'unicità estetica)¹⁹.

Nello specifico, quindi le opere – in determinate circostanze e rispettando determinati presupposti – possono rientrare nell'alveo dei beni comuni²⁰, secondo la definizione fornita dalla Commissione Rodotà, quali "*cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona*" e che

¹⁹ Si pensi, a titolo esemplificativo, alle cosiddette *tag*, le firme che i graffitari appongono sulle metro, sulle saracinesche e così via: sono caratterizzate da ricercatezza e studio, sono originali e nuove, sono manifestate nella realtà esteriore e, pertanto, rispondono ai parametri fissati dalla legislazione sul diritto d'autore, anche se, verosimilmente, sono viste dall'opinione dominante quali meri scarabocchi, frutto di un semplice istinto vandalico. Ora, se ci spostiamo oltre l'interesse del *writer*, autore della *tag*, che potrebbe ben ritenere che la propria opera sarà "coperta" e distrutta, e leggiamo questa ipotesi nella prospettiva pubblicistica, dovremmo considerare anche le implicazioni che l'opera ha quale espressione di un movimento culturale (troppo semplicisticamente derubricato a impulso giovanile) e quale rappresentazione di un momento storico.

²⁰ Così M.R. Marella, *op. cit.*, 2 del dattiloscritto.

Giovanni Maria Riccio
*Oltre la proprietà privata. Questioni giuridiche
in materia di arte negli spazi pubblici*

“devono essere tutelati e salvaguardati dall’ordinamento giuridico anche a beneficio delle generazioni future”²¹.

È evidente, quindi, la connotazione che si sgancia dalla dicotomia tradizionale pubblico/privato, nonché dalla logica dello spazio urbano quale terreno che risponde alle logiche neoliberaliste e all’interesse dei singoli ²². Al contrario, queste opere possono giocare un ruolo accomunante e, partendo dall’idea proposta che l’arte non è solo di chi la crea, rappresentare un elemento accomunante di intere aree urbane.

Si pensi – ma gli esempi potrebbero essere molteplici – ai progetti che hanno investito molti quartieri, con opere che richiamano alla storia di quei quartieri: si tratta di lavori per lo più commissionati dalle municipalità, però spesso in assenza di una regolamentazione specifica. Tutto questo lascia il campo all’eventualità che l’amministrazione di un differente colore politico possa intervenire sulle medesime opere, cancellandole, perché, per ricorrere a un’esemplificazione, “sgradite”.

5. Una modesta proposta e cenni ad altri “agganci” normativi

Quanto osservato al precedente paragrafo, ci ha condotto al di fuori di una dialettica pubblico/privato, così come al di fuori di una lettura della problematica circoscritta agli interessi individuali.

L’analisi comparatistica, però, evidenzia una tendenziale lacunosità, negli ordinamenti appartenenti alla *western legal tradition*, di soluzioni normative pensate per l’arte negli spazi pubblici.

Un’eccezione – sebbene non pensata specificatamente per queste forme artistiche – è rappresentato dal VARA (Visual Artists Rights Act), la legge statunitense approvata nel 1990, che riconosce

²¹ Art. 1, comma 3, lett. c) della la proposta di legge, reperibile on-line al link https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.page;jsessionid=KqzDZTFg7jVfv+d4K4-fKv4w?contentId=SPS47624&previousPage=mg_1_12_1.

²² Il tema è complesso e non può essere affrontato in questa sede. Per un primo approfondimento, v. A. Petrillo, *Ombre del comune: l’urbano fra produzione collettiva e spossamento*, in AA.VV., *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, a cura di M.R. Marella, Verona, 2012, 203 ss.

Giovanni Maria Riccio

*Oltre la proprietà privata. Questioni giuridiche
in materia di arte negli spazi pubblici*

dei diritti morali agli artisti, nonché, a determinate condizioni, il diritto di opporsi alla distruzione delle opere²³.

Quest'ultimo diritto è riconosciuto alle sole opere che abbiano una *recognized stature*. Il diritto morale, consistente nella facoltà di opporsi alle mutilazioni, alle distorsioni e alle modifiche che possano ledere l'onore e la reputazione dell'autore, è invece riconosciuto a tutte le opere, a prescindere da un loro riconoscimento ulteriore.

Il significato da assegnare al concetto di *recognized stature* non è però specificato dal VARA²⁴. Nel caso Carter, ad esempio, si è affermato che tale qualifica possa essere conferita alle opere "meritorie" e, cioè, alle opere la cui qualità e importanza sia riconosciuta da critici d'arte o da altri appartenenti alla comunità artistica²⁵. In altri casi, quali ad esempio, Martin o il celeberrimo 5Pointz, i giudici hanno adottato un criterio più elastico, ritenendo che la protezione legislativa dovesse essere accordata alle opere citate in articoli di stampa, nonché su testimonianze (ad esempio, lettere) di curatori ed esperti²⁶.

La legge americana stabilisce che il proprietario dell'immobile che intende distruggere l'opera debba effettuare una comunicazione (*notification*) all'autore nel termine di 90 giorni prima di procedere alla distruzione stessa. Se l'artista non rimuove l'opera o non paga il corrispettivo della rimozione, allora il proprietario è legittimato a procedere.

Il VARA esclude ogni responsabilità in capo al proprietario laddove lo stesso abbia compiuto un tentativo "*diligente e in buona fede*" di spedire la comunicazione all'indirizzo dell'autore

²³ Visual Artists Rights Act of 1990, Pub. L. No. 101-650, 104 Stat. 5130.

²⁴ Sul punto, per una rassegna, anche in chiave critica, delle diverse posizioni dottrinali, si rinvia a G.M. Barnett, *Recognized Stature: Protecting Street Art as Cultural Property*, 12 Chi.-Kent J. Intell. Prop. 204 (2013).

²⁵ *Carter v. Helmsley-Spear, Inc.*, 861 F Supp 303 (SDNY 1994) - 71 F.3d 77 (2nd Cir 1995). Anche il riconoscimento di un premio è stato ritenuto criterio sufficiente: cfr. *Hanrahan v. Ramirez*, No. 2:97-CV-7470, 1998.

²⁶ *Martin v. City of Indianapolis*, 192 F.3d 608, 612 (7th Cir. 1999) e *Cohen et al. v G&M Realty L.P. et al.*, Case No. 13-CV-05612(FB). Su quest'ultimo caso, per ulteriori approfondimenti sulle motivazioni della Corte, si rinvia a E. Bonadio, *Graffiti Gets VARA Protection: The 5Pointz Case* (March 6, 2018), in *Eur. Intell. Prop. Rev.*, 2018, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3135118>

Giovanni Maria Riccio

*Oltre la proprietà privata. Questioni giuridiche
in materia di arte negli spazi pubblici*

risultante nel *Register of Copyrights*. La norma trova, di fatto, frequente applicazione per le opere di *street art*, dal momento che sovente l'autore è ignoto e, per sfuggire ad eventuali sanzioni penali, è interessato a mantenere il proprio anonimato²⁷.

Tuttavia, l'obbligo imposto sul proprietario del muro o di altro supporto ha dei costi transattivi per il proprietario stesso: costi associati alla notifica e, ancor prima, all'individuazione dell'artista e così via discorrendo. Discutere sul se tale obbligo risponda a un criterio di equità per il proprietario del supporto, che normalmente non commissiona la realizzazione dell'opera e che, per dir così, la subisce, ci condurrebbe in una spirale senza uscita: per quale ragione dovremmo accettare che un proprietario, titolare del più sacro dei diritti sanciti nei codici moderni²⁸, debba tollerare una simile compressione del proprio diritto di proprietà?

La domanda è spinosa e rischia di palesare vedute antitetiche, tra di loro inconciliabili.

Tuttavia, se riflettiamo sugli strumenti e sulle istituzioni presenti a livello nazionale, ci appare un ostacolo facilmente aggirabile.

Sarebbe infatti sufficiente prevedere, a livello legislativo, che un proprietario, prima di demolire, danneggiare o, semplicemente, modificare un'opera, sia obbligato a rivolgersi alla Soprintendenza competente per territorio, domandando un'autorizzazione preventiva. La Soprintendenza, a sua volta, dovrebbe essere tenuta

²⁷ Se osservata alla luce del diritto italiano, peraltro, la disposizione si scontrerebbe con l'inesistenza di un registro delle opere, se si eccettuano i depositi, non obbligatori, di opere presso la SIAE. Non deve poi dimenticarsi che il VARA trova applicazione alle sole opere rimuovibili (cfr. *Pollara v. Seymour*, 150 F. Supp. 2d 396, n. 4), sebbene detto requisito sia tutt'altro che pacifico. Sul punto si rinvia a M. Bougdanos, *The Visual Artists Rights Act and its Application to Graffiti Murals: Whose Wall is it Anyway?*, 18 N.Y.L. Sch. J. Hum. Rts. 549, 568 (2002), nonché a C.Y.N. Smith, *Street Art: An Analysis under U.S. Intellectual Property Law and Intellectual Property's Negative Space Theory*, 24 DePaul J. Art & Intell. Prop. 259, 270 (2013).

²⁸ Sull'evoluzione del diritto di proprietà nella codicistica moderna, fondamentale risulta ancora il contributo di S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1990, ora ristampato con alcuni saggi ulteriori e con un titolo leggermente modificato: *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013.

Giovanni Maria Riccio

*Oltre la proprietà privata. Questioni giuridiche
in materia di arte negli spazi pubblici*

a rispondere al proprietario in un lasso di tempo circoscritto (un mese, per ricalcare gli esempi presenti nel nostro Codice per i beni culturali). Decorso detto periodo, dovrebbe valere un meccanismo di silenzio-assenso, in virtù del quale il proprietario è legittimato ad intervenire sull'opera, anche distruggendola.

Provando a immaginare le possibili critiche a tale proposta, fondate sulla mancanza di competenze specifiche in capo alle Soprintendenze in materia di arte contemporanea (e, in particolare, di *street art* e *urban art*)²⁹, si può tentare di ipotizzare una soluzione.

Si potrebbe, infatti, costituire, preferibilmente a livello nazionale, una Commissione di esperti, in grado di poter fornire una valutazione sulla sussistenza di un valore artistico o di un interesse culturale dell'opera considerata.

In questo modo, il proprietario del supporto sarebbe sgravato dei costi, nonché della relativa incertezza connessa all'individuazione dell'autore, il quale, spesso, come noto, non firma le opere con le proprie reali generalità anagrafiche, ma con uno pseudonimo.

Inoltre, si risolverebbe la annosa diatriba sul diritto di distruggere opere potenzialmente meritevoli di tutela.

6. Prospettive e (impossibilità di addivenire a) conclusioni

La strada abbozzata nel precedente paragrafo è solo una delle possibili tracce per un eventuale legislatore che volesse interessarsi della materia.

Utili spunti, tuttavia, potrebbero provenire anche dal Codice dei beni culturali e del paesaggio (c.d. Codice Urbani).

In primo luogo, dall'art. 10 del Codice, dove si fornisce la definizione della nozione di bene culturale. Il comma 3, lett. d) include nella categoria menzionata "*le cose immobili e mobili, a chiunque appartenenti, che rivestono un interesse particolarmente importante a causa del loro riferimento con la storia politica,*

²⁹ Un'altra possibile critica potrebbe essere relativa alla mancanza di personale delle Soprintendenze, che sono già oberate nel loro lavoro quotidiano e che difficilmente potrebbero occuparsi anche della procedura suggerita nel testo.

Giovanni Maria Riccio
*Oltre la proprietà privata. Questioni giuridiche
in materia di arte negli spazi pubblici*

militare, della letteratura, dell'arte, della scienza, della tecnica, dell'industria e della cultura in genere, ovvero quali testimonianze dell'identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive o religiose". In molti casi, quindi, si potrebbe ritenere che le opere di *street art* abbiano un effettivo collegamento con la storia, l'arte e la cultura di un luogo, per cui potrebbero essere incluse – seppur con le opportune modifiche al testo – nell'elencazione di cui alla norma citata.

Allo stesso modo, una suggestione deriva dall'art. 90 del Codice, in materia di scoperte fortuite: partendo dalla sussistenza di un interesse superindividuale, è possibile assimilare (o, quanto meno, prendere spunto) la posizione del proprietario che rinviene casualmente un bene culturale a quella del proprietario del muro che, senza averla commissionata, “rinviene” un murale sul proprio edificio? È possibile ritenere che non sussista un diritto del proprietario del muro (ad esempio, del condominio), ma un diritto di natura pubblicistica?

Un altro percorso ipotizzabile è quello che si dipana nei meandri della legislazione urbanistica. Un piano di colore, per citare un esempio intuitivo, può impedire di intervenire su di un'opera? E un piano di zona?

L'obiettivo, ancora una volta, deve essere quello della conservazione di opere che rappresentano una testimonianza significativa di un'epoca e che, in taluni casi, concorrono alla formazione del patrimonio culturale nazionale.

Serve uno sforzo collettivo – dei giuristi, ma non solo – che parta necessariamente dagli interessi che si vogliono proteggere e che, nella scia segnata dall'art. 9 Cost., promuova la cultura e tuteli il patrimonio artistico.

ABSTRACT: Legal scholars have mostly focused their research on copyright of street art works, without considering the implications connected with the restoration and conservation. In this perspective, the paper analyses the application of the property rules to the art in public spaces, suggesting solutions which may offer a different

Giovanni Maria Riccio
*Oltre la proprietà privata. Questioni giuridiche
in materia di arte negli spazi pubblici*

approach which take into account the rights of the owners with those of the artists and of the public.

KEYWORDS: property rights - street art - commons - cultural heritage

Giovanni Maria Riccio – Professore associato di Diritto comparato nell'Università degli Studi di Salerno

La proprietà conformata dei beni culturali come archetipo per lo status dei “beni comuni”?

Stefania Mabellini

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il caso del Macello Comunale di Pignataro Maggiore – 3. Sulla funzione sociale della proprietà. Un’analisi genealogica – 4. Beni comuni, accesso, inclusione e sussidiarietà – 5. La storia dell’Istituto palermitano, la sua funzione sociale, la sussidiarietà e la cooperazione pubblico-privato nel XIX secolo – 6. Osservazioni conclusive sull’uso e la cura dei beni comuni attraverso Accordi e Regolamenti.

1. Il difficile approdo ad una nozione condivisa di “bene comune”

Di ben poche categorie si può dire che sia così laboriosa la messa a punto di una definizione condivisa come per quella dei “beni comuni”. E non diversa considerazione si può fare per la esatta individuazione di ciò che ad essa andrebbe ascritto.

Tanto da doversi constatare che tale categoria, ancora alla ricerca della propria identità giuridica, rappresenti un vero e proprio “Proteo” giuridico, il cui tratto caratterizzante è, in definitiva, identificabile proprio nella estrema eterogeneità dei beni ad essa astrattamente riconducibili e nella multiformità dei valori a questa sottesi.

Cosicché, la sua traduzione in termini normativi chiama il legislatore ad un’impresa non lieve.

Come è noto, il primo tentativo di offrire una definizione di questa “categoria” è stato fatto nel corso dei lavori della Commissione c.d. “Rodotà” (nominata con decreto del Ministro della Giustizia del 14 giugno 2007), cui era stato dato incarico di elaborare uno schema di disegno di legge delega per la riforma delle norme del Codice civile relative ai beni pubblici. Il testo, aprendo ad un *tertium genus* di beni, alternativo a quelli pubblici e privati, conteneva, tra i principi e criteri

* L’articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

Stefania Mabellini

*La proprietà conformata dei beni culturali
come archetipo per lo status dei “beni comuni”?*

direttivi della delega, la «previsione della categoria dei beni comuni, ossia delle cose che esprimono utilità funzionali all’esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona», e stabiliva che essi fossero «tutelati e salvaguardati dall’ordinamento giuridico, anche a beneficio delle generazioni future».

Il progetto, tuttavia, non è mai approdato nelle aule parlamentari, di modo che il concetto, assai controverso (...), di “bene comune”, ancorché permanentemente privo di una positivizzazione giuridica – e forse proprio in forza di tale mancanza –, conserva una portata evocativa la cui intensità pare progressivamente amplificarsi, ma i cui contenuti, affidati ad un dibattito dottrinale quanto mai acceso¹, permangono tutt’altro che limpidi.

Non che l’ordinamento non si sia mai confrontato con tale concetto, ed anzi i tentativi, anche non recentissimi, di fornirne un, quantomeno embrionale, *identikit* non mancano.

Emblematica, nella giurisprudenza costituzionale, appare la, ormai risalente, pronuncia n. 500 del 1993, in cui il Giudice delle leggi afferma che la «moderna visione della dimensione della solidarietà, andando oltre i tradizionali schemi di beneficenza e assistenza, e superando l’ancoraggio ai doveri ed agli obblighi normativamente imposti, costituisce, per un verso, un modo per concorrere a realizzare quella eguaglianza sostanziale che consente lo sviluppo della personalità, cui si riferisce il secondo comma dell’art. 3 della Costituzione, mentre, per altro verso, mira ad ottenere – non solo dallo Stato, dagli enti e dalla sempre più variegata realtà delle formazioni sociali, bensì da tutti i cittadini – la collaborazione per conseguire essenziali *beni comuni quali la ricerca scientifica, la promozione artistica e culturale, nonché la sanità*»². Più di recente, nella n. 112 del

¹ V., in particolare, U. MATTEI-E. REVIGLIO-S. RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, 2007; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, 2011; M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012; A. CIERVO, *I beni comuni*, Roma, 2013; A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Bari, 2013; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto, studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013; E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Bari, 2013; L. D’ANDREA, *I beni comuni nella prospettiva costituzionale: note introduttive*, *RivistaAic*, 3/2015; ID. (2016), *I beni comuni nella giurisprudenza sovranazionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, 733 ss.

² Corsivo nostro.

Stefania Mabellini

*La proprietà conformata dei beni culturali
come archetipo per lo status dei “beni comuni”?*

2011, la Corte costituzionale rileva che «in conformità all’art. 43 Cost. (secondo il quale “la legge può riservare originariamente [...] fonti di energia [...] di preminente interesse generale”), *Le risorse geotermiche sono beni comuni* e, ferma tale natura, la legge provvede, ai sensi degli artt. 117, terzo comma, e 119 Cost., ad attribuire le stesse al patrimonio statale o regionale»³.

Neppure può dirsi che il legislatore ignori completamente la nozione, quantomeno a livello regionale, come testimoniato da alcune leggi nelle quali la categoria dei “beni comuni” risulta, in vario modo, richiamata.

Si considerino le ll.rr. Lombardia nn. 31 del 2014 e 36 del 2015, le quali rispettivamente riconoscono «al suolo libero il rango di risorsa e bene comune» e promuovono la partecipazione dei cittadini «alla valorizzazione e gestione di beni comuni quali, a titolo esemplificativo, la salute, la cultura, il paesaggio, l’educazione» (art. 1); nonché la l.r. Emilia-Romagna n. 19 del 2014, che, ponendo una disciplina di sostegno dell’economia solidale, definisce i beni comuni come «beni materiali ed immateriali per i quali deve essere garantito il diritto di accesso e fruibilità da parte della collettività, tutelati, gestiti attraverso un sistema di relazioni sociali fondate sulla cooperazione e sulla partecipazione attraverso la promozione di una cultura che riconosca la dipendenza reciproca tra beni e comunità» (art. 3, comma 1, lett. *h*).

Specificamente diretta a regolare i “beni comuni” è, inoltre, la recente l.r. Lazio n. 10 del 2019, “Promozione dell’amministrazione condivisa dei beni comuni”, la quale li “identifica” nei «beni, materiali e immateriali, funzionali al benessere individuale e collettivo e agli interessi delle generazioni future e per i quali le amministrazioni e i cittadini si attivano, ai sensi dell’articolo 118, quarto comma, della Costituzione, per garantirne la fruizione collettiva e condividere la responsabilità della cura, della rigenerazione e della gestione in forma condivisa degli stessi».

Infine, l’emersione dei beni comuni al livello statutario si deve alla modifica dello Statuto della Regione Toscana (legge statutaria regionale n. 64 del 2018) che ha aggiunto, all’art. 4, comma 1 (lett. *m-bis*), tra le finalità della Regione: «la tutela e la valorizzazione dei beni comuni, intesi quali beni materiali, immateriali e digitali che esprimono utilità

³ Corsivo nostro.

Stefania Mabellini

*La proprietà conformata dei beni culturali
come archetipo per lo status dei “beni comuni”?*

funzionali all’esercizio dei diritti fondamentali della persona, al benessere individuale e collettivo, alla coesione sociale e alla vita delle generazioni future e la promozione di forme diffuse di partecipazione nella gestione condivisa e nella fruizione dei medesimi».

Anche gli enti locali, dal canto loro, non hanno disdegnato il tentativo di abbozzare un riconoscimento giuridico della nozione, approdando ad interventi di diversa intensità. Si va dallo Statuto del Comune di Napoli, il quale, optando per l’adesione ad una formula meramente evocativa, si limita a prevedere che «il Comune di Napoli, anche al fine di tutelare le generazioni future, riconosce i beni comuni in quanto funzionali all’esercizio dei diritti fondamentali della persona nel suo contesto ecologico e ne garantisce il pieno godimento nell’ambito delle competenze comunali» (art. 3, comma 2), al regolamento del Comune di Bologna adottato nel maggio 2014, nel quale, invece, si disciplina specificamente la collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani.

A mancare, in definitiva, è proprio una presa di posizione da parte del legislatore statale, con l’effetto, evidenziato in dottrina, di frustrare la (affermata) pretesa universalistica della nozione⁴, favorendone la frammentazione a livello regionale e locale⁵.

⁴ Cfr., A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, cit., 70, il quale afferma che «governare i beni comuni, in particolare le risorse naturali, impone una prospettiva universalistica, in base alla quale il soggetto titolare del diritto di fruire dei beni comuni è l’umanità nel suo intero, concepita come un insieme di individui eguali».

⁵ V., ancora, A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, cit., 63, per il quale «l’insorgere di processi sospinti dal principio di sussidiarietà verticale e le nuove competenze di Comuni e Regioni hanno accentuato gli aspetti critici, contribuendo a frammentare il governo e la gestione di questi beni, che per loro natura richiedono – pur nel rispetto delle identità locali – omogeneità (per evitare facili processi di comunitarismo), proprio in quanto tesi alla tutela di diritti fondamentali». Secondo l’A. (pag. 68), occorrerebbe «evitare, pur nel rispetto e nella valorizzazione delle esperienze locali, la nascita di microsistemi di *governance* dei beni comuni, anche felici ed efficienti, che tuttavia rischiano di mettere in crisi il principio di eguaglianza, attraverso una accelerata frammentazione della tutela dei diritti».

Stefania Mabellini

*La proprietà conformata dei beni culturali
come archetipo per lo status dei “beni comuni”?**2. La ratio dei beni comuni e la affermata irriducibilità allo statuto proprietario “classico”*

In effetti, come si evince dalle definizioni normative e giurisprudenziali sopra brevemente ricordate, l'elaborazione dei “beni comuni” parrebbe dividersi, già per l'individuazione dell'oggetto di tutela, tra due concezioni tutt'altro che in sintonia: l'una, tendenzialmente onnicomprensiva, incline a ricondurre alla nozione sia beni materiali che immateriali, fino a ricomprendervi istituzioni erogatrici di prestazioni sociali; l'altra, riduzionista, propensa a limitarne l'applicazione ai soli beni materiali.

Per di più, ad aggravare l'incertezza definitoria, si aggiunge la constatazione che le poche elencazioni positivamente formulate, preferendo il carattere aperto a quello tassativo, si autoriconoscono il limitato ruolo di mera esemplificazione⁶.

Tale è, come accennato, l'eterogeneità della nozione da giustificare la conclusione che «lo statuto giuridico del comune» sia da «individuare di volta in volta»⁷.

Non è, tuttavia, nel numero o nella tipologia dei beni ipoteticamente ascrivibili alla nozione – variabili che, in attesa di una definizione da parte del legislatore, paiono rimesse ad opzioni assiologiche essenzialmente soggettive –, l'elemento più significativo – e forse neanche preliminare – del dibattito sui “beni comuni”, quanto la *ratio* ad essi sottesa.

L'utilità della nozione sarebbe da ravvisarsi, infatti, nel superamento della dicotomia pubblico-privato, allo scopo di sottrarre taluni beni, in quanto destinati al soddisfacimento di diritti fondamentali, alle logiche di mercato, nonché di garantirne

⁶ Cfr., M.R. MARELLA, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, in ID. (a cura di.), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, cit., 17 ss. Cfr., E. DICIOTTI, *I beni comuni nell'attuale dibattito politico e giuridico: un chiarimento concettuale, un'apologia e una critica*, in *Ragion pratica*, 2013, 347, per il quale «come spesso accade, la diffusione dell'espressione “beni comuni” non ha però giovato al rigore del suo impiego»; analogamente, L. RAMPA-Q. CAMERLENGO, *I beni comuni tra diritto ed economia: davvero un tertium genus?*, in *Pol. dir.*, 2014, 279 ss. V., altresì, problematicamente, I. CIOLLI, *Sulla natura giuridica dei beni comuni*, in *Dir. soc.*, 2016, 457 ss.

⁷ Così, ancora, M.R. MARELLA, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, cit., 19.

Stefania Mabellini

*La proprietà conformata dei beni culturali
come archetipo per lo status dei “beni comuni”?*

l'accessibilità sostenibile⁸, anche nel rispetto dei diritti delle generazioni future⁹.

Spetterebbe, pertanto, ai “beni comuni”, distinti non solo dai beni privati, ma anche da quelli pubblici¹⁰, il compito di offrire una soluzione sia alla autoreferenzialità della proprietà pubblica – considerata sottomessa agli «obiettivi propri di un'Amministrazione intesa in una dimensione soggettivistica autonoma e solitaria»¹¹ oltreché escludente, per la collettività generale, non meno della proprietà privata¹², – sia al suo depauperamento, conseguente alle operazioni di privatizzazione, realizzate attraverso il doppio canale della dismissione dei beni pubblici ovvero della concessione ai privati della gestione¹³.

⁸ Cfr., M.R. MARELLA, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, cit., 11, per la quale «l'enfasi sul comune (...) non è l'auspicio di un ritorno al pubblico ai danni del privato, ma piuttosto la tensione verso un'alternativa in termini sociali, economici ed istituzionali, che si ponga oltre la contrapposizione pubblico/privato»; A. ALGOSTINO, *Riflessioni sui beni comuni tra il “pubblico” e la Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2013; A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, cit., 62 ss.; A. VESTO, *I beni dall'appartenenza egoistica alla fruizione solidale*, Torino, 2014, 162 ss. Sulla rilevanza dell'accesso a tali beni, in quanto beni primari, v., S. STAIANO, “Beni comuni” categoria ideologicamente estenuata, in *Dir. soc.*, 2016, 415 ss.; M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Note minime su beni comuni e funzione amministrativa*, in *Giustamm.it*, 3/2017.

⁹ Quest'ultima esigenza, quella cioè della solidarietà tra le generazioni, non è priva di riconoscimenti positivi. Basti ricordare, in questa sede, l'art. 3 (ex art. 2) TUE e il preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Cfr., in argomento, R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008.

¹⁰ Cfr., A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, cit., 63, per il quale si tratta di «una nozione (...) di forte impatto anche populistico e demagogico». V., inoltre, S. MAROTTA, *Per una lettura sociologico-giuridica dei beni culturali come “beni comuni”*, in E. BATELLI-B. CORTESE-A. GEMMA-A. MASSARO (a cura di), *Patrimonio culturale, Profili giuridici e tecniche di tutela*, Roma, 2017, 43 ss.

¹¹ Così., A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2014.

¹² Cfr., A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, cit., il quale afferma, inoltre, che «nell'ambito di tale rapporto il *dominus* (...) si limita a determinare discrezionalmente l'interesse primario della p.a., piuttosto che agire quale rappresentante della collettività»; ID., *Crisi della demanialità e funzione sociale dei beni pubblici nella prospettiva costituzionale. Verso i beni comuni*, in *Diritto pubblico europeo, Rassegna online*, 2016, 131 ss., nonché in *Dir. soc.*, 2016, 483 ss.

¹³ Cfr., A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, cit., 62.

Stefania Mabellini

*La proprietà conformata dei beni culturali
come archetipo per lo status dei “beni comuni”?*

Di modo che, come osservato, «con la categoria dei beni comuni» si vorrebbe perseguire l’obiettivo «di recidere la dimensione autarchica della determinazione della funzione sociale dei beni che resta implosa, in quanto non partecipata, nel rapporto strutturale soggetto-beni»¹⁴.

Tale intento, diretto a rafforzare la tutela dell’interesse collettivo attraverso formule maggiormente partecipate, non può che considerarsi apprezzabile.

Altro è, tuttavia, ammettere che tale rafforzamento postuli la necessità di una categoria radicalmente alternativa, che – sull’assunto che accesso e proprietà siano «categorie autonome, potenzialmente o attualmente in conflitto»¹⁵ – si giustificherebbe per la sopravvenuta inidoneità di quelle tradizionali (la proprietà pubblica non meno *delle* proprietà private, ancorché variamente declinate in ragione della rispettiva “funzione sociale”¹⁶) a garantire la prevalenza dell’interesse collettivo.

Deve, al contrario, osservarsi che lo statuto costituzionale della proprietà – sia essa pubblica o privata – non giustifica, probabilmente, conclusioni così radicali.

Quanto alla prima, non può farsi a meno di osservare che, essa, daché strutturalmente orientata alla destinazione pubblica, la quale ne compenetra dall’interno il contenuto, non può che tradursi, diversamente dalla seconda, in termini di funzione¹⁷.

¹⁴ Così, ancora, A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, cit.

¹⁵ In questi termini, M.R. MARELLA, *Il principio costituzionale della funzione sociale della proprietà e le spinte antiproprietarie dell’oggi*, in G. ALPA-V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Bari, 2013, 118; A. VESTO, *I beni dall’appartenenza egoistica alla fruizione solidale*, cit., 170 ss.

¹⁶ Cfr., S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in ID., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, 309, che rileva che «la parola “proprietà” non ha oggi, se mai ha avuto, un significato univoco».

¹⁷ Cfr., in questo senso, F. SANTORO-PASSARELLI, *Proprietà*, in *Enc. del Novecento*, [http://www.treccani.it/enciclopedia/propriet%C3%A0_\(Enciclopedia-Novecento\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/propriet%C3%A0_(Enciclopedia-Novecento)/), che rileva che «la proprietà pubblica è per sé funzione pubblica, in quanto vincolata alla soddisfazione dell’interesse pubblico, di cui l’ente titolare è curatore. (...) Sotto il nome di proprietà vanno dunque, anche nel linguaggio giuridico, istituzioni diverse nella più intima essenza: rispetto al bene, la proprietà privata è diritto soggettivo e libertà, la proprietà pubblica è funzione e vincolo»; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Beni pubblici*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, 2, il quale osserva

Stefania Mabellini

*La proprietà conformata dei beni culturali
come archetipo per lo status dei “beni comuni”?*

Da ciò conseguono due corollari. In primo luogo, deve ritenersi che nelle operazioni di dismissione dei beni pubblici – tutt’altro che prive di limiti costituzionali¹⁸ – si debba fare i conti con la specifica funzione che, di volta in volta, la proprietà del bene è chiamata ad espletare¹⁹, restando da dimostrare l’adeguatezza dello statuto

che «è proprio la loro appartenenza allo Stato e agli altri enti» a caratterizzare il regime giuridico dei beni pubblici «in misura preponderante nel senso del dovere anziché in quello del diritto»; M. LUCIANI, *Una discussione sui beni comuni*, in *Dir. soc.*, 2016, 375 ss. In argomento, cfr., inoltre, A. ROMANO, *Demaniale e patrimoniale: a proposito dei beni culturali*, in V. CAPUTI JAMBRENGHI (a cura di), *La cultura e i suoi beni giuridici*, Milano, 1999, 407 ss.; A. POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, in F.G. SCOCA, (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino 2008, 639 ss.; nonché, F. PEDRINI, *Note preliminari ad uno studio sui diritti costituzionali economici*, nel *Forum di Quaderni costituzionali*, 7 ss.

¹⁸ Afferma che «mentre la legge ordinaria può modificare l’appartenenza dei beni pubblici a favore dei privati, giungendo ad ammettere persino l’ipotesi estrema della scomparsa di ogni forma di “proprietà pubblica”, è certo che la Costituzione preclude al legislatore analoghi poteri nei confronti della proprietà privata» S. MANGIAMELI, *La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali*, Milano, 1986, 132 s. È il caso comunque di osservare che più comunemente si ritiene la proprietà pubblica «proprietà necessaria». Così, S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969, 78, il quale rileva che, in base all’art 42 Cost., «ciò che importa è che sussista quello che in termini economici si chiama un “settore privato” accanto a un settore pubblico. Le dimensioni del settore privato e le dimensioni del settore pubblico sono indifferenti»; F. FRANCIOSI, *Privatizzazioni, dismissioni e destinazione “naturale” dei beni pubblici*, in *Dir. amm.*, 2004, 232 ss.

¹⁹ Cfr., in senso critico, A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2014, per il quale «piuttosto che parlare di declino della categoria giuridica del demanio, sarebbe più opportuno parlare di limiti fisiologici del modello demaniale, fondato sostanzialmente sugli elementi caratterizzanti il rapporto (strutturale) dominicale, nell’ambito del quale il binomio sovranità statale (organizzazione del potere legislativo e potere amministrativo)–proprietà pubblica, senza limitazioni puntuali di ordine costituzionale, può discrezionalmente decidere di cambiare titolo e destinazione del bene (processi di sdemanializzazione-patrimonializzazione, ma anche procedimenti concessori), o semplicemente di conservare nel tempo una funzione sociale del bene distante dalle evolute esigenze delle comunità. In questo senso, la cornice dei principi costituzionali, così come innanzi delineata, ancorché di natura prescrittiva, non ha dimostrato di possedere capacità di resistenza tale da impedire che la tipicità del rapporto proprietario strutturale, ben radicato tra Costituzione e regole codicistiche, prevalesse sul rapporto funzionale teso a soddisfare i diritti fondamentali».

Stefania Mabellini

*La proprietà conformata dei beni culturali
come archetipo per lo status dei “beni comuni”?*

proprietario privato a soddisfare l'interesse pubblico a cui il bene è destinato²⁰.

Inoltre, anche alla luce del principio di sussidiarietà²¹ – il quale, accolto, con la riforma costituzionale del 2001, anche nella sua declinazione orizzontale (art. 118, comma 4, Cost.), favorisce una sostanziale regressione delle attività e delle funzioni del pubblico a vantaggio di una corrispondente espansione della partecipazione del privato –, non potrebbe convincentemente sostenersi né che la proprietà pubblica si giustifichi in sé, anche indipendentemente dal concreto ed attuale beneficio per la collettività²², né che si possa *ad libitum* prescindere da formule di gestione partecipata dei beni pubblici ignorando il coinvolgimento delle collettività sociali interessate.

²⁰ Cfr., D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2002, 124; F. FRANCIOSI, *Privatizzazioni, dismissioni e destinazione “naturale” dei beni pubblici*, cit., 202 ss.; M. RENNA, *Beni pubblici*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano, 2006, 724, il quale sottolinea che non tutti i beni pubblici possono essere privatizzati (citandosi, ad esempio, i beni strumentali) e non per tutte le specie di beni demaniali e patrimoniali indisponibili l'appartenenza privata può ritenersi funzionalmente adeguata al soddisfacimento degli interessi pubblici da garantire; F.S. MARINI, *Proprietà pubblica: profili costituzionali*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008, 7 ss.

²¹ Mettono in relazione il processo di dismissioni in atto con il principio di sussidiarietà orizzontale ora sancito all'art. 118, comma 4, Cost., M. RENNA, *Beni pubblici*, cit., 723; A. GIUFFRIDA, *Patrimonio dello Stato S.p.A.*, in *Dig. disc. pubbl., agg. III*, Torino 2008, 643 s., il quale rileva anche che la riforma «ha indotto un ripensamento (...) finanche dello stesso lessico giuridico, a cominciare, ad esempio, dalla (ormai superata) nozione formale e soggettiva di “bene pubblico” – rigorosamente associata alla sola appartenenza pubblica dei beni –, oggi necessariamente sostituita dalla più moderna definizione sostanziale ed oggettiva di “beni a destinazione pubblica”».

²² Sul punto, v., M. DUGATO, *Il regime dei beni pubblici: dall'appartenenza al fine*, cit., 35 che mette l'accento sulla valorizzazione della finalità pubblica effettiva del bene, non essendo più ritenuto sufficiente che il bene sia pubblico per appartenenza»; V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, cit., 54 ss. e 82 ss. La giurisprudenza, d'altra parte, accoglie «l'idea di una necessaria funzionalità dei beni pubblici, con la conseguente convinzione che il bene è pubblico non tanto per la circostanza di rientrare in una delle astratte categorie del Codice quanto piuttosto per essere fonte di un beneficio per la collettività». Così, la sent. Cass. civ., SS. UU., n. 3811 del 2011.

Stefania Mabellini

*La proprietà conformata dei beni culturali
come archetipo per lo status dei “beni comuni”?*

Per quanto riguarda la proprietà privata, è appena il caso di ricordare come l’affermazione della clausola della “funzione sociale” abbia rappresentato l’equivalente di una rivoluzione copernicana, non solo segnandone la trasmutazione da diritto di libertà in mero diritto economico, ma anche piegandola alle esigenze di solidarietà sociale. In altre parole, attraverso il veicolo della “funzione sociale” è lo stesso principio di solidarietà *ex art. 2 Cost.* a permeare il contenuto del diritto dominicale aprendolo all’interesse della collettività.

Come affermato dalla Corte costituzionale, infatti, la “funzione sociale” «deve essere posta dal legislatore e dagli interpreti in stretta relazione all’art. 2 Cost., che richiede a tutti i cittadini l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale»²³, con la conseguenza che «secondo i concetti, sempre più progredienti, di solidarietà sociale, resta escluso che il diritto di proprietà possa venire inteso come dominio assoluto ed illimitato sui beni propri, dovendosi invece ritenerlo caratterizzato dall’attitudine di essere sottoposto nel suo contenuto, ad un regime che la Costituzione lascia al legislatore di determinare»²⁴.

Alla “funzione sociale” è sottesa, del resto, come noto, l’idea della “differenziazione degli statuti proprietari”²⁵, ovvero sia della “modulazione” in via legislativa delle «modalità di utilizzazione» dei beni, proprio «in ragione del diverso atteggiarsi dell’interesse della collettività»²⁶. Non a caso, d’altra parte, si sono suggestivamente

²³ Sent. n. 348 del 2007, punto 5.7. del *Cons. in dir.* Sulla concezione solidarista del diritto costituzionale di proprietà, cfr., F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell’ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, 188 ss.; D. BORGONOVO RE, *I doveri inderogabili di solidarietà*, in D. FLORENZANO-D. BORGONOVO RE-F. CORTESE, *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza. Un’introduzione*, Torino, 2015, 71 ss.

²⁴ Sent. Corte cost. n. 55 del 1968.

²⁵ Si veda, ad esempio, la sent. Corte cost. n. 103 del 1985. Cfr., M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, cit., 474, per il quale la normativa costituzionale, «attraverso il principio della funzione sociale, introduce il concetto della pluralità dei tipi (del diritto) di proprietà».

²⁶ Così, S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 145 ss.; v., inoltre, G. ROLLA, *Beni culturali e funzione sociale*, in *Le Regioni*, 1987, 59 ss.; A. BALDASSARRE, *Proprietà, I) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, 3 ss.; F.S. MARINI, *Il “privato” e la Costituzione. Rapporto tra proprietà ed impresa*, Milano, 2000, 17 ss.

Stefania Mabellini

*La proprietà conformata dei beni culturali
come archetipo per lo status dei “beni comuni”?*

descritti gli effetti del regime vincolistico sulla proprietà nei termini di «trasposizione del contenuto della demanialità»²⁷.

Nel contempo, della “funzione sociale” non può sottovalutarsi la portata garantistica, discendente dalla sua natura «bidirezionalmente limitativa»²⁸, essendo essa bensì idonea a giustificare le restrizioni ai diritti soggettivi dei proprietari, ma subordinando le scelte del legislatore al sindacato della Corte costituzionale sotto il profilo della ragionevolezza dell'intervento conformativo della proprietà²⁹. Tanto che, come si osserva, «la funzione sociale non solo è un limite (interno) della proprietà, ma è anche limite dell'attività legislativa, legata nella scelta di scopi e mezzi, alla realizzazione del (più ampio) fine costituzionale. Così che la funzione sociale è all'un tempo qualificazione e *garanzia* del diritto del privato, tanto che ne legittima (non solo l'uso ma anche) la sola *deminutio* preordinata al proprio soddisfacimento»³⁰.

Vero è che non può dirsi che la “funzione sociale” identifichi il contenuto stesso della proprietà privata, che resta, pertanto, un diritto soggettivo³¹.

²⁷ In questi termini, S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, Torino, 2001, 98. Cfr., A. SERRA, *Le modifiche al Codice dei beni culturali e del paesaggio dopo i decreti legislativi 62 e 63 del 2008. Beni culturali. L'alienazione e l'utilizzazione dei beni culturali pubblici: gli artt. 5364*, in *Aedon*, 3/2008.

²⁸ Così, M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà*, cit., 479.

²⁹ Cfr., L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, III ed., Padova, 1998, 691.

³⁰ Cfr., M. LUCIANI, *Corte costituzionale e proprietà privata (a proposito della sentenza n. 260 del 1976)*, in *Giur. cost.*, I, 1977, 1392 ss.; rileva la volontà del Costituente di rendere controllabili le scelte legislative in tema di espropriazione, A. MOSCARINI, *Proprietà*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di Diritto pubblico*, V, Milano, 2006, 4650 ss. Cfr., inoltre, A. BALDASSARRE, *Proprietà, I) Diritto costituzionale*, cit., 12, il quale rileva che «un uso particolarmente ampio della clausola generale della “funzione sociale” è specialmente presente nella giurisprudenza costituzionale sotto il profilo dello scrutinio della “non-irragionevolezza” dell'intervento pubblico limitativo o conformativo della proprietà privata». In argomento, cfr., R. NANIA, *Libertà economiche: impresa e proprietà*, in R. NANIA-P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, II ed., Torino, 2006, 214 ss.

³¹ V., S. RODOTÀ, *Proprietà (diritto vigente)*, in *Nss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 139ss.; P. RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, 44, per il quale la funzione sociale rappresenterebbe una formula escogitata «col proposito d'integrare il dovere nella struttura stessa della situazione reale, e di una situazione reale concepita nei termini consacrati dalla tradizione come diritto di escludere gli altri, “negazione del prossimo”».

Stefania Mabellini

*La proprietà conformata dei beni culturali
come archetipo per lo status dei “beni comuni”?*

Vero è, inoltre, che essa altro non è che lo scopo della disciplina limitatrice, non certo della proprietà privata³².

Tuttavia, non può, con ciò, sottovalutarsene l'effetto deflagrante. Basti ricordare che la stessa Corte costituzionale ha evidenziato che la “funzione sociale” «con il solenne riconoscimento avuto dalla Carta fondamentale, non può più essere considerata, come per il passato, quale mera sintesi dei limiti già esistenti nell'ordinamento positivo in base a singole disposizioni; essa rappresenta, invece, l'indirizzo generale a cui dovrà ispirarsi la futura legislazione»³³.

In questa prospettiva, non è affatto scontato che la “funzione sociale” espressa dalla Carta costituzionale – la quale è spesso divenuta, come pure si ammette, «sinonimo di tutela del comune»³⁴ –, possa considerarsi ormai superata, in quanto legata a doppio filo al riconoscimento – e alla garanzia – della dimensione proprietaria³⁵.

³² Sembraerebbe, quindi, preferibile una ricostruzione della proprietà privata in termini – non di funzione, ma di diritto funzionale Cfr., in questo senso, F.S. MARINI, *Il “privato” e la Costituzione. Rapporto tra proprietà ed impresa*, Milano, 2000, 14 ss. Su questa scia si colloca, altresì, la giurisprudenza costituzionale, la quale, in effetti, accoglie, della proprietà privata, la qualificazione in termini di «diritto soggettivo».

³³ In questi termini, la sent. 252 del 1983, punto 9 del *Cons. in dir.* Per una analisi delle prime pronunce della Corte costituzionale in cui si riconosce, in capo al legislatore ordinario, la «potestà di “configurazione” dell'istituto della proprietà in riferimento ai differenti tipi di beni e ai vari interessi sociali», v., A.M. SANDULLI, *I limiti della proprietà privata nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1971, 964.

³⁴ Cfr., M.R. MARELLA, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, cit., 12.

³⁵ V., M.R. MARELLA, *Il principio costituzionale della funzione sociale della proprietà e le spinte antiproprietarie dell'oggi*, cit., 112, per la quale il principio della funzione sociale della proprietà «appare legato a una coscienza giuridica e a una concezione della relazione Stato/mercato che sono ormai alle nostre spalle. Di conseguenza, l'idea che la funzione sociale rappresenti oggi lo snodo essenziale nella ricerca di una legittimazione giuridica per le rivendicazioni dei beni comuni, nelle varie forme in cui esse si presentano, si pone in contrasto con la genealogia del principio stesso». Per l'A., dunque, (p. 113) «risulta problematico fare oggi della funzione sociale (...) uno strumento al servizio di un progetto di trasformazione – quello dei beni comuni, per intenderci – che si nutre di istanze fortemente antiproprietarie».

Stefania Mabellini

*La proprietà conformata dei beni culturali
come archetipo per lo status dei “beni comuni”?*

Anzi, a testimoniare le inesaurite potenzialità della clausola della “funzione sociale”³⁶ può ben essere chiamato lo *status* dei beni culturali, il cui sviluppo appare paradigmaticamente anticipatore di talune esigenze sottese alla teorica dei “beni comuni”.

3. Lo statuto dei beni culturali e la vis espansiva della “funzione sociale”

Come è noto, dal momento del suo ingresso nell’ordinamento, a partire dagli anni ’70 del secolo scorso, la nozione di “bene culturale”³⁷ ha consentito di archiviare quell’approccio esteriore alla *res* – a cui era ancorata la legislazione pre-repubblicana³⁸ – in favore di un diverso approccio storico e documentale, che riconosce, in essa, il veicolo di trasmissione di una testimonianza del passato, ponendo, con ciò, le premesse perché sia orientata alla fruizione collettiva³⁹, secondo

³⁶ Parla, al riguardo, di “principio-valvola”, riferendosi, con ciò, a «meccanismi (...) attraverso i quali si istituiscono poteri volti ad adeguare l’ordinamento al continuo evolversi della vita politica e sociale», A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 604. Afferma, in senso analogo, che quello dei beni culturali sia «un banco di prova (...) che, in chiave evolutiva, oggi ridona concretezza a quella formula tutt’altro che vuota, e anzi piena di valenza precettiva, della funzione sociale delle diverse proprietà» F. LONGOBUCCO, *Beni culturali e conformazione dei rapporti tra privati: quando la proprietà “obbliga”*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 529.

³⁷ Ci si riferisce rispettivamente all’influenza esercitata dalla Commissione Franceschini, che, sulla scorta delle suggestioni provenienti anche dal diritto internazionale, definisce il “bene culturale” «come “testimonianza materiale avente valore di civiltà», e alla riforma del titolo V Cost. (l. cost. n. 3 del 2001).

³⁸ Si tratta, in particolare, della legge c.d. “Bottai” n. 1089 del 1939.

³⁹ Cfr., sul significato dell’espressione “beni culturali”, basti citare F. SANTORO PASSARELLI, *I beni della cultura secondo la Costituzione*, in AA.VV., *Studi per il ventesimo anniversario dell’Assemblea costituente, 2, Le libertà civili e politiche*, Firenze, 1969, 429 ss.; M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 3 ss.; G. ROLLA, *Beni culturali e funzione sociale*, *Le Regioni*, 1987, 53 ss.; nonché, con accenti critici, B. CAVALLO, *La nozione di bene culturale tra mito e realtà: rilettura critica della prima dichiarazione della Commissione Franceschini*, in AA.VV., *Scritti in onore di M.S. Giannini*, II, Milano, 1988, 111; G. SEVERINI, *Artt. 1 e 2*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, II ed., Milano, 2012, 8; A. BARTOLINI, «Beni culturali (dir. amm.)», in *Enc. dir.*, *Annali VI*, Milano, 2013, 113.

Stefania Mabellini

*La proprietà conformata dei beni culturali
come archetipo per lo status dei “beni comuni”?*

quanto, d'altra parte, esplicitamente disposto dal Codice dei beni culturali e paesaggistici (d.lgs. n. 42 del 2004)⁴⁰.

Si tratta, del resto, di una dimensione affatto sintonica con la previsione costituzionale che, nell'attribuire alla Repubblica, ex art. 9, comma 2, la “tutela” – a prescindere dalla proprietà pubblica o privata⁴¹ – del patrimonio storico-artistico, accoglie, a sua volta, la medesima vocazione dinamica. La quale – dando seguito all'enunciazione di apertura dell'articolo, che eleva quella culturale, in aggiunta alla dimensione economica e sociale, tra le componenti che si fa obbligo alla Repubblica di sviluppare (comma 1)⁴² – viene concretizzata in relazione a beni determinati, ovverosia quelli costituenti il patrimonio culturale della Nazione.

Ebbene, è appena il caso di osservare che, quelli culturali, sono stati invariabilmente chiamati a comporre la categoria dei beni comuni nelle varie ipotesi fin qui elaborate, compreso il progetto Rodotà sopra citato, sulla cui base per i beni archeologici e culturali sarebbe conseguita la collocazione fuori commercio, se appartenenti ad una persona giuridica pubblica, e l'obbligo di garantirne la fruizione collettiva, a prescindere dal regime proprietario pubblico o privato⁴³.

⁴⁰ L'art. 3, comma 1, del Codice prevede che «la tutela consiste nell'esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette, sulla base di un'adeguata attività conoscitiva, ad individuare i beni costituenti il patrimonio culturale ed a garantirne la protezione e la conservazione *per fini di pubblica fruizione*» (corsivo nostro).

⁴¹ Cfr., ancora, F.S. MARINI, *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, Milano, 2002, 208 s.; S. SETTIS, *Paesaggio Costituzione Cemento, La battaglia per l'ambiente contro il degrado civile*, Torino, 2010, 179 ss.

⁴² Cfr., S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, cit., 3 ss. Sulla relazione tra le disposizioni contenute nei commi 1 e 2 dell'art. 9 Cost., v., F. SANTORO PASSARELLI, *I beni della cultura secondo la Costituzione*, cit., 429 ss.; F. MERUSI, *Significato e portata dell'art. 9 della Costituzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale, III*, Varese, 1977, 801 ss.; F.S. MARINI, *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, cit., 187 ss.

⁴³ V., E. REVIGLIO, *Per una riforma del regime giuridico dei beni pubblici. Le proposte della Commissione Rodotà*, in *Pol. dir.*, 2008, 531 ss.; P. MADDALENA, *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella Costituzione della Repubblica italiana*, in *Giur. cost.*, 2011, 2613 ss.; S. SETTIS, *Azione popolare. Cittadini per il bene comune*, Torino, 2012, 104 ss.; M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo dei beni comuni*, in *Storica*, 2013, 128; U. MATTEI, *I beni pubblici: un dialogo fra diritto e politica*, in G. ALPA-V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile*

Stefania Mabellini

*La proprietà conformata dei beni culturali
come archetipo per lo status dei “beni comuni”?*

Si tratta, a ben vedere, di condizioni non del tutto estranee allo status dei beni culturali.

L'incommerciabilità, come noto, non rappresenta, per il patrimonio culturale, una novità, trattandosi di una prerogativa tradizionalmente connessa alla demanialità e pertanto applicabile, pur con qualche incertezza, ai beni del “demanio culturale” fino agli interventi legislativi della fine degli anni '90 del secolo scorso, che, pur tra laceranti tensioni, ne hanno segnato il superamento⁴⁴. Il quale, a sua volta, non sarebbe stato possibile senza un preliminare riconoscimento del ruolo esercitato dalla “funzione sociale”. Essa, infatti, consente di ammettere – con la più autorevole dottrina⁴⁵ – che destinazione pubblica e proprietà privata non siano inconciliabili e che, in altre parole, allo statuto proprietario privato non corrisponda il necessario

del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà, Bari, 2013, 123 ss.; A. VESTO, *I beni dall'appartenenza egoistica alla fruizione solidale*, Torino, 2014, 162 ss.; G.M. FLICK, *L'articolo 9 della Costituzione: dall'economia di cultura all'economia della cultura. Una testimonianza del passato, una risorsa per il futuro*, in *RivistaAic*, 1/2015.

⁴⁴ Così, l'alienabilità del patrimonio culturale pubblico, ammessa dapprima nel 1997 (l. 15 maggio 1997, n. 127, “Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo”), in forza di una previsione nella quale si richiamava espressamente all'operatività proprio l'art. 24 della legge “Bottai” (art. 12, comma 3), viene repentinamente rinnegata nel giro di qualche mese (art. 2, comma 24, l. 16 giugno 1998, n. 191 “Modifiche ed integrazioni alle leggi 15 marzo 1997, n. 59, e 15 maggio 1997, n. 127, nonché norme in materia di formazione del personale dipendente e di lavoro a distanza nelle pubbliche amministrazioni. Disposizioni in materia di edilizia scolastica”), ed infine nuovamente sancita l'anno seguente (l. 23 dicembre 1998, n. 448, “Misure di finanza pubblica per la stabilizzazione e lo sviluppo”), attraverso una disposizione emblematicamente contraddittoria. La quale proclama con enfasi l'inalienabilità degli immobili di interesse storico-artistico degli enti territoriali, salvo rimettere ad un successivo regolamento l'individuazione delle ipotesi in deroga al divieto (art. 32). Il tutto a dispetto di un Testo unico dei beni culturali e ambientali (d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490) appena approvato, il quale, ignorando vistosamente la nuova disciplina, confermava, dal canto suo, la vecchia, ambigua, previsione codicistica (art. 54) ed abrogava espressamente la l. n. 1089 (art. 166, comma 1).

⁴⁵ Il riferimento è alla categoria dei “beni privati di interesse pubblico”, elaborata e sistematizzata da A.M. SANDULLI, *Beni pubblici*, cit., 278 s., e in seguito riproposta da A. LOLLI, *Proprietà e potere nella gestione dei beni pubblici e dei beni di interesse pubblico*, in *Dir. amm.*, 1996, 81. In argomento, v., inoltre, V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Beni pubblici*, cit., 1 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni pubblici*, in <http://www.astrid-online.it/>.

Stefania Mabellini

*La proprietà conformata dei beni culturali
come archetipo per lo status dei “beni comuni”?*

disconoscimento della «rilevanza pubblica» del bene⁴⁶, la quale, dal canto suo – segnando la prevalenza della destinazione sul profilo dominicale –, ha l’effetto di gravare il privato dell’onere di garantire l’effettiva funzionalità del bene rispetto agli interessi collettivi⁴⁷.

Ebbene, quand’anche possa considerarsi non inopportuna o neanche auspicabile un’ulteriore inversione di rotta, peraltro ad effetto potenziato sia in relazione ai soggetti coinvolti – non limitati agli enti territoriali –, sia in relazione all’oggetto – non circoscritto ai beni culturali immobili e alle collezioni –, deve prendersi atto che la sottrazione alla circolazione rappresenta, di per sé, un fattore neutro, inidoneo a realizzare, in quanto tale, una maggiore garanzia dell’interesse collettivo.

Infatti, per un verso, l’appartenenza pubblica è stata storicamente funzionale più ad una garanzia di conservazione dei beni che non di fruizione degli stessi e attualmente tale esigenza può dirsi pienamente conseguibile anche mantenendo il bene in regime di appartenenza privata; per l’altro, il vincolo culturale, una volta apposto sulla *res*, ne accompagna indissolubilmente l’esistenza, seguendola anche nei trasferimenti di proprietà e garantendo la realizzazione dell’interesse pubblico – con il suo corredo di ablazioni delle facoltà dominicali –, a

⁴⁶ V., A. LOLLI, *Proprietà e potere nella gestione dei beni pubblici e dei beni di interesse pubblico*, cit., 82.

⁴⁷ Si veda la sent. Cass. civ., SS. UU., 16 febbraio 2011, n. 3811. Cfr., F. FRANCIARIO, *Privatizzazioni, dismissioni e destinazione “naturale” dei beni pubblici*, in *Ann. ass. it. prof. dir. amm.*, 2003, Milano, 2004, 223 s.; A. POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, cit., 650 s., il quale rileva che, puntando «su una accezione “funzionale”, “dinamica” ovvero “oggettiva” dei beni pubblici, si può ipotizzare una forma alternativa di tutela – sotto forma di vincolo di destinazione o di onere reale – che prescindendo dall’appartenenza al soggetto pubblico». V., S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, cit., 124, per il quale «la garanzia di godimento pubblico deve riguardare non solo i beni demaniali ma anche i beni di proprietà privata che devono essere fruibili dalla collettività, per rispondere alle finalità di cui all’art. 9 Cost.»; M. DUGATO, *Il regime dei beni pubblici: dall’appartenenza al fine*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, cit., 33 s., il quale osserva che nella più recente legislazione «la scelta per l’abbandono dell’appartenenza in favore della destinazione vincolata è evidente, così come è evidente che essa non determina affatto una compressione delle garanzie e delle tutele dell’interesse pubblico»; A.L. TARASCO, *La gestione del patrimonio culturale: profili giuridici, economici e contabili*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, cit., 348 ss.

Stefania Mabellini

*La proprietà conformata dei beni culturali
come archetipo per lo status dei “beni comuni”?*

prescindere dall'appartenenza formale. Senza contare, sia detto per inciso, che limiti al godimento dei beni in proprietà privata possono essere direttamente disposti anche dalla legge in via generale, ovvero sia senza che sia richiesto all'Amministrazione di compiere una scelta di carattere singolare su una specifica *res*⁴⁸: si pensi al vincolo di destinazione d'uso previsto per gli studi d'artista (art. 51, comma 2, del Codice dei beni culturali), oppure al divieto di esportazione senza autorizzazione dei beni non (ancora) dichiarati che presentino interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, bibliografico, documentale o archivistico, in quanto semplicemente riconducibili alle categorie di beni dichiarabili (artt. 65 e 68 del Codice dei beni culturali).

Diversa questione è, invece, quella relativa all'accessibilità dei beni e alla gestione partecipata degli stessi.

Su questo punto permangono nella legislazione in vigore forti differenze in ragione dell'appartenenza, pubblica o privata, dei beni culturali.

In relazione ai beni pubblici, appare degna di rilievo la scelta di assegnare ai luoghi ed agli istituti di cultura (elencati nel comma 2 dell'art. 101 del Codice dei beni culturali), appartenenti a soggetti pubblici, la destinazione alla pubblica fruizione con la conseguente qualificazione, di quello espletato, nei termini di “pubblico servizio”⁴⁹.

⁴⁸ Secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale, dovrebbe escludersi che la legge debba «disporre indennizzi quando i modi ed i limiti imposti (...) attengano, con carattere di generalità per tutti i consociati e quindi in modo obiettivo (...), ad intere categorie di beni, e per ciò interessino la generalità dei soggetti con una sottoposizione indifferenziata di essi – anche per zone territoriali – ad un particolare regime secondo le caratteristiche intrinseche del bene stesso». Quindi, non si potrebbe porre «un problema di indennizzo se il vincolo, previsto in base a legge, abbia riguardo ai modi di godimento dei beni in generale o di intere categorie di beni, ovvero quando la legge stessa regoli la relazione che i beni abbiano rispetto ad altri beni o interessi pubblici preminenti» (così, sent. n. 179 del 1999 che richiama le sentt. nn. 6 del 1966 e 55 del 1968). Cfr., A.M. SANDULLI, *I limiti della proprietà privata nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 962 ss.; M. LUCIANI, *Corte costituzionale e proprietà privata (a proposito della sentenza n. 260 del 1976)*, cit., 1379; ID., *Vecchi e nuovi principi in materia di espropriazione e indennizzo*, in *Giur. cost.*, 1980, I, 40 ss.; S. MANGIAMELI, *La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali*, Milano, 1986, 140 ss.

⁴⁹ Art. 101, comma 3: «Gli istituti ed i luoghi di cui al comma 1 che appartengono a soggetti pubblici sono destinati alla pubblica fruizione ed espletano

Stefania Mabellini

*La proprietà conformata dei beni culturali
come archetipo per lo status dei “beni comuni”?*

Tale qualificazione, non è stata, peraltro, priva di conseguenze, avendo favorito l'espressa estensione ad essi dei principi che presiedono l'erogazione di un servizio pubblico⁵⁰.

Non deve sottovalutarsi il ruolo giocato, in questa prospettiva, dall'enunciazione costituzionale del principio di sussidiarietà, il quale, come anticipato, prescrivendo in capo agli enti territoriali l'obbligo di promuovere l'autonoma iniziativa dei cittadini (art. 118, comma 4, Cost.), non solo consente di mettere in discussione l'assunto che l'interesse generale possa dirsi adeguatamente soddisfatto per il semplice fatto dell'appartenenza pubblica dei beni culturali⁵¹, favorendo piuttosto il consolidamento del «principio di doverosità della valorizzazione pubblica»⁵², ma permette anche di escludere

un servizio pubblico». Anche su questa base, il d.l. n. 146 del 2015, convertito, con modificazioni, con la l. n. 182 del 2015, recante: “Misure urgenti per la fruizione del patrimonio storico e artistico della Nazione”, ha esteso, all'«apertura al pubblico regolamentata di musei e altri istituti e luoghi della cultura», l'applicazione della l. n. 146 del 1990, “Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sulla salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati. Istituzione della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge”. Cfr., in argomento, C. ZOLI, *La fruizione dei beni culturali quale servizio pubblico essenziale: il decreto legge 20 settembre 2015, n. 146 in tema di sciopero*, in *Aedon*, 3/2015; G. PIPERATA, *Sciopero e musei: una prima lettura del d.l. n. 146/2015, ivi*; F. LIGUORI, *I servizi culturali come servizi pubblici*, in *federalismi.it*, 1/2018; nonché, per la tesi secondo la quale dai diritti culturali deriverebbero obblighi positivi di *facere* in capo allo Stato, M. CARCIONE, *Dal riconoscimento dei diritti culturali nell'ordinamento italiano alla fruizione del patrimonio culturale come diritto fondamentale*, in *Aedon*, 2/2013.

⁵⁰ Art. 111, comma 3: «La valorizzazione ad iniziativa pubblica si conforma ai principi di libertà di partecipazione, pluralità dei soggetti, continuità di esercizio, parità di trattamento, economicità e trasparenza della gestione». V., P. BILANCIA, *Note sui modelli di gestione nella valorizzazione dei beni culturali*, in V. PIERGIGLI-A.L. MACCARI (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio tra teoria e prassi*, cit., 153, nt. 6. Sulla configurazione di un'attività di servizio pubblico finalizzata alla fruibilità pubblica dei beni culturali, S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, cit., 127 ss.; A. BARTOLINI, *Beni culturali (dir. amm.)*, in *Enc. dir., Annali VI*, Milano, 2013, 116 ss.

⁵¹ Sia consentito rinviare a S. MABELLINI, *La “valorizzazione” come limite costituzionale alla dismissione dei beni culturali pubblici e come “funzione” della proprietà pubblica del patrimonio storico-artistico*, in *Dir. soc.*, 2012, 223 ss.

⁵² Cfr., G. SEVERINI, *Art. 112*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 731 ss.

Stefania Mabellini

*La proprietà conformata dei beni culturali
come archetipo per lo status dei “beni comuni”?*

l’assiomatica preferenza, nell’amministrazione di essi, per la gestione pubblica⁵³.

Ne sono risultate, per un verso, una cauta apertura in favore della gestione indiretta dei servizi culturali allorché quest’ultima sia in condizione di assicurare un miglior livello di valorizzazione dei beni culturali (art. 115, comma 4)⁵⁴, per l’altro, la previsione, per coordinare le attività di valorizzazione, di forme di integrazione orizzontale tra pubblico e privato, ovvero sia di accordi tra soggetti pubblici e privati, successivamente estesi anche alla partecipazione di associazioni culturali o di volontariato, che abbiano per statuto finalità di promozione e diffusione della conoscenza dei beni (art. 112)⁵⁵.

⁵³ V., A.L. TARASCO, *Art. 115*, in G. LEONE-A.L. TARASCO (a cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Padova, 2006, 730. Cfr., P. ROSSI, *Partenariato pubblico-privato e valorizzazione economica dei beni culturali nella riforma del codice degli appalti*, in *federalismi.it*, 2/2018. Parla, in relazione alla materia dei beni culturali, di «una vera e propria reticenza pubblica alla piena attuazione del principio di sussidiarietà, in particolare nella sua declinazione orizzontale», S. GARDINI, *La valorizzazione integrata dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 405.

⁵⁴ V., S. BELLOMIA, *Art. 115*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2006, 751 ss. Il principio di sussidiarietà, invero, accorda la preferenza nei confronti dell’ambito più vicino agli interessati non solo quando questo sia in condizione di operare a condizioni più vantaggiose rispetto a quello meno vicino, ma anche a parità di condizioni Cfr., A. D’ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2001, 17 ss.; ID., *Il principio di sussidiarietà*, cit., 87; ID., *Sussidiarietà orizzontale e affidamento “in house”*, in *Giur. cost.*, 2008, 5009 ss.; ID., *Diritto regionale*, cit., 184 ss.; B. DI GIACOMO RUSSO, *TAR Sardegna: l’affidamento “in house” alla luce del regolamento CE n. 1370/2007 e della sentenza del 17 luglio 2008 (causa C-371/05) della Corte di Giustizia CE*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 2254 ss.; ID., *L’affidamento in house è un modello di sussidiarietà orizzontale?*, in *Riv. trim. app.*, 2009, 213 ss.

⁵⁵ Cfr., G. SEVERINI, *Art. 112*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 731 ss.; S. GARDINI, *La valorizzazione integrata dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2016, 406, che evidenzia «il favor che il legislatore esprime nei confronti dei moduli consensuali», non limitati, del resto, ai soli beni in proprietà pubblica, ma potenzialmente estesi anche ai beni privati, con il consenso dei proprietari (pag. 408). Cfr., nello stesso senso, già, F. PASTORI, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali in Italia: situazione in atto e tendenze*, in *Aedon*, 3/2004; L. ZANETTI, *La valorizzazione dei beni culturali di appartenenza pubblica (art. 112)*, in *Aedon*, 1/2004; M. CAMMELLI, *Pluralismo e cooperazione*, in C. BARBATI-M. CAMMELLI-G. SCIULLO (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna,

Stefania Mabellini

*La proprietà conformata dei beni culturali
come archetipo per lo status dei “beni comuni”?*

Un settore, quello del *no profit*, potenzialmente in grado di “contaminare” in modo assai significativo i modelli di gestione dei beni culturali, mettendo in contatto i beni culturali con le collettività sociali⁵⁶, e che è stato di recente oggetto di una riforma (d.lgs. n. 117 del 2017 “Codice del Terzo settore, a norma dell’articolo 1, comma 2, lettera *b*), della legge 6 giugno 2016, n. 106”) dai risvolti applicativi probabilmente non ancora misurati appieno⁵⁷.

Si considerino, ad esempio, l’introduzione della possibilità di affidare in concessione ad enti del terzo settore la gestione di beni culturali immobili di proprietà pubblica «con pagamento di un canone agevolato, determinato dalle amministrazioni interessate, ai fini della riqualificazione e riconversione dei medesimi beni tramite interventi di recupero, restauro, ristrutturazione a spese del concessionario» (art. 71, comma 3), nonché la previsione per la quale, in attuazione dell’art. 115 del Codice dei beni culturali, il Ministero dei beni e delle attività culturali, le Regioni, gli enti locali e gli altri enti pubblici possano «attivare forme speciali di partenariato con enti del Terzo settore», «dirette alla prestazione di attività di valorizzazione di beni culturali immobili di appartenenza pubblica» (art. 89, comma 17).

D’altra parte, anche a livello internazionale – si ponga mente alla Convenzione di Faro⁵⁸ –, si registra una transizione da un modello prevalentemente incentrato sulle esigenze di protezione del patrimonio culturale ad uno maggiormente indirizzato a promuoverne un uso a fini

2006, 175 ss.; F. MOROLLO, *Valorizzazione del patrimonio culturale: sussidiarietà orizzontale e prospettive di “democrazia diretta” per lo sviluppo dei territori*, in *DPCE online*, 2019, 1133 ss.

⁵⁶ Cfr., E. FIDELBO, *Strumenti giuridici di valorizzazione del rapporto tra patrimonio culturale e territorio: il caso dei patti di collaborazione tra amministrazioni locali e cittadini*, in *Aedon*, 3/2018.

⁵⁷ Sul ruolo delle agevolazioni fiscali come strumento partecipativo dei privati nella gestione dei beni culturali pubblici, v., A. CRISMANI, “*ART-BONUS*”: strumento partecipativo alla gestione del bene pubblico, in *federalismi.it*, 19/2014.

⁵⁸ Fatta nel 2005 e sottoscritta, sebbene non ancora ratificata dall’Italia, ove il d.d.l. di autorizzazione alla ratifica è stato approvato in Senato il 10 ottobre 2019 (A.S. 257 e 702) e trasmesso all’esame della Camera dei Deputati.

Stefania Mabellini

*La proprietà conformata dei beni culturali
come archetipo per lo status dei “beni comuni”?*

sociali, facendolo strumento di inclusione sociale e chiamando la società civile a concorrere alla sua gestione e utilizzazione⁵⁹.

Una – auspicabilmente – più consistente apertura del “pubblico” a formule di gestione partecipata avrebbe l’effetto di ridurre la distanza tra beni pubblici e “beni comuni”, se è vero che lo statuto di questi ultimi, secondo quanto si assume, «non si [identificherebbe] con la semplice proprietà pubblica del bene, il quale per essere “comune” [dovrebbe] venir gestito attraverso meccanismi decisionali e attuativi largamente partecipati»⁶⁰.

Quanto, invece, ai beni culturali privati, si rende opportuna una premessa.

Vero è che la Corte costituzionale afferma che «l’esigenza di protezione culturale dei beni, determinata dalla loro utilizzazione e dal loro uso pregressi, si estrinseca in un vincolo di destinazione che agisce sulla proprietà del bene e può trovare giustificazione, per i profili costituzionali, nella funzione sociale che la proprietà privata deve svolgere (art. 42 della Costituzione)»⁶¹ ed ancora ribadisce che la tutela dei beni di interesse storico, artistico, archeologico, agisce «sulla proprietà, attraverso un vincolo di destinazione di carattere reale e non personale», che «si inquadra nella funzione sociale della proprietà»⁶².

Si deve, tuttavia, evidenziare che, ad oggi, il potere conformativo del diritto di proprietà sui beni culturali opera, pressoché esclusivamente, sul terreno della conservazione.

Infatti, nonostante vengano previsti casi e modalità di valorizzazione del bene culturale in proprietà privata, sia su base volontaria – si consideri la modalità negoziata di valorizzazione dei beni culturali prevista nel Codice (art. 112) –, che imposta – si pensi al programma di valorizzazione

⁵⁹ Art. 11: «Nella gestione dell’eredità culturale, le Parti si impegnano a: 1. promuovere un approccio integrato e bene informato da parte delle istituzioni pubbliche in tutti i settori e a tutti i livelli; 2. sviluppare un quadro giuridico, finanziario e professionale che permetta l’azione congiunta di autorità pubbliche, esperti, proprietari, investitori, imprese, organizzazioni non governative e società civile; 3. sviluppare metodi innovativi affinché le autorità pubbliche cooperino con altri attori; 4. rispettare e incoraggiare iniziative volontarie che integrino i ruoli delle autorità pubbliche; 5. incoraggiare organizzazioni non governative interessate alla conservazione dell’eredità ad agire nell’interesse pubblico».

⁶⁰ Così, A. VESTO, *I beni dall’appartenenza egoistica alla fruizione solidale*, cit., 187

⁶¹ In questi termini, la sent. n. 118 del 1990, punto 4 del *Cons. in dir.*

⁶² Sent. n. 388 del 1992, punto 4 del *Cons. in dir.*

Stefania Mabellini

*La proprietà conformata dei beni culturali
come archetipo per lo status dei “beni comuni”?*

cui è condizionata la dismissione di un bene culturale pubblico⁶³, nonché agli obblighi di apertura al pubblico conseguenti o all'erogazione di finanziamenti pubblici per realizzare un restauro (art. 38, comma 1)⁶⁴, ovvero all'eccezionalità dell'interesse storico-artistico del bene (art. 104, comma, lett. a)⁶⁵ –, ciononostante, si diceva, il Codice pone in capo ai privati il mero obbligo della conservazione (art. 1, comma 5) e qualifica la valorizzazione come attività socialmente utile, avente una finalità di solidarietà sociale, rimettendola, conseguentemente, alla volontaria iniziativa del privato (art. 111, comma 4).

Tale disciplina merita una duplice considerazione.

Da un lato, preso atto della «“imperfezione” tributaria» della disciplina codicistica, che richiama misure di sostegno pubblico della valorizzazione dei beni culturali privati in realtà affatto mancanti (art. 113)⁶⁶, nonché della limitatezza degli strumenti autoritativi normativamente previsti per imporre forme di valorizzazione dei beni in appartenenza privata, è agevole comprendere perché proprio tale

⁶³ Il Codice prevede che l'autorizzazione ad alienare sia corredata dall'indicazione delle prescrizioni in ordine non alla sola conservazione del bene, ma anche alla fruizione pubblica, nonché dalla determinazione di ulteriori obiettivi di valorizzazione (art. 55, comma 3), elevando, opportunamente, la fruizione pubblica (non meno della conservazione), a condizione (anche, eventualmente, con effetto preclusivo) delle operazioni di alienazione (art. 55, comma 3-bis). Parla in proposito di «mere privatizzazioni “formali”», M. RENNA, *Beni pubblici*, cit., 716 ss., che individua in tal modo (pag. 720 s.) «quelle in esito alle quali la proprietà [dei beni] diviene formalmente privata (...) pur mantenendo la loro destinazione pubblica e rimanendo quindi sotto l'egida dei poteri di regolazione e di tutela pubblicistica spettanti alle amministrazioni competenti», concludendo che «anche in materia di beni pubblici, dunque, lo stato sta diventando sempre più “regolatore” e sta progressivamente abbandonando le vesti dello “stato gestore”, insieme a quelle dello “stato proprietario”»; A. GIUFFRIDA, *Patrimonio dello Stato S.p.A.*, cit., 646.

⁶⁴ ... che così dispone: «I beni culturali restaurati o sottoposti ad altri interventi conservativi con il concorso totale o parziale dello Stato nella spesa, o per i quali siano stati concessi contributi in conto interessi, sono resi accessibili al pubblico secondo modalità fissate, caso per caso, da appositi accordi o convenzioni da stipularsi fra il Ministero ed i singoli proprietari all'atto della assunzione dell'onere della spesa ai sensi dell'articolo 34 o della concessione del contributo ai sensi degli articoli 35 e 37».

⁶⁵ Per il quale: «Possono essere assoggettati a visita da parte del pubblico per scopi culturali: a) i beni culturali immobili indicati all'articolo 10, comma 3, lettere a) e d), che rivestono interesse eccezionale».

⁶⁶ Cfr., G. SEVERINI, *Art. 113*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 744 ss.

Stefania Mabellini

*La proprietà conformata dei beni culturali
come archetipo per lo status dei “beni comuni”?*

esigenza, ben oltre la tradizionale funzione di tutela⁶⁷, sia ripetutamente enunciata dallo stesso Codice dei beni culturali come *ratio* sottostante i vari istituti di trasferimento coattivo della proprietà privata⁶⁸, concedendo ingresso al potere *lato sensu* espropriativo proprio là dove sembra arrestarsi la portata conformativa della proprietà privata⁶⁹.

Dall'altro, tuttavia, in forza di una lettura evolutiva della “funzione sociale” interpretata alla luce delle finalità di solidarietà sociale, non sembra irragionevole ammettere forme ulteriori di ablazione delle facoltà dominicali, atte a sviluppare, al di là dei limitati casi finora disciplinati, una più accentuata valorizzazione doverosa anche dei beni culturali in appartenenza privata.

Del resto, già la dottrina più confidente rimarca la «forte spinta di sistema proveniente dall'intero d.lgs. n. 42 del 2004 verso una considerazione dei beni culturali come beni passibili di valorizzazione anche da parte dei proprietari privati»⁷⁰.

4. Le possibili virtuose contaminazioni tra beni culturali e “beni comuni”

Da quanto osservato pare, quindi, potersi concludere che lo statuto costituzionale della proprietà – non solo di quella pubblica, ma anche di

⁶⁷ In questo senso si era orientata la giurisprudenza amministrativa già sulla – peraltro, malferma – base dell'art. 54, comma 1, della l. n. 1089, soprattutto valorizzando la circostanza che l'abbondanza di strumenti a disposizione dell'autorità per realizzare – anche coattivamente – le esigenze conservative in costanza del regime proprietario privato avrebbero reso il ricorso allo strumento espropriativo sostanzialmente superfluo. Cfr., T. ALIBRANDI-P. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, cit., 565. Si veda, inoltre, Cons. St., sez. V, 14 maggio 1986, n. 255 in *Foro it.*, 1987, III, 523 ss.

⁶⁸ Può dirsi che gli strumenti di trasferimento coattivo della proprietà privata dei beni culturali abbiano fatto registrare, nel corso del tempo, una significativa evoluzione nella *ratio* ad esse sottesa, che, dalla conservazione, sembra decisamente indirizzarsi verso la valorizzazione. Cfr., già in questo senso, G. PALMA, *I procedimenti ablatori. Beni d'interesse storico-artistico*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, 7, *Proprietà*, I, II ed., Torino, 2005, 409 ss. V., inoltre, S. GARDINI, *La valorizzazione integrata dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2016, 408, nt. 13.

⁶⁹ Sia consentito rinviare a S. MABELLINI, *La tutela dei beni culturali nel costituzionalismo multilivello*, Torino, 2016, 158 ss.

⁷⁰ Cfr., G. CLEMENTE DI SAN LUCA-R. SAVOIA, *Manuale di Diritto dei beni culturali*, Napoli, 2008, 281.

Stefania Mabellini

*La proprietà conformata dei beni culturali
come archetipo per lo status dei “beni comuni”?*

quella privata – non abbia completamente esaurito la sua capacità di salvaguardare l’interesse comune, e che, anzi, nella clausola della “funzione sociale” della proprietà privata – tanto più se letta congiuntamente all’art. 2 Cost., che richiede a tutti i cittadini l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale – si celino ancora potenzialità “inesplorate”.

Nel contempo, in forza di una reciproca integrazione, è proprio dalla teorica dei “beni comuni” che potrebbe provenire una spinta propulsiva in favore di un qualche ripensamento sull’assetto dei beni di interesse generale, in particolare, per quanto qui di interesse, di quelli culturali.

Ci si può limitare ad evidenziare, in questa sede, la questione dell’individuazione.

Come noto, alla luce della attuale legislazione, non solo l’adozione della dichiarazione di interesse storico-artistico – in considerazione delle ricadute sul regime proprietario – resta appannaggio della sola amministrazione statale, ma anche l’avvio del procedimento permane ancorato al criterio formale dell’appartenenza, ignorando ogni forma di impulso o di partecipazione dal basso.

Viceversa, il diritto internazionale sembra indirizzarsi – emblematica, in questo senso, ancora una volta, la Convenzione di Faro⁷¹ – verso «una maggiore democratizzazione del processo decisionale: in questo nuovo sistema di accesso al patrimonio, che potremmo definire *bottom-up*, sono le popolazioni stesse, quelle che la Convenzione all’articolo 2.b) chiama “comunità patrimoniali”, a concorrere al riconoscimento degli elementi del patrimonio ritenuti più rappresentativi, e ciò secondo una pluralità di valori che non necessariamente coincidono con i criteri scientifici elaborati dagli esperti»⁷².

⁷¹ Art. 12: «Le Parti si impegnano a: a) incoraggiare ciascuno a partecipare: - al processo di identificazione, studio, interpretazione, protezione, conservazione e presentazione dell’eredità culturale; - alla riflessione e al dibattito pubblico sulle opportunità e sulle sfide che l’eredità culturale rappresenta; b) prendere in considerazione il valore attribuito da ogni comunità patrimoniale all’eredità culturale in cui si identifica; c) riconoscere il ruolo delle organizzazioni di volontariato, sia come partner nelle attività, sia come portatori di critica costruttiva nei confronti delle politiche per l’eredità culturale; d) promuovere azioni per migliorare l’accesso all’eredità culturale, in particolare per i giovani e le persone svantaggiate, al fine di aumentare la consapevolezza sul suo valore, sulla necessità di conservarlo e preservarlo e sui benefici che ne possono derivare».

⁷² Così, C. CARMOSINO, *La Convenzione quadro del Consiglio d’Europa sul valore del patrimonio culturale per la società*, in *Aedon*, 1/2013.

Stefania Mabellini

*La proprietà conformata dei beni culturali
come archetipo per lo status dei “beni comuni”?*

Sotto questo profilo, l'innovazione più consistente che è dato riscontrare nell'ordinamento italiano è probabilmente quella contenuta nell'art. 10, comma 3, lett. *d*) del Codice che prevede che possano essere dichiarate «le cose immobili e mobili, a chiunque appartenenti, che rivestono un interesse particolarmente importante a causa del loro riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte, della scienza, della tecnica, dell'industria e della cultura in genere, ovvero *quali testimonianze dell'identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive o religiose*».

In più, secondo quanto recentemente aggiunto, «se le cose rivestono altresì un valore testimoniale o esprimono un collegamento identitario o civico di significato distintivo eccezionale», la dichiarazione di interesse storico-artistico «può comprendere, *anche su istanza di uno o più comuni o della Regione*, la dichiarazione di monumento nazionale»⁷³. Disposizione, questa, che ha l'effetto di immettere, nel percorso di tutela, soggetti ulteriori rispetto allo Stato e al proprietario del bene.

Ciò non toglie, ad ogni modo, che l'atto di impulso del procedimento – quando non avviato d'ufficio – resti pur sempre riservato ai soggetti a cui i beni stessi appartengono, ignorando così, proprio nella fase costitutiva della culturalità del bene, ogni possibile apporto delle più diverse collettività sociali, potenzialmente interessate al bene⁷⁴.

Un approccio assai distante dal modello *bottom-up* e che – a meno che non si voglia continuare ad a disconoscere il rilievo della partecipazione dal basso di cui il dibattito sui beni comuni si fa antesignano⁷⁵ – sarebbe, forse, ora di rivedere.

⁷³ Art. 10, comma 3, lett. *d*), periodo aggiunto dall'art. 6, comma 1, della l. n. 153 del 2017. Corsivo nostro.

⁷⁴ Art. 12, comma 2: «I competenti organi del Ministero, d'ufficio o su richiesta formulata dai soggetti cui le cose appartengono e corredata dai relativi dati conoscitivi, verificano la sussistenza dell'interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico nelle cose di cui al comma 1, sulla base di indirizzi di carattere generale stabiliti dal Ministero medesimo al fine di assicurare uniformità di valutazione».

⁷⁵ Cfr., I. CIOLLI, *Sulla natura giuridica dei beni comuni*, cit., 457 ss.; E. ROSSI, *Le finalità e gli strumenti della democrazia partecipativa nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Dir. soc.*, 2016, 493 ss.

Stefania Mabellini

*La proprietà conformata dei beni culturali
come archetipo per lo status dei “beni comuni”?*

ABSTRACT: As known, the idea of “commons” aims for overcoming the public-private dichotomy, for the purpose of taking some goods, satisfying fundamental rights, off the market system. In the paper, the A. aims to demonstrate that perhaps we don’t need a new paradigm, radically alternative to public or private property. In fact, the clause on the “social function” of the property (art. 42 Cost.) has still a lot of unexpressed potential, connected with the principle of solidarity (art. 2 Cost.). At the same time, through a process of mutual integration, the theory of “commons” could promote an afterthought on public goods, especially cultural goods.

KEYWORDS: Commons, Cultural goods, Property, Social function, Solidarity.

Stefania Mabellini – Professoressa associata di Diritto Costituzionale nell’Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”

Il corpo umano tra proprietà e autodeterminazione*

Giuseppe Giaino

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La «*no-property rule*» e la «*work and skill exception*». – 3. Lo sfruttamento economico non autorizzato delle parti staccate del corpo umano. – 4. L’incidenza della natura delle parti del corpo sulla relativa titolarità. – 5. Il fondamento del potere di disporre del corpo e delle sue parti. – 6. *Segue*: il “diritto al controllo” e il “diritto al compenso”.

1. *Introduzione*

Una riflessione sulle regole di appartenenza, sulla disponibilità e sulla possibile circolazione delle parti staccate del corpo umano non è ufficio agevole, principalmente a causa della velocità con cui evolvono le scienze che studiano quanto attiene al corpo stesso; al contempo, per il fatto che queste ultime si sviluppano in uno spazio privo dei confini territoriali ai quali, invece, sono soggetti coloro che hanno il compito di elaborare le norme a governo dei risultati ai quali la ricerca biomedica approda. L’indagine sul tema, quindi, deve essere condotta avendo ben chiaro l’obiettivo al quale si tende e, soprattutto, con un rigoroso governo del metodo di analisi: soltanto attraverso il rispetto di questi presupposti, infatti, è possibile appianare le difficoltà insite nella materia e raggiungere esiti dotati di qualche efficacia.

Una volta data questa premessa, si può ulteriormente constatare come le regole giuridiche poste a disciplina delle istanze e delle necessità primarie dell’uomo sono, il più delle volte, conformate in maniera da assecondare il soddisfacimento ordinato di quei bisogni, al fine di consentire un armonico sviluppo della personalità individuale all’interno di un contesto sociale. Il riferimento, in particolare, è a quelle norme che usualmente rientrano nella categoria tassonomica del diritto privato e che, lungi dall’essere una sovrastruttura solo ideale, sono plasmate in aderenza a una realtà empirica preesistente e non

* L’articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

sono, invece, fonte esse stesse di relazioni altrimenti sconosciute perché estranee alle concrete occorrenze del quotidiano. Tra questi precetti rientra, senza alcun dubbio, tutto quanto attiene – in maniera lata – al concetto di proprietà, posto che le relative regole trovano fondamento in una delle caratteristiche (e delle esigenze) innate dell'essere umano (nonché degli animali in genere), ossia la delimitazione, la conseguente affermazione e la difesa di ciò che si riconosce come proprio a fronte di quanto, invece, appartiene a chi è altro da sé.

La questione, adesso, consiste nel verificare se per regolamentare la possibilità di disporre di parti del corpo umano (considerando tali tutto ciò che da esso provenga, a prescindere dalla natura e dalla funzione, comprese anche le singole cellule e le sequenze di DNA) possa farsi riferimento ai tradizionali principi che disciplinano il sorgere dei diritti di natura proprietaria e la loro circolazione. L'eventuale alternativa consiste nel prendere atto della concreta difficoltà di piegare quelle regole – plasmate per assecondare una realtà fenomenica ormai non coerente con quanto i progressi scientifici hanno reso attuale – in modo da adattarsi a questioni ben lungi dall'essere soltanto immaginate al tempo in cui le regole stesse furono formulate e, di conseguenza, nell'elaborare un nuovo impianto teorico che consenta un soddisfacente inquadramento sistematico della materia.

L'obiettivo è stato posto: adesso occorre compiere una scelta di metodo che tenga debito conto di due circostanze. In primo luogo, del fatto che l'analisi del tema non può essere svolta tenendo a mente un ambito normativo specifico, in quanto le questioni date dalle biotecnologie rendono necessario un continuo rimando a contesti nazionali differenti, senza che esse possano essere confinate negli angusti spazi di uno o più ordinamenti territoriali. In secondo luogo, della necessità di agganciare il ragionamento a casi particolari – e alle relative soluzioni approntate dai giudici – riguardanti controversie attinenti alla titolarità di tutto ciò che è riferito al corpo umano, in modo da evitare una riflessione soltanto teorica, senza che essa sia sottoposta all'opportuna prova di resistenza e di coerenza offerta dal riscontro empirico.

Il contesto di riferimento prescelto è quello dell'area di *Common Law*, in quanto in essa si riscontrano le fattispecie più interessanti al fine di perseguire l'intento sopra dichiarato; senza che, infine, le risoluzioni adottate dalla giurisprudenza inglese e americana siano

successivamente sottoposte al tradizionale raffronto comparatistico con il contesto di *Civil Law*, in quanto – come si vedrà al termine dell’analisi – una siffatta operazione sarebbe di scarsa utilità in vista del conseguimento del risultato prefissato, attesa la particolarissima natura del tema trattato che, come detto, travalica i confini del singolo ordinamento¹.

2. *La «no-property rule» e la «work and skill exception»*

Il costante progresso della biologia e della biotecnologia – oltre all’aver recato con sé un consistente miglioramento delle condizioni e delle prospettive di vita, dovuto alle scoperte fatte attraverso lo studio di cellule e tessuti umani che hanno reso possibile una evidente evoluzione della scienza medica – ha comportato il sorgere di questioni, di natura prettamente giuridica, di difficile inquadramento sistematico e di complessa soluzione. Il riferimento, in particolare, è alla determinazione dell’appartenenza delle parti del corpo, alla

¹ Utili riferimenti relativi al contesto giuridico italiano sono rinvenibili (con una indicazione soltanto orientativa, ben lungi dall’essere esaustiva) in G. Criscuoli, *L’acquisto delle parti staccate del proprio corpo e gli artt. 820 e 821 c.c.*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1985, p. 266; G. Ferrando, *Il principio di gratuità, biotecnologie e “atti di disposizione del proprio corpo”*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2002, p. 761; M. C. Tallacchini, *Retorica dell’anonimia e proprietà dei materiali biologici umani*, in F. D’Agostino (a cura di), *Corpo esibito, corpo violato, corpo venduto, corpo donato*, Milano, 2003, p. 171; M. C. Venuti, *La vendita di parti del corpo*, in P. Cendon (a cura di), *Compravendita e figure collegate*, vol. V, Torino, 2007, p. 473; G. Resta, *Do we own our bodies?*, in AA.VV., *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008, p. 2437; P. Zatti, *Il corpo e la nebulosa dell’appartenenza: dalla sovranità alla proprietà*, in C. M. Mazzoni (a cura di), *Per uno statuto del corpo*, Milano, 2008, p. 69; G. Berlinguer, F. Rufo, *Mercato e non mercato nel biodiritto*, in S. Rodotà, P. Zatti (dir.), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, p. 1009; M. Macilotti, *Le biobanche: disciplina e diritti della persona*, in S. Rodotà, P. Zatti (dir.), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, p. 1203; G. Novelli, *I campioni biologici*, in S. Rodotà, P. Zatti (dir.), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, p. 1036; G. Resta, *La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione*, in S. Rodotà, P. Zatti (dir.), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, p. 805; P. Zatti, *Principi e forme di governo del corpo*, in S. Rodotà, P. Zatti (dir.), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, p. 99; M. C. Venuti, *Corpo (Atti di disposizione del)*, in S. Martuccelli, V. Pescatore (a cura di), *Diritto civile*, Milano, 2011, p. 493; M. C. Venuti, *Gli atti di disposizione*, in R. Alessi, S. Mazzaresse, S. Mazzamuto (a cura di), *Persona e diritto*, Milano, 2013, p. 95.

conseguente disponibilità e al diritto all'uso di esse, all'allocazione dei possibili guadagni² realizzati attraverso le ricerche compiute sui campioni biologici e, infine, alla possibile tensione tra due istanze apparentemente di segno opposto: l'interesse dell'individuo ad assumere, in piena autonomia, ogni decisione a riguardo della destinazione e dell'impiego di ciò che deriva dal proprio organismo e, per converso, l'interesse collettivo allo sviluppo scientifico reso possibile mediante l'utilizzo di reperti anatomici, ovvero alla disponibilità di una cospicua quantità di organi da destinare ai trapianti.

Le questioni adesso poste, ben lungi dal rimanere confinate all'interno della speculazione astratta, hanno costituito oggetto di alcune controversie risolte dalle giurisdizioni dell'area di *Common Law*, la cui descrizione costituisce un ottimo punto dal quale iniziare la riflessione. Ciascuno dei casi è, a suo modo, paradigmatico di un particolare aspetto del tema e tutti insieme contribuiscono a delineare un quadro complessivo della materia, tanto da consentire di abbozzare una teorica che, in maniera soddisfacente, riesca a orientare l'interprete. L'esposizione procederà, adesso, seguendo un criterio ordinato sulla base delle differenti vicende trattate e delle relative soluzioni adottate dalla giurisprudenza.

Un primo gruppo di fattispecie riguarda il quesito – logicamente antecedente a qualunque altro – relativo al comprendere se il corpo umano (o ciò che da esso deriva) possa costituire oggetto di diritti di natura proprietaria e, se così fosse, ad accertare chi sarebbe il relativo titolare. Sul punto, occorre preliminarmente rilevare come all'interno

² Sul punto si rinvia – senza alcuna pretesa di completezza – a A. R. Lo Biondo, *Patient Autonomy and Biomedical Research: Judicial Compromise in Moore v. Regents of the University of California*, in *1 Alb. L. J. Sci. & Tech.*, 1991, p. 277 ss.; W. Boulier, *Sperm, Spleen and Other Valuables: The Need to Recognise Property Rights in Human Body Parts*, in *23 Hofstra Law Rev.*, 1994, p. 693 ss.; J. Christman, *Distributive Justice and the Complex Structure of Ownership*, in *Phil. & Publ. Aff.*, 1994, p. 225 ss.; D. Nelkin, L. B. Andrews, *Introduction: The Body, Economic Power and Social Control*, in *75 Chi.-Kent Law Rev.*, 1999, p. 3 ss.; C.H. Harrison, *Neither Moore nor the Market: Alternative Models for Compensating Contributors of Human Tissue*, in *28 Am. J. L. Med.*, 2002, p. 77 ss.; A. George, *Marketing Humanity - Should We Allow the Sale of Human Body Parts?*, in *7 U.T.S. Law Review*, 2005, p. 11 ss.; R. Rao, *Genes and Spleens: Property, Contract, or Privacy Rights in the Human Body?*, in *35 J. L. Med. Ethics*, 2007, p. 371 ss.

dell'ordinamento inglese – e, in genere, dei sistemi di *Common Law* – sia presente un principio, di incerta origine³ e rimasto inalterato per secoli, per il quale «*there is no property in the human body*»⁴: con l'ovvia conseguenza che lo statuto giuridico del corpo stesso (così come delle sue parti) è collocato al di fuori di qualsiasi regola proprietaria ed è privo anche delle tutele che a queste ultime sono normalmente pertinenti⁵.

La prima significativa eccezione al canone adesso richiamato si rintraccia in una risalente decisione australiana (*Doodeward v. Spence* del 1908)⁶: l'attore aveva acquistato all'asta dei beni appartenuti a un medico il corpo di un neonato con due teste, conservato in un vaso, al fine di esibirlo in pubblico dietro compenso. Quando il reperto fu

³ L'origine del principio in questione è stata studiata, in termini assai convincenti, da R. Hardcastle (*Law and the Human Body*, Oxford, 2007, p. 25 ss.) il quale ha rintracciato la fonte della regola in un duplice fraintendimento – il primo relativo a una imprecisa traduzione e il secondo a una errata interpretazione – nel quale sono incorsi rispettivamente Edward Coke e William Blackstone. Cfr., anche, J. K. Mason, G. T. Laurie, *Consent or Property? Dealing with the Body and its Parts in the Shadow of Bristol and Alder Hey*, in *Med. Law Rev.*, 2001, p. 710; R. N. Nwabueze, *Biotechnology and the Challenge of Property*, Farnham, 2007, p. 44–45; R. N. Nwabueze, *Legal Paradigms of Human Tissue*, in C. Lenk, N. Hoppe, K. Beier, C. Wiesemann (eds), *Human Tissue Research: A European Perspective on Ethical and Legal Challenges*, Oxford, 2011, p. 87. L'assioma tuttavia, nonostante la sua genesi priva di robuste e salde fondamenta, ha finito per affermarsi ed essere reiterato in maniera tratlizia: cfr. *R v. Lynn*, (1788), 2 *T.R.*, 394; *R v. Sharpe*, (1857), 169 *E.R.*, 959; *Foster v Dodd*, (1867), *Q.B.*, 67; *R v. Price*, (1884), *Q.B.D.*, 247.

⁴ J. Wall, *The Legal Status of Body Parts: A Framework*, in *Oxford J. L. Studies*, 2011, p. 787. Cfr. anche, *ex pluribus*, P. D. G. Skegg, *Human Corpses, Medical Specimens and the Law of Property*, in *Anglo-American L. Rev.*, 1975, p. 412; R. Scott, *The Body as Property*, New York, 1981, p. 12 ss.; G. Dworkin, I. Kennedy, *Human Tissue: Rights in the Body and its Parts*, in *Med. Law Rev.*, 1993, p. 29; P. Matthew, *The Man of Property*, in *Med. Law Rev.*, 1995, p. 251; P. D. G. Skegg, *The “No Property” Rule and Rights Relating to Dead Bodies*, in *Tort L. Rev.*, 1997, p. 222; R. Magnusson, *Proprietary Rights in Human Tissue*, in N. Palmer, E. McKendrick (eds.), *Interests in Goods*, London, 1998, p. 25 ss.; M. Pawlowski, *Property in Body Parts and Products of the Human Body*, in *Liverpool L. Rev.*, 2009, p. 35; M. Quigley, *Property: The Future of Human Tissue?*, in *Med. Law Rev.*, 2009, p. 458; J. Edelman, *Property Rights to Our Bodies and Their Products*, in *U. W. A. Law Rev.*, 2015, p. 65.

⁵ Cfr. *R v. Sharpe*, (1857), 169 *E.R.*, p. 960; *AB v. Leeds Teaching Hospital NHS Trust*, (2005), *Q.B.*, p. 506.

⁶ *Doodeward v. Spence*, (1908), 6 *CLR*, p. 406.

sequestrato dalla polizia per evitare il protrarsi di uno spettacolo ritenuto indecente, Doodeward ne chiese in giudizio la restituzione, alla quale il convenuto si oppose eccependo che, in base alla nota “*no-property rule*”, l’attore stesso non poteva vantare alcun diritto e tutela di natura proprietaria sul bene. La Corte, tuttavia, ritenne opportuno discostarsi da quell’antico principio, elaborando quella che, da allora, fu definita come la “*work and skill exception*”: in sintesi, nell’ipotesi in cui un corpo (o una sua parte) perda le sue caratteristiche naturali in seguito al compimento di un’attività o di un’abilità tali da renderlo differente da ciò che è normalmente destinato alla sepoltura, esso diviene un bene del tutto capace di costituire oggetto di proprietà⁷.

La perdurante validità della regola e della sua eccezione ha ricevuto conferma – anche se in maniera indiretta – nel caso inglese *Dobson v. North Tyneside Health Authority*⁸. Durante l’autopsia di una donna deceduta di cancro al cervello, quest’organo fu asportato e conservato in paraffina; quando, qualche tempo dopo, i parenti della defunta chiesero che fossero compiuti degli ulteriori esami su quel reperto anatomico, l’ospedale comunicò che esso era stato distrutto. A motivo di ciò, gli attori proposero una causa per danni che, tuttavia, non si risolse in loro favore: la Corte, infatti, stabilì che la semplice applicazione di paraffina non fosse un’attività sufficiente a giustificare la “*work and skill exception*” e che, pertanto, il cervello non costituiva oggetto di alcun diritto di proprietà e la sua distruzione, di conseguenza, non poteva dar luogo ad alcun risarcimento.

Un ulteriore riscontro giurisprudenziale della “*no-property rule*” e della sua eccezione è rinvenibile in una singolare fattispecie (*R. v. Kelly and Lindsay*)⁹ che ebbe luogo in Inghilterra. Un artista aveva ricevuto il permesso, dal Royal College of Surgeons, di eseguire disegni dei campioni anatomici conservati per le esercitazioni dei chirurghi. Dopo qualche tempo, egli chiese a un tecnico di laboratorio, suo amico,

⁷ Non senza una punta di umorismo tipicamente britannico, A. Campbell-Tiech rileva come, in seguito alla citata decisione, «senza alcun dubbio, i curatori dei musei della parte anglosassone del globo tirarono un profondo sospiro di sollievo in quanto, se la sentenza fosse stata di segno differente, le collezioni di teste dei Pigmei, le mummie egiziane e quant’altro del genere sarebbero state a forte rischio» (*A Corpse in Law*, in *Brit. J. of Haematology*, 2002, p. 809).

⁸ *Dobson v. North Tyneside Health Authority*, (1996), 4 *All E. R. (CA)*, p. 474.

⁹ *R. v. Kelly and Lindsay*, (1998), *All E. R. (CA)*, 741.

se avesse potuto consegnargli alcuni vecchi reperti – ormai in disuso – da portar via: ottenuto quanto desiderato, Kelly realizzò dei calchi di quelle parti di corpo umano che, in seguito, espose in una mostra. La vicenda divenne di dominio pubblico e, una volta scoperta l'avvenuta sottrazione dei campioni dai depositi universitari, i responsabili furono processati per furto. La difesa di costoro eccepì l'insussistenza del reato, in quanto – posto che un corpo non può appartenere ad alcuno – non è configurabile una illecita appropriazione di esso. La *Court of Appeal*, tuttavia, ritenne che l'attività svolta da chi aveva preservato quei reperti anatomici dalla normale decomposizione fosse tale da averne alterato la natura e, per tale ragione, i reperti stessi erano divenuti perfettamente idonei a costituire oggetto di proprietà e a essere tutelati come tali.

In sintesi, adesso, si può provare a riassumere il dettame tradizionale degli ordinamenti di *Common Law* circa l'appartenenza delle parti o dei prodotti del corpo umano. Il criterio di ordine generale è quello secondo cui il corpo stesso (e ciò che da esso deriva) non può essere oggetto di proprietà e, di conseguenza, nemmeno subordinato alle relative regole di circolazione e alle attinenti tutele; tuttavia, l'eventuale compimento di un'attività tale da modificare in radice la natura del reperto biologico conferisce la proprietà di questo – evidentemente a titolo originario – al soggetto che ha svolto l'attività medesima il quale, quindi, può disporre in maniera libera e legittima¹⁰.

La regola e la sua eccezione destano, comunque, numerose perplessità. Ad esempio, è evidente come il principio di non appartenenza abbia singolari implicazioni in tema di donazioni degli organi e dei tessuti destinati ai trapianti e alla ricerca: «se, infatti, le parti del corpo di una persona non appartengono alla persona stessa, come potrebbe questa legittimamente disporne?»¹¹. In tesi, quindi, la titolarità del bene sarebbe del chirurgo, in quanto è costui il soggetto

¹⁰ Il *fondamento* dell'eccezione si rintraccia, in maniera evidente, nella *specificatio* di origine romanistica – quale modo di acquisto della proprietà a titolo originario – per cui una *res*, a seguito di lavorazione, perde la sua connotazione e struttura iniziale, trasformandosi in un bene differente avente una diversa funzione. Cfr. J. Edelman, *op. cit.*, p. 67; S. Douglas, I. Goold, *Property in Human Biomaterials: A New Methodology*, in *Cambridge Law J.*, 2016, p. 485.

¹¹ M. Quigley, *Property in Human Biomaterials. Separating Persons and Things?*, in *Oxford J. Leg. Stud.*, 2012, p. 664. Cfr., pure, D. Price, *Human Tissue in Transplantation and Research*, Cambridge, 2010, p. 50.

che – attraverso la propria abilità e il proprio lavoro – ha mutato la natura della parte anatomica traendola dal corpo del paziente e, di conseguenza, acquistandone la proprietà grazie alla “*work and skill exception*”. Nell’ipotesi in cui, invece, il distacco avvenisse senza l’intervento di alcuno, «il titolo di acquisto [posto che il prodotto biologico sarebbe *res nullius*] consisterebbe nell’*occupatio*»¹² del bene da parte di chi ne abbia interesse.

Ulteriori difficoltà concettuali sono state sottolineate dalla stessa Corte che decise il caso *Kelly*, la quale rilevò una palese inadeguatezza, dovuta a obsolescenza, della tradizionale “*no-property rule*” a fronte dei progressi scientifici che, nel corso degli anni, hanno stravolto il paradigma relativo alle regole di appartenenza e di disponibilità del corpo umano, rimasto ancorato a schemi elaborati nei secoli passati e non più attuali. A questo proposito, è particolarmente significativo un passo di quella sentenza, *obiter dictum*, in forma di (facile) predizione: «il *Common Law* non rimane fermo. Potrebbe accadere, in qualche futura occasione, che le Corti stabiliscano che le parti del corpo umano diventino proprietà (...) anche senza la necessità che esse subiscano una trasformazione dovuta al lavoro o all’abilità di un operatore, quando le parti medesime hanno un’utilità intrinseca, una possibilità d’uso e un valore che trascendono il mero oggetto. Ciò potrebbe accadere, ad esempio, quando esse sono destinate a un trapianto o all’estrazione del DNA»¹³.

La “*work and skill exception*”, dal suo canto, (quale espediente giudiziario ideato al fine di sottrarsi, quando la fattispecie parrebbe richiederlo, alla regola per cui il corpo umano – e ciò che da esso è tratto o deriva – non è suscettibile di appartenenza) non sembra particolarmente efficiente al fine di elaborare un sistema ordinato circa il regime proprietario del corpo stesso, per almeno due ragioni.

In primo luogo, come si è visto, i casi *Dobson* e *Kelly* sono stati risolti con esiti differenti, senza che sia stato del tutto spiegato quale sia il discrimine adottato dalle Corti nel considerare l’opera di conservazione dei campioni anatomici, rispettivamente, insufficiente o bastevole a derogare alla “*no-property rule*”. In altri termini, quindi, non è chiaro quale sia il livello di attività richiesto perché un reperto

¹² J. Edelman, *op. cit.*, p. 67.

¹³ *R. v. Kelly and Lindsay*, *cit.*, p. 749.

biologico possa trasformarsi «da *res nullius* a *res* oggetto di un diritto di proprietà, così come non è comprensibile quale sia l'esatta natura della trasmutazione affinché la “*work and skill exception*” possa operare»¹⁴.

In secondo luogo, l'eccezione in questione lascia il soggetto, dal quale sono prelevati organi e tessuti, del tutto privo di tutele. Se, infatti, la titolarità delle parti staccate del corpo si acquista attraverso il compimento di determinate operazioni che ne alterano l'essenza, «la persona che ha minori possibilità di averne la disponibilità è quel soggetto dal cui corpo esse sono tratte»¹⁵; a meno che, ovviamente, non sia egli stesso a possedere – e a mettere in pratica – quelle abilità che conferiscono ai reperti anatomici caratteristiche differenti rispetto a quelle ordinarie.

3. Lo sfruttamento economico non autorizzato delle parti staccate del corpo umano

La situazione descritta lascia aperti, come si è visto, numerosi interrogativi circa l'appartenenza delle parti staccate del corpo umano. Il problema, tuttavia, si complica ulteriormente quando vengono in gioco le questioni relative ai potenziali guadagni realizzati attraverso lo sfruttamento, a fini commerciali, dei risultati delle ricerche scientifiche condotte mediante l'utilizzo delle parti stesse¹⁶. La giurisprudenza

¹⁴ M. Quigley, *Property in Human Biomaterials. Separating Persons and Things?*, cit., p. 664. Cfr., anche, J. Herring, P. L. Chau, *My Body, Your Body, Our Bodies*, in *Med. Law Rev.*, 2007, p. 37.

¹⁵ J. K. Mason, G. T. Laurie, *op. cit.*, p. 719.

¹⁶ Il tema è perfettamente rappresentato da una vicenda, tratta dalla realtà, narrata nel bel volume di R. Skloot, *La vita immortale di Henrietta Lacks*, Adelphi, 2011. Una donna di colore, nel 1950, era in cura presso il Johns Hopkins Hospital di Baltimora a causa di un cancro. Le cellule tumorali prelevate dai suoi tessuti presentavano una caratteristica di resistenza unica, riuscendo a sopravvivere e a suddividersi in condizioni non tollerabili da qualsiasi altra cellula. Un ricercatore, senza aver chiesto alcun consenso alla paziente (che sarebbe morta nel breve torno di un anno), sviluppò una coltura – denominata HeLa – che mise in commercio e dalla quale, nel corso degli anni, derivarono una serie di studi su una quantità di malattie (tra queste, la leucemia, il morbo di Parkinson, la poliomielite l'AIDS), esperimenti

statunitense ha affrontato il tema in diverse occasioni: le più significative costituiranno, adesso, oggetto di indagine.

La fattispecie più antica – e, forse, anche la più nota – è quella del caso *Moore v. Regents of the University of California*¹⁷. Nel corso della terapia contro una forma di leucemia, il medico curante si avvide che le cellule della milza del paziente (John Moore) presentavano delle caratteristiche uniche e, dopo avergliela espianata – con il consenso del malato – a fini terapeutici, si accordò con un ricercatore perché fossero condotti degli studi su quel materiale biologico: accordo, quest'ultimo, del quale il paziente stesso non ebbe notizia e a cui rimase estraneo. La linea cellulare così ricavata fu brevettata dalla struttura universitaria presso la quale Moore era in cura e, successivamente, ceduta a delle società farmaceutiche che, a propria volta, conseguirono ulteriori brevetti: l'intera operazione fruttò cospicui guadagni a tutti i soggetti coinvolti, tranne che a colui la cui milza aveva reso tutto ciò possibile. Dopo qualche anno, ormai guarito dalla leucemia, Moore scoprì quanto era accaduto e, per tale ragione, citò in giudizio il medico, il ricercatore

scientifici (gli effetti della gravità e delle radiazioni atomiche sull'essere umano) e, soprattutto, un giro d'affari per miliardi di dollari di cui beneficiarono i ricercatori e le industrie farmaceutiche. Nessun tipo di compenso economico, invece, fu riconosciuto alla donna, senza la quale nulla di quanto era stato realizzato sarebbe potuto accadere, attuandosi di fatto una disparità di trattamento particolarmente vessatoria.

In *dottrina*, la questione relativa alla sperequazione economica tra il soggetto dal quale provengono i campioni biologici e i ricercatori che su di essi svolgono attività lucrative è stata trattata – a titolo soltanto indicativo – da R. Hardiman, *Toward the Right of Commerciality: Recognizing Property Rights in the Commercial Value of Human Tissue*, in *UCLA Law Rev.*, 1986, p. 207; M. Taylor Danforth, *Cells, Sales, and Royalties: The Patient's Right to a Portion of the Profits*, in *Yale Law & Pol. Rev.*, 1988, p. 179; C. H. Harrison, *Neither Moore nor the Market: Alternative Models for Compensating Contributors of Human Tissue*, in *Am. J. Law & Med.*, 2002, p. 77; E. Collieran, *My Body, His Property?: Prescribing a Framework to Determine Ownership Interests in Directly Donated Human Organs*, in *Temp. Law Rev.*, 2007, p. 1203; N. Ram, *Assigning Rights and Protecting Interests: Constructing Ethical and Efficient Legal Rights in Human Tissue Research*, in *Harv. J. L. & Tech.*, 2009, p. 119 ss.; L. B. Rowe, *You Don't Own Me: Recommendations to Protect Human Contributors of Biological Material After Washington University v. Catalona*, in *Chi.-Kent Law Rev.*, 2009, p. 227; G. Javitt, *Why Not Take All of Me? Reflections on The Immortal Life of Henrietta Lacks and the Status of Participants in Research Using Human Specimens*, in *Minn. J. Law Sci. & Tech.*, 2010, p. 713.

¹⁷ *Moore v. Regents of the University of California*, (1990), 51 *Cal. 3d*, p. 120.

e l'istituto universitario, articolando una coppia di domande rivolte a ottenere il riconoscimento di una partecipazione ai profitti derivanti dall'utilizzazione delle sue cellule.

La prima istanza consisteva in una *action of conversion*: un'azione, cioè, diretta ad accertare un atto illecito che priva, in maniera definitiva, un soggetto del bene mobile di cui è proprietario, attraverso l'utilizzo che di questo è fatto da altri – nella cui disponibilità il bene stesso si trova, per il conseguimento di un determinato scopo – per un fine differente da quello originariamente stabilito. In sintesi, quindi, Moore si considerava proprietario della milza che, espiantata per ragioni terapeutiche, era stata invece adoperata per condurre lucrose ricerche scientifiche: l'uso non autorizzato dell'organo aveva costituito, quindi, una *conversion* della quale i convenuti stessi dovevano rispondere. La *Supreme Court* della California, tuttavia, statui in maniera differente, negando l'esistenza del presupposto dall'azione esperita. La Corte, infatti, decise che Moore non poteva essere considerato proprietario delle cellule una volta che queste gli erano state prelevate, in quanto egli «non aveva dimostrato di aver mantenuto alcun interesse su di esse, successivamente alla loro rimozione dal proprio corpo»¹⁸.

La seconda doglianza dell'attore era fondata sulla colpevole violazione – da parte dei professionisti sanitari – del dovere di correttezza e trasparenza nei confronti del paziente, il quale non era stato preventivamente informato di ciò che i medici avrebbero fatto con le parti del suo corpo e, per tale ragione, gli era stato impedito di esprimere una volontà in merito. L'istanza ebbe esito favorevole, in quanto i giudici stabilirono che «a medical procedure must, in order to satisfy his fiduciary duty and to obtain the patient's informed consent, disclose personal interests unrelated to the patient's health, whether research or economic, that may affect his medical judgment»¹⁹.

La decisione si presta ad alcune considerazioni, in relazione alla questione dell'appartenenza di ciò che deriva dal corpo umano. La Corte, nonostante non abbia accolto l'*action of conversion*, non ha negato in radice la possibilità che un soggetto possa essere considerato proprietario – e, dunque, ricevere le relative tutele – delle parti staccate

¹⁸ *Moore v. Regents of the University of California, cit.*, par. 62.

¹⁹ *Moore v. Regents of the University of California, cit.*, par. 41.

del suo corpo: se, infatti, Moore avesse dimostrato di mantenere un interesse sulla milza che gli era stata espianata, anziché trascurarne la sorte, l'esito del giudizio sarebbe stato di segno differente, in senso favorevole a lui²⁰. Da ciò discende, allora, che i giudici non hanno tenuto alcun conto tanto della “*no-property rule*”, dato che è stata ammessa la titolarità del bene in capo ai medici, nonché il relativo sfruttamento economico; quanto della “*work and skill exception*” posto che, in caso contrario, avrebbero dovuto assegnare la proprietà delle cellule a coloro che le avevano ricavate, attraverso la propria abilità professionale, dai tessuti del paziente, senza alcun riferimento all'eventuale persistenza di un interesse del paziente stesso sul suo organo una volta espianato.

A questo punto, allora, si potrebbe supporre che la *Supreme Court* abbia applicato alla fattispecie il principio dell'*occupatio*, quale modo di acquisto della proprietà a titolo originario: a fronte di un *animus derelinquendi* di Moore sulla propria milza vi era stato un corrispondente *animus domini* da parte del medico, che lo aveva reso titolare dell'organo e dei suoi derivati. In realtà, così non è: rimarrebbe da spiegare, infatti, la ragione a fondamento dell'originaria

²⁰ Le ragioni per cui la *Supreme Court of California* non accolse l'*action of conversion* sono fondate, in realtà, su ragioni di politica del diritto, più che su ragioni tecniche. I giudici, infatti, rilevarono come l'eventuale accoglimento di quella richiesta fosse contraria a un «fair balancing of the relevant policy considerations (...) Of the relevant policy considerations, two are of overriding importance. The first is protection of a competent patient's right to make autonomous medical decisions (...) The second important policy consideration is that we not threaten with disabling civil liability innocent parties who are engaged in socially useful activities, such as researchers who have no reason to believe that their use of a particular cell sample is, or may be, against a donor's wishes (...) Uncertainty about how courts will resolve disputes between specimen sources and specimen users could be detrimental to both academic researchers and the infant biotechnology industry, particularly when the rights are asserted long after the specimen was obtained. The assertion of rights by sources would affect not only the researcher who obtained the original specimen, but perhaps other researchers as well (...) We need not, however, make an arbitrary choice between liability and nonliability. Instead, an examination of the relevant policy considerations suggests an appropriate balance: liability based upon existing disclosure obligations, rather than an unprecedented extension of the conversion theory, protects patients' rights of privacy and autonomy without unnecessarily hindering research» (*Moore v. Regents of the University of California*, cit., par. 72-77).

appartenenza (quale presupposto di un successivo abbandono) del bene – una volta escisso dal corpo – in capo al paziente²¹.

Un aspetto sul quale, adesso, è opportuno soffermarsi è il ruolo della volontà del soggetto al quale sono stati prelevati dei campioni biologici, successivamente adoperati a scopo lucrativo. La necessità, rilevata dalla Corte, per cui il soggetto medesimo – nel corso della relazione di cura – deve essere reso edotto, in maniera corretta ed esaustiva, anche in merito alla destinazione delle parti del corpo che gli verranno prelevate per ragioni terapeutiche implica, evidentemente, che costui deve essere posto nelle condizioni di decidere in modo informato se assecondare, o meno, le intenzioni del medico²². In altre parole, ciò che giustifica la liceità di un utilizzo delle parti stesse, a opera di terzi, è la volontà del paziente – formatasi in maniera libera e, soprattutto, consapevole – che può essere manifestata in modo espresso, ovvero essere ricavata presuntivamente da un suo disinteresse. L'elemento legittimante l'uso consiste, dunque, non nella proprietà acquistata dall'utilizzatore anche a dispetto di un possibile volere contrario della "fonte" dei campioni biologici (come avverrebbe, ad esempio, attraverso l'operatività della "*work and skill exception*") quanto, invece, nell'indirizzo che quest'ultimo assegna a quei beni, purché ciò avvenga con piena consapevolezza²³.

La *ratio decidendi* del caso *Moore* afferma, dunque, il dovere del medico – all'interno del rapporto fiduciario che lo lega al paziente – di ottenere il consenso del paziente stesso all'uso dei suoi tessuti, ragguagliandolo preventivamente dell'esistenza di possibili interessi di ricerca e dei loro risvolti economici. Una soluzione parzialmente differente è stata adottata ad esito di una controversia quasi del tutto simile, tranne che per la diversa rilevanza del profilo soggettivo delle

²¹ Cfr. S. Douglas, I. Goold, *op. cit.*, p. 487.

²² Come rileva, in maniera del tutto condivisibile J. Belisle (*Recognizing a Quasi-Property Right in Biomaterials*, in *UC Irvine Law Rev.*, 2013, p. 776) «There is an imbalance of information because researchers have the ability to evaluate the potential value of cells, whereas donors do not. Only researchers have the means to test for markers and are able to see the potential value of cells. Donors are unaware of the value of their cells unless someone informs them of the value. Because there is an informational asymmetry and no market, the donor has no way to know the potential value of the cells or what to ask for in exchange for them».

²³ Cfr. D. C. Szostak, *Something More to the Story: Moore v. Regents of the University of California Two Decades Later*, in *J. Legal Med.*, 2010, p. 449.

parti coinvolte. Il riferimento è al caso *Greenberg v. Miami Children's Hospital Research Institute, Inc.*²⁴, deciso dalla *United States District Court for the Southern District of Florida*: un gruppo di genitori di bambini affetti da una particolare malattia genetica (il morbo di Canavan) affidò a un centro di ricerca una serie di campioni biologici – prelevati dai bambini stessi – con cui creare una banca dati, al fine di isolare il gene responsabile della patologia e di provare a sviluppare un controllo prenatale funzionale a una diagnosi preventiva. Lo studio ebbe successo e i relativi risultati furono brevettati, garantendo cospicui introiti ai titolari. Quando coloro che avevano promosso la ricerca seppero di tali diritti di esclusiva, citarono l'istituto sperando un'*action of conversion* e, del pari, chiesero un risarcimento dei danni dipendenti dalla mancata informazione preventiva sulle intenzioni dei ricercatori, che aveva precluso loro di decidere in maniera consapevole: il gruppo di genitori, infatti, credeva che gli esiti dello studio sarebbero stati resi accessibili a tutti senza alcuna privativa.

La decisione della Corte fu sfavorevole agli istanti, sotto entrambi i profili azionati. Per quanto riguarda la vantata tutela proprietaria – così come era accaduto nel caso *Moore* – il giudice osservò come fossero del tutto assenti i presupposti dell'*action of conversion* per una ragione parecchio evidente. I convenuti, infatti, avevano usato il materiale biologico (che non poteva più definirsi nella disponibilità degli attori, in quanto costoro lo avevano volontariamente ceduto) in maniera esattamente conforme ai desideri dei donatori, ricavando da esso dei risultati senz'altro utili alla ricerca contro il morbo di Canavan. Il volere dei donatori stessi, per cui gli esiti degli studi non dovevano essere brevettati, era rimasto inespresso e non costituiva, quindi, alcun vincolo per i ricercatori²⁵, i quali agirono in linea con quanto pattuito. Con riferimento, invece, al lamentato mancato ragguaglio – preclusivo dell'espressione di un consenso informato – circa le intenzioni dei ricercatori in ordine alle possibili implicazioni lucrative dello studio, la *District Court* rilevò la differenza che separa, da un canto, il rapporto tra un paziente e il suo medico e, d'altro canto,

²⁴ *Greenberg v. Miami Children's Hospital Research Institute, Inc.*, (2003), 264 *F. Supp. 2d*, p. 1064.

²⁵ *Greenberg v. Miami Children's Hospital Research Institute, Inc.*, *cit.* p. 1074-1076.

il collegamento tra chi volontariamente partecipa a un progetto di ricerca e coloro che conducono la ricerca stessa. Secondo i giudici, infatti, soltanto il professionista sanitario è onerato dell'obbligo di dichiarare tutte le circostanze che, in vario modo, possano influire sulla relazione di cura, non esclusa l'eventualità di un successivo sfruttamento – anche a fini economici – dei campioni biologici, dei quali il medico stesso ottiene la disponibilità nel corso delle terapie. Coloro che, invece, svolgono studi scientifici – con materiale anatomico posto a loro disposizione da donatori volontari – non sono gravati del medesimo onere informativo, in quanto il relativo rapporto tra le parti coinvolte non ha la stessa natura fiduciaria della relazione di cura²⁶. In altri termini, chi cede parti del proprio corpo al fine di destinarle alla ricerca può senz'altro aspettarsi che i risultati di essa vengano assoggettati a brevetto; salvo che, naturalmente, non sia preventivamente pattuito il contrario in termini espressi.

Le ragioni a sostegno della decisione, soprattutto se messe a confronto con quelle del caso *Moore*, suscitano alcune riflessioni. Nella fattispecie giudicata dalla *Supreme Court of California*, la tutela proprietaria chiesta attraverso l'*action of conversion* era stata negata a causa di una rilevata indifferenza dell'attore in ordine alla propria milza, una volta che gli era stata espiantata. Il non aver manifestato alcuna intenzione circa il destino dell'organo, infatti, aveva privato l'istante (nell'opinione della Corte) di qualsiasi interesse di natura proprietaria sul bene e, di conseguenza, aveva provocato il venir meno del presupposto che avrebbe giustificato la relativa tutela. Tuttavia, un risarcimento fu comunque accordato, in quanto la mancata informazione al paziente da parte del medico, in ordine al suo intento di usare la milza per delle ricerche potenzialmente lucrose, aveva privato il paziente stesso della possibilità di decidere con consapevolezza se acconsentire o meno a che ciò avvenisse, in violazione del rapporto fiduciario che connota la relazione di cura.

Nel caso *Greenberg*, del pari, non è stata riconosciuta l'esistenza di un *tort of conversion* a danno degli attori, in quanto l'utilizzo del materiale biologico da essi conferito ai ricercatori convenuti – senza

²⁶ Secondo la Corte, "there is no automatic fiduciary relationship that attaches when a researcher accepts medical donations" (*Greenberg v. Miami Children's Hospital Research Institute, Inc.*, cit. p. 1070).

alcuna aspettativa di aver qualcosa indietro – è stato perfettamente conforme a quello effettivamente compiuto: uno studio genetico, i cui risultati sono stati brevettati dagli autori di esso, senza che ciò fosse loro precluso da un (inesistente) preventivo divieto opposto dai donatori e, inoltre, senza che sui primi gravasse alcun obbligo di rendere note, in via preventiva, le proprie intenzioni. In entrambe le fattispecie esaminate, allora, sembra assumere un rilievo preminente – in merito alla tutela da accordare a coloro che cedono parti del proprio corpo – la destinazione assegnata da questi ultimi alle parti medesime, purché frutto di volontà informata. Ancora una volta, quindi, la questione è stata impostata dai giudici non in termini di semplice appartenenza di organi, tessuti e cellule prelevati da un determinato organismo quanto, invece, in riferimento al ruolo delle intenzioni dei donatori circa la sorte di quei particolari beni.

Il diritto di disporre dei campioni biologici prelevati da un corpo umano ha costituito oggetto, infine, di una peculiare fattispecie dibattuta nel caso *Washington University v. Catalona*²⁷. Un ricercatore (William Catalona), impiegato presso la Washington University, aveva raccolto una quantità di reperti anatomici – volontariamente ceduti da una cospicua serie di partecipanti all'indagine – al fine di studiare il cancro alla prostata. Quando lo studioso interruppe il rapporto di collaborazione con l'istituzione universitaria, chiese a coloro che avevano concesso i propri tessuti l'autorizzazione a recare i tessuti stessi con sé, presso il nuovo ente di ricerca dove aveva iniziato a lavorare. La Washington University, tuttavia, si oppose in giudizio a che ciò avvenisse, sostenendo di essere l'unica titolare di quei campioni, in quanto questi ultimi le erano stati assegnati – a titolo definitivo e irrevocabile – senza alcuna condizione relativa al fatto che la ricerca fosse condotta dal Catalona, invece che da altri studiosi. La *District Court* del Missouri, nell'accogliere le argomentazioni addotte dall'Università, rilevò come i donatori – in seguito all'avvenuta cessione – avessero definitivamente perso il potere di disporre dei loro tessuti e come, di conseguenza, essi non potessero esprimere una nuova volontà attributiva, a modifica della precedente, questa volta in favore del convenuto. Costoro, infatti, non potevano essere qualificati alla stregua

²⁷ *Washington University v. Catalona*, (2006), 437 *F. Supp. 2d*, 985 (E.D. Mo. 2006)

di depositanti con la facoltà di cambiare il depositario: dovevano essere considerati, invece, come dei donatori irrevocabilmente spogliatisi della titolarità dei beni ceduti.

Il sostrato della decisione, anche in questa occasione, è chiaro e orientato nella stessa direzione rispetto ai giudizi sopra richiamati. L'originaria appartenenza delle parti staccate del corpo umano è, evidentemente, dei soggetti del cui organismo si tratta: costoro, quindi, attraverso un consapevole e informato atto volontario di indirizzo possono imprimere una destinazione alle parti stesse, ovvero possono disinteressarsi di queste perdendo, in tal modo, qualsiasi diritto in ordine alla loro eventuale utilizzazione da parte di terzi, anche al fine di ottenerne una remunerazione economica. In questo senso, quindi, non trovano spazio né la regola secondo la quale il corpo – e i suoi prodotti – non sono suscettibili di costituire oggetto del diritto di proprietà e dei suoi attributi (*no-property rule*), né la sua più nota eccezione (*work and skill exception*): entrambe frutto dell'elaborazione giurisprudenziale e di cui si è trattato nel paragrafo precedente.

Rimane da comprendere, adesso, quale sia il criterio che giustifica quella iniziale pertinenza. Di ciò, tuttavia, si proverà a dar conto nel prosieguo dell'indagine, dopo avere riportato un'altra serie di casi a sostegno della tesi della rilevanza – al fine della determinazione della relativa titolarità – della destinazione, intrinseca o dipendente da un atto di volontà, di tutto ciò che costituisce prodotto del corpo umano.

4. L'incidenza della natura delle parti del corpo sulla relativa titolarità

L'insufficienza della regola (formulata, come si è visto sopra, dalla giurisprudenza di *Common Law*) per cui il corpo umano e le sue parti non sono suscettibili di costituire oggetto di diritti di natura proprietaria – e di ottenere le relative tutele – è stata resa palese già dai casi riportati nel paragrafo che precede. Il percorso argomentativo articolato dalle Corti statunitensi non è stato uniforme, ma il dato comune che sembra potersi ricavare dalle decisioni in commento è il ruolo svolto dalla volontà dei soggetti del cui corpo si tratta, quale fondamento della disponibilità e della conseguente possibilità di utilizzo, anche a fini lucrativi da parte di terzi, di ciò che da esso è

ricavato. Una ulteriore – e senz'altro più esplicita – conferma di tale criterio può essere dedotta dall'esposizione di un'altra serie di fattispecie, che hanno impegnato la giurisprudenza anglo-americana.

La prima vicenda è quella del caso *Hecht v. Superior Court of Los Angeles (Kane)*²⁸: una donna (Deborah Hecht) aveva ereditato dal proprio *partner* (William Kane), per lascito testamentario, alcune fiale di liquido seminale crioconservato, perché costei – ove avesse voluto – potesse usarne al fine di divenire madre. I figli che il defunto aveva da un precedente matrimonio, tuttavia, contestarono la legittimità della disposizione, sostenendo che il liquido stesso – sulla scorta della “*no-property rule*” – non potesse costituire oggetto di attribuzione ereditaria, in quanto non rientrava nel patrimonio del testatore. La *Court of Appeal* della California non ritenne fondate le argomentazioni svolte dai resistenti, in quanto riconobbe che il disponente aveva manifestato ed esercitato un interesse sul proprio liquido seminale «tale da esser sufficiente a permettere di qualificare il bene come di sua proprietà»²⁹. A sua volta, la beneficiaria – posto che la sua titolarità delle fiale di sperma dipendeva dal vincolo di destinazione imposto dal defunto – non avrebbe potuto «dare, vendere o disporre in qualsiasi altro modo del lascito (...), atteso che esso era stato deliberato dal testatore esclusivamente al fine di concepire un figlio con la signora Hecht e con nessun'altra»³⁰. In definitiva, quindi, la Corte stabilì il principio per cui «the intent of the sperm donor – and no one else's – controls the disposition and use of the sperm (...) [T]he fate of the sperm must be decided by the person from whom it is drawn: no other person or entity has an interest sufficient to permit interference with [his] decision»³¹.

La regola di cui al caso *Hecht* non possiede, comunque, il carattere dell'assolutezza, dato che la stessa giurisprudenza statunitense ha posto dei temperamenti come, ad esempio, nel caso *Colavito v. New*

²⁸ *Hecht v. Superior Court of Los Angeles (Kane)*, (1993), 16 *Cal. Rptr. 2d*, p. 275. Per un breve commento alla sentenza, sia consentito rinviare a G. Giaimo, *Biogenetica e nuove frontiere del diritto: brevi considerazioni in margine al caso Hecht v. Kane*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1994, p. 582 ss.

²⁹ *Hecht v. Superior Court of Los Angeles, cit.*, p. 283.

³⁰ *Hecht v. Superior Court of Los Angeles, cit.*, p. 283.

³¹ *Hecht v. Superior Court of Los Angeles, cit.*, p. 289.

*York Organ Donor Network, Inc.*³². Un uomo (Robert Colavito) soffriva da tempo di una grave patologia renale, che lo costringeva a sottoporsi a dialisi in attesa che fosse disponibile un organo per il trapianto. Quando morì un suo amico (Peter Lucia), la vedova di quest'ultimo chiese che gli venissero espianati i reni, destinandoli espressamente allo stesso Colavito. Poco prima che il trapianto avvenisse, i medici constatarono che l'organo prescelto era danneggiato da un aneurisma e, per questo, inservibile; l'altro, invece, era stato già adoperato in favore di un destinatario sconosciuto, inserito in lista d'attesa. Colavito, quindi, esperì un'*action of conversion* sostenendo – nonostante si fosse accertato che entrambi i reni sarebbero stati per lui inutilizzabili, a causa di una mancanza di compatibilità tra donante e donatario – di aver diritto a un risarcimento, in quanto egli era stato definitivamente privato della disponibilità di un bene, a causa dell'uso non conforme (il trapianto ad altro beneficiario) che il convenuto aveva fatto del bene stesso. In altri termini, dunque, l'attore sosteneva di essere divenuto proprietario di entrambi i reni grazie alla destinazione a essi impressa dalla volontà del suo amico (mediante la dichiarazione fatta dalla moglie) e che, a causa dell'impianto di uno di essi nel corpo di un altro paziente, il convenuto avesse leso irrimediabilmente il suo diritto. La *District Court*, tuttavia, decise in modo diverso. L'accertata incompatibilità biologica tra Lucia e Colavito era sufficiente a destituire di fondamento l'attribuzione degli organi fatta in favore di quest'ultimo, in quanto il presupposto intrinseco dell'attribuzione stessa era che i reni gli fossero trapiantati: poiché ciò non sarebbe potuto avvenire – per cause indipendenti da qualsiasi volontà – e poiché la natura dei beni era tale da non potersi concepire un uso diverso da un trapianto, non esisteva alcun diritto di natura proprietaria sui reni stessi che, pertanto, erano stati correttamente destinati all'uso e al beneficio pubblico.

L'importanza delle caratteristiche proprie delle singole parti del corpo – al fine di stabilirne l'appartenenza e, di conseguenza, il titolare delle relative tutele – risalta anche in un'ulteriore vicenda, di cui si è occupata la *Court of Appeal* inglese³³. Alcuni uomini, prima di

³² Colavito v. *New York Organ Donor Network, Inc.*, (2005), 356 *F. Supp. 2d*, p. 237.

³³ *Jonathan Yearworth and Others v. North Bristol NHS Trust*, (2009), *EWCA*, 37.

sottoporsi a un trattamento chemioterapico che avrebbe potuto comprometterne la fertilità, depositarono alcuni campioni del proprio liquido seminale presso una struttura ospedaliera attrezzata per la procreazione assistita, in modo da assicurarsi la futura potenzialità generativa. Dopo qualche tempo, a causa del cattivo funzionamento del sistema di crio-conservazione, gli spermatozoi tenuti in serbo furono irrimediabilmente danneggiati e, per tale ragione, coloro che li avevano prodotti chiesero il ristoro del danno patito. Il convenuto, nell'articolare le proprie difese, fece ricorso ai consueti principi di cui alla “*no-property rule*” e alla “*work and skill exception*”, sostenendo come in nessun caso gli attori avessero diritto ad alcun risarcimento. In particolare, l'amministrazione dell'ospedale asserì che le parti staccate del corpo umano (così come il corpo stesso) non costituiscono oggetto di proprietà e, pertanto, non vi era alcun titolo in base al quale gli istanti avrebbero potuto pretendere un risarcimento per la distruzione di ciò che non gli apparteneva. Ad ogni modo, se pure fosse stato ritenuto possibile ragionare in termini di spettanza circa il materiale biologico, sulla scorta della nota “*work and skill exception*” la proprietà del liquido seminale avrebbe dovuto essere riconosciuta in capo alla struttura sanitaria, in quanto il liquido medesimo aveva subito una trasformazione tale da poter essere conservato per anni, grazie al trattamento criogenico operato dai tecnici ivi impiegati.

La *Court of Appeal*, in primo luogo, escluse – con ogni probabilità in via definitiva – la fondatezza del principio per il quale la proprietà di una parte del corpo umano potrebbe acquistarsi applicando ad essa un'abilità o un'attività che ne muti l'originaria natura: ciò in quanto «questo antico postulato, la cui origine risale al caso *Doodeward* [cfr. *supra*, par. 2], non ha solide basi. Per di più, una distinzione tra i reperti biologici che possono costituire oggetto di proprietà e quelli che non possono, fondata sul genere di impiego che viene ad essi prestato, non è del tutto logica»³⁴.

Il ragionamento della Corte fu senz'altro più articolato sulla questione relativa alla pretesa titolarità degli attori sulle fiale di liquido seminale, in quanto si trattava di scardinare una regola ben radicata nel tessuto giurisprudenziale inglese (la “*no-property rule*”), rendendo concreta la previsione preconizzata solo qualche anno prima nel caso

³⁴ Jonathan *Yearworth and Others v. North Bristol NHS Trust*, cit., par. 45 (d).

*Kelly*³⁵. La riflessione prese spunto dal fatto che lo *Human Fertilisation and Embryology Act* del 1990 (che disciplina la materia della procreazione assistita) assegna a chi effonde il liquido seminale il potere di gestirne l'uso – facendo in modo che esso non sia adoperato in assenza o, addirittura, contro la sua volontà – e, eventualmente, di chiedere la distruzione dei campioni di seme crio-conservato. Questa circostanza, nell'opinione della Corte, era perfettamente indicativa dell'esistenza di prerogative di natura proprietaria in capo al conferente, tali da giustificare una qualificazione del rapporto con il liquido seminale in termini di appartenenza³⁶. Il secondo argomento, ancor più significativo, è riferito alla natura intrinseca di quel particolare campione biologico di cui, nello specifico, si trattava. La ragione per cui un uomo decide di conservare i propri spermatozoi non può che essere quella di destinarli, in futuro, alla procreazione e, quindi, alla trasmissione del suo patrimonio genetico. Tale circostanza implica, quindi, una relazione strettissima tra il soggetto e il seme che, secondo la *Court of Appeal*, non può essere descritta e valutata se non in termini proprietari³⁷. La conclusione della vicenda giudiziaria fu, quindi, nel senso che «although the hospital had a duty to store it, it had no rights in respect of it; the only people with any rights in relation to the sperm were the men themselves. Further, there was a precise correlation between the rights of the men in relation to the future use of it, and the hospital's breach of duty in precluding that use»³⁸.

³⁵ Cfr. *supra*, par. 2.

³⁶ *Jonathan Yearworth and Others v. North Bristol NHS Trust*, *cit.*, par. 45 (f).

³⁷ *Jonathan Yearworth and Others v. North Bristol NHS Trust*, *cit.*, par. 45 (f).

Secondo l'opinione di S. Douglas, I. Goold, (*op. cit.*, p. 483), la Corte avrebbe potuto raggiungere il medesimo obiettivo di riconoscere il soggetto che produsse lo sperma crio-conservato quale proprietario di esso in maniera ancora più lineare, semplicemente applicando al caso «the rule that vests title to offspring of animals in the owner of the mother». In sintesi, quindi, attraverso il richiamo della regola di cui all'art. 821 del codice civile italiano, già individuata da G. Criscuoli – in maniera del tutto convincente – quale riferimento normativo della teorica sulla proprietà delle parti staccate del corpo umano (*op. cit.*, p. 272 ss.).

³⁸ C. Hawes, *Property Interests in Body Parts: Yearworth v North Bristol NHS Trust*, in *Mod. Law Rev.*, 2010, p. 134. La ratio *decidendi* della sentenza inglese è stata presa a modello per la soluzione di due successivi casi australiani. In *Bazley v. Monash IVF* ([2010], *QSC*, 118), un uomo depositò alcune fiale di liquido seminale presso un centro di procreazione assistita, prima di sottoporsi a dei cicli di

Un ulteriore tassello è stato posto, dunque, alla rappresentazione di una cornice concettuale relativa al fondamento della titolarità e della possibilità d'uso, anche a fini economici, delle parti staccate del corpo umano. Abbandonato, infatti, il criterio proprio della “*no-property rule*”, si è osservato come un ruolo di estremo rilievo sia giocato tanto dalla volontà del soggetto del cui corpo si tratta, quanto dalla natura e dalle caratteristiche intrinseche del materiale biologico. Ciò che ancora risulta non del tutto chiaro (anzi, al contrario, è abbastanza criptico) è il presupposto logico-giuridico in base al quale ciascuno possa – attraverso un atto di volontà – disporre in ordine al destino del corpo (o di ciò che da esso deriva) e godere delle tutele che impediscano indebite intromissioni sia nel potere di scelta, sia nell'utilizzo di questi particolarissimi beni.

5 Il fondamento del potere di disporre del corpo e delle sue parti

Il quesito, adesso, è di semplice formulazione: occorre individuare, infatti, qual è il fondamento giuridico della possibilità di disporre del corpo umano (o, per meglio dire, delle sue parti), posto che – come visto – essa compete al soggetto del cui organismo si tratta.

chemioterapia che avrebbero potuto renderlo infertile. Dopo la sua morte, la struttura sanitaria comunicò alla vedova che avrebbe proceduto alla distruzione dei campioni biologici, incontrando l'opposizione della donna. La Corte statò che l'ospedale avrebbe dovuto conformarsi alle disposizioni dell'attrice, in quanto costei – quale erede del defunto marito – aveva la proprietà del seme di quest'ultimo e, di conseguenza, la possibilità di disporne secondo l'uso più confacente alla volontà del consorte ormai scomparso. L'univoca destinazione degli spermatozoi, insieme alla volontà manifestata dall'uomo, erano infatti elementi sufficienti per considerare il liquido stesso come un bene appartenente a quest'ultimo e, dunque, suscettibile di trasmissione ereditaria. La seconda fattispecie (*Jocelyn Edwards; Re the estate of the late Mark Edwards*, [2011], *NSWSC*, 478) riguardava una coppia di coniugi che decise di sottoporsi alla procedura di procreazione assistita. Poco dopo aver depositato il proprio seme – e prima che questo fosse utilizzato per il tentativo di fecondazione – il marito ebbe un incidente mortale: si pose, dunque, la questione se il liquido seminale potesse essere considerato proprietà di quest'ultimo, suscettibile di trasferimento per successione ereditaria. La Corte aditò – dopo avere espressamente richiamato il caso *Yearworth* – statò che la volontà di un soggetto di destinare il proprio sperma alla crio-conservazione, al fine di un successivo utilizzo, fosse una ragione sufficiente per qualificarlo come bene di proprietà del soggetto medesimo.

In altre parole, quindi, è necessario comprendere perché la volontà del soggetto stesso è stata ritenuta, dalla giurisprudenza di *Common Law*, essere il presupposto della qualificazione in termini di appartenenza della relazione tra l'individuo e ciò che rientra all'interno della propria sfera corporea. Nell'accingerci all'indagine, sono opportune una premessa di metodo e un'osservazione. La prima è relativa al fatto che la ricerca di una risposta soddisfacente sarà condotta facendo riferimento, essenzialmente, a quegli ordinamenti dell'area sin adesso esaminata, prescelti in quanto al loro interno si sono verificate delle peculiari fattispecie che hanno dato luogo a interessanti soluzioni giurisprudenziali. La seconda consiste nel constatare come le questioni che riguardano l'uomo nella sua essenza non sopportano i limiti imposti dai confini nazionali e dalle sovrastrutture culturali che segnano l'appartenenza a tradizioni normative distinte; ciò significa, quindi, che i possibili risultati raggiunti non saranno riferiti a un contesto normativo specifico, ma varranno come osservazioni di carattere generale variamente declinabili a seconda delle scelte legislative interne.

Il ragionamento può senz'altro partire dal ruolo centrale e decisivo ricoperto dalla volontà, in tutte le vicende che hanno dato luogo alle fattispecie sopra ricordate e che riguardano la disposizione del corpo e delle sue parti. Una volta che la “*no-property rule*” è stata ritenuta ormai inadeguata, dalle Corti di *Common Law*, rispetto alle necessità poste dallo sviluppo della scienza, da quelle stesse decisioni si è ricavato un paradigma in base al quale la destinazione assegnata da un individuo alle porzioni del proprio organismo è requisito idoneo per riconoscere a costui la titolarità delle parti medesime e, di conseguenza, sia il diritto a poterne disporre, sia ogni tutela contro eventuali atti lesivi di terzi. Tale osservazione si accompagna bene – nel modo in cui si è osservato nel caso *Yearworth* sopra riportato – alla circostanza per cui, oltre al volere, assume grande rilievo anche la natura intrinseca del materiale biologico, capace di instaurare un legame inscindibile (come è particolarmente evidente nel caso degli spermatozoi) tra il materiale stesso e il soggetto dal quale esso è tratto. In sintesi, dunque, la direzione intrapresa dalla giurisprudenza è nel senso di riconoscere che tanto l'autodeterminazione, quanto il rapporto peculiare tra la persona e il suo corpo sono espressioni dirette e univoche della personalità dell'individuo, intesa come insieme di caratteristiche che fanno di quest'ultimo un essere unico, capace di interagire con l'ambiente, di

determinare i propri scopi e di regolare, in conseguenza, il proprio comportamento. Come è stato osservato, allora, «the ability of a person to possess, use, manage and alienate objects – to have some control of the world around them – is fundamental to a person’s preference satisfaction, their autonomous life or the expression of their personhood. This is particularly the case when the object is (or was) as personal as a part of their body»³⁹: queste facoltà dispositive, dunque, sono inerenti alla persona come tale, senza che sia importante stabilire se esse si riferiscono al corpo come unità, ovvero alle parti che da questo si separano.

Il riferimento alla personalità è, quindi, la chiave che permette di comprendere la ragione per cui la volontà del soggetto è stata individuata quale fattore determinante nell’avvenuto riconoscimento in suo favore, ad opera della giurisprudenza di *Common Law*, della titolarità – in termini di appartenenza – del proprio corpo e di ciò che da esso deriva. Quest’ultimo, infatti, non è soltanto un’entità materiale alla quale riferirsi come oggetto di diritti di natura proprietaria, suscettibili di essere creati e di circolare secondo le regole ordinarie; esso è, piuttosto, uno degli strumenti (forse, il principale strumento) con cui l’individuo realizza se stesso e i propri bisogni, attraverso atti di autodeterminazione che lo pongono in relazione con gli altri⁴⁰.

La strada imboccata attraverso le considerazioni adesso svolte porta dritto a un ulteriore concetto, a sua volta denso di significati e che, finalmente, spiega bene la titolarità della persona sulla propria entità fisica e le tutele che, di conseguenza, gli sono riconosciute. Il rimando è alla dignità, intesa come sostrato sul quale si edifica la personalità di ciascun essere umano e che costituisce strumento di rafforzamento dell’individuo nei confronti di qualsiasi potenziale interferenza esterna, che sia perturbatrice delle prerogative che gli sono proprie e alle quali è dovuta una necessaria e inderogabile considerazione. Prerogative, queste ultime, che si esercitano attraverso la capacità di libera autodeterminazione la quale, quindi, è il nucleo fondante e il significato più profondo del concetto stesso di dignità che si esplicita (*a*) nel diritto a ottenere rispetto, in quanto essere umano, da

³⁹ J. Wall, *op. cit.*, p. 793.

⁴⁰ Cfr. L. Andrews, D. Nelkin, *Body Bazaar: The Market for Human Tissue in the Biotechnology Age*, New York, 2001, p. 13.

parte di ogni altro essere umano; (b) nel diritto, di segno negativo, a non subire interventi indebiti nella propria sfera personale; (c) nel diritto, di segno affermativo, a essere posto nelle migliori condizioni perché possa svilupparsi la propria personalità⁴¹. Può dirsi, allora, che il principio opera come garanzia, di cui ognuno gode, di poter esprimere una volontà circa le decisioni che lo riguardano, senza che alcuno possa intervenire in senso difforme a essa o limitarla per esigenze diverse da quelle di pubblico interesse⁴². In definitiva, il concetto di dignità umana impone il rispetto delle scelte compiute dall'individuo in merito al proprio corpo – quale strumento con cui si esprime la sua personalità – purché queste si mantengano entro gli inderogabili limiti di portata collettiva: «to respect a person's dignity is to respect that person's decisions for his or her body»⁴³.

Il ragionamento adesso articolato porta con sé un corollario. Se, come detto, il principio cardine al quale si ispira la regolamentazione della disponibilità del corpo e delle sue parti è il consenso del soggetto di cui si tratta, quale espressione diretta del valore – intangibile e sovraordinato – della dignità umana e del rispetto che a essa deve essere tributato, non sembra trovare spazio alcuno un modello di disciplina basato su precetti di natura proprietaria. In altre parole, il regime normativo al quale occorre fare riferimento, quando si tratta dell'organismo umano, sarebbe quello relativo al sistema dei diritti della personalità e delle tutele a essi afferenti; lasciando, così, le regole sulla

⁴¹ D. Beyleveld, R. Brownsword, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford, 2001, p. 15.

⁴² Secondo D. Beyleveld e R. Brownsword, l'equivalenza tra il principio di dignità e quello di autodeterminazione comporterebbe una limitazione del riconoscimento della dignità stessa soltanto in favore di coloro che godono della capacità di compiere scelte autonome, con la conseguente esclusione dalla portata del principio di coloro che, per varie ragioni, non hanno tale attitudine (cfr. *op. cit.*, p. 23). In realtà, la dignità deve essere più correttamente intesa come libertà di esprimere il proprio volere in ordine a sé stessi in senso potenziale, invece che rimanendo avvinti ad una effettiva capacità decisionale che può essere limitata, anche per questioni contingenti, per differenti ragioni. In altre parole, il principio consiste nell'identificare la dignità umana con il divieto di assumere deliberazioni in ordine ad un individuo – capace o meno di autodeterminarsi – in assenza di una sua decisione o in maniera contraria ad essa, salvo che le medesime deliberazioni non corrispondano all'interesse ed al benessere oggettivo di una persona in quel momento impossibilitata a formulare una volontà cosciente e consapevole.

⁴³ J. Herring, P. L. Chau, *op. cit.*, p. 41.

proprietà ai contesti di mercato ai quali il corpo non può appartenere senza, per questo, intaccare la dignità dell'individuo. Potrebbe dirsi, allora, che «our bodies are not just property; they are the medium through which we interact with the world. Our relationship with our bodies is not one of “having” but rather “existing”. Such values are better protected by privacy rights than property rights»⁴⁴.

La conclusione alla quale si è testé pervenuti potrebbe essere sufficiente e rassicurante. Forte della tutela accordata alla dignità umana, intesa come possibilità di esprimere al meglio la sua personalità, ciascun individuo ha il diritto di non subire intromissioni, da parte di terzi, nella propria sfera corporea senza che esse siano state preventivamente autorizzate dal soggetto medesimo. Lo stesso individuo, inoltre, ha il diritto di autodeterminarsi in ordine alla destinazione che vorrà assegnare al materiale biologico – quale sia la natura di esso – che proviene, separandosi da questo, dal proprio corpo, incontrando l'unico limite posto dalle regole di ordine pubblico o a salvaguardia dell'interesse collettivo. Lo statuto normativo della personalità umana contiene, infatti, degli strumenti validi per assecondare le istanze del soggetto relative alla sua entità fisica, in modo da consentirgli un pieno sviluppo delle inclinazioni che ne formano il carattere.

La situazione si complica, tuttavia, quando una determinata persona voglia – del tutto legittimamente – ricavare un corrispettivo dall'uso, fatto da terzi, di parti del proprio corpo, senza con ciò incorrere in divieti di legge o in riprovazione morale. La congettura più banale è quella della vendita dei capelli a chi sia in grado di ricavarne pregiate parrucche; l'ipotesi più seria è quella dell'utilizzo di campioni biologici (quali, ad esempio, delle linee cellulari che presentino caratteristiche uniche) a scopo di ricerca in grado di produrre esiti particolarmente lucrativi. Tali circostanze rendono necessario, quindi,

⁴⁴ J. Herring, P. L. Chau, *op. cit.*, p. 42. Cfr., anche, R. Rao (*Property, Privacy, and the Human Body*, in *Boston Univ. Law Rev.*, 2000, p. 425), secondo cui – riprendendo il pensiero di B. Ackerman (*Liberating Abstraction*, in *Univ. Chicago Law Rev.*, p. 347) – «the core of both “privacy” and “property” involves the same abstract right: the right to exclude unwanted interference by third parties. The only real difference between the two concepts is the kind of relationship that is protected from interference: “property” principally protects market relationships while “privacy” protects more spiritual ones».

il ricorso alla categoria giuridica dei beni in proprietà – e dei relativi modi di circolazione – senz'altro più performante, rispetto all'apparato normativo dei diritti della personalità, nella regolamentazione di simili situazioni. Il problema consiste, allora, nell'individuare una possibile coesistenza tra schemi di precetti apparentemente dissonanti, in modo da contemperare l'idea del dominio del corpo come espressione della dignità umana con l'opportunità di fare di alcune sue parti⁴⁵ oggetto di diritti di natura patrimoniale.

Il metodo più semplice per cercare di venir fuori dal ginepraio è quello di condurre un ragionamento per tappe successive, in modo da legare i vari passaggi in una sorta di logica concatenazione.

Il presupposto di partenza risiede nella considerazione – di cui si è detto e non revocabile in dubbio – per cui il corpo è lo strumento principale mediante il quale l'individuo, attraverso l'esercizio dell'autodeterminazione, riesce a estrinsecare la propria personalità entrando in relazione con il mondo esterno. Gli eventuali atti contrari a dette prerogative sarebbero, quindi, lesivi del più ampio principio di dignità umana, tra le cui più rilevanti espressioni vi è appunto la capacità del soggetto di assumere ogni decisione su di sé, potendo pretendere l'esclusione di qualsiasi ingerenza altrui – non motivata da ragioni di interesse pubblico – all'interno della propria sfera fisica e giuridica. La conseguenza di tale postulato, sul piano pratico, consiste nel fatto che ciascuno ha la possibilità di determinarsi per ciò che riguarda il proprio corpo (in senso ampio, comprendendo nel concetto anche lo stato di salute), sia impedendo l'esercizio su di esso di attività di terzi non autorizzate, sia disponendo di quelle parti o di quei prodotti che derivano dal corpo stesso⁴⁶. In altre parole, l'individuo ha la facoltà

⁴⁵ La questione riguarda, com'è ovvio, non il corpo nel suo complesso e, di esso, soltanto quelle parti di cui si possa disporre senza alterare, in maniera irreversibile, il corpo stesso. Poiché, infatti, il presupposto che consente l'atto di disposizione è sempre e comunque l'autodeterminazione, intesa come espressione della personalità individuale, una compromissione del corpo – che della personalità stessa costituisce il supporto fisico e, al contempo, il tramite con il mondo esterno – equivarrebbe a impedire la realizzazione delle istanze, di natura morale e sociale, alle quali la persona tende.

⁴⁶ Il limite ontologico al potere decisionale in ordine alle parti staccate del corpo consiste nel fatto che tali atti dispositivi non comportino una menomazione tale da privare il corpo stesso della sua funzione di strumento di supporto e di estrinsecazione dell'indole del soggetto.

di compiere scelte di indirizzo in relazione a parti di sé non perché è proprietario di queste, ma perché ciò costituisce espressione dello svolgersi della sua personalità.

Una volta chiarito il presupposto concettuale che sta a monte delle deliberazioni circa il destino di ciò che proviene dall'organismo di chi assume le decisioni medesime, il passo successivo è il necessario riconoscimento del fatto che, dopo il distacco, il materiale biologico diviene un'entità nuova e diversa da quella dalla quale deriva, assoggettata a regole di circolazione che rispettano lo statuto giuridico inerente alla sua specifica natura (si pensi, ad esempio, alle normative a riguardo degli organi destinati ai trapianti), ovvero che seguono il regime ordinario (il pensiero torna ai capelli o alle linee cellulari). Rimane da comprendere, adesso, se in quello scenario che, al momento, è dominato da un modello di disciplina fondato su un approccio personalistico possa trovare spazio – ed, eventualmente, in che modo e sino a che punto – l'apparato normativo proprio della concezione dominicale, anche in relazione ai differenti presupposti che, nei due diversi contesti regolamentari, legittimano la circolazione di questi particolarissimi beni e le relative tutele.

6. Segue: il “diritto al controllo” e il “diritto al compenso”

Una possibile via d'uscita dall'intrico consiste nello scindere, all'interno della posizione giuridica del soggetto del cui corpo si tratta, quello che potrebbe essere definito come “diritto al controllo” da quello che, invece, potrebbe essere descritto come “diritto al compenso”: entrambi, naturalmente, riferiti alle parti staccate del corpo stesso. Proviamo a tratteggiarne i contorni.

Il “diritto al controllo” discende dal fatto che l'individuo in questione è l'unico titolare della facoltà di decidere il destino di quei beni, all'interno di una relazione giuridica che lo lega a un insieme indefinito di possibili controparti – su cui grava il corrispondente dovere di rispettare quelle scelte – senza altro limite se non quello dato dalla legge o dalla natura stessa del campione biologico. Si tratta, dunque, di una potestà assoluta, non disponibile, incondizionata – alla pari di qualsiasi altro diritto della personalità – e priva di vincoli ulteriori alla necessità di uniformarsi agli obblighi posti nell'interesse

pubblico. Il “diritto al controllo” sulle parti del corpo, per poter essere esercitato in maniera piena dal suo titolare, richiede un preventivo apparato di informazioni, complesso e particolarmente esauriente, di cui il titolare stesso deve essere messo a conoscenza, al fine di poter esprimere le sue determinazioni – su quelle porzioni del proprio organismo – con la piena consapevolezza degli effetti che le determinazioni medesime produrranno. La conseguenza di ciò sul piano pratico – ad esempio quando si tratti di destinare campioni biologici alla ricerca – è di tutta evidenza: la decisione di contribuire, con propri reperti anatomici, a uno studio «non può essere considerata del tutto libera e indipendente, se essa non è preceduta da una piena informazione. A causa della evidente disparità di conoscenze tra il soggetto e i ricercatori, su questi ultimi grava l’onere, di estremo rilievo, di ottenere un consenso particolarmente edotto del primo (...). I ricercatori, in teoria, dovrebbero ottenere una doppia autorizzazione: la prima rivolta a consentire la raccolta dei materiali biologici, preceduta da ogni ragguaglio circa le modalità di prelievo e le conseguenze eventuali; la seconda destinata a permettere che su quei campioni si svolgano studi scientifici e, casomai, di che tipo»⁴⁷. Le particolari caratteristiche del bene ceduto, così come la natura delle ricerche condotte, potrebbero richiedere, inoltre, che il governo del titolare del bene stesso non si esaurisca con il suo benessere alla destinazione di esso alle indagini scientifiche, ma prosegua nel tempo attraverso il persistere del dovere di informazione – a carico dei ricercatori – su quegli elementi ulteriori e successivi che, in linea teorica, avrebbero una rilevanza tale da poter influire sull’originario volere⁴⁸. Il “diritto al controllo”, dunque, costituisce espressione diretta dell’approccio personalistico al tema dell’utilizzabilità delle parti

⁴⁷ J. Belisle, *op. cit.*, p. 791. Cfr., anche, M. Taylor Danforth, *op. cit.*, p. 182; R. Korobkin, *Autonomy and Informed Consent in Nontherapeutic Biomedical Research*, in *UCLA Law Rev.*, 2007, p. 616.

⁴⁸ L’onere di somministrare informazioni al cedente in maniera continuativa non può riguardare, in maniera indiscriminata, ogni situazione in cui un soggetto abbia destinato dei propri campioni biologici alla ricerca. Se così fosse, infatti, si creerebbero degli ostacoli ingiustificati alla ricerca stessa, posto che l’incombenza informativa, in molti casi, potrebbe non essere giustificata, in quanto del tutto insignificante per gli interessi del disponente e per la sua relativa tutela. Cfr. J. Belisle, *op. cit.*, p. 793.

staccate del corpo umano e, per tale ragione, presenta tutte le caratteristiche – tra le quali l’essere irrinunciabile, indisponibile e non trasferibile – proprie dei diritti della personalità. Esso, per di più, è immediata estrinsecazione del principio di autodeterminazione e, di conseguenza, la tutela che gli è tributata è la medesima che discende dal rispetto dovuto alla dignità umana.

Ciò posto, occorre svolgere un’ulteriore considerazione.

Una volta che è riconosciuto il potere dell’individuo di assumere ogni decisione sul proprio organismo – purché ciò avvenga in maniera informata e consapevole ed entro i limiti imposti dalla legge o dall’ordine pubblico – non sembrano esistere ragioni sufficienti a impedire che un soggetto possa disporre delle parti di sé, in modo da ricavarne un beneficio di natura economica. Si tratta, in altri termini, del “diritto al compenso”, che consiste nella possibilità di ottenere una remunerazione in seguito alla cessione – regolamentata dalle norme in materia di proprietà e di circolazione dei beni – di materiale biologico, dal quale soggetti terzi trarranno un guadagno attraverso la propria opera professionale, «giving effect to notions of equity and fairness»⁴⁹. L’idea di fondo è quella per cui un individuo che destini, in piena coscienza e consapevolezza, una parte di sé a un’attività dalla quale altri conseguiranno un beneficio di natura economica possa ricavare, dalla cessione stessa, un compenso per il contributo dato ed, eventualmente, ottenere un indennizzo per un possibile uso non autorizzato del bene.

La fattispecie – per intenderci con un esempio – è quella in cui un soggetto sia stato preventivamente informato da un professionista del fatto che le sue cellule o i suoi tessuti sono potenzialmente idonei a essere oggetto di studi scientifici, forieri di possibili guadagni realizzati attraverso il loro impiego commerciale. In questo caso, il soggetto stesso potrebbe esercitare, in via preliminare, il proprio “diritto al controllo” decidendo, in maniera consapevole e informata, se destinare quei campioni biologici all’uso prospettato, eventualmente ponendo delle condizioni compatibili con la ricerca stessa e con la tutela dei propri interessi di natura personale (come, in ipotesi, l’imposizione di una clausola di anonimato). Se la risoluzione fosse in senso assertivo, l’interessato potrebbe far valere, allora, il “diritto al compenso” – necessariamente successivo a quello al “controllo” – al fine di realizzare

⁴⁹ J. Belisle, *op. cit.*, p. 787. Cfr., anche, R. Hardiman, *op. cit.*, p. 229.

un corrispettivo come riconoscimento anche solo parzialmente perequativo rispetto all'altrui guadagno. In altre parole, non si tratta di una vendita di parti del proprio corpo (anche se nulla osta, ad esempio, alla cessione remunerata di reperti anatomici quali i capelli) quanto, invece, dell'utilizzo di un sistema di regole più duttile – rispetto all'apparato normativo proprio dei diritti della personalità – se l'obiettivo perseguito non è inibire l'altrui sfruttamento economico di qualcosa che attiene strettamente all'essere come individuo, ma ottenere una quota dei proventi originati dall'utilizzo di beni che appartengono in maniera tanto indissolubile al soggetto interessato da connotarlo nella sua peculiare identità.

Dopo avere esposto il significato del “diritto al compenso”, è opportuno definirne i limiti posto che questo – a differenza del “diritto al controllo”, che si esercita in relazione a ogni atto o circostanza che concerne l'organismo umano – ha un ambito di operatività abbastanza ristretto e circoscritto. Sul punto, è bene sottolineare come esso non riguardi quegli atti di disposizione del corpo compiuti per fini solidaristici: il riferimento è all'espianto di organi o tessuti (da cadavere o da vivente) destinati ai trapianti, che rimangono tutti vincolati al principio di gratuità. Del pari, sono esclusi da remunerazione coloro i quali prestano il proprio organismo alla sperimentazione clinica⁵⁰. La giustificazione di ciò è molto semplice: non è ammissibile che uno stimolo di natura economica possa costituire incentivo a danneggiare il proprio corpo, attraverso la cessione di parti di esso che implicano una lesione permanente dell'integrità fisica, ovvero mediante il sottoporsi ad attività potenzialmente pericolose per la propria salute. Se, infatti, il corpo stesso è lo strumento principale con il quale l'individuo realizza la propria personalità – in funzione del principio di dignità – una menomazione di esso è consentita soltanto se giustificata da un principio più alto, qual è quello dell'umana solidarietà; di certo, invece, la menomazione medesima non è accettabile – socialmente e giuridicamente – se decisa a seguito di una contropartita, con la conseguente mercificazione del corpo e il possibile sfruttamento di situazioni di disagio economico. L'ambito di applicazione del “diritto al compenso”, allora, si riferisce esclusivamente a quei campioni

⁵⁰ Cfr. Art. 1, comma 5, D. Lgs. n° 211 del 26/6/2003, in attuazione della Direttiva 2001/20/CE.

biologici (quali, ad esempio, i residui post-operatori; le cellule la cui asportazione non comporta lesioni significative alla persona; quel materiale che viene prelevato in seguito a terapie alle quali è soggetto l'individuo in questione) sui quali nessuno potrebbe avere interesse – ivi compreso il cedente da cui provengono – se non fosse che essi assumono valore in seguito ad attività di ricerca destinate (anche) a scopo commerciale e industriale.

Un riscontro empirico alla teorica adesso prospettata può essere rintracciato nella vicenda di un uomo (Ted Slavin)⁵¹ il quale, in seguito a una trasfusione con plasma rivelatosi infetto, sviluppò degli anticorpi contro l'epatite B. Il medico che lo aveva in cura – e che aveva effettuato la scoperta di quella particolarità presente nel sangue del suo assistito – informò il paziente sia dell'importanza che il sangue stesso avrebbe avuto per la ricerca, sia delle potenzialità economiche dipendenti dal possibile impiego commerciale del risultato degli studi. Slavin, quindi, decise di donare il proprio siero sanguigno a scopi di ricerca scientifica (felicitemente culminata con la scoperta del nesso tra epatite B e cancro al fegato), riservandosi il diritto di ottenere un compenso a fronte di un eventuale sfruttamento commerciale degli esiti: remunerazione, questa, successivamente ottenuta in seguito alla realizzazione e alla vendita di un vaccino contro quel tipo di epatite.

In sintesi, allora, la proposta individuazione di un “diritto al controllo” e di un “diritto al compenso” – rispettivamente, sulla destinazione delle parti del proprio corpo e su una quota dei possibili proventi che queste, grazie all'opera altrui, potrebbero generare – ha il vantaggio di consentire una sorta di sinergia tra strutture normative diverse riferite al medesimo bene, sebbene osservato da due differenti prospettive: quella attinente all'identità biologica del soggetto (per la quale fa gioco il sistema dei diritti della personalità) e quella relativa alla dimensione materiale del bene stesso (in ordine a cui è opportuno il richiamo ai diritti di natura proprietaria). In altre parole, quindi, questo doppio prisma non rappresenta due modelli alternativi nella disciplina del rapporto che si instaura tra la persona e il suo corpo, ma serve a

⁵¹ Cfr. B. S. Blumberg, *Ted Slavin's Blood and the Development of HBV Vaccine*, in *New Eng. J. Med.*, 1985, p. 189.

trasporre sul piano giuridico le due caratteristiche principali del medesimo bene⁵².

ABSTRACT: The essay focuses on the law that governs the human body and each of the products that can be created from it, in our globalized and technologically advanced society. The research compares the two different approaches of common law Courts on this matter – rigidly sticking to the doctrine based on proprietary interest or denying it at all – to offer a third possible view, built on the principle of human dignity.

KEYWORDS: Human spare body-parts, Dignity, Property.

Giuseppe Giaimo – Professore Ordinario di Diritto Privato Comparato nell'Università degli Studi di Palermo.

⁵² Cfr. M. Macilotti, *op. cit.*, p. 1205.

La proprietà dei semi in agricoltura: spunti ricostruttivi*

Laura Vagni

SOMMARIO: 1. I semi in agricoltura: da beni a patrimoni. - 2. I semi come varietà vegetali e i diritti di privativa. - 3. I semi come invenzioni tutelate da brevetto. - 4. Dalla proprietà esclusiva alla proprietà 'condivisa': i pool tecnologici e le clearinghouses. - 5. Diritti dei contadini e tutela delle conoscenze tradizionali: i semi come proprietà collettiva - 6. La resilienza (resistenza) dell'idea di proprietà-possesso.

1. I semi in agricoltura: da beni a patrimoni

L'innovazione nella produzione dei semi ha caratterizzato tutta la storia dell'agricoltura, consentendo l'adeguamento delle varietà vegetali alle condizioni climatiche e ambientali, l'ampliamento delle zone coltivate, l'aumento della produzione per soddisfare il crescente bisogno alimentare della popolazione mondiale.

Fino al secolo scorso, protagonisti di quest'innovazione sono stati gli agricoltori, che utilizzavano il loro sapere, fatto di esperienza, tradizione, osservazione, per la selezione dei semi con le caratteristiche migliori e l'incrocio delle varietà vegetali. Il risultato di queste sperimentazioni era costituito da un nuovo seme: un bene materiale ma, allo stesso tempo, frutto di un patrimonio (immateriale) di conoscenze¹.

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

¹ La bibliografia sull'informazione come bene immateriale e suscettibile di appropriazione è vastissima, senza alcuna pretesa di esaustività, si rinvia per i primi riferimenti a M. Are, voce *Beni Immateriali, a) Diritto privato*, in *Enc. Dir.*, Milano, V, 1959, pp. 244-269; D. Messinetti, voce *Beni immateriali, 1) Diritto privato*, in *Enc. Giur. Treccani*, V, Roma, 1988, pp. 1-16; V. Zeno-Zencovich, voce *Cosa*, in *Dig. It., disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1989, pp. 438-460, in particolare par. 13, p. 453 ss.; con riferimento al tema oggetto di trattazione v. da ultimo le osservazioni di A. Iannarelli, *Beni e patrimonio*, in Id., *Proprietà e beni. Saggi di diritto privato*, Lavis, 2018, p. 138 e riferimenti *ivi*.

Le scoperte della genetica, a partire dalle teorie mendeliane, e l'applicazione delle nuove tecnologie all'attività di selezione delle sementi (c.d. *new breeding technologies*) hanno rivoluzionato l'innovazione in questa materia e realizzato una definitiva scissione tra il seme come bene materiale e come patrimonio di conoscenza. Gli sviluppi scientifici hanno avviato un processo di 'commodificazione' delle risorse genetiche delle sementi, accompagnato dall'applicazione ai semi delle regole internazionali in materia di proprietà intellettuale². Il seme da bene materiale è divenuto un patrimonio di beni immateriali con autonomo valore, distintamente suscettibili di utilizzazione economica e di appropriazione: uno stesso seme può essere, insieme, varietà vegetale, invenzione o somma di una pluralità d'invenzioni e conoscenze tutelabili giuridicamente.

La progressiva estensione delle regole sulla proprietà intellettuale alla disciplina delle sementi in agricoltura e alle relazioni generate dallo scambio e dalla commercializzazione dei semi, nello stesso tempo, rischia di incidere negativamente sul libero accesso e sull'uso dei semi, che costituiscono una fonte primaria di soddisfacimento del bisogno alimentare dell'umanità. Le invenzioni tecnologiche, in specie se applicate alla 'materia vivente', trasformano conoscenze e tradizioni da sempre custodite dalle popolazioni indigene e frutto principale della biodiversità del pianeta in merci suscettibili di appropriazione esclusiva, sottraendole alla comune condivisione. Per contro i semi e, in particolare, la loro biodiversità costituiscono un bene comune dell'umanità che va conservato per le generazioni future, tutelando l'accesso alle varietà vegetali da parte degli agricoltori e quelle prassi finalizzate all'uso sostenibile dei semi rurali.

In una risoluzione adottata in seno alla Conferenza FAO nel 1989 si afferma che le risorse genetiche vegetali sono «[...] patrimonio

² C. Frison, *Redesigning the Global Seed Commons. Law and Policy for Agrobiodiversity and Food Security*, 1a ed., Abingdon-New York, 2018, p. 18 ss.; sulla tendenza ad ampliare e uniformare la portata dei diritti di esclusiva e riconoscere la proprietà intellettuale come forma di proprietà globale v. le riflessioni di L. Moccia, *La proprietà intellettuale come 'proprietà globale': tendenze e problemi*, in *Studi in onore di Aldo Frignani: nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, a cura di G. Ajani, Napoli, 2011, p. 645 -687.

dell'umanità e di conseguenza disponibili senza restrizioni»³. Nella Risoluzione si riconosce il diritto degli agricoltori, in specie dei Paesi in via di sviluppo, di avere accesso alle risorse naturali che loro stessi hanno contribuito a preservare e sviluppare, attraverso le generazioni. La Risoluzione incentiva l'assunzione di un impegno, da parte dei Paesi più sviluppati nei confronti del resto del mondo, per la tutela del diritto degli agricoltori alla conservazione delle varietà vegetali nelle comunità indigene⁴.

Sullo sfondo emerge il difficile bilanciamento tra interessi confliggenti, quali l'appropriabilità da parte dei privati delle risorse genetiche vegetali custodite dai popoli indigeni e, per contro, la possibilità di accesso da parte dei Paesi in via di sviluppo alla tecnologia genetica più avanzata, che consente usi delle risorse fitogenetiche e guadagni impensabili anche in un recente passato. Così, nella *Convenzione di Rio sulla Diversità Biologica* del 1992 non si utilizza più l'espressione 'patrimonio dell'umanità' della Risoluzione FAO, pur

³ FAO Conference, *Resolution* n. 3/83, *International Undertaking of Plants Genetic Resources*, 21-30 March 1983, consultabile al sito internet www.fao.org/wiews-archive/docs/Resolution_8_83.pdf (ultimo accesso 30 aprile 2020), art. 1: «[...] This Undertaking is based on the universally accepted principle that plant genetic resources are a heritage of mankind and consequently should be available without restriction»; v. in precedenza, FAO Conference, *Resolution* n. 6/81, 7-26 November 1981, consultabile al sito internet www.fao.org/unfao/govbodies/gsbhome/conference/resolutions/1981/it (ultimo accesso 30 aprile 2020); FAO Conference, *Resolution* n. 4/89, 11-29 November 1989, consultabile al sito internet www.fao.org/unfao/govbodies/gsbhome/conference/resolutions/1989/it (ultimo accesso 30 aprile 2020), dove si legge: «Plant genetic resources are a common heritage of mankind to be preserved, and to be freely available for use, for the benefit of present and future generations»; v. anche UN, *General Assembly Resolution*, n. 1803/1962, 14 December 1962, *Permanent sovereignty over natural resources*, nel documento non si fa riferimento alle risorse genetiche, tuttavia l'art. 1 stabilisce: «The right of peoples and nations to permanent sovereignty over their natural wealth and resources must be exercised in the interest of their national development and of the well-being of the people of the State concerned».

⁴ Già in una successiva risoluzione, FAO Conference, *Resolution* n. 3/91, consultabile al sito internet www.fao.org/3/x5587E/x5587e06.htm (ultimo accesso 30 aprile 2020), tuttavia, si subordinava il riconoscimento del libero accesso alle risorse genetiche al principio della sovranità statale e si stabiliva: «The concept of mankind's heritage, as applied in the International Undertaking on Plant Genetic Resources, is subject to the sovereignty of the States over their plant genetic resources».

riconoscendo che la conservazione della biodiversità costituisce una preoccupazione comune di tutta l'umanità⁵. La Convenzione richiama gli Stati a un uso sostenibile delle biodiversità e a una ripartizione giusta ed equa dei benefici derivanti dall'accesso alle risorse genetiche ma, allo stesso tempo, riconosce agli Stati il diritto di sfruttare le proprie risorse secondo le politiche ambientali statali, con il limite di non causare danni ad altri Stati o aree al di fuori dei confini nazionali⁶. Similmente, nel Preambolo del *Trattato Internazionale sulle Risorse Genetiche Vegetali per l'Alimentazione e l'Agricoltura* del 2001 si afferma che: «[...] le risorse fitogenetiche per l'alimentazione e l'agricoltura rappresentano una preoccupazione comune di tutti i Paesi [...]»⁷. Lo stretto legame tra l'appartenenza dei semi e il bisogno alimentare dell'umanità è ulteriormente evidenziato nell'art. 9, dove si riconosce l'enorme

⁵ UN, *Convention on Biological Diversity*, 1992, consultabile al sito internet www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf (ultimo accesso 30 aprile 2020), *Preamble*. «[...] the conservation of biological diversity is a common concern of humankind»; Cfr. A.E. Boyle, *The Rio Convention on Biological Diversity*, in *International Law and Conservation of Biological Diversity*, a cura di M. Bowman-C. Redgwell, London-The Hague-Boston, 1996, p. 33 ss.; R. Pavoni, *Biodiversità e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2004, p. 26.

⁶ UN, *Convention on Biological Diversity*, cit., art. 3: «States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction».

⁷ *Trattato internazionale sulle risorse genetiche vegetali per l'alimentazione e l'agricoltura*, Preambolo, adottato a Roma il 3 novembre 2001 dalla trentunesima riunione della Conferenza della FAO, ratificato dal Parlamento italiano con legge n. 101 del 6 aprile 2004; nel testo si riporta la traduzione non ufficiale a cura della Commissione europea, reperibile al sito internet www.fao.org/3/i0510it/I0510IT.pdf; v. anche *Report of the Special Rapporteur on the right to food*, Mr. Olivier De Schutter, *Seed policies and the right to food: enhancing agrobiodiversity and encouraging innovation*, 23 luglio 2009, A/64/170, consultabile al sito internet www.srfood.org/images/stories/pdf/officialreports/20091021_report-ga64_seed-policies-and-the-right-to-food_en.pdf (ultimo accesso 30 aprile 2020); v. anche UN, *Report of the Special Rapporteur on the right to food*, Olivier De Schutter, *The right to food, Seed policies and the right to food: enhancing agrobiodiversity and encouraging innovation*, 23 July 2009, A/64/170, consultabile al sito internet www.srfood.org/images/stories/pdf/officialreports/20091021_report-ga64_seed-policies-and-the-right-to-food_en.pdf (ultimo accesso 30 aprile 2020)

contributo che le comunità locali e gli agricoltori di tutte le regioni del mondo apportano alla conservazione e alla valorizzazione delle risorse fitogenetiche, che costituiscono la base per la produzione alimentare e agricola di tutto il mondo. La norma stabilisce un obbligo per le Parti contraenti di adottare misure per la protezione dei diritti degli agricoltori, con special riguardo a) alla protezione delle conoscenze tradizionali che presentano un interesse per le risorse fitogenetiche per l'alimentazione e l'agricoltura; b) al diritto ad una ripartizione equa dei vantaggi derivanti dallo sfruttamento di queste risorse; c) al diritto a partecipare alle decisioni, a livello nazionale, sulla conservazione e sull'uso sostenibile delle risorse fitogenetiche.

Nel protocollo di Nagoya alla Convenzione di Rio sulla Diversità Biologica, l'uso sostenibile delle risorse fitogenetiche, a tutela della diversità biologica, è ulteriormente promosso attraverso il riconoscimento di obblighi giuridici in capo agli Stati di adottare misure legislative, amministrative o politiche, affinché i benefici derivanti dall'utilizzazione delle conoscenze tradizionali, riguardanti risorse genetiche, vengano ripartiti in maniera giusta ed equa con le comunità autoctone e locali che detengono tali conoscenze (art. 5, comma 5)⁸. Lo sfruttamento delle risorse e i diritti di proprietà intellettuale devono essere, quindi, temperati con la tutela giuridica della conoscenza tradizionale riguardo alle risorse fitogenetiche.

Nello scenario brevemente evocato, la questione di chi sia titolare della proprietà del seme è divenuta di difficile soluzione. Parte della dottrina dubita persino che la nozione di proprietà conservi ancora un valore descrittivo in questa materia e ritiene che le regole della proprietà, con special riguardo al diritto di esclusiva del proprietario,

⁸ Protocollo di Nagoya alla Convenzione sulla diversità biologica relativa all'accesso alle risorse genetiche e alla giusta ed equa ripartizione dei benefici derivanti dalla loro utilizzazione, in GUCE, 25-04-2014, L. 150/234. In base al Protocollo gli Stati devono prevedere nel negoziato per l'accordo sull'*access and benefit sharing* forme di ricompensa delle popolazioni locali e indigene che sono custodi delle risorse fitogenetiche. L'allegato n. 1 al Protocollo individua una serie dettagliata di benefici monetari e non monetari che gli utilizzatori devono corrispondere; v. I. R. Pavone, *Il Protocollo di Nagoya e l'attuazione del principio di Access e Benefit Sharing con particolare riferimento all'user compliance pillar*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2018, p. 251 ss.; M. Zortea, *Il protocollo di Nagoya e il nuovo regime internazionale sull'access and benefit-sharing*, in *Ambiente & sviluppo*, 7, 2012, p. 659 ss.

non siano idonee a disciplinare la molteplicità dei rapporti giuridici e degli interessi che possono riguardare uno stesso seme⁹.

Il presente lavoro, tenendo sullo sfondo i temi succintamente evocati, che costituiscono la cornice necessaria per ogni indagine sulla proprietà dei semi agricoli, intende analizzare, dal punto di vista del diritto privato, alcune regole relative allo sfruttamento delle informazioni fitogenetiche racchiuse in un seme rurale, per valutare se e in quali termini la nozione e le regole della proprietà possano ancora costituire uno strumento giuridico adeguato al bilanciamento dei diversi interessi che emergono dalle dinamiche precedentemente richiamate.

2. I semi come varietà vegetali e i diritti di privativa

In un volumetto pubblicato agli inizi dell'Ottocento sulla *Teoria della riproduzione vegetale*, Giorgio Gallesio, giurista e botanico, scriveva: «Il seme è solo nei vegetali la sorgente delle varietà: egli è solamente col suo mezzo che la natura opera le trasformazioni meravigliose che si osservano tutti i giorni senza penetrarne il principio»¹⁰.

Ogni seme custodisce nel patrimonio genetico una varietà vegetale, una dimensione incorporea del bene materiale che consente le trasformazioni naturali. Quest'informazione costituisce un bene giuridico. Il seme come varietà vegetale può essere, pertanto, oggetto di appropriazione, in modo distinto rispetto al bene materiale.

La proprietà delle varietà vegetali, com'è noto, è tutelata da una pluralità di fonti multilivello, che trovano un principale modello di riferimento nella *Convenzione Internazionale per la Protezione delle Varietà Vegetali* (d'ora in poi UPOV), stipulata a Parigi nel 1961 e da

⁹ Il dibattito in tema è ampio, per i primi riferimenti in italiano cfr. A. Gambaro, *Dalla new property alle new properties*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di V. Scalisi, Milano, 2004, p. 686 ss., v. *infra*, par. 4 e riferimenti *ivi*.

¹⁰ G. Gallesio, *Teoria della riproduzione vegetale*, presso N. Capurro, Pisa, 1816, p. 50, par. 1, v. *Ibidem*, p. 56, par. 1: «Il seme perpetua la specie; ma è la sorgente della varietà».

ultimo revisionata a Ginevra nel 1991¹¹. La Convenzione è stata ratificata dall'Italia già nel 1974; le successive modificazioni sono state recepite nel d.lgs n. 455 del 1998, la cui disciplina è oggi confluita nel codice della proprietà intellettuale, sezione VIII del capo II (d. lgs n. 30/2005)¹². Nell'Unione europea la normativa di riferimento in materia è costituita, invece, dal Regolamento (CE) 2100/94, dove si disciplina la privativa comunitaria per i ritrovati vegetali¹³.

La disciplina nazionale e quella dell'Unione prevedono una regolamentazione della materia conforme, con qualche significativa eccezione, ma hanno scopo affatto diverso: le norme del codice della proprietà intellettuale riconoscono il diritto di privativa nel territorio italiano, mentre il Regolamento (CE) 2100/94 conferisce all'avente diritto una privativa nell'ambito di tutti gli Stati membri dell'Unione¹⁴. Le due forme di tutela non sono cumulabili, ma alternative: la tutela apprestata dalla privativa nazionale è sospesa quando lo stesso titolare acquisisce un diritto di privativa europeo.

Le due fonti normative definiscono la varietà vegetale conformemente a quanto previsto dalla Convenzione UPOV, dove si

¹¹ Convenzione *internazionale per la protezione delle varietà vegetali*, 2 dicembre 1961, riveduta a Ginevra il 10 novembre 1972, il 23 ottobre 1978 e il 19 marzo 1991, ratificata nel nostro ordinamento con legge 16 luglio 1974 n. 722, in G.U. 28 gennaio 1975, n. 26 e, successivamente, con legge 23 marzo 1998, n. 110, in G.U. 20 aprile 1998 n. 91. Per un'analisi della Convenzione e del rapporto tra Convenzione e accordo TRIPs cfr. G. Contaldi, *La tutela delle invenzioni nel sistema OMC. Esclusiva brevettuale e valori emergenti nella comunità internazionale*, Milano, 2009, p. 168 ss.

¹² Per una prima analisi della normativa cfr. G. Dragotti, *Le varietà vegetali*, in *Diritto industriale italiano*, t. I, *Diritto sostanziale*, a cura di F. Scuffi, M. Franzosi, cap. XII, CEDAM, Padova 2014, p. 917 ss.

¹³ Regolamento (CE) n. 2100/94 del 27 luglio 1994, *concernente la privativa comunitaria per ritrovati vegetali*, modificato dal Regolamento (CE) 15/2008 del 20 dicembre 2007, in GUCE, 11 gennaio 2008 L. 8.

¹⁴ L'art. 92 del Regolamento (CE) n. 2100/94 disciplina l'ipotesi di divergenza tra il titolare della privativa nazionale e il titolare della privativa europea, stabilendo un divieto di protezione cumulativa; v. anche il Regolamento (CE) n. 874/2009 del 17 settembre 2009, *recante norme d'esecuzione del regolamento (CE) n. 2100/94 del Consiglio, riguardo ai procedimenti dinanzi all'Ufficio comunitario delle varietà vegetali (rifusione)*, in G.U. del 24 settembre 2009, L. 251. Nel prosieguo del lavoro si farà riferimento al diritto di privativa italiano, nei limiti in cui sia necessario ai fini degli scopi del discorso, tenendo in considerazione la conformità della disciplina europea, in specie con riguardo ai requisiti di riconoscimento del diritto di privativa.

legge che la varietà è «[...] un insieme vegetale di un *taxon* botanico del grado più basso conosciuto»¹⁵.

L'acquisto di una privativa su una varietà vegetale, e quindi su un seme, può avvenire da parte di chi ha creato la varietà, l'ha scoperta o l'ha messa a punto (il c.d. costituente della varietà). Il diritto di privativa è riconosciuto solo se, all'atto della domanda, il costituente dimostri che la varietà sia nuova, distinta, omogenea e stabile¹⁶.

Il diritto di privativa attribuisce al titolare uno *ius excludendi alios*: si tratta di un diritto ampio, che include una pluralità di facoltà, quali la produzione o riproduzione della varietà, la vendita e la commercializzazione, l'esportazione o l'importazione, la detenzione della varietà per gli scopi precedentemente elencati, con un ambito di applicazione nazionale o europeo, a seconda del tipo di privativa. Questo diritto presenta caratteristiche particolari rispetto al diritto di esclusiva del titolare di un brevetto: la privativa, infatti, si estende anche alla moltiplicazione vegetativa della varietà e al prodotto derivante dalla coltivazione della varietà, alle varietà vegetali derivate, con le eccezioni che si indicheranno nel prosieguo. Oggetto della privativa sono anche beni diversi dal *taxon* botanico scoperto o formato dal costituente, proprio in ragione del carattere dell'auto-riproducibilità del bene tutelato e della conseguente estensione del diritto anche ai beni derivati dall'impiego e dalla riproduzione dello stesso *taxon* botanico.

In ambito sia europeo sia nazionale il diritto del costituente non è assoluto, ma subisce delle limitazioni sulla base del riconoscimento di alcuni diritti di uso della varietà¹⁷.

Tra le limitazioni al diritto esclusivo del costituente, il principale esempio è il privilegio dell'agricoltore, che si fonda su una tradizione rurale in base alla quale gli agricoltori utilizzano parte del loro raccolto per le semine successive. Il privilegio è espressamente contemplato

¹⁵ Convenzione *internazionale per la protezione delle varietà vegetali*, cit., art. 1, par. VI.

¹⁶ Il diritto di privativa, pertanto, non richiede necessariamente una nuova invenzione, ma può essere concesso, ad esempio, per l'isolamento di una varietà esistente in natura e prima sconosciuta, quindi per una scoperta di un bene già esistente in natura, che abbia i requisiti della distintività, omogeneità e stabilità. Cfr. G. Dragotti, *Le varietà vegetali*, cit., p. 927 ss.

¹⁷ Sui limiti allo *ius excludendi alios* del titolare della privativa cfr. F. Morri, *La privativa varietale comunitaria*, in *Rivista di diritto industriale*, I, 2011, p. 16.

dall'art. 14 del Regolamento (CE) 2001/94, che stabilisce: «[...] gli agricoltori sono autorizzati ad utilizzare nei campi a fini di moltiplicazione, nelle loro aziende, il prodotto del raccolto che hanno ottenuto piantando, nelle loro aziende, materiale di moltiplicazione di una varietà diversa da un ibrido o da una varietà di sintesi che benefici di una privativa comunitaria per ritrovati vegetali»¹⁸. Il Regolamento limita il privilegio ad alcune varietà vegetali, che possono essere reimpiegate dagli agricoltori per la seconda semina, gratuitamente o dietro un'equa remunerazione del costitutore, a seconda che si tratti di piccoli agricoltori o di aziende agricole di ampie dimensioni¹⁹. L'agricoltore che acquista una semente può pertanto coltivarla, ma non venderla, commercializzarla, né cederla gratuitamente. Egli non può disporre in modo pieno del prodotto del raccolto, ma può esercitare il privilegio in conformità alla legge.

La stessa varietà vegetale potrebbe essere oggetto di un contratto di licenza d'uso stipulato dal costitutore con l'agricoltore, ampliando le facoltà di quest'ultimo di utilizzare o disporre della semente. Il costitutore può, infatti, concedere a terzi, mediante contratto, licenza d'uso della privativa, in via esclusiva o non esclusiva²⁰.

Un'altra importante limitazione del diritto di esclusiva del costitutore, prevista dalla legge, riguarda le varietà essenzialmente

¹⁸ Conformemente si dispone con riferimento alle invenzioni biotecnologiche, cfr. Direttiva 44/98/CE *sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche*, 6 luglio 1998, in GUCE, 30 luglio 1998, L. 213, su cui v. *infra*, par. 3. Nel diritto italiano v. D. lgs. 131/2010, dove all'art. 170-bis si richiama l'eccezione agricola stabilita dal regolamento (CE) n. 2100/94.

¹⁹ Art. 14, 1 paragrafo, Regolamento (CE) n. 2100/94, cit. La norma stabilisce che il primo paragrafo si applica unicamente ad alcune specie di piante agricole, elencate nel secondo paragrafo. L'articolo stabilisce inoltre che, a seconda della varietà vegetale coltivata, sono piccoli agricoltori «[...] gli agricoltori che non coltivano vegetali su una superficie più ampia di quella che sarebbe necessaria per produrre 92 tonnellate di cereali [...]» o gli agricoltori che soddisfano criteri paragonabili. La varietà oggetto di privativa, inoltre, può essere oggetto di una licenza obbligatoria, accordata ad una o più persone per ragioni di interesse pubblico. Per evitare che l'agricoltore ripianti i semi delle piante che ha coltivato, i produttori preferiscono immettere nel mercato delle sementi ibride. Queste sementi obbligano ogni anno l'agricoltore a riacquistare i semi, in quanto i semi riprodotti, per un effetto mendeliano, sono difforni dagli originali e non è possibile la loro coltivazione. Cfr. in tema V. Shiva, *Il mondo sotto brevetto*, 2a ed., Milano, p. 78 ss.

²⁰ Art. 27 del Regolamento (CE) n. 2100/94, cit.

derivate, ossia le varietà che, sebbene distinte dalla varietà iniziale protetta, conservano le espressioni dei caratteri essenziali che risultano dal genotipo o dalla combinazione dei genotipi della varietà iniziale²¹. Come già anticipato in precedenza, il costitutore ha una privativa anche su tutte le varietà derivate dalla varietà protetta, che si formano per via del ripetuto impiego della varietà protetta, oppure, che non sono pienamente distinguibili dalla varietà protetta o in cui sono rinvenibili i caratteri peculiari di quest'ultima. Tra queste varietà, le varietà 'essenzialmente derivate' possono essere oggetto anche del diritto di privativa di chi le ha formate o distinte dalla varietà iniziale: è possibile così che una stessa varietà (essenzialmente derivata) sia oggetto di due diversi diritti di privativa, del costitutore della varietà originale e di quella essenzialmente derivata²². Il diritto di privativa del costitutore della varietà essenzialmente derivata è dipendente dal diritto del costitutore della varietà iniziale: il diritto del secondo costitutore può essere esercitato nei confronti di terzi che intendano sfruttare la varietà, ma non nei confronti del costitutore della varietà iniziale; il secondo costitutore, ad esempio, non può commercializzare la varietà derivata in mancanza di autorizzazione del titolare della privativa sulla varietà iniziale.

In questo sistema, l'agricoltore che acquista una semente per la coltivazione acquista la proprietà assoluta ed esclusiva sui semi materiali, ma non sulla varietà in essi custodita. Egli acquista un diritto all'uso della varietà. I poteri e le facoltà che l'agricoltore può esercitare sulla semente, così, non rispondono all'idea di esclusività della proprietà di un bene mobile, tanto da far dubitare che con la compravendita dei semi si acquisti un diritto reale sui semi. Uno stesso seme, infatti, può essere oggetto di una pluralità di diritti, riguardanti i possibili sfruttamenti della varietà vegetale. Si tratta di diritti che prescindono dal possesso attuale del bene materiale e non hanno ad oggetto il seme, né come bene materiale né come varietà, ma un uso più o meno ampio e più o meno esteso nel tempo della varietà vegetale.

²¹ Cfr. art. 107, comma 4, Codice della proprietà intellettuale.

²² cfr. F. Massa, *Spigolature sulla normativa in tema di protezione giuridica delle varietà vegetali derivate*, in *Diritto agroalimentare*, II, 2018, p. 415.

3. *I semi come invenzioni tutelate da brevetto*

Le nuove tecnologie e, in particolare, il ricorso all'ingegneria genetica per la formazione di nuove varietà vegetali fanno sì che il DNA di un seme possa essere il prodotto di una o più invenzioni tecnologiche o di scoperte, inerenti la sequenza genetica o frammenti della sequenza genetica. Il seme pertanto può essere anche un'invenzione, oggetto di tutela brevettuale²³.

Nell'Unione europea, la principale forma di brevettabilità del vivente riguarda le innovazioni biotecnologiche ed è disciplinata dalla Direttiva (CE) 44/98 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, attuata in Italia con il d.lgs. 10 gennaio 2006 n. 3, convertito in legge 22 febbraio 2006 n. 78²⁴. L'art. 3 della Direttiva prevede che: «[...] sono brevettabili le invenzioni nuove che comportino un'attività inventiva e siano suscettibili di applicazione industriale, anche se hanno ad oggetto un prodotto consistente in materiale biologico o che lo contiene, o un procedimento attraverso il quale viene prodotto, lavorato o impiegato materiale biologico». Nel secondo paragrafo dell'articolo si specifica che l'oggetto del brevetto può essere anche il procedimento con cui si produce un materiale biologico già esistente in natura²⁵. L'art. 4 della Direttiva esclude espressamente dall'oggetto del brevetto le varietà vegetali, ma prevede che: «Le invenzioni che hanno quale oggetto piante o animali sono

²³ Sul problema dei rapporti tra tutela dei diritti di privativa e regole brevettuali cfr. V. Di Cataldo, *Bioteologie e Diritto. Verso un nuovo diritto, e verso un nuovo diritto dei brevetti*, in *Contratto e impresa*, I, 2003, p. 319 ss. e riferimenti *ivi*.

²⁴ Direttiva n. 44/98/CE sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, cit.; per un'analisi della legge v. R. Pennisi, *La protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche (l. 22 febbraio 2006 n. 78)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, II-III, 2008, pp. 423-435; A. Nurra, *Il recepimento della direttiva comunitaria 98/44/CE sulla protezione legale delle invenzioni biotecnologiche*, in *Contratto e Impresa Europa*, I, 2006, pp. 609-616; in prospettiva comparatistica cfr. M. Granieri, *Alcune riflessioni comparative sul principio di esaurimento dei brevetti sui semi modificati geneticamente e tecniche contrattuali di gestione*, in *Confini e fronti dell'innovazione biotecnologica*, a cura di G. Olivieri-V. Falce-M. Arezzo, Milano, 2014, pp. 119-140.

²⁵ Sulla distinzione tra invenzione e scoperta cfr. R. Romano, *Brevettabilità del vivente e "artificializzazione"*, in *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà, M. Tallacchini, *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà-P. Zatti, vol. I, Giuffrè, Milano, 2012, p. 575 ss., e in particolare p. 590 ss.

brevettabili se l'eseguibilità tecnica dell'invenzione non è limitata ad una determinata varietà vegetale». È possibile, così, brevettare un genotipo o una combinazione di genotipi che accomunano più varietà vegetali. Si pensi, ad esempio, alla scoperta di una sequenza di DNA che rende resistente all'attacco di parassiti un rosa. La stessa invenzione riguarda una pluralità di varietà di rose. Ogni seme di rosa che contiene quel tratto di DNA, frutto della scoperta, sarà interessato dalla tutela prevista dalla disciplina della protezione delle invenzioni biotecnologiche, limitatamente a quel tratto di DNA. Il terzo paragrafo dell'art. 4 introduce un'eccezione al divieto di brevettabilità dei procedimenti biologici di produzione di un vegetale, stabilendo la brevettabilità di «[...] un procedimento microbiologico o altri procedimenti tecnici ovvero un prodotto ottenuto direttamente attraverso siffatti procedimenti».

La semplice selezione di una varietà vegetale, attraverso l'uso delle nuove tecnologie, non può essere coperta da brevetto nell'ambito dell'Unione europea, tuttavia, qualora la selezione preveda l'impiego di un procedimento tecnologico frutto di un'invenzione, il brevetto può riguardare il procedimento tecnologico. Così, non è possibile brevettare la scoperta di un procedimento per selezionare una varietà di pomodoro a basso contenuto di acqua, basato sull'incrocio di esemplari. È possibile però brevettare un procedimento che implica un'invenzione tecnologica, attraverso la quale s'introduce nel DNA della nuova varietà un tratto non riconducibile ad un semplice incrocio, realizzato con metodi tradizionali o tecnologici. Il nuovo genoma potrà essere oggetto di brevetto²⁶.

La tutela delle invenzioni biotecnologiche, in ambito europeo, contempla il privilegio dell'agricoltore: la Direttiva (CE) 98/44, similmente alla disciplina stabilita dal Regolamento (CE) n. 2100/94, che richiama espressamente, prevede che la vendita o altra forma di commercializzazione di semi coperti da brevetti nei confronti degli agricoltori implica «[...] l'autorizzazione per l'agricoltore ad utilizzare

²⁶ M. Blakeney, *DNA Patenting*, in *Intellectual Property Issues in Biotechnology*, a cura di H.B. Singh-A. Jha-C. Keswani, Londra, 2016, p. 135 ss. e riferimenti *ivi*, dove si riferisce che in altri sistemi giuridici, come ad esempio negli USA, è possibile brevettare anche metodi di selezione della varietà e si porta l'esempio della varietà di pomodoro a basso contenuto di acqua.

il prodotto del raccolto per la riproduzione e la moltiplicazione in proprio nella propria azienda [...]»²⁷.

L'agricoltore, di nuovo, non acquista la proprietà esclusiva dei semi oggetto di compravendita, ma il diritto all'uso secondo quanto stabilito nel contratto di compravendita e il diritto alla riproduzione almeno nei limiti stabiliti dal privilegio dell'agricoltore. I semi acquistati possono essere coperti da uno o più brevetti, fino alla possibilità, di fatto poco riscontrabile nella pratica, ma verificabile, dell'esistenza di una vera e propria rete di brevetti (c.d. *patent thickets*) su diversi tratti di DNA della stessa varietà vegetale.

La dottrina che si è occupata del tema, soprattutto con riguardo alla tradizione di *common law* e, in particolare, agli Stati Uniti d'America, dove la normativa in materia consente forme più ampie di esercizio di diritti di proprietà intellettuale sulle varietà vegetali, ha descritto questo fenomeno attraverso l'espressione *bundle of rights*, ossia fascio di diritti, relativi ad uno stesso bene²⁸. L'acquisto di un seme è stato paragonato all'acquisto di un software, specificando che le multinazionali che detengono i brevetti su tratti di DNA della varietà vegetale possono esercitare, potenzialmente, poteri più ampi di quanto possa fare Microsoft rispetto a software coperti da suoi brevetti. La nota produttrice di sementi Monsanto, ad esempio, stabilisce per contratto poteri ispettivi sui terreni dell'agricoltore che acquista la semente, al fine di valutare il rispetto dell'esclusiva del titolare del brevetto²⁹.

Le nuove tecnologie, in specie se applicate a beni capaci di riprodursi, sembrano contraddire l'idea di proprietà come diritto *sul* bene: da un lato incidono sulla pienezza del diritto del proprietario e consentono la frazionabilità delle forme di appartenenza che possono riguardare uno stesso bene; dall'altro lato, dissociano il diritto dal bene e realizzano una sorta di ambulatorietà del diritto su beni che derivano dalla riproduzione dell'iniziale oggetto di tutela. La relazione biunivoca tra diritto e bene, propria della categoria dei diritti reali, s'interrompe

²⁷ Art. 11, Direttiva n. 44/98/CE *sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche*, cit.

²⁸ G. Dutfield, *Farmers, Innovation and Intellectual Property: Current Trends and Their Consequences for Food Security*, in *The Commons, Plant Breeding and Agricultural Research: Challenges for Food Security and Agrobiodiversity*, a cura di F. Girard-C. Frison, Londra-New York, 2018, *passim*.

²⁹ *Ibidem*.

e il diritto si estende anche a beni non conosciuti né esistenti al momento in cui è sorto il diritto sul bene originario. In questa prospettiva, le diverse forme di appartenenza che possono esistere relativamente ad uno stesso seme forzano la tradizionale categoria dei diritti reali, così come avviene in altri ambiti del sapere, dove lo sviluppo delle nuove tecnologie realizza problematiche simili di dissociazione tra bene e diritti di sfruttamento. La disciplina giuridica dei semi in agricoltura, allora, potrebbe costituire un campo di elezione per l'analisi e lo studio di quelle dinamiche relative a 'nuovi' beni che, grazie alla tecnologia, si caratterizzano per la riproducibilità e la capacità di trasformazione, anche secondo modalità autonome rispetto al bene oggetto dell'iniziale invenzione. Si pensi ad un algoritmo capace di apprendimento che, nel tempo, può assumere dei caratteri originali e indipendenti dall'iniziale invenzione, senza che ciò sia programmato o prevedibile dall'inventore, ponendo il problema di determinare chi abbia il diritto di sfruttamento delle nuove funzioni acquisite autonomamente dalla macchina e, soprattutto, chi sia responsabile degli eventi derivanti dal loro esercizio.

4. Dalla proprietà esclusiva alla proprietà 'condivisa': i pool tecnologici e le clearinghouses

Negli ultimi anni, la prassi ha sviluppato forme contrattuali di licenze d'uso di brevetti inerenti varietà vegetali (*multilateral collective rights*), che realizzano una condivisione della tecnologia applicata alle sementi, al fine di ridurre i costi di licenza. Ciò avviene, ad esempio, nel contesto dei *pool* tecnologici: si tratta di accordi plurilaterali tra titolari di brevetto che decidono di condividere le loro invenzioni. I brevetti sono aggregati e concessi in licenza ai titolari di singoli brevetti o a terzi come un unico pacchetto d'innovazione. I *pool* si fondano su un duplice contratto: da un lato, esiste un accordo plurilaterale tra i titolari di brevetto, volto alla condivisione dello sfruttamento delle invenzioni; dall'altro lato, i titolari di brevetto sono parte di un contratto con il

terzo, al quale è concessa una licenza d'uso di un pacchetto d'invenzioni³⁰.

Forme di condivisione di tecnologia, ancor più diffuse nell'ambito delle innovazioni relative alle varietà vegetali, sono realizzate attraverso le *clearinghouses* (letteralmente camere di compensazione), che consistono in piattaforme digitali che aggregano servizi e tecnologie coperte da brevetto e non, relativi a varietà vegetali³¹. Le *clearinghouses* sono gestite generalmente da un'organizzazione autonoma, indipendente dai titolari di brevetto, per scopi anche ulteriori rispetto al semplice sfruttamento del pacchetto d'invenzioni. Queste piattaforme consentono, ad esempio, l'accesso gratuito a terzi, per lo svolgimento di attività di ricerca o per l'utilizzo delle varietà.

Il pagamento della royalty avviene solo nel caso di sviluppo e commercializzazione di una nuova varietà vegetale, che contenga un tratto di brevetto condiviso in piattaforma. La nuova invenzione, inoltre, sulla base degli obblighi contrattuali solitamente assunti dal fruitore della tecnologia, è anch'essa posta a disposizione degli utenti della piattaforma. La piattaforma *Syngenta*, ad esempio, ha l'obiettivo di sviluppare soluzioni integrate per quattro principali tipi di coltura (cereali, mais e colture industriali, vite e frutta e colture orticole) per le quali offre una pluralità di beni (quali varietà di sementi e agrofarmaci)

³⁰ Cfr. Commissione Europea, *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di trasferimento di tecnologia*, (2014/C 89/03), par. 244, 4.4, dove si legge: «I *pool* tecnologici sono definiti come accordi mediante i quali due o più parti costituiscono un pacchetto di tecnologie che viene concesso in licenza non solo a coloro che partecipano al *pool*, ma anche a terzi. Per quanto riguarda la struttura, i *pool* tecnologici possono assumere la forma di semplici accordi tra un numero limitato di parti o di complessi accordi organizzativi mediante i quali l'organizzazione della concessione di licenze delle tecnologie messe in comune viene affidata a un organismo indipendente. In entrambi i casi, il *pool* può consentire ai licenziatari di operare sul mercato sulla base di una licenza unica»; in materia v. G. Colangelo, *Mercato e cooperazione tecnologica. I contratti di patent pooling*, Milano, 2008, p. 121 ss.; per una comparazione con l'esperienza statunitense, v. per i primi riferimenti G. Van Overvalle, *Gene Patents and Collaborative Licensing Models. Patent Pools, Clearinghouses, Open Source Models and Liability Regimes*, Cambridge, 2009, p. 6 ss.

³¹ Cfr. per i primi riferimenti G. Graff-D. Zilberman, *Towards an Intellectual Property Clearinghouse for Agricultural Biotechnology*, in *IP Strategy Today*, III, 2001, p. 387 ss.

e servizi. La partecipazione alla piattaforma è gratuita e il pagamento dei diritti di sfruttamento delle invenzioni è imposto solo quando l'accesso alle informazioni brevettate ha consentito di realizzare un prodotto commercializzabile³². Una diversa forma di contratto di licenza collaborativa è alla base della costituzione della piattaforma *ILP vegetable* (*International Licensing Platform for Vegetable Plant Breeding*), istituita nel 2014 da un gruppo di società per garantire un più ampio accesso ad alcuni tratti di brevetto su vegetali³³. La piattaforma realizza una condivisione di licenza tra i detentori di un tratto di brevetto, ma allo stesso tempo consente l'accesso a terzi, agevolando accordi bilaterali tra i terzi e i titolari di brevetto.

Attraverso i contratti sopra brevemente richiamati, i titolari di un brevetto o di una privativa vegetale concedono a chi partecipa alla piattaforma un diritto di uso, più o meno esteso, della loro scoperta o invenzione tecnologica. I titolari di servizi o i detentori di una conoscenza non brevettabile possono essere autorizzati ad entrare nella piattaforma, condividendo diritti di uso. I partecipanti acquistano così diritti di uso collettivo di una pluralità di brevetti e altri beni giuridici, posti in comune in uno spazio digitale.

Alla fine del secolo scorso, la più attenta dottrina americana, studiando queste forme di condivisione dei diritti di proprietà intellettuale, le paragonava alle corporazioni mercantili medievali³⁴. A quel tempo, la corporazione tutelava i mercanti dai rischi dei commerci internazionali, riducendo i costi delle transazioni e garantendo una maggiore difesa dagli attacchi ai loro beni da parte di terzi. Oggi, come allora, la gestione collettiva dei diritti di proprietà intellettuale diminuisce i costi di transazione, facilita l'accesso alla tecnologia, riduce i rischi di violazioni da parte di terzi (soprattutto nel caso delle *clearinghouses*, dove un'organizzazione centrale è deputata al controllo dei diritti di uso e svolge spesso un importante ruolo di mediazione nelle controversie).

³² V. il sito internet <www.syngenta.it>.

³³ Cfr. G. Van Overwalle, *Plant Patents: from Exclusivity to Inclusivity*, in *De Industriële Eigheid. Bijblad*, 85, 2017, p. 29 ss.

³⁴ R.P. Merges, *Contracting into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations*, in *California Law Review*, 84, 1996, pp. 1293-1393, in specie p. 1368 ss.

Le forme di condivisione dell'uso di conoscenze e tecnologie protette da diritti esclusivi degli inventori realizzano, per via contrattuale, delle eccezioni così ampie ai diritti di proprietà intellettuale tanto che una parte della dottrina ha individuato in queste prassi il superamento dell'idea delle esclusività dello sfruttamento dell'invenzione, in favore di un'idea di innovazione inclusiva e condivisa³⁵. Secondo quest'orientamento, lo sviluppo di forme di tutela dei *multilateral collective rights* realizzerebbe un passaggio volontario da un modello di *closed innovation* ad uno di *open innovation*³⁶. La tesi s'inserisce in un più ampio dibattito sulla necessità di individuare un giusto equilibrio tra la promozione della ricerca e degli investimenti nello sviluppo tecnologico e la necessità di una condivisione della conoscenza scientifica. Ciò con lo scopo di impedire che la tutela della proprietà intellettuale si traduca in un monopolio delle conoscenze e delle tecnologie, a discapito dello stesso progresso scientifico e, in particolare per le innovazioni che riguardano le varietà vegetali, con pregiudizio del diritto umano al cibo. In questo contesto, si discute sulla capacità delle categorie e delle regole della proprietà di fornire un inquadramento teorico e normativo in grado di contemperare gli opposti interessi menzionati. Ci si chiede, ad esempio, se la condivisione della conoscenza richieda di sacrificare il principio di esclusività della proprietà per imporre licenze obbligatorie.

Parte della dottrina invoca un mutamento di paradigma nell'esercizio dei diritti brevettuali, dalle regole della proprietà a quelle della responsabilità ed evidenzia il vantaggio che discenderebbe dalla disapplicazione della regola dell'esclusività della proprietà in questa materia³⁷. La tutela delle idee e delle invenzioni dovrebbe essere basata sul sistema della responsabilità civile, dove l'invenzione è sempre

³⁵ G. Van Overwalle, *Plant Patents: from Exclusivity to Inclusivity*, cit.; Id., *Exclusive Ownership Versus Open Commons: The Case of Gene Patents*, in *The WIPO Journal*, IV, II, 2013, pp. 139-156.

³⁶ L'espressione *open innovation*, in contrapposizione a *closed innovation*, è stata utilizzata per la prima volta nel 2003 da H. Chesbrough, *Open Innovation: the New Imperative for Creating and Profiting from Technology*, Boston, 2003.

³⁷ D. Krauspenhaar, *Liability Rules in Patent Law. A Legal and Economic Analysis*, Berlin-Heidelberg, 2015, *passim*.

accessibile ai terzi e il suo sfruttamento è compensato successivamente³⁸.

L'applicazione delle regole della responsabilità in questa materia, tuttavia, non appare esente da criticità: da un lato, i costi dello sfruttamento dell'invenzione potrebbero superare quelli previsti per ottenere dal proprietario un diritto di accesso all'invenzione; dall'altro lato, le regole della responsabilità civile non sembrano assicurare un incentivo economico allo sviluppo tecnologico, che resta fondamentale per gli investimenti nella ricerca. Si tratta di un tema complesso, che si sviluppa secondo due principali teorie, dei *commons* e degli *anti-commons*, apparentemente inconciliabili, in cui le considerazioni giuridiche s'intrecciano inevitabilmente con ragioni economiche e di politica sociale.

In questo scenario, le esperienze dei *pool* tecnologici e delle *clearinghouses* mostrano la possibilità di realizzare, attraverso lo strumento contrattuale, forme di cooperazione tra titolari di diritti di uso relativi allo stesso seme, senza negare il diritto del titolare del brevetto, ma anzi presupponendo l'esclusiva brevettuale. Si tratta di esperienze caratterizzate, in effetti, da una limitazione volontaria da parte del proprietario del suo potere di esclusiva, che avviene in ragione di un interesse economico, dato dalla possibilità di uso di altri beni coperti da brevetto o dallo sfruttamento di altre conoscenze per l'ulteriore sviluppo dell'invenzione di sua proprietà. L'uso del seme (oggetto di uno o più brevetti e diritti di privativa) è condiviso con una comunità, sulla base di una serie di interessi patrimoniali, ma non è accessibile a tutti.

I *pool* tecnologici e le *clearinghouses*, come esempi di appartenenza condivisa di un bene (patrimonio), mostrano un uso dei poteri del proprietario, tramite lo strumento contrattuale, finalizzato

³⁸ J. H. Reichman, *Of Green Tulips and Legal Kudzu, Repackaging Rights in Subpatentable Innovation*, in *Vanderbilt Law Review*, 53, 2000, pp. 1753-1798, riprendendo quanto sostenuto da Calabresi e Melamed sul rapporto proprietà-responsabilità e applicandolo al tema della proprietà intellettuale, l'a. afferma che l'impiego delle regole della responsabilità in materia consente il superamento del potere di esclusiva del proprietario e realizza allo stesso tempo gli effetti di una licenza automatica, v. in origine quanto affermato G. Calabresi-A.D. Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harvard Law Review*, 85, 1972, pp. 1089-1092.

all'organizzazione di una serie di relazioni tra soggetti ed evocano una dimensione relazionale della proprietà. Si tratta di un modo di concepire le forme di appartenenza e il rapporto tra soggetto e bene che è poco conciliabile con le categorie dei diritti reali e con l'idea di dominio sulla cosa. Ciò non di meno, queste esperienze testimoniano la 'resistenza' dell'idea di proprietà nella disciplina di questa materia e richiamano un diverso approccio culturale al modo di intendere il rapporto tra soggetti e beni.

5. Diritti dei contadini e tutela delle conoscenze tradizionali: i semi come proprietà collettiva

L'applicazione delle regole della proprietà intellettuale alle varietà vegetali ha consentito nel tempo un graduale sfruttamento da parte del mondo più industrializzato di saperi tradizionali delle comunità contadine delle varie regioni del mondo; ciò spesso senza un'equa condivisione dei benefici economici, derivanti dall'uso di queste conoscenze, con le popolazioni che le hanno sviluppate e custodite attraverso le generazioni.

La forza espansiva dei diritti di proprietà intellettuale in questa materia ha trovato una resistenza, già a partire dagli ultimi decenni dello scorso secolo, in movimenti di opposizioni contro la 'appropriazione' da parte di industrie di conoscenze tradizionali dei popoli indigeni e delle comunità contadine³⁹.

A livello internazionale, gli interessi delle comunità contadine sono stati associati all'interesse di tutta l'umanità a preservare la diversità biologica tanto che, fin dagli anni Settanta dello scorso secolo, l'esistenza di una mutua relazione tra diritti dei contadini e biodiversità è stata evidenziata in diverse fonti. La tutela delle conoscenze tradizionali che presentano un interesse per le risorse fitogenetiche è stata riconosciuta, parimenti, come un elemento essenziale per preservare la biodiversità. In questa prospettiva, un contributo importante è fornito dalle già citate risoluzioni della FAO della fine del

³⁹ Per i primi riferimenti cfr. C. Borowiak, *Farmers' Rights: Intellectual Property Regimes and the Struggle over Seeds*, in *Politics and Society*, vol. 32, n. 4, 2004, p. 511 ss.

secolo scorso, dalla Convenzione di Rio sulla Diversità Biologica, dal Protocollo di Nagoya e dal Trattato Internazionale sulle Risorse Genetiche Vegetali per l'Alimentazione e l'Agricoltura⁴⁰.

Il problema è affrontato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite in una prima importante Dichiarazione del 2007 sui *Diritti delle Popolazioni Indigene*. Il documento, non vincolante per gli Stati, costituisce nondimeno un risultato storico nel cammino verso il riconoscimento dei diritti dei popoli indigeni⁴¹. La Dichiarazione stabilisce che: «I popoli indigeni hanno diritto a mantenere, controllare, proteggere e sviluppare il proprio patrimonio culturale, il loro sapere tradizionale e le loro espressioni culturali tradizionali, così come le manifestazioni delle loro scienze, tecnologie e culture, ivi comprese le risorse umane e genetiche, i semi, le medicine, le conoscenze delle proprietà della flora e della fauna [...]. Hanno anche diritto a mantenere, controllare, proteggere e sviluppare la loro proprietà intellettuale su tale patrimonio culturale, sul sapere tradizionale e sulle espressioni culturali tradizionali» (art. 31)⁴².

⁴⁰ V. supra, par. 1; v. anche l'attività svolta dal Comitato Intergovernativo sulla Proprietà Intellettuale e le Risorse Genetiche, istituito nel 2000 dall'Organizzazione Internazionale sulla Proprietà Intellettuale, sotto la cui egida è stato adottato un testo dal titolo *Consolidated document relating to intellectual property and genetic resources*, 23 March 2018, consultabile al sito internet www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_36/wipo_grtkf_ic_36_4.pdf (ultimo accesso 30 aprile 2020).

⁴¹ Per i primi riferimenti cfr. V. Zambrano, *La dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni*, in *La Comunità Internazionale*, 1, 2009, p. 55 ss.; v. già nel 1987 il *Report of the World Commission on Environment and Development*, chaired by G. H. Brundtland, *Our Common Future*, consultabile al sito internet www.un-documents.net/our-common-future.pdf (ultimo accesso 30 aprile 2020), nn. 46 e 74, dove si evidenzia l'importanza della tutela dei diritti tradizionali delle popolazioni indigene per lo sviluppo di queste comunità e si riconosce l'importanza dei saperi tradizionali per tutta l'umanità.

⁴² ONU, *Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti delle popolazioni indigene*, 2007, traduzione it. a cura di E. Borghino e G. Tescari, reperibile al sito internet https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_it.pdf (ultimo accesso 30 aprile 2020); cfr. L. Paoloni, *I diritti collettivi degli agricoltori sulle risorse genetiche*, in *La ricchezza della diversità. L'insegnamento del diritto agrario come strumento di cooperazione per lo sviluppo*, Atti della giornata di studio organizzata dalla cattedra di diritto agrario comunitario della Facoltà di scienze politiche dell'Università di Roma La Sapienza, Roma, 9 dicembre 2008, a cura di A. Germanò-

Nel 2018 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha adottato la Dichiarazione sui *Diritti dei Contadini e delle Altre Persone che Lavorano nelle Aree Rurali*⁴³. Il documento esalta la figura dei contadini (piuttosto che degli agricoltori), ai quali riconosce un ruolo strategico per lo sviluppo e la conservazione della biodiversità⁴⁴. Il contadino è definito dall'art. 1 della Dichiarazione come colui impegnato (individualmente, associandosi ad altri o attraverso una comunità) in un'attività di produzione agricola, su piccola scala, ai fini di autosussistenza o anche per il mercato. Nello svolgimento delle sue attività il contadino si affida, anche se non in modo esclusivo, al lavoro della sua famiglia o comunque al lavoro domestico e ad altre forme non monetizzate di organizzazione del lavoro e ha una speciale dipendenza e attaccamento alla terra.

Il documento rinsalda lo stretto legame tra la dimensione familiare e locale dell'attività agricola, sia dei contadini sia delle popolazioni indigene, alle quali pure si applica la Dichiarazione, e l'interesse universale alla tutela della biodiversità e alla promozione dello sviluppo sostenibile. In questo contesto, la tutela dei diritti dei contadini non è solo la risposta della comunità internazionale ad un

C. Bugiani, Milano, 2009, p. 108, la quale commenta che paradossalmente lo strumento della proprietà contrattuale diventa, da un lato, il veicolo di sviluppo per le comunità più arretrate economicamente; dall'altro lato, l'arma delle imprese oligopoliste per ottenere profitti sicuri da beni (comuni).

⁴³UN, *Declaration on the Rights of Peasants and Other People Working in Rural Areas*, 17 December 2018, A/RES/73/165, consultabile al sito internet www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/73/165 (ultimo accesso 30 aprile 2020). Per un commento cfr. L. Paoloni-S. Vezzani, *La Dichiarazione ONU sui diritti dei contadini e delle altre persone che lavorano nelle aree rurali: prime riflessioni*, in *federalismi.it*, *Focus human rights*, 1, 2019, pp. 1-33.

⁴⁴UN, *Declaration on the Rights of Peasants and Other People Working in Rural Areas*, cit., dove nel preambolo si legge: «Recognizing also the past, present and future contributions of peasants and other people working in rural areas in all regions of the world to development and to conserving and improving biodiversity, which constitute the basis of food and agricultural production throughout the world, and their contribution in ensuring the right to adequate food and food security which are fundamental to attaining the internationally agreed development goals, including the 2030 Agenda for Sustainable Development».

interesse particolare, ma ad un bisogno dell'intera umanità⁴⁵. Nella stessa direzione si muove, a livello dell'Unione europea, la Risoluzione del Parlamento europeo sulla *Violazione dei diritti dei popoli indigeni nel mondo, compreso l'accaparramento dei terreni*, emanata nel 2018⁴⁶. Nella Risoluzione si riconosce l'importanza delle conoscenze e pratiche delle popolazioni indigene relative alle risorse naturali per la conservazione e l'uso sostenibile della biodiversità e si afferma che la trasmissione intergenerazionale delle conoscenze indigene è fondamentale per affrontare le sfide ambientali globali.

Lo stretto legame tra diritti dei contadini, tutela della biodiversità e lotta ai cambiamenti climatici costituisce la cornice di riferimento nell'ambito della quale analizzare il diritto dei contadini ai semi.

L'art. 19 della Dichiarazione sui *Diritti dei contadini* stabilisce che «[...] i contadini e le altre persone che lavorano nelle aree rurali hanno un diritto ai semi [...]». Il diritto ai semi comprende, tra gli altri: «[...] (a) il diritto alla protezione delle conoscenze tradizionali rilevanti per le risorse fitogenetiche per l'alimentazione e l'agricoltura; (b) il diritto ad un'equa partecipazione nella distribuzione dei benefici derivanti dallo sfruttamento delle risorse fitogenetiche per l'alimentazione e l'agricoltura [...]»⁴⁷. Il secondo comma dell'articolo stabilisce, inoltre, che: «I contadini e le altre persone che lavorano le

⁴⁵ Per i primi riferimenti su questo tema cfr. A. Belliggiano-M. Conti, *L'agroecologia come formula di sostenibilità e recupero dei saperi locali*, in *Despoblación y transformaciones sociodemográficas de los territorios rurales: los casos de España, Italia y Francia*, in *Perspectives on rural development*, 3, 2019, p. 375 ss.

⁴⁶ Parlamento europeo, *Risoluzione sulla violazione dei diritti dei popoli indigeni nel mondo, compreso l'accaparramento dei terreni*, 3 luglio 2018, (2017/2206(INI)).

⁴⁷ UN, *Declaration on the Rights of Peasants and Other People Working in Rural Areas*, cit., art. 19: «1. Peasants and other people working in rural areas have the right to seeds, in accordance with article 28 of the present Declaration, including: (a) The right to the protection of traditional knowledge relevant to plant genetic resources for food and agriculture; (b) The right to equitably participate in sharing the benefits arising from the utilization of plant genetic resources for food and agriculture [...]» [traduzione mia].

aree rurali hanno il diritto a mantenere, controllare, proteggere e sviluppare i propri semi e le conoscenze tradizionali»⁴⁸.

La tutela delle conoscenze tradizionali delle comunità contadine riguardo alle risorse fitogenetiche, come espressione del loro diritto ai semi, è da tempo oggetto di dibattito in dottrina⁴⁹. Secondo un primo orientamento, il contratto costituisce lo strumento più adeguato a regolare il rapporto tra il titolare di un diritto di proprietà intellettuale, basato su una conoscenza tradizionale, e la comunità contadina che ha sviluppato la conoscenza. Il contratto appare attuare, nelle relazioni di diritto privato, il principio di c.d. *Access and Benefit Sharing*, come declinato dalla Convenzione sulla Diversità Biologica e dal Protocollo di Nagoya: l'accesso alla conoscenza tradizionale delle comunità locali sarebbe oggetto di consenso contrattuale e il regolamento contrattuale potrebbe stabilire le modalità e la misura della partecipazione della comunità locale ai proventi derivanti dallo sfruttamento della conoscenza.

La tesi presenta, tuttavia, diversi profili di criticità. Così, parte della dottrina ha evidenziato la difficoltà di individuare le parti di un simile contratto: le conoscenze tradizionali sono condivise da una pluralità di generazioni, con la conseguenza che il soggetto che possa disporre contrattualmente di queste conoscenze è difficilmente individuabile⁵⁰. Altri importanti ostacoli all'utile impegno dello strumento contrattuale, ai fini della tutela dei diritti dei contadini, riguardano l'individuazione dell'oggetto del contratto e la capacità negoziale delle comunità contadine. La teoria contrattuale, infine, riafferma la centralità della tutela della proprietà intellettuale nella

⁴⁸ *Ibidem*, art. 19, 2: «Peasants and other people working in rural areas have the right to maintain, control, protect and develop their own seeds and traditional knowledge».

⁴⁹ Cfr. C.S. Srinivasan, *Exploring the Feasibility of Farmers' Rights*, in *Development Policy Review*, 21, 4, 2003, p. 419 ss.; G. Dutfield, *Intellectual Property, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge*, London, 2004, p. 110 ss., che distingue tra un approccio difensivo e un approccio positivo alla tutela della conoscenza tradizionale riguardo alle risorse fitogenetiche. Il primo basato sul diritto delle obbligazioni, il secondo sui diritti di proprietà intellettuale.

⁵⁰ Cfr. F. Fontanarosa, *Common property rights and traditional knowledge: appunti comparatistici in tema di diritto di proprietà intellettuale delle collettività locali*, in *Agricoltura-istituzioni-mercati*, 2, 2016, pp. 136-174, in particolare p. 146 e riferimenti *ivi*.

disciplina delle relazioni che si sviluppano riguardo all'accesso e all'uso dei semi: i diritti delle comunità sulle proprie conoscenze tradizionali sono concepiti in termini di eccezione o limiti al potere di esclusiva del proprietario.

Secondo un diverso orientamento, la tutela dei diritti dei contadini potrebbe trovare più adeguata collocazione nell'ambito dello stesso sistema della proprietà intellettuale: la possibilità di tutelare le conoscenze tradizionali relative alle risorse fitogenetiche attraverso diritti di proprietà intellettuale consentirebbe il riconoscimento di un'esclusiva a queste comunità sulle conoscenze da loro sviluppate⁵¹. Il sapere tradizionale, tuttavia, non presenta molte delle caratteristiche richieste per l'applicazione della disciplina in materia di brevetti: manca ad esempio il requisito della novità. Le conoscenze tradizionali non sono nuove rispetto al sapere delle precedenti generazioni, al contrario si sviluppano in continuità con le precedenti conoscenze, spesso senza possibilità di identificare il momento preciso in cui una determinata conoscenza si sia formata e chi abbia fornito il contributo determinante a tal fine. I diritti di proprietà intellettuale, inoltre, sono concepiti come diritti del soggetto, individuo o persona giuridica, mentre la conoscenza tradizionale è sviluppata da una collettività⁵².

⁵¹ Cfr. C.D. Jacoby-C. Weiss, *Recognizing Property Rights in Traditional Biocultural Contribution*, in *Stanford Environmental Law Journal*, 16(1), 1997, pp. 74-124; H. Ullrich, *Traditional Knowledge, Biodiversity, Benefit Sharing and the Patent System – Romantic v. Economics*, *European University Institute, EUI Working Paper Law* n. 7, 2005, pp. 1-32.

⁵² Contra E. Bonadio, *La tutela giuridica della «traditional knowledge»*, in *Riv. It. Di Dir. Pub. Com.*, 5, 2006, pp. 801-810, p. 806, che fa notare come al giorno d'oggi molte invenzioni brevettuali siano ottenute da equipe di scienziati e quindi sono anch'esse 'collettive'. Sulle difficoltà poste dall'attribuzione di un diritto di brevetto alle comunità originarie delle conoscenze tradizionali v. A. Germanò, *Traditional Knowledge, tra biopirateria e protezione*, in *Rivista di diritto agrario*, 3, I, 2016, p. 366-379, in particolare p. 375; J.T. Cross, *Property Rights and Traditional Knowledge*, in *JT. PER (online)*, 13(4), 2010, pp. 12-47; J. Janewa OseiTutu, *Emerging Scholars Series: A Sui Generis Regime for Traditional Knowledge: The Cultural Divide in Intellectual Property Law*, in *Intellectual Property L. Rev.*, 15, 2011, pp. 147-215, p. 155; S. Vezzani, *Il Primo Protocollo alla Convenzione europea dei diritti umani e la tutela della proprietà intellettuale di popoli indigeni e comunità locali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1, 2007, pp. 305-342, p. 311, il quale evidenzia che molti Paesi hanno tutelato le conoscenze tradizionali con un regime *sui generis* e leggi che rinviano alle consuetudini locali per la risoluzione delle controversie in materia.

Il sapere tradizionale delle comunità contadine costituisce una forma di appartenenza collettiva scarsamente compatibile con l'idea di proprietà accolta nella tradizione giuridica occidentale, ma non ignota ad altre esperienze giuridiche, sia attuali⁵³ sia del passato.

La dimensione individuale della proprietà costituisce un traguardo delle codificazioni ottocentesche, che riconoscono la proprietà come diritto assoluto, a discapito della pluralità delle forme proprietarie della precedente tradizione del diritto comune europeo⁵⁴. In quell'esperienza la proprietà è caratterizzata da un sistema complesso, di diritti individuali e collettivi. La proprietà collettiva, come proprietà di comunità familiari o sovra-familiari che realizzano un'organizzazione gestoria di beni comuni, negletta dall'idea ottocentesca di proprietà individuale, è sopravvissuta alle codificazioni in alcune forme moderne di collettivismo agrario, fino al riconoscimento, in tempi più recenti, di figure di dominio collettivo⁵⁵.

⁵³ Forme di appartenenza collettiva sono alla base dell'organizzazione e gestione delle risorse naturali in molti paesi dell'Asia e dell'Africa; senza poter analizzare il tema ci si limita a rinviare, per i primi riferimenti a A. Fontanarosa, *Il principio autonomistico dei domini collettivi: una prospettiva comparatistica*, in "Il cammino delle terre comuni". *Dalle leggi liquidatorie degli usi civici al riconoscimento costituzionale dei domini collettivi*, Atti del I convegno nazionale sui domini collettivi, Tarquinia, 8 giugno 2019, a cura di S. Rosati, *Società Tarquiniese d'arte e storia, Bollettino, Supplemento n. XLV alle fonti di storia cornetanese*, 2019, pp. 171-187.

⁵⁴ Per un'analisi sintetica dell'esperienza francese e della cesura operata dal *Code Napoléon* dei diritti consuetudinari riconosciuti, a vario titolo, alle comunità nell'*Ancien Régime* cfr. P. Alvazzi Del Frate-G. Ferri, *Le proprietà collettive e gli usi civici. Considerazioni storico-giuridiche tra Francia e Italia (secoli XIX e XX)*, in *Le proprietà. Dodicesime giornate di studio Roma Tre-Poitiers, dedicate alla memoria di Jean Beauchard, Roma 13-14 giugno 2014*, a cura di L. Vacca, Napoli, 2015, pp. 31-57; in tema un riferimento principale è costituito dai lavori di P. Grossi, tra i quali *ex multis* cfr., *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano 1992; Id., "Un altro modo di possedere". *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria*, Milano, 1977, rist. con integrazioni del 2017; Id., *Il mondo delle terre collettive. Itinerari giuridici tra ieri e domani*, Macerata, 2019.

⁵⁵ Si pensi, ad esempio, alla recente legge del nostro ordinamento n. 168 del 20-11-2017, in G.U. 28-11-2017 n. 278, recante *Norme in materia di domini collettivi*, che all'art. 1 stabilisce: «[...]la Repubblica riconosce i domini collettivi, comunque denominati, come ordinamento giuridico primario delle comunità originarie: a)

Ciò a dimostrazione del graduale accoglimento, nella nostra tradizione giuridica, di diversi significati di proprietà, insieme con il riconoscimento di una pluralità di forme di appartenenza.

La proprietà collettiva, quale ordinamento giuridico primario delle comunità originarie, potrebbe costituire una base giuridica per la tutela dei diritti delle comunità sulle conoscenze tradizionali, intese come bene immateriale che appartiene a una collettività⁵⁶. In questa prospettiva le conoscenze tradizionali delle comunità contadine potrebbero essere oggetto di tutela proprietaria, come diritti non tanto sui semi ma sugli usi dei semi. L'idea richiama una dimensione patrimonialistica della proprietà, che ammette la coesistenza di più diritti di appartenenza riguardo ad uno stesso bene (seme), i quali hanno ad oggetto non il bene fisico, ma le utilità che da esso possono essere tratte; si tratta di diversi diritti di uso e godimento che non si pongono in rapporto di reciproca esclusione, ma si compongono in un sistema complesso di distinzioni inclusive⁵⁷.

soggetto alla Costituzione; b) dotato di capacità di autonormazione, sia per l'amministrazione soggettiva e oggettiva, sia per l'amministrazione vincolata e discrezionale; c) dotato di capacità di gestione del patrimonio naturale, economico e culturale, che fa capo alla base territoriale della proprietà collettiva, considerato come comproprietà inter-generazionale; d) caratterizzato dall'esistenza di una collettività i cui membri hanno in proprietà terreni ed insieme esercitano più o meno estesi diritti di godimento, individualmente o collettivamente, su terreni che il comune amministra o la comunità da esso distinta ha in proprietà pubblica o collettiva [...]». Per un primo commento alla legge v. R. Volante, *Un terzo ordinamento civile della proprietà, la l. 20 novembre 2017, in tema di domini collettivi*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 5, 2018, pp. 1067-1115.

⁵⁶ V. le riflessioni di F. Fontanarosa, *Common property rights and traditional knowledge: appunti comparatistici in tema di diritto di proprietà intellettuale delle collettività locali*, cit., p. 155, sulla possibilità di considerare la conoscenza tradizionale come oggetto di una proprietà culturale. Ne emerge un'idea di proprietà come patrimonio (culturale), tutelato dalla normativa internazionale in materia di diritti umani.

⁵⁷ L'idea trova eco nel nostro ordinamento in alcune leggi regionali che riconoscono tutela alle "risorse genetiche autoctone di interesse agrario", distinguendo l'appartenenza del patrimonio genetico delle comunità locali e la proprietà del bene fisico. V. ad esempio la Legge Regionale dell'Umbria n. 12 del 09-04-2015, in G.U. 15-04-2015 n. 21, all'art. 70, dove si legge che «[...] il patrimonio delle risorse genetiche di tali piante od animali appartiene alle comunità locali, all'interno delle quali debbono essere equamente distribuiti i benefici, così come

6. *La resilienza (resistenza) dell'idea di proprietà-possesso*

L'idea di proprietà assoluta ed esclusiva accolta dalla codificazione del XIX secolo costituisce l'esito di un lungo processo. Com'è noto, la nozione di *dominium*, richiamata più volte nei testi del *Corpus Iuris Civilis*, è ripensata dai giuristi medievali ed è adeguata alla realtà sociale, fino a snaturare lo schema unitario su cui si basava la proprietà del diritto romano⁵⁸. L'idea di *dominium* si ricompatta solo in epoca moderna, in contrasto con le strutture proprietarie del mondo medievale. Un'operazione culturale che ha ad oggetto essenzialmente la proprietà terriera, come principale valore economico del tempo⁵⁹.

L'ordinamento giuridico inglese e la tradizione di *common law* restano isolati rispetto a questa evoluzione giuridica e ancorati alla tradizione precedente, seppur interpretata in chiave moderna. La principale riforma della proprietà, introdotta in Inghilterra con il *Law of Property Act 1925*, innova e razionalizza il diritto feudale vigente nei secoli precedenti, ma conserva di quel sistema terminologie e strutture concettuali, tanto che il vecchio sistema costituisce una matrice fondamentale del nuovo e lo studio della *property*, ancora oggi, deve muovere da premesse storiche⁶⁰.

previsto all'articolo 8 della Convenzione di Rio sulle Biodiversità (1992)»; art. 3 della Legge Regionale della Sicilia n. 19 del 18-11-2013, in G.U. 22-11-2013 n. 52; art. 7 della Legge Regionale della Basilicata, n. 26 del 14-10-2008, in G.U. 16-10-2008 n. 50; art. 3 della Legge Regionale dell'Emilia Romagna n. 1 del 29-01-2008, in G.U. 29-01-2008 n. 14. In tema cfr. L. Paoloni, *I diritti collettivi degli agricoltori sulle risorse genetiche*, cit., p. 112 ss., la quale ipotizza un'applicazione dello stesso sistema per la tutela delle conoscenze tradizionali, realizzando così una «[...] scissione e, nel contempo, una conciliazione tra il momento dello sfruttamento economico individuale (del proprietario del bene) e il momento della valorizzazione economica delle c.d. risorse intangibili (condivisibili da tutta la comunità)», p. 113.

⁵⁸ Cfr. P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Bari-Roma, 2017, in particolare cap. IX, *Figure dell'esperienza*.

⁵⁹ Sul tema v. diffusamente L. Moccia, *Forme della proprietà nella tradizione giuridica europea*, in Id., *Comparazione giuridica e prospettive di studio del diritto*, Padova, 2016, p. 135 ss.

⁶⁰ Così testualmente L. Moccia, *Il modello inglese di proprietà*, in *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, a cura di A. Alpa-M.J. Bonell-D. Corapi-L.

Di fronte all'infrangersi, anche sul Continente, del paradigma della proprietà privata come diritto assoluto, già agli inizi del XX secolo, lo studio del diritto inglese e la prospettiva storico-comparatistica nell'analisi della proprietà rappresentano delle utili chiavi di lettura di quei fenomeni, in cui è possibile rintracciare una diversa percezione e qualificazione del contenuto della proprietà, che appare evocare categorie e modi di intendere il rapporto con i beni propri della tradizione giuridica europea del passato⁶¹. Questa dinamica è di maggiore evidenza con riguardo ai beni mobili che, anche in ragione del processo di smaterializzazione reso possibile dall'impiego delle nuove tecnologie, divengono patrimoni al centro d'interessi economici plurimi, legati a diversi possibili utilizzi del bene, difficilmente riconducibili a una concezione monolitica del dominio. Avviene così che lessici, nozioni e modi di ragionare, che caratterizzavano la proprietà-possesso d'impronta feudale, vengano reimpiegati e riutilizzati per descrivere fenomeni giuridici contemporanei, relativi a contesti ben diversi dai rapporti terrieri del sistema feudale.

L'uso dell'espressione *bundle of rights* (fascio di diritti) per descrivere le relazioni tra il titolare di un brevetto o di una privativa vegetale e altri soggetti titolari di diritti di uso della varietà vegetale, appare un esempio di questo fenomeno. Il titolare di una privativa o di un brevetto è titolare essenzialmente di un diritto di esclusiva su una pluralità di usi del bene, che possono essere ceduti, a titolo gratuito o oneroso, con l'effetto che un'utilità relativa al bene sarà sottratta dal fascio di poteri esclusivi del titolare e acquistata dal terzo.

La teoria del 'fascio di diritti', proposta dalla dottrina americana già nel secolo scorso per regolare le relazioni di appartenenza generate dall'economia industriale, è stata considerata da autorevoli studiosi come emblematica del declino della proprietà e si è parlato di una

Moccia-V. Zeno-Zenzovich-A Zoppini, Roma, 2012, p. 108, che cita R. Magarry-H.W.R. Wade, *The Law of Real Property*, 5a ed., London, 1984, pp. 1-2.

⁶¹ G. Gorla-L. Moccia, *A "Revisiting" of the Comparison between "Continental Law" and "English Law" (XVI-XIX Century)*, in *Journal of Legal History*, II, II, 1981, p. 147 ss.

disintegrazione dell'idea di proprietà⁶²: il venire meno della relazione biunivoca tra soggetto e bene e l'affermazione di un'idea di proprietà come fascio di diritti, che possono essere esercitati in relazione ad un bene, comporta il superamento della proprietà come categoria centrale della teoria politica e giuridica. La teoria del fascio di diritti relativizza, infatti, la distinzione tra diritti reali e diritti personali: secondo l'impostazione tradizionale i diritti reali riguardano un rapporto tra il soggetto e il bene, mentre l'idea di proprietà come fascio di diritti si basa su un rapporto tra titolare dell'esclusiva e terzi esclusi dall'utilizzo e godimento del bene.

L'accento sul potere di esclusiva del proprietario valorizza la dimensione relazionale della proprietà e al contempo basa la distinzione tra diritti reali e personali su un criterio quantitativo⁶³. Si tratta di una nozione di proprietà che affonda le radici nel diritto feudale. In quell'esperienza, definitivamente conclusa, il modo di concepire le forme di appartenenza era intimamente legato ad un'esigenza di governo del bene (allora la terra), così che i diversi rapporti di appartenenza assumevano rilievo soprattutto come forme di organizzazione dei poteri rispetto al bene. Dall'uso del bene discendeva una sorta di responsabilità sociale, espressa essenzialmente nei servizi e oneri di cui il tenentario era gravato⁶⁴. Nel diritto feudale, in cui la divisione pubblico-privato era scarsamente rilevante, proprietà del bene e gestione e governo delle relazioni plurime che avevano come riferimento lo stesso bene erano strettamente connessi.

L'analisi storico-comparativa della proprietà fa emergere la funzione ordinatoria della proprietà. Così Roscoe Pound, nel suo *The Spirit of the Common Law*, commenta l'eredità del diritto feudale lasciata alla *common law*: «Fortunatamente il diciannovesimo secolo

⁶² Già alla fine del secolo scorso T.C. Gray, *The Disintegration of Property*, in *Ethics, Economics and the Law of Property*, a cura di J.R. Pennock, J.W. Chapman, New York 1980, pp. 69-85, p. 71 dove afferma: «Property rights cannot any longer be characterized as “rights of ownership” or as “rights in things” by specialists in property. What, then, is their special characteristic? How do property rights differ from rights generally – from human rights or personal rights or rights to life or liberty, say? Our specialists and theoreticians have no answer. [...]».

⁶³ Così W.N. Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in *Yale Law Journal*, 23, 1913, p. 16, che distingue tra *multital* e *paucital rights*.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 69.

non ha comportato per noi la perdita del contributo del diritto feudale alla nostra tradizione giuridica. Nella sua idea di relazione e nel caratteristico modo della *common law* di trattare i problemi giuridici, basato sull'analogia con gli obblighi nascenti dal possesso delle terre da parte dei tenutari, noi abbiamo un istituto giuridico di fondamentale importanza per il futuro; abbiamo i mezzi per rendere la nostra tradizione giuridica una forza viva per la realizzazione della giustizia nella società di oggi e di domani, così come avveniva nella società del passato»⁶⁵.

La disciplina della proprietà dei semi sembra costituire un esempio di questa resistenza dell'idea di proprietà-possesso d'impronta feudale nel mondo post-moderno, dovuta alla sua maggiore flessibilità e adattabilità a forme di appartenenza frazionate nel tempo e aventi ad oggetto gli usi del bene, attuali o futuri. Ciò secondo una mentalità più incline a concepire la proprietà non tanto in termini di appartenenza della cosa, quanto invece di relazione del soggetto con la cosa e le sue utilità, con il conseguente depotenziamento della nozione di proprietà come diritto in favore della proprietà come patrimonio⁶⁶. La 'disintegrazione' dell'idea dominicale di proprietà, allora, appare andare di pari passo con la resistenza della proprietà-possesso e l'ampliamento dell'applicazione delle regole della proprietà ai beni immateriali, rispetto ai quali le regole della proprietà possono svolgere un'importante funzione di organizzazione dei diritti di uso e distribuzione delle responsabilità⁶⁷.

⁶⁵ R. Pound, *The Spirit of The Common Law*, 1963, rieditato con l'introduzione di N. Hamilton e M.A. Jaren, New Brunswick-London, 2017, p. 31: «Happily the nineteenth century did not lose for us the contribution of the feudal law to our legal tradition. In its idea of relation, in the characteristic common-law mode of treating legal problems which it derived from the analogy of the incidents of feudal tenure we have a legal institution of capital importance for the law of the future; we have a means of making our received legal tradition a living force for justice in the society of today and tomorrow, as it was in the society of yesterday».

⁶⁶ Così testualmente L. Moccia, *Il modello inglese di proprietà*, cit., p. 74.

⁶⁷ D. Pearce, *Property and Contract: Where Are We?*, in *New Perspectives on Property Law, Obligations and Restitution*, a cura di A. Hudson, London-Sidney-Portland-Oregon, 2004, p. 92 secondo il quale "property is not dying". L'a. afferma che nell'esperienza giuridica inglese per secoli l'idea di *property* è stata legata all'idea di *alienability* più che di potere-controllo sulla cosa.

Il diritto ai semi è caratterizzato, in conclusione, dalla co-presenza di vari rapporti di appartenenza, che rimandano a diverse forme e significati di proprietà, investendo il giurista che voglia affrontare lo studio della materia, del ruolo di un mediatore-conciliatore di senso⁶⁸. Lo studio storico-comparatistico della proprietà è utile ad assumere un approccio metodologico che consenta di cogliere nessi tra regola, principi, culture giuridiche, con lo scopo di fornire qualche spunto ricostruttivo della materia. In questa prospettiva, le opzioni della proprietà o della responsabilità civile per la disciplina dell'uso dei semi non appaiono in termini strettamente dicotomici. La proprietà conserva una capacità descrittiva e regolatoria della materia, nella misura in cui emerge la funzione relazionale e quindi anche ordinatoria della proprietà. Il ricorso alle regole della proprietà, che appare difficilmente eliminabile se si vuole incentivare gli investimenti (in termini di tempo e risorse economiche) nella ricerca scientifica⁶⁹, non è disgiunto quindi dall'applicazione delle regole della responsabilità⁷⁰.

⁶⁸ Cfr. le osservazioni svolte con riferimento allo studio del diritto ambientale da L. Moccia, *Comparazione giuridica come modo di studio e conoscenza del diritto: l'esempio della tutela ambientale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, I, 2020, p. 13 ss.

⁶⁹ Occorre dar conto della tesi sostenuta da autorevoli studiosi secondo la quale, al contrario, l'eccessiva protezione della conoscenza, attraverso la proliferazione dei diritti di proprietà intellettuale, determina una sotto-utilizzazione della conoscenza e un ostacolo all'innovazione e allo sviluppo della creatività. Cfr. M.A. Heller, *The tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, in *Harvard Law Review*, 111, 1997, pp. 1-83; v. in tal senso M. Boldrin-D.K. Levine, *Abolire la proprietà intellettuale*, trad. it a cura di E. Corbetta e M. Molinari, Bari, 2012.

⁷⁰ La relazione tra proprietà e responsabilità è stata lungamente indagata dalla letteratura e non è possibile in tale sede dar conto della vastissima bibliografia in materia; un primo riferimento si trova nell'art. 153 della Costituzione di Weimar, in cui si legge: «La proprietà obbliga. Il suo uso, oltre che al privato, deve essere rivolto al bene comune». Tra i lavori più recenti in italiano sulla funzione sociale della proprietà e sulla responsabilità sociale del proprietario cfr. A. Iannarelli, *Funzione sociale della proprietà e disciplina dei beni*, in Id., *Proprietà e beni. Saggi di diritto privato*, cit., p. 70 ss. Sul tema specifico cfr. G. Van Overvalle, *Innovation Without Property?*, in *A Truly Golden Handbook. The Scholarly Quest for Utopia*, a cura di V. Achten-G. Bouckaert-E. Schokkaert, Leuven, 2016, p. 300 ss. che afferma che l'eliminazione della proprietà intellettuale non è una strada percorribile e ritiene invece che l'architettura giuridica ideale per realizzare una *open innovation* sia basata su un'attenta commistione delle regole della proprietà e del contratto.

Il problema centrale sembra, piuttosto, legato ai valori che si vogliono promuovere attraverso l'applicazione delle regole della proprietà alle conoscenze custodite in un seme rurale. La proprietà non è mai 'neutrale', ma è uno strumento per attuare una visione della società⁷¹. La proprietà ci interroga, allora, su quale sia il bene comune che intendiamo perseguire.

ABSTRACT: The technological progress and the important discoveries of genetics paved the way for the 'commodification' of plants genetic resources and the application of intellectual property rules to seeds. However, intellectual property rights rules adversely affect access to seeds and interfere with the enjoyment of the right to food. In this background, the paper investigates the principal rules about property rights related to seeds in order to evaluate the enduring role of property rules in this field.

KEYWORDS: vegetal variety, patent, property, bundle of rights.

Laura Vagni – Professoressa associata di Diritto Privato Comparato nell'Università degli Studi di Macerata.

⁷¹ Sul superamento dell'idea ottocentesca di neutralità del diritto privato cfr. F. Macario-M.N. Miletta (cur.), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI, Atti dell'incontro di studio*, Roma 9 ottobre 2015, Roma, 2017, *passim*.

A proposito di suolo “bene comune”*

Stefano Fanetti

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Beni comuni e beni ambientali. - 3. Suolo, bene comune? - 4. Note conclusive. “Conseguenze” della riconduzione del suolo all’ambito dei beni comuni.

1. *Introduzione*

Il tema del suolo e del suo consumo è, ormai da tempo, al centro del dibattito politico dal piano internazionale a quello locale. Rispetto all’aggressione a questa risorsa – o meglio “bene” –, il discorso è spesso (direi correttamente) apocalittico: con un’efficace sintesi verbale si può sostenere che “consumo di suolo” equivalga a “consumo di futuro”¹.

In effetti, la letteratura scientifica suggerisce come il suolo rappresenti una risorsa limitata ed essenzialmente non rinnovabile, in considerazione dei tempi lunghissimi per la sua formazione. Proprio per questo, esso deve essere tutelato in modo da preservarne i fondamentali servizi ecosistemici, anche in funzione delle future generazioni².

Già, ma cosa si intende per suolo da un punto di vista giuridico? A tal proposito, occorre sottolineare come, almeno fino a un tempo molto recente, in diversi Paesi (tra cui l’Italia e la Francia), sia «mancata la sottoposizione di questa matrice ad un formale processo

* L’articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*. Il presente contributo costituisce una rielaborazione, in chiave sintetica e con modifiche, di alcune parti del volume: S. Fanetti, *Ambiente e beni comuni. Contenimento del consumo di suolo e riflessi sulla proprietà privata in un’ottica di diritto comparato*, Milano, 2019

¹ Così: P. Pileri, *Consumo di suolo, consumo di futuro / Consuming land, consuming the future*, in *Urbanistica*, 2009, 138, p. 81 ss.

² M. Munafò (a cura di), *Consumo di suolo, dinamiche territoriali e servizi ecosistemici. Edizione 2019*, Report SNPA 08/19, Roma, 2019, p. 11.

qualificatorio in guisa di bene ambientale (a differenza di quanto è accaduto ormai da decenni con riguardo all’acqua e all’aria)»³.

Del resto, anche a livello europeo, non è rintracciabile una definizione di suolo, eccetto la poco originale indicazione fornita dalla direttiva 2010/75/UE relativa alle emissioni industriali⁴. A ciò si legano certamente la mancata approvazione della direttiva volta a istituire un quadro per la protezione del suolo (proposta nel 2006)⁵ e, più in generale, un approccio frammentario e incompleto al tema da parte delle istituzioni europee, in contrasto col consueto dinamismo dell’UE in materia ambientale⁶.

Comunque sia, di fronte alle titubanze dei legislatori nazionali ed europeo, la dottrina ha cercato di inquadrare giuridicamente la nozione di suolo. A questo proposito, sempre più di frequente, il suolo viene ricondotto alla discussa categoria dei “beni comuni”, su cui si tornerà ampiamente in questo contributo.

L’inclusione del suolo nel novero dei beni comuni, oltre a essere ampiamente sdoganata in dottrina, sta via via emergendo anche in numerosi atti normativi che, a vari livelli e in differenti ordinamenti, si occupano della “protezione” di questa risorsa.

³ E. Boscolo, *Beni comuni e consumo di suolo: alla ricerca di una disciplina legislativa*, in P. Urbani (a cura di), *Politiche urbanistiche e gestione del territorio: tra esigenze del mercato e coesione sociale*, Torino, 2015, p. 69 ss., spec. p. 74. Per la Francia, si veda: P. Donadieu, É. Remy, M.C. Girard, *Les sols peuvent-ils devenir des biens communs?*, in *Natures Sciences Sociétés*, 2016, 24, p. 261 ss., spec. p. 266. Considerazioni differenti possono essere fatte, invece, per Germania e Paesi Bassi, dove, da tempo, il legislatore ha provveduto a definire giuridicamente il suolo. A questo proposito, sia consentito un rinvio a: S. Fanetti, *Ambiente e beni comuni. Contenimento del consumo di suolo e riflessi sulla proprietà privata in un’ottica di diritto comparato*, Milano, 2019, p. 198 (in nota).

⁴ Direttiva 2010/75/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, relativa alle emissioni industriali (prevenzione e riduzione integrate dell’inquinamento) (rifusione), GUUE L 334 del 17.12.2010, pag. 17. In particolare, secondo il punto 21 dell’articolo 3 della direttiva il suolo sarebbe «lo strato più superficiale della crosta terrestre situato tra il substrato roccioso e la superficie. Il suolo è costituito da componenti minerali, materia organica, acqua, aria e organismi viventi». Sul punto: H. Deters, *Agenda-Dynamics in the European Politics of Land: Explaining the Soil Protection Gap*, in T. Bartley (a cura di), *The Politics of Land (Research in Political Sociology, Volume 26)*, Bingley, 2019, p. 97 ss., spec. p. 100.

⁵ Sul punto si veda il paragrafo 3 del presente lavoro.

⁶ H. Deters, *Agenda-Dynamics*, cit., p. 100.

Questa operazione non è ovviamente priva di significato. Inquadrare il suolo come “bene comune” evidenzia, da una parte, la natura di bene che, a prescindere dall'appartenenza, deve essere fruibile a tutti nel rispetto dell'equità intergenerazionale e, dall'altra, sottolinea l'esposizione della risorsa «ad un grave problema di esauribilità-consumabilità determinato in questo caso da possibili condotte manipolative poste in essere, alla scala micro, dai proprietari delle singole particelle»⁷.

Ciò spiega inequivocabilmente le ragioni per le quali in diversi Paesi sono state adottate politiche più o meno originali per la limitazione del consumo di suolo, che si inseriscono nel processo, da tempo in corso, di ripensamento del diritto di proprietà in risposta agli obiettivi di tutela di fondamentali beni ambientali.

2. Beni comuni e beni ambientali

L'accostamento tra suolo e beni comuni schiude il vaso di Pandora del problematico inquadramento dei *commons*. Su tali beni la discussione, innescata principalmente dal noto saggio di Garrett Hardin “The Tragedy of the Commons”⁸ e alimentata da un profluvio di letteratura (tra cui bisogna necessariamente citare “Governing the Commons” di Elinor Ostrom⁹), è ancora oggi molto vivace¹⁰. Non

⁷ E. Boscolo, *Beni comuni e consumo di suolo*, cit., p. 83.

⁸ G. Hardin, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 1968, 162, p. 1243 ss. (Traduzione in italiano: *La tragedia dei beni comuni*, a cura di L. Coccoli, disponibile su <http://archiviomarini.sp.unipi.it/511/1/hardin.pdf> — ultimo accesso: 23 marzo 2020).

⁹ E. Ostrom, *Governare i beni collettivi*, Venezia, 2006 (edizione originale: E. Ostrom, *Governing the commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990).

¹⁰ Per quanto riguarda l'Italia, il dibattito, costantemente alimentato dalle proposte di introdurre la categoria dei beni comuni nel nostro ordinamento (e, in particolare, nel codice civile), è stato di recente animato anche dall'approvazione della legge 168 del 2017 in tema di domini collettivi (legge 20 novembre 2017, n. 168 “Norme in materia di domini collettivi” - GU Serie Generale n. 278 del 28 novembre 2017). Sul punto: P. Cacciari, *Domini collettivi. Terre d'uso comune*, in *Comune-info.net*, 22 novembre 2017, disponibile al link: <https://comune-info.net/domini-collettivi-terre-duso-comune/> (ultimo accesso: 23 marzo 2020). Per un commento alla

essendo questa ovviamente la sede per dar conto delle varie posizioni in campo¹¹, ci si limiterà a un sommario tentativo di identificare i caratteri unificanti della nozione, operazione già di per sé piuttosto complessa dato che l'espressione “beni comuni” è accostata a situazioni tra loro molto eterogenee¹².

Ciò premesso, semplificando all'estremo, può dirsi che i *commons* siano beni di importanza vitale¹³ e, come tali, da tutelare anche in un'ottica di equità intergenerazionale. Si tratterebbe altresì di beni non definibili in base all'appartenenza, ma piuttosto in funzione della loro accessibilità e fruizione collettiva¹⁴.

I caratteri appena abbozzati sono esposti in maniera assai chiara nell'ambito della ormai datata proposta della Commissione per la modifica delle norme del nostro codice civile in materia di beni pubblici (nota anche come Commissione Rodotà)¹⁵: in tale sede i beni comuni

legge, si vedano anche: S. Orrù, *Usi civici*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche - Sezione Civile*, XI aggiornamento, 2018, p. 479 ss.; G. Di Genio, *Gli usi civici nella legge n. 168 del 2017 sui domini collettivi:intonie e distonie attraverso la giurisprudenza costituzionale e il dibattito in sede Costituente*, in *federalismi.it*, 2018, 18, disponibile al link: https://www.federalismi.it/nv14/articolo_documento.cfm?Artid=37117 (ultimo accesso: 23 marzo 2020).

¹¹ Sul punto si rimanda a: S. Fanetti, *Ambiente e beni comuni*, cit., p. 129 ss.

¹² A tal proposito, Barberis utilizza la brillante espressione di «abracadabra buono per tutti gli usi» (M. Barberis, *Benicomuni: l'eresia e l'abracadabra*, in P. Ferretti, M. Fiorentini, D. Rossi (a cura di), *Il governo del territorio nell'esperienza storico-giuridica*, Trieste, 2017, p. 163 ss., spec. p. 163).

Sulla difficoltà ad individuare un insieme di caratteristiche distintive per una categoria a cui sono ascritti beni tra loro molto diversi si veda anche: M.H. Bruun, *Communities and the commons. Open access and community ownership of the urban commons*, in C. Borch, M. Kornberger (a cura di), *Urban Commons. Rethinking the City*, Abingdon-New York, 2015, p. 153 ss., spec. p. 154.

¹³ A. Dani, *Le risorse naturali come beni comuni*, Arcidosso, 2013, p. 12.

¹⁴ Si vedano: E. Berge, *Reflections on Property Rights and Commons in the Economies of Western Europe*, in *The Common Property Resource Digest*, 2002, 62, p. 1 ss., spec. p. 4; E. Boscolo, *Beni comuni e consumo di suolo*, cit., p. 81 ss.

¹⁵ Commissione Rodotà — elaborazione dei principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge delega al Governo per la novellazione del Capo II del Titolo I del Libro III del Codice Civile nonché di altre parti dello stesso Libro ad esso collegate per le quali si presentino simili necessità di recupero della funzione ordinante del diritto della proprietà e dei beni — istituita presso il Ministero della Giustizia, con Decreto del Ministro, il 21 giugno 2007. La Commissione ha presentato

vengono definiti come «cose che esprimono utilità funzionali all’esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona. I beni comuni devono essere tutelati e salvaguardati dall’ordinamento giuridico anche a beneficio delle generazioni future. Titolari di beni comuni possono essere persone giuridiche pubbliche o soggetti privati. In ogni caso deve essere garantita la loro fruizione collettiva, nei limiti e secondo le modalità fissati dalla legge»¹⁶.

La formulazione appena riportata mette in luce due aspetti fondamentali tra loro interconnessi: da una parte, come già detto, i *commons* non sono definiti sulla base di chi è proprietario, ma da come il proprietario esercita il suo dominio¹⁷; dall’altra parte, la loro “gestione” deve essere improntata nel segno di accessibilità e fruibilità. Si badi, tuttavia, come evidenzia lo stesso Rodotà in una sua famosa opera¹⁸, che l’accessibilità non rappresenterebbe tanto una caratteristica empirica dei beni comuni, quanto piuttosto ciò che si reputa giusto garantire¹⁹: «è la qualità dei diritti da garantire che porta alla qualificazione di un bene come “comune” e all’ulteriore, necessaria, attrazione nell’ambito dei diritti dell’accesso a tali beni»²⁰.

Emerge, conseguentemente, un ulteriore carattere saliente di questi beni, ossia la loro “funzione sociale”²¹; essi, infatti, assolverebbero per loro naturale vocazione «all’interesse sociale, servendo immediatamente (...) la (...) collettività in persona dei suoi componenti»²² e, pertanto, il loro sfruttamento produttivo potrebbe essere sacrificato o comunque adeguato a «preminenti esigenze

il disegno di legge delega al Ministro della giustizia il 15 febbraio 2008. Tale proposta non si è poi tradotta in legge.

¹⁶ Commissione Rodotà, Schema di disegno di legge, articolo 1, comma 3, lettera c.

¹⁷ E. Berge, *Reflections on Property Rights*, cit., p. 4.

¹⁸ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012.

¹⁹ S. Moroni, *Suolo*, in E. Somaini (a cura di), *I beni comuni oltre i luoghi comuni*, Torino, 2015, p. 163 ss., spec. p. 165 ss.

²⁰ S. Rodotà, *Il diritto*, cit., p. 136.

²¹ U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011, p. 54.

²² A. Lucarelli, *Proprietà pubblica, principi costituzionali e tutela dei diritti fondamentali. Il progetto di riforma del codice civile: un’occasione perduta?*, in U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà (a cura di), *I beni pubblici. Dal governo democratico dell’economia alla riforma del codice civile*, Roma, 2010, p. 85 ss., spec. p. 90.

esistenziali» ad essi riconducibili²³. Non solo: la preservazione di questi beni e delle loro fondamentali utilità risponderebbe ad un’ottica di equità intergenerazionale, secondo una prospettiva che si richiama allo “sviluppo sostenibile”²⁴; in sostanza, la fruizione di questi beni dovrebbe avvenire all’insegna di una sorta di accessibilità sostenibile, anche in considerazione dei “diritti” delle generazioni future²⁵.

Altro tema chiave, qui da approfondire, è quello dell’appartenenza. A questo proposito, la definizione presentata dalla Commissione Rodotà richiama il fatto che i beni comuni possono ben essere nella titolarità di soggetti privati; in effetti, la questione fondamentale non è a chi appartengano tali beni, essendo invece centrale la loro gestione che deve tendere a garantirne l’accesso²⁶, proprio in considerazione delle essenziali funzioni ad essi collegate²⁷. Questo passaggio è forse il più complesso ed è spesso foriero di confusione: a tal proposito, va rimarcato come anche la nostra giurisprudenza di legittimità abbia accostato “comune” a “pubblico”. Assai paradigmatica, in questo senso, è una nota pronuncia della Cassazione del 2011²⁸, in cui, pur richiamandosi all’«etichetta categoriale dei beni comuni», si arriva ad affermare la demanialità (e,

²³ G. Carapezza Figlia, *Ambiente e beni comuni*, in M. Pennasilico (a cura di), *Manuale di diritto civile dell’ambiente*, Napoli, 2014, p. 85 ss., spec. p. 87.

²⁴ S. Nespòr, *Il governo dell’ambiente*, Milano, 2009, p. 326. Vale la pena qui riprendere la classica definizione di “sviluppo sostenibile” offerta dal Rapporto della Commissione mondiale sull’ambiente e lo sviluppo (WCED) “Our Common Future”, meglio noto come “Rapporto Brundtland” (da Gro Harlem Brundtland, all’epoca presidente del WCED): «Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs» (così: WCED, *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, 1987, p. 54, disponibile al link: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/42/427&Lang=E — ultimo accesso: 23 marzo 2020).

²⁵ S. Mabellini, *I beni culturali e lo status di beni comuni: un’assimilazione indispensabile?*, in *Economia della Cultura*, 2017, 1, p. 81 ss., spec. p. 83.

²⁶ S. Rodotà, *Il valore dei beni comuni*, in *La Repubblica*, 5 gennaio 2012, p. 26.

²⁷ E. Boscolo, *Beni comuni e consumo di suolo*, cit., p. 86

²⁸ Cass. S.U., 14 febbraio 2011, n. 3665 (seguita poi da Cass. S.U., 16 febbraio 2011, n. 3811).

con essa, la pubblicità) delle valli da pesca nelle lagune venete²⁹ e, quindi, a sposare «la tendenza a risolvere le incertezze che solleva lo statuto dei beni comuni mediante una estensione dell'appartenenza pubblica»³⁰. Questa operazione non è solo banalizzante, ma anche rischiosa perché la sovrapposizione tra “comune” e “pubblico” porterebbe ad escludere dall'ambito del “comune” classi di beni che presentano «i caratteri strutturali dell'essenzialità delle prestazioni rese, della non escludibilità e della esauribilità»³¹. Un esempio su tutti è proprio il suolo, bene prevalentemente ad appartenenza privata.

C'è da dire che questo discutibile appiattimento si riscontra anche in alcune recenti proposte legislative; a questo proposito, il riferimento va al disegno di legge presentato al Senato dai Senatori Paola Nugnes, Virginia La Mura, Matteo Mantero, Maurizio Buccarella, Carlo Martelli e Saverio De Bonis “Modifiche al codice civile in materia di beni comuni e di contenuti del diritto di proprietà”³² e all'essenzialmente analoga proposta di legge presentata alla Camera dall'Onorevole Stefano Fassina³³. In effetti, nella relazione di accompagnamento al disegno di legge in Senato viene definito “assurdo” il già citato passaggio della proposta Rodotà secondo cui «sono titolari dei beni comuni le pubbliche amministrazioni o i privati»³⁴ e nell'articolato si detta una definizione di “beni comuni” (che andrebbe a comporre un nuovo articolo del Codice Civile, l'art. 810-*bis*) perfettamente in linea con un modello “panpubblicistico”: «(s)ono beni comuni le cose, materiali o immateriali, che, per la loro natura e per la loro funzione, soddisfano diritti fondamentali e bisogni socialmente rilevanti,

²⁹ F. Cortese, *Dalle valli da pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici?*, Commento a Cass. S.U., 14 febbraio 2011, n. 3665, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2011, 11, p. 1170 ss., spec. p. 1178.

³⁰ E. Boscolo, *Beni comuni e consumo di suolo*, cit., p. 88.

³¹ *Ibidem*.

³² Disegno di legge d'iniziativa dei senatori Nugnes, La Mura, Mantero, Buccarella, Martelli e De Bonis, comunicato alla presidenza il 24 luglio 2019, “Modifiche al codice civile in materia di beni comuni e di contenuti del diritto di proprietà” (n. S 1436)

³³ Proposta di legge “Modifiche al codice civile in materia di beni comuni e di disciplina del diritto di proprietà”, presentata dall'on. Fassina il 21 febbraio 2019 (n. C 1617).

³⁴ Relazione al Disegno di legge “Modifiche al codice civile in materia di beni comuni e di contenuti del diritto di proprietà”, p. 2.

servendo immediatamente la collettività, la quale, in persona dei suoi componenti, della presente e delle future generazioni, è ammessa istituzionalmente a goderne in modo diretto. Detti beni sono naturalmente fuori commercio e in proprietà collettiva demaniale o in uso civico e collettivo, urbano e rurale. Essi non possono essere sottratti alla loro destinazione pubblica. Qualora si trovino in proprietà privata, la pubblica amministrazione è tenuta a riacquisirli al patrimonio pubblico, mediante lo strumento della prelazione nelle vendite, o a istituire sugli stessi le necessarie servitù pubbliche. In ogni caso la pubblica amministrazione è tenuta a controllare che sia perseguita da parte del proprietario la funzione sociale dei beni a lui nominalmente appartenenti e che il diritto di disposizione del bene sia esercitato in modo da non contrastare l'utilità sociale o recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana (...)»³⁵.

Un ulteriore attributo dei *commons*, poc'anzi citato, è quello della esauribilità, che, tuttavia, non sarebbe proprio di tutti i beni che, ad oggi, vengono riferiti alla categoria del “comune”. In effetti, nell'ampio insieme dei beni comuni si ritrovano «beni immateriali a consumo non rivale, come la conoscenza e il *web*» (che pongono se mai il problema di individuare dispositivi idonei a permetterne l'effettivo *open access*) e i beni comuni ambientali, rispetto ai quali si pone l'ineludibile problema della esauribilità da sovrapprelievo³⁶.

Dunque può dirsi che tra beni ambientali e beni comuni non ci sarebbe una relazione di assoluta identificazione, ma piuttosto un rapporto di specialità concettuale: in sostanza, «i beni ambientali sono beni comuni, ma non tutti i beni comuni sono beni ambientali», anche se i beni ambientali rappresentano di gran lunga i beni comuni più importanti «sui quali l'attenzione della comunità internazionale, per almeno trent'anni si è concentrata in modo quasi esclusivo»³⁷. A conferma di ciò, la già richiamata proposta della Commissione Rodotà, dopo aver enunciato la definizione di beni comuni, propone un'elencazione non esaustiva dei beni inclusi nella categoria: «(s)ono

³⁵ Articolo 1 del Disegno di legge “Modifiche al codice civile in materia di beni comuni e di contenuti del diritto di proprietà”.

³⁶ E. Boscolo, *I beni ambientali (demaniale e privati) come beni comuni*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 2017, 3, p. 379 ss., spec. p. 390 ss.

³⁷ C. Micciché, *Beni comuni: risorse per lo sviluppo sostenibile*, Napoli, 2018, p. 30.

beni comuni, tra gli altri: i fiumi i torrenti e le loro sorgenti; i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi come definiti dalla legge, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i lidi e i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; i beni archeologici, culturali, ambientali e le altre zone paesaggistiche tutelate»³⁸.

Tale elenco è in gran parte coincidente con le varie definizioni compilative di ambiente offerte dal legislatore europeo³⁹ o desumibili nell'ambito di convenzioni internazionali⁴⁰. A titolo esemplificativo, ci si può riferire alla vigente direttiva europea in materia di VIA⁴¹, che, nel concetto di “impatto ambientale”, ricomprende gli effetti significativi, diretti e indiretti su «a) popolazione e salute umana; b) biodiversità, con particolare attenzione alle specie e agli habitat protetti in virtù della direttiva 92/43/CEE e della direttiva 2009/147/CE; c) territorio, suolo, acqua, aria e clima; d) beni materiali, patrimonio culturale, paesaggio; e) interazione tra i fattori di cui alle lettere da a) a d)»⁴². Questa ampia corrispondenza non è affatto casuale dal momento che, come anzidetto, le risorse ambientali rappresentano l'archetipo dei *commons*, presentandone tutti i tratti distintivi.

³⁸ Commissione Rodotà, Schema di disegno di legge, articolo 1, comma 3, lettera c.

³⁹ Sul punto si rimanda a: S. Fanetti, *Ambiente e beni comuni*, cit., p. 71 ss.

⁴⁰ *Ivz*, p. 61 ss. A titolo esemplificativo può essere citata la Convenzione di Espoo che, seguendo un'impostazione analoga a quella delle direttive europee in materia di VIA, nella definizione di “impatto” include «ogni effetto ambientale di un'attività prevista, in particolare sulla salute e la sicurezza, la flora, la fauna, il suolo, l'aria, l'acqua, il clima, il paesaggio ed i monumenti storici o altre costruzioni, oppure l'interazione tra questi fattori; indica altresì gli effetti sul patrimonio culturale o le condizioni socio-economiche che risultano da modifiche di questi fattori» (così: Articolo 1, punto vii, della Convenzione sulla valutazione dell'impatto ambientale in un contesto transfrontaliero, Espoo, 25 febbraio 1991)

⁴¹ Direttiva 2011/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, GUUE L 26 del 28.1.2012, pag. 1. Tale direttiva è stata modificata anche per la parte che qui interessa da: Direttiva 2014/52/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, che modifica la direttiva 2011/92/UE concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, GUUE L 124 del 25.4.2014, p. 1.

⁴² Articolo 3, paragrafo 1, della Direttiva 2011/92/UE, così sostituito dall'articolo 1 della Direttiva 2014/52/UE.

3. Suolo, bene comune?

Tornando un attimo all’elenco della Commissione Rodotà si può notare con una certa sorpresa come la proposta, accanto a matrici ambientali quali l’aria o l’acqua, non annoveri anche il suolo nell’elenco dei beni comuni⁴³. Pur trattandosi di una lista soltanto esemplificativa, questa mancanza rimane, tuttavia, assai eclatante, soprattutto se ci riferiamo alle sopra accennate definizioni compilative di ambiente nel diritto europeo, in cui il suolo è sempre contemplato.

Di contro, va detto che, come già specificato nel paragrafo introduttivo di questo lavoro, in diversi ordinamenti il suolo, a differenza di aria e acqua, non è stato oggetto, fino a tempi molto recenti, di «un formale processo qualificatorio in guisa di bene ambientale»⁴⁴, restando il dibattito su che cosa sia il suolo per lo più ancorato a un discorso scientifico.

A ciò si lega il fatto che i tentativi della dottrina di inquadrare giuridicamente il suolo, pur non del tutto assenti, non sempre si sono mostrati convincenti. In particolare, il suolo è stato accostato a concetti limitrofi come “terra” o “territorio”, cercando, talvolta, di operare una distinzione tra tali nozioni in modo da non renderle completamente sovrapponibili. Per esempio Graziani riconduce all’espressione “terra” sia la *res frugifera*, «fonte di vita e vita essa stessa», sia «la terra ritenuta sterile - sabbie e deserti, rocce e spiagge, grotte e cave dismesse - che contiene, essa pure, forme di vita e che comunque, al pari della terra feconda, coinvolge la persona in un rapporto profondo, perciò vitale»⁴⁵. Al contrario, non sarebbero “terra” gli ambiti “violentati” (perché edificati, cementificati e impermeabilizzati), che potrebbero essere piuttosto inclusi nella nozione di “suolo”⁴⁶. Il suolo rappresenterebbe quindi un concetto “neutro”, ricomprendente la “terra”, ma non

⁴³ E. Boscolo, *Oltre il territorio: il suolo quale matrice ambientale e bene comune*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 2, p. 129 ss., spec. p. 140.

⁴⁴ E. Boscolo, *Beni comuni e consumo di suolo*, cit., p. 74.

⁴⁵ C.A. Graziani, *Terra bene comune tra interpretazione giuridica e iniziativa politica*, in *Glocale*, 2015, 9-10, p. 159 ss., spec. p. 164.

⁴⁶ *Ibidem*.

soltanto⁴⁷: esso, infatti, identificherebbe, in via generale, la parte superficiale della crosta terrestre, rimanendo dunque distinto da sottosuolo e soprasuolo⁴⁸.

Questo tentativo di distinguere concettualmente “suolo” e “terra” sembra, invero, assai complicato. Anzitutto, da un punto di vista squisitamente nominalistico, si deve osservare come, nel contesto internazionale, il consumo di suolo (una delle principali forme di aggressione alla risorsa) venga generalmente indicato con l’espressione *land take*⁴⁹.

Inoltre, sotto un profilo più “sostanziale”, la ricerca di un’autonoma connotazione giuridica rispetto alla terra risulterebbe del tutto improduttiva se costruita attorno alla presunta neutralità del concetto di suolo. Un’idea così “asettica” del suolo si scontra, infatti, con la crescente consapevolezza del suolo come risorsa fornitrice di fondamentali servizi ecosistemici⁵⁰, ma, al contempo scarsa e non

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ M. Pennasilico, *Il bene “terra” e la “proprietà ambientale”*, in M. Pennasilico (a cura di), *Manuale di diritto civile dell’ambiente*, Napoli, 2014, p. 92 ss., spec. p. 92.

⁴⁹ Sul punto: M. Munafò, L. Ciccarese, *Uso e abuso del suolo*, in *Scienzainrete.it*, 19 luglio 2017, disponibile al link: <http://www.scienzainrete.it/articolo/uso-e-abuso-del-suolo/michele-munaf%C3%B2-lorenzo-ciccarese/2017-07-19> (ultimo accesso: 23 marzo 2020); M. Munafò, F. Lupia, I. Marinosci, *Valutazioni sul consumo di suolo mediante dati di copertura e telerilevati*, in *GEOmedia*, 2012, 6, p. 38 ss., spec. p. 38.

⁵⁰ In sostanza, il suolo garantirebbe «la fornitura di peculiari servizi ecosistemici, ovvero i benefici che l’uomo ottiene, direttamente o indirettamente, dagli ecosistemi (...) e necessari al proprio sostentamento» (M. Di Legnino *et al.*, *Funzioni del suolo, servizi ecosistemici e minacce*, in ISPRA, *Consumo di suolo, dinamiche territoriali e servizi ecosistemici. Rapporti 248/2016*, Roma, 2016, p. 1 ss., spec. p. 1). Il più noto e “storico” inquadramento dei servizi ecosistemici è offerto da Costanza *et al.*: «(t)he services of ecological systems and the natural capital stocks that produce them are critical to the functioning of the Earth’s life-support system. They contribute to human welfare, both directly and indirectly, and therefore represent part of the total economic value of the planet» (R. Costanza *et al.*, *The values of the world’s ecosystem services and natural capital*, in *Nature*, 1997, 387, p. 253 ss., spec. p. 253). Quanto alle tipologie di servizi ecosistemici, esse possono suddividersi come segue: «- servizi di approvvigionamento (prodotti alimentari e biomassa, materie prime, etc.); - servizi di regolazione e mantenimento (regolazione del clima, cattura e stoccaggio del carbonio, controllo dell’erosione e regolazione degli elementi della fertilità, regolazione della qualità dell’acqua, protezione e mitigazione dei fenomeni

rinnovabile⁵¹, oltre che assolutamente vulnerabile a fronte di una pressione umana in costante aumento⁵²: ciò ha portato al progressivo emergere di una sua autonoma rilevanza giuridica quale bene ambientale⁵³. Questa impostazione, di cui si trova peraltro traccia in importanti documenti di *policy* a livello internazionale ed europeo, pare ora essere largamente condivisa non solo dalla dottrina, ma anche sul piano legislativo in alcuni ordinamenti giuridici.

Un passaggio “primordiale” in questa direzione è rappresentato, a giudizio di chi scrive, da un documento assai risalente elaborato dal Consiglio d’Europa, ossia la Carta europea del suolo del 1972⁵⁴. In particolare, nella Carta si rimarca tanto la fondamentale importanza del suolo, quanto la sua vulnerabilità e limitatezza⁵⁵, affermando che: «1. Il suolo è uno dei beni preziosi dell’umanità. Consente la vita dei vegetali, degli animali e dell’uomo sulla superficie della Terra. Il suolo è un substrato vivente e dinamico che permette l’esistenza della vita vegetale e animale. È essenziale alla vita dell’uomo quale mezzo produttore di nutrimento e di materie prime. È un elemento fondamentale della

idrologici estremi, riserva genetica, conservazione della biodiversità, etc.); - servizi culturali (servizi ricreativi e culturali, funzioni etiche e spirituali, paesaggio, patrimonio naturale, etc.)» (M. Munafò (a cura di), *Consumo di suolo*, cit., p. 11).

⁵¹ Effettivamente, a differenza di altre risorse (come, ad esempio, aria e acqua), il suolo è un bene «a scarsità assoluta, di fatto non riproducibile, dati i ritmi e i tempi della pedogenesi» (L. Cassibba, B. Giau, S. Novelli, *Tutela e consumo di suolo agricolo in Piemonte*, in *Agriregionieuropa*, 2010, 6(22), p.61 ss., spec. p. 61).

⁵² Si veda: Comitato Capitale Naturale, *Secondo Rapporto sullo Stato del Capitale Naturale in Italia*, 2018, p. 40 (disponibile all’indirizzo: https://www.minambiente.it/sites/default/files/archivio/allegati/sviluppo_sostenibile/II_Rapporto_Stato_CN_2018_2.pdf - ultimo accesso: 23 marzo 2020).

Nello specifico, ci sono fenomeni come la cementificazione e, più in generale, l’impermeabilizzazione che determinano una dispersione irreversibile delle proprietà ambientali del suolo (E. Boscolo, *Beni comuni e consumo di suolo*, cit., p. 74).

⁵³ W. Gasparri, *Suolo, bene comune? Contenimento del consumo di suolo e funzione sociale della proprietà privata*, in *Diritto Pubblico*, 2016, 1, p. 69 ss., spec. p. 81.

⁵⁴ Consiglio d’Europa, Carta europea del suolo, Strasburgo, 1972, testo disponibile al link: <http://www.arpa.veneto.it/temi-ambientali/soilo/file-e-allegati/documenti2/importanza-dei-suoli/Carta%20Europea%20del%20Suolo%201972.pdf> (ultimo accesso: 23 marzo 2020).

⁵⁵ T. Kuokkanen, *International Law and the Environment: Variations on a Theme*, The Hague, 2002, p. 162.

biosfera e contribuisce, assieme alla vegetazione e al clima, a regolare il ciclo idrologico e a influenzare la qualità delle acque. Il suolo costituisce, di per sé, un'entità ben definita. Dato che contiene le tracce dell'evoluzione terrestre e dei suoi esseri viventi e costituisce il supporto dei paesaggi, deve essere preso in considerazione anche per il suo interesse scientifico e culturale. 2. Il suolo è una risorsa limitata che si distrugge facilmente (...)»⁵⁶.

Passando a tempi decisamente più recenti, la caratterizzazione del suolo come bene ambientale è chiaramente indicata da un importante documento della Commissione Europea, ossia la Comunicazione “Strategia tematica per la protezione del suolo” del 2006⁵⁷. In tale sede, la Commissione non si limita a formulare una generica definizione del suolo in senso “materiale”⁵⁸, ma ne identifica anche rilevanti caratteristiche (tra cui la sua non rinnovabilità e la sua vulnerabilità a fenomeni come erosione e impermeabilizzazione) ed essenziali funzioni da esso svolte. Rispetto a quest'ultimo tema, il suolo è visto come «fonte di cibo, biomassa e materie prime» e «piattaforma per lo svolgimento delle attività umane». Il suolo rappresenta, inoltre, «un elemento del paesaggio e del patrimonio culturale», svolgendo nel contempo un ruolo fondamentale «come habitat e pool genico» e come risorsa in cui «vengono stoccate, filtrate e trasformate molte sostanze, tra le quali l'acqua, i nutrienti e il carbonio»⁵⁹. Si tratta, come evidente, di una visione tutt'altro che neutra del suolo; la risorsa è, infatti, vista nella prospettiva dei vitali servizi ecosistemici offerti, da salvaguardare anche per le future generazioni.

Le conseguenze di questa impostazione sono di ampia portata: le politiche sull'utilizzo del suolo non possono rispondere a una logica «puramente mercantile», dal momento che esso ha tutte le caratteristiche di un bene comune e come tale deve essere concepito,

⁵⁶ Consiglio d'Europa, Carta europea del suolo, punti 1 e 2.

⁵⁷ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni “Strategia tematica per la protezione del suolo”, Bruxelles, 22.9.2006, COM(2006) 231 definitivo.

⁵⁸ «(...) per “suolo” s'intende lo strato superiore della crosta terrestre, costituito da componenti minerali, organici, acqua, aria e organismi viventi. Rappresenta l'interfaccia tra terra, aria e acqua e ospita gran parte della biosfera» (COM(2006) 231 definitivo, p. 2).

⁵⁹ *Ibidem*.

portando così a una «revisione concettuale delle modalità di controllo e gestione delle dinamiche territoriali»⁶⁰.

Questo approccio è seguito, in maniera assai esplicita, dalla Commissione Europea nella proposta di direttiva che istituisce un quadro per la protezione del suolo del 2006⁶¹, presentata nel contesto della appena citata Strategia tematica per la protezione del suolo, ma mai approvata⁶². In particolare, pur riconoscendo che il suolo, a differenza dell'aria e delle acque, è «essenzialmente una risorsa di proprietà privata»⁶³, si sottolinea che esso deve essere concepito come «una risorsa naturale di interesse comune» da salvaguardare «per le generazioni future»⁶⁴. Ciò spiega perché «(n)ell'interesse pubblico (...) i proprietari di terreni devono essere tenuti ad adottare misure di precauzione nei casi in cui si possa presumere che l'utilizzo che fanno del suolo possa ostacolare in maniera rilevante le funzioni che questo svolge»⁶⁵.

Anche a livello degli Stati membri dell'Unione Europea comincia piano piano a farsi strada l'idea di “suolo come bene comune”. Un esempio, in questo senso, è offerto dalla Francia e, in particolare, dalla

⁶⁰ G. Caridi, *Common ground. De-mercificare la risorsa suolo*, in Aa.Vv., *Commons/Comune: geografie, luoghi, spazi, città, Giornata di studio della Società di Studi Geografici, Roma, 11 dicembre 2015*, Firenze, 2016, p. 327 ss., spec. p. 328. Sul punto anche: J. Davies, *The business case for soil*, in *Nature*, 2017, 543, p. 309 ss., spec. p. 311.

⁶¹ Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio che istituisce un quadro per la protezione del suolo e modifica la direttiva 2004/35/CE, Bruxelles, 22.9.2006, COM(2006) 232 definitivo.

⁶² La proposta si è impantanata quasi subito a causa delle resistenze di alcuni Stati membri, preoccupati dei possibili impatti economici negativi connessi all'implementazione della direttiva (sul punto: L. D'Aprile, *Le posizioni in campo sulla proposta di direttiva*, in *Ecoscienza*, 2010, 3, p. 85). Qualche anno dopo, nel 2014, la proposta di direttiva è stata definitivamente ritirata dalla Commissione (si veda: Ritiro di proposte della Commissione che non hanno un carattere di attualità, in GUUE C 153 del 21.5.2014, p. 3).

⁶³ Considerando 12 della proposta di direttiva — COM(2006) 232 definitivo, p. 12.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

recente legge sulla biodiversità del 2016⁶⁶. Tale importante atto normativo accosta il suolo al patrimonio comune della nazione individuato dal Codice dell'ambiente: «I. — Les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, les êtres vivants et la biodiversité font partie du patrimoine commun de la nation. Ce patrimoine génère des services écosystémiques et des valeurs d'usage. Les processus biologiques, les sols et la géodiversité concourent à la constitution de ce patrimoine»⁶⁷. C'è da dire che diversi autori si sono confrontati circa la reale portata di questa formulazione. In particolare, secondo alcuni, essa determinerebbe, di fatto, l'integrazione della risorsa nell'ambito del patrimonio comune della nazione e l'affermazione della protezione del suolo come “di interesse generale”⁶⁸. Secondo altri, invece, la disposizione appare piuttosto equivoca e lascia dei dubbi circa l'effettiva riconducibilità del suolo a detto patrimonio⁶⁹. Questa ambiguità ha portato qualcuno ad affermare che, in base alla lettura della norma, il suolo non faccia parte del patrimonio comune della nazione, ma che vi “partecipi”, vale a dire che non sono “i suoli” in

⁶⁶ LOI n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, testo in vigore (in francese) disponibile alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033016237&categorieLien=id> (ultimo accesso: 23 marzo 2020).

⁶⁷ Attuale versione dell'art. L110-1 del *Code de l'environnement*. Il testo in vigore del Codice dell'ambiente (in francese) è disponibile alla pagina <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006074220> (ultimo accesso: 23 marzo 2020).

⁶⁸ Si veda: L. Bosc, *Propriété et protection des sols. Réflexions civilistes sur la prise en compte de la qualité des sols*, in C. Hermon (a cura di), *Services écosystémiques et protection des sols. Analyses juridiques et éclairages agronomiques*, Versailles, 2018, p. 65 ss., spec. p. 78. L'autore richiama alla necessità che tale qualificazione non rimanga “sulla carta” e, pertanto, venga predisposto un puntuale regime giuridico: «(...) le modèle apparaît intéressant mais supposerait de déterminer un véritable régime juridique, surtout préalablement, de consacrer l'efficience des patrimoines communs, considérés pour l'instant comme simplement déclaratoires» (*ibidem*).

⁶⁹ M. Desrousseaux, *Le sol, étrange objet de droit*, in G. Dhérissard (a cura di), *Les sols au coeur de la zone critique 2: Enjeux de société*, London, 2018, p. 51 ss., spec. p. 60.

quanto tali a essere oggetto della qualifica, ma che il loro ruolo è riconosciuto nella formazione dei paesaggi, della biodiversità, etc...⁷⁰.

Passando al nostro Paese, occorre evidenziare come nel panorama giuridico italiano (a livello nazionale e, soprattutto, regionale) siano rinvenibili diversi riferimenti al suolo come bene comune. Un'esplicita indicazione in questo senso emerge dal disegno di legge “Contenimento del consumo del suolo e riuso del suolo edificato”, approvato dalla Camera nel 2016 per poi bloccarsi in Senato⁷¹, in cui il suolo viene descritto come «bene comune e risorsa non rinnovabile che esplica funzioni e produce servizi ecosistemici»⁷². È importante sottolineare che si tratta di uno dei primi casi di utilizzo della categoria giuridica dei “beni comuni” da parte del legislatore nazionale, come a chiarire la fondamentale importanza attribuita al suolo⁷³.

Il binomio “suolo-bene comune” torna anche in diverse proposte legislative che hanno visto la luce nell'attuale legislatura (la diciottesima). A tal proposito, sicuramente ricco di suggestioni appare il disegno di legge d'iniziativa della Senatrice Nugnes “Disposizioni per l'arresto del consumo del suolo e la rigenerazione urbana”⁷⁴. Tale DDL riprende la proposta formulata dal Forum “Salviamo il paesaggio” e messa a disposizione delle diverse forze politiche durante la campagna elettorale 2018⁷⁵, emendandola e integrandola. Un elemento di

⁷⁰ P. Billet, M. Desrousseaux, *Sols et législations*, Septembre 2017, disponibile al link: <https://www.afes.fr/les-sols/sols-et-legislations/> (ultimo accesso : 23 marzo 2020).

⁷¹ Disegno di legge “Contenimento del consumo del suolo e riuso del suolo edificato”, approvato dalla Camera dei deputati il 12 maggio 2016 (n. C 2039) e trasmesso al Senato (n. S. 2383).

⁷² Articolo 1, comma 1, del disegno di legge “Contenimento del consumo del suolo e riuso del suolo edificato”.

⁷³ F. Gualandi, *Il recente disegno di legge (n. C 2039) approvato dalla Camera sul contenimento del consumo del suolo: poche idee o poco coraggio?*, in *Lexitalia.it*, 2016, 7.

⁷⁴ Disegno di legge d'iniziativa della senatrice Nugnes, comunicato alla presidenza il 9 luglio 2019, “Disposizioni per l'arresto del consumo del suolo e la rigenerazione urbana” (n. S 1398).

⁷⁵ Il testo della proposta di legge d'iniziativa popolare “Norme per l'arresto del consumo di suolo e per il riuso dei suoli urbanizzati” (a cura del Gruppo di Lavoro Tecnico-Scientifico multidisciplinare del Forum nazionale Salviamo il Paesaggio) è disponibile al seguente indirizzo: <http://www.salviamoilpaesaggio.it/blog/wp->

interesse del testo è l’indicazione di una definizione giuridica di “suolo”, ossia: «lo strato più superficiale della crosta terrestre situato tra il substrato roccioso e la superficie; è costituito da componenti minerali, materia organica, acqua, aria e organismi viventi; è l’interfaccia tra terra, aria e acqua e ospita gran parte della biodiversità, costituisce habitat unici, insostituibili e irripetibili, bene comune, risorsa non rinnovabile, limitata, vulnerabile e strategica per la sovranità alimentare; fornisce servizi ecosistemici essenziali»⁷⁶. Questo apprezzabile tentativo appare invero un po’ confusionario; soprattutto sembra alquanto incoerente la qualificazione del suolo come bene comune vista la definizione che la stessa proposta dà di “beni comuni” all’interno di un articolo significativamente intitolato “funzione sociale della proprietà”: «con l’espressione “beni comuni” si intendono le cose materiali e immateriali che per la loro natura o per la loro funzione, soddisfano diritti fondamentali e bisogni socialmente rilevanti, servendo immediatamente la collettività, la quale, in persona dei suoi componenti, è ammessa istituzionalmente a goderne in modo diretto. Detti beni sono naturalmente fuori commercio e in proprietà collettiva demaniale o in uso civico e collettivo, urbano e rurale. Qualora si trovino in proprietà privata, la pubblica amministrazione è tenuta ad acquisirli al patrimonio pubblico»⁷⁷. Se, da una parte, è evidente come questo passaggio sia quasi totalmente sovrapponibile al concetto di “beni comuni” espresso nel sostanzialmente coevo DDL “Modifiche al codice civile in materia di beni comuni e di disciplina del diritto di proprietà” (di cui la Nugnes stessa è prima firmataria), dall’altra appare non del tutto comprensibile come una simile definizione di “beni comuni” possa rientrare in una legge sul consumo del suolo, bene comune, ma, come già evidenziato, per lo più ad appartenenza privata.

Al di là dunque dei numerosi (ma, al momento, non fruttuosi) tentativi di introdurre a livello nazionale una regolamentazione legislativa del consumo di suolo e, con essa, un inquadramento del suolo come bene comune, qualche risultato tangibile in questo senso si

[content/uploads/2018/02/DEFINITIVO-Proposta-di-legge-iniziativa-popolare-Forum-SiP-agg.-31-1-2018.pdf](https://www.governo.it/content/uploads/2018/02/DEFINITIVO-Proposta-di-legge-iniziativa-popolare-Forum-SiP-agg.-31-1-2018.pdf) (ultimo accesso: 23 marzo 2020).

⁷⁶ Articolo 3, comma 1, lettera a, del disegno di legge “Disposizioni per l’arresto del consumo del suolo e la rigenerazione urbana”.

⁷⁷ Articolo 25, comma 2, del disegno di legge “Disposizioni per l’arresto del consumo del suolo e la rigenerazione urbana”.

può ritrovare in diverse leggi regionali che interessano la materia. Così, in Emilia Romagna, nella fondamentale legge regionale 24 del 2017⁷⁸ (con cui, tra l'altro, si rivoluzionano gli strumenti di governo del territorio), il suolo è definito come «bene comune e risorsa non rinnovabile che esplica funzioni e produce servizi ecosistemici»⁷⁹.

Per quanto riguarda invece la Lombardia, l'articolo 4-*quater* della legge regionale 31 del 2008⁸⁰, introdotto dall'articolo 1, comma 1, lettera f, della legge regionale 25 del 2011⁸¹, stabilisce che «(l)a Regione riconosce il suolo quale bene comune». Più di recente, nella legge regionale 31 del 2014⁸² si offre, all'articolo 1, comma 2, una definizione assai articolata di suolo: «Il suolo, risorsa non rinnovabile, è bene comune di fondamentale importanza per l'equilibrio ambientale, la salvaguardia della salute, la produzione agricola finalizzata alla alimentazione umana e/o animale, la tutela degli ecosistemi naturali e la difesa dal dissesto idrogeologico». È opportuno, peraltro, leggere questa disposizione in modo congiunto all'articolo 1, comma 1, della stessa legge regionale, con cui, di fatto, si evidenzia quale suolo sia da tutelare, ossia quello agro-naturale: «La presente legge detta disposizioni affinché gli strumenti di governo del territorio, nel rispetto dei criteri di sostenibilità e di minimizzazione del consumo di suolo, orientino gli interventi edilizi prioritariamente verso le aree già urbanizzate, degradate o dismesse (...), sottoutilizzate da riqualificare o rigenerare, anche al fine di promuovere e non compromettere l'ambiente, il paesaggio, nonché l'attività agricola (...)».

⁷⁸ Legge regionale (Emilia Romagna) 21 dicembre 2017, n. 24 “Disciplina regionale sulla tutela e l'uso del territorio” (BUR Emilia Romagna n. 304 del 21 dicembre 2017).

⁷⁹ Articolo 1, comma 2, lettera a, della legge 24 del 2017.

⁸⁰ Legge regionale (Lombardia) 5 dicembre 2008, n. 31 “Testo unico delle leggi regionali in materia di agricoltura, foreste, pesca e sviluppo rurale” (BURL n. 50, 1° suppl. ord. del 10 dicembre 2008).

⁸¹ Legge regionale (Lombardia) 28 dicembre 2011, n. 25 “Modifiche alla legge regionale 5 dicembre 2008, n. 31 (Testo unico delle leggi regionali in materia di agricoltura, foreste, pesca e sviluppo rurale) e disposizioni in materia di riordino dei consorzi di bonifica” (BURL n. 52, suppl. del 29 dicembre 2011).

⁸² Legge regionale (Lombardia) 28 novembre 2014, n. 31 “Disposizioni per la riduzione del consumo di suolo e la riqualificazione del suolo degradato” (BURL n. 49, suppl. del 01 dicembre 2014).

Stefano Fanetti
A proposito di suolo “bene comune”

Un concetto di suolo, del tutto simile a quella contemplato dalla legge regionale lombarda 31 del 2014, è rintracciabile nella legge della Regione Veneto 14 del 2017⁸³. In particolare, l'articolo 1, comma 1, di tale legge stabilisce che: «Il suolo, risorsa limitata e non rinnovabile, è bene comune di fondamentale importanza per la qualità della vita delle generazioni attuali e future, per la salvaguardia della salute, per l'equilibrio ambientale e per la tutela degli ecosistemi naturali, nonché per la produzione agricola finalizzata non solo all'alimentazione ma anche ad una insostituibile funzione di salvaguardia del territorio». Il secondo comma del medesimo articolo fissa poi i principi che guidano la politica regionale di contenimento del consumo di suolo, ovvero: «la programmazione dell'uso del suolo e la riduzione progressiva e controllata della sua copertura artificiale, la tutela del paesaggio, delle reti ecologiche, delle superfici agricole e forestali e delle loro produzioni, la promozione della biodiversità coltivata, la rinaturalizzazione di suolo impropriamente occupato, la riqualificazione e la rigenerazione degli ambiti di urbanizzazione consolidata, contemplando l'utilizzo di nuove risorse territoriali esclusivamente quando non esistano alternative alla riorganizzazione e riqualificazione del tessuto insediativo esistente (...)». Anche qui emerge la distinzione tra suolo urbanizzato e suolo agro-naturale (da tutelare, in primis, per le sue essenziali qualità ambientali).

Tale dicotomia tra suolo urbano e rurale è palesata in modo decisamente chiaro all'interno della legge della Regione Toscana 65 del 2014⁸⁴, in cui la protezione del bene suolo non passa dalla determinazione di soglie di consumo, ma si sostanzia in «una soluzione 'leggera', quella di dividere il territorio in due parti distinte e tra loro opponibili: il territorio urbano e quello rurale»⁸⁵. A tal proposito, la legge, oltre a fornire un'interessante definizione di patrimonio

⁸³ Legge regionale (Veneto), 6 giugno 2017, n. 14 “Disposizioni per il contenimento del consumo di suolo e modifiche della legge regionale 23 aprile 2004, n. 11 “Norme per il governo del territorio e in materia di paesaggio” (BUR Veneto n. 56 del 9 giugno 2017).

⁸⁴ Legge regionale (Toscana) 10 novembre 2014, n. 65 “Norme per il governo del territorio” (BUR Toscana n. 53, parte prima, del 12 novembre 2014).

⁸⁵ W. Gasparri, *Suolo, bene comune?*, cit., p. 150.

territoriale come bene comune⁸⁶, stabilisce che i Comuni devono identificare il territorio urbanizzato⁸⁷ - unico ambito in cui sono permesse, in via generale, trasformazioni che implicano un «impegno di suolo non edificato a fini insediativi o infrastrutturali» -, distinguendolo dal territorio non urbanizzato, in cui, salvo particolari eccezioni, «(n)on sono comunque consentite nuove edificazioni residenziali»⁸⁸.

Forse con una leggera forzatura, potrebbe affermarsi che questa “differenziazione tra suoli” sottende la necessità di distinguere “ciò che è prezioso da ciò che lo è meno”⁸⁹, avendo ben presente che il territorio si compone di «oggetti diversi per caratteri, funzioni e proprietà emergenti»: il suolo agro-naturale, «bene ambientale atto a generare servizi ecosistemici», e il sistema urbano, trasformabile e rimodellabile per garantire le utilità insediative⁹⁰. È evidente che da una simile impostazione discende non solo la necessità di formulare limiti quantitativi al consumo di suolo, ma anche quella di dirigere i nuovi sviluppi verso il territorio urbanizzato e, in particolare, verso aree

⁸⁶ Nello specifico l'articolo 3, comma 1, della legge 65 del 2014 stabilisce che: «La Regione promuove e garantisce la riproduzione del patrimonio territoriale in quanto bene comune costitutivo dell'identità collettiva regionale (...). Per patrimonio territoriale si intende l'insieme delle strutture di lunga durata prodotte dalla coevoluzione fra ambiente naturale e insediamenti umani, di cui è riconosciuto il valore per le generazioni presenti e future. Il riconoscimento di tale valore richiede la garanzia di esistenza del patrimonio territoriale quale risorsa per la produzione di ricchezza per la comunità».

⁸⁷ Ex articolo 4, comma 3, della legge 65 del 2014, «(i)l territorio urbanizzato è costituito dai centri storici, le aree edificate con continuità dei lotti a destinazione residenziale, industriale e artigianale, commerciale, direzionale, di servizio, turistico-ricettiva, le attrezzature e i servizi, i parchi urbani, gli impianti tecnologici, i lotti e gli spazi ineditati interclusi dotati di opere di urbanizzazione primaria».

⁸⁸ Articolo 4, comma 2, della legge 65 del 2014.

⁸⁹ Questa idea è tracciata in modo chiaro nell'ambito dell'integrazione del Piano Territoriale Regionale (PTR) della Lombardia: Progetto di integrazione del PTR ai sensi della l.r. 31/14 (approvato dal Consiglio Regionale con deliberazione n. XI/411 del 19/12/2018). Criteri per l'attuazione della politica di riduzione del consumo di suolo, p. 30.

⁹⁰ Sul punto: E. Boscolo, *Leggi regionali urbanistiche di quarta generazione: struttura e contenuti*, Intervento a XXI Congresso Nazionale AIDU “Verso le leggi regionali urbanistiche di quarta generazione”, Varese 28-29 settembre 2018 (in pubblicazione).

dismesse da rigenerare, soprattutto per non trovarsi di fronte a scelte tragiche rispetto ad esigenze difficilmente conciliabili⁹¹.

4. *Note conclusive. “Conseguenze” della riconduzione del suolo all’ambito dei beni comuni*

La riconduzione del suolo e, in particolare, del suolo agro-naturale all’ambito dei beni comuni non è priva di significato: da un lato ne sottolinea la natura di bene che, prescindendo dai diritti di proprietà, deve essere fruibile a tutti (tenendo conto anche dell’equità intergenerazionale), dall’altro mette in luce come questo bene comune ad appartenenza (soprattutto) privata sia sottoposto a un problema di esauribilità, in primis a causa delle condotte poste in essere dai proprietari per massimizzare la propria utilità⁹². Ciò evidentemente palesa il potenziale conflitto tra l’interesse individuale del proprietario, orientato allo sfruttamento della risorsa, e l’interesse collettivo, rivolto alla conservazione del bene affinché possa continuare a offrire essenziali servizi ecologici.

Di conseguenza, l’applicazione dell’etichetta di “bene comune” al suolo non è programmaticamente diretta a scardinare la «tradizionale dicotomia proprietà pubblica-proprietà privata»⁹³, ma risponde a un’esigenza diversa, ossia quella di promuovere, a tutela dell’interesse generale, politiche idonee a preservare le funzionalità ambientali del bene a fronte di comportamenti individuali che possono rivelarsi incompatibili.

In tal senso, occorre peraltro evidenziare come la visione (di marca liberal-ottocentesca) della assolutezza dell’istituto della proprietà appaia un retaggio superato⁹⁴; basti pensare al richiamo,

⁹¹ La notissima espressione “scelte tragiche” è stata plasmata da Calabresi e Bobbitt: «(l’)obiettivo di *public policy* deve essere (...) la definizione, rispetto ad ogni particolare scelta tragica, di quella combinazione di metodi che più limita la tragedia e che tratta quel minimo irriducibile nel modo meno dannoso» (G. Calabresi, P. Bobbitt, *Scelte tragiche*, Milano, 1986 p. 161).

⁹² E. Boscolo, *Beni comuni e consumo di suolo*, cit., p. 83.

⁹³ *Ivì*, p. 85.

⁹⁴ L. Casertano, *Proprietà e ambiente. La soluzione italiana a confronto con le nuove esigenze di tutela*, Milano, 2008, p. IX.

contenuto in diverse costituzioni e carte fondamentali, alla cosiddetta “funzione sociale” della proprietà, che può essere considerata come una sorta di formula conformativa grazie a cui viene effettuata una sintesi tra interesse individuale del proprietario e interessi collettivi⁹⁵, mutevoli e in evoluzione. A questo proposito, c’è chi si spinge ad affermare, con particolare riferimento ai beni immobili, che questa “funzione sociale”, all’inizio del XXI secolo, divenga fundamentalmente una “funzione ambientale”⁹⁶. In effetti, negli ultimi decenni, la questione ambientale ha assunto una rilevanza sempre maggiore e ciò ha avuto un notevole impatto rispetto all’“istituto dominicale”: la necessità di proteggere risorse naturali, di cui si comprende sempre più la finitezza, ha portato a superare la visione classica della proprietà, nata e sviluppatasi «in un contesto caratterizzato dalla fiducia illimitata nel progresso tecnico e scientifico e nella capacità di controllo e dominio dell’uomo sulla natura e sull’ambiente circostante»⁹⁷.

Tale riconoscimento porta con sé notevoli conseguenze: da una parte, il diritto di proprietà si presta «ad essere conformato in funzione delle esigenze di tutela ambientale»⁹⁸, dall’altro il proprietario «è chiamato a responsabilizzarsi di fronte alla società»⁹⁹ nell’ottica di proteggere beni comuni ambientali sempre più scarsi e conservare le fondamentali funzioni da questi espletate.

Sotto quest’ultimo aspetto e con specifico riferimento al suolo, vale la pena ricordare il già citato passaggio della mai approvata proposta di direttiva europea del 2006 in cui si richiamavano i

⁹⁵ P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Seconda edizione riveduta ed integrata, Napoli, 1991, p. 447.

⁹⁶ B. Grimonprez, *La fonction environnementale de la propriété*, in L. Vacca (a cura di), *Le proprietà. Dodicesime giornate di studio Roma Tre-Poitiers dedicate alla memoria di Jean Beauchard. Roma 13-14 giugno 2014*, Napoli, 2015, p. 109 ss., spec. p. 113.

⁹⁷ A. Nervi, *Proprietà. Problemi attuali ed esigenze sistematiche in tema di titolarità e gestione delle risorse*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2017, 2, p. 359 ss., spec. p. 359.

⁹⁸ M. Renzulli, *Tutela dell’ambiente e proprietà privata*, in *LexItalia.it*, 2006, 3, disponibile al link: http://www.lexitalia.it/articoli/rezulli_ambiente.htm (ultimo accesso: 23 marzo 2020).

⁹⁹ S. Fanetti, *Adattamento ai cambiamenti climatici e proprietà edilizia in contesti urbani*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2019 (vol. X), p. 227 ss., spec. p. 258.

proprietari ad adottare, nell’interesse pubblico, «misure di precauzione nei casi in cui si possa presumere che l’utilizzo che fanno del suolo possa ostacolare in maniera rilevante le funzioni che questo svolge»¹⁰⁰. Accanto a questo, proprio per scongiurare che la prevalenza dell’interesse individuale continui a sostanzarsi in forme di aggressione della risorsa, gravi e, per certi versi, irreversibili (tra cui, in primis, il galoppante consumo di suolo), è fondamentale operare una revisione delle modalità di gestione del territorio: ciò, inevitabilmente, comporta degli impatti sul diritto di proprietà.

A tal proposito, senza entrare nel merito, l’analisi comparatistica mette in luce una pluralità di strumenti differenti con cui, nei vari ordinamenti, si è cercato di contrastare il consumo di suolo. Il riferimento va, in primis, a classici strumenti *command and control*, come, ad esempio, le *green belts* (concepiti negli anni trenta del XX secolo nel Regno Unito) e gli *urban growth boundaries* (di matrice nordamericana). Accanto a ciò, nel tempo sono emersi anche più innovativi strumenti economici¹⁰¹, come la tassazione del nuovo consumo, i *payments for ecosystem services* (ossia, essenzialmente, la previsione di un riconoscimento economico per chi utilizza le aree di sua proprietà in modo da preservare fondamentali servizi ecosistemici) e i *tradable permit or rights systems* (tra cui i *transferable development rights*, che, in estrema sintesi, mirano, attraverso sistemi di scambio di diritti edificatori, a concentrare gli sviluppi in determinate zone e, nel contempo, a tenere indenni da nuove edificazioni altre aree considerate da proteggere)¹⁰².

La regolamentazione del consumo di suolo (come il diritto ambientale in genere) si presenta quindi come un terreno assai fertile per la circolazione dei modelli. Questo fenomeno è, in qualche modo,

¹⁰⁰ Considerando 12 della proposta di Direttiva — COM(2006) 232 definitivo, p. 12.

¹⁰¹ A tal proposito, occorre segnalare che spesso, anche in documenti ufficiali e istituzionali, si utilizza una terminologia piuttosto confusa, ad esempio sovrapponendo l’uso delle espressioni “strumenti economici” e “strumenti di mercato”. In merito: R. Pirard, *Market-based instruments for biodiversity and ecosystem services: A lexicon*, in *Environmental Science & Policy*, 2012, 19-20, p. 59 ss.

¹⁰² Per un’ampia analisi degli strumenti di contenimento del consumo di suolo sia consentito un rimando a: S. Fanetti, *Ambiente e beni comuni*, cit., p. 209 ss.

facilitato dal fatto che le problematiche affrontate sono tendenzialmente omogenee, ma anche perché le questioni con cui ci si confronta sono intimamente connesse al sapere scientifico circa l’impatto delle aggressioni ambientali sull’uomo e sull’ambiente, rivestendo «proprio per questo motivo un certo grado di tecnicismo»¹⁰³. Se ciò è vero, non bisogna dimenticare che «le regole e gli istituti presi in prestito anche nel settore ambientale dovranno confrontarsi con il particolare *legal process* del sistema d’arrivo e con una *path dependance* che varierà di contesto in contesto, fattori questi che verranno sicuramente ad incidere sull’efficacia concreta dello strumento o della regola “trapiantata”»¹⁰⁴. Del resto, il rischio (concretizzatosi anche in riferimento al contrasto del consumo di suolo¹⁰⁵) è che i legislatori nazionali, seguendo una sorta di *legislative fashion*¹⁰⁶, si limitino a copiare strumenti che altrove si sono mostrati di successo, senza convinzione e senza valutarne l’efficacia alla luce delle particolari caratteristiche del proprio ordinamento.

ABSTRACT: This article considers the legal definition of soil and, specifically, the recognition of soil as a common good. This recognition opens up a Pandora’s box of the problematic classification of the commons, whose main features are explained herein. After focusing on the commons and on environmental goods (which, within the commons, represent the most important sub-category), attention is paid to a specific common (environmental) good, the soil. In this regard, it is important to underline how the inclusion of soil in the category of commons, in addition to being widely recognized by scholars, is also gradually emerging in many legislative acts which, at various levels and in different systems, deal with the protection of soil.

¹⁰³ B. Pozzo, *Modelli notevoli e circolazione dei modelli giuridici in campo ambientale: tra imitazione e innovazione*, in Aa.Vv., *Un giurista di successo. Studi in onore di Antonio Gambaro*, Tomo I, Milano, 2017, p. 335 ss., spec. p. 338 ss.

¹⁰⁴ *Ivi*, p. 339.

¹⁰⁵ S. Fanetti, *Ambiente e beni comuni*, cit., p. 326.

¹⁰⁶ I. Seidl-Hohenveldern, *The role of comparative law in the international protection of environment*, in *Comparative Law Yearbook*, 1977, 1, p. 195 ss., spec. p. 197.

Classifying the soil as a common good means, on the one hand, that this good, regardless of ownership, must be accessible to all taking into account the intergenerational equity and, on the other hand, underlines that the resource is exposed to a serious risk of depletion, due in this case to the behaviour of owners who wish to maximize its exploitation. This explains the reasons why different (more or less innovative) policies have been adopted in various countries for limiting soil consumption. These policies are part of the process, which has been underway for some time, of rethinking property rights in response to the protection of fundamental environmental resources.

KEYWORDS: soil, common goods, property, environment, ecosystem services.

Stefano Fanetti – Ricercatore di Diritto Privato Comparato nell'Università degli Studi dell'Insubria

La Casa del Popolo di Palermo: l'ennesimo caso di inerzia politica e amministrativa. Ipotesi di uso dei beni comuni per una buona discussione*

Alessandra Pera

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il caso del Macello Comunale di Pignataro Maggiore – 3. Sulla funzione sociale della proprietà. Un'analisi genealogica – 4. Beni comuni, accesso, inclusione e sussidiarietà – 5. La storia dell'Istituto palermitano, la sua funzione sociale, la sussidiarietà e la cooperazione pubblico-privato nel XIX secolo – 6. Osservazioni conclusive sull'uso e la cura dei beni comuni attraverso Accordi e Regolamenti.

1. Premessa

La scelta del tema da trattare in questo contributo nasce da fatti di cronaca verificatisi l'autunno passato nella città dove vivo. Nel settembre del 2019 la Casa del Popolo di Palermo è stata sgomberata ed allo sgombero è seguito l'avvio di una azione giudiziaria a carico di ventidue attivisti. Il processo non è ancora iniziato. Agli imputati, nel mese di novembre 2019, è stato notificato l'avviso di conclusione delle indagini, con il quale è stato contestato loro il reato di concorso in invasione di terreni ed edifici pubblici o destinati ad uso pubblico (artt. 110, 633 e 639 bis c.p.), senza alcuna distinzione tra i soggetti «occupanti» e soggetti che frequentavano il luogo solo per partecipare ad iniziative di carattere culturale. La Procura di Palermo, infatti, ha contestato a tutti i soggetti presenti sul luogo di essere occupanti¹.

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*. Il titolo rimanda in parte un articolo scritto qualche anno fa da L. Nivarra, *Quattro usi di beni comuni per una buona discussione*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2016, pp. 41-62

¹ Le notizie sono state da me raccolte attraverso un'intervista all'avvocato Fabio Gaetano Lanfranca, difensore di alcuni degli imputati nel processo penale, il 28 febbraio 2020.

*La casa del Popolo di Palermo: l'ennesimo caso di inerzia politica e amministrativa.
Ipotesi di uso dei beni comuni per una buona discussione*

Il 4 dicembre 2019 l'Istituto dei Ciechi di Palermo – Ente vigilato dall'Assessorato Regionale dell'Istruzione e della Formazione Professionale della Regione Siciliana – ha comunicato sul proprio sito ufficiale che «intende procedere alla valorizzazione a vantaggio della Comunità dell'immobile ex sede dell'Istituto Statale dei Sordomuti facente parte del patrimonio immobiliare dell'Istituto dei Ciechi a seguito della Legge Regionale n. 9/2015 (Art. 34)».

Dunque, secondo quanto si legge nell'avviso pubblico relativo alla «manifestazione d'interesse», l'Ente intende valorizzare il bene, vendendolo o affittandolo, dandolo in concessione e, comunque, disponendone come riterrà più opportuno, a condizione che la struttura ospiti «servizi e attività assistenziali coerenti con le finalità istituzionali dell'Istituto dei ciechi».

La Casa del Popolo era stata costituita presso l'ex Istituto Statale per Sordomuti, in stato di abbandono da oltre un decennio, ad opera di una pluralità di soggettività sociali, ONG, cooperative e singoli, tutte portatrici di interessi sociali e culturali, che l'avevano resa un luogo di incontro di esperienze diverse, di iniziative culturali, dibattiti, concerti, sportello per il lavoro e contro lo sfruttamento, sportello per l'emergenza abitativa, raccolta e distribuzione di indumenti usati, biblioteca ed aule studio, e per promuovere manifestazioni di massa, che hanno coinvolto la città e le sue istituzioni. Più di recente, la «Casa» è stata la sede di un progetto, denominato «Tempo d'Estate», attraverso il quale alcuni giovani hanno offerto un servizio ricreativo, di attività sociali, di incontri e di svago per i bambini del quartiere².

Dunque, il mio interesse per la vicenda viene, da un lato, dalla sperimentazione sociale dal basso che ha preso avvio la scorsa estate, quando lo spazio è stato reso fruibile a fini sociali – senza scopo di lucro – dai giovani della Casa del Popolo, che hanno accolto decine di ragazzini dei quartieri circostanti, organizzando attività didattiche integrative, dall'altro lato, dalla storia di questo luogo.

² Le notizie sono state acquisite attraverso interviste ad alcuni dei frequentatori abituali della Casa del Popolo e attraverso la stampa locale. Per tutti, cfr. <https://www.palermotoday.it/cronaca/sgombero-casa-del-popolo-via-cavour-18-settembre-2019.html>; https://palermo.repubblica.it/cronaca/2019/09/18/news/palermo_sgombero_della_casa_del_popolo_era_occupato_da_un_movimento_giovanile-236317093/.

Alessandra Pera

*La casa del Popolo di Palermo: l'ennesimo caso di inerzia politica e amministrativa.
Ipotesi di uso dei beni comuni per una buona discussione*

Ed infatti, negli spazi che oltre un secolo fa ospitarono la scuola per i sordomuti, una comunità intergenerazionale di volontari ha, seppure per breve tempo, offerto servizi gratuiti, dando nuovamente vita e valore d'uso a un edificio chiuso e abbandonato da anni, curandolo e mantenendolo, in sintonia con le finalità d'integrazione sociale caratterizzanti la storia dell'edificio, che lo qualificano – secondo me – come bene comune.

In città si è acceso il dibattito sulla questione dell'autogestione dal basso degli spazi pubblici, alimentato anche dalla presenza di una sede del Comitato Rodotà sui Beni Comuni.

Da questi fatti sono stata portata a riflettere ed a formulare due domande essenziali: quando un bene si dice comune? E quando l'uso sociale ad opera di una collettività di persone può essere ritenuto meritevole di tutela più di altri valori rilevanti?

Secondo, la definizione proposta dalla Commissione, presieduta da Stefano Rodotà e nominata dal Ministro della Giustizia nel 2007 per riformare le norme del codice civile relative ai beni pubblici, sono beni comuni «quei beni a consumo non rivale, ma esauribile, come i fiumi, i laghi, l'aria, i lidi, i parchi naturali, le foreste, i beni ambientali, la fauna selvatica, i beni culturali, etc., i quali, a prescindere dalla loro appartenenza pubblica o privata – in realtà quasi sempre pubblica, a parte i beni culturali -, esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali e al libero sviluppo delle persone e dei quali, perciò, la legge deve garantire in ogni caso la funzione collettiva, anche in funzione delle generazioni future»³.

2. Il caso del Macello Comunale di Pignataro Maggiore

Con la prudenza di una studiosa di diritto privato, che si permette di sconfinare nel diritto penale, maneggiando con circospezione e qualche aiuto di gentili colleghi penalisti, fattispecie incriminatrici e principi sull'elemento soggettivo del dolo, vorrei menzionare una

³ Il manifesto e la ricostruzione teorico-dogmatica del progetto di riforma sono contenuti in U. Mattei- E. Reviglio-S. Rodotà, *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Il Mulino, Bologna, 2007.

*La casa del Popolo di Palermo: l'ennesimo caso di inerzia politica e amministrativa.
Ipotesi di uso dei beni comuni per una buona discussione*

sentenza della Corte di Cassazione penale⁴, che, in questi tempi di grande fervore repressivo di supposte occupazioni abusive di immobili di proprietà pubblica, vuoti e abbandonati, gestiti per fini sociali, si pronuncia in controtendenza.

I fatti si svolgono a Pignataro Maggiore, in provincia di Caserta, e hanno inizio negli anni 90', quando un gruppo di «bambini», così definiti dal Tribunale di primo grado, sotto la sigla «Tempo rosso» occupa l'ex macello comunale, vuoto e abbandonato, svolgendo al suo interno attività sociali. La denuncia parte circa due decenni dopo l'inizio dell'occupazione. La Procura della Repubblica del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere chiede il sequestro preventivo dell'immobile, contestando agli occupanti (ormai maggiorenni) i reati di invasione di edifici (art.633 c.p.), di deturpamento e imbrattamento di cose altrui (art.639 c. p.) e omissione di lavori in edifici che minacciano rovina (art.677 c. p.). Il giudice per le indagini preliminari rigetta la richiesta di sequestro preventivo avanzata dalla Procura e il Tribunale, in sede cautelare, conferma il provvedimento di rigetto, rilevando che non fosse raggiunta una sufficiente gravità indiziaria e, specificamente, per il reato di occupazione abusiva, in ragione della minore età degli indagati al tempo dell'occupazione dell'ex macello comunale da parte del centro sociale, ma anche della circostanza che il Comune aveva prestato ventennale acquiescenza all'occupazione, sostanzialmente legittimandola ed impedendo la configurazione dell'elemento soggettivo in capo agli indagati.

Il procuratore, però, ricorre in Cassazione perché il reato di invasione dell'ex macello comunale venga qualificato come istantaneo ad effetti permanenti anziché come reato permanente. Dalla diversa natura deriverebbe la sussistenza dell'illecito contestato agli indagati anche sotto il profilo soggettivo⁵.

La Cassazione, tuttavia, mostrando poco interesse circa la qualificazione giuridica del reato di occupazione, si concentra, purtroppo molto sinteticamente, sull'elemento soggettivo del dolo, che avrebbe dovuto sostenere l'attività di occupazione rendendola illecita⁶.

⁴ Cass. Pen., sez. II, 10 agosto 2018, n. 38483.

⁵ Sulla distinzione tra le due categorie dogmatiche, vd. G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto Penale, parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2007; G. De Santis, *Gli effetti del tempo nel reato*, Giuffrè, Milano, 2006.

⁶ Sul dolo vd. G. Fiandaca-E. Musco, cit., *Diritto Penale*.

*La casa del Popolo di Palermo: l'ennesimo caso di inerzia politica e amministrativa.
Ipotesi di uso dei beni comuni per una buona discussione*

La Cassazione, concordando pienamente con gli argomenti del Tribunale, spiega come mancasse negli imputati la coscienza dell'illiceità della occupazione «a causa del lungo periodo di tempo, circa 20 anni, in cui il Comune, proprietario dell'immobile, aveva prestato acquiescenza alla supposta occupazione abusiva, ingenerando il convincimento negli indagati, attraverso atti positivi come il pagamento dell'utenza relativa al consumo di energia elettrica dell'immobile, della legittimità dell'occupazione, così escludendone il dolo»⁷.

La sentenza della Cassazione sembra avere una *ratio decidendi* nascosta, che poggia formalmente sulla rilevanza (ovvero qui assenza) del dolo e che non poteva esplicitare integralmente: il diritto di proprietà di un immobile non può essere invocato dal Comune di Pignataro inerte ed acquiescente per decenni, ma va contemperato con il diritto di essere usato, anche da terzi, per fini sociali⁸. È qui che viene in considerazione la parte più delicata delle riflessioni che mi riprometto di svolgere sulla funzione sociale della proprietà, sancita dalla Costituzione e che le ragazze e i ragazzi di Tempo Rosso, così come quelli della Casa del Popolo di Palermo, hanno attuato nel contesto del loro territorio.

3. Sulla funzione sociale della proprietà. Un'analisi genealogica

In questo paragrafo e nel successivo farò prevalentemente riferimento all'interessante analisi genealogica di Maria Rosaria Marella⁹ sul principio della funzione sociale della proprietà e sulle sue diverse declinazioni, per capire se in qualche modo questa funzione possa essere invocata per legittimare le rivendicazioni dei beni comuni. Quindi, riprenderò il lavoro critico di Ugo Mattei ed Alessandra Quarta¹⁰ su questi temi e sulla possibilità di ripensare categorie, quali la

⁷ Cass. Pen., sez. II, 10 agosto 2018, n. 38483.

⁸ G. Di Lello, <https://www.pressenza.com/it/2019/12/quando-la-cassazione-legittima-loccupazione/>, consultato il 10 febbraio 2020.

⁹ M.R. Marella, *La funzione sociale oltre la proprietà*, in <http://www.euronomade.info/?p=2114>, consultato il 10 febbraio 2020.

¹⁰ U. Mattei-A. Quarta, *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato. Dal capitale ai beni comuni*, Aboca, 2018.

*La casa del Popolo di Palermo: l'ennesimo caso di inerzia politica e amministrativa.
Ipotesi di uso dei beni comuni per una buona discussione*

proprietà dei beni pubblici (abbandonati), il contratto, le fondazioni, le società cooperative, le associazioni senza scopo di lucro, ed utilizzare principi generali, come la funzione sociale della proprietà e il principio di sussidiarietà, in un'ottica contro-egemonica, ecologica e generativa di utilità sociale.

La funzione sociale della proprietà è terreno ideale in cui emerge la contrapposizione tra le costituzioni democratiche post-belliche e i valori costituzionali europei, in quanto il tramonto della funzione sociale nella CEDU e nella Carta di Nizza rappresenta, secondo una certa impostazione¹¹, il ridimensionamento della giustizia sociale proprio delle costituzioni nazionali verso derive neoliberali, votate alla centralità della proprietà privata.

Il diritto di proprietà nella Costituzione è al centro del conflitto tra il modello di stato sociale e progetti neoliberali. Da un lato, abbiamo gli artt. 9 e 43: il primo tutela il paesaggio fuori dal paradigma dominicale; il secondo vede comunità di lavoratori ed utenti titolari di imprese di interesse nazionale. Dall'altro lato, sono presenti modelli di gestione delle risorse irrimediabilmente legati alle strutture dello stato sociale del dopoguerra (art. 44) e principi come la funzione sociale della proprietà (art. 42), che sopravvivono al tramonto del *welfare state*, ove declinati in un'ottica liberale o neoliberale. Per cui, la attualità del principio in esame è questione aperta e problematica¹².

Dunque, alcune disposizioni della costituzione sono ispirate da una impostazione della relazione società-Stato, in parte non più attuale, che si manifesta nell'attribuzione di diritti funzionali all'interesse sociale e nel monopolio statale delle politiche redistributive; altre, invece, sono perfettamente coerenti con la produzione giuridica contemporaneissima.

In effetti, il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali sono il portato della stratificazione del progetto costituzionale, ma hanno assunto anche una dimensione essenziale nell'attuale fase di globalizzazione del diritto. Il proliferare di carte dei diritti internazionali e sovranazionali ha allargato lo spettro dei diritti umani riconosciuti e tutelati, tanto che il «discorso sui diritti umani» è divenuto una delle colonne portanti su cui poggia l'ordine giuridico

¹¹ A. Somma, *Economia di razza*, Ombre Corte, Verona, 2009.

¹² M.R. Marella, cit., *La funzione sociale oltre la proprietà*, p. 2.

*La casa del Popolo di Palermo: l'ennesimo caso di inerzia politica e amministrativa.
Ipotesi di uso dei beni comuni per una buona discussione*

globale¹³, almeno tanto quanto il modello privatistico di gestione delle risorse materiali e immateriali¹⁴. In un certo senso, quindi, la retorica dei diritti si iscrive a pieno titolo nello strumentario della *governance* neoliberale, insieme al ruolo dominante assunto dalle corti supreme nazionali e sovranazionali e alla tecnica del bilanciamento degli interessi in conflitto che ne guida le decisioni¹⁵, in quanto la proprietà privata ed individuale si consolida quale diritto fondamentale.

In quest'ottica, l'idea che la funzione sociale della proprietà possa legittimare le rivendicazioni dei beni comuni sembra in contrasto con la sua matrice storica. Tuttavia, secondo Maria Rosaria Marella, uno studio genealogico del principio può condurre a risultati inattesi, se si porta l'analisi oltre la funzione sociale alla luce del rapporto pubblico-privato, caratteristico del *welfare state* della metà del '900. Il tentativo (riuscitissimo) che propone l'Autrice è di leggere i momenti di torsione e rottura nell'evoluzione del principio, che non è non può essere lineare; di individuare i frammenti che compongono un quadro non armonico, ma contraddittorio; di ricostruire un concetto composito, alla luce delle diverse matrici culturali e delle ideologie che lo hanno nel tempo ispirato¹⁶.

Per cui, nella costituzione democratica del dopoguerra, la costituzionalizzazione della proprietà ha la finalità di mutare il contenuto intrinseco della situazione soggettiva in funzione della realizzazione di finalità superindividuali. Nello stesso tempo, però, il diritto soggettivo mantiene la sua natura di dispositivo di tutela della libertà dell'individuo.

Inoltre, l'analisi genealogica proposta da Marella mostra che la funzione sociale non è morta e che si mostra formula flessibile, utilizzabile in contesti diversi per servire disegni politici diversi: durante il fascismo, la funzione sociale assume una vocazione produttivista per

¹³ M.R. Ishay, *The History of human rights. From ancient times to the globalized era*, University of California Press, Berkley, 2004, pp. 9 ss., 199 ss., 282; A. Sen, *Human rights and the limits of law*, in *Cardozo Law Review*, 2006, pp. 2913 ss.

¹⁴ M.R. Marella, cit., *La funzione sociale oltre la proprietà*, p. 3.

¹⁵ M. Bussani, *Il diritto dell'occidente. Geopolitica delle regole globali*, Einaudi, Torino, 2010, pp. 135 ss.

¹⁶ Per questo tipo di ricostruzione-comparazione diacronica della proprietà, vd. L. Coccoli, *Idee del comune*, in M.R. Marella (ed.), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Ombre Corte, Verona 2012, pp. 31-42.

Alessandra Pera

*La casa del Popolo di Palermo: l'ennesimo caso di inerzia politica e amministrativa.
Ipotesi di uso dei beni comuni per una buona discussione*

rispondere agli obiettivi di modernizzazione dell'economia e di industrializzazione del paese perseguiti dal regime¹⁷; negli anni '60-'70, diviene vettore di politiche perequative e redistributive dello Stato sociale; nella fase attuale, diviene lo strumento che garantisce l'efficienza dei *property rights*. Tuttavia, l'Autrice osserva che le ricostruzioni, che in una dimensione diacronica descrivono uno sviluppo lineare, sono fallaci. Ciò in quanto, se compariamo in dimensione sincronica, è possibile osservare come negli anni '70, la funzione sociale abbia svolto un'azione perequativa e promozionale di alcuni gruppi sociali tendenzialmente svantaggiati (i conduttori, ad es.) nel contesto nazionale; mentre, nel contesto comunitario, sia stata intesa come strumentale all'integrazione economica e alla tutela di alcuni attori del mercato: agricoltori, produttori, distributori (che poi verranno chiamati «professionisti», in quanto non consumatori), che non appartengono storicamente alle classi subalterne o svantaggiate, ma che sono riconosciuti meritevoli di tutela in un'ottica di efficiente funzionamento del mercato. In effetti, la complessa rete degli interessi economici e dei progetti politici in campo, soprattutto al livello transnazionale e dell'Unione europea, mostrano le tensioni e le contraddizioni che attraversano il rapporto, pur imprescindibile, fra proprietà e capitalismo, orientato su un modello per cui l'accumulazione avviene attraverso i meccanismi della rendita e dell'interesse con una vocazione marcatamente proprietaria, che, secondo Luca Nivarra, è, invece, di per sé refrattaria alla funzione sociale di cui all'art.42 Cost.¹⁸.

La funzione sociale, in effetti, oggi va collocata in un contesto in cui sono profondamente cambiati i rapporti fra Stato e mercato, fra pubblico e privato¹⁹. La sovranità statale è in crisi e la proprietà privata vive una nuova fase di ascesa. Allo Stato interventore si è pian piano avvicinato lo Stato regolatore, lo Stato proponente e contraente. La

¹⁷ A. Somma, cit., *Economia di razza*.

¹⁸ L. Nivarra, *La funzione sociale delle proprietà: dalla strategia alla tattica*, in *Rivista Critica del diritto privato*, 2014, pp. 503-530.

¹⁹ Alcune interessanti riflessioni sono offerte da vari Autori in D. Bollier-S. Hekfrich (ed.), *The wealth of the commons. A word beyond market and state*, Levellers Press, Amherst, 2012.

*La casa del Popolo di Palermo: l'ennesimo caso di inerzia politica e amministrativa.
Ipotesi di uso dei beni comuni per una buona discussione*

geopolitica delle regole globali²⁰ (World Bank, Wto, ecc.) è orientata verso l'espansione della proprietà, soprattutto della proprietà intellettuale, allargata e stirata fino a ricomprendere aree (oggetti, beni materiali e immateriali) prima di oggi considerate *public domain* e non oggetti di diritti di esclusiva (i geni umani, piante, ecc.)²¹.

D'altra parte, il discorso sui diritti umani fondamentali e l'esaltazione della libertà e della dignità dell'uomo, attraverso l'autodeterminazione e l'esercizio del diritto alla proprietà privata nelle sue varie forme, si trova in tensione dialettica con la funzione sociale e con il progetto (di trasformazione) dei beni comuni, che si nutre invece di istanze fortemente anti-proprietarie²².

Tuttavia, evidenziando un'altra torsione, va osservato che l'esplosione della proprietà, da una parte, e il declino della sovranità degli Stati nazionali, dall'altra, ha sollecitato l'azione di comunità piccole e grandi, localizzate e diffuse, nella lotta contro lo spossamento del comune. Ed infatti, la gestione comune appare una risposta all'insoddisfazione per la tutela e la gestione dei beni²³, normalmente lasciate alla pubblica amministrazione e dalle quali sono escluse le comunità. Dall'altro lato, essa è forse anche una reazione alla eccessiva fiducia nell'efficienza del mercato e soprattutto dell'equità delle soluzioni perseguite attraverso tale strada. La crisi economica ha accentuato le criticità, poiché sono diminuiti i fondi pubblici a disposizione e la gestione economica dei beni, in molti casi, non è più remunerativa²⁴.

²⁰ M. Bussani, *Il diritto dell'occidente. Geopolitica delle regole globali*, Einaudi, Torino, 2010.

²¹ U. Mattei-L. Nader, *Il saccheggio*, Bruno Mondadori, Milano, 2010.

²² M.R. Marella, cit., *La funzione sociale oltre la proprietà*, p. 6.

²³ In particolare, sul tema della tutela, cfr. A. Di Porto, *Res in usu pubblico e 'beni comuni'. Il nodo della tutela*, Giappichelli, Torino, 2013.

²⁴ Sugli effetti della crisi finanziaria sulla gestione ed amministrazione dei beni pubblici, vd. G. Cerrina Feroni, (voce) *Cartolarizzazioni dei beni pubblici*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. 3, Giuffrè, Milano, 2010, pp.146-166; V. Caputi Jambrenghi, *I beni pubblici tra crisi finanziaria e risorse di gestione*, in M. Pennasilico (ed.), *Scritti in onore di Lelio Barbiera*, Napoli, 2012, pp. 265-76; G. Fidone, *Beni comuni e comunità: verso la definizione del modello*, on line su <http://www.labsus.org/2017/08/beni-comuni-e-comunita-verso-al-definizione-del-modello/>, consultato il 17 febbraio 2020.

*La casa del Popolo di Palermo: l'ennesimo caso di inerzia politica e amministrativa.
Ipotesi di uso dei beni comuni per una buona discussione*

In termini giuridici, una nuova contrapposizione si profila: quella fra il diritto di escludere- del proprietario - e il diritto - degli altri, i non proprietari - a non essere esclusi. Quale è il fondamento normativo di una tale pretesa? Oggi il principio della funzione sociale può soccorrere conferendo legittimità alle violazioni «socialmente virtuose» del diritto di proprietà? Può essere invocato di fronte a quei casi, in cui spazi di proprietà pubblica o privata, lasciati in stato di abbandono, sono riattivati e restituiti al quartiere, alla città ed a più ampie collettività, con progetti culturali o sociali, che producono forme di «welfare dal basso»²⁵, soddisfano diritti fondamentali (come il diritto all'abitare o all'integrazione sociale)?

Il tema è se la funzione sociale della proprietà possa tutelare i non proprietari, che esercitano il diritto di non essere esclusi dalla proprietà, quindi, di accedere ad alcune delle facoltà del proprietario, rivendicando un interesse comune sul bene, anche attraverso forme di disubbidienza, di violazioni intenzionali motivate da obiettivi politici o sociali²⁶. Ciò è avvenuto negli Stati Uniti, durante i movimenti di *Occupy wall street* e non solo; durante i movimenti per i diritti civili; in Italia dopo la Prima guerra mondiale, durante le lotte contadine per la proprietà fondiaria; in Brasile con le battaglie dei *sem terra*.

Secondo Quarta e Mattei, in particolare, la diffusione delle occupazioni di stabili abbandonati e la conseguente nuova funzione sociale acquisita con l'occupazione, devono essere interpretate alla luce del soddisfacimento di bisogni legittimi e di diritti costituzionalmente garantiti, che realizzano attraverso una «esecuzione collettiva diretta», seppure «formalmente illegittima»²⁷. Occorre ricordare che il caso palermitano, da cui sono partita riguarda un bene pubblico e, quindi, in quest'ottica continuerà l'analisi.

²⁵ M.R. Marella, *Pratiche del comune. Per una nuova idea di cittadinanza*, in *Lettera internazionale*, 2013, p. 25; P. Cacciari, *La società dei beni comuni*, Ediesse, Roma, 2010; S. Belardinelli (ed.), *Welfare Community e sussidiarietà*, Egea, Milano, 2005; G. Berti, *Sussidiarietà e organizzazione dinamica*, in *Jus*, 2004, pp. 171 ss.

²⁶ L. Fox O'Mahony-N.A. Cobb, *Taxonomy of squatting: Unlawful occupation in a new legal order*, in *Modern Law Review*, 2008, pp. 867 ss.

²⁷ U. Mattei-A. Quarta, cit., *Punto di svolta*, p. 79.

*La casa del Popolo di Palermo: l'ennesimo caso di inerzia politica e amministrativa.
Ipotesi di uso dei beni comuni per una buona discussione*

4. *Beni comuni, accesso, inclusione e sussidiarietà*

I beni comuni, necessari per la vita o funzionali alla soddisfazione di interessi e bisogni primari dell'individuo, nella misura in cui realizzano diritti fondamentali delle persone e garantiscono forme di autodeterminazione in termini di espressione di identità culturale o di forme di vivere sociale, si caratterizzano per la non esclusione dall'uso generale e per la non assoggettabilità ad un prezzo, quale corrispettivo del loro utilizzo. Queste caratteristiche dovrebbero essere sufficienti ad escludere i beni pubblici dalle logiche del mercato, attraverso forme di privatizzazione o di gestione privata. Tali beni sono, inoltre, fortemente collegati ad una *comunità* di riferimento, che si crea intorno ad essi e che, in funzione dell'uso condiviso, tende a rafforzarsi attraverso il senso di partecipazione e di solidarietà²⁸.

In dottrina, sono state offerte diverse definizioni di bene e sono state catalogate diverse *species* di beni che farebbero parte dell'ampio *genus*, bene comune. In queste brevi riflessioni, molto legate al caso concreto da cui sono partita, non ritengo utile approfondire questo dibattito, anche per ragioni di spazio.

Di recente, con l'iniziativa di legge popolare, è stato richiesto dai cittadini (Comitato Rodotà per i beni comuni) il riconoscimento legislativo della nuova categoria, nell'ambito dell'auspicata riforma della disciplina dei beni pubblici, di cui al capo II del titolo I del libro

²⁸ Gli strumenti ed i percorsi nella prassi sono stati i più vari, per una panoramica complessiva, si rinvia ad AA. VV., *Dalla società civile al capitale sociale. Reti associative e strategie di prossimità*, Franco Angeli, Roma, 2006; G. Allegretti-M.E. Frascaroli (eds.), *Percorsi condivisi. Contributi per un atlante di pratiche partecipative in Italia*, Firenze University Press, Firenze, 2006; U. Allegretti, *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze University Press, Firenze, 2001; Id., *Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti*, in *Democrazia e diritto*, 2006, pp. 151-166. Per la letteratura straniera, per tutti, si rinvia ai più datati, ma attualissimi, J. Bohman, *Public deliberation: Pluralism, Complexity and Democracy*, MIT Press, Cambridge, 1996; J. Bohman- W. Rehg, *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*, MIT, Cambridge, Press, 1997.

*La casa del Popolo di Palermo: l'ennesimo caso di inerzia politica e amministrativa.
Ipotesi di uso dei beni comuni per una buona discussione*

III del codice civile, secondo lo schema del disegno di legge delega elaborato nel 2012 dalla c.d. Commissione Rodotà²⁹.

Nelle more, però, in assenza di una legislazione sistematica ed organica, al livello di formante legislativo, alcune Regioni hanno fatto ricorso al concetto di bene comune in interventi normativi in tema di governo del territorio, consumo del suolo e delle acque. Al livello di formante giudiziale, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno definito «comuni» alcuni beni demaniali, quali le Valli da Pesca venete, in quanto funzionali alla realizzazione di diritti fondamentali delle collettività di riferimento³⁰.

In particolare, le Sezioni Unite hanno statuito che «il richiamo all'art. 42 Cost., (...) pone l'esigenza di rivisitare in via interpretativa il sistema normativo vigente, con particolare riferimento ai dati costituzionali, al fine della individuazione dei criteri indispensabili per attribuire natura "non privata" ad un bene immobile. La disciplina positiva dei beni pubblici, peraltro, risiede ancora, almeno nelle sue linee fondamentali, nel codice civile (artt. 822-831), il quale, com'è noto, con una classificazione non del tutto soddisfacente, divide i beni pubblici, ossia i beni "appartenenti allo Stato, agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici", in tre categorie: beni demaniali, beni patrimoniali indispensabili e beni patrimoniali disponibili. (...) Oggi però, non è più possibile limitarsi, in tema di individuazione dei beni pubblici o

²⁹ Come sopra accennato, il manifesto e la ricostruzione teorico-dogmatica del progetto di riforma sono contenuti in U. Mattei- E. Reviglio-S. Rodotà, *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Il Mulino, Bologna, 2007. Il dibattito risvegliato da questa proposta ha visto contributi di molti autori, tra i quali, per tutti, si vedano A. Lucarelli, *Introduzione: verso una teoria giuridica dei beni comuni*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2007, pp. 3 ss.; Id., *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni*, in *Quale Stato*, 2007, pp. 87 ss.; G. Dalisa, *Beni comuni versus beni pubblici*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2007, pp. 23 ss.; E. Reviglio, *Per una riforma del regime giuridico dei beni pubblici. Le proposte della Commissione Rodotà*, in *Politica del diritto*, 2008, pp. 531-536; M.R. Marella, *Il diritto dei beni comuni. Un invito alla discussione*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2011, pp. 103 ss.; U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Roma, 2011; A. Lucarelli (ed.), *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica*, ESI, Napoli, 2011; C. Salvi, *Beni comuni e proprietà privata*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, pp. 209 ss.; L. Nivarra, *I beni comuni uni e trini ed il capitalismo proprietario*, in www.juscivile.it, 2013, pp. 599 ss.; A. Vesto, *I beni. Dall'appartenenza egoistica alla fruizione solidale*, Giappichelli, Torino, 2014.

³⁰ Cfr. Cass. Civ. SS.UU., 16 febbraio 2011, n. 3813.

*La casa del Popolo di Palermo: l'ennesimo caso di inerzia politica e amministrativa.
Ipotesi di uso dei beni comuni per una buona discussione*

demaniali, all'esame della sola normativa codicistica del '42, risultando indispensabile integrare la stessa con le varie fonti dell'ordinamento e specificamente con le (successive) norme costituzionali. La Costituzione, com'è noto, non contiene un'espressa definizione dei beni pubblici, né una loro classificazione, ma si limita a stabilire alcuni richiami che sono, comunque, assai importanti per la definizione del sistema positivo».

Le norme costituzionali, menzionate dalla Corte nello svolgimento dell'iter logico argomentativo sono gli artt. 2, 9 e 42 Cost., richiamano «il principio della tutela della umana personalità e del suo corretto svolgimento nell'ambito dello Stato sociale, anche nell'ambito del “paesaggio”, con specifico riferimento non solo ai beni costituenti, per classificazione legislativa-codicistica, il demanio e il patrimonio oggetto della “proprietà” dello Stato, ma anche riguardo a quei beni che, indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore, per loro intrinseca natura o finalizzazione risultino, sulla base di una compiuta interpretazione dell'intero sistema normativo, funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività».

Secondo le SS.UU., «da tale quadro normativo-costituzionale, e fermo restando il dato “essenziale” della centralità della persona (e dei relativi interessi), da rendere effettiva, oltre che con il riconoscimento di diritti inviolabili, anche mediante “adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”, emerge l'esigenza interpretativa di guardare al tema dei beni pubblici oltre una visione prettamente patrimoniale-proprietaria per approdare ad una prospettiva personale-collettivistica».

Ciò implica che «più che allo Stato-apparato, quale persona giuridica pubblica individualmente intesa, debba farsi riferimento allo Stato-collettività, quale ente esponenziale e rappresentativo degli interessi della cittadinanza (collettività) e quale ente preposto alla effettiva realizzazione di questi ultimi; in tal modo disquisire in termine di sola dicotomia beni pubblici (o demaniali)–privati significa, in modo parziale, limitarsi alla mera individuazione della titolarità dei beni, tralasciando l'ineludibile dato della classificazione degli stessi in virtù della relativa funzione e dei relativi interessi a tali beni collegati. Ne deriva quindi che, là dove un bene immobile, indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni, in particolar modo

*La casa del Popolo di Palermo: l'ennesimo caso di inerzia politica e amministrativa.
Ipotesi di uso dei beni comuni per una buona discussione*

quelle di tipo ambientale e paesaggistico, destinato alla realizzazione dello Stato sociale come sopra delineato, detto bene è da ritenersi, al di fuori dell'ormai datata prospettiva del *dominium* romanistico e della proprietà codicistica, "comune" vale a dire, prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini».

Dunque, la demanialità pura e semplice non appare esaustiva «per individuare beni che, per loro intrinseca natura, o sono caratterizzati da un godimento collettivo o, indipendentemente dal titolo di proprietà pubblico o privato, risultano funzionali ad interessi della stessa collettività. In tal modo, risultando la collettività costituita da persone fisiche, l'aspetto dominicale della tipologia del bene in questione cede il passo alla realizzazione di interessi fondamentali indispensabili per il compiuto svolgimento dell'umana personalità».

In definitiva, le valli da pesca configurano uno dei casi in cui i principi combinati dello sviluppo della persona, della tutela del paesaggio e della funzione sociale della proprietà trovano specifica attuazione, dando origine ad una «concezione di bene pubblico, inteso in senso non solo di oggetto di diritto reale spettante allo Stato, ma quale strumento finalizzato alla realizzazione di valori costituzionali»³¹.

Il Consiglio di Stato, da parte sua, in un caso riguardante una concessione regionale ad un'impresa produttrice di acque minerali e, dunque, il diritto di sfruttare una fonte riferibile ad una comunità territorialmente ben definita, ha affermato che lo sfruttamento privato del bene comune è causa dell'impoverimento della comunità in questione³².

Su tale base, la privazione potrebbe essere giustificata solo quando vi sia un'adeguata remunerazione per la collettività di

³¹ Le parti virgolettate riprendono Cass. Civ. SS.UU., 16 febbraio 2011, n. 3813.

³² Cons. Stato, sez. V, 4 agosto 2011, n. 4679, commentata, tra gli altri, da G. Fidone, *Il caso della sorgente Boschetto: la rilevanza per i beni comuni*, on line su <https://www.labsus.org/2018/06/sentenza-del-consiglio-di-stato-4-agosto-2011-n-4679/>, secondo il quale «il principio che lo sfruttamento privato della risorsa determina un impoverimento della comunità alla quale la risorsa è sottratta. La comunità di riferimento del bene è dunque distinta dalla generalità indistinta delle persone. Ciò apre la strada al riconoscimento al membro della comunità (impoverito dalla sottrazione del bene) di una posizione giuridica differenziata rispetto a quello del *quisque de populo* (indifferente rispetto alla medesima sottrazione)».

*La casa del Popolo di Palermo: l'ennesimo caso di inerzia politica e amministrativa.
Ipotesi di uso dei beni comuni per una buona discussione*

riferimento, che compensi l'impoverimento sofferto per la cessione (totale o parziale) al privato dell'utilizzo della risorsa. Tale remunerazione può consistere, ad esempio, in una positiva ricaduta degli investimenti privati o nella creazione di posti di lavoro per la comunità impoverita». Diventa cruciale, dunque, «stabilire quali forme di partecipazione, in un procedimento volto a dare in concessione a privati un bene comune, debbano essere garantite alla comunità di riferimento» ovvero sia determinare se «il pubblico decisore, titolare in astratto del potere di dare in concessione il bene a privati, possa o meno esercitare tale potere senza il consenso della comunità che subirebbe il pregiudizio derivante dalla privazione dell'utilizzo del bene»³³.

Guardando alle prassi amministrative locali, alcune Regioni ed alcuni Comuni si sono dotati - anche grazie al lavoro scientifico e performativo di una parte della dottrina (il riferimento è al Gruppo di Gregorio Arena e del laboratorio per la sussidiarietà LABSUS) - di Regolamenti per la cura e la gestione dei beni comuni, attraverso forme di amministrazione condivisa con i cittadini.

In questo quadro, anche a causa della crisi economica strutturale, dell'emergenza abitativa e dei tagli alle politiche di *welfare*, sono aumentati casi di occupazioni illegittime di beni pubblici o privati, rivendicati come comuni, da parte di gruppi di cittadini (si pensi al caso del Teatro Valle a Roma, di alcuni palazzi nei vari centri storici delle città, di Valle Fiorita³⁴, nel quartiere di Prima Valle a Roma, ecc.). In questi casi, la funzione sociale della proprietà emerge in maniera più immediata, nel senso che questi beni pubblici o privati, se guardiamo al loro proprietario, sono stati occupati per soddisfare bisogni, attuare diritti di comunità di persone.

Una parte della dottrina, infatti, ritiene che la distinzione tra proprietà pubblica e privata debba fondarsi, a prescindere dal soggetto proprietario, su un criterio oggettivo-funzionale, in considerazione della destinazione del bene, ovvero dell'interesse (pubblico o privato) che esso è preposto a realizzare. Tale criterio è certamente alternativo

³³ G. Fidone, cit., *Il caso della sorgente Boschetto: la rilevanza per i beni comuni*.

³⁴ Sul caso vd. Corte EDU, 13 dicembre 2018, ric. 67944/13, su www.hudoc.echr.coe.int; L. Caianiello, *Casa di Cura Valle Fiorita: un'occupazione illegittima?*, on line su <http://labsus.org/2019/11/il-caso-della-casa-di-curaa-valle-fiorita-unoccupazione-illegittima/>, consultato il 25 febbraio 2020.

*La casa del Popolo di Palermo: l'ennesimo caso di inerzia politica e amministrativa.
Ipotesi di uso dei beni comuni per una buona discussione*

rispetto a quello soggettivo, tipico e fondante della disciplina dei beni pubblici prevista nel codice civile, basato sulla titolarità della proprietà in capo alla pubblica amministrazione. Il dibattito dottrinale ha visto autorevoli autori (Giannini, Cerulli Irelli, Cassese) classificare i beni secondo un criterio oggettivo, soggettivo o misto³⁵.

I teorici dei beni comuni prediligono il criterio oggettivo-funzionale della destinazione del bene, relegando in una posizione recessiva l'aspetto dell'appartenenza del bene, in modo da potere accostare alle categorie tradizionali dei beni di interesse pubblico (beni pubblici) e dei beni di interesse privato (beni privati) quella dei beni di interesse comune (beni comuni), atti a realizzare l'interesse di una comunità (ovvero di ciascuno dei suoi membri) e non quello pubblico generale ovvero quello individuale³⁶.

La categoria dei beni comuni è, così, individuata in ragione della funzione di tali beni e in alternativa rispetto alla destinazione pubblica tradizionalmente intesa. Per essere più chiari, appare semplice distinguere la destinazione pubblica di un bene quando questo è, per esempio, sede di un ufficio pubblico, mentre più difficile è distinguere tra destinazione pubblica e destinazione comune per i beni aperti all'uso generale.

Con riferimento all'uso, occorre distinguere l'uso comune di un bene da parte di una determinata comunità o gruppo circoscritto di cittadini dall'uso pubblico che spetta a tutti i cittadini indistintamente, ricordando che, i beni comuni, secondo la definizione utilizzata, per i membri della comunità sono essenziali per la vita, afferiscono a diritti fondamentali delle persone, alle loro radici culturali o alla loro identità.

³⁵ Il dibattito in dottrina è vasto e radicato nel tempo, per tutti, si vedano V. Cerulli Irelli, (voce) *Beni pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino, 1987; M. Renna, (voce) *Beni pubblici*, in S. Cassese (ed.), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. I, Giuffrè, Milano, 26; A.M. Sandulli, (voce) *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, V, Giuffrè, Milano, 1959. Tra le monografie cfr. V. Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica e beni collettivi*, Cedam, Padova, 1983; S. Cassese, *I beni pubblici, circolazione e tutela*, Giuffrè, Milano, 1969; M.S. Giannini, *I beni pubblici*, Bulzoni, Roma, 1963.

³⁶ Più di recente, vd. anche G. della Cananea, *I beni*, in S. Cassese (ed.), *Istituzioni di diritto amministrativo*, 2015, Giuffrè, Milano, pp. 253-282; V. Caputi Jambrenghi, *Beni pubblici e di interesse pubblico*, in A. Romano et al. (ed.), *Diritto amministrativo*, 1993, Monduzzi, Bologna, pp. 179-249; M. Renna, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Giuffrè, Milano, 2004; M. D'Alberty, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 131-162

Alessandra Pera

*La casa del Popolo di Palermo: l'ennesimo caso di inerzia politica e amministrativa.
Ipotesi di uso dei beni comuni per una buona discussione*

La natura di bene comune non esclude che detto bene possa anche avere un'utilità per soggetti diversi dai membri della comunità di riferimento: per la collettività indistinta, potendo trattarsi anche di un bene a destinazione pubblica; ovvero per un privato, quale può essere il proprietario.

Lo schema è noto al mondo di *common law*, nei rapporti tra privati, basti ricordare l'esperienza feudale del regime dei «campi aperti», terre non recintate e il sistema di rotazione dei raccolti, che consentiva alle famiglie più povere e disagiate di raccogliere i prodotti della terra dopo il raccolto vero e proprio; ma anche la prassi per cui i *lords*, seppure non remuneravano il lavoro dei coloni, lasciavano alcune terre agli abitanti del villaggio – terre in comune – destinate al pascolo ed alla raccolta della legna³⁷.

Con la stessa filosofia, occorre ricordare la Carta della Foresta del 1215, che regolamentava l'uso collettivo della foresta, sancito anche nella *Magna Charta* dello stesso anno, per cui «ciascun uomo libero» godeva del diritto di accesso alla foresta, nonostante la terra potesse essere di proprietà di uno dei *tenants* (baroni o preti). Si configurava, infatti, una forma di tutela giuridica dei membri della collettività all'accesso e all'uso dei beni comuni. Questa prassi, costituzionalizzata con la *Magna Charta* e con la Carta della Foresta, venne però abrogata con l'avvento dei Tudor e la scelta politica di recintare i terreni, consolidando il sistema incentrato sulla proprietà privata.

Facendo un volo pindarico ed uno sforzo di comparazione diacronica, un altro concetto giuridicamente rilevante è quello di «accesso alla natura»³⁸, conosciuto sia nell'esperienza inglese³⁹ che in quella di area scandinava⁴⁰.

In particolare, il *Countryside and Rights of Ways Act* del 2000, è stato emanato dal Parlamento di Westminster. In seguito a lunghe lotte politiche, iniziate a metà del XIX secolo, quando la *Commons Preservation Society* organizzò un movimento che rivendicava il diritto

³⁷ W.N. Parker-L. Jones (ed.), *European peasants and their markets. Essays in agrarian economic history*, Princeton University Press, 1975.

³⁸ F. Valguarnera, *Accesso alla natura tra ideologia e diritto*, Giappichelli, Torino, 2013.

³⁹ J.L. Anderson, *Britain's right to roam: redefining the landowner's bundle of sticks*, in *Georgetown International Environmental Law Review*, 2007, p. 375.

⁴⁰ Mattei U.-Quarta A., cit., *Punto di svolta*, pp. 76-77.

*La casa del Popolo di Palermo: l'ennesimo caso di inerzia politica e amministrativa.
Ipotesi di uso dei beni comuni per una buona discussione*

dei cittadini di passeggiare liberamente nella natura. Ciò portò, in una prima fase alla istituzione di parchi nazionali, con il *National Parks and Access to the Countryside Act* del 1949 e, successivamente, anche a causa della persistenza delle istanze del movimento, ad ulteriori importanti traguardi⁴¹. Negli anni '90 del secolo scorso, il movimento «*The Land is Ours*» promosse l'occupazione di aree private rurali, rivendicando il diritto di vagare nella natura, anche rispetto a beni di proprietà privata. Il tema fu fatto proprio dal Partito Laburista e dal governo Blair, per cui nel 2000 fu emanato il *Countryside and right of way Act*. Il diritto di vagare nella natura, dunque, è riconosciuto agli escursionisti solo a piedi ed a scopo ricreativo. Le «terre aperte», interessate dal provvedimento, sono individuate in specifiche mappe elaborate dai Comuni ed il proprietario può negare l'accesso per un massimo di ventotto giorni all'anno. Nonostante il dibattito durante i lavori preparatori e le istanze dei proprietari terrieri, non è stato riconosciuto ai proprietari alcun diritto al risarcimento del danno per la compressione del loro diritto di proprietà, per l'eventuale svalutazione derivante al terreno per l'accesso del pubblico, né per i costi di assicurazione per danni provocati dagli escursionisti⁴².

In Svezia il diritto di accedere a terre private per passeggiare, accamparsi, fare pic-nic o raccogliere frutti nella natura, purché i visitatori non arrechino danni, è di origine consuetudinaria, deriva dall'*Allemansrätt* ovvero dal «Diritto di tutti gli uomini», ma è stato riconosciuto dalla Costituzione svedese del 1994 come diritto fondamentale. È vietato, invece, l'accesso a terre coltivate o alle aree vicine alle abitazioni ed agli edifici privati.

Ed ancora, l'esperienza del *community land trust*, comune ad alcune città europee e statunitensi, ha consentito il recupero di beni in stato di abbandono o degrado, attraverso il trasferimento ad alcune comunità di diritti di proprietà su aree estese ed agli individui di diritti esclusivi su alcune particelle, al fine di riqualificarle. L'amministrazione del *trust* è affidata a soggetti fiduciari, nominati con varie possibili modalità, in genere da parte di un'assemblea della comunità. Dunque,

⁴¹ Per una breve analisi dell'evoluzione storica della disciplina in materia di parchi in Italia, vd. M. Ceruti, *Parchi naturali e regime delle acque*, in *Riv. giur. dell'ambiente*, 2008, pp. 630-635.

⁴² Mattei U.-Quarta A., cit., *Punto di svolta*, p. 77.

*La casa del Popolo di Palermo: l'ennesimo caso di inerzia politica e amministrativa.
Ipotesi di uso dei beni comuni per una buona discussione*

la comunità fruisce del bene e gli individui vantano diritti di uso esclusivo, con alcune limitazioni rispetto alla possibilità di disporne, ma che coesistono con l'uso comune⁴³.

Nell'esperienza giuridica italiana, occorre ricordare la Legge n. 440/1978, che ha previsto il diritto di giovani agricoltori, organizzati in cooperative, di presentare domanda agli enti locali competenti per coltivare particelle di terra identificate come non occupate.

Per quanto più ci riguarda, i casi di edifici abbandonati dalla PA, come quello del Macello di Pignataro e della Casa del Popolo di Palermo, fanno emergere un rinnovato ruolo delle comunità che si creano intorno a questi beni, particolarmente rilevante in un'epoca di crisi dei c.d. corpi intermedi (partiti politici, istituzioni sociali e religiose, ecc.). Diventa, però, necessario individuare sistemi decisionali condivisi, ispirati alla rappresentanza ma anche a forme di democrazia deliberativa e partecipativa⁴⁴, nonché a forme di controllo da parte della PA, che deve creare le condizioni per una efficace cooperazione nell'ambito delle comunità e, nello stesso tempo, intervenire ove la comunità non operi a salvaguardia del bene e della sua utile destinazione.

Dunque, oltre al principio della funzione sociale della proprietà, può essere invocato il principio di sussidiarietà c.d. orizzontale⁴⁵, di cui

⁴³ A. Vercellone, *Urban commons e modelli di governo. Il community land trust*, in A. Quarta-M. Spanò (eds.), *Beni comuni 2.0. Controegemonia e nuove istituzioni*, Mimesis, Milano, 2016.

⁴⁴ Mattei U.-Quarta A., cit., *Punto di svolta*, p. 86. Sul tema, vd. A. Floridia, *La democrazia deliberativa, dalla teoria alle procedure. Il caso della legge regionale toscana sulla partecipazione*, in *Stato e mercato*, 2008, pp. 84-101; M. Magatti, *Il potere istituzionale della società civile*, Roma-Bari, 2005; L. Mortari, *Educare alla cittadinanza partecipata*, Mondadori, Milano, 2008; M. Paci (ed.), *Welfare locale e democrazia partecipativa*, Il Mulino, Bologna 2008; L. Pesenti, *Politiche sociali e sussidiarietà*, Edizioni lavoro, 2008; AA.VV., *L'emersione giuridica della società civile tra pubblico e privato*, on line su http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/site/it/IT/Rubriche/Amministrazioni_Pubbliche/Note_e_Commenti/Documento/de_carli.

⁴⁵ Sul principio di sussidiarietà orizzontale la letteratura è consistente, per tutti, si vedano T.E. Frosini, *Profili costituzionali della sussidiarietà orizzontale*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2000, pp. 15 ss.; G.U. Rescigno, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, pp. 23 ss.; P. Ridola *Forma di Stato e principio di sussidiarietà*, in Associazione italiana Costituzionalisti (ed.), *La riforma costituzionale* (atti del convegno 6-7 novembre 1998), Cedam, Padova, 1999, pp. 177 ss.; A. Rinella-

*La casa del Popolo di Palermo: l'ennesimo caso di inerzia politica e amministrativa.
Ipotesi di uso dei beni comuni per una buona discussione*

all'art. 118, comma 4 Cost. La scelta del verbo “favoriscono” comporta un “obbligo di azione positiva” per lo Stato, che deve creare le condizioni idonee affinché i cittadini assumano l'esercizio delle attività di interesse generale⁴⁶.

Rilevano Mattei e Quarta che all'interno della tradizione giuridica occidentale, invece, i giuristi raramente o mai hanno formulato teorie finalizzate a costruire «strutture generative della proprietà, basate sulla regolazione del potere di esclusione e la creazione di diritti» volti alla condivisione delle risorse. Tuttavia, come dimostrano i numerosi casi verificatisi negli ultimi anni, la vita del diritto generata dal basso corre più veloce delle teorie della dottrina e l'accesso è diventato pratica⁴⁷. Il lavoro dei giuristi, dunque, è di individuare principi istituiti che possano essere utilizzati in maniera contro-egemonica, capace di giustificare e inquadrare dogmaticamente questi fenomeni, di garantirne una disciplina e dargli cittadinanza nel mondo del diritto e della legalità, piuttosto che marginalizzarli e renderli illegali.

In proposito, è stato osservato⁴⁸, che il principio di sussidiarietà orizzontale può trovare attuazione, in concreto, rispetto ai beni

L. Coen-R. Scarciglia (eds.), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Cedam, Padova, 1999; F. Pizzetti, *Il principio di sussidiarietà tra retorica e realtà*, in *Non Profit*, 2001, pp. 267 ss.; C. Panzera, *Il doppio volto della sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2003, pp. 849 ss.; M. Musella- M. Santoro (eds.), *L'economia sociale nell'era della sussidiarietà orizzontale*, Giappichelli, Torino, 2012; F. Gentile, *Cosa si intende per sussidiarietà*, in *Non Profit*, 1999, pp. 642 ss; F. Gentile, *Il principio di sussidiarietà e la pedagogia del diritto naturale*, in *Le Società*, 1999, pp. 758 ss; F. Lucarelli-L. Paura, *Diritto privato e diritto pubblico tra solidarietà e sussidiarietà. Il vento non sa leggere*, Edizioni scientifiche italiane, 2008; C. Magnani (ed.), *Beni pubblici e servizi sociali in tempi di sussidiarietà*, Giappichelli, Torino, 2007.

⁴⁶ G. Arena, *Sussidiarietà e solidarietà*, in *Impresa sociale*, 2005, pp. 14 ss.; G. Arena, *Cittadini attivi. Un altro modo di pensare l'Italia*, Laterza, Roma-Bari, 2006; A.M. Balestrieri, *Sussidiarietà, territorio, cooperazione tra mano pubblica e soggetti privati. Spunti per un inquadramento giuridico*, in *Dir. amm.*, 1998, pp. 615 ss.; P. De Carli, *Rilievo di diritto positivo del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Non Profit*, 2001, pp. 333 ss.

⁴⁷ P. Donati-R. Solci, *I beni relazionali. Che cosa sono e quali effetti producono*, Bollati Boringhieri, Torino, 2011; C. Donolo, *Il sogno del buon governo*, Anabasi, Milano, 1992; C. Donolo, *Il distretto sostenibile. Governare i beni comuni per lo sviluppo*, Franco Angeli, 2003; Id. (ed.), *Il futuro delle politiche pubbliche*, Mondadori, 2005; Id., *Sostenere lo sviluppo*, Mondadori, 2007.

⁴⁸ G. Fidone, *Proprietà pubblica e beni comuni*, ETS, 2017.

*La casa del Popolo di Palermo: l'ennesimo caso di inerzia politica e amministrativa.
Ipotesi di uso dei beni comuni per una buona discussione*

pubblici⁴⁹, attraverso il coinvolgimento di soggetti privati *non profit*, che agiscono in genere in forma associativa, cooperativa, di fondazione o simili⁵⁰. Questi soggetti del c.d. *terzo settore* sono istituzioni, che si collocano tra lo Stato e il mercato, ma non sono riconducibili né all'uno né all'altro⁵¹. È stato suggerito, da più parti, (Fidone, Mattei e Quarta) che l'utilizzo dei modelli organizzativi del *non profit* per la gestione dei beni comuni da parte delle comunità di riferimento non esclude che la gestione possa essere orientata economicamente, con redistribuzione degli utili nella remunerazione dei lavoratori (ad esempio, secondo il modello della c.d. *impresa sociale*)⁵². È possibile anche ipotizzare forme di finanziamento diffuso (*crowdfunding*) o di finanziatori terzi, così come avvenuto anche nel caso studio da cui sono partita. L'analisi storica, in questo senso, porterà un ulteriore contributo e qualche spunto di riflessione.

⁴⁹ N. Aicardi, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali. La sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, Giappichelli, Torino, 2002.

⁵⁰ G. Fiorentini, *Impresa sociale e sussidiarietà. Dalle fondazioni alle S.p.a., management e casi*, Franco Angeli, 2006; S. Gatti, *Fondazioni ex bancarie: protagoniste di una nuova sussidiarietà*, in *Giustizia civile*, 2004, pag. 511 – 518; I. Colozzi, *L'applicazione del principio di sussidiarietà*, in *Impresa sociale*, 2001, pp. 44 ss.; G. Ricoveri, *Beni comuni fra tradizione e futuro*, Emi Editore, Bologna, 2005.

⁵¹ G. Resta, *Le persone, i soggetti, le formazioni sociali: note a margine del pensiero di Stefano Rodotà*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, Spring-Summer 2019.

⁵² In tema di impresa sociale e cd. terzo settore, vd. A. Bonomi, *Sussidiarietà, sviluppo e corpi intermedi della società*, in www.federalismi.it; C. Borzaga-A. Ianes, *L'economia della solidarietà. Storia e prospettive della cooperazione sociale*, Donzelli, Roma, 2006; C. Borzaga-F. Zandonai, *L'impresa sociale in Italia. Economia e istituzioni dei beni comuni*, Donzelli, Roma, 2009; P. Chatterjee, *Oltre la cittadinanza. La politica dei governati*, Meltemi editore, Roma, 2006; A. Fici, *Impresa sociale* (voce), in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., aggiornamento, pp. 663-668; E. Emmanuele, *Il non profit strumento di sviluppo economico e sociale*, Luiss Edizioni, Roma, 2001; Id., *Il terzo pilastro. Il non profit motore del nuovo welfare*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008; G. Fiorentini, *Evoluzione dei rapporti tra impresa sociale e impresa for profit*, in *Impresa sociale*, 2006, pp. 275 ss; B.R. Gelli (ed.), *Le nuove forme della partecipazione: un approccio interdisciplinare*, Carocci, Roma, 2007.

*La casa del Popolo di Palermo: l'ennesimo caso di inerzia politica e amministrativa.
Ipotesi di uso dei beni comuni per una buona discussione*

5. La storia dell'Istituto palermitano, la sua funzione sociale, la sussidiarietà e la cooperazione pubblico-privato nel XIX secolo

A Palermo, come accennato all'inizio, negli spazi che un tempo ospitarono la Scuola per i sordomuti, una comunità intergenerazionale di volontari ha, nella breve ma intensa esperienza della Casa del Popolo, offerto servizi gratuiti, dando nuovamente vita e valore d'uso a un edificio chiuso e abbandonato da anni, in sintonia con le finalità d'integrazione sociale caratterizzanti la storia dell'edificio.

Ed infatti, nel marzo del 1832 Ignazio Migliaccio, Principe di Malvagna nonché Presidente della Commissione della Pubblica Istruzione ed Educazione⁵³, si compiace dei risultati ottenuti dagli allievi sordomuti della scuola privata che Ignazio Dixitdominus aveva fondato a Palermo pochi anni prima, dimostrando che mediante l'istruzione gli allievi potessero essere resi parte della «civile società e fatti partecipi a quella reciproca comunione d'idee e di diritti per li quali la ragione e lo spirito li coltiva e va sempre migliorando l'esistenza umana»⁵⁴.

L'alto tasso di sordomuti in Sicilia in quel periodo è percepito come una piaga sociale, che affligge soprattutto i ceti più poveri e, in particolare, alcuni giovani destinati a vivere in condizioni disumane, tanto che nel 1833 il Re Ferdinando II acconsente ad assegnare una rendita annua da prelevarsi, in parte, dalle risorse del Comune di Palermo e, in parte, dalle Valli (l'antica suddivisione territoriale e amministrativa della Sicilia: Val di Noto, Val Demone e Val di Mazara), per la realizzazione dello stabile che ospiterà l'Istituto per i sordomuti⁵⁵.

Il 22 giugno del 1835 Ferdinando II autorizza l'acquisto della casa degli eredi del Conte Gagliano, situata tra le antiche due porte della

⁵³ G.E. Di Blasi, *Storia cronologica dei vicerè, luogotenenti e presidenti del Regno di Sicilia*, Oretea, Palermo, 1842, p. 17.

⁵⁴ Cfr. citazione di R. Carriera, *Genesi di un bene comune: la vicenda dell'Istituto Statale dei Sordomuti di Palermo*, in <https://www.pressenza.com/it/2019/12/genesi-di-un-bene-comune-la-vicenda-dellistituto-statale-dei-sordomuti-di-palermo/>, consultato il 25 febbraio 2020.

⁵⁵ P. Randazzo, *Necrologio di Ignazio Dixit Dominus*, in *Giornale di scienze lettere arti per la Sicilia*, 1837, pp. 170-174; A. Linares, *Biografie e ritratti d'illustri siciliani morti nel colera del 1837*, Alleva, Palermo, 1838, pp. 217-218; AA.VV., *Effemeridi scientifiche e letterarie per la Sicilia*, Reale Stamperia, 1839, pp. 724-728.

*La casa del Popolo di Palermo: l'ennesimo caso di inerzia politica e amministrativa.
Ipotesi di uso dei beni comuni per una buona discussione*

Città dette di S. Giorgio e Maqueda, con denaro da prelevarsi dai risparmi del fondo comune delle Valli⁵⁶.

Nel complesso, si ipotizza una spesa pubblica tesa al mantenimento gratuito di 50 allieve e allievi, provenienti da tutti i paesi dell'Isola, preferendo sempre i più poveri; mentre le spese per gli ulteriori ricoverati verranno in parte sostenute dai rispettivi Comuni. Le allieve e gli allievi vengono istruiti «secondo la rispettiva abilità di ciascuno nel leggere e scrivere correttamente e con buon carattere, nell'aritmetica, nel disegno, nei lavori manuali e nelle arti meccaniche, onde professare un mestiere in società»⁵⁷.

La creazione dell'Istituto dei ciechi di Palermo, che avrà sede nello stesso Palazzo di Via Cavour 6/A, si realizza come impresa filantropica voluta da alcune personalità della città e, in particolare, della borghesia cittadina, che vede tra i donatori la famiglia Florio, la quale mette a disposizione la Villa del Pegno, e Donna Francesca Salamone, con l'intero patrimonio suo e della sorella Anna, cieca. Quest'ultima donazione viene condizionata alla fondazione di un istituto femminile riservato alle cieche povere «non interdetto alle cieche di altra patria», con annessi educando ed ospizio. Si tratta dei medesimi presupposti dei Florio – che però individuano tra i beneficiari sia donne che uomini colpiti da cecità – per cui nel 1898 si ritiene di costituire un unico Ente morale a nome delle due donazioni.

Questa, a grandi linee, la storia dello stabile di via Cavour 6/A: un'impresa realizzata mediante risorse pubbliche (dell'amministrazione della città di Palermo e delle Valli) e private (donazioni di ricche famiglie della borghesia e della nobiltà locale), un'iniziativa sociale tesa a migliorare le condizioni di soggetti svantaggiati.

L'analisi storica, seppure per «brevi cenni», dimostra che l'ex Istituto dei sordomuti – inteso come unità immobiliare e come eredità immateriale – è un bene comune, che le generazioni passate hanno consegnato nelle mani della collettività per conservarlo nella sua portata valoriale, materiale e storica a beneficio delle generazioni future, mantenendo i segni della mutua solidarietà e dell'integrazione sociale dei più svantaggiati.

⁵⁶ N.R. Celano, *Istituto di sordomuti di Palermo*, Vena, Palermo, 1934, pp. 53-55.

⁵⁷ M.T. Falzone, *Da questo vi riconosceranno: Chiesa e poveri in Sicilia in età contemporanea*, Sciascia, Caltanissetta, 2000, pp. 46 e 48.

Alessandra Pera

*La casa del Popolo di Palermo: l'ennesimo caso di inerzia politica e amministrativa.
Ipotesi di uso dei beni comuni per una buona discussione*

In questo senso, forse, le attività svolte all'interno della (ormai ex) Casa del Popolo hanno interpretato coerentemente in chiave contemporanea le finalità per cui quel luogo è nato. E invece ci troviamo di fronte a un'inchiesta giudiziaria pendente in capo a delle persone che hanno promosso – con gratuita liberalità e spirito di servizio – un'attività di socializzazione e integrazione, ispirandosi ai valori di sussidiarietà e ai diritti fondamentali espressi dalla nostra Carta Costituzionale, soprattutto laddove si afferma il principio della rimozione degli ostacoli dell'esclusione e dell'emarginazione sociale dei più deboli e il libero sviluppo della persona⁵⁸.

*6. Osservazioni conclusive sull'uso e la cura dei beni comuni
attraverso Accordi e Regolamenti*

Negli ultimi quarant'anni, i governi che si sono succeduti in Italia, al livello statale e di autonomie locali, hanno attuato politiche di privatizzazione di servizi pubblici e di dismissione del patrimonio immobiliare. Lo Stato, a causa di restrizioni di bilancio e in assenza di forme di controllo costituzionale sulle dismissioni e privatizzazioni, ha posto in essere politiche che guardano all'interesse pubblico di breve termine ed a «fare cassa» per «pagare le spese». In questo quadro, l'elaborazione ed il riconoscimento della categoria giuridica «bene comune» potrebbe funzionare da volano per il coinvolgimento dei cittadini nella gestione dei beni pubblici e delle risorse naturali⁵⁹.

Ed infatti, come dimostrano gli studi del premio Nobel E. Ostrom⁶⁰, qualora i membri della comunità instaurino comportamenti incentrati sulla cooperazione, i beni comuni possono essere oggetto di

⁵⁸ R. Carriera, *Genesi di un bene comune: la vicenda dell'Istituto Statale dei Sordomuti di Palermo*, in <https://www.pressenza.com/it/2019/12/genes-di-un-bene-comune-la-vicenda-dellistituto-statale-dei-sordomuti-di-palermo/>, consultato il 25 febbraio 2020.

⁵⁹ E. Grazzini, *Il bene di tutti. L'economia della condivisione per uscire dalla crisi*, Editori Riuniti, Roma, 2011; L. Bobbio (ed.), *Amministrare con i cittadini. Viaggio tra le pratiche di partecipazione in Italia*, Rubbettino, 2007.

⁶⁰ Per tutti si vedano, E. Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990, 2015; Id., *The Future of the Commons: Beyond Market Failure and Government Regulations*, IEA Ed., 2015.

*La casa del Popolo di Palermo: l'ennesimo caso di inerzia politica e amministrativa.
Ipotesi di uso dei beni comuni per una buona discussione*

gestione diretta da parte delle stesse comunità di riferimento, attraverso un atto di autonomia. Questi beni, dunque, presuppongono una comunità di portatori di interesse, che, appunto, crea i beni comuni grazie alla condivisione di attività e di cooperazione.

I beni comuni potrebbero assumere un valore centrale per la vita in comunità e per le prospettive delle nostre società, in un'ottica di valorizzazione sostenibile dello sviluppo locale, di coesione sociale, di promozione di processi di «capacitazione individuale e collettiva». L'idea stessa di sussidiarietà è orientata dalla «capacitazione al governo dei beni comuni», in termini di uso e cura degli stessi con funzione sociale⁶¹.

Oltre ai beni materiali-spazi pubblici, possono venire in considerazione anche beni immateriali e organizzazioni istituzionali, quali le cooperative, le fondazioni gestite nell'interesse delle generazioni future, gli usi civici, le economie di villaggio...

Più in generale, occorre ricordare che alcune pratiche sociali, che si sono sviluppate nell'ultimo decennio, sono basate su modelli economici, istituti e regole orientati alla condivisione di responsabilità, di risorse materiali e immateriali, strumenti di lavoro, competenze e tempo. In molte di queste attività, descritte all'interno del variegato contenitore della economia della collaborazione o della condivisione, non rileva tanto la proprietà o il possesso del bene, quanto l'uso che se ne fa (*car sharing, bike sharing, scambio casa...*). Ed infatti, più soggetti condividono lo stesso bene, pur non essendone tutti proprietari.

Questa impostazione è contrapposta a quella che vede il diritto di proprietà come diritto ad escludere tutti coloro che non sono proprietari dall'uso di un determinato bene. Fino ad oggi, nei casi del Macello di Pignataro, della Casa del Popolo di Palermo ed in tanti altri, ai cittadini non è stato consentito di prendersi cura dei beni di proprietà di Enti pubblici, perché è stato applicato lo stesso dispositivo escludente ed esclusivo del diritto di proprietà.

Tuttavia, occorre menzionare l'esperienza di alcuni Enti locali, prevalentemente Comuni e Regioni, che, facendo propri alcuni suggerimenti del mondo universitario, si sono dotati di un

⁶¹ C. Donolo, *I beni comuni presi sul serio*, 31 maggio 2010, on line su <https://www.labsus.org/2010/05/i-beni-comuni-presi-sul-serio/>, consultato il 17 febbraio 2020.

*La casa del Popolo di Palermo: l'ennesimo caso di inerzia politica e amministrativa.
Ipotesi di uso dei beni comuni per una buona discussione*

«Regolamento sulla collaborazione fra cittadini e amministrazioni per la cura dei beni comuni», che ha contribuito a dare una forma giuridica alle attività di cura dei beni comuni finora compiute spontaneamente dai cittadini attivi, disciplinando in dettaglio ruoli e responsabilità dei cittadini e delle amministrazioni, ma anche la durata nel tempo del rapporto giuridico e negoziale, avente ad oggetto proprio le attività di cura, sviluppo e rigenerazione dei beni interessati⁶².

I cittadini possono partecipare individualmente o in forma organizzata, scelgono il bene, la piazza, l'edificio, il giardino, di cui intendono occuparsi e presentano una proposta di collaborazione al Comune o alla Regione. In alternativa, lo stesso ente locale, può formulare un avviso pubblico, proponendo che la collettività curi e gestisca un certo bene. Successivamente, le parti sottoscrivono il «patto di collaborazione», il contratto in cui sono indicati i rispettivi diritti e doveri, le competenze e le responsabilità, la suddivisione delle spese, le strategie di coinvolgimento di altri soggetti e la durata del rapporto.

Questo tipo di accordo, da un punto di vista del diritto dei contratti, è una figura peculiare perché supera assiomi e categorie «classici» del diritto amministrativo e del diritto privato ed assegna a privati (individui, gruppi, collettivi informali, cooperative o, addirittura, occupanti abusivi) la gestione di un ben pubblico, al di fuori delle procedure competitive di concessione o appalto, tipiche del diritto amministrativo nazionale ed europeo. Dunque, osservano Mattei e Quarta (p. 174), si sostituisce un'impostazione competitiva, tipicamente neo-liberale, con una cooperativa, poiché le parti promuovono l'interesse pubblico, superando in parte il modello dell'accumulo della rendita, di cui alle interessanti osservazioni di Luca Nivarra⁶³.

Questa impostazione cooperativa, che è la *ratio* del Regolamento, realizza un legame duraturo e strutturato fra la comunità di cittadini attivi ed i beni comuni materiali e immateriali oggetto del loro intervento, rendendo, peraltro, evidente e codificato nel «contratto» il

⁶² M.V. Ferroni, *Principio di sussidiarietà e negoziazione urbanistica*, Giappichelli, Torino, 2008; G. Gangemi, *Democrazia, sussidiarietà e reti sul territorio*, in C. Dondolo (ed.), *Il futuro delle politiche pubbliche*, Milano, 2006, pp. 189 ss.

⁶³ L. Nivarra, cit., *La funzione sociale delle proprietà: dalla strategia alla tattica*, passim.

*La casa del Popolo di Palermo: l'ennesimo caso di inerzia politica e amministrativa.
Ipotesi di uso dei beni comuni per una buona discussione*

legame essenziale che si crea fra una determinata comunità ed un determinato bene comune. Tale legame è cruciale per la cura del bene, perché, seppure i beni comuni sono al tempo stesso locali e globali, soltanto la comunità nel cui territorio quel bene si trova può concretamente prendersene cura per vivere meglio essa stessa, ma anche per consentire ad altri (anche alle generazioni future) di godere eventualmente di quel bene. Dunque, è la comunità che, dando vita ad un'attività di cura condivisa di quel bene, lo identifica come «comune» (sia esso pubblico o privato), ovvero sia capace di produrre sulla vita delle persone gli effetti individuati nella definizione della commissione Rodotà.

In un'ottica privatistica, l'impostazione cooperativa rende queste tipologie contrattuali (i Regolamenti di collaborazione) assai peculiari, come è evidente anche dall'animato dibattito dottrinale sul tema⁶⁴, poiché viene a mutare la sinallagmaticità, il *quid pro quo*, inteso come espressione di interessi in competizione: le parti intendono collaborare per il perseguimento dell'interesse generale e non di un risultato-vantaggio personale. Sotto altro e differente profilo, la peculiarità è data dall'assenza di interessi patrimoniali, nel senso che i patti di collaborazione regolamentano il modo in cui verranno coordinati interessi diversi intorno alle medesime risorse, al di fuori della logica di competizione tra le parti, che di norma è definita dal valore di scambio. Qui, invece, tutti i portatori di interesse, sia le parti che firmano l'accordo, sia i soggetti che potrebbero in futuro essere coinvolti nell'attività, concorrono e concorreranno, ciascuno per la propria parte e secondo le proprie capacità, all'interesse generale «ecologicamente auspicabile»⁶⁵.

Un determinato spazio può essere o non essere definito bene comune, in funzione dell'uso che ne fa una comunità e della sua capacità di soddisfare bisogni fondamentali di quella comunità, presente o futura. È per molti versi indifferente che il titolo di proprietà sia pubblico o privato, rileva, invece, che lo spazio serva per un'attività

⁶⁴ Per tutti si vedano i contributi di R. Di Raimo, F. Astone, A. Nervi, pubblicati su *The Cardozo Electronic Law Bulletin, Codex. Ideologie e tecniche della (ri)codificazione del diritto privato*, Spring-Summer, 2019.

⁶⁵ Mattei U.-Quarta A., cit., *Punto di svolta*, p. 175.

*La casa del Popolo di Palermo: l'ennesimo caso di inerzia politica e amministrativa.
Ipotesi di uso dei beni comuni per una buona discussione*

collettiva e generativa e non sia gestito in base ad un modello di esclusione funzionale a creare rendita e lucro⁶⁶.

Tralasciando il «terribile diritto»⁶⁷ ovvero il diritto di proprietà privata, con specifico riferimento ai casi studio proposti, il Regolamento può più agevolmente trovare applicazione per i beni pubblici abbandonati o sottoutilizzati e in misura minore per quelli «in piena attività di servizio nell'interesse pubblico».

Per esempio, alla luce dei dati raccolti e dell'analisi (anche storica) fin qui svolta, è possibile affermare che il Palazzo di Via Cavour a Palermo era un bene pubblico abbandonato. Se la Regione si fosse dotata di un Regolamento, come quelli di cui si è detto, l'edificio sarebbe diventato un bene comune nel momento in cui la comunità lo ha riconosciuto tale. L'ex Istituto per sordomuti e ciechi sarebbe diventato bene comune, grazie all'intervento della comunità e non sarebbe stato più lo stesso di quando era un bene pubblico abbandonato, né di quando -ancor prima- era in piena attività di servizio alla comunità.

Diventando comune, un bene cambia il modo di essere utile alla comunità, la sua funzione diviene di interesse generale, nel senso di cui all'art. 118 ultimo comma della Costituzione. La natura del bene muta in funzione del mutare dell'uso: l'azione di cura della comunità trasforma il bene pubblico abbandonato in bene comune, attraverso una assunzione di responsabilità verso la PA, verso il bene e verso sé stessa (comunità), che dura nel tempo.

Il dispositivo «patto di collaborazione», peraltro, è stato applicato anche ai beni pubblici in «uso attivo», come dimostra il caso della Scuola Di Donato di Roma. In questa scuola primaria da circa dieci anni l'Associazione genitori organizza tutti i pomeriggi, dalle ore 16.00 alle ore 22.00, diverse attività. Dunque, la Scuola nelle ore mattutine è un bene pubblico, mentre nelle ore pomeridiane è un bene comune, gestito dall'Associazione dei genitori.

Nel caso palermitano della Casa del Popolo, il Regolamento avrebbe consentito (forse) di valutare l'opportunità di evitare lo sgombero e di formulare la successiva manifestazione di interesse in

⁶⁶ Mattei U.-Quarta A., cit., *Punto di svolta*, p. 85.

⁶⁷ S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Il Mulino, Bologna, 2013.

*La casa del Popolo di Palermo: l'ennesimo caso di inerzia politica e amministrativa.
Ipotesi di uso dei beni comuni per una buona discussione*

modo che le attività esistenti e quelle future potessero essere compatibili ovvero che il fascio di diritti e prerogative da cedere dalla PA ai futuri soggetti interessati fosse distribuito tenendo conto della funzione socialmente rilevante che il Palazzo di Via Cavour a Palermo già aveva per la comunità.

Rispetto al caso del bene pubblico abbandonato, quello del bene «in qualche modo in attività» è certamente più complicato, anche perché, per tornare alla Scuola romana, il bene pubblico, al cui interno i cittadini si prendono cura del bene comune immateriale «offerta formativa pomeridiana», rimane soggetto alla disciplina giuridica dei beni pubblici, così come coloro che vi lavorano continuano ad essere dipendenti pubblici. Tuttavia, se si riesce, come nella Scuola Di Donato, a trovare delle soluzioni funzionali ed organizzative adeguate alla complessità della situazione, questo tipo di esperienze potrebbe diffondersi con grande vantaggio per intere comunità⁶⁸.

In sostanza forse sarebbe ora che anche la Regione Siciliana, che ha un patrimonio immobiliare enorme, spesso abbandonato, e risorse di bilancio scarsissime, si doti di un Regolamento per la cura gestione dei beni comuni.

Peraltro, la «forma di impegno civico ritualizzato» può avere effetti positivi anche in termini di occupazione e sviluppo di modelli di *welfare* dal basso, di inclusione sociale e redistribuzione a favore di fasce economicamente deboli della popolazione. Dunque, attraverso la forma contrattuale del «Patto di collaborazione», è possibile implementare un modello contrattuale «generativo, volto ad accrescere il valore sociale dei beni comuni urbani».

Se questo modello fosse stato possibile nel caso palermitano della Casa del Popolo, si sarebbero evitati lo sgombero e il processo penale ed i relativi costi individuali e di sistema: il tutto nel pieno rispetto ed in attuazione del principio della funzione sociale della proprietà (genealogicamente rivisitato) e del principio di sussidiarietà, ma anche dell'art. 3, 2 ° comma, che affida alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori alla vita politica,

⁶⁸ G. Arena, *Il principe, il rospo ed i beni comuni*, on line su <http://www.laabsus.org/2015/10/il-principe-il-rospo-ed-i-beni-comuni>, consultato il 17 febbraio 2020.

*La casa del Popolo di Palermo: l'ennesimo caso di inerzia politica e amministrativa.
Ipotesi di uso dei beni comuni per una buona discussione*

economica e sociale del Paese. Prendersi cura di un bene pubblico nell'interesse generale è sicuramente una forma di partecipazione alla vita del Paese⁶⁹.

In ogni caso, in assenza del regolamento e avvenuto lo sgombero, forse le condotte degli attivisti imputati potrebbero essere valutate alla luce degli articoli della Costituzione richiamati, dei principi fondamentali di cui di è detto e della sentenza della Cassazione sul caso di Pignataro, considerandole meritevoli e orientate da una funzione sociale. Sotto il profilo psicologico, l'esclusione del dolo potrebbe derivare dalla mancata riconoscibilità del precetto, secondo il migliore insegnamento della Consulta⁷⁰, utile peraltro a ricondurre il diritto penale al suo significato di *extrema ratio* di tutela della società

ABSTRACT: Starting from two case studies, through historical analysis and legal comparison, this essay tries to provide some answers to two critical questions: when is a good said to be common? And when can the social use by a community of people be considered worthy of protection more than other relevant values? The central part of this paper (par.3,4) recalls the doctrinal theories on the social function of property, in order to understand if in some way it can be evoked to legitimize the claims of commons. The author uses the critical work of a part of the doctrine, which suggests rethinking traditional categories of private law and general principles, such as the social function of property and the principle of subsidiarity, from a counter-hegemonic, ecological and generative perspective of social utility. In the final part, through the study of the history of the building involved in the Palermo case, the hypothesis of public-private cooperation opens up, which has an example in the history of this good (par.5). In the conclusions (par.6), while waiting for an organic reform of the Civil Code on public goods, the author suggests models of use and care of commons, such as

⁶⁹ G. Arena, cit., *Il principe e il rospo*.

⁷⁰ Si fa riferimento a Cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Il Corriere Giuridico*, 1988, n. 5, p. 433, con nota di D. Pulitanò, *Una sentenza "storica" sull'ignoranza della legge*.

Alessandra Pera

*La casa del Popolo di Palermo: l'ennesimo caso di inerzia politica e amministrativa.
Ipotesi di uso dei beni comuni per una buona discussione*

the Regulations and Cooperation Pacts between local authorities and active citizenship.

KEYWORDS: common goods, social function, property, subsidiarity, access, shared use.

Alessandra Pera – Professoressa associata di Diritto Privato Comparato nell'Università degli Studi di Palermo

Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno a due modelli di governance del Domain Name System*

Giacomo Capuzzo

SOMMARIO: 1. Premesse introduttive in tema di Proprietà e Sovranità - 2. Lo spazio della rete: una dimensione geopolitica - 3. I domini di primo livello nazionali dal punto di vista tecnico-informatico - 3.1 L'Età dell'oro dei Pionieri della rete: la prima fase - 3.2 Il ruolo dell'ICANN nella gestione di Internet: la seconda fase - 4. La terza fase: sovranità e proprietà come modelli di governance per la rete - 4.1 Il modello basato sulla Sovranità - 4.2 Il principio di sovranità nella rete: vecchi schemi o nuovi paradigmi? - 4.3 Un altro approccio al concetto di sovranità. L'idea di Impero - 5. Il modello basato sulla proprietà - 5.1 Il modello della proprietà nei contratti e nei regolamenti in materia - 5.2 La giurisprudenza nel modello basato sulla proprietà - 5.2.1 Le sentenze in tema di nomi a dominio come proprietà in generale - 5.2.2 Le pronunce delle corti in tema di cctld come proprietà - 5.2.3 *Weinstein v. Islamic Republic of Iran*. Un'altra sentenza interlocutoria o uno sguardo oltre la dicotomia proprietà/sovranità? - 6. Alcune considerazioni conclusive

1. Premesse introduttive in tema di Proprietà e Sovranità

Non si è soliti, nel panorama degli studi giuridici italiani indulgere in analisi che si spingano oltre i confini ben recintati delle discipline giuridiche classiche. Per tale motivo, un'introduzione al tema di questo articolo è forse necessaria sia per delineare i contorni della stessa, sia per dipanare i diversi livelli di approfondimento sui quali si regge la struttura dello scritto.

Come si è detto l'accostamento tra proprietà e sovranità non è un ambito di studio consueto per la dottrina giuridica italiana, che non è solita impegnarsi su temi così eterogenei, ma è stato un filone di analisi che ha riguardato alcuni dei giuristi più importanti del realismo

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

giuridico statunitense¹ e che, ha impegnato e sta impegnando studiosi di diritto internazionale e di storia del diritto su scala globale². Le ragioni di un simile interesse più o meno risalente per questi due istituti sono molteplici e saranno sviluppate nel corso dell'articolo, in tale contesto introduttivo forse vale la pena soffermarsi sul tratto comune che condividono le diverse analisi che hanno provato ad avvicinare i due concetti e questo è certamente dato dalla relazione stretta che intercorre tra proprietà e sovranità, in particolare nelle forme dei propri alter-ego moderni rappresentati rispettivamente dal capitale e dallo Stato.

Lo studio dell'intreccio tra queste due realtà assume una certa rilevanza dal momento in cui, considerandole nel loro insieme, mira non solo a smantellare la rigida separazione che informa il pensiero giuridico classico, ma si propone di tracciare gli ambiti di tale rapporto per indagare le trasformazioni che tali strumenti hanno subito a secondo dei contesti e degli scopi per cui sono stati impiegati³.

Una relazione che consente di ampliare la descrizione dell'una attraverso la comparazione con l'altra, favorendo un approccio

¹ M. Cohen, Property and Sovereignty, 13 Cornell L. Rev. 8 (1927); R. Hale, "Rate Making and the Revision of the Property Concept" (1922) 22 Columbia Law Review 209; Id. "Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State." (1923) 38 Political Science Quarterly 470; Id. Freedom Through Law: Public Control of Private Governing Power (1952); F. Cohen, Dialogue on Property, 9 Rutgers L. Rev. 357 1954-1955.

² Su tutti come precursore dello studio sul tema si veda C. Schmitt, "Il nomos della terra: nel diritto internazionale dello Jus publicum Europæum" (1950), a cura di F. Volpi, Milano, Adelphi, 1991, p. 245. Più di recente in ambito storico si veda L. Benton, "A Search for Sovereignty: Law and Geography in European Empires", 1400-1900, New York 2010, 5; L. Benton, B. Straumann, "Acquiring Empire by Law: From Roman Doctrine to Early Modern European Practice, in Law and History Review, XXVIII, 1/2010, p. 29"; P. Stern, "The Company-State. Corporate Sovereignty & the Early Modern Foundations of the British Empire in India", Oxford - New York, 2011; in ambito internazionalista M. Koskenniemi, "Empire and International law: The Real Spanish Contribution", 61 University of Toronto Law Journal 1, 2011, 1-36. Antony Anghie, "Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law," Harvard International Law Journal 40, no. 1 1999, 1-80; Cfr. A. Ripstein "Property and Sovereignty: How to Tell the Difference" 18 Theoretical Inquiries L. 243 (2017), 244 ss.

³ Su questo aspetto si veda il saggio di S. Mezzadra e B. Neilson, "The Politics of Operations: Excavating Contemporary Capitalism", Durham e Londra 2019, 94 - 132.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

interdisciplinare allo studio del diritto, in grado di superare il confine tra pubblico e privato per provare ad evidenziarne la natura di costruito sociale, respingendo definitivamente ogni genere di concezione naturale e predeterminata di tali istituti, in questo caso con riferimento particolare alla proprietà.

È ovvio che un simile accostamento debba però essere circoscritto in qualche modo per poter essere trattato esaustivamente all'interno delle pagine di un contributo, per questo motivo si è scelto di approfondire il rapporto tra proprietà e sovranità nel contesto di un territorio che dal punto di vista giuridico è ancora in via di definizione, quello di Internet.

Da diverso tempo nel mondo giuridico accademico e non solo si dibatte su quale governance sia meglio adottare per amministrare al meglio, dal punto di vista giuridico, il territorio digitale della rete. In questo contesto si sono avvicinati diversi modelli, che sono stati proposti fin dalle prime fasi di sviluppo del network, quando ancora le potenzialità del mezzo non erano state così comprese e solo un ristretto numero di persone riusciva ad afferrare le potenzialità di un simile strumento.

La necessità di regolare uno spazio territoriale nuovo, di dimensioni potenzialmente infinite, ha spinto gli operatori del sistema a ricorrere agli istituti del diritto privato e pubblico allo scopo di definire una governance capace di tradurre in ambito legale, le posizioni dei diversi soggetti coinvolti nell'implementazione e nello sviluppo di Internet. In questo senso, il dibattito sull'impiego di proprietà e sovranità all'interno di quello che viene chiamato da un po' tempo cyberspazio o cybersfera⁴ a seconda delle posizioni con cui si

⁴ I due termini sono sovente impiegati come sinonimi, in realtà indicano due realtà leggermente diverse, cyberspace fa riferimento nel mondo dei computer virtuali, e più precisamente, è un medium elettronico di comunicazione online utilizzato per formare una rete informatica globale per facilitare. È una grande rete informatica composta da molte reti informatiche mondiali che utilizzano il protocollo TCP / IP per facilitare le attività di comunicazione e scambio di dati. Cybersphere invece definisce tutto quanto è interessato dalla tecnologia dell'informazione e della comunicazione elettronica, specificamente rispetto alla rete Internet. In particolare, nel corso di questa trattazione si farà riferimento al concetto di cybersfera come è stato elaborato nell'ambito degli studi postcoloniali, si veda sul punto M. Aouragh, P. Chakravarty, "Infrastructures of empire: Towards a critical geopolitics of media and

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

guarda a questa realtà, si muove su diversi livelli e accanto ad un piano prettamente giuridico formale, nel quale si verifica l'estensione di una particolare disciplina ad uno specifico contesto, si apre un ambito nel quale l'impiego di un modello giuridico o di un particolare istituto è analizzato alla luce dei discorsi e degli interessi che lo sottendono. Si coglie quindi una dimensione geopolitica di Internet, la rete è concepita quindi come un ambiente sociotecnico, "a historical ensemble of material, organizational, regulatory, and socio-cultural layers of communicative relations among populations, machines, and institutions developed across scales"⁵.

I rapporti che si creano danno vita ad una fitta serie di relazioni di potere che regolano i rapporti tra i diversi utenti e le categorie sociali a cui appartengono, un particolare modello, un certo discorso, l'impiego di una specifica tecnologia si riflettono su tali relazioni e stabiliscono vincitori e vinti, regolano quindi quali interessi vengono tutelati e promossi e quali al contrario sono respinti e contrastati. Proprietà e Sovranità non sono quindi solo due istituti che possono essere applicati ad un particolare spazio della rete, ma sono strumenti attraverso i quali interagire all'interno dei molteplici piani relazionali che la cybersfera contempla allo scopo di promuovere taluni valori o talune visioni, determinati soggetti o particolari istituzioni.

Per osservare come questi strumenti sono impiegati e quali valori ed interessi sono richiamati attraverso il loro impiego sarà necessario studiarli in un contesto più ristretto rispetto a quello generale della rete, un ambito più definito, ma di importanza fondamentale per il suo funzionamento, il *Domain Name System* e in particolare i domini di primo livello nazionali.

La scelta di concentrare l'attenzione su questo aspetto del funzionamento della rete è dovuta ad una serie di elementi che attengono alla disciplina e all'utilizzo di questi *country code top-level domain* (ccTld

information studies". *Media, Culture & Society*, 2016, 38(4), 559–575; P. Chakravartty, K. Sarikakis, *Media policy and globalization*, New York, 2006, nei quali gli autori si soffermano sulle implicazioni geopolitiche della rete e sulle interazioni tra le sue componenti tecniche, sociali e istituzionali.

⁵ Yu Hong, G. Thomas Goodnight "How to Think About Cyber Sovereignty: The Case of China", *Chinese Journal of Communication*, November 2019, 4.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

da qui in avanti)⁶, in altre parole su come vengono regolati e autorizzati i diversi enti che si occupano della registrazione di tali domini di primo livello nazionali, che sono solitamente riservati agli stati o ai territori dipendenti e che sono identificati da due lettere (.us; .it; .de)⁷. Tali domini rappresentano infatti una componente essenziale nella struttura gerarchica che sostiene Internet, poiché attraverso un'autorità di registrazione, su base prevalentemente nazionale, consentono ai singoli utenti di poter interagire in diverse modalità all'interno della rete.

Per tali ragioni, questa tipologia di domini rappresenta un punto di osservazione privilegiato per studiare il funzionamento di Internet e l'impatto dei modelli basati sulla proprietà e sulla sovranità sia per ciò che concerne la loro definizione in ambito giuridico sia per quanto riguarda il loro impatto nella sfera sociotecnica della rete. La scelta tra un modello basato sulla proprietà e uno fondato sulla sovranità non implica un mero tecnicismo, ma ciascun modello comporta un determinato impatto sulle relazioni di potere in atto all'interno della cybersfera, sui rapporti degli utenti con il contesto materiale, tecnologico ed organizzativo della rete e soprattutto veicola un discorso giuridico, politico ed economico che vale la pena tracciare ed analizzare per comprendere meglio cosa accade nella rete⁸.

2. Lo spazio della rete: una dimensione geopolitica

La rete non fa eccezione rispetto alla propensione del potere politico di estendersi agli spazi e ai territori esistenti. In questo senso, il

⁶ Su tale discorso ed in generale sul tema si veda M. L. Mueller; F. Badié, "Governing Internet Territory: ICANN, Sovereignty Claims, Property Rights and Country Code Top-Level Domains," *Columbia Science and Technology Law Review* 18, no. 2 (2017), 435.

⁷ Queste lettere, come si vedrà successivamente, sono assegnate sulla base di un codice internazionale ISO-3166, che può essere consultato al seguente indirizzo elettronico <https://www.iso.org/iso-3166-country-codes.html>

⁸ Su questo approccio si veda, L. DeNardis, *The global war for internet governance*. New Haven, CT, 2014, 222; G. Murdock, "Media materialities: For a moral economy of machines" in *Journal of Communication*, 68(2), 359-368; M. Mueller, *Networks and states: The global politics of internet governance*. Cambridge, MA, 2010; M. Castells, *The power of identity* (2nd ed.). West Sussex, England, 2010; R. Srinivasan, *Whose global village? Rethinking how technology shapes our world*. New York, 2017.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

mare e lo spazio hanno discipline di controllo e amministrazione che sono state elaborate sulla base delle loro caratteristiche⁹, ma soprattutto sulla necessità che gli individui hanno di interagire con tali ambienti e tra di loro in spazi e territori¹⁰.

In questo senso ogni sistema sociale sviluppa un complesso di rapporti tra i soggetti che lo compongono e l'ambiente che li circonda, le tecnologie elaborate e gli strumenti di comunicazione che vengono costruiti, l'organizzazione e le istituzioni che vengono implementate. Le relazioni che si intrecciano tra questi elementi determinano il funzionamento di tale sistema; la sostanziale differenza che distingue la rete dagli esempi appena esposti è che Internet è stato concepito, sin dalla sua nascita come un territorio globale, esente da confini nazionali. L'idea alla base della rete si fonda sull'esaltazione dei concetti di libertà di connessione e condivisione; si così andato sviluppando un discorso capace di rappresentare la rete come uno spazio naturale, completamente neutrale, nel quale è possibile interagire all'interno di un villaggio globale regolato attraverso una serie di norme universali.

Questo discorso ha permesso un forte aumento degli utenti, ma ha celato totalmente la natura geopolitica di Internet, la sua capacità di influenzare e di essere, a sua volta, influenzato dalle relazioni di potere tra i singoli individui e tra le categorie sociali alle quali appartengono, dai sistemi di produzione di beni, servizi e conoscenze, dai rapporti di lavoro, dalle interazioni dell'uomo con l'ambiente¹¹.

⁹ S Milton L. Mueller; F. Badiei, "Governing Internet Territory: ICANN, Sovereignty Claims, Property Rights and Country Code Top-Level Domains," 485.

¹⁰ Sull'interazione tra individui e spazi con riferimento alla rete si veda, M. Graham, "Geography/internet: Ethereal alternate dimensions of cyberspace or grounded augmented realities?", in *Geographical Journal*, 2013, 179(2), 177-182.

¹¹ Questo discorso è sviluppato in Yu Hong, G. Thomas Goodnight "How to Think About Cyber Sovereignty: The Case of China", cit. 6-7. La considerazione della rete come un insieme di relazioni di potere è fondamentale nell'approccio postcoloniale volto a far emergere la natura geopolitica della rete, L. Kristof, "The origins and evolution of geopolitics", in *Journal of Conflict Resolution*, 4, 1, (1960); S. Simpson, "Explaining the commercialization of the internet: A neo-Gramscian contribution". In *Information, Communication & Society*, 7,1, (2004) 50-68; P. Chakravarty, K. Sarikakis, "Media policy and globalization, cit.:", 5-51; P. Chakravarty, "Governance without politics: Civil society, development and the postcolonial state. *International Journal of Communication*, 1,1, (2007), 21; H. Wasserman, "Power, meaning and geopolitics: Ethics as an entry point for global communication studies. *Journal of Communication*, 68, 2, (2018)., 441-451.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

Tali interazioni consentono di tenere insieme le componenti materiali, nazionali e territoriali della rete e quelle virtuali come i network di interconnessione e scambio dei dati, la cybersfera riesce così a contenere tutto: l'interdipendenza e la discontinuità, l'ambito spaziale e il contesto sociale. Un esempio di come la rete sia in grado di elaborare e rielaborare costantemente tali aspetti è rinvenibile in uno dei punti di contatto tra la componente fisica e materiale di Internet e la sua organizzazione virtuale, il DNS (*Domain Name System*).

La struttura stessa della rete ruota attorno ad un sistema gerarchico, ma decentralizzato di classificazione di tutti gli operatori connessi ad Internet (*host*). Tale sistema consente di accedere alla rete da ogni parte del mondo attraverso un nome che traduce in caratteri gli indirizzi Internet originali. Si tratta sostanzialmente di un grande elenco nel quale sono registrati tutti i nomi di dominio e i relativi indirizzi IP su base globale, tale database non è soggetto quindi ad alcun controllo o giurisdizione su base territoriale¹².

Le due autorità di controllo che sono state create per supervisionare tale registro e per gestire a livello globale l'assegnazione dei nomi di dominio ai diversi indirizzi IP sono l'IANA (*Internet Assigned Number Authority*) e l'ICANN (*Internet Corporation for Assigner Numbers and Names*). La prima è responsabile per la coordinazione dei diversi indirizzi IP, la seconda è una *no-profit corporation*, equiparabile come disciplina alle nostre associazioni no-profit ed è regolamentata dalla normativa di settore del diritto californiano, si occupa di elaborare le procedure attraverso le quali tali indirizzi IP vengono distribuiti e possono essere trasferiti agli utenti.¹³

Secondo lo schema appena descritto, l'intero sistema dei nomi di dominio è organizzato su scala universale, non presenta quindi alcun rilievo dal punto di vista nazionale. L'assegnazione dei domini e la loro corrispondenza con predeterminati indirizzi IP è effettuata senza nessun riferimento ai confini e alle giurisdizioni dei singoli stati. In un sistema che è quindi su base effettivamente globale, l'unico riferimento

¹² Questi passaggi sono ben spiegati in P. Vari, *La natura giuridica dei nomi di dominio*, Padova, 2001, 11; F. Canali, "La disciplina giuridica dei nomi a dominio", in *Impresa*, 2004, 1208 ss.

¹³ Per la posizione di ICANN sul punto, si veda *Global Addressing Policies*, ICANN, consultabile all'indirizzo digitale <https://www.icann.org/resources/pages/global-addressing-2012-02-25-en>

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

agli stati nazionali e ai territori controllati è dato dalla corposa presenza di domini di primo livello che fanno riferimento, dal punto di vista semantico a territorialità politiche.

Questi domini fanno riferimento a stati e territori che sono riconosciuti a livello internazionale ed inseriti nel ISO-3166, una codifica geografica standardizzata che assegna un codice alfabetico di due lettere ad ogni stato nazionale e territorio dipendente riconosciuti dalla comunità internazionale. Tali nomi di domini non si differenziano in alcun modo da quelli che sono indicati come *.com* o *.org*, Il loro funzionamento e la procedura di assegnazione è la medesima degli altri domini di primo livello che non presentano i codici nazionali.

La loro labile correlazione con territorialità geografiche e politiche li pone al centro di quanto si va discutendo in questo articolo, di come lo spazio digitale e globale della rete sia strutturato politicamente e giuridicamente, di come questa tematica riconduca agli istituti tradizionali e alle forme di esercizio dei diritti di controllo su di un particolare territorio che sono state elaborate in precedenza.

Il sistema di classificazione e assegnazione dei domini all'interno della rete è così calato all'interno dei modelli classici ai quali abbiamo fatto riferimento in precedenza: il controllo su di un cctld, un dominio di primo livello, può essere quindi ricondotto ad un diritto di proprietà passibile quindi di essere posto in capo ad un privato e trasferito all'interno di un mercato ovvero debba considerarsi soggetto al potere sovrano dello stato al quale si riferisce¹⁴.

Nel corso della trattazione si proverà a valutare questi possibili modelli, sia dal punto di vista teorico, sia per quanto riguarda le implicazioni pratiche che questi comportano per il funzionamento della rete e per l'accesso degli utenti. Si procederà quindi a verificare rispetto al contesto tecnico e istituzionale della rete la risposta di entrambi gli istituti, anche rispetto ad una serie di sentenze che hanno coinvolto questo tema negli ultimi anni e che hanno portato la discussione da un piano prettamente accademico ad un livello sostanziale, con risvolti giudiziali che sono in grado di aggiungere elementi fondamentali a questo studio.

¹⁴ M. L. Mueller; F. Badiei, "Governing Internet Territory: ICANN, Sovereignty Claims, Property Rights and Country Code Top-Level Domains," cit., 440.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

Nei prossimi paragrafi sarà specificato il quadro tecnico e la rilevanza in termini economici dei cctld, per poi approfondire il modello della sovranità e successivamente quello della proprietà, anche alla luce delle risultanze di una serie di precedenti ai cui si è già fatto riferimento. Infine, si chiuderà con un possibile terzo modello che, introducendo l'istituto di common law del *public trust*¹⁵, prova a percorrere una strada alternativa rispetto a quelle esposte in precedenza.

3. I domini di primo livello nazionali dal punto di vista tecnico-informatico

Si è già avuto modo di spiegare come la struttura su cui si regge la rete di Internet sia concepita su scala globale, solo in questo modo si può avere la certezza che tutti i domini che fanno riferimenti ai vari servizi e siti offerti possano essere collegati con gli altri domini registrati. L'esistenza di un unico sistema, su base gerarchica e universale consente che tutto rimanga collegato e che gli indirizzi IP corrispondano in modo inequivocabile ai nomi dei domini che sono stati registrati¹⁶.

Il *Top level domain* (tld) è assegnato ad uno specifico operatore attraverso un particolare procedimento denominato *delegation*, l'assegnazione è effettuata materialmente dall'ICANN alla RA (Registration authority), la quale sarà l'unico ente a poter registrare i nomi di dominio di secondo livello relativi al dominio di primo livello di sua competenza¹⁷. I tld generici tra i quali rientrano quelli commerciali (.com) vengono assegnati mediante la stipula di un contratto tra L'ICANN e la RA che si occupa di gestire la registrazione, all'interno di questo contratto sono inseriti tutti i

¹⁵ Ibidem, 442.

¹⁶ Su questo punto si fa riferimento al documento ICANN RFC 1034 Domain Names - Concepts And Facilities consultabile all'indirizzo digitale <https://tools.ietf.org/html/rfc1034>.

¹⁷ Sulle procedure di delegazione si veda IANA, "Delegating or transferring a country-code top-level domain (cctld)", all'indirizzo elettronico <https://www.iana.org/help/cctld-delegation>. Per un elenco dei tld si può consultare l'indirizzo elettronico <http://www.iana.org/domains/root/db>.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

termini della *delegation*, i compiti che la parte delegata si assume e l'attività di vigilanza che viene effettuata dalla stessa ICANN, è possibile infatti che un operatore non eserciti il suo ruolo di registrazione dei domini di secondo livello secondo gli standard e le procedure previste dall'ICANN.

L'ICANN può ottenere la risoluzione del contratto per gravi inadempienze dell'operatore e conseguentemente assegnare il tld ad un altro, tale eventualità non si verifica sovente, ma in certi casi può risultare necessaria, la struttura globale e gerarchica di Internet non può consentire che uno degli operatori deputati a gestire uno dei nodi del sistema non si attenga alle procedure stabilite, perché questo potrebbe comportare l'impossibilità di connessione ad un tld e di conseguenza ad una serie di domini di secondo livello¹⁸.

Se per i tld generici la composizione gerarchica e la natura contrattualistica del rapporto tra ICANN e RA sono sufficienti a garantire il funzionamento del sistema, non si può dire lo stesso per i cctld. Questa tipologia di domini di primo livello subisce il contraccolpo del riferimento semantico agli stati nazionali e tale influenza si ripercuote anche nella procedura di assegnazione, che perde gran parte della sua componente gerarchica, in molti casi perde la natura contrattuale e si contraddistingue per un processo decisionale gestito tra ICANN, l'assegnatario del dominio e i singoli governi coinvolti dal cctld che si intende delegare¹⁹.

Tale situazione si è andata consolidando nel corso del tempo, il rapido sviluppo della rete Internet e la crescente importanza in termini economici e sociali ha spinto i singoli stati a guardare con più attenzione al suo funzionamento, in particolare su quella componente della struttura che, almeno apparentemente, sfugge alla composizione su scala globale della rete e riporta Internet su di una base prettamente nazionale.

I domini di primo livello nazionale valgono ad oggi circa un terzo dell'economia mondiale dei top-level domain, su scala si parla di un traffico di denaro di miliardi di euro, è chiaro quindi l'interesse

¹⁸ M. L. Mueller; F. Badieli, "Governing Internet Territory: ICANN, Sovereignty Claims, Property Rights and Country Code Top-Level Domains," cit., 437.

¹⁹ Su questo punto si vedano le linee guida di ICANN consultabili all'indirizzo digitale <https://www.icann.org/resources/pages/cctlds-21-2012-02-25-en>.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

dei singoli stati a controllare un simile mercato, dal momento che ogni delegato colleziona pagamenti annuali per ogni dominio di secondo livello registrato. A loro volta, tali domini (di secondo livello) sfruttano la capacità identificativa del cctl domain generando traffici molto redditizi. Si pensi ad esempio ai domini *co.uk*, che vengono associati a determinati servizi commerciali sulla rete e proprio grazie a tale attrattività hanno visto moltiplicato il proprio giro d'affari²⁰.

L'importanza dei nomi di dominio e il loro conseguente sfruttamento economico sono però componenti che non hanno giocato alcun ruolo fondamentale nella nascita dei cctld. I programmatori di Internet avevano in mente una composizione dei domini che replicasse la struttura universale degli indirizzi IP che consentivano la connessione²¹.

In questo senso, i domini di primo livello sono stati elaborati su di una base funzionale, .com per quelli di natura commerciale, .edu per quelli relativi al mondo dell'educazione, .gov erano quelli governativi e .org quelli legati al campo del no-profit secondo i diversi profili esistenti nel diritto statunitense.²² Forse proprio questa identificazione troppo marcata con il contesto nazionale americano, portò alcuni ricercatori del Regno Unito a fare richiesta per l'introduzione di un dominio di primo livello britannico. I programmatori di Internet sulla scorta di tale domanda decisero di prevedere all'interno dei protocolli del DNS la possibilità di creare domini nazionali.

Una simile scelta fu dettata paradossalmente dal desiderio dei programmatori americani di favorire la più ampia condivisione possibile del progetto. L'apertura ai cctld non era quindi in origine un tentativo di coinvolgere gli stati nella rete Internet, ma piuttosto una decisione presa per non far apparire il progetto troppo legato alla realtà nazionale statunitense.

Allo stesso modo, l'individuazione del codice ISO-3166 quale codice internazionale per assegnare i nomi ai diversi stati nazionali

²⁰ M. L. Mueller; F. Badiei, "Governing Internet Territory: ICANN, Sovereignty Claims, Property Rights and Country Code Top-Level Domains," cit., 438 – 439.

²¹ IANA, "Delegating or transferring a country-code top-level domain (cctld)", cit.

²² M. L. Mueller; F. Badiei, "Governing Internet Territory: ICANN, Sovereignty Claims, Property Rights and Country Code Top-Level Domains," cit., 437.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

era stata pensata proprio per evitare qualsiasi tipo di implicazione politica di tali scelte e per ridurre al minimo le possibili questioni relative a tale identificazione. L'idea dei programmatori partiva dal presupposto che adottando un codice internazionale non sarebbero sorte problematiche in merito all'associazione con i diversi stati.

Purtroppo, la realtà si impegnò subito a smentire tale ottimistica previsione. Si accorsero che la questione della sovranità comportava implicazioni che rivelavano aspetti di natura politica.²³ Il codice internazionale ISO-3166 associava all'isola britannica non il codice già in uso .uk, ma quello .gb, si scelse di continuare ad utilizzare il primo perché era già stato assegnato.

Se questa decisione può essere considerata corretta dal punto di vista del funzionamento della rete, si evita quindi di cambiare il nome di un dominio di primo livello, dall'altro non si può non considerare le ripercussioni sul piano della sovranità e su quello politico di questa scelta. Il termine Gran Bretagna non è assimilabile a quello di Regno Unito (UK), il primo indica la sola isola maggiore dell'arcipelago ma quale entità geografica, non come stato sovrano. Il secondo è invece un termine politico che ricomprende quattro diverse nazioni costitutive: Inghilterra, Galles, Scozia e Irlanda del Nord.

La scelta di lasciare il nome di dominio .uk. rende impossibile procedere alla creazione dei domini per le singole nazioni, laddove optare per un termine geografico come Gran Bretagna lasciava ampio spazio per domini associati alle singole nazioni. A ciò si aggiunga che il codice internazionale ISO-3166 non classifica i soli stati sovrani, ma include anche territori dipendenti e aree di interesse dal punto di vista economico. Sono così incluse nel codice internazionale Hong Kong (.hk), le Isole Marianne (.mp), l'Isola di Man (.im) e il territorio dell'Oceano indiano (.io).²⁴

La necessità di gestire le questioni relative alla creazione e alla relativa assegnazione dei domini di primo livello nazionale divenne una delle maggiori preoccupazioni dei programmatori di Internet

²³ Su queste implicazioni di carattere geopolitico, si veda M. Mueller, "Networks And States: The Global Politics Of Internet Governance" Boston 2013, 55-106; L. DeNardis, "The Global War for Internet Governance" cit., 33 – 63, 173 – 199.

²⁴ M. L. Mueller; F. Badiei, "Governing Internet Territory: ICANN, Sovereignty Claims, Property Rights and Country Code Top-Level Domains," cit., 442 ss.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

nelle fasi iniziali del progetto. Ciò che non si riusciva completamente a comprendere era che nonostante la totale assimilabilità dei cctld agli altri domini generici di primo livello, i primi abbisognassero di un maggiore approfondimento dovuto ai diversi interessi che li coinvolgevano.

Non è un caso che tutti i domini di primo livello nazionale che riguardano entità statali di relativa importanza siano stati assimilati agli altri domini e delegati ad operatori di registrazione attraverso contratti in nulla dissimili da quelli per i domini di primo livello generico. In molti casi, tali domini vengono amministrati da società con il consenso dello stato al cui il dominio si riferisce, ad esempio la piccola isola polinesiana di Tuvalu, il cui codice ISO è TV, una sigla estremamente redditizia per i siti che forniscono servizi video sulla rete, ha acconsentito all'assegnazione ad una attività commerciale del settore il suo dominio di primo livello, la quale lo gestisce dividendo i proventi con lo stato.²⁵

In una situazione così fluida, individuare una regolamentazione che valga in generale per tutti i cctld non è semplice. L'impressione che si avverte, osservando la dottrina giuridica sul tema e leggendo i resoconti dei programmatori coinvolti nella gestione della rete, è che vi sia in maggioranza un'idea di netta differenziazione tra l'ambito privato, proprietario, semplificato e funzionale dei domini di primo livello generico e quello pubblico, sovrano, complicato e inefficiente dei domini di primo livello nazionale. Il tentativo di ricondurre la definizione dei secondi alle regole stabilite per i primi è quindi una sostanziale spinta alla privatizzazione che restituisce un panorama della rete, non molto diverso dalle dinamiche che hanno interessato il mondo giuridico ed economico negli ultimi quaranta anni.

Allo scopo di allargare tale discussione, cercando di sottrarla alle logiche della separazione tra pubblico e privato per analizzare il rapporto tra proprietà e sovranità nella dimensione complessiva della rete Internet è interessante valutare, prima di procedere ad applicare i modelli a cui si è fatto riferimento, i vari passaggi che hanno coinvolto la regolamentazione dei domini di primo livello nazionali dalla fase pionieristica ad oggi.

²⁵ M. L. Mueller; F. Badiei, "Governing Internet Territory: ICANN, Sovereignty Claims, Property Rights and Country Code Top-Level Domains," cit., 487.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

3.1 *L'Età dell'oro dei Pionieri della rete: la prima fase*

In particolare, si possono circostanziare tre passaggi fondamentali nella regolamentazione dei cctld, un primo momento pionieristico che è quello a cui si è fatto riferimento in precedenza e che dal punto di vista della disciplina giuridica ruota attorno al documento RFC 1591 che nelle intenzioni del suo estensore, Jon Postel, uno dei più importanti programmatori coinvolti nel progetto della rete Internet e il primo responsabile della struttura dei nomi di dominio, doveva fornire una serie di principi definatori per regolare l'assegnazione dei domini di primo livello (nazionali e generici).

Il documento del 1994 ha avuto solo un'indiretta influenza sulle decisioni e sulle procedure elaborate negli anni successivi sul tema. È però molto interessante perché individua, per la prima volta, un modello di gestione dei nomi di dominio di primo livello e della loro delegazione a singoli operatori con il compito di registrazione dei conseguenti domini di secondo livello. In questo scritto, Postel dimostra di aver approfondito più di altri le implicazioni dettate dalla scelta di abbracciare un modello basato sulla sovranità ovvero sulla proprietà e mette in guardia dall'impiego di uno schema dicotomico così rigido.

Se da una parte la sovranità comporta implicazioni politiche che devono essere sempre ponderate, la proprietà non è può essere vista come un istituto neutrale volto al solo corretto funzionamento della rete. La posizione giuridica del proprietario accentra i poteri di godimento e disposizione in capo ad unico soggetto scaricando le esternalità negative sulla collettività. Secondo la sua visione, Postel si sofferma sul compito delle RA che sono chiamati a gestire i singoli domini di primo livello nazionali e non possono vantare alcun diritto di proprietà sui tld, dal momento che la loro funzione non è quella di godere e disporre del bene come fosse loro, bensì di amministrarlo nell'interesse e nel rispetto della comunità globale della rete (Internet Global Community)²⁶.

²⁶ M. L. Mueller, "The Battle Over Internet Domain Names: Global or National TLDs?", 22 *Telecomm. Pol'Y* 89, 92-93 (1998).

Secondo Postel, la struttura essenzialmente universale della rete e il suo scopo finale di connettere su base globale una serie di utenti non potevano essere mantenuti se non attraverso una disciplina che rispecchiasse e consentisse tali caratteristiche e obiettivi.

Per questo motivo, il programmatore dell'Università del Sud della California propone un modello basato sull'istituto del *Public Trust*, ogni RA è chiamata ad amministrare come *trustee* il dominio di primo livello che gli è stato assegnato e tale gestione è fatta per quanto concerne i domini di primo livello nazionale sia nell'interesse della nazione, che della comunità collettiva globale della rete²⁷.

Il Public trust è una variante specifica del più comune istituto di common law e consente di dare in concessione un bene o una risorsa in funzione di una comunità di riferimento²⁸, il *trustee* è quindi chiamato non solo ad amministrare la risorsa per conto del beneficiario, ma per poterla gestire deve garantire una serie di standard e requisiti stabiliti da un'autorità sovraordinata che procederà a periodici controlli sull'amministrazione del trust fund e sull'osservanza delle caratteristiche richieste²⁹.

Su questo punto il documento RFC 1591 diviene meno chiaro, l'assenza di un'effettiva istituzionalizzazione degli organi di controllo della rete rendeva più vago questo aspetto sebbene nelle intenzioni di Postel stesso l'autorità di verifica e di sanzione dovesse essere l'IANA.³⁰ La parte riguardante i controlli e soprattutto le sanzioni è quella meno sviluppata nel documento, Postel prevede la possibilità di revocare la delegazione all'operatore che non si comporta secondo gli standard prestabiliti, anche se questi non sono definiti in maniera precisa. Di più, il sistema di avvicendamento tra i due operatori (quello fedifrago e il sostituto) è gestito dal programmatore come un processo dialogico nel

²⁷ J. Postel, "Ietf Request For Comment 1591: Domain System Structure And Delegation" (1994), <https://www.ietf.org/rfc/rfc1591.txt>.

²⁸ L'idea di Public Trust si è sviluppata negli Stati Uniti con particolare riferimento alla conservazione del patrimonio naturalistico, sul tema si veda J. L. Sax. "The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention" in 68 Michigan Law Review 3 (1970), 471-566; J. L. Huffman "Fish Out of Water: The Public Trust Doctrine in a Constitutional Democracy" 3 Issues in Legal Scholarship 1 (2003).

²⁹ J. Postel, "Ietf Request For Comment 1591: Domain System Structure And Delegation", cit.

³⁰ Ibidem.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

quale l'IANA si occupa di discutere con le entrambe le parti affinché si arrivi ad una soluzione condivisa attraverso il dialogo³¹.

Il documento RFC 1591 è quindi un modello interessante anche se non completo, che ha il grande pregio però di aver da subito cercato una soluzione che non si fermi alla mera riproposizione del solito scontro tra proprietà e sovranità, ma che tenti di ragionare da un punto di vista diverso sulla questione, applicando i principi e le regole messi a disposizione dall'ordinamento. Nei due paragrafi successivi si vedrà l'irruzione del mercato e dello stato nella questione sgombreranno il campo da soluzioni alternative per riproporre il solito dualismo visto più volte in azione.

3.2 Il ruolo dell'ICANN nella gestione di Internet: la seconda fase

Nel 1998 il governo statunitense capisce che i tempi sono maturi per istituzionalizzare le autorità di controllo di Internet. L'ICANN prende il testimone dall'ICANA di Postel con l'intento iniziale di continuare a esercitare un controllo allo stesso tempo centralizzato e globale sulle varie RA. Questo obiettivo si scontra però con gli interessi degli operatori stessi che hanno raggiunto una rilevanza notevole all'interno della comunità della rete e non sono propensi ad accettare un controllo gerarchico e accentrato da parte della neonata agency, all'opposto del campo si trovano invece gli stati nazionali, che dopo un decennio ad osservare gli sviluppi della rete, hanno realizzato la sua importanza dal punto di vista economico e sociale e rivendicano di conseguenza il controllo sui cctld.

La maggiore frammentazione del quadro richiede un ribilanciamento tra i vari interessi rappresentati: l'ICANN quale organo regolatore, le RA dei singoli domini di primo livello e gli stati nazionali. Nell'assenza di una disciplina condivisa, la naturale conseguenza dell'assegnazione dei domini ai singoli delegati, senza la previsione di un effettivo controllo sull'esercizio di tale potere, ha rafforzato la posizione di questi ultimi, assecondando la loro convinzione di essere titolari di un diritto di proprietà sopra il dominio di primo livello che

³¹ M. L. Mueller; F. Badiei, "Governing Internet Territory: ICANN, Sovereignty Claims, Property Rights and Country Code Top-Level Domains," cit., 447 – 449.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

gli è stato affidato.³² Dall'altra parte, gli stati nazionali, a lungo inerti, avevano avuto modo di convincersi che l'autorità esclusiva su i singoli delegati che operavano all'interno dei rispettivi confini nazionali spettava a loro.

Infine, l'ICANN rivendicava il proprio ruolo di gestore unico del DNS e si proponeva di sfruttare tale posizione monopolistica per imporre una serie di obblighi contrattuali a tutte le RA sia per quanto riguarda i cctld, sia per ciò che concerne i domini di primo livello generico³³.

Simili posizioni di forza rispetto agli altri soggetti coinvolti venivano equilibrate da altrettante condizioni di debolezza: il potere dell'ICANN di revocare la delegazione a determinate RA doveva essere esercitato con assoluta prudenza, da una parte perché una revoca poteva portare anche ad una disabilitazione dei servizi di connessione legati al dominio di primo livello di riferimento, dall'altra perché un impiego estensivo di tale autorità poteva convincere alcune RA e stati nazionali ad organizzare il proprio sistema DNS alternativo a quello controllato da ICANN.

In questo senso, la stessa posizione delle RA si mostrava solida solo in apparenza, dal momento che non vi era alcun titolo di proprietà che garantisse la loro posizione, la quale continuava a dipendere dall'incapacità degli altri due soggetti coinvolti di definire la natura giuridica del rapporto tra il dominio di primo livello e il suo assegnatario. In conclusione, gli stati nazionali, nonostante fosse all'interno del loro potere la possibilità di regolare la questione o di porre sotto il proprio controllo la RA sul proprio territorio,

³² Sull'allargamento della tutela reale a nuove tipologie di beni e di rapporti giuridici, si veda C. A. Reich, "The New Property", 73 Yale L.J. (1964); A. Chander, "The New, New Property", 81 Texas L. Rev. 715 (2003); In particolare nel campo digitale e della rete, si veda: T. Hardy, "Property (and Copyright) in Cyberspace", U. Chi. Legal F. 217, 218(1996); E. Husby, "Sovereignty and Property Rights in Outer Space", 3 J. Int'l L. & Prac 359 (1994); M. J. Radin, "Property Evolving in Cyberspace", 15 J.L. & Com. 509 (1995); C. Rose, "Several Futures of Property: Of Cyberspace and Folk Tales, Emission Trades and Ecosystems", 83 Minn. L. Rev. 129, 132 (1998).

³³ M. L. Mueller; F. Badiei, "Governing Internet Territory: ICANN, Sovereignty Claims, Property Rights and Country Code Top-Level Domains," cit., 441.

dipendevano dall'autorità centrale dell'ICANN per quanto riguarda l'affidamento e il sostegno alla RA a loro più vicino³⁴.

In una simile situazione, nella quale un soggetto non era abbastanza forte per imporre una regolazione agli altri due, ciò che emerge più chiaramente è la perdita di importanza della comunità globale degli utenti, che se nel modello proposto da Postel avevano la posizione di beneficiari dell'amministrazione del trust pubblico sui domini di primo livello, in questa seconda parte della storia, vengono relegati sullo sfondo dall'irrompere di interessi appartenenti a soggetti con un peso maggiore all'interno dello spazio della rete.

Il sostanziale equilibrio appena descritto viene rotto nel 1999 dalla decisione degli stati nazionali di inserire un organismo all'interno dell'ICANN denominato GAC, *Government Advisory Committee*. Un comitato che funziona come strumento di pressione degli stati all'interno della governance della rete che è gestita per il resto da rapporti informati al diritto privato, sia ICANN, che la precedente IANA sono persone giuridiche di diritto privato e gli accordi tra queste autorità e i singoli operatori sono regolati secondo il diritto dei contratti americano³⁵.

Il GAC riequilibrava il peso pubblico all'interno della rete, consentendo agli stati uno spazio nel quale far sentire la propria voce e la possibilità di intervenire direttamente nella regolamentazione di Internet.

Il prodotto di questa svolta è rappresentato dai *Principles for the Delegation and Administration of the cc Top Level Domains*, un secondo documento che prova a dare una regolamentazione generale alla gestione dei domini di primo livello nazionali. I *GAC Principles* riprendono formalmente il modello delineato nel documento del 1994 da Jon Postel, anche in questo caso l'istituto che viene considerato è quello del *Public Trust*, i RA non sarebbero quindi dei proprietari rispetto al dominio a loro affidati, ma dei *trustee*, alle prese con un trust

³⁴ Le linee guida di ICANN spiegano bene il meccanismo e sono consultabili all'indirizzo digitale <https://www.icann.org/resources/pages/cctlds-21-2012-02-25-en>.

³⁵ Governmental Advisory Committee., *Principles For Delegation and Administration of Cclds*, 23 febbraio 2000, consultabile all'indirizzo elettronico <https://archive.icann.org/en/committees/gac/gaccctldprinciples-23feb00.htm>

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

fund rappresentato dalla gestione di un dominio di primo livello nazionale³⁶.

Il modello di Postel è così funzionale a negare ai delegati il diritto di proprietà sull'oggetto della loro delegazione. La sostanziale differenza con il progetto di Postel riguarda però il beneficiario di questa amministrazione, che non è più la comunità globale degli utenti di Internet, ma il singolo Paese sul quale insiste il dominio a cui si fa riferimento.

La strategia è chiara, da una parte si nega la base giuridica su cui si fonda l'influenza degli operatori di *cctlds*, dall'altra si riduce l'autorità dell'ICANN, la quale nell'idea di Postel doveva fungere da ente di controllo del rispetto degli standard da parte dei delegati e che ora è esautorato dal ruolo degli stati, che sono così diventati sia i beneficiari del trust, che i settlor dello stesso, dal momento che secondo questo nuovo documento gli stati e non più l'ICANN, devono avere l'ultima parola rispetto alla scelta della RA collegata al rispettivo *cctld*.

“With respect to future delegations or reassignment of delegations, ICANN should delegate the administration of a *cctld* only to an organisation, enterprise or individual that has been designated by the relevant government or public authority”³⁷.

L'effettiva avocazione della questione da parte degli stati limita decisamente lo spazio di manovra degli altri due soggetti. Gli RA non possono più procedere ad alcun tipo di atto di disposizione del top level domain previsto dal diritto privato incluso e non limitato alla vendita, al subappalto, alla sublicenza per l'uso del marchio, senza l'espresso parere positivo dello stato nazionale di riferimento del dominio. L'ICANN è di fatto confinata in ruolo prettamente tecnico, interviene

³⁶ J. Postel, “Ietf Request For Comment 1591: Domain System Structure And Delegation”, cit.; Governmental Advisory Committee., Principles For Delegation and Administration of Cctlds, 23 febbraio 2000, cit.

³⁷ Governmental Advisory Committee., “Principles For Delegation And Administration Of Cctlds”, 5 aprile 2005, consultabile all'indirizzo digitale <https://gac.icann.org/content/Migrated/gac-principles-and-guidelines-for-the-delegation-and-administration-of-country-code-top-level-domains-role-of-government-or-public-authority>

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

all'interno delle procedure di assegnazione dei domini per rilevare eventuali problematiche relative alla struttura globale del DNS.³⁸

Nel 2005, il GAC ha pubblicato una nuova versione dei suoi Principi nei quali al paragrafo 1 comma 6 prima si afferma quello che può sembrare un richiamo alla gestione dei domini nell'interesse della comunità globale di Internet

“1.6 It is recalled that the Governmental Advisory Committee (GAC) to ICANN has previously adopted the general principle that the Internet naming system is a public resource in the sense that its functions must be administered in the public or common interest”³⁹.

Per poi precisare che:

“[P]olicy authority for Internet-related public policy issues is the sovereign right of States. They have rights and responsibilities for international Internet-related public policy issues.” This is in the context that, “Governments, as well as private sector, civil society and the United Nations and other international organizations have an important role and responsibility in the development of the Information Society and, as appropriate, in decision-making processes. Building a people-centred Information Society is a joint effort which requires cooperation and partnership among all stakeholders”⁴⁰.

Al netto quindi dei richiami alla società civile e agli *stakeholders*, il nuovo documento sembra spingere ulteriormente sul modello della sovranità, affermando che le politiche relative alla gestione della rete ricadono all'interno dei poteri sovrani degli stati. Il riferimento relativo alla costruzione di una società dell'informazione che sia incentrata sui

³⁸ Su questo punto si rimanda a A. Ambrosini, *La tutela del nome a dominio. Il manuale del dominio “.it”,* Napoli 2002 (2a edizione). P. Sammarco, *Il regime giuridico dei "nomi a dominio",* Milano, 2002.

³⁹ Governmental Advisory Committee., “Principles For Delegation And Administration Of Cclds”, cit., 2.

⁴⁰ WSIS Declaration of December 2003, Document WSIS-03/GENEVA/DOC/4-E, Ginevra 2003, consultabile all'indirizzo digitale <https://www.itu.int/net/wsis/docs/geneva/official/dop.html>.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

singoli individui sembra un riferimento volto a vincolare le politiche dello stato.

Se si volge uno sguardo più generale al documento, si nota come i pareri degli *stakeholders* per quanto parte del processo decisionario non sono in alcun modo vincolante per gli stati e lo stesso ruolo dell'ICANN è divenuto quello di semplice esecutrice delle politiche statali, come emerge, ad esempio, tra gli altri dal par. 7 c.1, dove si specifica che:

Delegation and re-delegation is a national issue and should be resolved nationally and in accordance with national laws, taking into account the views of all local stakeholders and the rights of the existing cctld Registry. Once a final formal decision has been reached, ICANN should act promptly to initiate the process of delegation or re-delegation in line with authoritative instructions showing the basis for the decision⁴¹.

4. La terza fase: sovranità e proprietà come modelli di governance per la rete

I *GAC Principles* hanno impresso una nuova svolta alla disciplina relativa alla gestione dei domini di primo livello della rete. Gli stati hanno chiaramente indicato il modello della sovranità come quello dominante per quanto concerne l'assegnazione (delegation) dei *cctlds*. Questa presa di posizione non ha prodotto però, negli ultimi quindici anni, una dottrina univoca sul punto. I *Principles* non sono considerati come diritto vincolante da parte dell'ICANN, ma soprattutto dalle singole RA, per ovvi motivi.

Di più, la giurisprudenza delle corti nazionali ed internazionali sulla questione non ha espresso una posizione univoca e sono così andati definendosi, in ambito dottrinario, due modelli ulteriori rispetto a quello già trattato in precedenza del *Public Trust*. Come si è già avuto modo di anticipare, la rete intesa come sfera geopolitica consente una costante elaborazione e rielaborazione dei rapporti tra i diversi elementi che la compongono, in questo caso lo spazio nazionale e l'ambito della

⁴¹ Governmental Advisory Committee., "Principles For Delegation And Administration Of Cctlds", cit., 6.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

produzione di beni e servizi risentono della rapida espansione di Internet e del conseguente impatto economico di tale fenomeno⁴².

Questa terza fase è dominata dalla dicotomia tra questi due piani, uno studio approfondito degli studi dottrinali sul tema e l'analisi delle sentenze tendono a confermare che questi due modelli si presentino quali visioni alternative dello spazio giuridico della rete, lasciando trasparire in che modo, nel territorio sconfinato di internet, proprietà e sovranità appaiano quali tipologie alternative di governance, capaci di ordinare e controllare uno spazio attraverso una serie di principi e regole che pur avendo una provenienza diversa, hanno meccanismi di funzionamento simili⁴³.

Sarebbe del tutto fuorviante però vedere questi due modelli esclusivamente in antitesi, può apparire interessante soffermarsi sul fatto che la dicotomia tra proprietà e sovranità, che è alla base del diritto moderno degli stati, forza i due concetti all'interno di piani opposti e antinomici, esaltando quelle caratteristiche di entrambi che li pongono in conflitto. Il discorso sulla sovranità porta con sé l'idea di un rigido controllo pubblico e di una limitazione dell'ambito privatistico, al contrario quello sulla proprietà implica una maggiore libertà dei privati e un freno. Queste narrative classiche sono però state messe a dura prova negli ultimi anni, il paradigma neoliberista ha provveduto a riconfigurare il ruolo del pubblico, così come il pensiero sociale aveva tentato di rimodulare l'istituto proprietario.

I piani sono quindi molto più intrecciati di quanto i discorsi che li sorreggono possano far pensare e questo appare, se possibile, ancora più chiaro all'interno della cybersfera. In questo ambiente sociotecnico, i rapporti tra le diverse componenti sono in continua ridefinizione: l'esercizio della sovranità da parte degli stati nazionali, i diritti dei singoli utenti, le istituzioni che provvedono al funzionamento della rete

⁴² Sul punto si rimanda a S. Simpson, "Explaining the commercialization of the internet: A neo-Gramscian contribution", cit., 50-68; P. Chakravarty, *Governance without politics: Civil society, development and the postcolonial state*, cit., 21.

⁴³ M. Geist, *Governments And Country- Code Top-Level Domains: A Global Survey-Version 2.0*, 23 (University Of Ottawa, Working Paper 2004); E. Schlesinger Wass, *Addressing The World: National Identity And Internet Country Code Domain* (Rowman & Littlefield, 2003).

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

sono tutti in collegamento e ognuno tutela determinati interessi e promuove particolari discorsi⁴⁴.

I modelli che sono emersi non fotografano quindi la situazione esistente della rete, limitandosi a trasportare nel mondo del diritto i rapporti che sono andati ad instaurarsi tra i diversi soggetti. Sono al contrario costitutivi degli stessi rapporti, intervengono al loro interno, garantendo taluni interessi e negandone altri.⁴⁵

La dicotomia pubblico/privato è quindi una narrazione giuridica che sorregge determinate posizioni a discapito di altre, proprietà e sovranità sono in questo senso strumenti che servono alla bisogna per tutelare particolari soggetti nelle loro situazioni giuridiche e incomodarne altri.⁴⁶

Questi due modelli saranno così analizzati allo scopo di testare la tenuta delle narrazioni di entrambi e verificando la loro efficacia e la loro capacità distributiva di potere tra i soggetti coinvolti. Una particolare attenzione sarà riservata alle sentenze che sorreggono o smentiscono tali modelli, cercando di valutare come le corti internazionali e quelle dei singoli stati si sono espresse su questo tema, in relazione con le istituzioni coinvolte.

4.1 *Il modello basato sulla Sovranità*

Si è già visto nei precedenti paragrafi come l'intervento degli stati nazionali all'interno della governance della rete abbia portato alla luce un approccio giuridico che tende a ricondurre al principio di sovranità tutti gli sforzi di amministrazione e controllo del sistema di domini di primo livello nazionali sui quali si regge Internet. L'intervento degli stati attraverso il GAC e l'ingerenza degli stessi nelle singole procedure

⁴⁴ Su questo punto si veda M. Castells, M. (2010). *The power of identity*, cit, 53.

⁴⁵ Su questo punto si veda S. Mezzadra, B. Nielson, "Nella Fabbrica della Modernità: il capitale, lo Stato, l'Impero, *Scienza & Politica*", vol. XXVIII, no. 55, 2016, pp. 73-91; G. Poggi, "The Development of the Modern State. A Sociological Introduction", Stanford, 1978, pp. 87 ss.

⁴⁶ Si veda in tema di sovranità e cybersfera, D. Betz, T. Stevens, Chapter Two: *Cyberspace and sovereignty*. Adelphi Series, 51(424), 2011, 55-74. J. Agnew, *Globalization and sovereignty*. Lanham, MD, 2009.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

di assegnazione dei cctld sono stati giustificati dall'estensione della sovranità in tutti i possibili ambiti spaziali che sono consentiti ai singoli stati.

L'esercizio del potere sovrano sui domini di primo livello nazionali è considerato implicito da buona parte degli stati nazionali: le pressioni sull'ICANN per la creazione del GAC e l'intromissione all'interno delle singole assegnazioni dei domini alle varie RA sono state compiute sulla base di una asserzione di sovranità da parte di ciascun singolo stato su ogni cctld a questo associato mediante il codice internazionale a due lettere ISO-3166. Gli studi su questa tema pubblicati in precedenza hanno tutti sottolineato quanto già detto nei paragrafi precedenti di questo scritto: l'associazione tra i singoli domini di livello nazionali e gli stati è meramente semantica, lo stesso codice internazionale ISO-3166 non intende designare solo gli stati sovrani, ma elenca anche i territori controllati e le aree geografiche economiche.

In altre parole, il principio di sovranità avrebbe in questo caso un fondamento precario e le ragioni sarebbero da ricercarsi nel flebile collegamento tra il richiamo del codice ISO-3166 ad un determinato Paese e l'identificazione di quello stato con il nome di dominio associato.

Tale convinzione sarebbe derivata dallo studio di alcune delle principali teorie in merito alla sovranità e dalla conseguente incapacità di far rientrare tra le applicazioni pratiche quella relativa ai domini di primo livello nazionali della rete.

Gli esperti che si sono interrogati sul punto sono per lo più persuasi che il concetto di sovranità, così come era stato inteso nel corso della modernità e sviluppato nel mondo contemporaneo, non possa essere chiamato in causa per quanto riguarda Internet e il sistema DNS che gestisce la rete. L'opinione è che proprio l'avvento delle nuove tecnologie e la globalizzazione abbiano favorito l'erosione della sovranità statale.⁴⁷ I punti di vista sono però molteplici, come sterminata è la letteratura sul tema, specialmente in ambito politologico⁴⁸.

⁴⁷ D. J. Beltz, T. Stevens "Cyberspace and the State. Toward a Strategy for Cyber-Power" Abingdon 2011, 71 ss.

⁴⁸ Su questi temi si veda, tra gli altri, M. Mueller, "Will the Internet Fragment? Sovereignty, Globalization, and Cyberspace", Cambridge 2017; N. Choucri, D. D.

Le analisi sono le più diverse e vanno spesso a ricomprendere tutti gli ambiti che interessano la cybersfera incappando sovente nel tema relativo al DNS e delle questioni di cui stiamo trattando in queste pagine.⁴⁹ Nella maggior parte dei casi, due sono gli aspetti che vengono rilevati, se da un lato sembra chiaro che Internet esprima uno spazio che non possa essere controllato ricorrendo ad una nozione classica di sovranità, dall'altro non si può che convenire con il fatto che a tutt'oggi gli stati e le entità sovranazionali esercitino la propria sovranità nella rete e la controllino all'interno dei loro confini di applicazione.⁵⁰

Questi due punti rappresentano la base di partenza per analizzare il modello di sovranità che emerge dalle analisi, non si dimentichi però l'idea dalla quale si è partiti che la cybersfera sia da intendersi come un ambiente sociale e tecnico nel quale si intrecciano una serie di piani, tra questi una parte è giocata sicuramente dall'esercizio della sovranità da parte degli stati. Come si è visto però la rete è in grado di rielaborare tali piani e rivedere i discorsi e le sue stesse componenti. In questo senso, la sovranità degli stati non può che interagire con gli altri elementi della cybersfera, la libertà di connessione e di interazione degli utenti, i networks globale di produzione di beni e servizi, la tecnologia che supporta la rete. Tali rapporti non fanno altro che erodere il discorso classico di sovranità per conformarlo alle relazioni di potere che il contesto sociotecnico della rete comporta. Un simile contesto può comportare una ridefinizione dell'idea di sovranità, ma anche un

Clark, "International Relation in the Cyber Age: The Co Evolution Dilemma", Cambridge 2018; R. Rattle "Computing our way to paradise?: The Role of Internet and Communication Technologies in sustainable consumption and globalization", Lanham 2010; H. Lindahl, "Fault Lines of Globalization. Legal Order and the Politics of A-Legality", Oxford – New York, 2013; S. Couture, S. Toupin, "What Does the Concept of 'Sovereignty' Mean in Digital, Network and Technological Sovereignty?", in GigaNet: Global Internet Governance Academic Network, Annual Symposium 2017, consultabile all'indirizzo elettronico https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3107272.

⁴⁹ Tra gli altri, si veda M. L. Mueller, "Competing DNS Roots: Creative Destruction or just Plain Destruction?" 33 J. Network Indus. 313 (2002); Id. "Alternative TLD Name Systems and Roots: Conflict, Control and Consequences", SAC009 Ssac Report (2006), consultabile all'indirizzo elettronico <https://www.icann.org/en/system/files/files/alt-tlds-rootsreport-31mar06-en.pdf>.

⁵⁰ K. G Von Arx, R Hagen, "Sovereign Domains: A Declaration of Independence of cctlds from Foreign Control", 9 Rich. J. L. & Tech. 4 (2002); P. Yu, "The Origins Of Cctld Policymaking, 12 Cardozo j. Int'l & Comp. L." 387 (2004).

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

utilizzo del concetto da parte di attori diversi dagli stati nazionali, in contrapposizione agli stessi.

Nel discorso classico sulla sovranità all'interno della rete, questa è sempre comunque declinata secondo una dimensione nazionale, non è pensabile quindi una governance che prescindere dalle costruzioni politiche statuali. Appare chiaro quindi come il controllo sui cctld sia parte di uno sforzo più ampio posto in essere dagli stati nazionali e da determinate organizzazioni internazionali, l'UE su tutte, per estendere la propria influenza e controllo nella cybersfera. Ad esempio, il termine sovranità tecnologica è stato impiegato in diversi contesti per indicare un controllo di tipo individuale o collettivo su parti della cybersfera.⁵¹

Sebbene sia utilizzato da diversi attori, tale concetto ha sviluppato una serie di caratteristiche comuni quali appunto la contrapposizione rispetto a diverse tipologie di comportamenti egemonici sia questi posti in essere da stati nazionali o da operatori privati; la capacità di innovare lo sviluppo tecnologico della cybersfera; la tutela della privacy e della sicurezza digitale di singoli individui o gruppi sociali; infine l'idea di sovranità tecnologica sembra essere utilizzata specialmente in da parte di categorie sociali considerate subalterne secondo la nota definizione gramsciana, ripresa dagli studi postcoloniali⁵².

Queste rielaborazioni del concetto classico evidenziano un dato essenziale rappresentato dalla impossibilità di applicare ad Internet la definizione di sovranità come era stata elaborata da Weber.⁵³ In questo senso, sembra quasi scontato affermare che una sovranità intesa come

⁵¹ Su questo punto si veda S. Couture, S. Toupin, "What Does the Concept of 'Sovereignty' Mean in Digital, Network and Technological Sovereignty?", cit., 7 ss; I. Calzada, "Technological Sovereignty: Protecting Citizens' Digital Rights in the AI-Driven and Post-GDPR Algorithmic and City-Regional European Realm", in *Regions eZine*, volume 4, consultabile all'indirizzo elettronico, <https://ssrn.com/abstract=3415889>.

⁵² S. Couture, S. Toupin, "What Does the Concept of 'Sovereignty' Mean in Digital, Network and Technological Sovereignty?", cit., 14; J. Pohle, "Digital sovereignty? Past, present and future ideas about selfdetermination in times of digitalization", paper presentato alla conferenza IAMCR, Madrid, Spain, 2019.

⁵³ Max Weber definisce la sovranità come l'atto della «comunità umana, che nei limiti di un determinato territorio – questo elemento del "territorio" è caratteristico – esige per sé (con successo) il monopolio della forza fisica legittima», in M. Weber, "La politica come professione" (1919), in M. Weber, "Il lavoro intellettuale come professione. Due saggi", Torino, 1980, p. 48.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

monopolio dell'uso della forza su di un dato territorio non possa attagliarsi alla struttura ed al funzionamento di Internet. Allo stesso modo i vari tentativi di attualizzare tale definizione, non riescono ad afferrare non tanto la complessità del funzionamento della rete, ma soprattutto i profondi rimescolamenti che l'idea di sovranità ha subito nella rete⁵⁴.

Gli studi sul tema confermano come le stesse problematiche si riscontrano anche nelle costruzioni più recenti della sovranità statale nella rete, che si occupano di attualizzare il concetto classico. Tra le varie, una particolare fortuna ha raccolto quella ideata dal politologo Stephen Krasner il quale, raccogliendo le diverse declinazioni in cui è stato impiegato tale concetto, ha inteso scomporre la sovranità weberiana in quattro componenti: *domestic sovereignty*, *interdependence sovereignty*, *international legal sovereignty* and *Westphalian sovereignty*. La prima fa riferimento all'organizzazione dell'autorità pubblica all'interno dello stato e alla sua capacità di regolamentare i comportamenti degli individui e di imporre le scelte politiche; la seconda riguarda la capacità del singolo stato di governare il flusso di persone, informazioni, capitali e beni (ma anche malattie); il terzo si riferisce al classico mutuo riconoscimento tra stati sovrani che garantisce la loro indipendenza e il quarto richiama la possibilità degli stati di autodeterminarsi, liberi da autorità esterne ad essi⁵⁵.

4.2 Il principio di sovranità nella rete: vecchi schemi o nuovi paradigmi?

La tassonomia proposta da Krasner non può chiaramente essere applicata in toto alla rete e tantomeno al tema del nostro studio, tra le varie classificazioni, solamente quella relativa alla sovranità come interdipendenza riesce a cogliere il complesso sociotecnico

⁵⁴Sul punto si veda, T. J. Biersteker, C. Weber, *State sovereignty as social construct*. Cambridge 1996; D. Woodley, (a cura di). *Globalization and capitalist geopolitics: Sovereignty and state power in a multipolar world*. London, 2015 R. Srinivasan., *Whose global village? Rethinking how technology shapes our world*, cit., 13 ss.

⁵⁵ Su questo approccio alla Sovranità si veda il volume di S.D. Krasner, "Power, The State, and Sovereignty: Essays on International Relations", Londra e New York, 2009, p. xiii.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

rappresentato dalla cybersfera, poiché riguarda la capacità di regolamentare lo scambio di informazioni che entra ed esce dalle frontiere nazionali.⁵⁶ Il controllo su un simile flusso, secondo l'opinione del suo ideatore, consente allo stato di avere l'ultima parola su ciò che accede all'interno del proprio territorio e in quale modo⁵⁷.

Tale declinazione del concetto favorisce la legittimazione della sovranità nazionale all'interno della rete in tutti quei casi in cui lo stato regola il flusso di informazioni che passa attraverso i propri confini per mezzo del web. È chiaro che, come si è avuto modo di ricordare già in precedenza, la conformazione stessa della rete abbia eroso in particolare questo ambito della sovranità degli stati. Il consolidamento di principi quali la libertà di informazione digitale e la libertà di espressione all'interno della rete hanno reso più difficile l'esercizio di tale potere sovrano da parte di quegli stati che sono tradizionalmente espressivi di tali concetti democratici⁵⁸.

Nel bilanciamento tra la tutela dell'ordine pubblico attraverso il controllo delle informazioni diffuse sulla rete e i principi di libertà di espressione e di informazione, gli stati hanno visto spesso soccombere la propria sovranità di fronte alle argomentazioni della rete globale e quando tale potere è stato implementato fino in fondo non sono mancate critiche come ad esempio con il caso di *Wikileaks*.⁵⁹ Il concetto di *data sovereignty*⁶⁰ ruota appunto attorno al tentativo da parte dei singoli stati di assoggettare alla propria giurisdizione il flusso di dati che circolano da e attraverso i confini nazionali. Un simile sforzo è condotto

⁵⁶ Ibidem, 57 ss.

⁵⁷ D. J. Beltz, T. Stevens "Cyberspace and the State. Toward a Strategy for Cyber-Power" cit., 71 ss.

⁵⁸ S.D. Krasner, Power, The State, and Sovereignty: Essays on International Relations, cit.,

⁵⁹ D. J. Beltz, T. Stevens "Cyberspace and the State. Toward a Strategy for Cyber-Power" cit., 71 ss.; Id., Chapter Two: Cyberspace and sovereignty, 55–74.

⁶⁰ In tema di data sovereignty si veda, Y. Nugraha, Kautsarina, and A. S. Sastrosubroto. "Towards Data Sovereignty in Cyberspace." In 2015 3rd International Conference on Information and Communication Technology (ICoICT), 2015, 465–71; Polatin-Reuben, Dana, and Joss Wright. 2014. "An Internet with BRICS Characteristics: Data Sovereignty and the Balkanisation of the Internet," July; <https://www.usenix.org/system/files/conference/foci14/foci14-polatin-reuben.pdf>; K. Irion, "Government Cloud Computing and National Data Sovereignty". Policy & Internet. 4 (3–4): (2012) 40–71.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

mediante l'utilizzo di diversi strumenti tecnologici come strumenti di criptazione, routing nazionali del traffico dati su Internet, centri di localizzazione dei dati. L'idea alla base è che la sovranità si manifesta attraverso il controllo dei dati che transitano per il territorio nazionale.

Un simile approccio è quello rappresentato dal *data nationalism* che non si limita all'estensione della giurisdizione sui dati che circolano all'interno dei confini statali, ma richiede che questi rimangano dentro il territorio nazionale attraverso incentivi agli operatori affinché mantengano il processo di gestione e archiviazione dei dati dentro il territorio nazionale⁶¹.

Per rimanere all'interno dei più stretti confini del DNS e dei domini di primo livello nazionale, il concetto di *interdependence sovereignty* funziona solo parzialmente come strumento di legittimazione dell'intervento statale nel sistema di funzionamento della rete e soprattutto nella procedura di assegnazione del dominio di primo livello nazionale alla RA⁶².

In questo caso non si può eccepire il controllo del flusso di informazioni che entra nel nostro territorio per due differenti motivi: da una parte, come si è detto, il collegamento tra gli stati e i domini di primo livello nazionale è puramente semantico, potrebbe quindi non giustificare l'ingerenza statale; dall'altra lo scopo di influenzare l'assegnazione di un dominio di primo livello nazionale non è quello di verificare le informazioni che entrano sul territorio statale, ma piuttosto serve a vigilare sullo sfruttamento economico di quel particolare dominio ed a verificare l'operato del delegato al cctld.

⁶¹ Sul concetto di data nationalism/data localization si rimanda a Anupam Chander, Uyên P. Lê, Data Nationalism, in 64 Emory Law Journal 677, 2015. Daniel Castro, Info. Tech. & Innovation Found., False Promise of Data Nationalism (2013), <http://www2.itif.org/2013-false-promise-data-nationalism.pdf>; W. Kuan Hon et al., Policy, Legal and Regulatory Implications of a Europe-only Cloud (Queen Mary Univ. of London, Sch. of Law, Legal Studies Research Paper No. 191/2015, 2015), available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2527951; Judith Rauhofer & Caspar Bowden, Protecting their own: Fundamental Rights Implications for EU Data Sovereignty in the Cloud (Univ. of Edinburgh Sch. of Law, Research Paper Series No. 2013/28, 2013), available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2283175.

⁶² Su questo punto si vedano le riflessioni di V. Zeno Zencovich, "Around the CJEU Schrems Decision: Digital Sovereignty and International Governance of Telecommunication Networks" Giugno 2016, disponibile all'indirizzo elettronico <https://ssrn.com/abstract=2788789> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2788789>, 4-6.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

a) *Il collegamento meramente semantico*

Con riferimento al primo motivo non si può discutere che la connessione tra i singoli stati e il codice scelto dai programmatori della rete (ISO-3166) sia esclusivamente semantica. Il fatto che tale collegamento non giustifichi l'intervento statale in materia appare invece meno scontato. In tal senso è bene ricordare come la causa iniziale dell'introduzione del codice ISO-3166 per nominare i domini sia stata la richiesta dei programmatori britannici di avere un dominio che li identificasse, con questo implicando un collegamento con la loro nazionalità e di conseguenza con lo stato di provenienza.

Un altro elemento che spingerebbe a giustificare l'intervento degli altri stati sulla base del collegamento semantico con il codice ISO-3166 è il ruolo tenuto dagli Stati Uniti d'America in questo contesto. Lo sviluppo della rete e la sua diffusione hanno enormemente aumentato il valore e l'importanza dei domini di primo livello nazionali. Secondo il sistema elaborato dall'ICANN, le RA e coloro i quali hanno registrato i propri siti attraverso quel dominio sono sottoposti alla giurisdizione statunitense. In altre parole, gli Stati Uniti possono decidere sull'eventuale ri-delegazione di una RA, scegliendo di ritirare il dominio di primo livello nazionale ovvero affidandolo ad un altro operatore⁶³.

Questa situazione ha spinto gli stati ad interessarsi maggiormente al funzionamento della rete ed alla sua governance. Si è già avuto modo di parlare della creazione del GAC all'interno dell'ICANN. Un altro passaggio importante è stato quello relativo al *World Summit on the Information Society*, un incontro intergovernativo che si è svolto tra il 2002 e il 2005 a Tunisi, nel quale sono stati discussi questi temi e si è arrivati ad un documento congiunto, la cosiddetta *Tunis Agenda*, nella quale si può leggere:

“Countries should not be involved in decisions regarding another country's country-code Top-Level Domain (cctld). Their legitimate interests, as expressed and defined by each country, in diverse ways,

⁶³ M. L. Mueller; F. Badieli, "Governing Internet Territory: ICANN, Sovereignty Claims, Property Rights and Country Code Top-Level Domains," cit., 464 ss.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

regarding decisions affecting their cctlds, need to be respected, upheld and addressed via a flexible and improved framework and mechanism”⁶⁴.

Gli stessi Stati Uniti d’America, nel corso del Summit hanno dovuto riaffermare la sovranità dei singoli stati nei confronti dei “rispettivi” cctld per poter conservare la propria giurisdizione sull’ICANN e di conseguenza sull’intero sistema dei nomi di dominio. È pur vero che, nel 2015, il governo statunitense ha deciso di affidare totalmente il controllo del DNS all’ICANN e alla comunità di stakeholders globali che agiscono attraverso tale ente, ma questo dato sembra rafforzare la convinzione che sussista un modello fondato sulla sovranità per la governance statunitense.

b) Il controllo sull’assegnazione dei cctld come potere sovrano

L’*interdependence sovereignty* è una classificazione che coglie solo in parte il ruolo degli stati nella questione dei domini di primo livello nazionale. Il controllo sui cctld e l’intervento statale nel funzionamento del DNS della rete non può essere giustificato con la necessità di controllare il flusso di informazioni che transita dentro e fuori i confini nazionali⁶⁵.

Il ruolo di controllore esercitato dagli stati nei confronti dei domini di primo livello nazionale non comporta la funzione di governare la circolazione delle informazioni sul territorio nazionale; la struttura globale della rete rende non agevole tale opzione poiché è ben possibile per qualsiasi utente iscrivere il proprio sito attraverso un dominio di primo livello generale, se la propria richiesta all’operatore del cctld di riferimento negasse la registrazione ovvero opponesse limiti troppo restrittivi.⁶⁶

⁶⁴ World Summit on the Information Society, Tunis Agenda for Information Society I 63 (Nov. 18 2005), <http://www.itu.int/net/ysis/docs2/tunis/off/6revl.html>.

⁶⁵ D. J. Beltz, T. Stevens “Cyberspace and the State. Toward a Strategy for Cyber-Power”, cit. 69-74.

⁶⁶ In questo ambito è interessante l’esempio della Cina, che ha elaborato il progetto Golden Shield “Great Firewall”, un programma di sviluppo tecnologico volto al controllo delle informazioni che circolano all’interno dei confini nazionali e di censura nei confronti

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

L'intervento statale non può quindi iscriversi nel contesto dell'*interdependence sovereignty*, ma ha una funzione di sorveglianza e tutela di settori economici e sociali. La diffusione di Internet e le possibilità di sfruttamento economico dei cctld nazionali sono tali che gli stati ritengono strategico mantenere sotto il proprio controllo la RA del cctld di riferimento.

In questo contesto, si riprende quanto detto nel paragrafo precedente rispetto al ruolo degli Stati Uniti d'America e il suo effettivo controllo dell'ICANN che ha spinto gli altri stati nazionali ad intervenire per delimitare i propri interessi all'interno della rete.

Paradossalmente è proprio il riconoscimento da parte del governo americano della sovranità degli altri stati sui domini di primo livello nazionali di riferimento che rafforza il ruolo particolare giocato dagli Stati Uniti d'America rispetto all'ICANN e in generale nei confronti del DNS della rete che rimane soggetto al diritto e alla giurisdizione statunitense⁶⁷.

4.3 Un altro approccio al concetto di sovranità. L'idea di Impero

Si è analizzato come il modello basato sulla sovranità non tragga la propria legittimità da una particolare interpretazione del concetto o da una sua specifica concezione. La sovranità è descritta più come una tipologia di governo adoperata dagli stati per intervenire in uno spazio che non ha sviluppato (ancora) una propria sovranità e si presta così ad essere un territorio controllato. In un simile panorama è bene forse ripescare l'idea di sovranità che è stata elaborata per quanto concerne gli imperi coloniali.⁶⁸ Secondo gli storici e gli internazionalisti che si

degli utenti. Su questo punto si veda D. J. Beltz, T. Stevens "Cyberspace and the State. Toward a Strategy for Cyber-Power" Abingdon 2011, 71 ss. Ci-Una Internet Network Info. Ctr., Statistical Report On Internet Development In China, <https://cnnic.com.cn/IDR/ReportDownloads/201411/P020141102574314897888.pdf>

⁶⁷ World Summit on the Information Society, "Tunis Agenda for Information Society" I 63, 2005, <http://www.itu.int/net/wsis/docs2/tunis/off/6rev1.html>.

⁶⁸ Sull'idea alternativa di sovranità, si veda L. Benton, "A Search for Sovereignty: Law and Geography in European Empires", 1400-1900, New York 2010, 5; M. Koskenniemi, "Empire and International law: The Real Spanish Contribution", 61 University of Toronto Law Journal 1, 2011, 1-36. Applicata al

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

sono interessati a questa questione, nel contesto coloniale la sovranità non era concepita secondo le caratteristiche che hanno poi contraddistinto quella statale. Nel caso degli imperi, si parla quindi di una sovranità stratificata, un concetto in base al quale esistono livelli multipli di poteri sovrani collegati allo stesso pezzo di terra. Gli Imperi erano in questo senso spazi politicamente frammentati, soggetti a diversi ordinamenti giuridici e caratterizzati da confini incerti e irregolari. L'effettivo controllo era esercitato dagli imperi solo su determinati spazi o enclavi che sovente non corrispondevano alle rivendicazioni formali effettuate su di un determinato territorio⁶⁹.

Un simile contesto si presta più facilmente a descrivere il controllo degli stati sulla rete, che è spesso meno esteso di quanto venga affermato sulla carta e allo stesso tempo è efficace in determinati contesti. Nel caso in esame, emerge un'ulteriore rassomiglianza che non è stata presa in alcun modo in considerazione nelle analisi degli studiosi, quella relativa alla giurisdizione⁷⁰. Gli Imperi consideravano la giurisdizione come uno strumento essenziale per estendere la propria dominazione, tale elemento non è però presente nell'accezione nazionale della sovranità⁷¹.

contesto della cybersfera, si veda K. Bertram, "Decolonizing the Digital: Reallocating Radio Spectrum in an Age of Neocolonialism." Master Thesis, Toronto [Ont.]: York University, 2016.

⁶⁹ Con le parole della stessa Benton, "Even in the most paradigmatic cases, an empire's spaces were politically fragmented; legally differentiated; and encased in irregular, porous, and sometimes undefined borders (...). Although Empires did lay claim to vast stretches of territory, the nature of such claims was tempered by control that was exercised mainly over narrow bands, or corridors, and over enclaves and irregular zones around them." "A Search for Sovereignty: Law and Geography in European Empires", cit., 5.

⁷⁰ L'importanza della giurisdizione è ribadita anche in V. Zeno Zencovich, "Around the CJEU Schrems Decision: Digital Sovereignty and International Governance of Telecommunication Networks" Giugno 2016, cit., 3-4.

⁷¹ Sul rapporto tra giurisdizione e sovranità e sui cambiamenti ripetuti al mondo globale si veda il lavoro di Sassen: S. Sassen, "Losing Control? Sovereignty in an Age of Globalization", New York 1995 5. In tema di diritto internazionale si veda: J.G. Ruggie, "Territoriality and Beyond: Problematizing Modernity in International Relations" (1993) 47 Int'l Org. 139; J.N. Rosenau & E.O. Czempiel, *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge 1992. Sugli aspetti economici della questione si veda anche J.N. Rosenau, "The Study of Global Interdependence: Essays on the Transnationalization of World Affairs" London, 1980.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

Nello spazio della rete, la giurisdizione torna ad essere invece un elemento fondamentale per affermare la propria sovranità, poiché consente ai diversi stati di tutelare gli utenti provenienti dal proprio territorio nazionale. I tribunali e le organizzazioni internazionali si sono impegnate a disciplinare le diverse competenze nazionali come ad esempio ha fatto la Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella sentenza 2011/25, che ha disciplinato la giurisdizione sulla rete in tema di diritti della personalità e soprattutto le più recenti pronunce Google Spain e Shreims che hanno stabilito rispettivamente la giurisdizione dell'UE sui dati personali che vengono gestiti all'interno del territorio dell'Unione e l'illiceità di qualsiasi trasferimento di dati personali appartenenti a cittadini europei⁷².

In tema di domini di primo livello nazionali, ogni stato ha adottato una serie di regole che se da un lato stabiliscono le procedure per la registrazione di un dominio all'interno del ccTld nazionale, dall'altro determinano la legge e la giurisdizione applicabile. Allo stesso modo l'UE ha ricordato che gli stati membri sono responsabili dei propri ccTld, ma per quanto concerne il dominio di primo livello .eu, la giurisdizione esclusiva è in capo all'Unione Europea.

In questo modello, gli stati provvedono a dotarsi di una normativa che disciplini i compiti della RA per il proprio ccTld e la relativa procedura per l'assegnazione del dominio. Di solito, ciò viene solitamente fatto mediante un regolamento adottato dalla RA, che esplicita i vari passaggi e gli strumenti di ricorso in accordo con l'autorità giudiziale⁷³.

5. Il modello basato sulla proprietà

Il modello alternativo è costruito all'interno del più classico duopolio pubblico/privato. Coloro i quali ritengono che il modello basato sulla sovranità restringa l'autonomia privata al punto da

⁷² Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Grande Camera) 25 ottobre 2011, cause riunite C-509/09 e C-161/10; Google Spain v. Agencia Española de Protección de Datos, Costeja, C-131/12, 13 maggio 2014. Schrems v Data Protection Commissioner [Ireland], C-362/14, 6 ottobre 2015.

⁷³ P. Vari, La natura giuridica dei nomi di dominio, cit, 12; F. Canali, "La disciplina giuridica dei nomi a dominio", cit. 1208 ss; C.E. Mayr, I domain names e i diritti sui segni distintivi: una coesistenza problematica, in AIDA, 1996, 223-250.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

controllare l'operato dei delegati ai cctld, hanno invocato uno strumento di governance alternativo che si fondi su logiche prettamente di mercato e che abbia al centro il diritto di proprietà delle RA sul cctld a loro assegnato⁷⁴.

Il modello è stato costruito secondo il classico paradigma proposto dall'analisi economica del diritto: la proprietà assicura una gestione più efficiente dei cctld perché consente al bene, in questo caso il servizio di registrazione dei domini, di transitare all'interno del mercato. Il proprietario accentra su di sé tutti i poteri derivanti dalle facoltà di godimento e disposizione della cosa⁷⁵.

In questo modo l'intervento dello stato troverebbe il limite della tutela reale sulla sua strada e la rete sarebbe gestita attraverso le regole che disciplinano qualsiasi altro mercato di servizi.⁷⁶

L'idea è quella per la quale il mercato è in grado di allocare costi e benefici secondo regole più efficienti di quelle poste in essere dal modello basato sulla sovranità. D'altra parte, questa concezione non si pone in completa antitesi rispetto ad alcuni aspetti che caratterizzano lo strumento precedente, come Agnew, J. (2009). *Globalization and sovereignty* ad esempio la giurisdizione. L'attenzione è in questo caso concentrata sul rapporto tra il servizio di registrazione dei domini sotto il cctld di riferimento e la RA a cui è affidato.

Anche in questo caso non vi è alla base alcuna volontà di ricomprendere nella gestione della rete la comunità globale degli utenti, nemmeno nella loro accezione neoliberista rappresentata dagli stakeholders.

L'impiego del diritto di proprietà riduce al massimo la platea dei soggetti in grado di incidere sulla gestione della rete, la quale è affidata a singoli proprietari che si relazionano attraverso le regole tipiche del diritto del mercato. Le RA non sono tenute a rispondere del loro

⁷⁴ Su un simile approccio legato a logiche di mercato, si veda F. Pulitini, "Logica economica e struttura dei diritti. Le New Properties e il decentramento delle scelte pubbliche", in G. De Nova, B. Inzitori, G. Tremonti, G. Visentini (a cura di), *Dalle Res alle New Properties*, Milano, 1991, 67-81.

⁷⁵ Si veda sul tema, X. Nguyen, "Cyberproperty and Judicial Dissonance: the Trouble with Domain Name Classification", 10 *Geo. Mason L. Rev.* 2001, 183.

⁷⁶ Su tale approccio si veda H. Feld, "Structured to Fail: ICANN and the 'Privatization' Experiment", in *Who Rules The Net?: Internet Governance And Jurisdiction*, Washington DC 2003, 354 ss.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

operato nei confronti della comunità globale della rete e sono limitati nel loro potere sulla cosa esclusivamente dalle clausole contrattuali inserite nei contratti dall'ICANN nel corso della procedura di delegazione del cctld⁷⁷.

Un simile modello si fonda sull'idea che i domini della rete siano, in generale, da considerarsi come proprietà su beni intangibili, caratterizzate da un estrinseco valore e da un mercato di riferimento nel quale vengono commercializzate. Tale qualifica trova conferma nei poteri che sono conferiti per mezzo della registrazione: 1) l'utilizzo e il controllo sulla cosa; 2) lo sfruttamento della cosa stessa; 3) il diritto di escludere altri dal godimento dei primi due punti; 4) il diritto di disporre della cosa⁷⁸.

Secondo i fautori di questo modello, i poteri conferiti dalla registrazione di un dominio si sovrappongono completamente a quelli che caratterizzano la figura del titolare di un diritto di proprietà su di un bene intangibile. La questione è oggetto di un dibattito dottrinale e giurisprudenziale da almeno due decenni e taglia diverse tematiche giuridiche tra le quali la maggiore difficoltà di riconoscere diritti di proprietà su beni immateriali che caratterizza i sistemi giuridici di civil law⁷⁹.

⁷⁷ M. L. Mueller; F. Badici, "Governing Internet Territory: ICANN, Sovereignty Claims, Property Rights and Country Code Top-Level Domains," cit., 452-3. Dove è citato il caso della Australia e delle procedure di ri-delegazione che hanno coinvolto la RA per il cctld.au. Si veda sul punto, IANA Report, "On Request Of The .Au Domain Administration (Auda) For Redellegation Of Au Top-Level Domain" (2001), all'indirizzo digitale <http://www.iana.org/reports/2001/au-report-31aug01.html>.

⁷⁸ Sull'analisi economica del diritto di proprietà di recente, si veda B. R. A. Bouckaert, *Economic Analysis of Property law cases*, Londra e New York, 2020; Più risalente, U. Mattei, *Basic Principles of Property Law. A Comparative Legal and Economic Introduction*, Westport-London, 2000.

⁷⁹ Si tratta di un tema classico della comparazione giuridica, l'impiego del concetto di proprietà intellettuale nel mondo giuridico di civil law presenta problematiche in merito all'impossibilità di prevedere diritti reali su beni immateriali, su queste differenze si veda S. Pugliatti "La proprietà nel nuovo diritto" Milano 1964; Id. *Gli Istituti del diritto civile*, Milano 1943, I, 1, 289 ss.; Cfr. U. Mattei, "Qualche riflessione su struttura proprietaria e mercato", *Riv. Critica dir. Priv.* 1997, 19 nel quale l'autore propone un diritto di proprietà che ricomprenda i beni immateriali. In ambito comparatistico, si veda A. Candian, A. Gambaro, B. Pozzo, "Property-Propriété-Eigentum. Corso di diritto privato comparato". Padova, 1992. In particolare, sul tema oggetto di studio, si veda T. Takenaka (a cura di),

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

Come vedremo alcuni ordinamenti sono pervenuti a soluzioni in grado di superare questa impasse, il diritto italiano ad esempio ha elaborato un codice della proprietà industriale che raccoglie in un'unica trattazione tutti i segni distintivi e tra i quali è inserito anche il nome a dominio identificato come diritto di proprietà industriale non titolato.⁸⁰

Il panorama appare però molto frastagliato all'interno di entrambi i raggruppamenti dal momento che anche i sistemi giuridici di common law sono restii a riconoscere la tutela proprietaria del rapporto tra cctld e RA. Se alcune sentenze si spingono a parlare di proprietà sui cctld, altre rimangono ai margini di questa disputa ovvero fanno intendere che non si possa parlare di diritto di proprietà, ma di un mero contratto di servizio.

Allo stesso modo, la normativa sul punto e il contenuto dei contratti stipulati dalle RA con gli utenti che vogliono registrare i propri domini descrivono un sistema nel quale non sempre viene esplicitato la natura delle relazioni che intercorrono tra le RA e i cctld e quando questa viene disciplinata la struttura risulta più articolata rispetto al modello astratto come viene presentato in dottrina.

5.1 Il modello della proprietà nei contratti e nei regolamenti in materia

Un'analisi approfondita dei regolamenti e degli accordi contrattuali che regolano il rapporto tra cctld e la RA rispecchia la sensazione di una disciplina ancora molto controversa sul punto, caratterizzata da una serie di approcci diversi che variano a seconda dell'ordinamento. In Italia ad esempio, la RA è l'Istituto di Informatica e Telematica del Consiglio Nazionale delle Ricerche (IIT)⁸¹ che cura il registro del dominio di primo livello nazionale, l'attività di registrazione dei domini all'interno del cctld

“Intellectual Property in Common Law and Civil Law”, Cheltenham 2013; G. Pascuzzi, “Il diritto dell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche”, Bologna 2002;

⁸⁰ Su questo punto si veda G. Floridia, *Il codice della proprietà industriale: disposizioni generali e principi fondamentali*, in *Dir. ind.*, 1, 2005, 11 ss.

⁸¹ La particolarità nel sistema di registrazione italiano è che la Naming Authority, che si occupa dei regolamenti necessari alle procedure di registrazione è staccata dalla RA ed affidata alla Commissione per le regole e le procedure tecniche del registro dal ccTLD.it.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

.it è però svolta dai cosiddetti registrar, un ente accreditato dallo IIT-Registro stesso, che si occupa della registrazione e del mantenimento di nomi a dominio nel cctld.it in modalità sincrona alle condizioni, sulla base degli accordi stipulati con lo stesso IIT, e in conformità al Regolamento del cctld.it.⁸²

Lo studio di questi documenti svela come la proprietà intellettuale del registro dei nomi a dominio del cctld.it è del IIT e non viene trasferita ai registrar: “Tutti i diritti di proprietà intellettuale di natura patrimoniale e non, anche sui generis, in relazione alla costituzione e al mantenimento del predetto DBNA rimarranno in capo allo IIT-Registro.” (art.14 contratto di adesione standard tra IIT-Registro e registrar).⁸³ L’IIT-Registro cede ai privati l’attività di registrazione e il suo sfruttamento commerciale in cambio di un canone annuale. D’altra parte, il registrar acquista la facoltà di poter registrare nomi a dominio attraverso il cctld.it per conto dell’IIT-Registro e la conseguente possibilità di poter trarre guadagno da tale attività.⁸⁴

Una situazione del tutto simile è quella che caratterizza il cctld .uk, anche in questo caso la RA è un ente no-profit chiamato Nominet Uk, il quale attraverso un contratto delega a dei registrar l’attività di registrazione e consente loro lo sfruttamento commerciale a fronte di un pagamento di un canone annuale. In questo caso però si può leggere all’interno dei termini da apporre nei contratti di adesione elaborati da Nominet si può leggere al punto 7 “Nature of domain names and the register” che

“7.1 A domain name is not an item of property and has no ‘owner’.
As a result:

7.1.1 we will not be bound by, or record on the register, any mortgage-related obligations;

7.1.2 we own and keep all copyright and database rights in the register”⁸⁵.

⁸² Si possono reperire tutte le informazioni concernenti il Registro.it presso il sito dell’Istituto di Informatica e telematica accessibile all’indirizzo digitale https://www.iit.cnr.it/servizi/registro_it.

⁸³ IIT-Registro, contratto registrar, 2018-2022 consultabile all’indirizzo digitale, 4 ss. https://www.nic.it/sites/default/files/documenti/2019/Contratto_Registrar_2013_2016.pdf

⁸⁴ IIT-Registro, contratto registrar, 2018-2022, 12 ss.

⁸⁵ Terms and Conditions of Domain Name Registration, sezione 7 (Sep. 2015), consultabile all’indirizzo http://www.nominet.uk/wpcontent/uploads/2015/10/Terms-andConditions-of-DomainNameRegistration-1Sept_2015.pdf

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

Il Regno Unito si caratterizza per una gestione del cctld che è molto simile a quella italiana, ma parte dal presupposto che il nome a dominio non possa essere oggetto di un diritto di proprietà, così come il database dei domini registrati sotto il cctld.uk. Ad una disciplina simile giunge anche la RA australiana che ribadisce come non si possa parlare di proprietà per quanto riguarda i cctld.⁸⁶ Secondo alcuni commentatori questa scelta può essere dettata dal fatto che se venissero riconosciuti come diritti di proprietà i rapporti tra gli utenti registranti e i domini di secondo livello iscritti all'interno dei cctld, questo diminuirebbe il loro controllo sopra il registro dei nomi a dominio per il rispettivo cctld, fornendo una tutela agli utenti registranti che li garantirebbe rispetto a qualsiasi provvedimento preso in autonomia dalla RA.

Un passo ulteriore è quello compiuto dall'Unione Europea, che ha convinto l'ICANN ad inserire un nuovo cctld con codice .ue. Nel regolamento emanato per disciplinare il nuovo dominio di primo livello, la Commissione europea ha precisato che l'UE detiene tutti i diritti di proprietà intellettuale sul cctld e sul registro dei nomi a dominio. Anche in questo caso, il TLD.eu è gestito da un'associazione no-profit EURid che delega con un contratto di servizio ai registrar la registrazione dei nomi a dominio.⁸⁷

La necessità di controllare l'accesso ai domini sulla rete e la tutela dell'ordine pubblico nella rete spingono le RA ad imporre vincoli e requisiti ai registrar e a coloro che vogliono registrare domini di secondo livello all'interno dei cctld. I registrar devono solitamente sottoporsi ad un procedimento di accreditamento presso la RA del cctld con il quale intendono stipulare il contratto di prestazione di servizi, sono obbligati a rispondere di qualsiasi negligenza nelle procedure di registrazione, sono tenuti ad uno scrupoloso controllo delle normative

⁸⁶ M. L. Mueller; Farzaneh Badieli, "Governing Internet Territory: ICANN, Sovereignty Claims, Property Rights and Country Code Top-Level Domains," cit., 473.

⁸⁷ La creazione del cctld.eu è stata istituita dal regolamento (CE) n.733/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 aprile 2002, relativo alla messa in opera del dominio di primo livello .eu. Il dominio di primo livello .eu è stato delegato dalla Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) il 22 marzo 2005 e caricato nella zona root di internet Regolamento (CE) n.874/2004 della Commissione UE.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

sul trattamento dei dati personali e sono chiamati al rispetto del regolamento elaborato dalla RA.⁸⁸

Il contratto prevede sovente il ricorso ad un sistema di *alternative dispute resolution* già stabilito dall'operatore, il quale opta di solito per la creazione di una camera arbitrale e per l'adesione ad enti di risoluzione alternativa delle dispute le cui decisioni saranno riconosciute dal registrar.⁸⁹

In generale, nel contesto contrattuale e dei regolamenti, il riconoscimento del diritto di proprietà sui cctld non può essere ritenuto unanime. Si riscontra una maggiore tendenza a considerare come proprietà, il rapporto giuridico intercorrente tra le RA nei confronti dei cctld di riferimento, anche se non c'è una posizione condivisa da tutti i sistemi giuridici sul punto. Al contrario, viene negata l'estensione della tutela proprietaria ai rapporti tra i registratori ed i domini di secondo grado.

Si assiste quindi ad un impiego della proprietà intellettuale che coinvolge diversi ordinamenti per quanto concerne le RA dei cctld, tale sistema però non rispecchia il modello proposto poiché i soggetti proprietari sono associazioni no profit o enti pubblici di ricerca il cui ruolo principale è garantire l'accesso e la sicurezza alla e della rete. Il mercato interviene in un secondo momento, attraverso il ruolo dei registrar, operatori privati che acquistano il diritto di svolgere i servizi di registrazione e mantenimento nei cctld.

Il semplice riconoscimento di diritti di proprietà sui cctld non garantisce lo scenario descritto dai fautori del modello basato su proprietà e mercato. In questo caso la proprietà serve a garantire il controllo delle RA dei cctld e il rispetto delle regole da loro imposte sull'accesso ai domini di secondo livello.

Rispetto al modello astratto presentato in precedenza, gli interessi del proprietario si allineano con quelli dello stato nazionale, in questo senso il diritto di godimento è impiegato non nell'ambito dello

⁸⁸ Registro.it, "Assegnazione e gestione dei nomi a dominio nel cctld.it", Regolamento versione 7.1, 2014, all'indirizzo <http://www.crdd.it/norme/Regolamento7.1.pdf>

⁸⁹ Registro.it "Proposta a contrarre per la registrazione dei nomi a dominio nel cctld.it" 2019 all'indirizzo https://www.nic.it/sites/default/files/documenti/2019/Proposta%20a%20contrarre%20IIT-%20Registro.it_signed_0.pdf

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

sfruttamento economico del bene, ma allo scopo di regolamentare l'accesso allo stesso e il suo utilizzo in modo non esclusivo. Questo assetto non produce particolari differenze nei confronti degli interessi espressi dalla comunità globale degli utenti di Internet, la figura dei registrar consente il formarsi di un'economia di mercato dei domini che non si discosta molto nei meccanismi da quella che caratterizza i domini di primo livello generali che possono essere registrati con meno controlli e che consentono di sottrarsi ai requisiti più stringenti dei principali cctld.

5.2 La giurisprudenza nel modello basato sulla proprietà

5.2.1 Le sentenze in tema di nomi a dominio come proprietà in generale

Se il panorama dei regolamenti e dei contratti elaborati dalle RA dei cctld non consente di dare una risposta univoca rispetto al modello di governance basato sulla proprietà, un excursus delle principali sentenze espresse sul tema dalle corti nazionali ed internazionali può rivelare le posizioni della giurisprudenza dei diversi sistemi in questo ambito.

Allo scopo di capire meglio la posizione delle varie corti su questo punto è bene separare le decisioni che riguardano i domini di primo livello generali da quelli che si occupano dei domini di primo livello nazionali. Nel primo caso è possibile imbattersi in alcune pronunce di giudici statunitensi che si occupano di stabilire se un particolare dominio Internet possa considerarsi o meno un diritto di proprietà.

La Corte d'Appello federale ha risposto affermativamente a questa domanda nella sentenza *Kremer v. Cohen*⁹⁰ (2003) che ha deciso il caso di un imprenditore titolare del dominio sex.com, la cui registrazione è stata successivamente cancellata sulla base di un documento contraffatto da parte di un truffatore al quale il dominio è stato trasferito. Scoperta la frode, l'imprenditore ha fatto ricorso contro il registrar che aveva proceduto a trasferire il controllo del dominio. La Corte ha stabilito che il registrar è tenuto al risarcimento per aver

⁹⁰ *Kremen v. Cohen*, 337 F.3d 1024, 1029–37 (9th Cir. 2003).

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

sottratto negligenzemente una proprietà al possesso del suo titolare (*tort of conversion*). In particolare, secondo i giudici, la proprietà “is a broad concept that includes ‘every intangible benefit and prerogative susceptible of possession or disposition.’”⁹¹ e quindi i domini Internet possono essere ricompresi nella tutela proprietaria:

The court held that Internet domain names satisfy all property right criteria because (1) a domain registrant decides where on the Internet those who invoke that particular name are sent, (2) ownership is exclusive because the registrant alone makes that decision, and (3) registering a domain name informs others that the domain name is the registrant’s and no one else’s⁹².

Alle stesse conclusioni giunge il successivo precedente *CRS Recovery v. Laxton*,⁹³ “[A] domain name is intangible property [] subject to an action for conversion under California law.”. Un’ altra sentenza *Emke v. Compana, LLC* resa su circostanze fattuali molto simili, afferma però che tale riconoscimento non è condiviso da tutti gli ordinamenti statali americani, con specifico riferimento alla legge texana in materia⁹⁴.

La natura giuridica dei nomi a dominio è discussa anche dalla sentenza *Network Solutions, Inc. v. Umbro International, Inc.*, in questo caso non si è più all’interno della giurisdizione federale statunitense, ma la decisione è presa dalla Corte Suprema dello stato della Virginia. La sentenza è stata molto dibattuta perché espone molto chiaramente la difficoltà dei giudici ad esprimersi in modo definitivo sulla questione. Si tratta di un *garnishment proceeding*, un procedimento d’ingiunzione nei confronti di un registrar con base all’interno dello stato della Virginia per potersi rifare sull’utente registrante. Per poter procedere con l’esecuzione forzata, la corte deve stabilire primariamente se la registrazione di un nome a dominio può costituire oggetto di un diritto di proprietà. Sul punto la corte suprema della Virginia ha stabilito che tale registrazione è a “contractual right

⁹¹ Id. Id. at 1030 (il riferimento su questo punto è al precedente *Downing v. Municipal Court*, 198 P.2d 923, 926 (Cal. App. 1948))

⁹² 337 F.3d 1024, 1029 (9th Cir. 2003).

⁹³ 600 F.3d 1138, 1145 (9th Cir. 2010).

⁹⁴ No. 3:06-CV-1416-L, 2007 WL 2781661, at *3 (N.D. Tex. Sept. 25, 2007)

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

to use a unique domain name for a specified period of time”⁹⁵ e per tale ragione non può essere oggetto di un’ esecuzione forzata.

Sulle stesse posizioni sono i giudici newyorkesi nella sentenza *Wornow v. Register.com, Inc.*⁹⁶, che riprendendo *Umbro* afferma: “a domain name that is not trademarked or patented is not personal property, but rather a contract right that cannot exist separate and apart from the services performed by a registrar”⁹⁷.

Altre interpretazioni del precedente hanno scelto però strade diverse, in *CRS Recovery, Inc. v. Laxton*⁹⁸, i giudici federali hanno ritenuto che “Umbro tells us only about how Virginia law treats domain names in garnishment actions . . . [W]e decline . . . to read Umbro more broadly than its text requires”⁹⁹.

Questa lettura restrittiva del precedente di *Umbro* è successivamente divenuta maggioritaria, specie nella giurisprudenza federale che ritiene il giudizio in *Umbro* attinente al contesto giuridico del Virginia e solo nel campo dei procedimenti di ingiunzione.

Un simile andamento schizofrenico non riguarda solo i casi statunitensi ma coinvolge anche gli altri ordinamenti. Nel Regno Unito il precedente di riferimento è *OBG Limited v. Allan*¹⁰⁰, una sentenza nella quale la House of Lords ha fornito un giudizio complessivo in merito ad un appello combinato riguardante più cause in materia di *tort of conversion*. Per quanto concerne l’ argomento in discussione, Lord Hoffmann ha scritto che il dominio Internet possa essere ritenuto una *intangible property*, al pari del copyright e del trademark.¹⁰¹ In Australia, nella sentenza *Hoath v. Connect Internet Services Pty Ltd*, il giudice australiano, chiamato a pronunciarsi sulla stessa materia della decisione inglese, conferma il precedente statunitense di *Kremer* e così anche la natura proprietaria dei nomi a dominio¹⁰².

⁹⁵ 529 S.E.2d 80 (Va. 2000).

⁹⁶ 778 N.Y.S.2d 25, 25 (N.Y. App. Div. 2004).

⁹⁷ 778 N.Y.S.2d 25, 25 (N.Y. App. Div. 2004), 25.

⁹⁸ 600 F.3d 1138, 1143 (9th Cir. 2010)

⁹⁹ 600 F.3d 1138, 1143 (9th Cir. 2010), 1143.

¹⁰⁰ [2007] UKHL 21.

¹⁰¹ 2007] UKHL 21, 101.

¹⁰² Foro It., 1997, I, 2316)

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

Una lettura attenta della sentenza non trova però altre pronunce australiane che confermino tale decisione e dalla stessa dottrina è fatto presente che

“although the court in *Hoath* assumed that domain names are a form of property, wrongful dealings with any supposed property in domain names cannot, at least at this time, be protected by the tort of conversion, and other proprietary torts. It should be noted that certain policies imposed by the Australian Domain Name Administrator (auDA), which, importantly, were not considered in *Hoath*, limit the circumstances in which .au domain names (as opposed to .com or other types of domain names) can be transferred. Therefore, if a court were to thoroughly address this issue in the future, it might hold that .au domain names are not in fact property at all”¹⁰³.

Una situazione per certi versi paragonabile è quella che ha caratterizzato il sistema giuridico italiano prima dell'entrata in vigore del codice della proprietà industriale.¹⁰⁴ La dottrina e la giurisprudenza italiana si sono a lungo interrogate sulla natura del diritto acquistato mediante la registrazione di un nome a dominio, se si dovesse quindi avere davanti un diritto assoluto o relativo¹⁰⁵.

Si è già accennato alla difficoltà che caratterizza il mondo di civil law a riconoscere diritti reali su cose incorporali, come è stato ampiamente rilevato il giurista italiano fatica a ricondurre i nomi a dominio all'interno della teoria dei beni, gli stessi rimedi approntati a tutela dall'ordinamento fanno leva sulla corporalità della cosa e non si attagliano molto bene ai beni immateriali. L'aspetto rilevante in questo caso è rappresentato dall'apprezzamento economico che ha

¹⁰³ J. Swil, “Protection of domain names - what rights does a licensee have?”, *Computer and Law*, Sept 2006, p. 6.

¹⁰⁴ Si questo punto si veda, AA.VV., *Nomi di dominio, marchi e copyright: proprietà intellettuale e industriale su internet*, a cura di C. Vaccà, Milano, 2005; G. Restà, “Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi” in G. Restà (a cura di) *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, cit., 33-36.

¹⁰⁵ Sugli sviluppi dottrinari e giurisprudenziali in tema di nomi a dominio si faccia riferimento a C.E. Mayr, *I domain names e i diritti sui segni distintivi*, 223-250; P. Sammarco, *Il regime giuridico dei "nomi a dominio"*, Milano, 2002; C. Cascione “I nomi a dominio aziendali” in G. Restà (a cura di) *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, cit., 413 ss.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

contraddistinto questa tipologia di beni in generale e i nomi a dominio nello specifico. La proprietà intellettuale ha subito un forte sviluppo economico e allo scopo di mettere a valore tali beni e consentire loro di essere perfettamente integrati all'interno del mercato, si sono andate elaborando una serie di tutele che hanno coinciso con un dibattito giurisprudenziale che dimostra la difficoltà a cui si accennava nell'inquadramento giuridico dei nomi a dominio¹⁰⁶ e Le diverse sentenze licenziate dai giudici italiani a cavallo del nuovo secolo sono state rese nell'ambito di azioni inibitorie relative a nomi a dominio che venivano considerati riconducibili a segni distintivi di altri operatori economici, la questione della qualificazione giuridica dei nomi di dominio, è stata così affrontata nel senso della riconducibilità o meno degli stessi ai tradizionali segni distintivi dell'impresa¹⁰⁷.

Una delle sentenze più rilevanti è considerata la n. 3666 del Trib. Milano 10 giugno 1997 sul caso *Amadeus*: «Va inibito, in quanto integra contraffazione del marchio Amadeus, l'utilizzo della denominazione amadeus.it. quale "domain name" di un sito Internet destinato ad ospitare offerte di servizi commerciali di natura analoga a quelli prestati dalla società titolare del marchio predetto»¹⁰⁸. Se il giudice milanese estende anche al nome a dominio la tutela stabilita per il marchio, l'ordinanza del tribunale di Firenze del 2000 concepisce il nome a dominio come un'entità giuridicamente non rilevante e quindi non tutelabile in quanto segno distintivo, che faceva proprie le

¹⁰⁶ Per la giurisprudenza italiana precedente all'adozione del codice di proprietà industriale, si veda, C. Galli, I domain names nella giurisprudenza, Milano, 2001 e tra le pronunce in materia, Trib. Bari, 24 luglio 1996, ibidem, entrambe annotate da N. Cosentino; Trib. Roma, 2 agosto 1997, in *Foro it.*, I, 1998, 923, in *Dir. ind.*, 1998, II, 430 con nota di P. Montuschi, Internet, la "guerra dei nomi" ed il ruolo della Registration Authority ed in *Arch. civ.*, 1998, 952 con nota di R. Sciaudone, Internet, Domain name e tutela del marchio; Trib. Milano, 10 giugno 1997 e 22 luglio 1997, in *Foro it.*, I, 1998 ed in *Riv. dir. ind.*, 1998, II, 430 con nota di P. Saccani, Note in tema di confondibilità di domain names; Trib. Viterbo, 24 gennaio 2000, in *Corr. giur.*, 2000, 10, 1367 con nota di G. Cassano, Domain name grabbing: l'incetta del nome di dominio dell'impresa celebre; Trib. Roma, 9 marzo 2000, in questa Rivista, 2000, 360 con nota di A. Improda, Segni distintivi e domain names: un rapporto conflittuale.

¹⁰⁷ Su questo punto, si rimanda a C. Cascione "I domain names come oggetto di espropriazione e di garanzia: profili problematici, in *Dir. informaz. e informatica*, fasc.1, 2008, 25 ss.

¹⁰⁸ T. Milano 10 giugno 1997 n. 3666, *Foro it.* 1998, I, 923.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

argomentazioni della sentenza del Trib. Bari del 24 luglio 1996, secondo cui «la funzione del domain name system è solo quella di consentire a chiunque di raggiungere una pagina web e, in quanto mezzo operativo e tecnico - logico, non può porsi per esso un problema di violazione del marchio di impresa, della sua denominazione o dei suoi segni distintivi¹⁰⁹.

Nel 2001, con la sentenza n.2697 del tribunale di Napoli in tema di tutela del marchio, la giurisprudenza riprende quando stabilito dalla pronuncia del tribunale di Milano nel 1997 “per la sua capacità di identificare l'utilizzatore del sito web ed i servizi di varia natura da essi offerti al pubblico, il domain name assume le caratteristiche e la funzione di un vero e proprio segno distintivo, che può dar luogo a problemi sul piano della tutela della proprietà intellettuale, potendosi verificare casi di confusione con i segni distintivi di altre imprese, anche non presenti sulla rete Internet”¹¹⁰.

L'intervento del legislatore con l'approvazione del codice della proprietà industriale si è occupato di positivizzare le argomentazioni di quella parte della giurisprudenza che sosteneva l'inclusione dei nomi a dominio all'interno dei segni distintivi, estendendo ai nomi a dominio la tutela della proprietà industriale non titolata. Questa categoria giuridica estende ai nomi a dominio la tutela reale con alcuni distinguo. Infatti, si ritengono oggetto del diritto di proprietà industriale solo i nomi a dominio aziendali, quelli che sono impiegati all'interno di una attività economica.

¹⁰⁹ Trib. Bari, 24 luglio 1996, Foro It., 1997, I, 2316).

¹¹⁰ Trib. Napoli 26 febbraio 2002 n. 2697, Foro it. 1998, I, 923. Sulla base di questa interpretazione maggioritaria si è informato anche il codice della proprietà industriale emanato con il d. lgs n. 30 del 10 febbraio 2005 ha abrogato e riordinato la variegata normativa in materia, adeguandola all'accordo internazionale TRIPs (1995) e alle direttive europee in tema di proprietà intellettuale, anche attraverso successive modifiche, l'ultima con il d. lgs n. 15 del 2019 che recepisce la direttiva UE 2015/2436. Sul tema si veda, D. Sarti, Il codice della proprietà industriale: impianto istematico e "criticità", in *Studium juris*, 2007, 1, 11 ss.; M. Scuffi, M. Franzosi, A. Fittante, Il codice della proprietà industriale, Padova, 2005. Sulle modifiche successive, N. Bottero (a cura di), *La riforma del codice di proprietà industriale*, Milano 2011; L. C. Ubertazzi, *Commentario Breve al codice di proprietà industriale*, Padova, 2019.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

5.2.2 *Le pronunce delle corti in tema di cctld come proprietà*

Come è emerso dalle sentenze precedenti l'estensione della tutela proprietaria ai domini generali è una questione che è ancora oggetto di discussione in molti ordinamenti. Le decisioni che riguardano i cctld non fanno particolare eccezione su questo punto, sono però diverse le implicazioni che li riguardano per il vincolo che li lega ai Paesi di riferimento¹¹¹.

In altre parole, sono diverse le argomentazioni dei giudici quando il dominio è considerato in possesso di un soggetto pubblico ovvero privato. Nel secondo caso, i giudici si sentono molto più a loro agio nel discettare riguardo la natura giuridica del dominio, nel primo caso al contrario subentrano argomentazioni di diversa natura che rendono le pronunce dei giudici più sfumate sul punto¹¹².

Un passaggio importante per quanto riguarda tale disciplina negli ordinamenti europei è la sentenza della Corte Edu che nel 2007¹¹³ ha sostanzialmente aperto all'idea che i cctld vengano assimilati all'*intangible property*. I giudici della corte europea erano chiamati a risolvere un caso nell'ambito della tutela del marchio nel quale l'attore lamentava l'interferenza nel possesso di una serie di nomi a dominio, registrati all'interno del cctld .de nei confronti dei convenuti, società titolari di affermati marchi commerciali¹¹⁴.

La Corte Edu, chiamata quindi a disquisire sulla natura giuridica del nome a dominio rispetto all'art. 1 del protocollo addizionale n. 1 alla Convenzione, ha stabilito che:

[T]he concept of “possessions” referred to in Article 1 of Protocol No. 1 has an autonomous meaning which is not limited to ownership of physical goods and is independent from the formal classification in domestic law. Certain other rights and interests constituting assets can also be regarded as “property rights”, and thus

¹¹¹ Su questo punto si veda H. S. Hogan, S. W. Feingold, “Domain Name Registration, Maintenance and Protection” in G. Peter Albert, Jr. and American Intellectual Property Law Association “Intellectual Property Law in Cyberspace” Arlington VA 2011, 513 ss.

¹¹² H. S. Hogan, S. W. Feingold, “Domain Name Registration, Maintenance and Protection”, cit., 514.

¹¹³ Paeffgen GmbH v. Germany, 8-9 Eur. Ct. H.R (2007).

¹¹⁴ Paeffgen GmbH v. Germany, 8-9 Eur. Ct. H.R (2007), 8.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

as “possessions” for the purposes of this provision. In the case of non-physical assets, the Court has taken into consideration, in particular, whether the legal position in question gave rise to financial rights and interests and thus had an economic value. In the instant case, the contracts with the registration authority gave the applicant company, in exchange for paying the domain fees, an open-ended right to use or transfer the domains registered in its name. As a consequence, the applicant could offer to all Internet users entering the domain name in question, for example, advertisements, information or services, possibly in exchange for money, or could sell the right to use the domain to a third party. The exclusive right to use the domains in question thus had an economic value. Having regard to the above criteria, this right therefore constituted a “possession”, which the court decisions prohibiting the use of the domains interfered with¹¹⁵.

La posizione dei giudici parte dall'idea che qualsiasi situazione giuridica che abbia un controvalore economico possa essere considerata come possesso nel senso stabilito dall'art.1 del protocollo n. 1 della Convenzione Edu e quindi costituire oggetto di un diritto di proprietà. Il contratto che lega il registrar all'attore nel procedimento fornisce a quest'ultimo il potere esclusivo di trarre un valore economico da tale posizione ed è per questo che può essere visto come un diritto di proprietà. Tale concezione però, come è spiegato in capo al ragionamento dei giudici della corte è indipendente dalle classificazioni formali degli ordinamenti degli Stati membri, in altre parole questi possono tenere più o meno conto di tale formulazione.

Come si può notare, per la Corte Edu è piuttosto semplice riconoscere una tutela proprietaria ai nomi a dominio nel caso in cui le parti in causa siano soggetti privati, in questo caso il nome a dominio è concepito come una situazione giuridica esclusiva che consente uno sfruttamento economico da parte del suo titolare. La situazione cambia quando il riconoscimento del diritto di proprietà sui cctld viene richiesto per gli stati nazionali. Negli ultimi anni, è andato crescendo il numero di procedimenti di questo genere che hanno coinvolto entità statali in qualità di convenuto. Diversi attori hanno fatto ricorso per

¹¹⁵ Paeffgen GmbH v. Germany, 8-9 Eur. Ct. H.R (2007), 9.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

richiedere l'esecuzione sui cctld allo scopo di rifarsi su tali beni per compensare crediti nei confronti di determinati stati nazionali.¹¹⁶

Questi casi hanno coinvolto alcuni Paesi come Siria, Corea del Nord, Iran e Congo. In tutti questi procedimenti i creditori di questi stati si sono rivolti ai giudici perché obbligassero ICANN a ridelegare i cctld in quanto proprietà delle singole entità nazionali convenute in giudizio. Il primo di questi casi in ordine di tempo riguarda il Congo, chiamato in giudizio da un proprio creditore davanti ad una corte californiana per un procedimento di ingiunzione nei confronti del dominio di primo livello nazionale .cg.

In *Nat'l Union Fire Ins. Co. v. People's Republic of Congo*¹¹⁷, la corte sembra accogliere il ragionamento dell'attore riconoscendo la natura proprietaria dei cctld. I giudici seguono il precedente di *Kramer*, visto in precedenza, per il quale si ha proprietà quando è possibile individuare un interesse da tutelare che può essere definito in maniera precisa, quando la cosa può essere oggetto di un controllo o di un possesso esclusivo, infine quando il presunto proprietario può stabilire una legittima presunzione di esclusività. Secondo i giudici californiani, tutti e tre questi requisiti sono soddisfatti dal cctld.cg e tale dominio può essere oggetto delle richieste dell'attore¹¹⁸.

Il ragionamento dei giudici si spinge anche oltre quanto detto in *Kramer* e facendo riferimento al precedente in tema di proprietà *G.S. Rasmussen & Associates Inc. v. Kalitta Flying Service*¹¹⁹, *Inc.* propone una definizione allargata di proprietà: "The key question is not whether we can find a category of property into which the right fits, but whether there is any reason, in public policy or otherwise, we should deny a party the full benefit of its efforts where exclusive rights are reasonably easy to define and protect"¹²⁰.

L'idea è quindi che solo una considerazione di *public policy* possa impedire che venga riconosciuto uno specifico diritto di proprietà

¹¹⁶ M. L. Mueller; F. Badiei, "Governing Internet Territory: ICANN, Sovereignty Claims, Property Rights and Country Code Top-Level Domains," cit., 439.

¹¹⁷ *Nat'l Union Fire Ins. Co. v. People's Republic of Congo*, No. SC 090220 (Cal. Super. Ct. Nov. 22, 2006).

¹¹⁸ *Nat'l Union Fire Ins. Co. v. People's Republic of Congo*, No. SC 090220 (Cal. Super. Ct. Nov. 22, 2006), 4.

¹¹⁹ 958 F.2d 896 (9th Cir. 1992).

¹²⁰ 958 F.2d 896 (9th Cir. 1992), 903 n. 14.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

quando una determinata situazione di appartenenza è caratterizzata dai tre requisiti elencati in precedenza. L'apertura fornita da questa pronuncia è però attenuata perché resa su di uno specifico *pleading* tipico della procedura di common law chiamato *demurrer* nel quale attore o convenuto richiedono una decisione del giudice circa la fondatezza delle argomentazioni su cui l'azione si regge. L'esito positivo per l'attore di tale richiesta ha portato alla risoluzione stragiudiziale della controversia.

5.2.3 *Weinstein v. Islamic Republic of Iran. Un'altra sentenza interlocutoria o uno sguardo oltre la dicotomia proprietà/sovranità?*

Un procedimento che è invece arrivato a conclusione è quello relativo alla sentenza *Weinstein v. Islamic Republic of Iran*,¹²¹ una decisione molto recente della Corte d'Appello federale statunitense che ha riguardato una serie di vittime del terrorismo e familiari a cui sono stati accordati ingenti somme di denaro a titolo di risarcimento nei confronti di alcuni stati nazionali, considerati fiancheggiatori dei gruppi terroristici colpevoli degli attentati in cui sono rimasti coinvolti.¹²²

Allo scopo di ottenere tale risarcimento, gli attori hanno quindi promosso un procedimento di ingiunzione presso la corte federale del *District of Columbia* per richiedere l'esecuzione nei confronti dei cctld considerati di proprietà degli stati suddetti, oltre all'Iran, la Corea del Nord e la Siria¹²³. La struttura della causa è del tutto simile a quella promossa in *Nat'l Union Fire Ins. Co. v. People's Republic of Congo*, anche in questo caso gli attori chiedono di potersi rifare su di un bene ritenuto di proprietà dei convenuti e in possesso dell'ICANN. Per questa ragione gli attori hanno presentato un *writ of attachment* nei confronti di ICANN per chiedere che i cctld degli stati convenuti e i relativi indirizzi IP siano ri-delegati a nuovi operatori come risarcimento per i danni riconosciuti in sede processuale.

¹²¹ 831 F.3d 470 (D.C. Cir.2016).

¹²² *Weinstein v. Islamic Republic of Iran*, 184 F. Supp. 2d 13 (D.D.C. 2002); *Haim v. Islamic Republic of Iran*, 784 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. 2011); *Wyatt v. Syrian Arab Republic*, 908 F. Supp. 2d 216 (D.D.C. 2012); *Calderon-Cardona v. Democratic People's Republic of Korea*, 723 F. Supp. 2d 441 (D.P.R. 2010).

¹²³ 831 F.3d 470 (D.C. Cir.2016), 11.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

Le argomentazioni degli attori si basano sulla convinzione che “ICANN “ha[s] a monopoly or complete control over the ‘root zone’ such that ICANN is wholly and solely responsible for the mapping of [cctlds] to their respective registries/name servers.”¹²⁴ Tale potere sulla cosa consente quindi all’Associazione no profit di poter cambiare e ri-delegare “ who runs certain cctlds [...] in conjunction with the ‘monetization’ of the cctlds by their respective governments, including instances where the governments transferred control away from academic communities to government approved third parties that acquired contractual property rights to exploit the cctld and generate revenue”¹²⁵.

L’idea è quindi che ICANN gestisca i cctld dei diversi Paesi come semplice possessore di un bene di proprietà dei governi nazionali. Tale controllo consente quindi l’intervento giurisdizionale statunitense all’interno di un procedimento di esecuzione nei confronti di un bene di proprietà dei convenuti che si trova sul territorio di uno stato americano (California). La risposta di ICANN smonta la ricostruzione degli attori e si incentra su cinque punti: “(1) the data are not “property” subject to attachment; (2) the defendants do not own the data; (3) the data are not located within D.C. or even the United States; (4) ICANN lacks unilateral authority to transfer/re-delegate the data and (5) the court lacked jurisdiction to issue the writs.”¹²⁶

In particolare, i punti 2) e 3) sono molto interessanti perché permettono di capire la posizione dell’ICANN su questa questione e sul modello basato sulla proprietà. Nella sua opposizione al writ of attachment presentato dagli attori, l’ICANN sostiene che non si possa estendere la tutela proprietaria ai cctld, perché questi non sono beni materiali “cannot be physically held.”, si è notato in precedenza però come sussista nel mondo di common law la categoria della *intangible property*. Un’altra argomentazione rileva l’impossibilità di poter vantare l’uso esclusivo del bene, secondo l’ICANN, chiunque effettui la registrazione del nome a dominio può usufruire dello stesso in modo non esclusivo. Questa tesi sembra però scambiare la definizione

¹²⁴ 831 F.3d 470 (D.C. Cir.2016), 11.

¹²⁵ 831 F.3d 470 (D.C. Cir.2016), 13, citando la dichiarazione del perito di parte presentata dagli attori: Decl. of Steven T. Gebelin at 3, App’x 51 (Gebelin Decl.).

¹²⁶ 831 F.3d 470 (D.C. Cir.2016), 12.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

giuridica del bene con le sue caratteristiche tecniche: è chiaro che lo sfruttamento esclusivo di un cctld non può passare per l'estromissione di qualsiasi individuo eccetto il suo proprietario, ma avverrà attraverso l'imposizione di un costo per l'accesso a tale bene.

Un altro rilievo è quello legato alla mancanza di un valore estrinseco del bene che impedirebbe di fatto la creazione di un diritto di proprietà sullo stesso. L'ICANN sostiene che i domini di primo livello nazionali non hanno un valore per sé, ma questo dipende da un insieme di servizi tecnici ed amministrativi, senza i quali il bene non potrebbe produrre alcun controvalore economico. Anche in questo caso l'obiezione non sembra del tutto fondata, è vero che senza la struttura fornita dal DNS e dai servers, i cctld non potrebbero avere alcun valore, ma lo stesso discorso può essere fatto per qualsiasi tipologia di bene, in particolare per le nuove tecnologie¹²⁷.

Una considerazione più pregnante appare essere quella relativa all'inesistenza di un mercato proprio dei cctld, non esiste un luogo ideale in cui avviene l'incontro tra domanda e offerta dei diversi cctld. La replica degli attori sul punto è corretta: diversi cctld sono stati oggetto di contratti di compravendita, ma si tratta di quei cctld che hanno maggiori tratti in comune con i domini di primo livello generali, ad esempio i domini di stati che hanno minori interessi al controllo degli utenti e dell'utilizzo dei nomi a dominio, ovvero stati che per diverse motivazioni ritengono sia più produttiva una monetizzazione del dominio attraverso la sua vendita. Un mercato vero e proprio dei cctld non esiste laddove gli stati hanno adottato strumenti e regolamentazioni di diritto pubblico e privato per non perdere il controllo su tali beni¹²⁸.

Per contro, l'assenza di un mercato di un determinato bene non significa automaticamente che questo non possa essere oggetto di un diritto di proprietà. I beni pubblici ad esempio sono per loro natura privi di un valore di scambio, ma sono allo stesso tempo oggetto di diritti reali. La correlazione tra l'esistenza di un diritto di proprietà e di

¹²⁷ Su questo punto si veda X.N. Nguyen, *Commercial Law Collides with Cyberspace: The Trouble with Perfection-Insecurity Interests in the New Corporate Asset*, 59 Wash & Lee L. Rev. 37, 38 (2002).

¹²⁸ Motion to Quash Writ of Attachment, *Haim v. Islamic Republic of Iran*, 425 F. Supp. 2d 56 (D.D.C. Mar. 24, 2006) [No. 14-71931].

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

un mercato di riferimento del bene oggetto di tale diritto appartiene più al mondo economico, che non a quello del diritto¹²⁹.

A conclusione, l'ICANN richiama i vincoli derivanti dai protocolli standard elaborati per la rete Internet e dalle posizioni degli stati nazionali sul tema¹³⁰ che a suo dire impedirebbero ogni possibile riconoscimento dei diritti di proprietà sui cctld. A tale proposito è bene ricordare che nessuno dei protocolli stilati per la gestione dei DNS ha natura vincolante e non rientrano in alcun trattato internazionale sul tema¹³¹. Quanto alle posizioni dei governi nazionali, che sono state ampiamente dibattute nei paragrafi riguardanti il modello basato sulla sovranità, rientrano nei Principi GAC ed esprimono in questo caso politiche che mirano ad influenzare la condotta di ICANN, ma che non sono giuridicamente vincolanti per la stessa associazione¹³².

La decisione dei giudici della Corte d'appello non riprende quanto deciso davanti alla corte distrettuale nel giudizio di primo grado, che aveva accolto l'opposizione di ICANN sostenendo che fosse impossibile circoscrivere il bene dei domini di primo livello nazionali rispetto l'insieme dei servizi e dei collegamenti tecnici che sono necessari per il funzionamento della rete.¹³³ La sentenza d'appello si discosta però da quanto deciso in precedenza, i giudici non concentrano la propria attenzione sulla natura giuridica dei cctld, preferendo soffermarsi sul contesto nel quale tale definizione avrebbe operato e sulle ricadute che avrebbe potuto comportare¹³⁴.

¹²⁹ Ibidem, 10.

¹³⁰ Ibidem, 18.

¹³¹ 831 F.3d 470 (D.C. Cir.2016), 12.

¹³² Su questo punto è interessante l'analisi offerta da C. Cascione "I domain names come oggetto di espropriazione e di garanzia: profili problematici, in Dir. informaz. e informatica, fasc.1, 2008, 27-28.

¹³³ La sentenza di primo grado riprende il precedente *Umbro*, visto in precedenza al par. Network Solutions, Inc. v. Umbro Int'l, Inc., 259 Va. 759 (2000), "[t]he cctlds exist only as they are made operational by the cctld managers that administer the registries of second level domain names within them and by the parties that cause the cctlds to be listed on the root zone file. A cctld, like a domain name, cannot be conceptualized apart from the services provided by these parties. The Court cannot order plaintiffs' insertion into this arrangement" 73 F. Supp. 3d at 5.

¹³⁴ 831 F.3d 470 (D.C. Cir.2016), 28.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

Il ragionamento della corte assume la tutela proprietaria nei confronti dei domini di primo livello, con questo dismettendo di fatto le argomentazioni presentate nell'opposizione presentata da ICANN, per poter elaborare un discorso più ampio che abbraccia il funzionamento della rete nella sua interezza. La questione della natura proprietaria dei cctld non può essere considerata solo rispetto ai diritti che spettano al proprietario, ma ha bisogno di essere discussa tenendo presente tutti gli interessi in gioco e le esternalità derivanti da una simile pronuncia.

In particolare, i giudici si soffermano sulle regole che governano l'immunità degli stati nazionali rispetto ai procedimenti di esecuzione. Secondo la sezione del Codice federale in materia al §1610(g)(3) si afferma che le corti federali hanno l'autorità "to prevent appropriately the impairment of an interest held by a person who is not liable in the action giving rise to a judgment in property subject to attachment in aid of execution, or execution, upon such judgment."¹³⁵ Le corti hanno la possibilità di sottrarre il bene all'esecuzione in quei casi in cui tale procedura avrebbe come risultato la violazione degli interessi del terzo che non è parte nel procedimento¹³⁶.

In altre parole, i giudici hanno l'autorità per decidere di sospendere un'esecuzione quando questa possa pregiudicare gli interessi dei terzi che verrebbero travolti dal procedimento. Nel caso di specie tali interessi sono rinvenibili e perciò non è possibile per la Corte d'appello federale procedere all'esecuzione dei beni in questione. L'operatore di cctld ha il potere di registrare e cancellare i nomi a dominio per quel particolare registro, qualsiasi registrante dovrebbe quindi rapportarsi con gli attori o con loro delegati per poter effettuare tale operazione. È chiaro come l'accoglimento della domanda degli attori chiaramente porterebbe a frustrare gli interessi dei terzi¹³⁷.

In primo luogo, il processo di ri-delegazione sarebbe completamente modificato e messo da parte, tutti i requisiti relativi alle necessarie garanzie tecniche che la RA deve soddisfare e all'impegno al servizio della comunità degli utenti iraniani sarebbero accantonati. Anche qualora gli attori fossero disposti a fornire tali garanzie a

¹³⁵ 28 U.S. CODE §1610(g)(3).

¹³⁶ 831 F.3d 470 (D.C. Cir.2016), 29.

¹³⁷ 831 F.3d 470 (D.C. Cir.2016), 30.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

dimostrare tale sforzo, lo stesso interesse di ICANN alla tutela della stabilità e dell'interoperabilità della rete sarebbe negato¹³⁸.

Tutte le volte in cui ICANN procede alla sostituzione di una RA richiede che il sostituto presenti un piano che consenta di mantenere la stabilità nella connessione alla rete e che indichi come i registratori verranno toccati da tale operazione. In questo caso particolare, le RA dei cctld in questione non sono disposte a cedere le informazioni relative ai loro registratori e siccome i server attraverso i quali questi operano non sono collegati all'interno degli Stati Uniti d'America, non c'è alcun provvedimento che possa costringerli a farlo. Se un qualsiasi utente si trovasse a fare una ricerca per un dominio registrato presso il cctld.ir gestito dagli attori, questi non sarebbero in grado, senza le informazioni relative ai server iraniani, di dirigerla verso gli indirizzi IP relativi ai domini di secondo livello oggetto della ricerca.

In secondo luogo, ICANN svolge il proprio ruolo di garante della stabilità e della interoperabilità della rete Internet sulla base del consenso della comunità globale della rete. La struttura universale della rete acconsente ad indicare il proprio centro nella *root zone* gestita da ICANN che viene considerata autoritativa rispetto alle altre. Tale centralità però è frutto dell'assenso degli utenti di Internet. Se le RA responsabili per ogni dominio di primo livello si accordassero diversamente, potrebbero decidere in autonomia di stabilire che una diversa *root zone* acquisti natura autoritativa rispetto alle altre decidendo così per una divisione all'interno della struttura della rete. Una simile decisione potrebbe condurre ad un'instabilità di Internet capace potenzialmente di mettere in pericolo la sua stessa esistenza¹³⁹.

Le consuetudini consolidate in merito ai rapporti tra ICANN e le RA dei diversi cctld non consentono una loro sostituzione senza il consenso e la collaborazione degli stessi sostituiti. L'ordine esecutivo di una corte che imponesse la ri-delezione di un cctld, senza il sostanziale assenso degli attuali operatori potrebbe spingere questi a sottrarre il loro supporto ad ICANN, rischiando di compromettere la stabilità della rete¹⁴⁰.

¹³⁸ 831 F.3d 470 (D.C. Cir.2016), 31.

¹³⁹ M.J. Mueller, "Competing DNS Roots: Creative Destruction or Just Plain Destruction", 3 J. Network Ind. 313, (2002), 315.

¹⁴⁰ 831 F.3d 470 (D.C. Cir.2016), 32.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

La decisione dei giudici di respingere l'appello proposto dagli attori e di confermare la decisione della corte di primo grado ruota attorno alla necessità di tutelare un insieme di interessi in capo ad ICANN quale terzo non responsabile nel procedimento che ha portato a questa decisione. La corte indica di non preferire un modello di governance piuttosto che un altro, l'attenzione è piuttosto rivolta alle implicazioni che ogni scelta nell'ambito del funzionamento della rete comporta.

Ogni decisione in ambito giuridico deve essere ponderata rispetto agli interessi che vengono toccati, i modelli astratti, sia quelli fondanti sul diritto di proprietà, come in questo caso, sia quelli elaborati in base al principio di sovranità devono essere contemperati rispetto alle posizioni dei diversi soggetti coinvolti nel funzionamento della rete.

In questo senso la sentenza non intende promuovere una particolare soluzione, respinge sia le argomentazioni di ICANN sulla sovranità, sia le tesi degli attori sulla proprietà, si limita a ricordare quali siano gli interessi preminenti per il funzionamento della rete e quali sono i soggetti che esprimono tali interessi. Il riferimento all'ICANN come terzo non convenuto nel procedimento non deve trarre in inganno rispetto a quali siano, secondo i giudici, le posizioni di riferimento all'interno della rete, come è scritto nella opinione stessa "ICANN's mission is to "protect the stability, integrity, interoperability and utility of the DNS on behalf of the global Internet community."¹⁴¹ La comunità globale della rete è la destinataria ultima delle tutele approntate con la decisione della Corte, la stessa decisione sull'eventuale natura proprietaria della cosa viene posta in secondo piano, così come sembra non essere derimente il rapporto tra gli stati nazionali e il cctld di riferimento.

La governance di Internet è riletta alla luce degli interessi della comunità globale della rete, compresa nella sua interezza ovvero nelle sue composizioni territoriali "Iranian Internet community's interests"¹⁴². Tale posizione riprende l'idea originaria alla base dello sviluppo della rete, per la quale Internet può essere assimilato ad un bene appartenente alla comunità degli utenti e pertanto debba essere

¹⁴¹ 831 F.3d 470 (D.C. Cir.2016), 9.

¹⁴² 831 F.3d 470 (D.C. Cir.2016), 30.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

amministrato per loro conto da associazioni come ICANN, secondo modalità che ricordano, per certi versi, quelle del public trust.

A tal proposito, non sembra che si possa parlare di una definitiva affermazione del modello basato sulla proprietà, le corti, sia in tema di nomi a dominio in generale, sia per quanto riguarda i cctld, non sembrano unanimi nel considerarli come oggetto di un diritto di proprietà. La giurisprudenza dei vari stati e quella internazionale non ha raggiunto un consenso su questo punto e sebbene vi siano precedenti importanti come la decisione della Corte Edu, le pronunce non hanno preso una posizione definitiva sulla questione.

6. Alcune considerazioni conclusive

Lo studio dei due modelli di governance della rete basati su sovranità e proprietà ha evidenziato come la contrapposizione tra questi concetti, così come tra i due ambiti a quali appartengono, quello pubblico e quello privato, sia costruita su di un piano prettamente dogmatico. Lungi dal presentare due concezioni opposte in merito alla gestione della rete dei nomi a dominio che la strutturano, i due modelli descrivono un complesso intreccio di relazioni tra pubblico e privato nel quale è difficile scindere tra uno spazio pubblico e statale, ed uno privato e proprietario.

Si è visto come il modello della sovranità non si esime dal delegare il controllo dei cctld a soggetti privati che esercitano rispetto alla rete stessa e agli utenti una serie di poteri che sono demandati dallo stato. Il modello della proprietà non presenta un meccanismo molto differente, si limita ad accentuare l'autonomia dei soggetti privati nella gestione della rete. La delega statale è in questo caso più consistente poiché i poteri proprietari sono maggiori e consentono a chi li esercita di imporre dei costi agli utenti per l'accesso alla rete¹⁴³.

Lo scontro con il piano statale è qui del tutto ideale, i due ambiti sono invece intrecciati, nel modello della proprietà, lo stato delega al proprietario il controllo su di uno spazio che è privo di territorio come quello di Internet. La differenza sostanziale con il modello sulla

¹⁴³ Nessuno spiega meglio questi meccanismi di R. Hale, Id. "Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State.", cit. 470 ss.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

sovranità è che il mancato riconoscimento di una tutela reale sui cctld limita la cessione di potere nei confronti dei privati e consente una maggiore capacità di intervento allo stato.

L'esercizio di tale intervento non avviene però in contrapposizione al piano privato, ma a supporto e integrazione dello stesso. Come si è visto in precedenza, gli stati intervengono a tutela del capitale privato nazionale coinvolto nella rete, riconoscendo l'esercizio l'importanza del mercato digitale e supportando l'iniziativa privata nel settore.

Come lo studio del principio di sovranità ha ben delineato, lo Stato è passato attraverso una serie di trasformazioni che ne hanno alterato profondamente la struttura. Questa forma di potere pubblico, nel periodo più recente, ha assimilato nuovi ruoli, nuovi contesti e nuovi approcci e non può più essere visto secondo i rigidi schemi nei quali è sempre stato inquadrato dal pensiero giuridico moderno.¹⁴⁴

Lo Stato non è quindi l'ultimo stadio evolutivo del potere politico, al contrario ha sempre dovuto confrontarsi con istituzioni di altra natura, come il capitale o dimensione, come l'impero. In tutti questi casi lo stato ha convissuto con tali poteri talvolta dominandoli, talvolta facendosi controllare. In questa prospettiva, la storia dello sviluppo dello Stato moderno non si realizza in modo lineare, "ma passa piuttosto attraverso dispositivi commerciali e giuridici che complicano e sovvertono la narrazione secondo cui una sovranità metropolitana pienamente formata sarebbe stata esportata e imposta al di là del "centro"¹⁴⁵.

Un simile approccio consente di giungere ad una diversa visione del rapporto tra stato e capitale, tra i concetti di proprietà e sovranità e di capire quanto l'uno abbia contribuito alla definizione dell'altro. Non fa eccezione in questo senso, l'ambito relativo alla governance della rete nel quale modelli alternativi basati su sovranità e proprietà si scoprono

¹⁴⁴ Su questo punto e sulle diverse trasformazioni dello Stato, si veda L. Casini, "Lo Stato nell'era di Google. Frontiere e Sfide globali" Milano 2020, l'autore ribadisce la centralità della forma statale e interpreta in quest'ottica le diverse trasformazioni. Cfr. S. Mezzadra, B. Nielson, "The Politics of Operations. Excavating Contemporary Capitalism", cit., nel quale gli autori provano a spingersi oltre la forma statale.

¹⁴⁵ S. Mezzadra, B. Nielson, "Nella Fabbrica della Modernità: il capitale, lo Stato e l'impero", cit., p. 83.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

al contrario approcci interdipendenti in contesto sociotecnico che rielabora costantemente le sue componenti e nei quali le diverse componenti sono impegnate in rapporti di potere che generano equilibri sempre instabili. Come si è visto anche i concetti di proprietà e sovranità vengono utilizzati nella cybersfera per veicolare discorsi diversi, possono indicare piani in antitesi o al contrario presentarsi come interdipendenti a seconda delle relazioni in cui si trovano le componenti della rete.

Se le concezioni ideologiche che li caratterizzano possono apparire agli antipodi, l'analisi del loro funzionamento sostanziale mostra una realtà molto più sfumata, nella quale i due modelli si intrecciano e si confondono all'interno del medesimo quadro giuridico. È solo lavorando tra le pieghe di tale rappresentazione che possono essere individuate soluzioni rimaste sullo sfondo, come l'istituto del *Public Trust*, che consente di sottrarre, anche solo parzialmente, il controllo al duopolio stato/capitale riconoscendo il ruolo e gli interessi della comunità degli utenti della rete¹⁴⁶.

ABSTRACT: The essay tackles the intertwining of sovereignty and property as legal and political devices that dominate modernity. This relationship intersects inevitably the governance of the cybersphere, which is represented as a sociotechnical and ultimately geopolitical environment. The approaches alternatively based on Sovereignty and Property that emerge from the essay aim at depicting two different models to structure the Internet and its Domain Names System, with particular reference to the country code top level domains. The

¹⁴⁶ L'indagine relativa al possibile ruolo della comunità degli utenti della rete non può che svilupparsi nel contesto del benecomunismo, su tale ambito di ricerca si veda, tra gli altri, E. Ostrom, "Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action". Cambridge, UK, 1990; Id. "Beyond markets and states: polycentric governance of complex economic systems" in 100 American Economic Review 3, (2010), 641 ss.; Id., C. Hess, (2007). "Understanding knowledge as a commons: from theory to practice", Cambridge, MA 2007; Sulla situazione giuridica in cui si trova la comunità, M. R. Marella, "The Commons as a Legal Concept", 28 Law and Critique, (2016), 61 ss.

Giacomo Capuzzo

*Proprietà e Sovranità nella Rete. Uno studio intorno
a due modelli di governance del Domain Name System*

sovereignty approach moves away from the broadly meant Weberian definition, to legitimize State intervention in the Internet governance. On the other side, the property model advocates for a market approach based on private autonomy and efficiency. The substantial analysis of the two models shows the flaws of the private/public dichotomy and unveils the intersections between State and capital, property and sovereignty.

KEYWORDS: Property, Sovereignty, Governance, Domain Name System.

Giacomo Capuzzo – Assegnista di Ricerca nell'Università degli Studi di Perugia.

REGOLAMENTO SULL'INVIO E LA VALUTAZIONE SCIENTIFICA DEI CONTRIBUTI DESTINATI ALLA “RIVISTA DI DIRITTI COMPARATI”

1. La *Rivista di diritti comparati* pubblica, con cadenza quadrimestrale, articoli sottoposti a procedura di valutazione scientifica (*peer review*), al fine di verificarne la compatibilità con i requisiti di scientificità e di trasparenza, nel rispetto del pluralismo metodologico.
2. Gli articoli devono pervenire in formato word all'indirizzo e-mail di uno dei direttori della Rivista e devono essere redatti secondo quanto prescritto dalle “Norme editoriali”.
3. Gli articoli devono essere inediti e non destinati ad altra sede di pubblicazione. Non costituisce ostacolo all'accettazione la precedente pubblicazione del contributo in *Diritti comparati – Working Papers*.
4. I direttori della Rivista redigono e curano l'aggiornamento di un elenco di revisori, selezionati tra professori e ricercatori italiani e stranieri del settore delle scienze giuridiche. I contributi in lingua diversa dall'italiano vengono assegnati in valutazione a revisori con specifiche conoscenze linguistiche.
5. Ogni articolo viene valutato preliminarmente dai direttori, al fine di verificarne la compatibilità e l'interesse con gli ambiti scientifici di interesse della Rivista, come descritti in sede di presentazione.
6. All'esito positivo del vaglio preliminare, gli articoli sono inviati a due revisori selezionati dall'elenco di cui al punto 4. I contributi vengono valutati nel rispetto del meccanismo *double blind*. I revisori redigono una scheda di commento dell'articolo, evidenziandone pregi e difetti riferiti unicamente alla qualità scientifica e formulando proposte di revisione o consigliando di non pubblicare l'articolo. In caso di radicale difformità di giudizio dei due valutatori la Direzione procede ad una valutazione comparativa e assume le opportune determinazioni.
7. Non sono sottoposti a referaggio i contributi richiesti dalla direzione, quelli provenienti dai membri del comitato scientifico della Rivista o per le ragioni di cui si dà espressa indicazione all'inizio dei singoli contributi. I contributi destinati alla sezione Recensioni sono sottoposti a un singolo referaggio cieco.
8. L'autore riceve la scheda redatta dal revisore al fine di adeguarsi alle proposte formulate o di motivare circa il mancato adeguamento. L'articolo viene pubblicato se i direttori ritengono soddisfatte le richieste di revisione formulate dai revisori.
9. La documentazione relativa al referaggio è conservata dalla redazione per tre anni. L'elenco dei revisori effettivamente coinvolti nell'attività di valutazione scientifica viene reso noto in un'apposita sezione della *Rivista* ogni due anni.

LINEE GUIDA ETICHE

La **Rivista di diritti comparati** intende garantire la qualità dei contributi scientifici ivi pubblicati. A questo scopo, la direzione, i valutatori e gli autori devono agire nel rispetto degli standard internazionali editoriali di carattere etico.

Autori: in sede di invio di un contributo, gli autori sono tenuti a fornire ogni informazione richiesta in base alla policy relativa alle submissions. Fornire informazioni fraudolente o dolosamente false o inesatte costituisce un comportamento contrario a etica. Gli autori garantiscono che i contributi costituiscono interamente opere originali, dando adeguatamente conto dei casi in cui il lavoro o i lavori di terzi sia/siano stati utilizzati. Qualsiasi forma di plagio deve ritenersi inaccettabile. Costituisce parimenti una condotta contraria a etica, oltre che una violazione della policy relativa alle submissions, l'invio concomitante dello stesso manoscritto ad altre riviste. Eventuali co-autori devono essere al corrente della submission e approvare la versione finale del contributo prima della sua pubblicazione. Le rassegne di dottrina e giurisprudenza devono dare esaurientemente e accuratamente conto dello stato dell'arte.

Direzione: la direzione si impegna a effettuare la selezione dei contributi esclusivamente in base al relativo valore scientifico. I membri della direzione non potranno fare uso di alcuna delle informazioni acquisite per effetto del loro ruolo in assenza di un'esplicita autorizzazione da parte dell'autore o degli autori. La direzione è tenuta ad attivarsi prontamente nel caso qualsiasi questione etica sia portata alla sua attenzione o emerga in relazione a un contributo inviato per la valutazione ovvero pubblicato.

Valutatori: i contributi sottoposti a valutazione costituiscono documentazione a carattere confidenziale per l'intera durata del processo. Le informazioni o idee acquisite confidenzialmente dai valutatori per effetto del processo di revisione non possono pertanto essere utilizzate per conseguire un vantaggio personale. Le valutazioni devono essere effettuate con profondità di analisi, fornendo commenti e suggerimenti che consentano agli autori di migliorare la qualità delle loro ricerche e dei rispettivi contributi. I revisori dovranno astenersi dal prendere in carico la valutazione di contributi relativi ad argomenti o questioni con i quali sono privi di familiarità e dovranno rispettare la tempistica del processo di valutazione. I revisori dovranno informare la direzione ed evitare di procedere alla valutazione nel caso di conflitto di interessi, derivante per esempio dall'esistenza di perduranti rapporti professionali con l'autore o la relativa istituzione accademica di affiliazione.