



Università degli Studi di Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN
Diritto Costituzionale

CICLO XXIII

COORDINATORE Prof. Andrea Pugiotto

**LE "NUOVE PROPRIETÀ" E I "NUOVI BENI"
IN UNA PROSPETTIVA COSTITUZIONALE**

Settore Scientifico Disciplinare IUS/08

Dottorando

Dott. Grigoletto Nicola

Tutore

Prof. Roberto Bin

Anni 2008/2011

LE “*NUOVE PROPRIETÀ*” E I “*NUOVI BENI*”
IN UNA PROSPETTIVA COSTITUZIONALE

INDICE

Introduzione

Parte Prima
I CONFINI MOBILI DELLA PROPRIETÀ
NELL’ESPERIENZA DEI CIVILISTI:
NEW PROPERTIES, NUOVE PROPRIETÀ, NUOVI BENI

Capitolo I
Dalle New Properties di Charles Reich ai beni immateriali.
Una preliminare verifica circa la loro ammissibilità

1. *Le New Properties* di Charles Reich e i problemi relativi alla *identificazione e delimitazione/qualificazione* dell’oggetto di proprietà
2. Alcune notazioni in tema di *property* e *new properties* prendendo a riferimento la giurisprudenza delle corti americane
3. *Choses in action* e *beni immateriali*. Una possibile sovrapposibilità di modelli teorici

Capitolo II
Le nuove proprietà nel nostro ordinamento:
dalle teorizzazioni di Pugliatti all’art. 810 c.c.
Una strada più in salita per il loro riconoscimento

1. Pugliatti e “*La proprietà nel nuovo diritto*”: tra “*vegetazione parassitaria*” e “*nuovi fermenti*”
2. L’“insoddisfacente” interpretazione dell’art. 810 c.c.
3. Il “sistema del codice” e la proposta del “quasi” *numerus clausus* (una premessa alla successiva riflessione costituzionale).

Capitolo III

Una “mappa” delle nuove proprietà, o... delle proprietà “sotto falso nome”

1. *Beni immateriali e proprietà*: il caso esemplificativo delle energie
2. Profili di una “mappa” delle *nuove proprietà* e dei *nuovi beni*
3. Prima macro-categoria: i beni dell’“informazione e della conoscenza”
 - 3.1. Il caso dei *domain names*
 - 3.2. La proprietà di parti del corpo e i limiti alla brevettabilità di invenzioni biotecnologiche

Peanut. Gli strumenti finanziari dematerializzati

4. Seconda macro-categoria: le licenze e le autorizzazioni all’esercizio di professioni protette
5. Terza macro-categoria: le autorizzazioni amministrative all’utilizzo di risorse pubbliche
 - 5.1. Il caso di una recente modifica alla disciplina relativa ai permessi di ricerca di idrocarburi: un esempio dei possibili pregiudizi derivanti dalle incertezze di qualificazione del “bene”
 - 5.2. I beni di interesse pubblico *privatizzati, privatizzabili o valorizzabili nell’ambito di una gestione di tipo strettamente privatistico e imprenditoriale*
6. Quarta macro-categoria: i nuovi beni pubblici immateriali

Parte Seconda

LA PROPRIETÀ IMMOBILE DEI COSTITUZIONALISTI

E LE NUOVE PROPRIETÀ DELLE CORTI EUROPEE

Capitolo I

La proprietà in diritto costituzionale. Alla ricerca di una nozione poco utilizzata

1. Introduzione all'analisi costituzionale della proprietà
2. La pressoché totale assenza di riflessioni sulla nozione costituzionale di proprietà e il continuo (e insufficiente) rimando alle definizioni "classiche"
3. La mancata presa di posizione della giurisprudenza costituzionale
4. I tentativi (mancati) di individuare una nozione di proprietà nella Costituzione
5. La generale nozione di proprietà privata negli Stati costituzionali basati su principi di democrazia pluralistica
6. La nozione di proprietà privata nel pensiero di Baldassarre (una questione di "collocazione" e, forse, una questione di "*numerus clausus* costituzionale")

Capitolo II

Verso uno statuto europeo del diritto di proprietà

1. *Nuove proprietà e nuovi beni*: un percorso a ritroso, a partire dalle "tradizioni costituzionali comuni" europee, come elaborate dalle Corti di Strasburgo e Lussemburgo
2. I "*beni giuridici*" tutelati ai sensi dell'articolo 1 del Primo protocollo addizionale alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo
 - a) Le utilità erogate dallo Stato: i trattamenti previdenziali e assistenziali
 - b) (*segue*)... licenze, autorizzazioni, sovvenzioni a imprese
 - c) I beni dell'informazione e della conoscenza
 - d) Altri beni immateriali: titolarità pro-quota di un'azienda, azioni, obbligazioni e depositi in valuta estera
 - e) (*segue*)... la clientela
 - f) (*segue*)... i crediti, tanto di natura contrattuale quanto risarcitoria
 - g) Gli *status*

- h) Una “non categoria” *trasversale e di chiusura*: le *legittime aspettative*
- 3. Il diritto di proprietà nell'ordinamento comunitario
 - 3.1. I *nuovi beni* nel diritto comunitario
 - 3.2. (*segue*)... e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia
 - 3.3. L'art. 17 della Carta di Nizza, ora Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea
 - 3.3.1. “Architettura” dell'art. 17
 - 3.3.2. Il “massimo standard di tutela” come risultante del rapporto tra Carta dei diritti e Cedu
- 4. Le *nuove proprietà* e i *nuovi beni* dall'Europa all'interno del nostro ordinamento
 - 4.1. Alcune considerazioni in ordine agli “effetti” nel nostro ordinamento delle norme comunitarie e convenzionali
 - 4.2. “Dopo Lisbona”, verso uno statuto europeo del diritto di proprietà.

Conclusioni

- 1. Premessa
- 2. Sull'interpretazione di una modifica legislativa che pone restrizioni alla disciplina dei titoli minerari rilasciati all'interno di aree marine *divenute* protette (una delicata questione *anche* di tutela dei diritti e delle legittime aspettative degli operatori dell'industria estrattiva)
 - 2.1. La modifica legislativa del 2010
 - 2.2. Un accenno alla normativa sugli idrocarburi e alle proposte di modifica del 2012
 - 2.3. Il parere del Consiglio di Stato: quando i diritti rimangono fuori dalla porta
- 3. La posizione dell'operatore: tra *diritti di esclusiva (acquisiti)* e *legittime aspettative*

4. La concessione amministrativa come “bene”, in una prospettiva di tutela dei diritti fondamentali: dall’interpretazione dell’articolo 42 della Costituzione (ancora orientata al “sistema del Codice”) alla prospettiva della Corte di Strasburgo (tra *beni immateriali* e *beni potenziali*)
 - 4.1. I limiti dell’attuale interpretazione dell’art. 42 della Costituzione
 - 4.2. Le possibili “soluzioni” ricavabili dalla giurisprudenza di Strasburgo
5. Un’ipotesi di “ingresso” delle *nuove proprietà* e dei *nuovi beni* nel nostro ordinamento

Bibliografia

INTRODUZIONE

Qualsiasi discorso costituzionale sulla proprietà privata rischia sempre di essere ricondotto al rapporto controverso tra proprietà come *diritto di libertà* e proprietà come *funzione sociale*⁽¹⁾.

Ma negli ultimi decenni, il proliferare dei beni immateriali determinato dalle nuove tecnologie, assieme al significativo modificarsi del ruolo dello Stato, sempre più regolatore di benefici e sempre meno titolare di beni, hanno determinato il prodursi di rilevanti “*nuove forme di ricchezza*”, per le quali è necessario ridefinire la stessa nozione di proprietà, prima ancora che la determinazione dei suoi limiti.

In termini pratici, la conseguenza è che, anche all’interno del nostro ordinamento, si stanno registrando sul fronte civilistico molteplici cambiamenti, che non hanno sino ad ora toccato il Codice civile, ma che, di fatto, riguardano sia l’oggetto del diritto (determinando di fatto un ampliamento della categoria dei *beni*) sia il *diritto* in sé (comportando in alcuni casi una sostanziale modifica delle principali attribuzioni che connotano il diritto del proprietario, dall’esclusività alla pienezza di godimento e di disposizione, dalla potenziale perpetuità all’immediatezza).

Questi “mutamenti”, per i quali si sono coniate le espressioni di “*new properties*”⁽²⁾, “*nuove proprietà*”⁽³⁾, e “*nuovi beni*”⁽⁴⁾⁽⁵⁾, non occupano più ormai

⁽¹⁾ Cfr., da ultimo, C. SALVI, *La proprietà privata: diritto di libertà o funzione sociale?*, Gruppo di Studio “La Costituzione economica a 60 anni dalla Costituzione”, in www.astrid.it, 2009.

⁽²⁾ Cfr. C. REICH, *The new property*, in *The Yale Law Journal*, 1964, Vol. 73, No. 5, pp. 733-787.

⁽³⁾ Cfr., S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Giuffrè, Milano, 1954, poi ripubblicato nel 1964 (saggio *La proprietà e le proprietà*).

⁽⁴⁾ Cfr., tra gli altri, G. RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, in ID. (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Milano, 2011.

il solo terreno di analisi dei giuristi privatisti ma hanno anche assunto e sempre più stanno assumendo “rilievo costituzionale” nell’ambito del dibattito sui diritti fondamentali che si va sviluppando attorno alla *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea* e alla *Convenzione europea dei diritti dell’uomo*.

In particolare, le *nuove proprietà* e i *nuovi beni* sono oggetto di un interesse crescente da parte della giurisprudenza comunitaria e contano oramai numerosissime pronunce da parte della Corte europea dei diritti dell’uomo, tanto che si può dire siano divenute un tassello importante delle c.d. “tradizioni costituzionali comuni europee” in tema di proprietà⁽⁶⁾.

Facendo riferimento alle principali elaborazioni teoriche, tra le nuove utilità che sfuggono alla definizione di bene classicamente intesa, si possono annoverare, da una parte, secondo la nota definizione di Reich⁽⁷⁾, le utilità dispensate dallo Stato sotto forma di *autorizzazioni amministrative ad usare risorse pubbliche* quali le riserve minerarie, le vie aeree, le aree demaniali, le onde elettromagnetiche per trasmissioni televisive, ecc.; e ancora, pur da un’altra visuale, tutti i benefici comunque di derivazione pubblica concessi ai singoli, quali *sussidi, incentivi, sgravi fiscali, licenze di commercio, abilitazioni all’esercizio di professioni protette*, ecc.; dall’altra parte, in una prospettiva più “usuale” per il giurista *civilian*, vi si possono senz’altro ricomprendere tutti i beni c.d. dell’“informazione e della conoscenza”, e dunque, i *beni della proprietà letteraria e industriale* c.d. “tipici”⁽⁸⁾, ma anche tutti i *nuovi beni immateriali*⁽⁹⁾, tra cui le *invenzioni biotecnologiche*, i *software*, i *domain names*, le *pagine web*, le banche dati virtuali, i *big data*, intesi come il patrimonio di informazioni dei grandi *internet service provider*; e ancora tutti i beni oramai solo *virtuali*, come i *titoli finanziari dematerializzati* e, più in generale, “*tutto ciò che ha a che fare con sequenze di bit*”⁽¹⁰⁾; nell’ambito della proprietà pubblica, tra i nuovi beni, si possono poi ricomprendere i *beni pubblici immateriali*, come le *informazioni del settore pubblico*, ad es. meteorologiche, cartografiche, i *beni finanziari pubblici*, i *crediti pubblici*, ecc., le *immagini dei beni pubblici* e altre simili utilità pubbliche non materiali, e forse anche beni diffusi come l’*ambiente* e il *paesaggio*; infine, va certamente considerata nell’ambito dei nuovi beni una categoria, a cui la

⁽⁵⁾ Partendo dalla teorizzazione di Pugliatti, si utilizzerà qui di seguito la locuzione “*nuove proprietà*” per indicare le modifiche nelle *attribuzioni* che connotano il diritto del proprietario, mentre, mutuando Reich, con “*nuovi beni*” (che si può ritenere una traduzione sufficientemente fedele di “*new properties*”), si è invece inteso indicare i mutamenti che riguardano l’*oggetto* del diritto, vale a dire la natura del bene oggetto del rapporto di appartenenza. L’utilizzo in combinato disposto delle due locuzioni, vuole riflettere il fatto che tali ambiti altro non sono che i due lati, pur diversi, di una stessa medaglia. Le *nuove proprietà* e i *nuovi beni* sono dunque l’oggetto della presente ricerca.

⁽⁶⁾ Cfr. A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006.

⁽⁷⁾ In *The New Property*, cit., 1964.

⁽⁸⁾ Cfr. P. GRECO, *Beni immateriali*, in *Noviss. dig. it.*, Torino 1958, 356 ss.

⁽⁹⁾ La definizione è di G. RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, in ID. (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Milano, 2011.

⁽¹⁰⁾ Cfr. G. PASCUZZI, *Il diritto nell’era digitale*, Bologna, 2002 (nuova ed. 2006).

giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha dedicato ampio spazio, e che è stata definita dei *beni potenziali*, in cui si possono ricomprendere le *legittime aspettative* a ricevere un'utilità suscettibile di valore patrimoniale da un bene, corporale o incorporale, *non ancora esistente*, rispetto al quale il richiedente ha maturato una aspettativa, giuridicamente fondata, o comunque considerata dall'ordinamento come suscettibile di ricevere tutela.

Accanto ad essi, si potrebbero poi collocare altri beni, che rientrano invece nella nozione di bene generalmente intesa, ma che fino ad anni recenti sono rimasti esclusi dal perimetro della proprietà privata (e il riferimento è ai *beni di interesse pubblico privatizzati, privatizzabili o valorizzabili nell'ambito di una gestione di tipo strettamente privatistico e imprenditoriale*, tra cui, ad esempio, molti *beni del patrimonio immobiliare dello Stato*), e per i quali, tuttavia, si applica un regime proprietario diverso da quello "classico"⁽¹¹⁾.

È dunque indubbio che, nei fatti, la dematerializzazione della ricchezza, il proliferare di nuovi beni quali l'informazione o l'etere, ma anche il consolidarsi di molti processi di privatizzazione, stanno spostando l'attenzione, da una parte, dalla proprietà immobiliare a quella immateriale, e dall'altra, stanno facendo emergere forme di proprietà in bilico tra statuto pubblico e privato⁽¹²⁾.

In un tale contesto, compito del civilista dovrebbe essere di offrire possibili soluzioni per la disciplina specifica di queste nuove utilità, e, in ultima analisi, di ordinare e sistematizzare il lavoro del legislatore; considerando peraltro che le continue innovazioni tecnologiche, e i conseguenti mutamenti nelle prassi commerciali e nei c.d. strumenti di *soft law*, che in questo settore sono più che mai utilizzati, impongono continui ripensamenti e aggiornamenti di prospettiva.

Compito del costituzionalista, dovrebbe essere invece quello di offrire "stabilità", di offrire cioè la cornice di principi fondamentali attorno al quale le *nuove proprietà* e i *nuovi beni* si collocano. Compito tra l'altro che appare

⁽¹¹⁾ Cfr., ad esempio, G. NAPOLITANO, in *La Patrimonio dello Stato S.p.A. tra passato e futuro: verso la scomposizione del regime demaniale e la gestione privata dei beni pubblici?*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, pp. 50 ss.

⁽¹²⁾ A testimonianza dell'essenziale valore economico e sociale oramai raggiunto da alcune di queste nuove utilità, basti pensare che la Commissione Rodotà per la riforma dei beni pubblici ha ad esempio ritenuto di includere alcuni di questi nuovi beni, tra cui lo spettro delle frequenze, nella categoria dei c.d. "beni ad appartenenza pubblica necessaria", accanto alle reti stradali, autostradali e ferroviarie, agli acquedotti, ai porti e agli aeroporti di rilevanza nazionale (il progetto è stato tra l'altro fatto proprio dal Consiglio Regionale Piemonte che il 19 novembre 2009 ha provveduto al deposito in Senato di una proposta di legge delega che lo recepisce integralmente, e avente ad oggetto, per l'appunto, la "*Delega al Governo per la modifica del Libro Terzo, Titolo I, del Capo II del Codice Civile, e di altre norme in materia di diritto della proprietà e dei beni*"). Con riferimento allo spettro delle frequenze, è tra l'altro cronaca delle ultime settimane che si è pensato alla loro cessione per "fare cassa" e finanziare progetti, anche di primaria importanza come la riforma dell'Università, che altrimenti il bilancio dello Stato non riuscirebbe a sostenere (Cfr. *Il Sole 24 Ore* del 22, 26, 27/10/2010 e del 17 e 19/11/2010; in particolare, Franco Debenedetti, *Gara su frequenze di mercato*, in *Il Sole 24 Ore*, 22/10/2010).

particolarmente delicato poiché, come è stato acutamente notato⁽¹³⁾, attorno ai *beni immateriali*, ma il discorso vale per tutte le *nuove utilità* di cui abbiamo detto cenno, si va realizzando una vera e propria “polarizzazione” di diritti fondamentali, che coinvolge, tra gli altri, “*the right to life, health, food, privacy, freedom of expression, and enjoying the benefits of scientific progress*”⁽¹⁴⁾, e naturalmente, “*the right of property*”, quasi sempre, tale ultimo, in opposizione a tutti gli altri⁽¹⁵⁾.

Un tale discorso va però riportato all’interno del nostro ordinamento. E qui il quadro muta notevolmente.

Sul fronte civilistico, le *nuove proprietà* e i *nuovi beni* non godono della tutela proprietaria; il “sistema del Codice civile”, è imperniato sulla nozione “fisicista” di bene ricavabile dall’art. 810, secondo cui oggetto di proprietà possono essere solo le cose corporali; l’attribuzione di diritti di esclusiva è regolata da un sistema sostanzialmente tipico e dunque ciascuna nuova utilità necessita di una espressa previsione legislativa per ricevere protezione qualificata, né sarebbe applicabile, in quest’ambito l’interpretazione estensiva o analogica⁽¹⁶⁾; peraltro, ragionare diversamente significherebbe vanificare il principio del *numerus clausus* dei diritti reali⁽¹⁷⁾.

E dunque il dato di partenza è che nel nostro ordinamento gli interessi su entità diverse dalle cose corporali e prive di uno stretto riconoscimento normativo godono necessariamente di una tutela limitata, in ogni caso caratterizzata dall’assenza di esclusività⁽¹⁸⁾.

Pur tuttavia, ecco la contraddizione, la miriade di norme speciali che disciplina una buona parte delle *nuove proprietà* e dei *nuovi beni* finisce quasi sempre con il riconoscere a tali utilità statuti che, seppure incompleti, sono di vera e propria esclusiva⁽¹⁹⁾, con l’esito di determinarsi una vera e propria

⁽¹³⁾ Cfr. L. HELFER, *The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights*, in *Harvard International Law Journal*, Vol. 49, 2008.

⁽¹⁴⁾ *Ult. cit.*, 4.

⁽¹⁵⁾ *Ibidem*. Peraltro, sempre secondo Helfer: “*On the one hand, (...) International experts, government officials, judges, and scholars are responding to these concerns by analyzing the interface between the two legal regimes and, in particular, whether human rights should serve as corrective[s] when [intellectual property] rights are used excessively and contrary to their functions. On the other hand, litigants, lawmakers, and courts are increasingly invoking fundamental rights—including the right of property—as a justification for protecting intellectual property and the corporations and individuals that own it*”(Cfr. L. HELFER, *ult. cit.*, 4).

⁽¹⁶⁾ Cfr. M. RICOLFI, *Il diritto d’autore*, in *Trattato di Diritto Commerciale*, Padova, 2001, 460.

⁽¹⁷⁾ La regola non trova riscontro esplicito nel codice civile, pur tuttavia “*È opinione comune che si tratti di un principio [ancorché] non codificato, desumibile con ragionevole certezza dalla legislazione nel suo insieme*” (A. GAMBARO, *Trattato dei diritti reali*, Milano, 2010, 68).

⁽¹⁸⁾ V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Cosa*, in *Dig. IV, disc. priv., sez. civ.*, III, 1988, 452.

⁽¹⁹⁾ Parafrasando Ugo Mattei, è infatti evidente che “*la proprietà continua ad essere lo strumento più efficiente di controllo delle esternalità che i contraenti tendono a scaricare sui terzi. Il contratto, infatti, pur sufficiente a governare il momento della sostituzione (ossia del trasferimento) di un bene, risulta inadeguato rispetto alle conseguenze del trasferimento, esterno*”

proliferazione di regimi che si potrebbero definire di “*proprietà... sotto falso nome*”⁽²⁰⁾.

Questo rifiuto a voler “utilizzare” le categorie della proprietà sembra aver contagiato, per la verità inspiegabilmente, anche i costituzionalisti e, a parte pochi casi⁽²¹⁾, il discorso sulla tutela dell'appartenenza delle c.d. “*nuove forme di ricchezza*”, o è stato semplicemente giudicato cedevole rispetto ad altri diritti⁽²²⁾, o, come nel caso della giurisprudenza costituzionale (e comunque sempre limitatamente ai beni della proprietà intellettuale), è stato eluso o derubricato “ad affare” del solo articolo 41 della Costituzione⁽²³⁾⁽²⁴⁾.

Ma l'articolo 41, a parte le considerazioni che si potrebbero fare sulla sua effettività, può certamente essere invocato per disciplinare i limiti che possono legittimamente porsi ad una attività economica in sé, nel suo divenire, ma difficilmente, a modesta opinione di chi scrive, potrebbe invece valere a determinare la legittimità di tali limitazioni in rapporto a *situazioni* comunque di

rispetto alle parti contraenti (l'esempio tipico è il trust)” (U. MATTEI, *Qualche riflessione su struttura proprietaria e mercato*, Riv. Crit. Dir. Priv., 1997, 34).

⁽²⁰⁾In altri termini, saremmo di fronte ad un “*atteggiamento retorico*” sulla proprietà, nel senso di quasi sempre limitato all'analisi del legame fra proprietà e cosa corporale, che ha finito con il portare all'allontanamento di quei poteri relativi al bene ma privi di un collegamento fisico con lo stesso che erano, ad esempio, gran parte dei diritti feudali (cfr. P. GROSSI, *Il dominio e le cose: percezioni medioevali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992).

⁽²¹⁾ Cfr. MOSCARINI, *Proprietà*, cit.

⁽²²⁾ Per tutti, si può citare Esposito, secondo cui ricondurre allo schema proprietario la materia del diritto d'autore, determinerebbe la difficoltà di temperare, ad esempio, la tutela della “*proprietà letteraria*”, connotata da profili di esclusiva, con la libertà dell'arte e della scienza (C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 38 ss.). Peraltro, in senso contrario, con riferimento ai beni della proprietà industriale, merita di essere citata la posizione di Oppo, secondo cui il fondamento della tutela brevettuale non risiede tanto nell'esigenza di far partecipare i terzi del frutto dell'invenzione, quanto nella necessità, prima di ogni altra cosa, di proteggere il frutto del proprio lavoro, frutto che va riguardato quasi in termini dominicali per rivendicare il diritto di esclusiva dell'inventore sulla propria invenzione, esclusiva certamente esistente per quel che riguarda i diritti patrimoniali derivanti dal bene (G. OPPO, *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Padova, 1969, 1419 ss.).

⁽²³⁾ Per quello che è dato conoscere, la Corte è arrivata ad esiti diversi nella sola sentenza 42/1986. In questo caso, vertente sulla illegittimità della norma disciplinante l'uso in esclusiva del marchio, la Corte afferma, in un *obiter dictum*, prima della motivazione, che: “*L'art. 42 comma secondo e terzo, lungi dal porre in dubbio la legittimità della norma impugnata, ne fornisce giustificazione perché anche la titolarità e il godimento dei beni immateriali vanno armonizzati con l'interesse sociale, la cui sussistenza nel caso di specie non compete a questa Corte verificare*”.

⁽²⁴⁾ Nella sentenza 20/1978, la Corte, in cui pur dichiara l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che vietano la brevettabilità dei medicinali, sostiene che “*la peculiarità della categoria dei beni immateriali, suscettibili di simultaneo e plurimo godimento (del resto lo stato di res communes omnium è quello definitivo di tutte le invenzioni, siano esse brevettabili o meno) sconsiglia ogni meccanica inserzione negli schemi della proprietà privata o pubblica ex art. 42, primo comma, Cost.*” (ammettendo però che “*per taluni aspetti l'assimilazione è possibile: così per l'espropriazione dei diritti di brevetto, prevista dagli artt. 60 e ss. del r.d. n. 1127 del 1939*”). Nelle poche sentenze successive in tema di proprietà industriale (ad es., 236/1996 e 175/2005), la Corte si limita ad affermare una generica riconducibilità dei beni immateriali al valore costituzionale della libertà di iniziativa economica.

appartenenza, che inevitabilmente riguardano anche le *nuove proprietà* e i *nuovi beni*, che già si sono consolidate o che si andranno consolidando nel patrimonio di un singolo o di un'impresa.

Partendo da tali premesse, l'obiettivo della ricerca, quasi si trattasse di rimuovere un pregiudizio, è stato dunque di "individuare", con modalità necessariamente empiriche, alcuni vuoti normativi o punti di tensione di singole *nuove proprietà* e *nuovi beni* derivanti dalla loro incertezza di statuto, e di "verificare" se la nozione di proprietà che si può ricavare dalle Carte europee dei diritti fondamentali, e che appare incentrata più sui *beni* che sui *regimi*, coordinata con l'articolo 42 della Costituzione, possa in effetti costituire, se non un ombrello di protezione, almeno uno dei parametri di cui sia possibile servirsi, nel singolo caso concreto, per compiere l'attività di interpretazione⁽²⁵⁾.

Operativamente, si è organizzato il lavoro nel seguente modo.

Nella prima parte della ricerca⁽²⁶⁾, si è dapprima cercato di vagliare l'ammissibilità teorica delle nuove proprietà nel nostro ordinamento, iniziando da

⁽²⁵⁾ La nozione di proprietà che risulta dalla giurisprudenza delle Corti di Lussemburgo e Strasburgo, modulata com'è sui *beni* più che sui *regimi*, restituisce all'interprete una fisionomia del diritto quasi ritagliata sul caso concreto, e riporta a quelle considerazioni per cui le definizioni dei diritti sono in realtà delle non-definizioni, e l'utilità che offrono è quella dell'ombrello durante un forte acquazzone: "vi è un punto in cui la protezione è massima, e poi, via via che ci si allontana da esso, la tenuta diviene sempre meno efficiente; è persino difficile dire in che punto si è talmente fuori dall'ombrello, anche perché in buona parte dipende dal vento" (R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, 2000/14, 17).

⁽²⁶⁾ Per la parte relativa alle nuove proprietà in generale e per la "mappatura" delle *nuove proprietà* e dei *nuovi beni*, si è fatto riferimento, principalmente a: C. REICH, *The new property*, in *The Yale Law Journal*, 1964, Vol. 73, No. 5, pp. 733-787); e S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Giuffrè, Milano, 1954, poi ripubblicato nel 1964 (saggio *La proprietà e le proprietà*). Più nello specifico, per l'inquadramento teorico dei beni nel nostro ordinamento e per la descrizione delle singole *nuove proprietà* e *nuovi beni*, si è invece fatto riferimento, tra gli altri, a: P. D'ADDINO SERRAVALLE, *I nuovi beni e il processo di oggettivazione giuridica. Profili sistematici*, Napoli, 1999; G. DE NOVA [et al.], *Dalle res alle new properties*, Milano, Giuffrè, 1991; A. DORFMAN, *Private Ownership*, in *Legal Theory*, Cambridge University Press, 16, 2010, 1-35; P. GRECO, *Beni immateriali*, in *Noviss. dig. it.*, Torino 1958, 356 ss.; A. GAMBARO, U. MORELLO (a cura di), *Trattato dei diritti reali*, Vol. I, *Proprietà e possesso*, Milano, 2010; P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*, Milano, 1977; P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Editoriale scientifica, Napoli, 2006; J.W. HARRIS, *From Genes to Pension Funds*, London-The Hague-Boston, 1998; A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Giuffrè, Milano, 2006; D. MESSINETTI, *Beni immateriali*, in *Enc. Giur.*, vol. V, Roma, 1989, 4 ss.; G. NAPOLITANO, *La Patrimonio dello Stato S.p.A. tra passato e futuro: verso la scomposizione del regime demaniale e la gestione privata dei beni pubblici?*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, n. 4, pp. 50 ss.; G. PASCUZZI, *Il diritto nell'era digitale*, Il Mulino, Bologna, 2002 (nuova ed. 2006); G. PUGLIESE, *Dalle "res incorporales" del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, in *Riv. Trim.*, 1982, p. 1137 ss.; A.M. SANDULLI, *Abilitazioni - Autorizzazioni - Licenze*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1958, I, p. 1 ss.; IB., *Spunti per lo studio dei beni privati di interesse pubblico*, in *Dir. Econ.*, 1956, p. 163-176; G. RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, in ID. (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Milano, 2011; IB., *L'appropriazione dell'immateriale. Quali limiti?*, in *Il diritto dell'informazione e l'informatica*, 2004; V. ZENOVICH, voce *Cosa*, in *Dig. IV, disc. priv., sez. civ.*, III, 1988, 438 ss.; IB., "Sex and the contract": dal mercimonio al mercato, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2007/4, pp. 1191 e ss.; A. ZOPPINI, *Le «nuove proprietà» nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della*

quelle descritte da Reich, che sono certamente le più lontane dalla tradizione giuridica di *civil law*, per tentare di abbracciare poi tutto lo spettro di *situazioni, pensiero e diritti*⁽²⁷⁾, che “riempie” la sfera dell’immateriale. Si sono utilizzati principalmente i contributi di Rodotà, Pugliatti, Zencovich, Messinetti e Greco, per citare i principali.

Successivamente, si è proceduto ad una mappatura “dal basso” delle *nuove proprietà* e dei *nuovi beni*, che, senza nessuna ambizione sistematica, ha solamente inteso dare atto di quali siano, o possano essere, alcune delle *nuove utilità* presenti nel nostro ordinamento e di quali siano, o possano essere, alcune delle problematiche connesse all’“incertezza” della loro disciplina.

Nella seconda parte⁽²⁸⁾, si è invece cercato dapprima di verificare la generale portata della attuale nozione di proprietà secondo la Costituzione, come si può ricavare dalla nostra dottrina e giurisprudenza costituzionali, facendo in particolare riferimento al pensiero di Baldassarre, che per quanto si è potuto ricercare è forse il solo studioso che in epoca relativamente recente abbia trattato compiutamente il tema della nozione di proprietà nella Costituzione.

Infine, con specifico riferimento alle *nuove proprietà* e ai *nuovi beni*, muovendosi nella cornice di quello che è oramai una sorta di “statuto europeo del diritto di proprietà”, si è cercato di verificare quale sia la portata della nozione di proprietà che si può ricavare dai principi generali dell’ordinamento comunitario, adesso cristallizzati nella *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, e dalla *Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in entrambi i casi

teoria dei beni), in *Riv. Dir. Civ.*, 2000, II, p. 185-248; nonché ai lavori della Segreteria Scientifica della *Commissione sui Beni Pubblici*, presieduta da Stefano Rodotà, istituita presso il Ministero della Giustizia, con D.M. 21 giugno 2007, al fine di elaborare uno schema di legge delega per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici (qui di seguito, la “Commissione Rodotà”).

⁽²⁷⁾ La partizione è di V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Cosa*, in *Dig. IV, disc. priv., sez. civ.*, III, 1988.

⁽²⁸⁾ La parte sulla nozione costituzionale di proprietà riprende in larga parte A. BALDASSARRE, *Proprietà (dir. cost.)*, in *Enc. Giur.*, vol. XXV, Roma, 1991, p. 1 ss. Si è poi fatto riferimento a: G. TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà (Lezioni introduttive, in Corso di diritto civile, 1972-73, Genova, 1973, ora parzialmente riprodotto in) Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, in part. p. 237-309; e M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. Dir.*, 1971, 443 ss. (ora riprodotto in *Scritti, Volume Sesto, 1970-1976*, Milano, 2005, p. 187-245); A. GAMBARO, *La proprietà*, Giuffrè, Milano, 1990. Spunti interessanti, tra gli altri, sono contenuti in: G. ALPA, M. BESSONE, A. FUSARO, *Poteri dei privati e statuto della proprietà*, Seam, Roma/Padova, 2004; M. BESSONE, *Casi e questioni di diritto privato, Vol. IV - Proprietà e diritti reali*, G. Alpa, M. Comparti, N. Di Prisco, L. Francario, A. Gambaro, A. Guarneri, C. M. Mazzoni (a cura di), Giuffrè, Milano, ottava edizione, 2001; CANDIAN A. (GAMBARO A. e POZZO B.), *Property, Proprietà, Eigentum*, Padova, 1992; V. CERULLI IRELLI, voce *Beni pubblici*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, II, Torino, Utet, 1997, pag. 273; U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta: idee per una riforma della proprietà pubblica*, Il Mulino, Bologna, 2007; D. MESSINETTI, *Beni immateriali*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. V, Roma, 1989, p. 4 ss.; A. MOSCARINI, *Proprietà*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, vol. V, pp. 4650-4657; P. RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1972, I, p. 1 ss.; P. RESCIGNO, *Proprietà*, in *Enciclopedia del diritto (dir. priv.)*, XXXVII, 1988; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Il Mulino, Bologna, 1981; A.M. SANDULLI, *Beni pubblici*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1959, I, p. 277 ss.

nell'interpretazione che di tali norme e principi è stata fornita dalle Corti di Lussemburgo e Strasburgo, avendo infine cura di accennare quali siano le concrete, possibili, modalità di ingresso e operatività di tali norme e principi nel nostro ordinamento.

Nelle conclusioni, anziché formulare riflessioni di carattere generale o sistematico in una materia su cui il contributo della dottrina è forse ancora troppo esiguo e che non sarebbero comunque alla portata di chi scrive, si è preferito testare l'applicabilità degli esiti della ricerca attraverso l'analisi di un caso "quasi" concreto, come si potrebbe presentare al giudice comune.

Peraltro, come alcuni studiosi hanno notato⁽²⁹⁾, almeno fino a quando il legislatore non provvederà ad un adeguamento della disciplina dei beni oggi cristallizzata attorno all'art. 810 c.c.⁽³⁰⁾, e di fronte all'importanza crescente che le nuove forme di ricchezza vanno assumendo per gli operatori economici, spetterà sempre di più e *in primis* proprio al giudice comune di valutare, anche attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata, se e dove forzare il "sistema del Codice".

Come già in passato, l'allargamento della categoria dei beni avverrebbe così attraverso "gli incrementi, che si formano successivamente e impercettibilmente"⁽³¹⁾ dalle prassi giurisprudenziali.

⁽²⁹⁾Merita qui un accenno il recente contributo di Morello che, riprendendo il pensiero di Gambaro (cfr. A. GAMBARO, *La proprietà*, in *Trattato di Diritto Privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1990, 67 ss., *Id.*, *Note sul principio di tipicità dei diritti reali*, in *Clausole e principi generali etc.*, a cura di Cabella, Pisu e Nanni, Padova, 1998, 245 ss.), ha ragionato su una possibile "evoluzione" delle teorie sul *numerus clausus* dei diritti reali. Secondo lo studioso, "l'affermarsi nella prassi e nella giurisprudenza di nuove figure certamente inquadrabili tra i diritti reali, nell'ambito di un movimento evolutivo ormai da tempo consolidato" (U. MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in A. GAMBARO, *Trattato dei diritti reali*, Milano, 2010, 81), conduce i giuristi più sensibili a ritenere che da un'analisi attenta del diritto in azione possa desumersi con chiarezza "la tendenza ad ammettere nuovi diritti reali inquadrandoli tuttavia in diritti reali tipici, e consentendo quindi con larghezza la possibilità di modifiche importanti anche in ordine agli elementi ritenuti "essenziali" di un diritto reale" (*Ult. cit.*, 82).

⁽³⁰⁾ Cfr., V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Cosa*, in *Dig. IV, disc. priv., sez. civ.*, III, 1988, 438 ss.

⁽³¹⁾ Art. 941 c.c.

Parte Prima

**I CONFINI MOBILI DELLA PROPRIETÀ
NELL'ESPERIENZA DEI CIVILISTI:
*NEW PROPERTIES, NUOVE PROPRIETÀ, NUOVI BENI***

CAPITOLO I
DALLE *NEW PROPERTIES* DI CHARLES REICH AI BENI IMMATERIALI.
UNA PRELIMINARE VERIFICA CIRCA LA LORO “AMMISSIBILITÀ”

SOMMARIO: 1. Le *New Properties* di Charles Reich e i problemi relativi alla *identificazione e delimitazione/qualificazione* dell’oggetto di proprietà. – 2. Alcune notazioni in tema di *property* e *new properties* prendendo a riferimento la giurisprudenza delle corti americane. – 3. *Choses in action* e *beni immateriali*. Una possibile sovrapposibilità di modelli teorici. – *Peanut*. Alcuni esempi di proprietà risolubile anche nel nostro ordinamento (ovvero un ulteriore “motivo” a favore dei beni immateriali).

1. Le *New Properties* di Charles Reich e i problemi relativi alla *identificazione e delimitazione/qualificazione* dell’oggetto di proprietà

Il concetto di *New Properties* e la loro prima elencazione vengono da un celebre saggio di Charles Reich, “*The New Property*”, pubblicato su *The Yale Law Journal*, nell’aprile 1964 (Vol. 73, No. 5, pp. 733-787)⁽³²⁾.

Secondo Reich, si possono definire *new properties* utilità quali: a) “*Occupational licenses*”⁽³³⁾; b) “*Drivers’ licenses*”⁽³⁴⁾; c) “*Franchises*”⁽³⁵⁾; d)

⁽³²⁾ L’articolo ha avuto un’eco amplissima tanto da risultare, trent’anni dopo la sua pubblicazione, ancora il più citato in assoluto della rivista *The Yale Law Journal* (F.R. SHAPIRO, *The Most-Cited Articles from “The Yale Law Journal”*, in *The Yale Law Journal* 100, 1994, 1449–1515).

“Income and benefits”⁽³⁶⁾; e) “Subsidies”⁽³⁷⁾; f) “Jobs”⁽³⁸⁾; g) “Services”⁽³⁹⁾; h) “Contracts”⁽⁴⁰⁾; i) “Use of public resources”⁽⁴¹⁾.

Alla base della proposta di Reich, fortemente influenzata dal contesto socio-politico di riferimento che è l’America degli anni Sessanta, in cui lo Stato non è più il “gendarme” dell’ideologia liberale, ma è divenuto uno degli attori fondamentali nei processi di distribuzione della ricchezza⁽⁴²⁾, vi è la constatazione che un numero crescente di individui fonda una parte del proprio benessere su sussidi, sgravi fiscali, incentivi, contratti pubblici, licenze di commercio, abilitazioni all’esercizio di professioni, autorizzazioni all’utilizzo di risorse pubbliche; che tali elargizioni (*largess*) sono diretta emanazione dello Stato; e che vi è una scarsità effettiva di garanzie giuridiche a tutela dei soggetti privati cui tali utilità sono attribuite, a fronte di una ampia discrezionalità amministrativa che, in

⁽³³⁾ “Licenses are required before one may engage in many kinds of work, from practicing medicine to guiding hunters through the woods. Even occupations which require little education or training, like that of longshoremen, often are subject to strict licensing” (C. REICH, *The new property*, cit., 734).

⁽³⁴⁾ “Licenses not specifically tied to a particular occupation, such as drivers’ licenses, have to some extent been assimilated under the umbrella of occupational licenses. New York’s highest court [*n.d.r.* Wignall v. Fletcher, 1952] declared that a driver’s license is “of tremendous value to the individual and may not be taken away except by due process” (Ult. cit., 741).

⁽³⁵⁾ “A franchise, which may be held by an individual or by a company, is a partial monopoly created and handed out by government. Its value depends largely upon governmental power; by limiting the number of franchises, government can make them extremely remunerative. A City taxi medallion, which costs very little when originally obtained from the city, can be sold for over twenty thousand dollars” (Ult. cit., 735).

⁽³⁶⁾ “For a large number of people, government is a direct source of income although they hold no public job. Their eligibility arises from legal status. Examples are Social Security benefits, unemployment compensation, aid to dependent children, veterans benefits, and the whole scheme of state and local welfare” (Ult. cit., 734).

⁽³⁷⁾ “Analogous to welfare payments for individuals who cannot manage independently in the economy are subsidies to business. Agriculture is subsidized to help it to survive against better organized sectors of the economy” (Ult. cit., 735).

⁽³⁸⁾ “More than nine million persons receive income from public funds because they are directly employed by federal, state, or local government” (Ult. cit., 734).

⁽³⁹⁾ “Some of these are plainly of commercial value: postal service for periodicals, news-papers, advertisers, and mail-order houses; insurance for home builders and saving banks, technical information for agriculture” (Ult. cit., 736).

⁽⁴⁰⁾ “Many individuals and many more businesses enjoy public generosity in the form of government contracts. Fifty billion dollars annually flows from the federal government in the form of defense spending” (Ult. cit., 735).

⁽⁴¹⁾ “A very large part of the American economy is publicly owned. Government owns or controls hundreds of millions of acres of public lands valuable for mining, grazing, lumbering, and recreation; sources of energy such as hydroelectric power of all major rivers, the tidelands reservoirs of oil, and the infant giant of nuclear power; routes of travel and commerce such as the airways, highways and rivers; the radio-television spectrum which is the avenue for all broadcasting; hoards of surplus crops and materials, public buildings and facilities; and much more” (Ult. cit., 736).

⁽⁴²⁾ Per una analisi del pensiero di Reich, anche dal punto di vista storico e sociale, cfr. KAREN M. TANI, *Flemming v. Nestor: Anticommunism, the Welfare State, and the Making of ‘New Property’*, in *Law and History Review*, 2008, 26 (2), 379–414.

nome di un quasi mai ben definito interesse pubblico, può privare questi soggetti della fonte principale od esclusiva del loro benessere⁽⁴³⁾.

All'esito di queste considerazioni, la richiesta finale di Reich è, appunto, quella di riconoscere a tali utilità lo *status* di *new properties*, di *nuove proprietà*, o, forse più correttamente da un punto di vista definitorio, di *nuovi beni*.

Esaminare il tema delle *nuove proprietà* partendo dal contributo di Reich significa imbattersi da subito nei principali aspetti problematici che una tale teorica porta con sé. Tra questi, ve n'è uno di portata generale che origina dalla difficoltà ad applicare le regole previste per la proprietà a *cose che cose non sono*, almeno nell'accezione classica, di *oggetto materiale* (*rectius, cosa corporale*), che la dottrina è solita riservare a questo termine⁽⁴⁴⁾; e ve n'è poi un altro, limitato alle nuove proprietà "di derivazione pubblica", che consiste invece nella necessità di individuare un *limite* – nell'ambito dei provvedimenti autoritativi pubblici che hanno rilievo nella sfera economica dei cittadini – tra cosa è suscettibile di ricadere all'interno della tutela proprietaria e cosa non lo è.

Quanto al primo punto, esso costituisce l'aspetto critico fondamentale di tutte le teorie sulle *nuove proprietà* e i *nuovi beni*, ed è appunto determinato dal fatto che l'oggetto di proprietà non è costituito da un bene materiale, bensì dalla *titolarità* di utilità immateriali – incentivi, sussidi, contratti pubblici, licenze, autorizzazioni, nel caso di Reich, e, altre utilità immateriali, come ad esempio i beni della proprietà intellettuale, in altre teorizzazioni – che, nonostante la loro non corporeità, sono suscettibili di procurare una *utilità economica* al soggetto cui sono attribuite.

Le *new properties* sono dunque *cose non tangibili* dotate di *valore economico*. Ma le teorie sulla proprietà, soprattutto negli ordinamenti di *civil law*, e nel nostro in particolare, legato com'è alla rigida nozione di bene fissata dall'art. 810 del codice civile, sono per lo più "fisiciste", improntate sulla nozione di cosa corporale e di bene materiale. Sarà dunque necessario indagare se le *new properties* reichiane, assieme alle altre nuove proprietà che verranno individuate nel corso della presente ricerca, possano essere elevate al rango di *beni* (prima parte della ricerca), e, nel caso in cui non si possa ricavare una risposta univoca, se l'attuale nozione di proprietà, fino ad arrivare al suo gradino più alto, quello costituzionale, sia in grado di ricomprenderle (indagine, quest'ultima, che

⁽⁴³⁾ In particolare, sulla pluralità degli statuti proprietari nella cultura giuridica americana, cfr. G. BOGNETTI, *Proprietà e libertà. A proposito delle strutture giuridiche dell'economia americana*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1976, n. 32-33, pp. 1-91. Per altre ipotesi che si sono venute affermando in quegli anni attorno ai *property rights* cfr. *Il terribile diritto*, 51 ss. La tematica delle diverse proprietà ha poi trovato ampio sviluppo e consistenti realizzazioni pratiche nella Repubblica Federale Tedesca: un quadro interessante è offerto da F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; a questo proposito, è interessante notare, come si vedrà più avanti, nella seconda parte della ricerca, che, non casualmente, la nozione costituzionale di proprietà che si può ricavare dalla Carta fondamentale tedesca è in effetti, tra i sistemi di *civil law*, l'unica in grado di ricomprendere, senza strappi concettuali, la nozione di nuove proprietà e nuovi beni.

⁽⁴⁴⁾ Sul punto, cfr. il successivo Capitolo Secondo.

occuperà la seconda parte della ricerca). Si può dunque affermare, con riferimento a tali utilità, che esiste un problema di *qualificazione*.

Quanto invece al secondo punto (definizione dei provvedimenti autoritativi pubblici che possono rientrare nell'ambito delle *nuove proprietà*), esso, come si è accennato, riguarda le sole nuove proprietà di "derivazione pubblica", ma rispetto ad esse pone un problema per così dire "esistenziale" che attiene alla *identificazione* stessa dell'oggetto che si vorrebbe assoggettare a un certo regime regolatorio.

Una tale questione, che ha evidente carattere preliminare, va dunque trattata immediatamente.

Può essere utile partire dall'analisi di Rodotà⁽⁴⁵⁾, tra i primi in Italia ad avere raccolto la portata innovativa del pensiero dello studioso americano⁽⁴⁶⁾ e ad averne al contempo evidenziato le criticità.

Secondo Rodotà, "*Quando nel 1964 Charles Reich pubblica (...) The New Property ormai sono in molti ad aver colto il nuovo ruolo dello Stato come diretto dispensatore di ricchezza, sia attraverso il canale della spesa pubblica, sia attraverso le varie forme di autorizzazione all'ingresso in settori di attività economicamente rilevanti*"⁽⁴⁷⁾; lo studioso americano "*prende le mosse proprio da questa realtà fatta di sussidi, sgravi fiscali, licenze di commercio, incentivi, contratti, licenze di commercio, autorizzazioni all'esercizio di professioni, concessioni per stazioni radiotelevisive e via dicendo, che egli definisce riassuntivamente come «elargizioni» (largess)*"⁽⁴⁸⁾; e non si può non constatare che, nei sistemi giuridici odierni, in effetti, "*alcune delle esigenze individuate da Reich ricevono [già] soddisfazione*"⁽⁴⁹⁾; prova ne sia il fatto che "*la disciplina proprietaria si espande oltre il suo alveo tradizionale, anche in sistemi legati a schemi concettuali assai più rigidi di quelli di common law*"⁽⁵⁰⁾; e ciò si realizza con modalità concrete ben definite: ad esempio, "*la concessione dell'indennizzo si ritrova anche in ipotesi diverse dall'espropriazione in senso tecnico, cioè dalla perdita forzata della titolarità del diritto su un bene*"⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁵⁾ S. RODOTÀ, *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 5-6, *Itinerari moderni della proprietà*, tomo II, 1976-77, 881-917, ora anche in *Il terribile diritto*, Bologna, 1990 (seconda edizione accresciuta rispetto alla prima del 1980), 47-74.

⁽⁴⁶⁾ A margine delle considerazioni che seguono, va peraltro notato che storicamente, vi sono molteplici resistenze, di natura essenzialmente extra-giuridica, a concedere una tutela "forte", quale è quella proprietaria, a situazioni che si discostano in modo chiaro da quelle a cui abitualmente questa forma di tutela si riferisce. Sempre parafrasando Rodotà, esse si potrebbero ben riassumere negli "*ostacoli opposti dal conservatorismo dei dottrinari*", e, non secondariamente, nella "*perdita di potere discrezionale*" che ne discenderebbe all'apparato amministrativo da una così ampia nozione di proprietà (*Ult. cit.*, 883).

⁽⁴⁷⁾ *Ult. cit.*, 883.

⁽⁴⁸⁾ *Ibidem.*

⁽⁴⁹⁾ *Ult. cit.*, 884.

⁽⁵⁰⁾ *Ibidem.*

⁽⁵¹⁾ *Ib.*

Pur tuttavia, prosegue Rodotà, in assenza di confini definiti, “*l'intera area dei rapporti tra cittadino e Stato con rilevanza economica dovrebbe essere coperta da una garanzia proprietaria: una ipotesi evidentemente impraticabile, poiché la tutela dovrebbe essere estesa a tutte le situazioni caratterizzate dall'incidenza negativa sulla posizione patrimoniale dei singoli di una decisione pubblica*”⁽⁵²⁾.

Sarebbe infatti evidente, sempre secondo Rodotà, che “*Sia dal punto di vista economico, (...), sia dal punto di vista della sicurezza (certezza) dei singoli di fronte all'azione statale e agli usi impropri del riferimento all'interesse pubblico, non è possibile distinguere tra la revoca di una licenza e un intervento della banca centrale sul mercato obbligazionario, che deprime il corso di alcuni titoli a vantaggio di altri*”⁽⁵³⁾.

Se così fosse, bisognerebbe immediatamente concludere che la costruzione reichiana non è “sostenibile” giuridicamente, per l'obiettivo impossibilità di delimitarne l'operatività.

Nell'argomentare di Rodotà vi è però un salto logico, da una proposizione descrittiva (in cui si descrivono le *largess* di Reich per le quali l'autore invoca la garanzia proprietaria) si passa a una non verificata proposizione prescrittiva (in cui si dice che tutti i rapporti tra cittadino e Stato dovrebbero essere coperti da questa garanzia). Rodotà, dunque, attribuisce a Reich più di quanto Reich non dica (e omette forse di trarre alcune considerazioni che, per il vero, Reich espressamente non fa' ma che derivano piuttosto meccanicamente dalla sua teorizzazione sulle *new properties*).

In sintesi, cosa dice in più Rodotà rispetto a Reich? Che “*la tutela [proprietaria] dovrebbe essere estesa a tutte le situazioni caratterizzate dall'incidenza negativa sulla posizione patrimoniale dei singoli di una decisione pubblica*”. In realtà non è così, per Reich la tutela proprietaria va infatti “limitata” ai benefici, alle c.d. *largess*, e dunque i provvedimenti la cui legittimità dovrebbe essere valutata anche alla luce delle tutele offerte dal diritto di proprietà dovrebbero essere unicamente quelli con cui si “*revoca un beneficio*”, o in ogni caso lo si depotenzia per qualità e/o quantità, e non certamente la totalità o generalità delle decisioni pubbliche che possono avere una “*incidenza negativa sulla posizione patrimoniale dei singoli*”.

Proseguendo nell'analisi, ciò che invece manca nella riflessione di Reich, e che Rodotà non rileva, è la specificazione che il beneficio, prima concesso e poi revocato o modificato, dovrebbe avere caratteristiche di *stabilità* tali da legittimamente ingenerare la convinzione nel beneficiario che il suo venir meno è

⁽⁵²⁾ *Ib.*

⁽⁵³⁾ *Ib.*

suscettibile di determinare una *irragionevole* diminuzione nell'ambito della propria sfera patrimoniale⁽⁵⁴⁾.

Lo stesso esempio con cui Rodotà completa il proprio ragionamento (e cioè che “*non è possibile distinguere tra la revoca di una licenza e un intervento della banca centrale sul mercato obbligazionario, che deprime il corso di alcuni titoli a vantaggio di altri*”), dovrebbe essere a questo punto chiarificatore (ancorché in senso contrario rispetto all'argomentazione a sostegno della quale è stato formulato) del fatto che non tutte le decisioni pubbliche che hanno incidenza sul patrimonio dei singoli possono essere messe sullo stesso piano.

È incontrovertibile infatti che mentre la “*revoca di una licenza*”, o comunque la modifica in senso negativo di una *largess* in genere, rappresenta in concreto il venir meno o l'attenuarsi di un beneficio che origina da un precedente provvedimento di senso contrario; l’“*intervento della banca centrale*” incide in effetti su una utilità (il titolo obbligazionario) che non può in nessun caso qualificarsi come *largess* e che costituisce invece a tutti gli effetti un bene del singolo, per il quale, evidentemente, l'ordinamento ha già approntato i rimedi propri della tutela proprietaria, e, per il quale, soprattutto, non vi è un provvedimento iniziale di attribuzione di un beneficio, che rappresenta invece il momento “costitutivo” della *new property* reichiana.

E siamo così tornati al cuore della questione, che è cioè diverso l'*oggetto* di proprietà: nel primo caso, semplificando, è l'utilità economica incorporata nella licenza, autorizzazione, ecc. – che, come si potrà vedere, nella nostra tradizione giuridica non è *sic et simpliciter* qualificabile come *bene* – la cui revoca o modifica determina il pregiudizio, in ipotesi illegittimo; nel secondo caso sono alcuni *titoli* obbligazionari – incontrovertibilmente qualificabili come *beni* – il cui valore è alterato da un atto (legittimo o illegittimo, ma ai fini del nostro discorso non rileva) della pubblica amministrazione.

Per concludere, la richiesta di Reich, soprattutto in un sistema di *civil law* dove gli statuti proprietari sono rigidamente definiti secondo il principio del *numerus clausus*⁽⁵⁵⁾, va rigorosamente verificata; ma va verificata dal lato,

⁽⁵⁴⁾ Senza anticipare qui quanto costituirà oggetto della seconda parte della ricerca, basti ora accennare che la questione è stata lucidamente “risolta” dalla Corte di Strasburgo che, ai fini della applicabilità a tali (o simili) entità della garanzia proprietaria di cui all'art. 1 del Primo Protocollo Cedu, ritiene necessario che il provvedimento pubblico che ha concesso un beneficio, poi revocato o modificato, o in alternativa la quiescenza dell'amministrazione verso una determinata situazione di fatto, in ipotesi anche in violazione di norme di diritto, sia tale da avere ingenerato l'*aspettativa legittima*, da valutarsi in concreto, che quel provvedimento, o atteggiamento di quiescenza, configurasse l'esistenza di una posizione giuridica soggettiva. In questo senso, esemplificative sono, tra le altre, le sentenze *Tre Traktor* (1989), *Pine Valley* (1991), *Oneryildiz* (2002) (estratti delle sentenze si possono leggere in Appendice alla presente ricerca), nelle quali la Corte qualifica la posizione dei ricorrenti proprio come *aspettativa legittima* e offre a tale aspettativa, appunto, la tutela proprietaria.

⁽⁵⁵⁾ Peraltro, come si vedrà alla fine del successivo capitolo, lo stesso principio del *numerus clausus* non è più considerato un caposaldo irrinunciabile: le nuove figure che si vanno affermando nella prassi conducono a ritenere che sarebbe disattesa la regola che non possono essere modificati

diciamo così, “tecnico”, dell’oggetto del diritto, e non può essere genericamente qualificata come inservibile da un punto di vista “ontologico”, nel senso che sarebbe impossibile rilevarne l’ambito di operatività.

E va osservato che Reich ha avuto senz’altro il merito di sollevare il coperchio di una enorme pentola in ebollizione – quella dei benefici erogati dagli Stati c.d. a democrazia pluralistica, ora a singoli cittadini ora a intere categorie – rilevando con lucidità la capacità che hanno questi benefici di modificare in senso sostanziale gli assetti della ricchezza degli individui.

Allora, inteso nel tempo in cui Reich scriveva, gli Stati vivevano in una fase espansiva dell’economia e, conseguentemente, in una fase espansiva della spesa pubblica e, nell’attribuzione delle c.d. *largess*, era sentita la necessità di una loro più compiuta regolazione, affinché il potere discrezionale dell’amministrazione fosse il più possibile ridotto; *oggi*, la necessità di una migliore regolazione di queste utilità è ancora attuale, ma per motivi opposti; viviamo infatti in una fase duratura di contrazione del ciclo economico e si pone il problema, da una parte, di come ridurre in maniera drastica questo tipo di attribuzioni, e, dall’altra parte, di come eventualmente alleggerire gli oneri dello Stato, anche “allocando” beni pubblici a privati, per consentirne un loro utilizzo più efficiente, ed è dunque parimenti necessario perfezionare strumenti giuridici che siano in grado di garantire la regolazione più efficace e la minore discrezionalità possibile nei meccanismi di redistribuzione di queste risorse.

È proprio in questo contesto che è utile indagare se le regole offerte dal diritto di proprietà, evidentemente in un contesto di bilanciamento con altri diritti, possano offrire risposte convincenti.

Prima di concludere questo primo paragrafo, conviene puntualizzare che le *New Properties* descritte da Reich rappresentano solo una parte delle nuove proprietà di cui si tratterà nel corso di questa ricerca; altre, come si è già accennato sono ad esempio rinvenibili nei beni dell’informazione e della conoscenza, altre ancora nei processi di privatizzazione di beni pubblici.

La maggior parte di esse ha però un dato che le accomuna, che è quello della loro *immaterialità* (o, come meglio si vedrà ad esempio per certi ritrovati biotecnologici, della loro *non tangibilità*). Non è dunque un caso che tali utilità si siano potute più facilmente affermare nei paesi di *common law*. È infatti propria di quella tradizione giuridica una nozione di appartenenza (*property*) più aperta e flessibile nel considerare al suo interno la generalità delle utilità suscettibili di avere valore patrimoniale, ancorché immateriali, e meno vincolata alla teorica *fisicista* della tradizione giuridica continentale.

La nozione di *property* spiega dunque il perché in un sistema di *common law* sia più semplice prevedere delle *new properties*, anche così lontane dal

i caratteri “sostanziali” od “essenziali” dei diritti reali tipici, mentre sarebbe ancora osservata la regola che non sono ammissibili diritti reali del tutto nuovi (A. GAMBARO, *Trattato dei diritti reali*, Milano, 2010, 82).

modello originario come sono quelle di Reich, e spiega perché, in un contesto economico in cui, in virtù dei processi tecnologici, la maggior parte delle nuove forme di ricchezza sono immateriali, sia sempre più necessario fare riferimento a quella tradizione. Come si vedrà, questo in effetti è ciò che si sta realizzando, a seguito di un mutamento complesso ma irreversibile, nell'ambito della "tutela multilivello" del diritto di proprietà⁽⁵⁶⁾.

2. Alcune notazioni in tema di *property* e *new properties* prendendo a riferimento la giurisprudenza delle corti americane

È noto che nei sistemi giuridici di *Common Law* il termine "*Property*" non indica tanto la relazione di appartenenza esclusiva di un bene ad una persona, quanto tutti i diritti che comportano l'uso o il godimento di un bene e tutti i diritti sui beni, anche immateriali, di cui il titolare può disporre⁽⁵⁷⁾.

Precisamente, si può affermare che i sistemi di *common law* tendono a ricomprendere nei *property rights* tutte le *posizioni soggettive di natura economica* dotate di un *diritto di esclusiva*⁽⁵⁸⁾, per cui "*oltre le cose corporali, [...] sono beni giuridici tutte le utilità, le risorse, i valori che storicamente trovano mercato, e prima ancora che assumono la forma economica di merce, ossia per la protezione dei quali - nel senso che si è precisato - si costituisce un'offerta e/o si forma una domanda*"⁽⁵⁹⁾.

Peraltro, il fatto di ricomprendere in un'unica categoria l'insieme delle posizioni giuridiche soggettive patrimonialmente rilevanti⁽⁶⁰⁾ ha spinto diversi autori a qualificare la nozione di *property* più che come un diritto come un fascio

⁽⁵⁶⁾ Uno degli obiettivi della parte centrale della ricerca è proprio di mettere in evidenza che le tradizioni costituzionali comuni europee come si stanno venendo formando anche grazie alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e della Corte del Lussemburgo, fanno particolare e costante riferimento proprio alla nozione di *property*.

⁽⁵⁷⁾ Cfr., in particolare, A. CANDIAN, A. GAMBARO, B. POZZO, *Property, Proprietà, Eigentum*, Padova, 1992, 13.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. A. GAMBARO, *Trattato dei diritti reali*, cit., 977.

⁽⁵⁹⁾ M. BARCELLONA, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quadrimestre*, 1987, 607.

⁽⁶⁰⁾ A proposito del concetto di utilità inteso quale "espressione di patrimonialità" e dunque di valore economico, è stato osservato che: "*Il principio di patrimonialità opera come criterio di rilevanza di utilità che per il resto vengono dettagliatamente tipizzate*". E dunque "*Anche i servizi, in quanto aventi li requisito della patrimonialità rientrano nella nozione di bene giuridico*" (M. BARCELLONA, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quadrimestre*, 1987, 652). Ne deriva che "*(...)oltre le cose corporali, sono attribuite, sono oggetto di appropriazione qualificata e, perciò sono beni giuridici tutte le utilità, le risorse, i valori che storicamente trovano mercato, e prima ancora che assumono la forma economica di merce, ossia per la protezione dei quali - nel senso che si è precisato - si costituisce un'offerta e/o si forma una domanda e ciò a prescindere dal regime giuridico o non della loro appropriazione, che attiene al diverso profilo della conformazione dell'attribuzione normativa*" (*Ult. cit.*, 682).

di diritti (*bundle of rights*)⁽⁶¹⁾, facendo così intendere come le singole situazioni di appartenenza possano divergere anche molto profondamente l'una dalle altre a seconda delle singole attribuzioni che le compongono, ma che non per questo possa venir meno la loro inclusione all'interno della *law of property*⁽⁶²⁾.

Nell'ambito di questa generale nozione, il *Common Law* distingue poi tra *Real Property* e *Personal Property*: la prima categoria relativa a situazioni di appartenenza originariamente tutelate con rimedi recuperatori, solo genericamente assimilabile alla nostra proprietà immobiliare, e la seconda in riferimento a situazioni tutelate con rimedi risarcitori, anche in questo caso solo con approssimazione paragonabile al nostro regime di proprietà previsto per i beni mobili⁽⁶³⁾.

A testimonianza della straordinaria flessibilità della nozione di *Property*, è interessante notare che le considerazioni appena svolte sulla possibilità di "astrazione" e di "espansione" delle posizioni tutelate in *common law* non riguardano solo i beni mobili in generale e immateriali in particolare, ma si possono estendere anche alla *Real Property*.

La *Real Property* infatti non ha un significato univoco ma indica, ora una vasta gamma di diritti che hanno quale riferimento un bene immobile, ora il bene stesso oggetto del diritto. L'esempio inglese del bene terra è in questo senso

⁽⁶¹⁾ La teorizzazione del concetto di *property* come "*bundle of rights*" origina da un celebre saggio di A.M. Honoré (*Ownership*, in A.G. Guest (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford Clarendon Press, 1961). Oggi, la nozione di "*bundle of rights*" può dirsi talmente acquisita da essere "*commonly taught in US first-year law school property classes to explain how a property can simultaneously be "owned" by multiple parties*" (http://en.wikipedia.org/wiki/Bundle_of_rights).

⁽⁶²⁾ In particolare, le utilità patrimoniali, attraverso un uso intenso dell'astrazione nell'individuazione degli interessi protetti, sono ricavate tanto se connesse ad una cosa in senso fisico-materiale quanto, ad esempio, se desumibili solo da rapporti obbligatori. E così, "*It is obviously a marked characteristic of the common law of property that it makes a much more extensive use of abstractions than the civil law, and that the Common Law lawyers encounter non difficulty in using them in the most flexible way. It would be not at all unusual to find that a person has a future contingent beneficial interest of an abstract character in a trust fund vested in trustees, itself an abstract entity, and comprising land, automobiles, and abstractions such as debts, copyrights, insurance policies and shares in companies which are again abstractions and may have bought up such abstractions as beneficial interests in a trust fund. All these various abstractions are elements in a vast calculus of values and are intelligible only in so far as the law of property is treated as a law of wealth*" (F.H. LAWSON, *Common Law*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VI, *Property and Trust*, Tubingen-Mouton-The Hague-Paris, 47).

⁽⁶³⁾ La distinzione a partire dalle azioni di tutela è svolta in ossequio al fatto che mentre negli ordinamenti continentali il controllo sulla circolazione giuridica sui diritti reali si esercita attraverso il principio del *numerus clausus* dei diritti, negli ordinamenti di *common law* si può rinvenire una forma di controllo sostanzialmente equivalente appunto nella tipicità, o quanto meno rigidità, delle *forms of action*. In altri termini, di quà della Manica, nei sistemi continentali, il controllo avviene in forma anticipata, e cioè sulle fattispecie costitutive del diritto; di là, oltre la Manica, si pospone l'intervento, agendo sul momento dell'azione, secondo il brocardo "*remedies precede rights*", con ciò, anche in questo modo, favorendosi una maggiore flessibilità del sistema ad accogliere forme di utilità non precedentemente "codificate".

chiarificatorio: la terra è di proprietà della Corona o dello Stato; i privati sono titolari di diritti temporanei di godimento che non si possono qualificare né diritti di proprietà in senso tradizionale (*i.e.*, nel senso dei sistemi di *civil law*), né diritti su cosa altrui, ma piuttosto come “*concessioni di godimento*”⁽⁶⁴⁾. Il soggetto è dunque titolare non del bene, bensì del diritto di esclusiva attraverso cui il godimento su quel bene si esercita⁽⁶⁵⁾.

Se queste sono le premesse, i beni che confluiscono nella categoria della *property* non possono che essere di una varietà che è sconosciuta ai nostri ordinamenti. E infatti vi si possono ricomprendere, ma l'elenco non è esaustivo, l'avviamento commerciale (*Goodwill*), i brevetti (*Patents*), i marchi (*Trade-Marks*), le informazioni riservate (*Trade-Secrets*), ma anche il diritto di usare il servizio postale, il diritto di voto degli azionisti, i diritti di accesso alle contrattazioni di borsa, i diritti di esclusiva sulle notizie raccolte, i diritti nascenti da esenzioni fiscali, ecc.⁽⁶⁶⁾.

E in un sistema che consente una così rilevante “flessibilità”, si capisce anche perché molte delle *licenses*, dei *subsidies* e dei *benefits* descritti da Reich possano in effetti ambire alla tutela offerta dai *property rights*⁽⁶⁷⁾.

Nel caso *Nestor* – cittadino bulgaro che, avendo maturato negli Stati Uniti, a seguito della propria attività lavorativa, il trattamento pensionistico di *social security*, si vede revocare il beneficio perché rimpatriato in Bulgaria – si discute se il diritto alla pensione sia o meno un *property right* tutelato ai sensi del XIV emendamento: la Corte Distrettuale riconosce il diritto, la Corte Suprema lo nega, in base all'argomento che la forma di *social security benefit*, pretesa dall'attore, non è ricollegabile ai contributi versati dal lavoratore, così però non negando il principio che, ricorrendo il presupposto del versamento dei contributi, quell'utilità possa rientrare nella tutela prevista dalla *law of property*⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006, 181.

⁽⁶⁵⁾ Similmente, è stato autorevolmente argomentato che anche nel nostro sistema il soggetto sarebbe titolare non del bene ma del diritto sul bene, così conseguendone che la circolazione dei beni, dal punto di vista giuridico, è in realtà circolazione dei diritti (O.T. SCOZZAFAVA, voce *Oggetto dei diritti*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990). Una tale costruzione, nella perdurante mancanza di un modello teorico di riferimento in tema di beni, una delle “tendenze del momento”, fatta propria da più di un manuale istituzionale di diritto civile.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. A. MOSCARINI, *Ult. cit.*, 184.

⁽⁶⁷⁾ Per una ricognizione sulla giurisprudenza delle corti americane in tema di nuove proprietà cfr. C. REICH, “*The New Property*” after 25 Years, in *University of San Francisco Law Review* 24, 1990, 232 ss.

⁽⁶⁸⁾ In particolare, per la Corte Suprema: “*Social Security payments are not gratuities. They are products of a contributory system, the funds being raised by payment from employees and employers alike, or, in case of self-employed persons, by the individual alone. See Social Security Board v. Nierotko, 327 U. S. 358, 327 U. S. 364. The funds are placed in the Federal Old-Age and Survivors Insurance Trust Fund, 42 U.S.C. § 401(a); and only those who contribute to the fund are entitled to its benefits, the amount of benefits being related to the amount of contributions made. See Stark, Social Security: Its Importance to Lawyers, 43 A.B.A.J. 319, 321 (1957)*”. A conferma di quanto appena affermato, sono citate dalla Corte Suprema le parole pronunciate dal Senatore George, Chairman of the Senate Finance Committee, e tra gli estensori del Social Security System,

Ancora, nel caso *Mathews v. Eldridge*⁽⁶⁹⁾, la Corte Suprema considera invece *Property Right* l'interesse del disabile al pagamento di una indennità riconosciuta per la sua condizione, e, in particolare: “*recognizes, as has been implicit in our prior decisions, e.g., Richardson v. Belcher, 404 U. S. 78, 404 U. S. 80-81 (1971); Richardson v. Perales, 402 U. S. 389, 402 U. S. 401-402 (1971); Flemming v. Nestor, 363 U. S. 603, 363 U. S. 611 (1960), that the interest of an individual in continued receipt of these benefits is a statutorily created "property" interest protected by the Fifth Amendment*”⁽⁷⁰⁾.

O ancora, nel caso *Bowen v. Gilliard*⁽⁷¹⁾, la Corte Suprema conferisce dignità di *property interest* alla richiesta di contributo pubblico avanzata da una famiglia, sebbene ne venga poi negata la successiva titolarità al richiedente in virtù di una modifica legislativa considerata legittima (“*since they have no protected property rights to continued AFDC benefits at the same level as before the amendment*”⁽⁷²⁾).

E l'elenco potrebbe continuare quasi indefinitamente⁽⁷³⁾: nel caso *Goldberg*, “*welfare benefits are a matter of statutory entitlement for qualified persons and procedural due processes applicable to their termination*”, in quanto “*such sources of security, whether private or public, are no longer regarded as luxuries or gratuities; to the recipient they are essentials*”⁽⁷⁴⁾; nel caso *Wyman*, a proposito di detrazioni concesse a famiglie con figli a carico (*AFDC Benefits – Aid to Families with Dependent Children*), la Corte Suprema rileva che “*The most important forms of property is government largess which some call the “new property”*”⁽⁷⁵⁾; nel caso *In re Ming*, la pratica legale e i relativi contributi previdenziali “*can be viewed as a type of “new property”, the deprivation of which has drastic consequences to the individual*”⁽⁷⁶⁾; nel caso *Palmer*, il servizio di erogazione di gas naturale è fatto rientrare tra quelle utilità soggette alla *Due Process Clause*, sul presupposto che “*service is a specialized*

secondo cui: “*There has developed through the years a feeling both in and out of Congress that the contributory social insurance principle fits our times -- that it serves a vital need that cannot be as well served otherwise. It comports better than any substitute we have discovered with the American concept that free men want to earn their security and not ask for doles -- that what is due as a matter of earned right is far better than a gratuity. (...)Social security is not a handout; it is not charity; it is not relief. It is an earned right based upon the contributions and earnings of the individual. As an earned right, the individual is eligible to receive his benefit in dignity and self-respect*” (*Flemming v. Nestor, 363 U.S. 603 (1960)*, in <http://supreme.justia.com/us/363/603/case.html>).

⁽⁶⁹⁾ *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976).

⁽⁷⁰⁾ Sentenza completa in <http://supreme.justia.com/us/424/319/case.html>.

⁽⁷¹⁾ *Bowen v. Gilliard*, 483 U.S. 587 (1987).

⁽⁷²⁾ Sentenza completa in <http://supreme.justia.com/us/483/587/case.html>.

⁽⁷³⁾ Le sentenze che si citano qui di seguito sono solo alcune, ritenute tra le più significative, di quelle contenute in appendice a B.B. FLETCHER, *A Tribute to Charles Reich*, in *University of San Francisco Law Review*, 1990, 242 ss.

⁽⁷⁴⁾ *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970).

⁽⁷⁵⁾ *Wyman v. James*, 400 U.S. 309 (1971).

⁽⁷⁶⁾ *In re Ming*, 469 F.2d 1352 (7th Cir. 1972).

type of property which presents distinct problems in our economic system, the taking of which may impose tremendous hardship upon customers”(77); nel caso *Winston*, l’interesse al trattamento pensionistico di un insegnante è tale per cui “*Absent a determination that a teacher was guilty of misconduct, termination of his or her constitutional right to a pension was deprivation of property without procedural due process of law*”(78).

Pur tuttavia, nella generalità di questi casi, la garanzia effettivamente attribuita ai titolari di situazioni giuridiche soggettive di rilevanza sociale è, in definitiva, “solo” quella del *due process*, cioè un garanzia di tipo procedimentale, e la decisione su come, in concreto, definire e delimitare l'utilità che si vorrebbe assoggettare alla *law of property* spetta unicamente al legislatore(79).

Ad esempio, nel caso *Goss v. Lopez*(80), si ritiene di sottoporre alla *Due Process Clause*, come protetta dal XIV Emendamento, che è rimedio procedimentale tipico delle posizioni soggettive incondizionate, e dunque anche dei *Property Rights*, l'interesse degli studenti di una scuola pubblica a non essere sospesi dalla frequenza. Osserva la Corte Suprema che “*Neither the property interest in educational benefits temporarily denied nor the liberty interest in reputation is so insubstantial that suspensions may constitutionally be imposed by any procedure the school chooses, no matter how arbitrary*” e che “*Due process requires, in connection with a suspension of 10 days or less, that the student be given oral or written notice of the charges against him and, if he denies them, an explanation of the evidence the authorities have and an opportunity to present his version. Generally, notice and hearing should precede the student's removal from school, since the hearing may almost immediately follow the misconduct*”(81).

La proprietà di *common law*, ancor più dopo l’ingresso delle *new properties*, finisce dunque con il configurarsi come titolarità su diritti di natura economica, nella quale tipicamente rientrano non solo situazioni di natura reale, ma anche rapporti di credito, e situazioni di “aspettativa giuridicamente qualificata”, come è il caso dei benefici erogati dallo Stato.

Pur tuttavia – ecco un elemento che può essere di interesse ai fini del “dialogo” con la nostra tradizione giuridica e che può in effetti avvicinare i due sistemi(82) – la tutela accordata alle diverse forme di *property* non è indifferenziata e, nella stessa tradizione di *common law*, esiste una scala di preferenza tra le diverse utilità immateriali (*choses in action*) oggetto della *law of*

(77) *Palmer v. Columbia Gas of Ohio, Inc.*, 479 F.2d 153 (6th Cir. 1973).

(78) *Winston v. City of New York*, 759 F.2d 242 (2d Cir. 1985).

(79) Cfr. A. MOSCARINI, cit., 187.

(80) *Goss v. Lopez*, 419 U.S. 565 (1975).

(81) Sentenza completa in <http://supreme.justia.com/us/419/565/case.html>.

(82) Le prove di dialogo sono fondamentali al fine di dare spessore all’aggiornamento della nozione costituzionale di proprietà che si tenterà di operare nella seconda parte della ricerca e che avviene proprio attraverso l’*import* di alcuni elementi che connotano la nozione di proprietà in *common law*, per il tramite, soprattutto, della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull’art. 1 del Primo Protocollo Addizionale della Cedu.

property. Una simile scala, o per lo meno una omogeneità o similitudine dei criteri che la determinano, come si tenterà di dimostrare qui di seguito, è rinvenibile anche nell'ambito della teorica sui nostri *beni immateriali*⁽⁸³⁾.

3. Choses in action e beni immateriali. Una possibile sovrapposibilità di modelli teorici

Considerazioni interessanti sul fatto che, anche nei sistemi di *common law*, l'*immaterialità* dell'oggetto di proprietà ha un suo "peso" (non è cioè un dato "neutro" rispetto alla più o meno agevole definizione dell'oggetto di proprietà; ancorché gli aspetti problematici che ne derivano siano di gran lunga inferiori rispetto ad un qualsiasi sistema di *civil law*), si ritrovano in un saggio "classico" di diritto comparato sulla teoria dei *beni immateriali*: "Dalle "res incorporales" del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni" di Giovanni Pugliese⁽⁸⁴⁾.

Secondo Pugliese⁽⁸⁵⁾, la nozione di *property* così come la conosciamo oggi troverebbe il suo fondamento nel seguente passo tratto dalle *Institutiones* di Gaio: "Quaedam praeterea res corporales sunt, quedam incorporales. Corporales hae sunt quae tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliae res innumerabiles. Incorporales hae sunt quae tangi non possunt: qualia sunt ea quae iure consistunt, sicut hereditas, usufructus, obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur: nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia: nam ipsum ius successionis, et ipsum ius utendi fruendi, et ipsum ius obligationis incorporale est. Eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum" (Gaio, *Institutiones*, 2, 12-14).

E sarebbe stato il giurista Bracton (ca. 1210-68), considerato il tramite più autorevole tra il diritto romano giustiniano e le regole consuetudinarie riconosciute o importate in Inghilterra dai Normanni, il primo ad avere

⁽⁸³⁾ In generale, si è portati a sostenere che uno sguardo alle esperienze straniere può essere utile ma che "il tema dei beni è fortemente connotato di caratteri municipali"; peraltro, l'oggetto di proprietà cristallizzato nell'art. 810 del nostro codice civile e l'enorme estensione dei *property rights* potrebbero apparire inconciliabili, e si potrebbe in effetti concludere che i due sistemi godono di una sostanziale autonomia concettuale e sono tra loro scarsamente o per nulla fungibili; pur tuttavia, secondo molti autori esistono profili comuni tra proprietà e *property rights* (G. DE NOVA, *I nuovi beni come categoria giuridica*, in G. DE NOVA, B. INZITARI, G. TREMONTI, G. VISENTINI, *Dalle res alle new properties*, Milano, 1991, 16).

⁽⁸⁴⁾ G. PUGLIESE, *Dalle "res incorporales" del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, in *Riv. Trim.*, 1982, p. 1137 ss.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. G. PUGLIESE, *Ult. cit.*, 1189 ss.

compiutamente teorizzato nella tradizione di *common law* il percorso logico verso l'“incorporazione” dei diritti alle *res* cui si riferiscono⁽⁸⁶⁾.

A riprova viene citato il *De legibus et consuetudinibus Angliae*, nel quale Bracton menziona proprio la *secunda divisio rerum* gaiana tra *res corporales* e *incorporales*; e include tra queste ultime “*hereditas, ususfructus, advocaciones ecclesiarum, obligationes et actiones*”. All'elenco di Gaio si aggiungono dunque le “*advocaciones ecclesiarum*” (diritto dei *lords* di imporre un proprio candidato ad una data carica ecclesiastica) e le “*actiones*”, che determineranno la scomposizione dell'elenco di Bracton nelle due categorie della *property* venutesi a creare nei sistemi di *common law*: la *Real* e la *Personal Property*. La prima per lo più riferita agli immobili e in cui confluiranno gli “*incorporali feudali*” (le “*advocaciones ecclesiarum*”). E la seconda riferibile più in generale ai beni mobili. La prima tutelata prevalentemente con *actio in rem*. La seconda con *actio in personam*, tendente quindi alla condanna di un soggetto specifico al pagamento di una somma di denaro, a titolo di risarcimento, senza recupero del bene.

Questa seconda categoria è poi stata quella che ha avuto le maggiori evoluzioni e nella quale sono successivamente confluiti tutti i beni incorporali. In particolare, gli incorporali qui confluiti sono stati definiti “*choses*” o “*things in action*”. Essendo beni non suscettibili di possesso, la loro “visibilità” consisteva nell'azione giudiziaria con cui il titolare poteva ottenere la condanna di chi ne avesse impedito o ostacolato il godimento.

Si ritiene che il primo bene considerato *chose in action* sia stato il *credito contrattuale di denaro*, in uno con la *action of debt* che ne consentiva la tutela. (Sostiene Pugliese che “[l]’eventuale stupore di un giurista di educazione civilistica nel vedere qualificato *chose in action* e incluso nella *personal property* un diritto di credito deve svanire di fronte alla precisazione che in *common law*, non solo “*property*” non significa proprietà, ma non si riferisce nemmeno a quelli che per i civilisti sono i diritti reali, in antitesi ai diritti di credito, bensì ha un valore molto più ampio, in quanto indica in modo ambi- o poli-valente, sia i diritti patrimoniali, sia ai beni che ne sono oggetto”⁽⁸⁷⁾). Più tardi, sempre nella categoria delle *choses in action*, vennero poi ricompresi i crediti non relativi a somme di denaro e non derivanti da contratto, sempre tutelati dalla *action of debt*. Ulteriori sviluppi sopravvennero dopo il sec. XV, con l’inclusione, a seguito della ricezione del diritto commerciale italiano, dei *negotiable instruments* e *documents of title*. Nel XVIII secolo vi rientrarono poi *copyrights* (diritti d'autore) e *patents* (brevetti). E infine il *goodwill of a business* (l'avviamento dell'azienda). Tutti tutelati con azioni tipiche⁽⁸⁸⁾.

Il sistema si è dunque consolidato non tanto sulla tipicità del diritto quanto, piuttosto, sulla “imposizione” di alcune garanzie procedurali. E lo stesso

⁽⁸⁶⁾ PUGLIESE, *Ult. cit.*, 1189.

⁽⁸⁷⁾ *Ult. cit.*, 1191.

⁽⁸⁸⁾ *Ult. cit.*, 1193-94.

percorso, in fondo, come si è visto nel paragrafo precedente a proposito della applicazione della *Due Process Clause*, si è potuto registrare per le ultime “entrate”, vale a dire le *new properties*.

Ciò che per lungo tempo accomunò le *choses in action* fu la loro intrasferibilità per atto tra vivi (*assignment*), salvo che non ci si accontentasse della c.d. efficacia in equity riconosciuta al trasferimento dal Chancellor. Successivamente, la *Law of Property* inglese del 1925, Sect. 136, ne ammise la trasferibilità. Venne però sancito il principio per cui, a differenza delle *choses in possession*, esso potesse avvenire solamente con dichiarazioni e/o registrazioni, “che possono essere particolari per le varie specie di *choses in action*”⁽⁸⁹⁾.

A partire da qui – dalla formale presa d'atto che il trasferimento delle *choses in actions* dovesse avvenire, inevitabilmente, senza *delivery*, e che non potesse avvenire nello stesso modo per le diverse *choses* – i giuristi di *common law* iniziarono a ragionare sul fatto che tra le *incorporales* vi sarebbero *res* molto “deboli” (ad esempio quelle costituite da diritti, quali i *debts*, o i *rights to rent*), e altre invece più “forti”, poichè avrebbero un'esistenza a sé stante nella società e nell'economia (ad es. le creazioni intellettuali o il *goodwill* di un'azienda), e che solo tali ultime sarebbero vere e proprie *incorporeal chattels* o *incorporeal property*⁽⁹⁰⁾.

Si può dunque dedurre che (anche) nella tradizione di *common law*, non è indifferente il grado di “autonomia” (i.e., di esistenza autonoma) di queste utilità e, non lo è, si può supporre, perché da tale autonomia discende il fatto che la relazione di appartenenza si realizza attraverso una qualche effettiva forma di esclusiva o meno.

Queste notazioni richiamano alla mente un altro saggio “classico” di teoria generale dei beni (il riferimento è alla voce “Cosa” di Vincenzo Zeno-Zencovich nel *Digesto delle discipline privatistiche*⁽⁹¹⁾), di taglio certamente non simile, che però ugualmente si propone di distinguere, anche all'interno del nostro ordinamento, circa il diverso grado di autonomia, perlomeno da un punto di vista teorico (visto che poi il sistema positivo stenta a riconoscerle), delle *utilità immateriali* che si pongono all'attenzione dello studioso.

Riproponiamo dunque brevemente l'analisi condotta da Zencovich per verificare se in effetti, tra i due sistemi, quello inglese di *common law* e quello italiano di *civil law*, le nozioni di *choses in action* e di *bene immateriale* possano risultare in qualche modo sovrapponibili o presentare comunque elementi di omogeneità, tali da giustificare una comparazione non occasionale⁽⁹²⁾.

⁽⁸⁹⁾ G. PUGLIESE, *ult.cit.*, 1195.

⁽⁹⁰⁾ *Ibidem*.

⁽⁹¹⁾ V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Cosa*, in *Dig. IV, disc. priv., sez. civ.*, III, 1988, 438 ss.

⁽⁹²⁾ Va premesso che, per la nostra dottrina, la categoria delle utilità immateriali ricomprenderebbe tutte le “entità prive di consistenza fisica, e tuttavia apprezzate dall'uomo per la loro idoneità a soddisfare bisogni ed esigenze della sua vita individuale e sociale” (P. GRECO, *Beni immateriali*, in *Noviss. dig. it.*, Torino 1958, 356 ss.), o, similmente, tutte quelle utilità che, all'interno di un

Ad opinione di Zencovich, l'area da esplorare è di una certa vastità e va, appunto, dalle *cose* alle *prestazioni*; vale a dire, dall'art. 810 all'art. 1174 del codice civile.

Secondo l'originale⁽⁹³⁾ partizione utilizzata dall'autore⁽⁹⁴⁾, di là delle cose corporali e prima delle prestazioni, esisterebbe innanzitutto una categoria di entità che potremmo definire "*situazioni*".

Mentre le cose si caratterizzano per la loro corporalità e le prestazioni per un *facere* (anche se talvolta negativo), "*la situazione è caratterizzata dall'essere*"⁽⁹⁵⁾.

Per la sua sussistenza non è (sempre) necessario l'intervento di un terzo (mentre la prestazione in genere la presuppone), ed "*essa rileva per il diritto in sé e per sé in quanto il soggetto rivolge ad essa il proprio interesse confidando che altri non interferiscano (s'intende, negativamente) con essa, e a tal fine è articolata [ndr, o dovrebbe essere articolata] la tutela dell'ordinamento*"⁽⁹⁶⁾.

Esse sono per lo più situazioni *di fatto* (ma possono essere anche situazioni di diritto⁽⁹⁷⁾) che presentano un interesse per il soggetto: l'esempio più evidente è quello dell'*avviamento* di un'azienda (*goodwill*), ma vi rientrerebbero anche le *qualifiche professionali* e le *aspettative*, e forse le stesse *universalità di diritto*⁽⁹⁸⁾ (che costituirebbero appunto un esempio di *aspettativa di diritto*).

Dalla descrizione di Zencovich – o almeno così mi pare si possa argomentare, visto che l'autore in realtà non ne dà espressa conferma – una tale categoria si configurerebbe come quella dotata di maggiore autonomia rispetto alle "cose che cose non sono". Pur tuttavia, anche per tali utilità dovrebbe potersi richiedere l'applicazione di schemi di appartenenza che implicino il riconoscimento di diritti di esclusiva.

Lo spazio incerto tra cose e prestazioni, sempre secondo Zencovich, comprenderebbe poi la vasta categoria del "*pensiero estrinsecato*", che sono i diritti di brevetto, d'autore, i marchi, e tutti gli altri diritti della proprietà

sistema economico basato sulla produzione, sono a tutti gli effetti *strumenti del processo produttivo* e che, dal punto di vista naturalistico, sono *privi del tratto della corporeità* (D. MESSINETTI, *Beni immateriali*, in *Enc. Giur.*, 1), fino ad arrivare, appunto, all'estrema periferia dei diritti di credito.

⁽⁹³⁾ L'originalità della partizione sta, in effetti, soprattutto nell'aver individuato questa prima categoria di cui si dà conto; essendo, le altre piuttosto "comuni" nelle diverse teorie formulate sui beni immateriali.

⁽⁹⁴⁾ Zencovich avverte che "*trattandosi di entità pre (e quindi extra) giuridiche l'intervento ordinatorio del giurista ha finalità eminentemente, e più che mai, pratiche e non può pretendere di assurgere a principio dogmatico*" (*Ult. cit.*, 448).

⁽⁹⁵⁾ *Ibidem*.

⁽⁹⁶⁾ *Ib.*

⁽⁹⁷⁾ Come si vedrà esaminando la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sulle *nuove proprietà* e i *nuovi beni*, seguendo la prospettiva di Zencovich, si potrebbero ascrivere alla categoria delle *situazioni* le c.d. *legittime aspettative* che per i giudici di Strasburgo rappresentano veri e propri beni potenziali.

⁽⁹⁸⁾ *Ult. cit.*, 449.

intellettuale, per i quali in letteratura si utilizza spesso proprio la generale locuzione di “*beni immateriali*”.⁽⁹⁹⁾

Ciò che risulterebbe evidente per questa tipologia di beni è che “*la loro individuazione necessit[a] di un ulteriore atto di specificazione, in questo caso l'intervento del legislatore*”; ne consegue che “*la qualificazione come bene [ndr, ma sarebbe più corretto dire di “utilità soggetta a regime di esclusiva”, in virtù delle preclusioni stabilite in via generale dall'art. 810 c.c.] costituisce per lo più un'eccezione soggetta alla presenza di una molteplicità di requisiti (ad es. novità, originalità, industrialità ecc.)*”⁽¹⁰⁰⁾.

È noto che, pur con una enorme varietà di prese di posizione⁽¹⁰¹⁾, la loro inclusione, se non nel novero dei beni, almeno nella categoria delle utilità immateriali soggette ad un regime di tutela “forte” è acquisita⁽¹⁰²⁾, e annovera sostenitori autorevoli, da Greco ad Are e da Ascarelli ad Auletta, per citarne solo alcuni.

(Fino a questo momento, sembrerebbe dunque potersi dire che le differenze tra *choses in action* e *beni immateriali*, non siano per così dire

⁽⁹⁹⁾ È da notare, a questo proposito, che secondo l'autore “*la definizione non soddisfa e presenta anzi una vistosa contraddizione; infatti, se la nozione di «bene» è tutta giuridica, essa necessariamente prescinde da attributi quale «materiale» o «immateriale» (come pure «mobile» o «immobile») i quali appartengono esclusivamente al mondo della realtà e non a quello dei concetti giuridici, pena un fuorviante (si scusi il bisticcio) materialismo*” (Ult. cit., 450). La considerazione appare perfettamente condivisibile e verrà svolta nel capitolo successivo quando si darà conto delle diverse teorie sui beni.

⁽¹⁰⁰⁾ Ult. cit., 450.

⁽¹⁰¹⁾ In particolare, si possono citare: M. ARE, *Beni immateriali*, in *Enc. dir.*, vol V, Milano, 1959, 244 ss.; P. GRECO, *Beni immateriali*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1958, 356 ss.; G. AULETTA, *Azienda, opere dell'ingegno e invenzioni industriali – Concorrenza*, in *Commentario al Codice civile*, a cura di V. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1958; T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960; *contra* D. MESSINETTI, *Beni immateriali*, *Enc. giur.*, vol. V, Roma, 1989.

⁽¹⁰²⁾ Sulle creazioni intellettuali, vale forse la pena ricordare che vi sono, storicamente, due obiezioni fondamentali alla loro inclusione tra i beni. L'obiezione più radicale prende spunto da Kant, secondo cui il libro è lo strumento messo a disposizione dall'editore per permettere all'autore di parlare al pubblico. Nel libro parlerebbe dunque l'autore e sarebbe una violazione della sua persona farlo parlare senza la sua volontà. Questo approccio personalistico è stato però poi superato dall'osservazione, oramai generalmente accolta, secondo cui l'opera, trasfusa in un qualsiasi supporto, esce dalla sfera dell'autore, si oggettivizza, e viene ad acquisire un'entità a sé stante. La seconda obiezione, più insidiosa e mai completamente superata, parte invece da Renouard, e consiste nel fatto che la creazione intellettuale non può per se stessa essere oggetto di appropriazione esclusiva, in quanto la conoscenza da parte di coloro che ricevono il messaggio non le impedisce di continuare ad appartenere all'autore e in quanto il godimento che altri ne tragga non diminuisce in nulla l'utilizzabilità da parte di soggetti ulteriori e non ne intacca affatto il valore. Le creazioni intellettuali, sostiene Renouard, sarebbero dunque più assimilabili all'aria o al fuoco che non a un cavallo o al denaro. Pur tuttavia, secondo Pugliese, l'obiezione di Renouard è nei fatti superata con il perfezionamento delle diverse discipline che hanno regolamentato il godimento e la circolazione dei diritti sulle creazioni intellettuali. L'autore, ad esempio, può infatti sempre esigere un compenso per la pubblicazione e la circolazione dell'opera può essere limitata da barriere più o meno efficaci che hanno il fulcro nelle procedure di registrazione della stessa (PUGLIESE, *Dalle res...*, cit., 1178-1180).

essenziali. L'*avviamento*, che Zencovich individua all'interno delle "situazioni", va ad integrare la categoria di quelle che sono le *choses in action* c.d. "forti", e la stessa cosa può dirsi per i *beni della proprietà intellettuale*).

L'ultima categoria di utilità a cavallo tra i beni e le prestazioni Zencovich la individua nei *diritti*: quando il bene è un diritto si avrà perciò la figura del diritto di appartenenza (di natura necessariamente reale) su altro diritto (di natura reale o obbligatoria). Tra gli esempi consentiti dal nostro ordinamento il principale è senz'altro il pegno su crediti⁽¹⁰³⁾, ma si potrebbe citare l'usufrutto di crediti, il pegno e l'usufrutto di quota di s.r.l. e altri ancora.

Con riferimento a questa costruzione (di antica tradizione e anch'essa ampiamente discussa e sostenuta tra i nostri studiosi, da Pugliese a Greco per citare solo i maggiori⁽¹⁰⁴⁾), ci si può limitare ad osservare che, per una parte della dottrina: i diritti possono assurgere a beni, pur tuttavia non tutti i diritti possono avere ad oggetto altri diritti⁽¹⁰⁵⁾; e, anzi, ciò sarà in linea di principio possibile

⁽¹⁰³⁾ ZENCOVICH, *Ult. cit.*, 450.

⁽¹⁰⁴⁾ Ne hanno discusso, concludendo per l'ammissibilità, pur con diverse sfumature, tra gli altri, PUGLIESE (*Dalle res...*, *cit.*); FERRARA (*L'usufrutto dei crediti*, in *Riv. it. sc. giu.*, 1904, 407 ss.); GRECO (*Beni immateriali*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1958, 356 ss.).

⁽¹⁰⁵⁾ È stata assai dibattuta in dottrina la questione circa la configurabilità del diritto di proprietà su diritti di credito. I teorici che più autorevolmente hanno trattato la questione, si dividono equamente. Azone, Donello e Hilliger lo escludono. Ma Asser, Zoll, Kruse e Ginossar lo ammettono decisamente. Il contributo che ha goduto della maggiore fortuna e che è citato da tutti gli autori che si sono occupati di *beni immateriali* è quello di Ginossar. L'autore è il massimo teorico della ammissibilità della proprietà dei diritti di credito. E, in *Droit réel, propriété et créance* (Parigi, 1960), sostiene che ogni diritto sarebbe protetto da una *obbligazione passiva universale* e sarebbe quindi oggetto di un'autentica proprietà, né più né meno che come una cosa corporale (*Ult. cit.*, 1152). Pugliese, che assieme a Giorgianni, Bigliuzzi Geri (in *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, in *Trattato Cicu, Messineo, Mengoni*, Milano, 1984), Perlingieri (in *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, 457 ss.), e molti altri, si è occupato della questione, muove però a questa teoria una obiezione fondamentale: la *obligation passive universelle* (o *general duty of abstention*), che proteggerebbe tutti i diritti (compresi quelli di credito) nei confronti dei terzi, non è la stessa cosa dell'obbligo dei terzi di non ingerirsi materialmente nel bene corporale altrui. Quest'ultimo obbligo, e la corrispondente pretesa del proprietario, sono parte integrante della proprietà e ne fondano il carattere di *esclusività* del diritto (senza di essi la proprietà non esisterebbe). La *general duty of abstention* – ammesso che così debba denominarsi, e non, come forse sarebbe preferibile, obbligo di non causare ad altri un danno antiggiuridico in applicazione del generale principio del *neminem laedere* – non è invece parte integrante dei diritti che deve proteggere, ma qualcosa di esterno ad essi. A titolo di esempio, i diritti di credito ricevono la loro sostanza dal rapporto fra debitore e creditore, per il quale l'uno è obbligato, e l'altro ha la pretesa e il potere di farla valere in giudizio. La protezione verso i terzi semplicemente si aggiunge a questa sostanza, fornendole una più o meno robusta corazza esterna, ma potrebbe anche mancare, come in effetti, ricorda sempre Pugliese, è mancata o ha avuto assai scarsa consistenza per decine di secoli, senza che per questo mutasse la sostanza di tali diritti (*Ult. cit.*, 1152). Se poi si aggiunge che questa protezione opera solo contro le interferenze dolose o quantomeno colpose e consente in ogni caso il solo rimedio del risarcimento del danno e che il proprietario ha invece a disposizione, nella generalità dei casi, l'azione di recupero del bene, e ciò indipendentemente dal dolo o dalla colpa di terzi, risulta chiaro il perché sia difficile poter accordare in via generale al diritto di credito la qualifica di bene.

solo per i diritti di natura reale⁽¹⁰⁶⁾. Come è evidente, la categoria è “debole” perché, o ne risulta estremamente limitata l’applicazione, o, per utilizzare l’obiezione dello stesso Zencovich, “[u]na contestazione di contraddittorietà potrebbe (...) essere che se il diritto è un bene allora tutto è bene”⁽¹⁰⁷⁾⁽¹⁰⁸⁾.

(Riprendendo il parallelo con le *choses in action*, si può osservare che anche nel sistema di *common law* la categoria dei diritti, come si è accennato, è confinata nella parte “debole” della nozione di *property*).

Queste distinzioni consentono ora, prima di concludere, una breve considerazione sul tema della *struttura del diritto* (di proprietà) in rapporto alla *natura del bene* (*cosa, situazione, pensiero, diritto*).

Secondo Zencovich, la struttura del diritto, sia nel suo aspetto per così dire “fisiologico” (poteri, facoltà, ecc.), sia in quello “patologico” (cioè dei rimedi), è strettamente connessa alla natura del bene che ne è l’oggetto. Nel senso che, a

⁽¹⁰⁶⁾ Secondo Pugliese, la motivazione può essere compresa attraverso la similitudine, da una parte, tra la proprietà di una cosa e l’usufrutto di questa cosa, e, dall’altra parte, tra la titolarità di un diritto e l’usufrutto su questo diritto, “nel senso che l’usufruttario di un diritto avrà elementi di questo diritto allo stesso modo che l’usufruttario di una cosa ha elementi della proprietà di questa cosa” (*Ult. cit.*, 1156). Conseguentemente, “il titolare del diritto sottoposto a usufrutto, analogamente al proprietario di un bene corporale di cui altri ha l’usufrutto, non può più valersi di quegli elementi o non può più valersene in modo esclusivo [n.d.r., poiché, appunto l’esclusività di quegli elementi è passata ad altro soggetto, che è il titolare del diritto derivato], (...) ne è divenuto – potremmo dire, continuando il parallelo col proprietario di un bene corporale – titolare nudo, come quell’altro è divenuto proprietario nudo del bene corporale” (*Ult. cit.*, 1156). Se ne potrebbe dunque concludere, che “a ben considerare, i diritti reali su cosa non propria rappresentano in sostanza il primo esempio di diritti su un diritto, di diritti cioè sul diritto di proprietà, dato che sono costituiti in realtà di parte di suoi elementi” (*Ult. cit.*, 1156). Ma che natura deve avere il “diritto-derivato” (il diritto cioè che ha come oggetto un altro diritto)? Secondo Pugliese, gli esempi che ricorrono nella legislazione e nella giurisprudenza dovrebbero indurre a ritenere che il diritto debba avere *natura reale*, e dunque essere o un diritto reale di godimento, come l’usufrutto, o un diritto reale di garanzia, come il pegno o l’ipoteca. Con le seguenti specificazioni (*Ult. cit.*, 1157). Se il “diritto-base” è un credito il diritto costituito non potrà comprendere se non elementi modellati su quelli di un credito, e quindi essenzialmente una o più pretese verso il debitore coi corrispondenti poteri di agire in giudizio contro di lui. Nel caso dunque dell’usufrutto di un credito sicuramente esso comprenderà una pretesa verso il debitore agli interessi, nonché di regola una pretesa (limitata o no) alla somma capitale, più le relative azioni. Tuttavia – e qui sta l’elemento che permette di qualificare il “diritto-base” come un bene, seppure *sui generis* – l’intrinseca natura reale dell’ipotizzato usufrutto si manifesterà nell’attribuzione diretta di tali elementi al suo titolare, il quale non avrà più bisogno dell’intermediazione diretta del creditore principale (al contrario, invece, nel caso di credito su credito, il titolare del primo dovrebbe invece rivolgersi al titolare del secondo, cioè al creditore principale, per ottenere il permesso ad agire contro il debitore di quest’ultimo). La conclusione è dunque che non tutti i diritti possono essere oggetto di altri diritti, ma che pur tuttavia esiste un plausibile modello teorico di derivazione romanistica in base al quale alcuni diritti, quando sono oggetto di altri diritti (per lo più di natura reale), possono assurgere al rango di *beni immateriali*.

⁽¹⁰⁷⁾ *Ult. cit.*, 450.

⁽¹⁰⁸⁾ In realtà, secondo l’autore “Se è vero che i diritti possono costituire dei beni, in concreto essi assumono tale qualifica solo quando effettivamente essi formano oggetto di un altro diritto, e cioè in un numero limitato di casi nei quali si assiste ad una figura complessa (...) costituita dalla sovrapposizione, ad un primo diritto avente ad oggetto un bene, di un secondo diritto, che lasciandolo intatto, ha per oggetto il primo” (*Ibidem*).

seconda dell'oggetto, il diritto si articola in modi diversi cercando di “aderire” il più possibile a quella entità che è stata qualificata come bene.

In questo senso, come è stato argutamente rilevato, non solo “*l'elemento materiale*” svolge la funzione di “*determinare il contenuto del fenomeno giuridico*”⁽¹⁰⁹⁾, ma soprattutto “*non esistono cose oggettivamente appropriabili e cose oggettivamente inappropriabili in senso assoluto. Esistono cose di cui è più facile, in linea di fatto, riservare l'uso e il godimento a un singolo soggetto, escludendone gli altri, e cose rispetto a cui tale riserva e la corrispondente esclusione sono, sempre in linea di fatto, più difficili*”⁽¹¹⁰⁾, ad esempio perché data la loro natura, come è il caso delle *res communes omnium*, è concretamente impossibile o estremamente dispendioso, almeno per gli esiti della scienza e della tecnica in un dato momento storico, creare degli efficaci meccanismi di esclusione⁽¹¹¹⁾.

Da un punto di vista giuridico, poi, una cosa è *appropriabile* se esiste o meno una regola che autorizza un soggetto a servirsene e ne vieta l'uso ad altri. Certo, è necessario che la proibizione sia giuridicamente realizzabile e lo sia per un motivo valutato come apprezzabile dall'ordinamento. Siamo però nell'ambito delle opzioni (prima politiche e poi giuridiche) e non in quello dell'impossibilità (naturalistica) *tout court*, siamo cioè nell'ambito di “*una valutazione degli organi preposti in ciascun ordinamento alla formazione del diritto*”⁽¹¹²⁾. In particolare, “*Questi terranno conto della minore o maggiore o anche massima difficoltà di riservare l'uso o un certo uso e la disposizione o una certa disposizione della cosa a singoli soggetti, ma inoltre soprattutto delle ragioni etiche, sociali, economiche, in definitiva politiche che possono indurre a stabilire o non stabilire con gli opportuni mezzi giuridici quella riserva a favore di tali soggetti*”⁽¹¹³⁾.

Anche in questo caso, almeno da un punto di vista di teoria dei beni, le differenze con il sistema di *common law* appaiono tutt'altro che inconciliabili. È infatti proprio di questi sistemi, come si è fino ad ora visto, costruire in concreto,

⁽¹⁰⁹⁾ MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, 1970, 71

⁽¹¹⁰⁾ PUGLIATTI, *Ult. cit.*, 1181.

⁽¹¹¹⁾ Si deve però osservare, sostiene Zencovich, che le altre tecniche di appropriazione – per ragioni scaturenti dalla natura dell'oggetto cui si riferiscono – non sono sempre in grado di garantire e tutelare in modo altrettanto efficace l'interesse del soggetto; per cui l'affermazione di un diritto di esclusiva appare, spesso, una petizione di principio. E, tra l'altro, parlare di altri diritti equiparabili al diritto di proprietà deve sempre indurre a grande prudenza in ossequio al principio del *numerus clausus* dei diritti reali. (Sul collegamento tra nozione di cosa e *numerus clausus* dei diritti reali, cfr. anche MESSINETTI, *Oggettività giuridica, cit.*, 125, e SCOZZAFAVA, *I beni, cit.*, 144). Senza entrare ulteriormente nel merito di queste questioni, è qui sufficiente rilevare, che individuare forme di appropriazione che implicino un rapporto di esclusiva diverso dalla proprietà può essere un utile distinguo nella teorica dei civilisti ma è del tutto irrilevante ai fini della presente ricerca, e rischia anzi di ridursi a disputa di carattere meramente nominalistico. Infatti, come si vedrà nella Parte Seconda, per il costituzionalista, qualsiasi forma di appartenenza che implichi un diritto di esclusiva è di per sé suscettibile di rientrare nella nozione costituzionale di proprietà.

⁽¹¹²⁾ PUGLIESE, *Dalle “res incorporales” ...*, *cit.*, 1181 ss.

⁽¹¹³⁾ *Ibidem*.

attraverso il diritto in azione, la forma di appropriazione di volta in volta più adatta alla singola *property*⁽¹¹⁴⁾.

Ne potremmo concludere che è dunque pensabile, ed anzi che esiste, anche da noi, un plausibile modello teorico (non sistema normativo), autorevolmente sostenuto⁽¹¹⁵⁾, in base al quale, a certe condizioni, *situazioni, creazioni intellettuali, diritti* potrebbero assurgere al rango di *beni immateriali*, e che tale modello è almeno in parte sovrapponibile, fors'anche per la comune matrice romanistica, con l'accennato modello di *common law*.

Una tale conclusione potrebbe costituire un primissimo elemento di conforto, e forse uno strumento utile, per guardare con minore diffidenza a quell'aggiornamento della nozione del diritto fondamentale di proprietà che si va realizzando a livello europeo per il tramite della giurisprudenza delle Corti di Strasburgo e del Lussemburgo, e che trova nei continui riferimenti alla nozione di *property* e nella ampia considerazione dell'immateriale alcuni dei propri elementi qualificanti.

L'analisi va adesso calata nell'orizzonte "positivo" del nostro ordinamento e le conclusioni, rispetto a questa possibile sovrapponibilità, come si vedrà, tenderanno a questo punto a divergere notevolmente.

⁽¹¹⁴⁾ *Ult. cit.*, 1195.

⁽¹¹⁵⁾ Al modello di Zencovich fanno riferimento molti autori che si occupano di nuove proprietà e nuovi beni, da Resta a Cascione, a Mattei.

CAPITOLO II
LE NUOVE PROPRIETÀ NEL NOSTRO ORDINAMENTO:
DALLE TEORIZZAZIONI DI PUGLIATTI ALL'ART. 810 C.C.
UNA STRADA PIÙ IN SALITA PER IL LORO RICONOSCIMENTO

SOMMARIO: 1. Pugliatti e “*La proprietà nel nuovo diritto*”: tra “*vegetazione parassitaria*” e “*nuovi fermenti*”. – 2. L’“insoddisfacente” interpretazione dell’art. 810 c.c. – 3. Il “sistema del codice” e la proposta del “quasi” *numerus clausus* (una premessa alla successiva riflessione costituzionale).

1. Pugliatti e “*La proprietà nel nuovo diritto*”: tra “*vegetazione parassitaria*” e “*nuovi fermenti*”

L’idea della polisemia del concetto di proprietà non è un’esclusiva di Reich e non è un’esclusiva dei sistemi di *common law*⁽¹¹⁶⁾.

Dieci anni prima dell’autore di *The New Property*, nel 1954, Salvatore Pugliatti dà alle stampe un saggio destinato a diventare celebre: *La proprietà e le proprietà*⁽¹¹⁷⁾. Il lavoro di Pugliatti è pubblicato, assieme ad altri suoi scritti, in una raccolta dal titolo *La proprietà nel nuovo diritto*.

Il titolo del saggio (*La proprietà e le proprietà*) e il titolo della raccolta (*La proprietà nel nuovo diritto*) sembrerebbero far precludere a sostanziali differenze

⁽¹¹⁶⁾ Su *unitarietà* versus *polisemia* della nozione di proprietà, il contributo in letteratura è vastissimo (cfr., per tutti, RODOTÀ, *Il terribile diritto, cit.*, 374 ss.).

⁽¹¹⁷⁾ Ironia della sorte, *La proprietà nel nuovo diritto* di Pugliatti verrà poi ripubblicato dieci anni dopo, nel 1964, l’anno di *The new property* di Reich.

rispetto all'impostazione di Reich. Il termine *proprietà* è declinato sia al singolare sia al plurale, così lasciando intendere che ci troviamo di fronte ad *una* proprietà (quella classica, dell'art. 832 c.c. mutuata dalla tradizione precedente e costruita attorno al *bene-terra*) e ad *altre* proprietà (che derogano rispetto al modello classico; ma che, come si vedrà, non hanno tradizioni meno risalenti e riguardano per lo più proprio lo stesso *bene-terra*). L'aggettivo *nuovo* è poi associato a *diritto* e non a *proprietà*, lasciando pure intendere che la novità non sta nell'*oggetto* di proprietà, come nel pensiero di Reich, ma nelle diverse *attribuzioni* del diritto.

Come si dimostrerà qui di seguito, Reich e Pugliatti trattano le due facce della stessa medaglia. Reich concentra l'analisi sui *nuovi beni* oggetto del diritto di proprietà. Per Pugliatti, l'oggetto dell'analisi è il (*nuovo*) *diritto di proprietà* in alcune sue conformazioni che appunto si allontanano dal modello classico.

Secondo l'art. 832 c.c., “*Il proprietario ha diritto di [a] godere e [b] disporre delle cose [c] in modo pieno ed [d] esclusivo, [e] entro i limiti e [f] con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico*”⁽¹¹⁸⁾.

Il diritto di proprietà è dunque, storicamente, un monolite costruito attorno a queste poche, inequivoche, righe. Ma in effetti il *nuovo diritto* descritto da Pugliatti porta alla luce “diritti di proprietà” anche molto *diversi* dal modello codicistico. *Nuovo* diritto, in questo caso, significa dunque un diritto di proprietà non necessariamente di nuovo conio ma certamente *originale*, nel senso di *non conforme* alla generale prescrizione contenuta dell'art. 832.

Le principali nuove proprietà – che, è lo stesso Pugliatti ad ammettere⁽¹¹⁹⁾, si riferiscono “*con riguardo particolare alla proprietà terriera*” – sono: a) la “*nuova configurazione del condominio*” come “*proprietà collettiva*”⁽¹²⁰⁾; b)

⁽¹¹⁸⁾ In cui, gli elementi [a] e [b] identificano le facoltà che spettano al proprietario.

[a] “*Godere*” della cosa implica, in linea di principio, la possibilità di usarla o di non usarla; di trasformarla e, al limite, di distruggerla. È lo *ius utendi abutendi*, secondo la formula tramandata dal diritto romano.

[b] “*Disporre*” della cosa significa invece, in contrapposizione proprio al godimento, la possibilità di venderla o non venderla, donarla, lasciarla, costituire sulla stessa diritti reali minori a favore di altri, ecc.

Gli elementi [c] e [d] indicano invece i generali caratteri riconosciuti alle facoltà di godere e disporre del proprietario.

[c] “*In modo pieno*” indica nel modo più assoluto (secondo il disposto dell'art. 544 del *Code Napoléon*); il proprietario può cioè fare tutto ciò che non sia espressamente vietato.

[d] “*Esclusivo*” indica che il proprietario può escludere chiunque altro dal godimento della cosa (*ius excludendi omnes alios*); esso è quel carattere della proprietà per cui “*il rapporto fra l'uomo e la cosa è trasformato in un rapporto fra gli uomini*”.

Gli elementi [e] ed [f] costituiscono altrettanti correttivi agli accennati caratteri di pienezza ed esclusività del diritto di proprietà.

[e] “*Entro i limiti*” indica i limiti propri del diritto di proprietà, posti dal codice civile e contenuti in leggi speciali.

[f] “*Con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico*” indica invece gli obblighi “positivi” imposti al proprietario.

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. PUGLIATTI, *ult. cit.*, pag. 234.

⁽¹²⁰⁾ Il condominio è “*concorrenza di più proprietà sulla medesima cosa*” ma lo schema che meglio descrive questo istituto è in realtà quello della proprietà collettiva; ad esso si potrebbero

l'“evoluzione della proprietà fondiaria in Sardegna”: nelle forme dell'ademprivo, della *cussorgia* e della *cungiadura* ⁽¹²¹⁾; c) le “concessioni minerarie perpetue”⁽¹²²⁾; d) l'“enfiteusi perpetua”⁽¹²³⁾; e) la “proprietà risolubile”⁽¹²⁴⁾; f) la “coltivazione coattiva della terra”⁽¹²⁵⁾; g) la “proprietà-lavoro e i contratti agrari: (...) enfiteusi, (...) contratti con clausola

associare le “comunioni famigliari” prima del Codice del 1865, i “masi chiusi”, gli “usi civici”, le “partecipazioni emiliane”(PUGLIATTI, *Ult. cit.*, 164-165). Sugli usi civici, si può vedere, a titolo di esempio, l'art. 34 della l. 991/52 che riconosce alle comunioni familiari vigenti sui territori montani una particolare autonomia. Si deve in ogni caso distinguere tra: diritti di godimento e d'uso delle popolazioni su terre altrui (*usi civici in senso stretto*, o *demani feudali*); diritti delle popolazioni su terre proprie (*terre civiche* o *demanio collettivo*); e terre appartenenti a comunioni familiari montane chiuse (*terre collettive*)(Cfr. Relazione finale dei lavori della *Commissione Ministeriale per la Riforma dei “beni pubblici”*, istituita presso il Ministero della Giustizia nel giugno 2007, presieduta da Stefano Rodotà, 527). Secondo i dati raccolti dalla Commissione sui Beni Pubblici, il modello comunitario di proprietà collettiva è riuscito a sopravvivere. Ad oggi, ad esempio, l'utilizzo del 25% dei terreni boschivi (oltre 2 milioni di ettari) è disciplinato da modelli di proprietà collettiva (Cfr. Rel., *ult. cit.*, 532) e la superficie totale dei domini collettivi ammonta a circa 5 milioni di ettari(Cfr. Rel., *ult. cit.*, 545). Le principali caratteristiche sono: indisponibilità delle terre collettive (*destinazione vincolata*) e loro inusucapabilità/inalienabilità(Cfr. Rel., *ult. cit.*, 533). Per maggiori approfondimenti sulla materia si può fare riferimento alla monografia di F. Marinelli, *Gli usi civici*, Giuffrè, 2003 e ai materiali del *Centro studi e documentazione sui demani civici e le proprietà collettive*.

⁽¹²¹⁾ In origine (seconda metà del secolo XIV), si conosce l'ademprivo, quale diritto naturale delle popolazioni di godere delle terre per uso di coltivazione e di pascolo, di poter tagliare la legna da ardere e per strumenti agricoli e di poter ricavare dalle stesse terre tutto quanto era necessario alla sussistenza individuale; poi nasce la *cussorgia*, cioè un diritto di godimento riservato a certi nuclei famigliari, in contrapposizione al diritto della generalità; infine si ha la *cungiadura*, o chiusura dei terreni, che richiede la presenza e l'attività di rappresentanti dell'autorità e persino un principio di pubblicità (PUGLIATTI, *Ult. cit.*, 234-235).

⁽¹²²⁾ Artt. 53.1 (“Le concessioni e le investiture di miniere date senza limite di tempo, in base alle leggi fino ad ora vigenti, sono mantenute come concessioni perpetue, quando per esse non si sia incorso in motivi di decadenza”) e 54.1 (“Nei territori nei quali, in virtù delle leggi fino ad ora vigenti, la disponibilità delle sostanze minerarie era lasciata al proprietario della superficie, le miniere che, a giudizio insindacabile del Ministro per l'economia nazionale risultino in normale coltivazione alla data di pubblicazione del presente decreto, sono date in concessione perpetua a chi dimostri di esserne il legittimo proprietario”), R.D. 29 luglio 1927, n. 1443 (PUGLIATTI, *Ult. cit.*, 236).

⁽¹²³⁾ Art. 958 c.c. (“L'enfiteusi può essere perpetua o a tempo”) (PUGLIATTI, *Ult. cit.*, 240).

⁽¹²⁴⁾ Art. 838 c.c. (“(...) quando il proprietario abbandona la conservazione, la coltivazione o l'esercizio di beni che interessano la produzione nazionale, in modo da nuocere gravemente alle esigenze della produzione stessa, può farsi luogo all'espropriazione dei beni da parte dell'autorità amministrativa, premesso il pagamento di una giusta indennità”). L'espropriazione in questa ipotesi non deriva dall'accertamento di una utilità pubblica ma è “la realizzazione di una condizione risolutiva della proprietà” (PUGLIATTI, *Ult. cit.*, 266).

⁽¹²⁵⁾ L'art. 1 del D.L.C.P.S. 6 settembre 1946, n. 89 prevedeva che, a seguito di atto coattivo provocato da istanza dei concessionari, “Le associazioni di contadini, costituite in cooperative o altri enti, possono ottenere la concessione di terreni di proprietà privata o di enti pubblici che risultino incolti” (PUGLIATTI, *Ult. cit.*, 267). Oggi la materia è affidata dalla l. 4 agosto 1978, n. 440, alla competenza delle singole regioni.

parziaria”⁽¹²⁶⁾; h) la “*proprietà (delle terre incolte) come interesse legittimo*”⁽¹²⁷⁾; i) la “*proprietà dell’Ente per la riforma agraria in Sicilia*”⁽¹²⁸⁾.

Sulla nascita di tante nuove proprietà (nel senso, si ripete, di *diritti di proprietà* che per il loro contenuto derogano dallo schema classico), scrive Pugliatti che: “*a poco a poco, attorno alle disposizioni del codice, che avevano consacrato le strutture dell’istituto, si venivano accumulando disposizioni particolari che derogavano a quelle generali, fino a paralizzarne l’applicazione, e agli occhi dei tradizionalisti apparivano come una vegetazione parassitaria, mal sopportata, volutamente ignorata*”⁽¹²⁹⁾.

Per i tradizionalisti, le nuove proprietà sono “*vegetazione parassitaria*”. Per Pugliatti sono invece “*nuovi fermenti*” (che comunque “*rendono assai difficile il compito sistematico*”)⁽¹³⁰⁾⁽¹³¹⁾.

Alcuni autori hanno sostenuto che la prospettiva di Pugliatti pone l’accento sul *diritto di proprietà*, attaccando dall’*interno* l’unitarietà del concetto di proprietà: “*denunciare la “crisi” della proprietà vuol dire essenzialmente rinunciare ad ipotizzare l’unità (del valore anche conoscitivo) del concetto astratto e d’un contenuto che si riteneva capace di compendiare ed esaurire l’essenza dell’istituto*”⁽¹³²⁾; e che Reich si concentra invece sui nuovi beni oggetto di proprietà e dunque attacca dall’*esterno* la nozione di proprietà, “*in quanto non entra in questione l’univocità del modello di riferimento – che semmai ne esce confermata –, ma la sua insufficienza e la necessità di «aprire» la categoria dei beni e di ampliare il raggio degli interessi giuridicamente tutelati*”⁽¹³³⁾.

⁽¹²⁶⁾ Nel rapporto enfiteutico (art. 960 c.c.) e nei contratti di affitto con canone consistente in un quota di prodotto, contratti di colonia parziaria, contratti di mezzadria, contratti di compartecipazione agraria e contratti di lavoro agricolo con salario costituito da una quota di prodotto “*la proprietà cede in parte la sua virtù espansiva al (soggetto che presta il) lavoro, e il lavoro cede in parte la sua capacità produttiva e il risultato di essa al (soggetto che mette a disposizione) la proprietà*” (PUGLIATTI, *Ult. cit.*, 273).

⁽¹²⁷⁾ La proprietà delle terre incolte di cui all’art. 1 del D.L.C.P.S. 6 settembre 1946, n. 89 (cfr. precedente nota 24) degrada da diritto a interesse legittimo, poiché “*la libertà si trova di fronte all’autorità incumbente*” della P.A. (PUGLIATTI, *Ult. cit.*, 283).

⁽¹²⁸⁾ Ai sensi della L.R. 27 dicembre 1950, n. 104, la Regione Sicilia è trasferita nel possesso dei terreni che formano oggetto della riforma agraria e mediante sorteggio in presenza di un notaio vengono trasferiti i terreni, contro i proprietari e in favore degli assegnatari. Il trasferimento di proprietà all’ente “*presenta una fisionomia del tutto particolare, una struttura assai complessa, nella quale il fondamentale nucleo privatistico è permeato da elementi pubblicistici, la libertà di iniziativa è vincolata e sollecitata, la facoltà di godimento e di esercizio del diritto limitata e disciplinata, la facoltà di disposizione, sia pure temporaneamente, esclusa, la stessa titolarità è risolubile: poco o nulla insomma, rimane delle caratteristiche fisionomiche della proprietà tramandateci dalla tradizione romanistica*” (PUGLIATTI, *Ult. cit.*, 297).

⁽¹²⁹⁾ PUGLIATTI, *Ult. cit.*, V-VI.

⁽¹³⁰⁾ *Ibidem*.

⁽¹³¹⁾ Sui diversi modi di possedere, cfr. P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*, Milano, 1977 e *La proprietà e le proprietà nell’officina dello storico*, Napoli, 2006.

⁽¹³²⁾ A. ZOPPINI, *Le «nuove proprietà» nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2000, II, 192.

⁽¹³³⁾ *Ibidem*.

La distinzione non sembra decisiva. Come si vedrà più avanti, i *nuovi beni* infatti implicano spesso *nuovi rapporti* proprietari (ad es., il *modo* di esercitare l'appartenenza sui beni della proprietà intellettuale o sui titoli finanziari dematerializzati si attua sovente attraverso un sistema di "iscrizioni" o "registrazioni", che nulla hanno a che vedere con l'apprensione fisica che si esercita sulle cose corporali, e pertanto in questi casi non si configurano più situazioni di *proprietà* e *possesso*, bensì piuttosto di *titolarità* e *legittimazione*). E a loro volta, i *nuovi rapporti* proprietari non riguardano necessariamente *nuovi beni*, nel senso di *nuovi ritrovati*, ma possono avere ad oggetto anche beni che già esistevano e che solo recentemente sono entrati nel circuito della commerciabilità *tout court* (ad es., i beni del patrimonio immobiliare pubblico privatizzati o in via di privatizzazione).

Invece, tra le *new properties* di Reich e alcune nuove proprietà di Pugliatti si possono cogliere interessanti analogie che toccano proprio la nozione essenziale di proprietà. In particolare, il principio generale che sta alla base delle *largess reichiane* è molto simile a quello su cui si fondano le concessioni minerarie perpetue o la proprietà risolubile descritte da Pugliatti: in entrambi i casi l'oggetto di proprietà non è (direttamente) la *cosa* (sottostante) ma una situazione (in questo caso di natura *concessoria*) da cui deriva l'*utilità* economica che la costruzione proprietaria si propone di tutelare. Evidentemente, il riferimento teorico più prossimo è alle c.d. "*concessioni di godimento*" di cui si è dato conto nel capitolo precedente che, come si è appunto visto, rappresenta una delle possibili "traduzioni" della nozione di *property* in un ordinamento di *civil law*.

In definitiva, il censimento operato da Pugliatti consente almeno di arrivare alle seguenti conclusioni: che il nostro diritto di proprietà non è (solo) la parete granitica dell'art. 832 del codice civile; che, al pari della *property*, anche i nostri diritti dominicali si caratterizzano per una certa flessibilità nelle attribuzioni che possono essere concesse ai titolari; che, infine, nell'ambito della proprietà dei civilisti, che è distribuita dentro e fuori dal codice, esistono non solo una *pluralità di statuti* proprietari ma anche, all'interno di ciascuno statuto, una *pluralità di conformazioni* in cui il diritto si può articolare⁽¹³⁴⁾. Anche di questi esiti si dovrà

⁽¹³⁴⁾ Molti studiosi hanno disquisito sul fatto se le diverse proprietà rinvenibili nell'ordinamento fossero esemplificative di una *pluralità di statuti proprietari* o si dovessero invece considerare *diverse manifestazioni di un unico diritto di proprietà*. La collocazione delle norme derogatorie al regime classico (dentro e fuori dal codice civile), testimonierebbe che in realtà siamo di fronte ad entrambi i fenomeni. Le diverse proprietà che provengono da una medesima fonte (il codice) testimoniano infatti della varietà di forme che può assumere il medesimo diritto (ad es. l'enfiteusi perpetua dell'art. 958 rispetto alla proprietà "classica" di cui all'art. 832). Le diverse proprietà rinvenibili non solo in altri testi legislativi ma desumibili ad esempio dagli usi civici o da altre fonti c.d. di proprietà collettiva (la coltivazione delle terre incolte in Sicilia rispetto ad esempio alle concessioni minerarie perpetue), sarebbero invece testimonianza di come nel nostro ordinamento coesistano diversi statuti proprietari, alcuni dei quali anche anteriori, o di gran lunga anteriori, rispetto alla generale prescrizione contenuta nell'art. 832. Su questo punto, a favore dell'*unicità* del diritto di proprietà (e sulla necessità/opportunità di modificare la nozione tradizionale per includervi le nuove proprietà) si può citare la posizione di OPPO (*Sui principi*

tenere conto a livello costituzionale, se non altro per sottoporre a verifica quelle teorizzazioni che – prescindendo da come i diritti dominicali si sono venuti sviluppando e modificando nel contesto sociale – sono inclini a rinchiudere la nozione costituzionale di proprietà in un perimetro molto più ristretto rispetto a quello qui delineato.

2. L'insoddisfacente interpretazione dell'art. 810 c.c.

Svolte queste premesse sulla “pluralità”, diciamo così, degli statuti proprietari, risulta ora necessario, *definire* (e quindi *delimitare*) ciò che invece, nel nostro sistema, può costituire *oggetto* di proprietà – vale a dire i *beni* – e *verificare*, per quanto qui interessa, se i *nuovi beni* possono rientrare in questa definizione.

Nel nostro ordinamento, secondo l'art. 810 c.c., “*Sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti*”.

Ma quali sono le “*cose*” di cui all'art. 810? Sono “*le entità dotate del requisito della corporalità*”? Oppure sono “*tutte le entità immaginabili dal soggetto e diverse da lui*”?⁽¹³⁵⁾

Secondo Zencovich, la collazione delle norme del codice riferibili ai beni non potrebbe che portare ad accogliere la seconda definizione. E difatti: sono “*beni*” ai sensi del codice tutte le entità che costituiscono il patrimonio dell'assente (artt. 50 e 64 c.c.), del *de cuius* (artt. 456 e ss. c.c., e tra questi, a titolo di esempio, artt. 485, 487, 493, ecc.), o del minore (artt. 320 e ss. c.c.); sono “*beni*” quelli che costituiscono il patrimonio dell'impresa (art. 2555 c.c.); e, ancora, sono “*beni*” quelli che formano oggetto della garanzia patrimoniale generale (art. 2740 c.c.). È dunque evidente che negli esempi citati la nozione di “*bene*” può certamente ricomprendere situazioni giuridiche le più diverse, anche riferite ad entità non corporali.

Ma l'art 810 del codice costituisce il presupposto dell'art. 832. E accettare una definizione così ampia rischia di condurre alla possibilità di considerare diritti di proprietà anche altri diritti, fino a ricomprendere, in ipotesi gli stessi diritti di credito, con i conseguenti (irrisolti) problemi teorici di cui si è accennato⁽¹³⁶⁾.

Peraltro, la connotazione “*fisicista*” o “*corporalista*” da assegnare al termine *cosa* non è certamente una forzatura. Il progetto preliminare del codice civile forniva al riguardo la seguente, inequivoca, definizione: “*Cose nel senso della legge sono tutti gli oggetti corporali o altre entità naturali suscettibili di*

generali del diritto privato, vol. VI, in *Principi e problemi del diritto privato*, Padova, 2000, 3 ss.); sulla *molteplicità* insita nel concetto di proprietà, tra i molti, si può invece fare riferimento a GROSSI (*Un altro modo di possedere*, Milano, 1977).

⁽¹³⁵⁾ ZENCOVICH, voce *Cosa*, *cit.*, 1982, 440.

⁽¹³⁶⁾ *Ibidem*.

appropriazione o utilizzazione"⁽¹³⁷⁾. E dunque l'art. 810, almeno stando al significato (non vincolante) che gli volle attribuire il legislatore del tempo, andrebbe in effetti interpretato nel senso "fiscista". Addirittura iper-fiscista se si considera che per il legislatore del 1942 il requisito della "corporalità" o "naturalità" non è da riservarsi agli oggetti di proprietà (ma a maggior ragione ne è caratteristica essenziale), bensì a tutti gli oggetti suscettibili di qualsiasi forma di "appropriazione o utilizzazione".

In questa congerie di prospettive, la giurisprudenza, posta di fronte al dilemma se tentare di attribuire all'art. 810 un significato compiuto, con il rischio di determinare una serie di scompensi che si sarebbero riprodotti sull'intera struttura e lettura del codice o, viceversa, se conservare una "facile" coerenza sistematica del codice, privando però l'art. 810 del suo carattere di postulato generale e riducendolo a mera enunciazione di portata relativa e non prescrittiva, sembra non avere mai avuto dubbi nel percorrere questa seconda via. A testimonianza di una generale volontà di scansare il pericolo, vi sarebbe un uso pressoché nullo di questo articolo fatto dalle corti, e laddove utilizzato, si evincerebbe che manca qualsiasi riferimento a un filone di interpretazione costante, talché molte pronunce appaiono addirittura "casuali"⁽¹³⁸⁾, con l'unica rilevante eccezione dell'uniformità di posizione nell'attribuire natura di bene ai sensi dell'art. 810 c.c. alla quota di partecipazione in s.r.l.⁽¹³⁹⁾.

Da ultimo, e non meno importante, non esiste in dottrina una uniformità di vedute circa il significato da attribuire al termine *cosa* di cui all'art. 810; e, soprattutto, non esiste una *teoria generale* dei beni che abbia un sufficiente grado di condivisione per essere presa a *modello*⁽¹⁴⁰⁾.

⁽¹³⁷⁾ Cfr. ZENCOVICH, nota 42.

⁽¹³⁸⁾ A mero titolo di esempio: sono qualificati come beni immateriali, e come tali possono formare oggetto di diritti di proprietà "pur se atteggiandosi in maniera particolare rispetto al tradizionale e più antico diritto di proprietà su cose materiali" (P. Trento, *infra cit.*): lo spazio o l'etere (P. Trento, 17 maggio 1983, *Giur. M.*, 1983, 1306); i brevetti (Cass. I, 7 novembre 1996, n. 9728); le banche dati (P. Roma, 14 dicembre 1989, *Foro It.*, 1990, I, 2673); l'ambiente (Cass. III, 19 giugno 1996, n. 5650).

⁽¹³⁹⁾ Secondo la giurisprudenza, per orientamento ormai costante, "la quota di partecipazione in una società a responsabilità limitata esprime una posizione contrattuale obiettivata [n.d.r. il riferimento è, presumibilmente, all'autorevole posizione di Scozzafava] che va considerata come bene immateriale equiparabile al bene mobile non iscritto in pubblico registro ai sensi dell'art. 812 c.c.(...) giacché la quota, pur non configurandosi come bene materiale al pari dell'azione, ha tuttavia un valore patrimoniale oggettivo, costituito dalla frazione del patrimonio che rappresenta, e va perciò configurata come oggetto unitario di diritti e non come un mero diritto di credito" (Cass. I, 26 maggio 2000, n. 6957, *Giur. It.*, 2000, 2309; *conf.*: T. Messina, 10 gennaio 2006; limitatamente alla possibilità di promuovere atti esecutivi sul bene, cfr. Cass. III, 12 dicembre 1986, n. 7409; o ancora, sempre partendo dal presupposto che la quota è un bene e non un diritto di credito, in relazione all'efficacia del trasferimento, cfr. Cass. I, 23 gennaio 1997, n. 697, *Giur. It.*, 1997, 720; e, infine, nel senso che anche le quote di società di persone rientrano nel novero dei beni, cfr. Cass. I, 30 gennaio 1997, n. 934, *Giur. It.*, 1997, 2177).

⁽¹⁴⁰⁾ A questo proposito, scrive Gambaro che le riflessioni dei civilisti in tema di beni risentono in maniera determinante di una tendenza "neo-sistematica", "che facoltizza ogni giurista che prenda parte al lavoro teorico ad edificare un sistema concettuale suo proprio" (GAMBARO, *La proprietà*,

Per utilizzare le parole di uno studioso “non sistematico” come De Nova, “*l'impressione è che la dottrina civilistica dei beni sia caratterizzata da gravi ritardi*”⁽¹⁴¹⁾.

Ora, poiché la disputa dottrinale, per lo più di matrice civilistica, esula dall'ambito della presente ricerca, ed è invece utile conoscere lo stato attuale del dibattito teorico per capire come le nuove proprietà che andremo ad esaminare possano essere inquadrare nell'ordinamento ed in che termini (*i.e.*, se come *beni* o come un *quid novi*) i *nuovi beni* si debbano misurare con la nozione costituzionale di proprietà, l'approccio che si è scelto è stato quello di “registrare” le attuali tendenze maggioritarie, attraverso un *excursus* delle (quasi sempre diverse) nozioni di bene che si possono rinvenire nei principali manuali “istituzionali” (e che, a loro volta, sono frutto, in parte, delle elaborazioni degli stessi autori e, in parte, di un richiamo alle teoriche più note in tema di beni proposte negli ultimi decenni dagli studiosi).

Partendo dal manuale di Torrente e Schlesinger, si può leggere che “*I concetti di «bene» e «cosa» sono spesso confusi*”⁽¹⁴²⁾, e che “*in senso giuridico «bene» è non tanto la res come tale, quanto il «diritto» sulla res, perché è questo che ha un valore in funzione della sua negoziabilità, tanto è vero che sulla medesima res possono concorrere più diritti (si pensi, ad es., alla nuda proprietà, all'usufrutto, alla locazione e all'ipoteca che possono concorrere su uno stesso fondo)*”⁽¹⁴³⁾.

A una interpretazione che prevede la corrispondenza tra *diritto* e *bene*, dovrebbe però seguire la conclusione che la distinzione tra beni materiali e immateriali è “rinunciabile”. (I beni, che sono diritti, sarebbero “naturalmente” sempre immateriali).

E invece nel manuale di Torrente e Schlesinger, seppure premettendosi che ne sarebbe in dubbio l’“*utilità pratica*” (ma più che di utilità pratica si tratta di coerenza del sistema), la distinzione tra categorie di beni non è rinunciata; e la parola *bene* non è più utilizzata per designare il *diritto*, come era stato all'inizio della trattazione, ma qualifica ora l’*oggetto* del diritto, talché vengono considerati *beni immateriali*: “*la «quota» di una società a responsabilità limitata*”, gli “*strumenti finanziari(...)* per i quali la legge (...) impone la dematerializzazione”, i “*dati personali*”, il “*contenuto delle banche dati*”, fino alla conclusione che

cit., 45). E che le divergenze si accentuano al massimo livello quando si passa alla trattazione monografica: “*a questo livello l'originalità della visione e l'indipendenza di pensiero fanno normalmente aggio sull'adesione ad una corrente di pensiero e ciò dispensa gli autori da ogni ricognizione di quelle concretamente riscontrabili in ciascun momento. Questa beata situazione di libertà si riscontra sia in opere monografiche sia in articoli di pura dottrina sia in parti di trattati e voci enciclopediche*” (*Ibidem*).

⁽¹⁴¹⁾ G. DE NOVA, *I nuovi beni come categoria giuridica*, in G. DE NOVA, B. INZITARI, G. TREMONTI, G. VISENTINI, *Dalle res alle new properties*, Milano, 1991, 12.

⁽¹⁴²⁾ A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2007, 166.

⁽¹⁴³⁾ *Ult. cit.*, 167.

“qualsiasi idea – anche se non coperta da privative – può, a certe condizioni, diventare un «bene»”(144).

Nulla si dice in ordine alla questione se i beni immateriali possano rientrare nell’ambito di operatività dell’art. 810.

È interessante notare che, sul fronte delle nuove proprietà, in base a questa impostazione, si potrebbe ad esempio sostenere, con Reich, che il diritto di esclusiva conferito al privato a mezzo della concessione amministrativa è un *bene*; che la risorsa pubblica data in concessione è la *cosa* sottostante; che tale *bene* concorre con un altro *bene*, che è il diritto di proprietà pubblica sulla medesima *cosa*; che entrambi i diritti hanno carattere di *realità*, realizzando ciascuno nel proprio ambito una forma di *esclusiva*; e che, conseguentemente, le utilità che derivano al privato possono ben essere tutelate secondo schemi di derivazione proprietaria.

Se passiamo ad altro autore, la prospettiva cambia però radicalmente.

Secondo Gazzoni, non sono le cose ad essere oggetto di diritti (come recita l’art. 810) o i beni ad essere diritti (come sostiene Torrente), bensì “*i beni sono oggetto di diritti*”, derivandone che “*Si è pertanto titolari non del bene ma del diritto sul bene. Conseguenza da ciò che la circolazione dei beni, dal punto di vista giuridico, è in realtà circolazione dei diritti, perché il bene segue solo la sorte del diritto, essendone oggetto*”(145).

Quanto ai beni immateriali, essi “*sono oggetto di un diritto assoluto e costituiscono un numerus clausus, essendo tali solo quelli tutelati erga omnes dalla legge. Rientrano in questa categoria i segni distintivi dell’impresa, le opere dell’ingegno e le invenzioni industriali (art. 2584), i modelli di utilità (art. 2592), i modelli e disegni ornamentali (art. 2593). Non vi rientra invece il c.d. Know-how*”(146).

A parte la sensazione di disorientamento conseguente alla assoluta diversità dell’impostazioni di Torrente rispetto a quella di Gazzoni, nell’ottica di individuare punti di riferimento a cui ancorare i nuovi beni, si potrebbe opinare che l’approccio adottato da Gazzoni ha il pregio di definire in maniera coerente i beni immateriali e di porre in evidenza alcune questioni che si potrebbero definire “decisive”, di cui si discuterà ampiamente nel prosieguo della ricerca. In particolare, che tali beni, nel “sistema del codice” (*rectius*, nel sistema basato sull’art. 810 c.c.), sono solo e rigorosamente quelli stabiliti dalla legge (per lo più da leggi speciali); che per essi è previsto un diritto assoluto di esclusiva; e che in assenza di una specifica determinazione del legislatore, non è possibile modificarne il perimetro. Per i nuovi beni, la strada del loro riconoscimento sarebbe dunque in salita, ma se non altro ne appare chiaro il perimetro.

(144) Per Biondi, la pretesa che i beni siano al contempo gli oggetti tutelati e i diritti che li tutelano è, semplicemente, una “*impossibilità logica*” (*Cosa corporale ed incorporale (diritto civile)*, in *Nss. Dig. It.*, IV, 1017).

(145) GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Firenze, 2000, 193.

(146) *Ult. cit.*, 197.

Una prospettiva ancora diversa, questa volta più aderente alla lettera dell'art. 810, si può poi rinvenire nel manuale di Galgano. Secondo l'autore, "sono beni le «cose»"⁽¹⁴⁷⁾. Pertanto, "non ogni entità suscettibile di formare oggetto di diritti è, dunque, un bene, ma solo quelle entità che sono definibili come cose. Tali sono gli oggetti materiali o, secondo una più antica qualificazione, corporali, ossia le entità suscettibili di percezione sensibile"⁽¹⁴⁸⁾.

Conseguentemente, "Non sono beni in senso tecnico, perché non sono cose, i cosiddetti beni immateriali, quali le opere dell'ingegno, le invenzioni industriali, i segni distintivi"⁽¹⁴⁹⁾.

Questa conclusione, prosegue l'autore, "non è frutto di una astratta deduzione dal concetto di cosa"; essa "emerge piuttosto, per l'induzione dalla disciplina legislativa dei beni"; e infatti "Il concetto di bene quale cosa materiale delimita l'ambito di applicazione delle norme che il terzo libro del codice civile dedica alla proprietà e agli altri diritti reali"⁽¹⁵⁰⁾.

Anche in questo caso, a differenza che in Torrente, si può perlomeno rilevare che il ragionamento svolto è coerente. Se però siamo alla ricerca di punti di riferimento, la conclusione non può che essere che una lettura così restrittiva lascia vuoti enormi. E infatti, ragionando secondo questa impostazione, non solo non possono essere annoverate tra i beni "le opere dell'ingegno, le invenzioni industriali, i segni distintivi", (e tantomeno lo potrebbero le concessioni e le licenze amministrative di cui si è detto sopra), ma nemmeno lo potrebbero essere, ad esempio, gli strumenti finanziari dematerializzati, che, dunque, in virtù del progresso tecnologico, perderebbero la possibilità di godere della tutela proprietaria⁽¹⁵¹⁾!

Cambiando ancora prospettiva, nel manuale di Trabucchi si può leggere che "il concetto di bene coincide(...) con una qualificazione giuridica di ciò che può formare oggetto di interesse umano"; dunque "esso deve sempre riferirsi a una cosa quale parte del mondo"; ma in questo senso cosa "non è soltanto ciò che forma parte del mondo esteriore e sensibile, ciò che occupa uno spazio o agisce sui sensi (le cose solide, liquide, aeriformi, e i fluidi o le energie come l'elettricità, sono tutte res corporales)", ma anche "tutto ciò che ha vita unicamente nel mondo dello spirito, come la creazione inventiva e l'idea dell'opera artistica o tecnica (res incorporales, o beni immateriali)"⁽¹⁵²⁾.

⁽¹⁴⁷⁾ F. GALGANO, *Diritto Civile e Commerciale*, Vol. I, *Le categorie generali. Le persone. La proprietà*, Padova, 1999, 324.

⁽¹⁴⁸⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁴⁹⁾ *Ib.*

⁽¹⁵⁰⁾ *Ib.*

⁽¹⁵¹⁾ In realtà, non sembra ci possano essere dubbi sul fatto della loro assoggettabilità alla disciplina proprietaria. Agli strumenti finanziari dematerializzati è dedicato un paragrafo specifico nel successivo Capitolo Terzo.

⁽¹⁵²⁾ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2007, 528.

Questa impostazione, rispetto alle precedenti, è quella che mostra maggiore apertura al recepimento nel nostro ordinamento, nell'ambito dei beni, delle nuove forme di ricchezza.

L'autore ha peraltro cura di specificare che per inquadrare correttamente "*tutto ciò che ha vita unicamente nel mondo dello spirito*", in dottrina, si è anche utilizzata la locuzione di "*cosa in senso giuridico*", e che il termine *cosa* andrebbe inteso sia *in senso naturalistico* sia *in senso giuridico*, e dunque nel suo significato più vasto di "*quiddità oggettiva*".⁽¹⁵³⁾.

Rimangono comunque aperte almeno due questioni. Una di carattere teorico generale: e cioè come si possa conciliare questa ampia definizione con il carattere "fisicista" delle norme del libro terzo del codice civile. E una di carattere, diciamo così, particolare, relativa al fatto se si possano ricomprendere nella nozione di *cosa in senso giuridico* anche i diritti che sono oggetto di altri diritti, come avviene ad esempio nel pegno di crediti, la cui *esistenza*, a differenza delle opere dell'intelletto, non è tanto un atto dello spirito quanto un atto giuridico.

L'autore non chiarisce nessuno degli ultimi due aspetti accennati, cosicché, anche in questo caso, non è possibile chiudere con una parola di certezza.

Conclusivamente, si deve dunque prendere atto che assumendo come metro la prospettiva "istituzionale" non è possibile trarre alcuna indicazione definitiva di teoria dei beni e, soprattutto, per quanto interessa, non è possibile rinvenire una posizione dottrinale sufficientemente legittimata per sostenere in via di interpretazione l'esistenza all'interno del nostro ordinamento di una categoria dei beni immateriali.

La scelta che si è fatta è stata dunque di rinunciare a qualsiasi sistematica sui nuovi beni – ché appunto non esiste nella nostra dottrina, nel senso che nessuna delle teorizzazioni proposte può dirsi abbia avuto la forza di ergersi a modello – e, semplicemente, di osservare e misurare i nuovi beni "sul campo", in base alla loro capacità di essere autonomamente considerati (in questo senso, dunque la "*quiddità oggettiva*"), e dunque di esprimere una relazione di esclusiva del soggetto che ne esercita l'appartenenza rispetto alla platea dei terzi.

Adottando una condotta prudente, si è ritenuto di dare per dimostrata questa "*quiddità oggettiva*" nei soli casi in cui, o l'utilità descritta goda di un riconoscimento normativo che ne profili, direttamente o indirettamente, un'utilizzo *latu sensu* esclusivo⁽¹⁵⁴⁾, ovvero presenti elementi di similitudine molto stretti con una utilità normata, tanto da potersi ritenere che ne costituisca

⁽¹⁵³⁾ *Ult. cit.*, 528.

⁽¹⁵⁴⁾ E ciò per l'ovvia considerazione che un'utilità normata positivamente, per il solo fatto di esserlo, acquista una sua "*quiddità oggettiva*", anche nell'ipotesi estrema in cui tale utilità non sia un'utilità che già esiste nel mondo delle cose e che venga solo *riconosciuta* dal diritto, ma sia da quest'ultimo addirittura *creata*, come è il caso del credito quando l'ordinamento consente che possa essere, ad esempio, oggetto di pegno.

una specificazione (come vedremo nel prossimo capitolo, è questo il caso, ad esempio dei *domain names* non aziendali, formalmente privi di riconoscimento normativo, rispetto ai *domain names* aziendali, disciplinati invece, seppure in modo incompleto dal Codice della proprietà industriale).

Il prossimo capitolo sarà dunque dedicato a *ricavare* una “mappa” dei beni immateriali sulla base di questo minimo criterio di appartenenza.

Avremo così un quadro (certamente impreciso e incompleto, pur tuttavia – forse – esemplificativo), di quali sono i nuovi beni che, ad un tempo, potrebbero concorrere a formare la (nuova) nozione costituzionale di proprietà (nella prospettiva che la nozione costituzionale di proprietà è in parte anche rinvenibile dalle evoluzioni e mutamenti del sistema delle appartenenze come si vengono sviluppando dal contesto sociale) e che, allo stesso tempo, dovranno essere comparati, ricercandone le eventuali corrispondenze, a quei nuovi beni che, nell’ambito della tutela multilivello dei diritti, sono già reputati, ad esempio dalla giurisprudenza delle corti europee, essere parte integrante di una nozione “costituzionale” di proprietà.

3. Il “sistema del codice” e la proposta del “quasi” *numerus clausus* (una premessa alla successiva riflessione costituzionale)

Prima di concludere questo capitolo, non si può non fare una riflessione sulla varietà di interpretazioni proposte dalla dottrina civilistica in riferimento all’articolo 810 c.c. e, conseguentemente, sulla generale “sostenibilità” dell’attuale assetto normativo, che abbiamo definito nel corso di questa ricerca il “sistema del codice” – con ciò intendendo evidentemente il sistema di norme e principi che ruota attorno al libro terzo del codice civile – rispetto al “peso” che le nuove forme immateriali di ricchezza vanno sempre più raggiungendo.

A prescindere dalle posizioni dottrinali più o meno possibiliste nel valutare ipotesi (teoriche) di allargamento della nozione di bene, è indubbio che l’insieme delle norme del libro terzo del codice civile debba leggersi, ancor oggi, nel senso che: *a)* sono beni le entità che possono formare oggetto di diritti; *b)* non tutti i beni sono suscettibili di formare oggetto di ogni diritto; *c)* la nozione di bene rileva primariamente per l’accertamento e l’affermazione di diritti di esclusiva; *d)* il principale di tali diritti di esclusiva, la proprietà, qui intesa nel suo significato civilistico, come esplicitato dall’art. 832 c.c., può avere ad oggetto, nel nostro ordinamento, in via generale, *ex art. 810 c.c.*, unicamente le cose; *e)* le cose di cui all’art. 810 c.c. “*se si vuole dare a tale termine un significato che permetta all’ordinamento di conservare una sua coerenza, sono le entità corporali*”⁽¹⁵⁵⁾; *f)*

⁽¹⁵⁵⁾ Cfr. ZENCOVICH, voce *Cosa*, *cit.*, 1982, 452. A una medesima conclusione arriva peraltro anche chi, in tempi più recenti, ha svolto indagini simili, questa volta sul fronte costituzionale: anche in questa prospettiva, le cose, come appena descritte, sarebbero infatti le uniche entità che,

per tutte le entità diverse dalle cose, l'attribuzione di diritti di esclusiva è regolata da un sistema sostanzialmente tipico (ragionare diversamente significherebbe vanificare il principio del *numerus clausus* dei diritti reali⁽¹⁵⁶⁾); *h*) gli interessi su entità diverse dalle cose e prive di uno stretto riconoscimento normativo godono necessariamente di una tutela limitata, in ogni caso caratterizzata dall'assenza di esclusività⁽¹⁵⁷⁾.

Si potrebbe però ragionare anche in senso esattamente contrario, come pure è stato fatto – avendo a mente in questo caso non la stretta lettera del codice quanto piuttosto i principi generali dell'ordinamento in tema proprietà – e ricordare ad esempio che la nozione essenziale di bene è stata elaborata dalla nostra esperienza giuridica massimamente per distinguere le cose che appartengono a qualcuno, sia esso soggetto pubblico o privato, individuale o collettivo, dalle cose che non possono appartenere a nessuno, come l'aria, l'acqua del mare, il sole (*res communes omnium*)⁽¹⁵⁸⁾.

In questo caso, al di là dei disordini teorici e delle questioni nominalistiche di cui si è dato conto, sarebbe forse “compito” dello studioso, e dell'interprete, ricercare soluzioni che consentano di estendere la nozione di bene a tutte quelle nuove utilità che nascono dal “mondo delle cose” e che non sono illimitate (*i.e.* che dunque debbono essere tutelate)⁽¹⁵⁹⁾, siano esse frutto del progresso tecnologico o del mutato contesto sociale⁽¹⁶⁰⁾.

nell'attuale ordinamento, possono essere “legittimo” oggetto di proprietà se non si vuole correre il rischio che l'architettura chiara e definita dell'istituto trascolori in una generica nozione di appartenenza (MOSCARINI, *Proprietà privata, cit.*, 2006, 155). A meno che non si adotti una diversa prospettiva, che tenga conto delle influenze che si realizzano in funzione della tutela multilivello dei diritti fondamentali; il che è appunto l'oggetto della seconda parte della ricerca.

⁽¹⁵⁶⁾ La regola non trova riscontro esplicito nel codice civile, pur tuttavia “*È opinione comune che si tratti di un principio [ancorché] non codificato, desumibile con ragionevole certezza dalla legislazione nel suo insieme*” (A. GAMBARO, *Trattato dei diritti reali*, Milano, 2010, 68).

⁽¹⁵⁷⁾ ZENCOVICH, *Ult. cit.*, 452.

⁽¹⁵⁸⁾ GAMBARO, *La proprietà, cit.*, 1990, 5.

⁽¹⁵⁹⁾ Talvolta questa scelta viene collegata alla distinzione, di carattere economico, tra risorse scarse e risorse illimitate. Se una risorsa è scarsa allora è necessario ricorrere ad assegnarla in appartenenza a qualcuno e poi escogitare qualche meccanismo per provvedere alla distribuzione delle utilità dalla stessa ritraibili. Se al contrario una risorsa è illimitata si può scegliere invece il sistema della comunione universale. Sostiene Gambaro che le società umane appaiono più contente se possono permettersi una situazione di non appartenenza, probabilmente, sempre secondo l'autore, per una naturale avversione verso il diritto o i legulei, o molto più probabilmente, per il semplice fatto che l'utilizzo delle regole, fino a quando non è sentito come necessario, è antieconomico, nel senso che le utilità sono inferiori alle disutilità.

⁽¹⁶⁰⁾ Il rifiuto, o diciamo così la “pigrizia”, a procedere in questo senso, ha come conseguenza ineluttabile, quella che in dottrina è definita una situazione di *tragedy of the commons* (dal celeberrimo saggio di G. Hardin, *The tragedy of the commons*, *Science*, 1968, 1246 ss.), secondo cui, in estrema sintesi, quando una risorsa non illimitata è sottoposta all'utilizzo indiscriminato/non regolato (consumo universale), presto o tardi, quella risorsa si esaurirà (a correzione di questa impostazione sono stati, in epoca più recente, vaticinati i rischi inversi, di una *tragedy of the anticommmons*, ce ne occuperemo più avanti nel corso della ricerca, ancorché questa seconda *tragedy* appaia più come un esercizio retorico che non un rischio effettivo).

A questo proposito, va notato che l'oramai imponente apparato legislativo che disciplina i nuovi beni, che a rigore dovrebbe definirsi "speciale" (speciale rispetto al "sistema del codice") – e a base del quale si è costruita la "mappa" che si propone nel capitolo successivo – ha indotto alcuni studiosi a mettere in dubbio il principio per cui le norme del libro terzo del codice civile possano ancora avere portata generale e sistematica rispetto alla categoria dei beni⁽¹⁶¹⁾.

E quando la normazione "speciale" (speciale nel senso di cui si è detto; relativa dunque alla categoria delle utilità che non rientrano nelle maglie dell'art. 810 c.c.) supera o comunque compete, per l'importanza dei settori di ricchezza cui si riferisce, con la normazione "generale" (relativa alla proprietà delle cose corporali e conformata sulla base del "bene-terra"⁽¹⁶²⁾), qualche dubbio, in effetti, deve pur porsi.

Ora, a parte l'opinione secondo cui "*non è possibile reperire una spiegazione razionale dell'art. 810*"⁽¹⁶³⁾, va comunque registrato il tentativo, da parte di alcuni civilisti, di ricercare una soluzione che consenta all'ordinamento di modellarsi sulla base delle "cose come stanno nella realtà".

In particolare, merita di essere ricordato il recente contributo di Morello che, riprendendo il pensiero di Gambaro⁽¹⁶⁴⁾, ha ragionato su una possibile "evoluzione" delle teorie sul *numerus clausus* dei diritti reali. Secondo lo studioso, "*l'affermarsi nella prassi e nella giurisprudenza di nuove figure certamente inquadrabili tra i diritti reali, nell'ambito di un movimento evolutivo ormai da tempo consolidato*"⁽¹⁶⁵⁾, conduce i giuristi più sensibili a ritenere che da un'analisi attenta del diritto in azione possa desumersi con chiarezza "*la tendenza ad ammettere nuovi diritti reali inquadrandoli tuttavia in diritti reali tipici, e consentendo quindi con larghezza la possibilità di modifiche importanti anche in ordine agli elementi ritenuti "essenziali" di un diritto reale*" (gli esempi citati sono la multiproprietà, i diritti di godimento perpetuo di posti auto, giardini e terrazzi su proprietà condominiali, ma in senso più ampio anche il complesso di regole derogatorie del regime classico dell'appartenenza che si possono rinvenire ad esempio nella c.d. "proprietà fondata su concessioni")⁽¹⁶⁶⁾

⁽¹⁶¹⁾ Per tutti si può fare riferimento alla più volte citata, e "coraggiosa", introduzione di De Nova alla raccolta di saggi "*Dalle rese alle new properties*".

⁽¹⁶²⁾ Si potrebbe peraltro rilevare, riprendendo l'insegnamento di Pugliatti che la formazione "speciale", sempre da intendersi nel senso di derogatoria al "sistema del codice", riguarda anche molti beni materiali e, tra questi molti beni immobili. E una tale considerazione è peraltro la riprova che il "sistema del codice" in quanto tale è suscettibile di critica sia dall'interno (dal fronte dei beni materiali) sia dall'esterno (dal fronte dei beni immateriali, di cui appunto si sta discutendo).

⁽¹⁶³⁾ O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982, 94.

⁽¹⁶⁴⁾ Cfr. A. GAMBARO, *La proprietà*, in *Trattato di Diritto Privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1990, 67 ss., *Id.*, *Note sul principio di tipicità dei diritti reali*, in *Clausole e principi generali etc.*, a cura di Cabella, Pisu e Nanni, Padova, 1998, 245 ss.

⁽¹⁶⁵⁾ U. MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in A. GAMBARO, *Trattato dei diritti reali*, Milano, 2010, 81.

⁽¹⁶⁶⁾ *Ibidem*.

Si passerebbe così dal principio del numero chiuso dei diritti reali ad un nuovo sistema che si potrebbe definire di “numero “quasi” chiuso dei diritti reali”⁽¹⁶⁷⁾. In pratica, sarebbe disattesa la regola per cui non possono essere modificati i caratteri “sostanziali” od “essenziali” dei diritti reali tipici, mentre sarebbe ancora osservata la regola che non sono ammissibili diritti reali del tutto nuovi⁽¹⁶⁸⁾.

In questa prospettiva, che contiene molte analogie con le teorie pugliattiane sulla polisemia della nozione di proprietà, non si applicherebbe più in modo automatico il principio del *numerus clausus*, ma al più gli si riconoscerebbe una sua operatività molto generica, e spetterebbe, da una parte, al giudice di valutare in concreto se non sia possibile ammettere esplicitamente nuove figure di diritti reali, e, dall'altra, al giurista di raggruppare le nuove figure emerse nella prassi e nella giurisprudenza⁽¹⁶⁹⁾.

Come si vedrà nel prossimo capitolo, le molteplici soluzioni che le diverse legislazioni “speciali” hanno proposto con riferimento ad esempio ai beni della proprietà industriale non titolati, alle invenzioni biotecnologiche, alle banche dati, ecc., potrebbero, forse, portare a concludere che oggi esistono margini per una interpretazione non così rigorosamente fisicista dell'articolo 810, e che le soluzioni appena delineate costituiscano una sorta di approdo obbligato.

In realtà, nonostante queste prese di posizione, nel nostro ordinamento l'attribuzione dei diritti di esclusiva continua ad essere regolata in modo sostanzialmente tipico; non esistono disposizioni di carattere generale dedicate ai beni immateriali, come è ad esempio nel sistema americano⁽¹⁷⁰⁾; le norme “speciali”, sono (spesso) incoerenti e incomplete (anche in virtù della trasformazione incessante cui sono soggetti i nuovi beni); il principio del *numerus clausus*, almeno ad opinione della dottrina prevalente, rende difficile non solo la

⁽¹⁶⁷⁾ Secondo l'autore, peraltro si tratterebbe di una presa d'atto del fatto che per la maggioranza dei giuristi tale principio è, ancor oggi, un cardine del nostro sistema, ma questa stessa maggioranza, non facendolo valere nella pratica, evidentemente, “lo considera più un principio “declamato” che un principio “applicato””, così relegandolo ad un principio “di scarso o nullo rilievo concreto come altre regole tradizionalmente enunciate a livello solo sistematico ma di incerta applicazione (ad esempio: favor debitoris, par condicio creditorum, fraus omnia corrumpit, etc.)”

⁽¹⁶⁸⁾ Pur con le diverse regole operative proprie dei sistemi di *common law*, ad una medesima soluzione sono arrivati, ad esempio, S. VAN ERP in *A numerus quasi clausus of Property Rights as a Constitutive Element of a Future European Property Law* (in *Netherlands Comparative Law Association*, vol. 7/2, 2003) e H. Hansmann-R. Kraakman, in *Property, Contract and Verification: The Numerus Clausus. Problem and the Divisibility of Rights* (Harvard Law School, Research paper 037, 2002).

⁽¹⁶⁹⁾ Cfr. U. MORELLO, *cit.*, 82.

⁽¹⁷⁰⁾ Cfr., ad esempio, lo *Uniform Commercial Code* (UCC), in cui all'art. 9 (*Secured Transactions*), Par. 9-102(42), è specificamente disciplinata la categoria dei “*General Intangible*”, avente ad oggetto “*any personal property, including things in action, other than accounts, chattel paper, commercial tort claims, deposit accounts, documents, goods, instruments, investment property, letter-of-credit rights, letters of credit, money, and oil, gas, or other minerals before extraction. The term includes payment intangibles and software*”.

creazione per via giurisprudenziale di nuovi diritti tipici ma lo stesso ricorso all'interpretazione analogica od estensiva per ricomprendere nell'alveo della tutela situazioni non disciplinate o per correggere la portata di quelle disciplinate solo parzialmente⁽¹⁷¹⁾; e dunque un "riequilibrio" di questo sistema, in assenza di un intervento di carattere sistematico da parte del legislatore, appare unicamente pensabile proprio attraverso una riconsiderazione delle norme costituzionali sulla proprietà⁽¹⁷²⁾, ed una "verifica" se esse – strette tra il mutevole contesto in cui si va definendo il concetto stesso di appropriazione di quei beni che ai sensi del codice beni non sono, e nell'ambito dell'oramai acquisito principio della tutela multilivello dei diritti fondamentali, e dunque delle influenze che si registrano attraverso le tradizioni costituzionali comuni europee e la giurisprudenza delle Corti di Strasburgo e del Lussemburgo – siano suscettibili di ricomprendere nel loro perimetro le *nuove proprietà* e i *nuovi beni*.

Il rischio è che si realizzi altrimenti una lontananza sempre maggiore tra la realtà del mondo dell'economia e dell'impresa, che giornalmente produce "specificazioni" di utilità immateriali, di utilità infinitamente piccole tanto da essere difficilmente catturabili, o semplicemente di utilità virtuali, che vanno dai *big data* del mondo dell'informazione ai (continui) nuovi ritrovati del settore biotecnologico, e il sistema normativo di regolazione dei beni che rimane invece ancorato ad una concezione fisicista e terragna dei diritti di appartenenza.

⁽¹⁷¹⁾ Cfr., per tutti, con riferimento ai diritti della proprietà intellettuale, M. RICOLFI, *Il diritto d'autore*, in *Trattato di Diritto Commerciale*, Padova, 2001, 460 ss.

⁽¹⁷²⁾ Come si tenterà di argomentare nella seconda parte della ricerca, la "rilettura" delle norme costituzionali sulla proprietà va operata anche con riferimento ai possibili nuovi confini, determinati proprio dalla disciplina delle nuove proprietà, tra proprietà pubblica e proprietà privata (Cfr., tra i molti autori che hanno trattato il tema, C.M. CASCIONE, *Beni pubblici e privatizzazioni: eclissi o metamorfosi di una categoria giuridica*, Riv. Crit. Dir. Priv., 2008, 211 ss.). Probabilmente, andrebbe addirittura riflettuta l'effettiva utilità concettuale di una tale categoria, di fronte ad esempio, alle nuove modalità di gestione di molti beni demaniali e del patrimonio indisponibile dello Stato. Secondo una autorevole impostazione (Cfr. i lavori della *Commissione Ministeriale per la Riforma dei "beni pubblici"*, istituita presso il Ministero della Giustizia nel giugno 2007, presieduta da Stefano Rodotà), la soluzione, in termini tecnico-giuridici, potrebbe essere di adottare una più attuale ed efficace divisione tra beni di *interesse privato* e beni di *interesse pubblico*, dove l'aspetto qualificante non è più costituito, dunque, dal regime delle *appartenenze* (proprietà pubblica *versus* proprietà privata) ma dalla funzione che tali beni assolvono (interesse privato *versus* interesse pubblico). Come si avrà modo di vedere nel prosieguo della ricerca, una tale impostazione, che ha certamente il merito di mettere in evidenza un aspetto critico nella teoria attuale della proprietà, sconta comunque la non irrilevante debolezza di costringere talvolta l'interprete a considerazioni metagiuridiche per individuare se via sia prevalenza di un interesse pubblico o privato, il che rende poi complicato, o quantomeno discrezionale, compiere scelte concrete in ordine alle migliori e più efficaci modalità di regolazione di quei beni.

CAPITOLO III
UNA “MAPPA” DELLE NUOVE PROPRIETÀ E DEI NUOVI BENI
O... DELLE PROPRIETÀ “SOTTO FALSO NOME”

SOMMARIO: 1. *Beni immateriali e proprietà*: il caso esemplificativo delle energie. – 2. Profili di una “mappa” delle *nuove proprietà* e dei *nuovi beni*. – 3. Prima macro-categoria: i beni dell’“informazione e della conoscenza”. – 3.1. Il caso dei *domain names*. – 3.2. La proprietà di parti del corpo e i limiti alla brevettabilità di invenzioni biotecnologiche. – *Peanut*. Gli strumenti finanziari dematerializzati. – 4. Seconda macro-categoria: le licenze e le autorizzazioni all’esercizio di professioni protette. – 5. Terza macro-categoria: le autorizzazioni amministrative all’utilizzo di risorse pubbliche. – 5.1. Il caso di una recente modifica alla disciplina relativa ai permessi di ricerca di idrocarburi: un esempio dei possibili pregiudizi derivanti dalle incertezze di qualificazione del “bene”. – 5.2. I beni di interesse pubblico *privatizzati, privatizzabili o valorizzabili nell’ambito di una gestione di tipo strettamente privatistico e imprenditoriale*. – 6. Quarta macro-categoria: i nuovi beni pubblici immateriali

1. Beni immateriali e proprietà: il caso esemplificativo delle energie

La difficoltà ad applicare uno statuto definito alle cose non corporali è ben evidente nel caso delle energie. Per l’art. 814 del codice civile, esse “*si considerano*” – dunque “non sono” – beni mobili e la relativa disciplina va applicata non a tutte le energie ma alle sole “*energie naturali*”⁽¹⁷³⁾.

Una formulazione così ambigua nella determinazione dell’oggetto e nella individuazione delle regole di riferimento ha determinato l’insorgere di non pochi

⁽¹⁷³⁾ G. DE NOVA, *I nuovi beni come categoria giuridica*, in G. DE NOVA, B. INZITARI, G. TREMONTI, G. VISENTINI, *Dalle res alle new properties*, Milano, 1991, 13.

problemi di ordine pratico. Si è ad esempio discusso se la tutela possessoria in caso di spoglio dell'energia elettrica, che è l'unica forma di energia senz'altro inclusa nell'ambito di operatività dell'art. 814⁽¹⁷⁴⁾, si debba limitare alla sola energia immessa in rete (*i.e.* l'energia che per definizione si trova nella disponibilità dell'utente) o se, invece, essa debba estendersi, data la continuità della corrente, anche a quella che fluisce prima di detta immissione⁽¹⁷⁵⁾. Inizialmente, una tale tutela si era ritenuta ammissibile, configurandosi così come spoglio in senso tecnico il rifiuto del somministrante di proseguire l'erogazione⁽¹⁷⁶⁾, ma con la conseguenza di raggiungere “una confusione notevole perché oggetto del possesso è divenuta l'energia non ancora distribuita in rete, e la morfologia del processo possessorio impedisce di discutere l'unico dato che, in genere, merita discussione, ovvero la morosità o meno del somministrato”⁽¹⁷⁷⁾. Successivamente, si è concluso in senso opposto argomentando che “l'utente che abbia subito il distacco della fornitura non può esperire le azioni possessorie, giacché l'interruzione di energia (...) non comporta spoglio di energia – essendo questa già consumata (o accumulata) né è configurabile lo spoglio per quella eroganda, che non può essere oggetto di possesso attuale, perché prima dell'apprensione vi è soltanto potenziale disponibilità”⁽¹⁷⁸⁾.

Questioni simili, attinenti alle particolarità della tutela in relazione alla natura del bene, si sono via via susseguite. In particolare, poiché non era e non è chiaro cosa si debba intendere per “*energie naturali*”, se solo le energie elettrica e termica, ovvero anche altre forme di energia, tra cui quelle c.d. radianti (derivanti cioè da onde elettromagnetiche, radioelettriche, da raggi cosmici, ecc.⁽¹⁷⁹⁾), si è tra l'altro discusso su quale dovesse essere l'oggetto dell'azione di spoglio se si fosse ammesso che l'art. 814 riguarda anche le energie radianti. Anche in questo caso le conclusioni sono contraddittorie. Secondo la dottrina, tali azioni possono avere ad oggetto “*le bande di frequenza, e cioè i canali per le trasmissioni anche*

⁽¹⁷⁴⁾ All'energia si cominciò a fare riferimento nelle leggi quando per i bisogni e negli usi della vita sociale si diffuse la forma più utile e percepibile di essa, l'energia elettrica. In particolare, la formulazione dell'art. 814 nei termini di cui si è detto, origina dalla sua precedente inclusione nel codice penale che la considerò, agli effetti del reato di furto, come cosa mobile (GRECO, voce *Beni immateriali*, cit., 358).

⁽¹⁷⁵⁾ Cfr. TRABUCCHI, *La tutela possessoria nel godimento di energia elettrica*, *Giur. Ital.*, 1953, I, 1, 219ss.

⁽¹⁷⁶⁾ Cfr. *Cass.*, 1970/225; *Cass.*, 1968/2084; *Cass.*, 1964/205.

⁽¹⁷⁷⁾ GAMBARO, *La proprietà*, cit., 29.

⁽¹⁷⁸⁾ *Cass.*, Sez. II, 30 dicembre 2004, n. 24182, *Giust. Civ. Mass.*, 2005, f. 1. Conf.: *Cass.* 3 settembre 1993, n. 9312, *Foro it.*, 1995, I, 322.

⁽¹⁷⁹⁾ In questo caso, è opportuno rilevare che le opinioni sono discordanti, secondo alcuni è “*dubbio che le energie siano soggette al sistema dei diritti reali ove siano irradiate con sistemi che non consentono il consumo “non rivale”*” (GAMBARO, *La proprietà*, cit., 29). Peraltro, considerazioni analoghe si potrebbero fare a proposito dello *spazio*, sul quale l'art. 840 del codice si limita a legittimare le attività dei terzi quando si svolgano nello spazio sovrastante ad un'altezza tale che il proprietario del suolo non abbia interesse ad escluderle, ma che da taluni è pur tuttavia qualificato come *non-cosa* (GRECO, voce *Beni immateriali*, cit., 359).

radiotelevisive”⁽¹⁸⁰⁾, fermo restando che “non sono compresi nella relativa tutela i beni demaniali”⁽¹⁸¹⁾. Secondo la giurisprudenza, “il possesso di apparecchiature e il possesso di energie si compenetrano (...). Il disturbo o la paralisi delle irradiazioni incidono sul possesso dell’impianto (...). La signoria di fatto nella quale viene ad estrinsecarsi il possesso si risolve in una situazione possessoria sull’impianto e sulle energie irradiate”⁽¹⁸²⁾. Sul punto sembrerebbe in realtà accoglibile la diversa impostazione secondo cui, per le energie c.d. radianti, stante l’impossibilità di isolarle o di procedersi ad una loro individuazione in senso giuridico, la protezione più efficace sarebbe determinata “dai diritti che assicurano l’esclusiva o il monopolio di dati rami di attività economica”⁽¹⁸³⁾. Una tale conclusione, alla luce di quanto si dirà nei paragrafi immediatamente successivi, non equivarrebbe peraltro ad escluderne la natura di bene.

Gli esempi potrebbero continuare⁽¹⁸⁴⁾, ma in tutti i casi dalla formulazione dell’art. 814 si possono almeno ricavare le seguenti considerazioni: che il “sistema del codice” si conferma irrimediabilmente “fiscista”; che, pur tuttavia, come dimostra il caso dell’energia elettrica, l’appropriazione in forma esclusiva non è limitabile ad alcune cose (corporali) piuttosto che ad altre (non corporali); che, dunque, non vi è una impossibilità giuridica oggettiva di appropriazione di alcune utilità rispetto ad altre⁽¹⁸⁵⁾, ma è invece la natura del bene a rendere più o meno “semplice” la costruzione del regime delle tutele (e quand’anche esistesse un’impossibilità naturalistica, come è il caso delle energie radianti, una tutela efficace, almeno fino a quando il progresso tecnologico non avrà disposto altrimenti, la si può comunque realizzare approntando regimi di c.d. di monopolio); che, infine, per poter compiere una simile operazione di “adattamento” normativo deve comunque esistere una norma “generale” che lo consenta, come è stato fatto per le energie con l’art. 814.

Così ragionando, si può ulteriormente concludere che: è confermato che l’art. 810 si applica solamente alle cose corporali (l’art. 814 stabilisce infatti che le energie, “*que tangi non possunt*”, “*si considerano*” ma “non sono” beni); la norma di cui all’art. 814 relativa alle energie è norma di carattere speciale (inserita nel sistema come eccezione rispetto all’impianto “fiscista” del libro terzo del codice solo in virtù dell’enorme importanza che andava assumendo il bene energia elettrica e della generale insoddisfazione che avevano riscosso le soluzioni

⁽¹⁸⁰⁾ TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 568.

⁽¹⁸¹⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁸²⁾ *Pretura Torino* 24 luglio 1981, in *Riv. Dir. Ind.*, 1982, II, 58. E successivamente, in senso conforme, *Cass.*, *S.U.*, 1984/6339.

⁽¹⁸³⁾ Cfr. GRECO, *Beni immateriali*, *Noviss. dig. it.*, cit., 359.

⁽¹⁸⁴⁾ Si è ad esempio opinato, escludendolo, se il riferimento alla locuzione “energie naturali” dovesse in qualche modo comprendere anche le energie c.d. da lavoro, cioè quelle prodotte con gli sforzi fisici dell’uomo (cfr. GAMBARO, *La proprietà*, cit., 28).

⁽¹⁸⁵⁾ Cfr. PUGLIESE, *Dalle res...*, cit., e ZENCOVICH, voce *Cosa*, cit., sulla cui posizione si è ampiamente dato conto *supra*.

alternative proposte dalla dottrina⁽¹⁸⁶⁾); così essendo, mancando cioè una norma di carattere generale che disciplini i beni immateriali, l'applicazione di diritti di esclusiva a cose non corporali richiede una previsione normativa espressa e non può avvenire attraverso i meccanismi dell'interpretazione in via analogica od estensiva; ove manchi una norma speciale la tutela sarà giocoforza limitata.

Ne discende che, le norme “a disposizione” non possono essere considerate sufficienti a legittimare una generale operatività dei beni immateriali nel nostro ordinamento, e si dovrà per forza di cose concludere che è “*Discussa (...) la concezione romana dei diritti come res incorporales, che formino oggetto di altri diritti: così il diritto di proprietà come oggetto di un diritto di usufrutto o di servitù prediale, di ipoteca o di pegno, il diritto di credito come oggetto del diritto di pegno concesso dal creditore al proprio creditore*”, ecc.⁽¹⁸⁷⁾; che “*Altrettanto dibattuta, sebbene prevalentemente esclusa, è la possibilità di considerare come beni immateriali (...) l'azienda, l'avviamento, le correnti di clientela*”⁽¹⁸⁸⁾; e che “*Più complesse sono le questioni che si presentano per i beni protetti da quei diritti che si usa designare col nome di proprietà letteraria, artistica ed industriale*”, senza però che anche in questo caso si possa arrivare a “soluzioni” generalmente condivise quanto alla loro natura di beni, e alla conseguente applicabilità delle regole sulla proprietà⁽¹⁸⁹⁾⁽¹⁹⁰⁾.

Pur tuttavia, questo di cui abbiamo dato conto fino ad ora è, appunto, il “sistema del codice”. Fuori del codice, o come ha rilevato Pugliatti, indipendentemente dai principi generali lì contenuti, si sono in realtà venute sviluppando una enorme quantità di utilità, che vanno verificate caso per caso, ma che all'esito di una analisi attenta potrebbero formare una vera e propria schiera di proprietà “sotto falso nome”.

Nei paragrafi che seguono si cercherà di tracciare una “mappa” di queste nuove utilità⁽¹⁹¹⁾. La loro disciplina, come è per il caso esemplificativo delle

⁽¹⁸⁶⁾ L'ipotesi di regolare l'energia come oggetto di prestazione di dare è autorevole (cfr. CARNELUTTI, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, Riv. Dir. Comm., 1913, I, 354 ss.), ma è poi rimasto senza alcun seguito (GRECO, *Ult. cit.*, 357).

⁽¹⁸⁷⁾ GRECO, voce *Beni immateriali*, cit., 359.

⁽¹⁸⁸⁾ GRECO, *Ult. cit.*, 360.

⁽¹⁸⁹⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁹⁰⁾ Più complesso perché per tali beni il nostro ordinamento ha da sempre previsto una disciplina organica, ancorché fuori dal codice, e questa disciplina si è andata completando fino all'emanazione nel 2005 del codice della proprietà industriale che ha per così dire portato a compimento un processo di armonizzazione a livello internazionale della disciplina di questi beni che si è svolto attorno all'attuazione di importanti trattati quali le Convenzioni di Strasburgo (1963), di Washington (1970), di Monaco (1973) e del Lussemburgo (1975), tale ultima istitutiva del brevetto comunitario.

⁽¹⁹¹⁾ In linea generale, rispetto alla configurabilità di tali entità come beni, Greco sostiene che se l'interesse che si pone rispetto a una certa entità immateriale, è suscettibile di rappresentare un valore, sia esso morale o patrimoniale, e lo si trova protetto da una norma di diritto, non ci sarebbe nessun motivo, assumendo l'interesse il carattere di interesse giuridico, per non qualificare anche siffatte entità come beni giuridici al pari delle entità materiali (GRECO, *Beni immateriali*, cit., 356). Ma una così ampia definizione non consente di distinguere quali siano le forme con cui

energie, rende evidente, da una parte, che quando la realtà delle cose produce fenomeni non arginabili – in questo caso le nuove forme, per lo più immateriali, di ricchezza – l’ordinamento appronta comunque dei rimedi, che non hanno carattere generale o sistematico, ma possono essere in ipotesi efficaci, o parzialmente efficaci. Dall'altra parte, però, la “particolare” disciplina a cui queste utilità sono “costrette”, e in particolare l'esclusione dalla tutela dei casi dubbi o non disciplinati determinata dall’assenza di una norma “generale”, rende altrettanto evidente che, fino a quando non si assisterà ad una riforma organica in tema di beni, è essenziale - nel senso che può avere rilevanti conseguenze pratiche - verificare se si possa contare o meno sull’“aiuto” delle norme costituzionali in tema di proprietà.

2. Profili di una “mappa” delle nuove proprietà e dei nuovi beni

Le accennate notazioni di carattere specifico sulle energie, unite alle considerazioni più generali formulate nei capitoli precedenti, testimoniano dell'impossibilità, nel “sistema del codice”, di fissare una generale *categoria giuridica dei nuovi beni*. La scelta di procedere con metodo empirico è dunque un obbligo.

In particolare, occorre ricercare “sul campo” queste nuove utilità; evidenziarne le difficoltà operative; constatare l’assenza di una disciplina organica e coerente riferibile alla categoria dei beni immateriali; esplorarne la loro possibile inclusione nella nozione costituzionale di proprietà come possibile “soluzione” per una loro collocazione sistematica all’interno dell’ordinamento.

Il perimetro delle “nuove forme di ricchezza”, in base a tutto quanto sin qui accennato, è definibile anche intuitivamente, come utilità suscettibili di valore economico per lo più originate dall’evoluzione tecnologica e dal mutato contesto sociale (che sta ad esempio imponendo una sostanziale redistribuzione dei benefici erogati dallo Stato), ma anche utilizzando definizioni di matrice più prettamente giuridica, come la seguente di Greco, secondo cui i beni immateriali sarebbero “*entità prive di consistenza fisica, e tuttavia apprezzate dall’uomo per la loro idoneità a soddisfare bisogni ed esigenze della sua vita individuale e*

l'ordinamento giuridico attua la protezione di quei beni. E precisamente, se con lo strumento dei diritti della personalità o se con l'opposto strumento dei diritti cosiddetti patrimoniali, e fra questi ultimi se mediante i soli diritti di obbligazione od anche attraverso i diritti reali (*Ult. cit.*, 357). Pur tuttavia, una tale questione attiene alla teoria generale dei diritti piuttosto che al diritto positivo, sia esso civile e costituzionale. E l’assetto dei diritti che è qui dato, impone di seguire la strada già tracciata: e dunque di partire dalla definizione di bene contenuta dall’art. 810; e poi di proseguire con la valutazione se attorno a tale definizione possa trovare spazio anche la categoria dei beni immateriali; e infine di formulare l’ulteriore e definitiva valutazione se ai beni immateriali sia dunque applicabile, con le peculiarità che sono proprie a tale categoria, lo statuto del diritto di proprietà.

sociale”, i confini della categoria risultano dunque sufficientemente determinati⁽¹⁹²⁾.

A questo punto, sono forse opportune alcune brevi osservazioni, per lo più di carattere metodologico, prima di procedere.

La “mappa” che qui si propone non intende avere alcun valore di carattere sistematico nella partizione dei beni⁽¹⁹³⁾, né alcuna aspirazione di completezza⁽¹⁹⁴⁾. Una tale ambizione richiederebbe tutt’altra prospettiva di indagine e in ogni caso esulerebbe dall’obiettivo della presente ricerca. Essa ha piuttosto lo scopo, più limitato, di orientare le considerazioni di carattere costituzionale che si svolgeranno nei capitoli successivi.

La “mappa” è redatta sulla base dei principali contributi di dottrina dei quali si è venuti a conoscenza nel corso della presente ricerca e che si è ritenuto potessero in qualche modo ben esemplificare le problematiche sottostanti all’incertezza di statuto che i nuovi beni e le nuove proprietà scontano nel nostro ordinamento⁽¹⁹⁵⁾.

Nel disegnare la “mappa” dei nuovi beni e delle nuove proprietà si è optato di non utilizzare come criterio determinante la classica distinzione *beni pubblici/beni privati* bensì di fare principalmente riferimento alla partizione

⁽¹⁹²⁾ La definizione è di Greco (*Beni immateriali, Noviss. dig. it., cit.*, 356), ma generalmente condivisa; ad es., per Messinetti (*Beni immateriali, Enc. Giur., cit.*, 4), similmente, i beni immateriali sono quei beni che, all’interno di un sistema economico basato sulla produzione, sono a tutti gli effetti *strumenti del processo produttivo* e, dal punto di vista naturalistico, sono *privi del tratto della corporeità*.

⁽¹⁹³⁾ Peraltro, sull’utilità e sulla stessa possibilità di una teorica dei nuovi beni o di una loro esaustiva classificazione, visto l’ingresso incessante di nuovi beni nella realtà dei commerci e il continuo mutare di quelli di volta in volta codificati, sono in molti a dubitare. Tra questi, autorevolmente, Gambaro (*La proprietà, cit.*, 36 ss.).

⁽¹⁹⁴⁾ Una “mappa” di questo tipo, semmai, pone in evidenza i limiti della ricerca e la necessità, se si volesse dare un seguito all’analisi sullo statuto delle “nuove forme di ricchezza”, di costituire una sorta di *Osservatorio delle nuove proprietà e dei nuovi beni*; osservatorio che dovrebbe essere alimentato sia dalle soluzioni proposte dagli interpreti sia dalle soluzioni fatte proprie dalla giurisprudenza di merito e di legittimità, e che dovrebbe riunire le soluzioni proposte non solo all’interno del nostro ma anche di altri ordinamenti, non solo di *civil law* ma anche di *common law*; e che dovrebbe avere a particolare riferimento la giurisprudenza delle Corti europee che, come si vedrà, nell’ambito della c.d. tutela multilivello dei diritti fondamentali, occupa uno spazio sempre più rilevante nella definizione delle utilità che possono essere oggetto di proprietà.

⁽¹⁹⁵⁾ In questo senso, si è tenuto conto del fatto che la nozione costituzionale di proprietà ha ad oggetto gli elementi essenziali del diritto, appunto in una prospettiva costituzionale, che non corrispondono affatto a quelli codificati nell’art. 832 c.c. Il costituzionalista, indipendentemente dalle distinzioni utilizzate dal civilista, è chiamato ad un lavoro di “svuotamento”, tenderà cioè a far rientrare nella nozione costituzionale di proprietà tutte le situazioni che configurano una relazione qualificata di appartenenza. Il civilista analizza invece dall’“interno” le singole nuove proprietà di volta in volta proposte dal legislatore e, inevitabilmente, compie un’operazione opposta, di “riempimento”, verificando che la disciplina delle singole nuove proprietà contenga tutte le attribuzioni proprie del diritto di proprietà e ove lo scarto rispetto alla nozione codicistica dell’art. 832 sia considerato eccessivo, tenderà inevitabilmente ad escludere tali utilità dal novero delle cose oggetto di proprietà (cfr. GAMBARO, *Trattato dei diritti reali, cit.*, 977).

“pugliattiana” tra beni destinati a soddisfare in *interesse privato* e beni di *interesse pubblico*⁽¹⁹⁶⁾.

La scelta è apparsa più aderente alla dimensione concreta dei fenomeni da analizzare⁽¹⁹⁷⁾, e, in linea generale, la sensazione è che la distinzione proprietà pubblica/proprietà privata esprima oramai in termini soltanto parziali le differenze di statuto che interessano i beni. Tanto che si potrebbe fare propria di questa ricerca la conclusione secondo cui “una moderna concezione del diritto di proprietà consente di riconoscere rispetto alla stessa cosa l’esistenza anche di più beni giuridici”⁽¹⁹⁸⁾, e che “il concetto stesso di bene, non solo si smaterializza(...), ma viene di conseguenza a perdere la sua caratterizzazione nel diritto pubblico o nel diritto privato”⁽¹⁹⁹⁾.

Le nuove proprietà e i nuovi beni che si descrivono nei capitoli successivi sono dunque così organizzati: si è mantenuta la distinzione con cui si apre la presente ricerca - ovvero tra le utilità c.d. di “derivazione pubblica”, proposte *in primis* da Charles Reich (licenze, autorizzazioni e benefits concessi e o rilasciati dallo Stato), e le nuove forme di ricchezza che originano “dall’informazione e dalla conoscenza” (dai nuovi beni immateriali, quali le informazioni aziendali riservate o i *domain names* aziendali, fino alle informazioni del settore pubblico, ecc.); si è poi “incrociata” questa distinzione con quella appena accennata tra nuovi beni c.d. “di interesse pubblico” e nuovi beni c.d. “di interesse privato”.

All’esito di questa operazione, ne sono risultate quattro macro-categorie.

In una prima macro-categoria – dedicata a quelle utilità che, a prescindere dallo statuto loro ascrivibile, realizzano indiscutibilmente e in via prioritaria un *interesse privato* del soggetto titolare e che fanno riferimento ai beni c.d. “dell’informazione e della conoscenza” – si sono innanzitutto inclusi i beni della proprietà intellettuale, ivi compresi, i beni rinvenienti dalla ricerca biotecnologica, e i diritti c.d. non titolati, dalle topografie dei prodotti a semiconduttori, fino agli altri segni distintivi diversi dal marchio registrato, tra cui appunto i *domain names*, le informazioni industriali riservate, o, ad esempio, i patrimoni di conoscenze che si determinano a seguito della costituzione delle reti di imprese.

Ad essi, per omogeneità, si potrebbero poi aggiungere altri beni quali quelli costituenti l’azienda, l’avviamento e la clientela, o quelli aventi ad oggetto l’immagine di cose corporali, e la cui “genesì” è *latu sensu* riconducibile a processi di conoscenza o astrazione.

⁽¹⁹⁶⁾ L’idea di utilizzare le locuzioni “*di interesse privato*” e “*di interesse pubblico*” viene da Pugliatti (*Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., p. 1-52).

⁽¹⁹⁷⁾ Merita notare, peraltro, che questa distinzione è stata di recente fatta propria anche dalla Commissione Ministeriale per la Riforma dei “beni pubblici”, istituita presso il Ministero della Giustizia nel giugno 2007, presieduta da Stefano Rodotà, e incaricata di elaborare una proposta di riforma della disciplina dei beni pubblici.

⁽¹⁹⁸⁾ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 528, nota (3).

⁽¹⁹⁹⁾ *Ibidem*.

A latere di questi beni – a latere nel senso che esprimono pur sempre un interesse privato – ma in un'altra macro-categoria a sè stante poiché diversa è la loro “derivazione”, si sono poi raggruppati i beni che originano da provvedimenti pubblici e che Reich identifica in *occupational licenses, drivers' licenses, franchises, benefits e subsidies*. Vi si possono dunque ricomprendere le utilità dispensate dallo Stato sotto forma di sussidi, incentivi, sgravi fiscali, licenze di commercio, abilitazioni all'esercizio di professioni protette, ecc.

La loro qualificazione come “beni”, almeno da un punto di vista civilistico, pone delicate questioni di carattere sistematico, ma, come si vedrà, una tale possibilità è oggi vagliata con attenzione da parte degli stessi giuristi privatisti, che hanno ad esempio individuato “caratteri di realtà” nella possibilità che, in molti casi, queste utilità si possano ad esempio trasmettere per via ereditaria⁽²⁰⁰⁾.

Ancora, accanto a queste utilità – accanto inteso nel senso che originano sempre da provvedimenti pubblici ma, diversamente dalle precedenti categoria, soddisfano in via proprietaria un interesse pubblico – si sono raggruppate in un'altra macro-categoria, quelle particolari nuove proprietà che Reich definisce *use of public resources*.

Vanno qui annoverate tutte le autorizzazioni all'utilizzo di risorse pubbliche o alla gestione di beni in regime di monopolio, dalle autorizzazioni alla prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi, fino alle più recenti autorizzazioni amministrative all'utilizzo di vie aeree, o ancora alle autorizzazioni per l'utilizzo dell'etere per trasmissioni radiotelevisive, fino, in un'altra ma non così dissimile prospettiva, alle concessioni di servizi, come sono quelle per la gestione di giochi e lotterie; e, per le stesse ragioni, pur con le precisazioni che verranno fatte in seguito, anche le autorizzazioni alla erogazione di servizi che realizzano un prevalente interesse pubblico ma sono gestiti da soggetti privati abilitati, quali ad esempio, quelli relativi all'erogazione di prestazioni sanitarie in regime di convenzione.

Accanto a queste utilità, seppure in modo improprio rispetto ai criteri di suddivisione che si stanno ora utilizzando, va ricompresa, come è stato rilevato in dottrina, “*quale momento speciale dell'emersione dei “nuovi beni”*”⁽²⁰¹⁾, all'interno della stessa macro-categoria, la “*gestione in forma privata di beni pubblici che, pur conservando il vincolo di destinazione, perdono anche la struttura tipicamente pubblica del regime dell'appartenenza e si configurano quali beni vendibili ai privati o valorizzabili nell'ambito di una gestione di tipo strettamente privatistico e imprenditoriale*”⁽²⁰²⁾. Questo nuovo regime riguarda un nucleo significativo di beni pubblici, tra cui molti beni materiali che costituiscono

⁽²⁰⁰⁾ Cfr. A. ZOPPINI, *Le «nuove proprietà» nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2000, II, p. 185-248.

⁽²⁰¹⁾ MOSCARINI, *Proprietà, cit.*, 172.

⁽²⁰²⁾ *Ibidem*.

(costituivano?) il patrimonio immobiliare dello Stato e che sono stati recentemente soggetti a provvedimenti di privatizzazione, ma il cui statuto rimane in bilico tra proprietà pubblica e privata, e per i quali soprattutto in tema di *limiti* ai poteri del proprietario, si applica un regime diverso da quello classico.

Peraltro proprio con riferimento a tali beni, alcuni autori, tra cui ad esempio D'Addino Serravalle, hanno fatto notare che il modello proprietario classico (costituito dal potere pieno ed incondizionato di godimento del bene con esclusione dei terzi) è oramai considerato insufficiente a rappresentare tutte le soglie dell'appropriabilità⁽²⁰³⁾. A dire, dunque, che il modello classico di proprietà vacilla anche all'interno dei suoi confini più sicuri, che è appunto quelli dei beni materiali.

Per tale ultima sotto-categoria di utilità si potrebbe utilizzare la definizione di “*beni di interesse pubblico privatizzati, privatizzabili o valorizzabili nell'ambito di una gestione di tipo strettamente privatistico e imprenditoriale*”.

Infine, in un'ultima macro-categoria, a chiusura del cerchio dei nuovi beni, si potrebbero includere quelle utilità che rappresentano i beni “dell'informazione e della conoscenza”, ma che, a differenza della prima macro-categoria in cui questi beni esprimevano un prevalente “interesse privato”, esprimono invece in questo caso un prevalente “interesse pubblico”: sono questi i beni dell'informazione pubblica, le immagini pubbliche, e altri beni pubblici immateriali in senso sia naturalistico (paesaggio) che giuridico (i crediti pubblici). L'interesse per tali beni è mitigato, nell'ambito della presente ricerca, dal fatto che ricadono (ancora) a tutti gli effetti nell'ambito della proprietà pubblica. Pur tuttavia se ne darà cenno perché essi sono probabilmente una delle frontiere “di rilievo” su cui si misureranno in un prossimo futuro i confini, ormai mobili, tra proprietà pubblica e proprietà privata⁽²⁰⁴⁾.

Conclusivamente, all'esito di questa “mappa”, si può constatare che emergono dalla “realtà delle cose” nuove forme di utilità che sfuggono alla definizione di bene generalmente o classicamente intesa (dai beni della proprietà intellettuale, alle *occupational licenses, drivers' licenses, franchises, benefits, subsidies*, descritti da Reich, fino alle *autorizzazioni amministrative ad usare risorse pubbliche quali le vie aeree, le aree demaniali, le onde elettromagnetiche per trasmissioni televisive*), e per le quali è forse riduttiva la già richiamata definizione di Greco⁽²⁰⁵⁾, secondo cui nuovi beni sono quei beni che, all'interno di un sistema economico basato sulla produzione, sono a tutti gli effetti *strumenti del processo produttivo* e che, dal punto di vista naturalistico, sono *privi del tratto*

⁽²⁰³⁾ Cfr. P. D'ADDINO SERRAVALLE, *I nuovi beni e il processo di oggettivazione giuridica. Profili sistematici*, Napoli, 1999.

⁽²⁰⁴⁾ Peralto, con riferimento ad alcuni di questi beni si possono notare processi di privatizzazione “mascherati” che andrebbero approfonditi, come è il caso, ad esempio, della recente cessione dei diritti di sfruttamento dell'immagine del Colosseo o l'altrettanto recente iniziativa del sindaco di Agrigento di commercializzare il marchio “Valle dei Templi”.

⁽²⁰⁵⁾ GRECO, *op. cit.*, 356.

della corporeità, ma è altresì riduttiva, sotto un altro profilo, anche la nota definizione di Reich, che non tiene conto di quanto i beni dell'informazione e della conoscenza abbiano contribuito a modificare gli assetti della ricchezza, e per i quali è infine riduttiva la stessa definizione di Pugliatti, che ha il pregio di mettere in evidenza la pluralità di forme in cui può manifestarsi il diritto di proprietà, ma manca di affrontare il tema delicato dell'immaterialità dell'oggetto di proprietà.

Peraltro, come si è visto, il tema dell'immaterialità è certamente fondamentale nella discussione sui nuovi beni, ma all'interno delle nuove forme di ricchezza⁽²⁰⁶⁾, è forse necessario includere anche beni che rientrano nella nozione di bene materiale generalmente intesa (la maggior parte dei *beni di interesse pubblico privatizzati, privatizzabili o valorizzabili nell'ambito di una gestione di tipo strettamente privatistico e imprenditoriale*, tra cui molti beni del patrimonio immobiliare dello Stato), per i quali, tuttavia, come si è accennato, soprattutto in tema di *limiti* ai poteri del proprietario, si applica un regime diverso da quello classico⁽²⁰⁷⁾.

In sintesi, dunque, la proprietà, che storicamente è istituto che “*riflette fedelmente lo stato sociale, i principi che lo dominano, i costumi ai quali esso si appoggia*”⁽²⁰⁸⁾ starebbe ancora una volta cambiando pelle, e sarebbe limitativo farne “solo” una questione di immaterialità del suo oggetto.

3. Prima macro-categoria: i beni “dell'informazione e della conoscenza”

È noto che la protezione delle creazioni intellettuali, in particolare delle opere letterarie e scientifiche, ha origine in un periodo relativamente recente. Essa cominciò infatti ad essere disciplinata tra la fine del XV e la metà del XVII secolo, mediante *privilegi* (nel senso di precetti favorevoli a singoli soggetti in deroga alle norme generali) coi quali si accordava, per lo più a librai o stampatori, di rado allo stesso autore, il monopolio della pubblicazione e della vendita di una data opera⁽²⁰⁹⁾.

Come fosse da qualificarsi quel diritto riconosciuto al libraio, allo stampatore, all'autore non era questione di cui ci si occupò subito. Solo successivamente, nel Settecento, ci si chiese se ad esempio in presenza di privilegi

⁽²⁰⁶⁾ MOSCARINI, *La proprietà*, cit., 172.

⁽²⁰⁷⁾ Cfr. G. NAPOLITANO, in *La Patrimonio dello Stato S.p.A. tra passato e futuro: verso la scomposizione del regime demaniale e la gestione privata dei beni pubblici?*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, pp. 50 ss.

⁽²⁰⁸⁾ H. AHRENS, *Filosofia della storia della proprietà*, in appendice al *Corso di diritto naturale o di filosofia del diritto*, trad. it. della sec. ed., 1846, 219ss.

⁽²⁰⁹⁾ G. PUGLIESE, *Dalle “res incorporales” del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, cit., p. 1179.

contraddittori o equivoci, l'autore (o, per lui, il libraio, lo stampatore, l'editore) fosse protetto di fronte a terzi che avevano riprodotto, alterato o contraffatto l'opera senza autorizzazione. I giuristi ritennero che l'autore in qualità di creatore acquistava secondo il diritto naturale la proprietà dell'opera, e che dunque tale tutela doveva prevalere rispetto alle contrastanti posizioni fatte valere da terzi soggetti, così implicitamente riconoscendogli la legittimità di una situazione di appartenenza non circoscritta alla sfera del diritto morale d'autore⁽²¹⁰⁾.

Pur tuttavia, solo nel secolo XIX la dottrina collegò le creazioni intellettuali ai beni immateriali⁽²¹¹⁾⁽²¹²⁾. In particolare, fu Windscheid, sul finire

⁽²¹⁰⁾ *Ibidem*.

⁽²¹¹⁾ E ciò avvenne per il tramite della categoria delle *res incorporales* teorizzate da Gaio, che, come si è visto nei capitoli precedenti, risulta essere il riferimento teorico poi utilizzato anche dai nostri studiosi per fondare la piena "legittimità" della categoria giuridica dei beni immateriali.

⁽²¹²⁾ Identificare e proteggere questi interessi è stato nel corso dei secoli un cammino non lineare. Come si è detto, inizialmente si cominciò a prendere in considerazione gli interessi economici prima di quelli morali, gli interessi degli editori prima di quelli degli autori, e dal proteggerli non direttamente rispetto alle opere, ma attraverso l'uso esclusivo di un mezzo tecnico di riproduzione, come quello di stampa. Il principio della protezione era cioè fondato sul concetto del privilegio, dapprima dipendente da un diritto sovrano di regalia, in seguito poi connesso con la condizione obbiettiva della creazione dell'invenzione (GRECO, voce *Beni immateriali, cit.*, 361). La loro considerazione come beni immateriali origina dal pensiero di J. Kohler (*Manuale delle privative industriali (trad. ital.)*, Milano, 1914). Secondo la teoria di Kohler, la protezione specifica sui beni immateriali si sdoppia in due distinti e diversi tipi di diritti soggettivi, di cui uno personale (detto *Individualrecht*) posto a tutela degli interessi morali che si determinano in capo al soggetto inventore e uno patrimoniale (detto *Immaterialgüterrecht*) posto a tutela delle utilizzazioni economiche del bene. A corollario di questa concezione si rileva, da una parte, che i diritti di natura personale non sarebbero personalissimi e si caratterizzerebbero per il fatto di corrispondere al legame genetico che esisterebbe tra il creatore dell'opera e l'opera, dall'altra parte, i diritti patrimoniali non sarebbero alienabili in senso stretto ma solamente suscettibili di concezioni di esercizio e di godimento (GRECO, voce *Beni immateriali, cit.*, 365).

Altra dottrina, che si riporta all'autorità di O. Von Gierke (*Deutsches Privatrecht*, Lipsia, 1895, I, 765), argomenta invece sulla indissociabilità della protezione relativa alle cosiddette opere dell'ingegno dalla personalità dell'autore: quel che si proteggerebbe sarebbe cioè una sua attività personale, precisamente la libertà di agire o non agire riguardo all'esplicazione del proprio pensiero e alla sua utilizzazione nelle forme in cui viene manifestato. Sempre secondo questa (singolare) impostazione, l'opera dell'ingegno si dissolverebbe in due atti dello spirito (che come "atti" non possono essere entità oggettive): l'atto della creazione e "l'eco che la lettura del volume suscita nell'animo di chi lo legge" (Casanova, *Le imprese commerciali*, Torino, 1955). È evidente che accogliendo questa impostazione si finisce per escludere l'oggettività di ciò che si percepisce, negando, sul terreno filosofico, l'obiettività esteriore di ogni bene, materiale o immateriale che sia (G. Rensi, *Il materialismo critico*, Casa del Libro, Roma, 1934). In realtà, l'attività del creare è la causa della creazione ma non è il quid creato. I due dati fondamentali della discussione sopra le opere dell'ingegno e le invenzioni sono: che la protezione assume il carattere di un diritto esclusivo (che si materializza con la creazione per le opere dell'ingegno e acquisisce la migliore efficacia per le invenzioni con la registrazione); che nel contenuto della protezione confluiscono due ordini di interessi, in rapporto di connessione e interferenza, ma pur sempre avente ciascuno il proprio carattere giuridicamente diverso. Essi sono gli interessi morali e quelli patrimoniali (GRECO, voce *Beni immateriali, cit.*, 364). Gli interessi patrimoniali sono rappresentati dai diversi modi e forme di utilizzazione di tali entità (profitti della loro gestione; prezzi e compensi della loro concessione). Gli interessi morali sono invece determinati dalla profonda relazione che tali entità hanno con il soggetto che le ha create. Ora, è proprio sulla diversa considerazione del peso che nella definizione della protezione giuridica devono avere gli interessi morali e patrimoniali che si gioca la

dell'Ottocento, ad affermare che le “*produzioni intellettuali(...)* devono, nel senso di cui qui è il caso, venire designate quali cose incorporali”⁽²¹³⁾⁽²¹⁴⁾. Da allora, si può dire che la riflessione si sia definitivamente spostata sulle forme con cui assicurare la tutela ai titolari di creazioni intellettuali, rimanendo fermo il fatto che tali utilità siano “altro” rispetto all’individuo che le ha prodotte e, in ipotesi, possano dunque costituire autonomo oggetto di appropriazione.

Tanto premesso, oggi, nel nostro ordinamento, nell'ambito dei *beni della proprietà intellettuale* è possibile ricomprendere: a) le *opere letterarie e artistiche*, vale a dire le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alle scienze, all'arte pittorica, figurativa, alla musica, alla scultura, all'architettura, al teatro, a qualunque forma di espressione ⁽²¹⁵⁾; a cui, da ultimo, sono state assimilate le *banche dati*⁽²¹⁶⁾; b) le *invenzioni industriali*, che consistono in particolari dispositivi, metodi, processi di lavorazione industriale, in un risultato industriale o nell'applicazione di un principio scientifico suscettibile di produrre immediati risultati industriali, e la cui utilizzazione esclusiva origina sul presupposto della concessione di un *brevetto*; similmente, sono poi previsti *diritti di brevetto per modelli di utilità, e di registrazione per disegni e modelli*; c) il *software e i programmi per elaboratore*, che consistono in particolari applicativi idonei ad apportare automatizzazioni di procedure, calcoli od altra utilità; d) la *ditta*, che è il segno che vale ad individuare l'azienda come tale e che non può circolare indipendentemente dall'azienda; e) il *marchio*, che identifica il prodotto o il servizio che l'azienda fornisce, la cui tutela viene approntata in seguito alla registrazione o in quanto sia usato di fatto con notorietà generale e con priorità

possibilità che a prevalere sia la tutela offerta dai diritti della personalità piuttosto di quella del diritto d'autore. La prima teoria, prevalenza dei diritti della personalità, è pressoché superata (contra, Candian). La seconda, che riconduce la protezione di opere dell'ingegno e invenzioni, alla categoria dei diritti patrimoniali è oramai maggioritariamente diffusa, e origina dai sistemi di *common law* (GRECO, voce *Beni immateriali, cit.*, 365).

⁽²¹³⁾ PUGLIESE, *Ult. cit.*, 1161.

⁽²¹⁴⁾ È interessante notare che oltre alle *produzioni intellettuali*, Windscheid considera come suscumbibili all'interno della categoria delle *res incorporales* anche i *diritti* e le *universalità di cose*. Sulle universalità, il ragionamento di Windscheid è lineare: gli insiemi di cose si possono vedere e toccare solo nei singoli elementi che li compongono, non invece nella loro unitarietà. L'unitarietà non cade sotto i sensi ma è percepita solo dall'intelletto mediante un procedimento di astrazione (PUGLIESE, *Ult. cit.*, 1163). E in effetti sono le stesse valutazioni che si possono fare a proposito di un'altra universalità di beni: quelli che costituiscono l'azienda. Gli artt. 2555 e ss. c.c. considerano l'azienda (i.e. il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa) come unitario oggetto di proprietà, ma non precisano come a tale fine l'azienda debba essere concepita. Essa non è una universalità di cose poiché al suo interno vi sono anche entità incorporali quali l'avviamento, le conoscenze tecniche, l'esperienza pratica e commerciale. È piuttosto un insieme di cose, diritti e rapporti giuridici, la cui unitarietà può essere percepita solo attraverso un procedimento di astrazione (PUGLIESE, *Ult. cit.*, 1167).

⁽²¹⁵⁾ Art. 2575 e ss. c.c., e L. 22 aprile 1941, n. 633.

⁽²¹⁶⁾ Il D. L. del 6 maggio 1999 n. 169, in attuazione della direttiva 96/9/CE relativa alla tutela giuridica delle banche di dati ha sostanzialmente modificato alcuni articoli della legge del 22 aprile 1941 n. 633 sul diritto d'autore.

rispetto ad ulteriori eventuali utilizzatori; infine *f*) *l'insegna*, funzionale all'individuazione del luogo di esercizio dell'azienda⁽²¹⁷⁾.

Oltre a tali beni, l'evoluzione tecnologica, le nuove pratiche degli affari, e il mutato contesto sociale, hanno portato all'emersione di un numero notevolissimo di ulteriori nuovi beni, recentemente definiti anche *nuovi beni immateriali* – tra cui si possono annoverare le invenzioni biotecnologiche, le indicazioni geografiche di qualità, i *domain names* aziendali e non, le pagine *web*, i *big data*, i diritti sulle manifestazioni televisive, il *format*, il *right of publicity*, l'immagine dei beni, solo per citarne alcuni – in cui l'incompletezza nella regolamentazione pone delicate questioni, che vanno dalle faoltà di disposizione di tali beni, alla possibilità di costituire forme di garanzia sugli stessi, alle difficoltà nella pignorabilità, o ancora all'incertezza delle azioni che possono essere esperite a tutela, tra cui la possibilità di invocare rimedi inibitori o restitutori, come il ritiro dal commercio, l'assegnazione in proprietà, ecc.

Come si era accennato, per tali utilità è incontestabile l'oggettività giuridica ma non è affatto scontata la loro inclusione nel novero dei beni.

Ragionando in una prospettiva costituzionale, il discorso è significativamente diverso, ma certamente non più chiaro.

Per alcuni autori, con riferimento a tali beni, sarebbe ad esempio necessario “*riequilibrare un intero assetto regolatorio che tende a divenire troppo sbilanciato a favore del polo della proprietà*”⁽²¹⁸⁾, e ciò al fine di “*neutralizzare gli effetti distorsivi prodotti dall'esercizio dei diritti di proprietà intellettuale rispetto ad altre garanzie fondamentali*[i.e., tutela della salute, libertà di manifestazione del pensiero, libertà di informazione, ecc.]”⁽²¹⁹⁾. Se ne dovrebbe dedurre che la nozione costituzionale di proprietà ricomprende ampiamente questi beni.

In realtà, le scarse pronunce della giurisprudenza costituzionale sul punto (ad eccezione della nota sentenza 20/1978⁽²²⁰⁾) sono contraddittorie e per lo più

⁽²¹⁷⁾ La disciplina dei beni da *b*) ad *f*) è contenuta nel Titolo IX del Libro V del Codice civile e nel *Codice della Proprietà Industriale* (D. Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30), che ha raccolto in un testo unico, oltre a invenzioni, disegni e modelli di utilità, i c.d. diritti “non titolati”, vale a dire le topografie dei prodotti a semiconduttori, i marchi e gli altri segni distintivi diversi dal marchio registrato, tra cui i *domain names*, le indicazioni geografiche, le denominazioni di origine, le informazioni aziendali riservate e le nuove varietà vegetali, che, come specificato dall'art. 2 del c.p.i., sono “*protetti, ricorrendone i presupposti di legge*”. Ancor più recentemente (con D. Lgs. 13 agosto 2010, n. 131), è stata eliminata l'incoerenza di una disciplina a sé stante per le invenzioni biotecnologiche, che sono state infine compendiate nel codice della proprietà industriale, così riunendo in un unico corpus normativo tutti i beni tutelati da brevetto.

⁽²¹⁸⁾ G. RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, in ID. (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Milano, 2011, 69.

⁽²¹⁹⁾ RESTA, *Ult. cit.*, 64-65.

⁽²²⁰⁾ Nella sentenza 20/1978, la Corte, nella declaratoria di illegittimità costituzionale delle disposizioni che vietavano la brevettabilità dei medicinali, si pone il problema della categoria di appartenenza dei beni immateriali, e pur affermando che “*la peculiarità della categoria dei beni immateriali, suscettibili di simultaneo e plurimo godimento (del resto lo stato di res communis omnium è quello definitivo di tutte le invenzioni, siano esse brevettabili o meno)*” sconsiglia ogni

poco inclini a far rientrare i beni della proprietà intellettuale nella nozione costituzionale di proprietà.

E dunque, all'interno del nostro ordinamento, prima di ovviare a presunti "effetti distorsivi" e prima di riequilibrare un intero assetto regolatorio che appare sbilanciato "a favore del polo della proprietà", si dovrebbe forse arrivare alla conclusione che tali beni effettivamente rientrano nell'ombrello di protezione dell'art. 42 della Costituzione. Cosa che per il momento non è.

Per altri autori che fanno più stretto riferimento al dato normativo, sarebbe evidente che "permane la tendenza a non considerare come "proprietà" la titolarità di diritti d'autore o, in generale, di diritti ascrivibili alla c.d. "proprietà intellettuale""⁽²²¹⁾, ma "ciò è vero solo nel discorso civilistico"⁽²²²⁾, poiché, se l'analisi si sposta sul terreno costituzionale è più semplice trovare ragioni di "consonanza"⁽²²³⁾ tra proprietà e beni immateriali. Peccato però che lo stesso autore debba ammettere subito dopo che un tale ragionamento è verificato non nel nostro ordinamento, ma nell'ambito di quello tedesco, per il quale la dottrina parla di "equivalenza costituzionale tra il diritto di proprietà garantito dalla Legge Fondamentale ed altre posizioni giuridiche soggettive a prescindere dalla loro qualificazione civilistica"⁽²²⁴⁾. Anche in questo caso, dunque, all'astratta ammissibilità teorica non corrisponde un concreto riscontro nel nostro sistema positivo.

Con riferimento alle invenzioni biotecnologiche, cui sarà dedicato uno dei paragrafi successivi della presente ricerca, da parte di alcuni autori si sostiene poi che, mentre appare possibile configurare una generale idoneità dello schema proprietario alla realizzazione degli interessi che fanno capo ai beni della proprietà intellettuale, si dovrebbe invece arrivare a conclusioni opposte per i beni rinvenienti dalle biotecnologie, poiché essi "pur suscettibili di un valore di mercato, sono così strettamente correlati alla dignità umana da richiedere all'ordinamento giuridico un dovere di astensione rispetto a soluzioni basate sulla suscettibilità di essere oggetto di valutazione economica"⁽²²⁵⁾.

Anche questa impostazione suscita perplessità. A parte il dato normativo specifico della loro recente inclusione in forma organica nel codice della proprietà

meccanica inserzione negli schemi della proprietà privata o pubblica ex art. 42, primo comma, Cost.", ammette che "per taluni aspetti l'assimilazione è possibile: così per l'espropriazione dei diritti di brevetto, prevista dagli artt. 60 e ss. del r.d. n. 1127 del 1939". In un'altra sentenza in tema di marchi (42/1986), la Corte, pur rigettando la questione, sembra fare un altro passo in questa direzione. Si afferma infatti, in chiusura della sentenza, prima della motivazione, che: "L'art. 42 comma secondo e terzo, lungi dal porre in dubbio la legittimità della norma impugnata, ne fornisce giustificazione perché anche la titolarità e il godimento dei beni immateriali vanno armonizzati con l'interesse sociale, la cui sussistenza nel caso di specie non compete a questa Corte verificare".

⁽²²¹⁾ GAMBARO, *Trattato dei diritti reali, cit.*, 201.

⁽²²²⁾ GAMBARO, *Ult. cit.*, 352.

⁽²²³⁾ *Ibidem*.

⁽²²⁴⁾ *Ibidem*. In particolare, cfr. nota (88).

⁽²²⁵⁾ MOSCARINI, *Ult. cit.*, 2007, 154.

industriale⁽²²⁶⁾, è indubitabile che le risorse economiche richieste allo sviluppo di queste utilità, rendono necessaria la previsione di un regime di appartenenza imperniato sull'attribuzione di diritti di esclusiva, pena la cessazione immediata di qualsiasi attività di ricerca in questo ambito⁽²²⁷⁾.

In conclusione, sembra di potersi affermare che nella riflessione costituzionale sui beni della proprietà intellettuale, a parte rari contributi, peraltro risalenti, manca una generale presa di posizione sul fatto che la tutela da accordarsi a tali beni non deve risiedere tanto nell'esigenza di far partecipare i terzi del frutto dell'invenzione e di connettere i diritti dell'inventore con il frutto del progresso, quanto, prima di ogni altra cosa, nella necessità di proteggere il frutto del proprio lavoro, frutto che va riguardato in termini dominicali per rivendicare il diritto di esclusiva dell'inventore sulla propria invenzione⁽²²⁸⁾.

Peraltro, questa "necessità" trova oggi il suo massimo riconoscimento nell'art. 17 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (che, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha, dal 1° dicembre 2009, il medesimo valore dei Trattati istitutivi dell'Unione Europea⁽²²⁹⁾). Riconoscimento questo che non potrebbe essere espresso in termini più chiari, poiché, secondo

⁽²²⁶⁾ Il contributo citato (Moscarini, 2007) è soltanto di pochi mesi successivo all'emanazione della legge 22 febbraio 2006, n. 78, di conversione del decreto legge 10 gennaio 2006, n. 3, che, a distanza di quasi dieci anni dall'emanazione della Direttiva 98/44 in materia di protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, provvedeva per la prima volta a disciplinare questi ritrovati nel nostro ordinamento. È pertanto plausibile che in quel momento si potesse dubitare dell'opportunità di equipararle alle altre invenzioni brevettabili. Oggi, peraltro, la disciplina delle invenzioni biotecnologiche, con d.lgs. 13 agosto 2010, n. 131, è confluita nel Codice della proprietà industriale.

⁽²²⁷⁾ Secondo il *Parere sul nuovo codice della proprietà industriale* reso dal Consiglio di Stato, l'evoluzione della disciplina dei beni della proprietà intellettuale "si ricollega poi allo sviluppo della ricerca ed al realizzarsi di nuove tecnologie, che comportano investimenti e rischi economici ingentissimi e che richiedono strumenti giuridici di protezione particolarmente efficaci" (Consiglio di Stato, *Ad. Gen. Parere*, 25-10-2004, n. 2/04, in *Foro It.*, 2005, III, 209).

⁽²²⁸⁾ La tesi è sostenuta da G. OPPO, *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Padova, 1969, 1419 ss. Peraltro, come si vedrà nella seconda parte della ricerca, la giurisprudenza costituzionale è sembrata ad un certo punto avallare una tale tesi (C. Cost. 20/1978), per poi però tornare ad avere una posizione sostanzialmente non indefinibile nella poca, scarna, giurisprudenza successiva.

⁽²²⁹⁾ Secondo quanto stabilito dal nuovo art. 6 del Trattato sull'Unione Europea (Versione Consolidata), in base al quale "1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni. 2 L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. 3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".

l'art. 17, “*La proprietà intellettuale è protetta*”. Ed è protetta con gli strumenti dell'art. 17 che disciplina appunto il diritto di proprietà.

Come si argomenterà diffusamente nella seconda parte della ricerca, è proprio la Carta di Nizza, assieme alla CEDU, a costituire l'asse portante dello “scenario normativo” sui cui si deve incardinare la tutela di detti beni. Ragionare all'infuori di questo perimetro significa, evidentemente, mettersi su di un piano più ideologico che giuridico.

In Italia, sul punto, si possono forse richiamare, conclusivamente, le parole utilizzate dal Consiglio di Stato nel *Parere sul nuovo codice della proprietà industriale*, secondo cui “*L'utilizzazione del termine proprietà [ndr, per i diritti sulle creazioni intellettuali] è ormai sintomatico dell'intenzione di riconoscere queste posizioni giuridiche come posizioni giuridiche originarie, legate all'opera del pensiero umano, oggetto principe della proprietà: se è immaginabile un oggetto della proprietà, personale ed indipendente, questo è proprio il pensiero umano*”⁽²³⁰⁾.

Nel nostro ordinamento, le conseguenze di una tale lettura, dal punto di vista pratico, sarebbero rilevanti. Ma, come è evidente dal caso dei *domain names*, di cui si dà cenno qui di seguito, il dato non sembra essere stato ancora “assunto” dagli interpreti.

3.1. Il caso dei *domain names* aziendali

Un esempio delle conseguenze pratiche che deriverebbero dalla definitiva riconducibilità dei beni della proprietà industriale allo statuto dell'art. 42 della Costituzione, lo si può rinvenire nel caso dei *domain names*⁽²³¹⁾.

Su tali beni, in assenza di una norma specifica, è problematica la costituzione di forme di garanzia. Eppure, per un'impresa, dato il valore rilevante che tali utilità possono assumere la questione non è di scarso rilievo.

Una stretta interpretazione del dato normativo di partenza, l'art. 2784 c.c., secondo cui “*Possono essere dati in pegno i beni mobili, le universalità di mobili, i crediti a altri diritti aventi per oggetto beni mobili*”, aveva portato la dottrina –

⁽²³⁰⁾ Consiglio di Stato, *Ad. Gen. Parere*, 25-10-2004, n. 2/04, in *Foro It.*, 2005, III, 209.

⁽²³¹⁾ Sull'argomento, cfr. C.M. CASCIONE, *I domain names come oggetto di espropriazione e di garanzia: profili problematici*, *Dir. Inf. Inf.*, 2008, 25 ss.; nonché ID., *Garanzie e nuovi beni. Sulla collateralization di nomi di dominio, pagine web, banche dati*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2010, 3, 69 ss.; ID., *I nomi a dominio aziendali*, in G. RESTA, (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Milano, 2011, 400 ss.; P. SAMMARCO, *Il regime giuridico dei “nomi a dominio”*, Milano, 2002; nonché ID., *La tutela giudiziaria del nome a dominio in Italia*, in <http://www.fog.it/convegni/programmi/03-05-30-rel-Sa.rtf>.

nell'ambito del più volte citato "sistema del Codice" – a limitare l'ambito di operatività della disposizione ai beni corporali⁽²³²⁾.

Tuttavia la giurisprudenza ha già da tempo ammesso, attraverso l'interpretazione estensiva della norma appena citata, la costituzione di pegno su taluni beni immateriali. L'esempio ricorrente è quello del pegno di quote di srl⁽²³³⁾.

In materia di diritto d'autore, secondo l'art. 111 della Legge 633/1941 (*Legge sul Diritto d'Autore*), è possibile la costituzione di pegno, ma non sui diritti di pubblicazione e di utilizzazione dell'opera, bensì sui soli "proventi dell'utilizzazione" e sugli "esemplari dell'opera"⁽²³⁴⁾.

Con riferimento più specifico alle invenzioni industriali, l'art. 69 del RD 1127/1939 (*Legge Brevetti*) prevedeva che "diritti di garanzia sui brevetti per invenzioni industriali devono essere costituiti per crediti in denaro"; similmente, secondo l'art. 49 del RD 929/1942 (*Legge Marchi*) si possono costituire atti di garanzia sui marchi. Queste disposizioni sono da ultimo confluite nel Codice della proprietà industriale che, all'art. 138, prevede che devono essere resi pubblici mediante trascrizione presso l'Ufficio Italiano Marchi e Brevetti "gli atti... che costituiscono... diritti di garanzia... ai sensi dell'art. 140" e al successivo articolo 140 che "I diritti di garanzia sui titoli di proprietà industriale devono essere costituiti per crediti di denaro".

L'attuale Codice della proprietà industriale prevede dunque la possibilità di costituire diritti di garanzia sui "titoli di proprietà industriale". Ai sensi dell'art. 1 del Codice, l'espressione proprietà industriale comprende "marchi ed altri segni distintivi, indicazioni geografiche, denominazioni di origine, disegni e modelli, invenzioni, modelli di utilità, topografie dei prodotti a semiconduttori,

⁽²³²⁾ In questo senso, andrebbero tenute in conto le esperienze di altri paesi. Ad esempio, il nuovo Libro IV del *Code Civil* nella parte in cui tratta delle garanzie in generale contiene un parte specifica dedicata al pegno di beni immateriali. Significativa è poi l'esperienza nordamericana. L'art. 9 UCC (*Uniform Commercial Code*), nella versione sottoposta a revisione nel 2001, nel dettare la disciplina dei *security interest* (ossia ogni accordo volto a creare un diritto su personal property a garanzia del pagamento di una somma di denaro o dell'adempimento di un'obbligazione), allarga notevolmente l'oggetto della garanzia. Schematicamente, l'art. 9 UCC prevede tre categorie di collateral: "tangible" ("consumer goods, inventory, farm products, equipment"), "quasi-tangible" ("documents such as warehouse, receipts and bill of lading, chattel papers, instruments, including promissory notes and investment properties like stocks and bonds") ed "intangible" ("accounts, deposit accounts, health care insurance receivables and "general intangibles"). Quasi'ampia formulazione, soprattutto nell'espressione di chiusura, "general intangibles", ha permesso di utilizzare come *collaterals* i beni immateriali e in particolare i diritti della proprietà intellettuale.

⁽²³³⁾ Peraltro, dopo la riforma del diritto societario, una tale possibilità è stata cristallizzata nel dato normativo, e ora l'art. 2471-bis c.c. espressamente prevede che "La partecipazione [ndr, in una srl] può formare oggetto di pegno, usufrutto e sequestro".

⁽²³⁴⁾ Precisamente, ai sensi del citato art. 111, "I diritti di pubblicazione dell'opera dell'ingegno e di utilizzazione dell'opera pubblicata non possono formare oggetto di pegno, pignoramento e sequestro né per atto contrattuale, né per via di esecuzione forzata, finché spettano personalmente all'autore. Possono invece essere dati in pegno o essere pignorati o sequestrati i proventi dell'utilizzazione e gli esemplari dell'opera, secondo le norme del codice di procedura civile".

informazioni aziendali riservate e nuove varietà vegetali". La disposizione, dunque, non li ricomprende. Tuttavia, l'art. 2, nel disciplinare le diverse fattispecie di costituzione ed acquisto di tali diritti, distingue tra diritti "titolati" (susceptibili di acquisto mediante brevettazione o registrazione) e diritti "non titolati" che sono invece protetti "ricorrendone i presupposti di legge", e, il medesimo art. 2 (quarto comma), fa rientrare in tale ultima categoria "i segni distintivi diversi dal marchio registrato, le informazioni aziendali riservate, le indicazioni geografiche e le denominazioni di origine".

Ora, secondo una parte della dottrina⁽²³⁵⁾, i *domain names* (ma solo quelli aziendali) potrebbero essere ricompresi tra i "segni distintivi diversi dal marchio registrato" e, se così fosse (se si dovesse cioè aderire a questa interpretazione), gli artt. 138 e 140 potrebbero divenire la base normativa da cui desumere direttamente la sostituibilità di diritti di garanzia sui nomi di dominio⁽²³⁶⁾.

Peraltro, secondo i sostenitori di questa ipotesi, "anche a voler ritenere che i nomi di dominio non siano "titoli di proprietà industriale", dovrebbe comunque optarsi per la possibile costituzione di garanzie su di essi" ⁽²³⁷⁾. Deporrebbero in tal senso "innanzitutto una considerazione di politica del diritto: i domain names sono commodities oggetto di scambio"⁽²³⁸⁾; inoltre "[m]olto spesso hanno un valore di mercato di gran lunga esorbitante rispetto al loro costo di registrazione"⁽²³⁹⁾; infine, in questo settore, spesso si registrano "pratiche di rivendita dei nomi di dominio, anche a cifre – in taluni casi – elevatissime"⁽²⁴⁰⁾. In conclusione, "[s]e questo è vero, non avrebbe senso, da un lato consentire la circolazione volontaria dei nomi di dominio e, dall'altro, impedire la costituzione di garanzie su di essi"⁽²⁴¹⁾.

Ora – a parte la divisibilità delle affermazioni accennate – una soluzione come quella prospettata, o almeno con gli "strumenti" che si sono prospettati, appare però difficilmente percorribile. A giocare "contro", vi sono, in generale, tutte le ragioni di cui abbiamo conto nei capitoli precedenti, tra cui il fatto che l'art. 810 c.c. nell'interpretazione che "coerentemente" (coerentemente

⁽²³⁵⁾ Così, espressamente, G. FLORIDIA, *Il codice della proprietà industriale: disposizioni generali e principi fondamentali*, in *Diritto Industriale*, 1, 2005, 11, ss., D. SARTI, *Il codice della proprietà industriale: impianto sistematico e criticità*, in *Studium Iuris*, 2007, 14. Cfr. altresì Tribunale di Napoli, 7 luglio 2005, in *Foro it.*, 2006, 2, 598, secondo cui "Il nome a dominio aziendale, tale essendo quello utilizzato in ambito imprenditoriale, o almeno pubblicitario, costituisce – nella vigenza del codice della proprietà industriale – segno distintivo tipico non titolato, e – a fronte dell'altrui condotta confusoria – usufruisce della tutela giurisdizionale, anche inibitoria cautelare, prevista dal capo III del codice per tutti i diritti di proprietà industriale".

⁽²³⁶⁾ In questo senso, cfr. C.M. CASCIONE, *I domain names come oggetto di espropriazione e di garanzia...*, cit., 2008, 25ss.

⁽²³⁷⁾ ID., *Garanzie e nuovi beni. Sulla collateralization di nomi di dominio, pagine web, banche dati*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2010, 3, 86.

⁽²³⁸⁾ *Ibidem*.

⁽²³⁹⁾ *Ib.*

⁽²⁴⁰⁾ *Ib.*

⁽²⁴¹⁾ *Ib.*

rispetto alla generalità delle norme del libro terzo del Codice civile) viene ad esso data dalla maggior parte della dottrina impedisce che ai beni immateriali possa essere attribuita la qualificazione di “beni in senso giuridico” e il fatto che, in applicazione del principio del *numerus clausus* dei diritti reali, un allargamento della schiera dei beni è consentito solamente per espresso richiamo da parte del legislatore⁽²⁴²⁾. E vi sarebbero poi (meno forti e forse superabili) ragioni di carattere specifico che attengono, ad esempio, alle modalità di costituzione della garanzia: trattandosi di un bene immateriale, si dovrebbe operare attraverso un regime di trascrizioni, e sarebbe dunque necessario, analogamente a quanto avviene per i marchi e i brevetti, istituire appositi registri, probabilmente presso la RA (*registration authority*) italiana⁽²⁴³⁾.

Ci troviamo così di fronte ad una situazione in cui, da una parte, la pratica degli affari premerebbe per estendere anche ai diritti c.d. “non titolati” la possibilità di costituire su di essi diritti reali di garanzia⁽²⁴⁴⁾, ma, dall'altra, la rigidità del sistema normativo, non permette, come si è accennato, di aggiungere fattispecie per via interpretativa⁽²⁴⁵⁾.

⁽²⁴²⁾ In questo senso, per tutti, cfr. M. RICOLFI, *Il diritto d'autore*, in *Trattato di Diritto Commerciale*, Padova, 2001, 460 ss.

⁽²⁴³⁾ Peraltro, un tale aspetto problematico è sollevato anche da Cascione (*ult. cit.*), che pure, come si è visto, sarebbe generalmente propensa ad ammettere la possibilità della costituzione di garanzie su beni “non titolati”.

⁽²⁴⁴⁾ Peraltro, a conclusioni simili si arriverebbe ragionando su altri *asset* immateriali di importanza strategica, ad esempio per le e-companies, quali sono le *pagine web* o i *data base*. Le *pagine web* sono opere c.d. multimediali che combinano in un unico prodotto opere di generi differenti (parole, immagini, suoni, etc.), normalmente fruibili attraverso mezzi di comunicazione diversi ma la cui coesistenza è assicurata da un formato omogeneo, quello digitale, e da un programma. Mancando di una regolamentazione specifica, in dottrina e giurisprudenza si ritiene siano, per quanto possibile, riconducibili alla disciplina del diritto d'autore o a quella delle banche dati. In entrambi i casi sarebbe dunque applicabile la garanzia di cui all'art. 111 LdA, che, come visto, ha comunque caratteristiche sue particolari rispetto ai titoli della proprietà industriale (*i.e.* permette la costituzione di pegno non sui diritti di pubblicazione e di utilizzazione dell'opera ma solo sui “proventi dell'utilizzazione” e sugli “esemplari dell'opera”; senza contare che le forme di pubblicità previste dalla legge sul diritto d'autore (artt. 103 e 104) hanno efficacia meramente dichiarativa e non costitutiva). E ancora a conclusioni simili si arriverebbe esaminando la possibilità di costituire collateral su *data base*. Diverso il caso degli Stati Uniti; qui esiste una valvola generale, l'art. 9 UCC (*Uniform Commercial Code*), che offre una generalizzata tutela ai “*general intangible*”. In particolare, poi, quanto alle modalità di costituzione e perfezionamento della garanzia, se i *data base* non sono pubblici potrà essere applicata la *Trade secret law*, se invece la banca dati possiede i requisiti necessari potrebbe anche applicarsi la *Copyright law*.

⁽²⁴⁵⁾ Ben diverso è, come si è accennato, il panorama statunitense. Una prima questione riguarda la loro riconducibilità ai “*general intangibles*” di cui all'art. 9 UCC (*Uniform Commercial Code*). I *domain names* sono assimilabili ai marchi “*when identify and distinguish the source of goods or services available through a web site*”; per questa via essi sono riconducibili dunque agli *intangibles* tutelati. Diverso è però il discorso per quei *domain names* che non sono allo stesso tempo trademarks, vale a dire i *domain names* “generici”, che, da un punto di vista commerciale, sono peraltro quelli considerati di maggior valore (sex.com sarebbe valutato attorno ai 250 mln di dollari), e dunque meglio si presterebbero ad essere utilizzati come *collateral*. In relazione ad essi, le Corti statali e federali hanno proposto due soluzioni: la loro assoggettabilità al regime della *property* o, al contrario, la loro qualificazione come *contract service*. Le conseguenze divergono

Si arriva a identiche conclusioni anche ragionando in termini di pignorabilità dei *domain names*. Ferma l'assenza di disposizioni normative al riguardo, è possibile registrare una sola sentenza, resa dal Tribunale di Bologna⁽²⁴⁶⁾.

Nel mondo delle cose, i *domain names* sono beni a tutti gli effetti: essi possono essere scambiati; spesso rappresentano una delle principali voci di attivo nel patrimonio di un'impresa (oltre a marchi, brevetti, copyrights); si tratta dunque di stabilire se il titolare divenga titolare di un diritto assoluto o di un mero diritto di credito.

Il Tribunale di Bologna citato esclude questa possibilità, da una parte, sulla base della difficoltà di qualificazione giuridica e, dall'altra, sull'asserito dato di fatto secondo cui “*il domain name serve ad identificare non solo il marchio ma ogni segno distintivo e identificativo dell'utilizzatore ed è quindi prevalente il collegamento al "soggetto", onde non si comprende come possa essere venduto a terzi e da questi utilizzato*”.

Le considerazioni espresse dal Tribunale sono state oggetto di critica severa⁽²⁴⁷⁾. In fatto, perchè i *domain names* hanno in taluni casi un mercato relevantissimo che certamente prescinde dal “*collegamento al soggetto*”. In diritto, perchè la non completa previsione legislativa non può indurre a rinunciare alla loro qualificazione. Semmai deve indurre l'operatore ad uno sforzo maggiore. E, se ne ravvisi la necessità anche ad interrogare il giudice delle leggi, soprattutto laddove il testo normativo, in via interpretativa, non consenta un armonico inserimento della fattispecie nell'ordinamento⁽²⁴⁸⁾.

moltissimo (anche nella tradizione di *common law*, infatti, i *security interest* sono, per espressa definizione normativa, un diritto su *personal property*). A favore della natura di *contract service*, si possono citare i casi *Dorer v. Arer* (Corte Suprema della Virginia, 1999), in cui è stata esclusa la possibilità di esperire procedure esecutive su *domain names*, e *Network Solutions, Inc. v. Umbro* (Corte Suprema della Virginia, 2000), in cui è stata esclusa la sottoponibilità a *garnishment* dei nomi di dominio, in quanto prodotti di un *contract for service*. Per questa via la costituzione di garanzie sopra tali beni non è dunque percorribile. Da un altro lato però, l'entrata in vigore del *Cybersquatting Act* (1999) e alcune differenti prese di posizione delle Corti, hanno invece indotto ad optare per l'opposta qualificazione dei *domain names* in termini di *property rights*. A questo proposito si possono citare i casi *Online Partners.com Inc. v. Atlanticnet Media Corp.* (N.D.Cal., 2000) e *Caesar World, Inc. v. Caesar's Palace.com* (Corte Suprema della Virginia, 1999) nei quali si è definitivamente sancita la rispondenza dei *domain names* al concetto di *property*, intesa come *bundle of rights* (che, grosso modo, è la traduzione inglese del concetto di polisemia della nozione di proprietà). Tale configurazione ha come diretta implicazione la possibile costituzione di un *security interest* su di essi. Più simile all'esperienza italiana è stato invece l'orientamento delle Corti tedesche, secondo cui la registration authority corrisponderebbe al soggetto titolare un'esclusiva soltanto di fatto e non giuridica, in quanto sarebbe assente una specifica disciplina attributiva. Di conseguenza, l'unica situazione soggettiva giuridicamente rilevante è quella costituita dal diritto di credito vantato nei confronti della registration authority in base al contratto atipico di assegnazione dell'indirizzo (Cfr., CASCIONE, *Ult. cit.*, 83 ss.).

⁽²⁴⁶⁾ Trib. Bologna, Ord. 22 marzo 2000, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2002, 39 ss.

⁽²⁴⁷⁾ CASCIONE, *Ult. cit.*, 27.

⁽²⁴⁸⁾ E, per la verità, i riferimenti normativi esistenti sarebbero forse contraddittori ma non escludenti. L'art. 2910 c.c. in tema di espropriazione forzata dispone l'espropriabilità dei beni del

Come si vedrà nella seconda parte della ricerca esaminando la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sulle *nuove proprietà* e i *nuovi beni*⁽²⁴⁹⁾, si può forse arrivare a conclusioni diverse se si guarda alla possibilità del riconoscimento di tali beni all'interno della nozione costituzionale di proprietà (anche per il tramite delle "tradizioni costituzionali comuni europee" come interpretate dalle Corti di Lussemburgo e Strasburgo).

Qui valga solo la pena accennare, con specifico riferimento ai *domain names*, che per la Corte costituzionale federale tedesca (*Bundesverfassungsgericht - BVerfG*), pur rigettandosi le istanze specifiche, "*the applicant had a right to use the domain in question, which constituted "property" under the Basic Law*"⁽²⁵⁰⁾, e che per la Corte di Strasburgo, chiamata a pronunciarsi sullo stesso caso⁽²⁵¹⁾, "*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 with*"⁽²⁵²⁾.

3.2 La proprietà di parti del corpo e i limiti alla brevettabilità di invenzioni biotecnologiche

Nell'ambito dei nuovi beni immateriali, sta assumendo un'importanza via via crescente il settore delle biotecnologie.

I nuovi metodi di diagnosi, prevenzione e cura di malattie gravissime, lo studio sugli alimenti privi di allergeni specifici, la difesa delle colture contro i parassiti senza l'impiego di pesticidi, le tecniche di biorisanamento ambientale

debitore, a prescindere dalla materialità degli stessi. E l'art. 2740 nel fissare il patrimonio del debitore utilizza una formulazione che, come si è già visto, ben potrebbe comprendere anche le utilità immateriali. L'art. 492 c.p.c. nel descrivere la procedura fa riferimento alle cose, ma non vi è motivo di ritenere che, in questo caso, così come avviene spesso nell'interpretazione di altre norme del codice di rito, il termine cosa possa essere inteso come sinonimo di bene, così ricomprendendovi anche i beni immateriali, e questo proprio perchè la prima parte dell'art. 492 fa riferimento appunto al termine bene. E in ogni caso, nel nostro ordinamento, da una analisi sistematica può rilevarsi che l'esecuzione forzata dei beni della proprietà industriale era già prevista dall'art. 87 del RD 1127/1939 per quanto riguarda i brevetti per invenzioni industriali, e dall'art. 39 del RD 1411/1940 per i brevetti per modelli industriali. Tali norme poi riunificate nell'art. 137 dell'attuale c.p.i. (CASCIONE, *Ult. cit.*, 27.).

⁽²⁴⁹⁾ Cfr. Parte Seconda, Capitolo II, Par. 2, Lett. c).

⁽²⁵⁰⁾ BvR 1306/02, Sent. 24 nov. 2004.

⁽²⁵¹⁾ Corte dei diritti, 18 settembre 2007, *Paeffgen GmbH v. Germany*.

⁽²⁵²⁾ Corte dei diritti, *ult. cit.*, *The law*, Par. 1.

grazie a microrganismi ed enzimi “ingegnerizzati”, sono solo alcune fra le più rilevanti innovazioni prodotte dalla moderna ricerca biotecnologica⁽²⁵³⁾.

Le questioni teoriche sottostanti sono peraltro di particolare complessità poiché non riguardano solamente la generale disciplina dei beni dell’informazione e della conoscenza (i beni immateriali *tout court*), ma attengono anche alla necessità di disciplinare il mondo dell’infinitamente piccolo o dell’impercettibile (si discute ad esempio se l’infinitamente piccolo possa appartenere alla categoria delle *res communes omnium* fino a quando non si perfezionino adeguati strumenti di isolamento e appropriazione), e soprattutto, in taluni casi, hanno ad oggetto la necessità di definire giuridicamente la natura e il regime del materiale biologico umano, e dunque di “parti” del corpo umano, per le quali, indipendentemente dall’“infinitesimità” ed eventuale replicabilità, si pongono delicatissime questioni che vanno dalla facoltà di considerare *in commercium* i molti miliardi di cellule che si “staccano” da un individuo nel corso della sua esistenza piuttosto che di attribuire loro la qualifica di *res derelictae*, ancorché possano assumere notevole valore economico, e che arrivano fino a travalicare le ragioni, pure essenziali, che attengono la dignità umana per confluire nel dibattito, etico-filosofico ma necessariamente anche giuridico, su dove si debba collocare l’inizio della vita, quando ad esempio si discute della brevettabilità delle cellule staminali embrionali.

Nella prospettiva dell’analisi che si sta svolgendo, si proverà qui ad accennare alle seguenti due questioni, di cui la prima è la premessa logica della seconda: da una parte, in via preliminare, si svolgeranno alcune considerazioni relative al regime di circolazione delle parti più microscopiche del corpo umano, vale a dire delle cellule e del DNA contenuto in ciascuna di esse, destinate appunto alla ricerca biotecnologica e, dall’altra, si farà riferimento ai limiti di brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche che hanno tale oggetto⁽²⁵⁴⁾.

Come noto, anche un numero ridotto di cellule umane, come tale insignificante per l’individuo, può essere coltivato in vitro; può essere ibridato, cioè fuso con altro materiale genetico; può essere immortalizzato, mediante trasfezione con genomi di retrovirus o DNA retrovirale, al fine di mantenere perpetuamente in vita un ceppo cellulare. Coltivate in vitro le cellule umane immortalizzate si riproducono indefinitamente per mitosi. Operazioni analoghe, anche se tecnicamente più complesse, possono essere compiute partendo dal solo DNA.

La questione circa l’appartenenza di ceppi cellulari umani coltivati e riprodotti in vitro è stata per la prima volta affrontata nell’oramai celeberrima

⁽²⁵³⁾ G. GHIDINI, G. CAVANI, *Introduzione*, in G. GHIDINI, G. CAVANI (a cura di), *Brevetti e biotecnologie*, Luiss University Press, 2008, 9.

⁽²⁵⁴⁾ In questo senso, cfr. R. ROMANO, “Ownership and Provenance” of Genetic Material in the Rules on Biotechnological Patents, in R. BIN, S. LORENZON, N. LUCCHI (a cura di), *Biotech Innovations and Fundamental Rights*, Springer Verlag Italia, 2012, 69 ss.

sentenza *Moore*⁽²⁵⁵⁾. Una tale questione ammette tre soluzioni. La prima suggerisce di eliminare qualunque situazione di appartenenza. Poiché le cellule una volta staccatesi dal corpo sarebbero indubbiamente delle *res*, ciò imporrebbe, per tali cellule, di adottare il regime delle *res communes omnium* con conseguente disconoscimento sia della appartenenza originaria all'individuo, sia, e soprattutto, del lavoro di ibridazione, immortalizzazione e coltivazione in vitro dei ceppi cellulari. La seconda soluzione (fatta propria dalla Corte d'Appello californiana) assegnerebbe invece l'appartenenza del ceppo cellulare, il quale in ipotesi può assumere valori economici molto elevati, all'individuo dal quale sono state prelevate le cellule originarie. La terza soluzione si concreterebbe nel riconoscere l'appartenenza a coloro che hanno coltivato, con le tecniche anzidette, il ceppo cellulare.

Ora, la prima soluzione è considerata – da un giurista, Gambaro, che potremmo definire “pragmatico” – manifestamente irragionevole (perché applicare il regime delle *res communes* di fronte a *res* che provengono da un regime di appartenenza e la cui specificazione è frutto di lavoro umano?)⁽²⁵⁶⁾; entrambe le due successive soluzioni sembrerebbero invece più aderenti ai dati

⁽²⁵⁵⁾ Corte d'Appello della California, *Moore v. UCLA*, 31.7.1988.

⁽²⁵⁶⁾ Cfr. GAMBARO, *cit.*, 44. Tra i pragmatici, in ambito diverso ma non così dissimile, è doveroso citare Zeno-Zencovich. Secondo il giurista (ZENCOVICH “*Sex and the contract*”: *dal mercimonio al mercato*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2007/4, pp. 1191 e ss.), non si può essere certi di poter escludere dal novero delle nuove proprietà (nel senso di beni che entrano nel circuito della commerciabilità) il sesso, inteso come “*bene di consumo*” (Per una generale ricognizione sulla mercificazione del corpo e della sessualità si può fare riferimento a M. R. MARELLA, *Bocca di rosa, Roxanne e le altre. considerazioni in tema di sesso, mercato e autonomia privata*, in *Polemos*, 2/2008; M.J. RADIN, *Contested Commodities: The Trouble with Trade in Sex, Children, Body Parts, and Other Things*, Harvard University Press, 1996. Con specifico riguardo ai rapporti fra sesso e *commodification*, cfr. A. LUCAS, *The Currency of Sex. Prostitution, Law and Commodification*, in M.M. ERTMAN & J. C. WILLIAMS (eds), *Rethinking Commodification*, New York University Press, 2005, 248; V.A. ZELIZER, *Money, Power and Sex*, in 18 *Yale J. L. & Feminism*, 2006, 303; IB., *The Purchase of Intimacy*, Princeton University Press 2005). In estrema sintesi, scrive Zencovich che: (i) alcuni “prodotti” del mercato del “sesso” integrano, di fatto, contratti di compravendita, anziché di servizi (*Ult. cit.*, 1206ss); (ii) le prestazioni sessuali hanno (spesso) per oggetto, in via diretta, mediata (videocassette, ecc.), o a distanza (anche di pochi metri, come gli spettacoli dal vivo o i rapporti a breve distanza), parti del corpo umano e non sempre è automatico invocare (a nullità) il principio della tutela della “dignità umana” (*Ult. cit.*, 1219ss); (iii) dal punto di vista della teoria economica il sesso è un “bene di consumo” e pur essendo generalmente soddisfatto fuori dal mercato non si può escludere (come effettivamente avviene) che, in caso di “insoddisfazione”, vi si cerchi rimedio dentro il mercato (*Ult. cit.*, 1225). Non offrire alcuna tutela a questo tipo di “scambi” (soprattutto per la parte che interessa il contraente debole del rapporto: il lavoratore del sesso che recita in un film rispetto al produttore, o l'acquirente di una videocassetta rispetto a chi la produce, ecc.), equivale a nascondere la testa sotto la sabbia. Ergo, attraverso la constatazione della sua (effettiva) “commerciabilità” anche il sesso (almeno una parte), inteso come *bene di consumo*, può/potrebbe diventare oggetto di (nuove?) proprietà. E del resto, a significare del pragmatismo di cui il legislatore sa rendersi protagonista, si potrebbe citare il caso, assai singolare, di una risalente e tuttora in vigore legge del Nevada di 40 anni secondo cui (per motivi di ordine pubblico?) la prostituzione è legalizzata solo nelle province dello Stato con meno di 400mila abitanti. (Cfr. D. ROVEDA, *Case chiuse si o no? Dilemma a Las Vegas*, in *Il Sole 24 Ore*, 26.03.11).

della realtà⁽²⁵⁷⁾. Esse, infatti, partono dall'assunto, in sé esatto, che le cellule distaccate dal corpo umano, eccezion fatta, ovviamente, per le cellule embrionali, non hanno alcun valore vitale per l'individuo e quindi qualsiasi prospettiva personalistica è esclusa. Ci si troverebbe dunque di fronte a cose per le quali sarebbe possibile applicare la disciplina generalmente prevista dal nostro ordinamento per i beni mobili.

Coerentemente con questa impostazione, la soluzione proposta da Gambaro si “coordina” al sistema del codice con assoluta linearità. Secondo il giurista, è chiaro infatti che l'individuo ha sulle proprie cellule una appartenenza originaria, non essendovi alcun motivo per disapplicare il principio generale dell'appartenenza del corpo, di tutto il corpo, alla persona; venendo però meno, nel caso delle cellule e del DNA, la *ratio* intrinseca alla regola della inalienabilità stabilita dall'art. 5 c.c. secondo cui “[g]li atti di disosizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume”, si deve concludere che si tratta di situazione di appartenenza disponibile e perciò regolabile mediante contratto. Perciò l'individuo il quale scopra di essere dotato di cellule, o materiale genetico, di speciale valore economico, potrà disciplinare mediante validi contratti le fasi successive al prelievo. Ove invece, come è frequente, non si addivenga alla stipulazione di alcun contratto e le cellule siano semplicemente abbandonate si applicherà la disciplina propria delle *res derelictae*. Ove non si tratti di abbandono spontaneo, ma di prelievo avvenuto in circostanze che secondo il nostro ordinamento lo giustificano, per es. a fini terapeutici, e solo successivamente si siano rivelate le speciali attitudini genetiche del ceppo cellulare coltivato in vitro, in tal caso si applicheranno le regole in materia di specificazione (art. 948 c.c.), che si attagliano perfettamente alla fattispecie, e da cui discende l'assegnazione della appartenenza sul ceppo allo specificatore. Ove invece il prelievo non sia giustificato, ma sia stato effettuato contro la volontà del prelevato, oppure mediante consenso carpito con frode, si applicheranno le regole in materia di spoglio e di restituzione dei frutti (art. 1148 c.c.), con conseguente attribuzione allo spogliato dell'appartenenza sul ceppo, dei frutti percetti e percipiendi, ma con indennità per miglioramenti (ibridazione, immortalizzazione, ecc.) a favore di colui o coloro che hanno coltivato le cellule in vitro (art. 1150, co. 2° c.c.)⁽²⁵⁸⁾.

Conclude Gambaro che, “*a parte i motivi di schizzinosità*”, non sembra dunque che vi siano ragioni per rifiutare l'inquadramento di queste parti

⁽²⁵⁷⁾ Ancorchè in questo caso vi sia un opposto filone di pensiero in dottrina, forse più “idealista” e certo non meno rilevante, secondo cui nel campo degli *ip rights* si pone una generale questione di “*iper-propertization*” il cui esito, come già si è accennato nel corso della presente ricerca, potrebbe essere quello di giungere ad una situazione di c.d. *tragedy of the anticommons*, per cui a causa dei veti incrociati dei troppi proprietari su “prodotti” alla fine analoghi si realizzerebbe una sottoutilizzazione delle risorse disponibili.

⁽²⁵⁸⁾ GAMBARO, *cit.*, 44.

infinitesime e replicantisi del corpo umano tra i beni, affidandole quindi a una disciplina positiva che non appare irrazionale o inadeguata⁽²⁵⁹⁾.

Si potrebbe dunque concludere sostenendo che il contesto di incommerciabilità muta di fronte a parti del corpo umano che si replicano spontaneamente nel nostro organismo. I parametri che rendono possibile la trasferibilità potrebbero essere: *a)* la replicabilità nel corpo umano del tessuto biologico considerato; *b)* la proporzione tra quantità con cui tale tessuto è presente nel corpo dell'individuo, in relazione alla quantità che ne viene distaccata; *c)* l'incidenza che il prelievo può avere sulla salute, anche psichica, dell'individuo.

In questo senso, un altro giurista “pragmatico” (Mattei), sostiene che rifiutare in via generale la struttura proprietaria e la natura di beni relativamente alle parti del corpo umano significa rimanere ostaggi della “*retorica dominante che privilegia la donazione degli organi e del sangue sulla vendita dei medesimi*”⁽²⁶⁰⁾. E questo atteggiamento, che spesso è in buona fede, finisce “*per perpetrare la discriminazione e per precludere la comprensione del funzionamento del mercato come strumento di allocazione di risorse scarse (quale il sangue o gli organi)*” (e, per le considerazioni poc’anzi accennate, il ragionamento è applicabile, forse in maniera addirittura più calzante, per le parti replicabili e infinitamente piccole del corpo umano, come sono appunto le cellule di un individuo)⁽²⁶¹⁾. Talché, sempre secondo Mattei, l’approccio corretto dovrebbe essere invece l’inverso a quello che generalmente si utilizza: le parti del corpo umano (la cui circolazione non ponga ovviamente questioni che attengono alla dignità umana o al diritto alla vita) vanno ricomprese nell’ambito della retorica proprietaria e va verificato “*se ed in che misura esistano limiti strutturali del mercato tali da far propendere per alternative istituzionali nell’allocazione di questi particolari beni*”⁽²⁶²⁾⁽²⁶³⁾.

Fatte queste premesse, si possono ora compiere alcune brevi considerazioni sull’altra questione, concernente i *limiti* alla brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche aventi ad oggetto materiale biologico umano⁽²⁶⁴⁾.

⁽²⁵⁹⁾ *Ib.*

⁽²⁶⁰⁾ U. MATTEI, *Qualche riflessione su struttura proprietaria e mercato*, *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1997, 22.

⁽²⁶¹⁾ *Ibidem.*

⁽²⁶²⁾ *Ult. cit.*, 23.

⁽²⁶³⁾ In questo senso, cfr. anche P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009, 84 ss.

⁽²⁶⁴⁾ È opinione comune che su questo punto esista un problema di ordine generale, che coinvolge anche gli assetti proprietari, e che riguarda il perimetro delle c.d. alterazioni brevettabili (M. TALLACCHINI, *Habeas corpus? Il corpo umano tra non commerciabilità e brevettabilità*, in *Bioetica*, 4/1998, 544). In particolare, risultano discussi i criteri di isolamento e purificazione. E vi è un problema di rapporto tra criteri naturalistici e giuridici nella qualificazione di ciò che è un artefatto (TALLACCHINI, *Ult. cit.*, 546). E il rischio è che si utilizzi la *fiction iuris* del brevetto in modo tale che esso divenga la prova e non il giudizio relativamente all’artificialità del materiale umano e dunque della sua commercializzazione (*Ult. cit.*, 547; ma in questo senso, cfr. anche G. RESTA, *Do we own our bodies? Il problema dell’utilizzazione del materiale biologico umano a*

(Lo si farà accennando alla brevettabilità di cellule staminali embrionali umane, oggetto della recente (e assai discussa) sentenza *Brustle*⁽²⁶⁵⁾, ma sempre nella “ridotta” prospettiva proprietaria, senza dunque accennare alle complesse problematiche di ordine etico e filosofico che si intrecciano, ancorché meno di quello che si pensa, a quelle di ordine giuridico⁽²⁶⁶⁾).

Il quadro normativo di riferimento è costituito dalla Direttiva 98/44/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 6 luglio 1998 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche. La direttiva non definisce il termine “invenzione” ma indica in novità (*novelty*), inventiva (*inventive step*) e applicabilità industriale (*industrial application*) i requisiti delle invenzioni biotecnologiche.

In particolare, ai sensi della art. 2, comma 1, lett. a) della direttiva: a) per “materiale biologico” deve intendersi “*un materiale contenente informazioni genetiche, autoriproducibile o capace di riprodursi in un sistema biologico*”; b) secondo l’art. 5, comma 1, “[i]l corpo umano, nei vari stadi della sua costituzione e del suo sviluppo, nonché la mera scoperta di uno dei suoi elementi, ivi compresa la sequenza o la sequenza parziale di un gene, non possono costituire invenzioni brevettabili”; c) secondo il comma 2 del medesimo articolo, “[u]n elemento isolato dal corpo umano, o diversamente prodotto, mediante un procedimento tecnico, ivi compresa la sequenza o la sequenza parziale di un gene, può costituire un’invenzione brevettabile, anche se la struttura di detto elemento è identica a quella di un elemento naturale”; ancora, d) secondo il considerando n. 42 “*le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali devono (...) essere escluse dalla brevettabilità; (...) tale esclusione non riguarda comunque le invenzioni a finalità terapeutiche o diagnostiche che si applicano e che sono utili all’embrione umano*”; e, infine, e) in base a quanto disposto dall’art. 4, comma 2,

scopo di ricerca e sfruttamento industriale, in *Studi in onore di Nicola Lipari*, vol. II, Milano, 2008, 2437, e ora anche in *Polemos*, 2/2008, p. 115).

⁽²⁶⁵⁾ Corte di Giustizia, Causa C-34/10, *Oliver Brustle v. Greenpeace eV*, 18 ottobre 2011.

⁽²⁶⁶⁾ In questo senso sono “illuminanti” le conclusioni dell’Avvocato generale Bot nella appena citata sentenza *Brustle*, secondo cui l’analisi dell’operatore del diritto chiamato a definire l’“embrione umano” non ha attorno a sé un orizzonte indefinito fatto di principi etici, ma più modestamente il testo della Direttiva 98/44. Ebbene, secondo Bot: “*il suo testo ci fornisce un’indicazione importante. Cosa si deve definire? La comparsa della vita? L’istante sorprendente che, in utero, vede trasformarsi ciò che non era forse che un insieme di cellule e divenire certamente non ancora un essere umano, ma già un oggetto di diritto o addirittura un soggetto giuridico? Certamente no. Non è questa la questione che risulta dalla lettera e dall’approccio della direttiva in parola che, grazie alla precisione dei termini utilizzati, ci porta a definire non la vita, ma il corpo umano. È infatti proprio il «corpo umano, ai diversi stadi della sua costituzione e del suo sviluppo», di cui essa rivendica la protezione quando lo dichiara esplicitamente non brevettabile. Il corpo esiste, si costituisce e si sviluppa indipendentemente da ciò che lo abita*”(Par. 72-73). In definitiva, dunque, la questione sollevata è “*quale forma, quale stadio dell’evoluzione del corpo umano debba ricevere la qualificazione giuridica di embrione*”. (Par. 72-74).

lett. c), sono considerate non brevettabili “*le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali*”⁽²⁶⁷⁾.

Sul punto, la normativa di recepimento, inizialmente contenuta nel d.l. 10 gennaio 2006, n. 3, poi ritrasfusa con d.lgs. 13 agosto 2010, n. 131, nel Codice della proprietà industriale, prevede, all’art. 81-*quinquies*, comma 1, lett. b), n. 3), c.p.i., che è esclusa da brevetto “*ogni utilizzazione di embrioni umani, ivi incluse le linee di cellule staminali embrionali umane*”.

Venendo ora alla citata sentenza della Corte di giustizia, in ipotesi suscettibile di avere conseguenze anche sulla normativa appena citata, questi in estrema sintesi i fatti di causa.

Il sig. Oliver Brüstle è titolare di un brevetto, depositato il 19 dicembre 1997, relativo a cellule progenitrici neurali⁽²⁶⁸⁾ isolate e depurate, ricavate da cellule staminali embrionali umane utilizzate per curare le malattie neurologiche. Secondo le indicazioni fornite dal sig. Brüstle, ne esistono già applicazioni cliniche, segnatamente su pazienti affetti da morbo di Parkinson

Su domanda presentata da *Greenpeace eV*, il *Bundespatentgericht* (Tribunale federale in materia di brevetti, Germania) ha dichiarato la nullità del brevetto del sig. Brüstle, in quanto ha ad oggetto procedimenti che consentono di ottenere cellule progenitrici a partire da cellule staminali di embrioni umani.

Il *Bundesgerichtshof* (Corte federale di cassazione, Germania), adito dal sig. Brüstle, ha deciso di interpellare in via pregiudiziale la Corte di giustizia, per quanto qui interessa, in merito all’interpretazione della nozione di «embrione umano», non definita dalla direttiva 98/44/CE, chiedendo di sapere se l’esclusione della brevettabilità dell’embrione umano riguardi tutti gli stadi della vita a partire dalla fecondazione dell’ovulo o se debbano essere soddisfatte altre condizioni, ad esempio che sia raggiunto un determinato stadio di sviluppo.

In sede di esame della nozione di «embrione umano», la Corte sottolinea innanzitutto che essa non è chiamata ad affrontare questioni di natura medica o etica, ma che deve limitarsi ad un’interpretazione giuridica delle pertinenti disposizioni della direttiva. Il contesto e la finalità di quest’ultima rivelano che il legislatore dell’Unione ha inteso escludere qualsiasi possibilità di ottenere un brevetto quando il rispetto dovuto alla dignità umana può esserne pregiudicato. Ne risulta, secondo la Corte, che la nozione di «embrione umano» deve essere intesa in senso ampio.

⁽²⁶⁷⁾ Secondo l'*Explanatory Statement* della Direttiva, il brevetto biotecnologico non attribuisce diritti di proprietà a parti del corpo; né è brevettabile il corpo nei vari stadi della sua formazione e sviluppo; così come non è brevettabile nemmeno la semplice scoperta di un suo elemento, ivi inclusa la sequenza totale o parziale di un gene.

⁽²⁶⁸⁾ Per “*cellule progenitrici*” si devono intendere le cellule corporee immature ancora in grado di moltiplicarsi. Siffatte cellule progenitrici hanno la capacità di svilupparsi e di differenziarsi in cellule corporee mature determinate. Le “*cellule progenitrici neurali*” sono definite come cellule immature che hanno la capacità di formare cellule mature del sistema nervoso, ad esempio neuroni.

Secondo la Corte, poi, “[s]i deve ricordare che, secondo una costante giurisprudenza, l’applicazione uniforme tanto del diritto dell’Unione quanto del principio di uguaglianza esige che una disposizione del diritto dell’Unione che non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata debba normalmente dar luogo, in tutta l’Unione, ad un’interpretazione autonoma e uniforme (v., in particolare, sentenze 18 gennaio 1984, causa 327/82, Ekro, Racc. pag. I-107, punto 11; 19 settembre 2000, causa C-287/98, Linster, Racc. pag. I-6917, punto 43; 16 luglio 2009, causa C-5/08, Infopaq International, Racc. pag. I-6569, punto 27, e 21 ottobre 2010, causa C-467/08, Padawan, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 32)”⁽²⁶⁹⁾.

E “sebbene il testo della direttiva non fornisca alcuna definizione dell’embrione umano, nemmeno rinvia ai diritti nazionali per quanto riguarda il significato da attribuire a questi termini. Ne risulta pertanto che esso dev’essere considerato, ai fini dell’applicazione della direttiva, come volto a designare una nozione autonoma del diritto dell’Unione, che deve essere interpretata in modo uniforme sul territorio di quest’ultima”⁽²⁷⁰⁾.

Nel merito, la Corte considera che sin dalla fase della sua fecondazione qualsiasi ovulo umano deve essere considerato come un «embrione umano», dal momento che la fecondazione è tale da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano. Deve essere riconosciuta questa qualificazione di «embrione umano» anche all’ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura e all’ovulo umano non fecondato indotto a dividersi e a svilupparsi attraverso partenogenesi. Anche se tali organismi non sono stati oggetto, in senso proprio, di una fecondazione, essi, per effetto della tecnica utilizzata per ottenerli, sono tali da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano come l’embrione creato mediante fecondazione di un ovulo.

E, dunque, nel suo dispositivo, coerentemente afferma la Corte che “costituisce un «embrione umano» qualunque ovulo umano fin dalla fecondazione, qualunque ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura e qualunque ovulo umano non fecondato che, attraverso partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi”.

Ma la parte di maggiore interesse sta però nel secondo alinea laddove, secondo la Corte “spetta al giudice nazionale stabilire, in considerazione degli sviluppi della scienza, se una cellula staminale ricavata da un embrione umano nello stadio di blastocisti costituisca un «embrione umano» ai sensi dell’art. 6, n. 2, lett. c), della direttiva 98/44”, ovvero se tale cellula staminale sia in grado di dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano e, come tale, di rientrare nella nozione di “embrione umano”.

⁽²⁶⁹⁾ C. giustizia, *cit.*, Par. 25.

⁽²⁷⁰⁾ *Ult. cit.*, Par. 26.

Ora, senza entrare nel merito della questione circa la natura della “*cellula staminale ricavata da un embrione umano nello stadio di blastocisti*”⁽²⁷¹⁾, il vero punto di interesse è in quel “*in considerazione degli sviluppi della scienza*” che, evidentemente, questo è il retropensiero della Corte, potrebbero indurre il giudice nazionale ad escludere la cellula staminale nello stadio di blastocisti dalla sua configurabilità come embrione umano.

Il punto non è stato affatto colto nei primissimi commenti di stampa alla sentenza⁽²⁷²⁾. Appare però immaginabile che le appena accennate necessità di interpretazione uniforme della nozione di «embrione umano»⁽²⁷³⁾, in uno con il precetto oggi contenuto nell’art. 17, secondo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea – il cui valore giuridico è dal 1 dicembre 2009, per l’effetto dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona parificato a quello dei trattati – secondo cui “*la proprietà intellettuale è protetta [ndr, con l’applicazione delle regole in tema di proprietà sancite dal primo comma di tale articolo]*”, potranno in effetti avere una qualche influenza in ordine ad una futura possibile valutazione di compatibilità dell’alinea “*ivi incluse le linee di cellule staminali embrionali umane*” contenuto all’art. all’art. 81-*quinquies*, comma 1, lett. b), n. 3), del nostro Codice della proprietà industriale, nel senso di verificare se tale esclusione non costituisca una limitazione eccessiva ai diritti del registrante e se in definitiva, non costituisca una violazione dei principi fondamentali dell’ordinamento comunitario, anche in tema di proprietà.

Peanut. Gli strumenti finanziari dematerializzati

⁽²⁷¹⁾ Secondo la comunità scientifica la “*cellula staminale ricavata da un embrione umano nello stadio di blastocisti*” è sì in grado di sviluppare una pluralità di organi ma pur tuttavia non può evolversi separatamente in un essere umano completo, e dunque il vero punto di discussione rimane che l’operazione di prelievo non comporti la distruzione dell’embrione umano. In questo senso, cfr. la giurisprudenza dell’*European Patent Office (EPO)*, e in particolare la pronuncia del *Board of Appeal* della *European Patent Court (EPC)* nel caso *Warf* (2007), secondo il cui l’unico limite sarebbe segnato dal fatto che il procedimento di estrazione della cellula staminale non determini la distruzione dell’embrione umano di provenienza (per una disamina della giurisprudenza delle corti europee sul punto cfr. A. PLOMER, *Stem Cell Patents in a Global Economy: the Legal Challenges*, in *Stanford Journal of Law, Science and Policy*, 2010, 3, 5-15; dello stesso autore, in corso di pubblicazione si segnala *Human Rights, Property Rights and Emerging Biotechnologies*, Johns Hopkins University Press, 2012).

⁽²⁷²⁾ Cfr., ad esempio, A. GALIMBERTI, *Cellule umane senza brevetto. Boccia la cura del morbo di Parkinson attraverso le staminali*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 marzo 2011, in occasione delle conclusioni dell’avvocato generale, e *Staminali no al brevetto quando c’è la distruzione dell’embrione*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 ottobre 2011, a seguito della sentenza.

⁽²⁷³⁾ Necessità di interpretazione uniforme imposta, ad esempio, anche dal fatto che il titolare di diritti di proprietà industriale e commerciale tutelati dalle norme di uno Stato membro non può richiamare tali norme per opporsi all’importazione o alla messa in commercio di un prodotto posto in commercio in un altro Stato membro (Corte di Giustizia, 14 settembre 1982, *Keurkoop Nancy*).

I *nuovi beni* e le *nuove proprietà* non riguardano solo i *beni immateriali* o *materiali* (privatizzati o privatizzabili, secondo quanto si è accennato). In dottrina⁽²⁷⁴⁾, si ritiene ad esempio che anche i *beni dematerializzati* vadano considerati tra i *nuovi beni*.

I *beni dematerializzati* sono beni che, a seguito dell'innovazione tecnologica, hanno “perso” la loro natura di *beni materiali* e “vivono” attraverso “*sequenze di bit*”⁽²⁷⁵⁾.

Le implicazioni che ne derivano riguardo alla (difficile) applicazione delle regole che conformano il diritto di proprietà, sono in tutto simili alle difficoltà che ricorrono in capo ai *beni immateriali*.

Alcune riflessioni in ordine alla posizione del risparmiatore/investitore con riferimento alla recente normativa sugli strumenti finanziari dematerializzati possono chiarire la questione.

Per l'immissione in circolazione di titoli nei mercati regolamentati (borsa valori o mercato ristretto)⁽²⁷⁶⁾ è oggi necessaria la presenza di quattro soggetti: la società emittente il titolo, il risparmiatore/investitore che lo acquista, la società di gestione accentrata⁽²⁷⁷⁾, e l'intermediario⁽²⁷⁸⁾. L'emissione di strumenti avviene attraverso la società di gestione accentrata. La società di gestione accentrata apre per ogni emittente un conto. Il risparmiatore, per operare nel mercato, deve a sua volta richiedere ad un intermediario autorizzato l'apertura di un conto. Il trasferimento degli strumenti finanziari dematerializzati e l'esercizio dei relativi diritti patrimoniali possono realizzarsi soltanto tramite il servizio prestato dall'intermediario autorizzato.

Nel passaggio “dalla carta all'informatica” si realizzano (almeno) i seguenti cambiamenti: *a)* al compratore e al venditore si sono aggiunti due nuovi soggetti (la società di gestione accentrata e l'intermediario); *b)* i titoli sono sostituiti da “iscrizioni” o “registrazioni”; *c)* non si configurano più situazioni di *proprietà* e *possesso*, bensì di *titolarità* e *legittimazione*; *d)* l'esercizio dei diritti incorporati in ogni strumento finanziario e il potere di disposizione sugli stessi possono realizzarsi solamente tramite soggetti all'uopo autorizzati; *e)* cambiano le regole sugli effetti del possesso di buona fede (dall'acquisto del possesso in buona fede del titolo cartaceo si passa alla registrazione in proprio favore in base a titolo idoneo e in buona fede), e conseguentemente cambiano le eccezioni opponibili (ad

⁽²⁷⁴⁾ G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, Il Mulino, Bologna, 2002 (nuova ed. 2006), p. 93.

⁽²⁷⁵⁾ *Ult. cit.*, 203.

⁽²⁷⁶⁾ La normativa di riferimento sugli strumenti finanziari dematerializzati (azioni e altri titoli rappresentativi del capitale di rischio ovvero obbligazioni) è contenuta nel D.lgs. 24 giugno 1998, n. 213, “*Disposizioni per l'introduzione dell'EURO nell'ordinamento nazionale, a norma dell'articolo 1, comma 1, della L. 17 dicembre 1997, n. 433*” (Titolo V, artt. 28-46).

⁽²⁷⁷⁾ Artt. 80-90 del D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, “*Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della L. 6 febbraio 1996, n. 52*”.

⁽²⁷⁸⁾ Artt. 5-60-bis del citato D.lgs. 58/1998.

esempio, non ha più senso prevedere eccezioni basate sulla falsità della firma), e cambiano le modalità di imposizione dei vincoli⁽²⁷⁹⁾.

Il problema che si apre per il costituzionalista è stato lucidamente inquadrato da Spada: “*La soppressione di modalità di accesso non intermediato alla ricchezza finanziaria (alla ricchezza assente) e di circolazione non intermediata di questa ricchezza rendono del tutto “nudo” il risparmiatore agli occhi degli attori dell’intermediazione*”⁽²⁸⁰⁾. È costituzionalmente legittima questa “nudità”? In particolare, la pluralità di regole (e costi) che l’intermediario discrezionalmente applica nel momento stesso in cui presta un “servizio imposto”⁽²⁸¹⁾ non incide forse sul diritto di proprietà del risparmiatore/investitore ponendo in capo a tale soggetto limitazioni eccessive al potere di disposizione e di godimento su quel bene?

4. Seconda macro-categoria: le licenze e le autorizzazioni all’esercizio di professioni protette

Licenses, franchises, benefits, subsidies, e altre utilità erogate dallo Stato sono per Reich tra gli esempi più significativi di *nuove proprietà*. Nel nostro ordinamento, attribuire a tali utilità la qualifica di beni non è operazione agevole. Pur tuttavia, secondo alcuni civilisti⁽²⁸²⁾, un buon metodo per individuare “*situazioni di evidente rilevanza reale*” nell’ambito delle licenze e autorizzazioni erogate dallo Stato è quello di “misurarne” la trasmissibilità per via successoria.

I risultati sono di un certo interesse. Nel saggio di Zoppini, “*Le “nuove proprietà” nella trasmissione ereditaria della ricchezza*”⁽²⁸³⁾, sono infatti trattate alla stregua di beni, nel senso che sono espressamente trasmissibili per via ereditaria, almeno le seguenti autorizzazioni e licenze: a) *l’autorizzazione alla conduzione di autoservizi pubblici non di linea* (art. 9, comma 2, l. 15 gennaio 1992, n. 21)⁽²⁸⁴⁾; b) *l’autorizzazione alla gestione degli impianti dei carburanti* (art. 16, l. 18 dicembre 1970, n. 745, e art. 19, d.p.r. 27 ottobre 1971, n. 1269)⁽²⁸⁵⁾⁽²⁸⁶⁾; c) *l’autorizzazione all’esercizio d’una farmacia* (art. 12, comma 12, l. 2

⁽²⁷⁹⁾ PASCUZZI, *ult. cit.*, pp. 92-93.

⁽²⁸⁰⁾ P. SPADA, *La circolazione della «ricchezza assente» alla fine del millennio*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1999, I, p. 424.

⁽²⁸¹⁾ PASCUZZI, *ult. cit.*, p. 96.

⁽²⁸²⁾ Il riferimento, in particolare, è al saggio di A. ZOPPINI, *Le «nuove proprietà» nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2000, II, p. 185-248.

⁽²⁸³⁾ A. ZOPPINI, *Le «nuove proprietà» nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2000, II, p. 185-248.

⁽²⁸⁴⁾ *Ult. cit.*, 201.

⁽²⁸⁵⁾ *Ult. cit.*, 202, e nota 64.

⁽²⁸⁶⁾ In questo caso, la giurisprudenza si è interrogata sulla validità della clausola che esclude dalla successione nel contratto il coniuge ovvero la limita ai consanguinei entro il secondo grado (tesi

aprile 1968, n. 475 e art. 7, comma 9, l. 8 novembre 1991, n. 362, come modificato dall'art. 5 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223)⁽²⁸⁷⁾; d) la *qualifica di "coadiutore" relativamente ai magazzini di distribuzione e vendita dei generi di monopolio* (combinato disposto artt. 9, commi 2 e 4, l. 22 dicembre 1957, n. 1293 e 45, d.p.r. 14 ottobre 1958, n. 1074)⁽²⁸⁸⁾; e) l'*autorizzazione alle rivendite fisse di giornali* (art. 14, l. 5 agosto, 1981, n. 416)⁽²⁸⁹⁾; f) il *diritto di abitazione negli alloggi di edilizia residenziale pubblica* (art. 12, d.p.r. 30 dicembre 1972, n. 1035)⁽²⁹⁰⁾.

Secondo Zoppini, il riconoscimento di uno statuto "simil-proprietario" alle utilità erogate dallo Stato sarebbe addirittura esemplificativo di una più generale tendenza a trasformare rapporti personali in situazioni reali⁽²⁹¹⁾⁽²⁹²⁾. E in particolare, sarebbe in corso un processo di *commodification* che "accompagna il proliferare delle pretese dominicali" e che "investe, da un lato, i beni pubblici (nel senso più ristretto accolto dalla scienza economica) [n.d.r. e, come si vedrà qui di seguito, dall'avvio delle privatizzazioni la stessa considerazione vale, sotto profili in parte diversi, anche per il patrimonio immobiliare pubblico]; poi quelli che naturalisticamente sono indisponibili all'appropriazione esclusiva basata sull'apprensione materiale e il cui valore si radica essenzialmente in un'attività (sia essa attuale o compiuta) e nell'aspettativa d'una remunerazione nei rapporti coi terzi"⁽²⁹³⁾⁽²⁹⁴⁾.

Sembra di rileggere Reich, a giudizio del quale "Non è più [o non è solo] il rapporto immediato con il bene che identifica e conchiude la pretesa di libertà del soggetto; sono invece [anche] i diritti vantati nei confronti della burocrazia

affermativa in Cass., 18 novembre 1983, n. 6881, in *Riv. Giur. Circol. Trasp.*, 1984, p. 508 ss.; *contra*, Trib. Roma, 21 giugno 1975, in *Giur. Merito*, 1976, I, p. 214 ss.

⁽²⁸⁷⁾ *Ult. cit.*, 202, e nota 66.

⁽²⁸⁸⁾ *Ult. cit.*, 203, e nota 68.

⁽²⁸⁹⁾ *Ult. cit.*, 203, e nota 69.

⁽²⁹⁰⁾ *Ult. cit.*, 204.

⁽²⁹¹⁾ *Ult. cit.*, 196 e nota 45.

⁽²⁹²⁾ A questo proposito, Pietro Rescigno (in *Per uno studio sulla proprietà, cit.*, p. 18) parla di "diritti di vera natura reale".

⁽²⁹³⁾ *Ult. cit.*, 188.

⁽²⁹⁴⁾ ZOPPINI, *Ult. cit.*, 188. Sui processi di *commodification*, si può fare riferimento a G. DE NOVA, B. INZITARI, G. TREMONTI, G. VISENTINI, *Dalle res alle new properties*, Milano, 1991; G. PUGLIESE, *Dalle "res incorporales" del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, in *Riv. Trim.*, 1982, p. 1137 ss. Rispetto a chi vede nei processi di "propertization" dei beni immateriali un rischio di "pregiudizio" di altri diritti fondamentali, quali potrebbero essere, ad esempio le libertà di espressione e di informazione (per tutti, cfr. Restà, *I nuovi beni immateriali...*, cit., 67) andrebbe comunque opposto che, almeno sotto certi aspetti, si profila la necessità di un ritorno diciamo così alla tradizione liberale classica, per cui la tutela proprietaria, soprattutto quella a livello costituzionale, era determinata dalla necessità di salvaguardare il nesso proprietà-libertà contro le limitazioni ed espropriazioni dei pubblici poteri. Oggi, in parte, e con peculiarità sue proprie, quel nesso si ripropone almeno rispetto all'immensa discrezionalità che i poteri pubblici hanno conservato nella allocazione di importanti strati della ricchezza, appunto attraverso l'erogazione e la concessione di licenze, autorizzazioni, sussidi, ecc.

statale o dell'organizzazione produttiva a definire la cifra più intima dello statuto giuridico della persona"⁽²⁹⁵⁾.

E, parrebbe condivisibile l'opinione di quegli autori secondo cui è o sarebbe in corso un "ritorno «dal contratto allo status»"⁽²⁹⁶⁾.

E, sempre secondo Zoppini, a testimonianza della possibile varietà di conformazione del panorama dei beni, allontanandosi dal perimetro delle utilità erogate dallo Stato, ma rimanendo nell'ambito delle successioni anomale⁽²⁹⁷⁾, "non è difficile scorgere [n.d.r., come è per le nuove proprietà] una disciplina dei beni orientata alla considerazione dei soggetti su cui la regola incide e, in definitiva, alla posizione qualificata che questi rivestono rispetto a quelle utilità economiche"⁽²⁹⁸⁾. In particolare⁽²⁹⁹⁾, alcuni degli esempi che risultano dal nostro ordinamento sono: *a)* il diritto del coniuge superstite ad abitare la casa di abitazione (art. 540, comma 2, c.c.); *b)* il diritto alla successione nel contratto di locazione di immobili urbani (art. 6, comma 1, l. 392/1978); *c)* la delazione del fondo nelle vocazioni anomale del diritto agrario, in cui la legittimazione preferenziale del chiamato si giustifica in ragione del lavoro spiegato; *d)* la pensione di reversibilità; *e)* la successione anomala del coniuge separato (art. 548, comma 2, c.c.); *f)* la successione nelle indennità del prestatore di lavoro (art. 2118 c.c.). Essere a conoscenza dell'esistenza di una così particolare conformazione del diritto di proprietà può costituire un utile parametro di riferimento per valutare la conformità della categoria delle *licenses* alle regole essenziali della proprietà.

Tuttavia, associare il concetto di proprietà ad alcune delle utilità sopra menzionate non è un'operazione "neutra" per il civilista, soprattutto per i limiti determinati dalla natura del bene. E non lo è per il costituzionalista. Si pongono infatti problemi di tutela e di bilanciamento con altri diritti fondamentali, ad esempio rispetto al principio di eguaglianza: "Nella successione della situazione soggettiva originata dal diritto pubblico possono ravvisarsi i segni della discriminazione, se non addirittura i relitti normativi del passato; un privilegio tanto ingiustificato - sino ad evidenziare un vizio di costituzionalità - ove in esso si ravvisi lo strumento della disuguaglianza, per il fatto che consente di replicare

⁽²⁹⁵⁾ REICH, *op. cit.*, p. 771 ss.

⁽²⁹⁶⁾ Sull'ampio dibattito che si è sviluppato sul ritorno allo *status*, e sul fatto che lo *status* non costituirebbe più un limite alla capacità del singolo (P. Rescigno) o farebbe addirittura venire meno il concetto di classe. (S. Rodotà), si può fare riferimento a: S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, *cit.*, p. 201; P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1973, I, p. 209 ss.; P. RESCIGNO, *Gli interessi e il diritto: qualificazione e tutela*, in (*L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, a cura di S. Cassese, G. Carcaterra, M. D'Alberti, A. Bixio, Bologna, 1994, p. 155 ss., ed ora in) *Persona e comunità*, III [1988-1999], Padova, 1999, p. 542 ss.; G. ALPA, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Bari, 1993; P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in (*Studi in onore di G. Scaduto*, Padova, 1968, p. 529 ss., ed ora in) *Persona e comunità*, II [1967-1987], Padova, 1988, p. 422 ss.

⁽²⁹⁷⁾ A. ZOPPINI, *cit.*, 196.

⁽²⁹⁸⁾ *Ult. cit.*, 197.

⁽²⁹⁹⁾ *Ult. cit.*, 196 ss.

nella struttura sociale le caratteristiche e i ruoli della generazione precedente”⁽³⁰⁰⁾.

E un esempio concreto di pregiudizio del diritto di eguaglianza sarebbe ad esempio *“La successione nel posto di lavoro e soprattutto nelle abilitazioni, nelle licenze, nelle concessioni necessarie per accedere o per esercitare determinate attività protette*”⁽³⁰¹⁾.

In questo senso, l’idea di ereditare il lavoro evoca un passato che consentiva di compravendere le cariche pubbliche, così come di trasmetterle *mortis causa*, sì che il destino della persona era ineluttabilmente segnato dalle proprie origini e dallo *status* rivestito nella famiglia e nella società. Un esempio è, in Francia, l’*Edit de Paulet* del 12 dicembre del 1604 in cui si afferma il principio della venalità degli uffici pubblici⁽³⁰²⁾.

Le considerazioni proposte rischiano però di non essere esaustive. Va infatti considerato che rispetto a tali obiezioni, *“potrebbe soppesarsi in senso contrario il connotato previdenziale che alcune delle fattispecie considerate assumono (com’è verosimilmente nel caso delle licenze degli autotrasporti pubblici non di linea), così come potrebbero scorgersi ragioni di efficienza economica che militano a favore della successione, atteso che ciò costituisce un sicuro incentivo a preservare la dimensione organizzativa che intorno alla posizione di diritto pubblico il privato ha creato (com’è forse nel caso delle farmacie)”*⁽³⁰³⁾.

La trasmissibilità o cedibilità delle autorizzazioni può dunque rispondere anche al principio di non vedere un soggetto ingiustamente privato di un valore economico che egli stesso ha contribuito a creare.

5. Terza macro-categoria: le autorizzazioni amministrative all’utilizzo di risorse pubbliche

Da Reich in poi, le autorizzazioni all’utilizzo di risorse pubbliche o alla gestione di beni in regime di monopolio rappresentano, almeno tra gli studiosi, la categoria di maggior rilievo tra le *nuove proprietà*. Per lo studioso americano vi rientra tutto ciò che costituisce *use of public resources*. Nel nostro ordinamento, vi si possono ricomprendere, a titolo di esempio, i titoli minerari, quali i permessi e le concessioni per la ricerca, prospezione e coltivazione di idrocarburi liquidi e gassosi⁽³⁰⁴⁾, le autorizzazioni amministrative all’utilizzo di vie aeree, o di altre

⁽³⁰⁰⁾ *Ult. cit.*, 213.

⁽³⁰¹⁾ *Ult. cit.*, 199.

⁽³⁰²⁾ *Ult. cit.*, 199, nota 54.

⁽³⁰³⁾ *Ult. cit.*, 213.

⁽³⁰⁴⁾ La normativa di riferimento è contenuta in D.Lgs. 25 novembre 1996, n. 625, *“Attuazione della direttiva 94/22/CE relativa alle condizioni di rilascio e di esercizio delle autorizzazioni alla prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi”*; L. 9 gennaio 1991, n. 9, *“Norme per*

aree o risorse demaniali, o ancora le autorizzazioni all'utilizzo dell'etere per trasmissioni radiotelevisive; e vi si potrebbero ricomprendere, per le stesse ragioni, e con le precisazioni che verranno fatte qui di seguito, anche le autorizzazioni a prestare servizi che realizzano un prevalente interesse pubblico ma che possono essere gestiti da soggetti privati abilitati, quali ad esempio, quelli relativi all'erogazione di prestazioni sanitarie in regime di convenzione⁽³⁰⁵⁾.

È evidente che, nell'ambito del c.d. "sistema del codice", attribuire alle autorizzazioni amministrative la qualifica di beni in senso civilistico, è operazione difficilmente ammissibile. Pur tuttavia esse si caratterizzano per il fatto di consentire ad un particolare soggetto lo sfruttamento economico di una utilità in regime di esclusiva, determinandosi in questo modo una situazione non dissimile dal regime proprietario⁽³⁰⁶⁾.

A questo proposito, si potrebbero forse ricordare alcune pagine di Francesco Ferrara⁽³⁰⁷⁾, in cui l'autorevole civilista, dando loro dignità di categoria giuridica autonoma, poneva i "diritti assoluti di esclusione", alias "diritti di

l'attuazione del nuovo piano energetico nazionale"; L. 21 luglio 1967, n. 613, "Ricerca degli idrocarburi liquidi e gassosi nel mare territoriale e nella piattaforma continentale e modificazioni alla Legge 11 gennaio 1957, n. 6, sulla ricerca e coltivazione di idrocarburi liquidi e gassosi"; L. 11 gennaio 1957, n. 6, "Ricerca e coltivazione di idrocarburi liquidi e gassosi"; R.D. 29 luglio 1927, n. 1443 "Norma di carattere legislativo per disciplinare la ricerca e la coltivazione delle miniere nel Regno" (in www.unmig.sviluppoeconomico.gov.it/unmig/norme/norme.htm).

⁽³⁰⁵⁾ Cfr, in particolare, la disciplina del D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 recante "Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'articolo 1 della L. 23 ottobre 1992, n. 421".

⁽³⁰⁶⁾ In via generale l'utilità economica rinvenibile dallo sfruttamento di beni pubblici demaniali ed indisponibili può essere perseguita o attraverso un uso esclusivo o diretto da parte della stessa amministrazione, o attraverso un uso generale da parte di qualsiasi soggetto pubblico o privato (l'esempio tipico è il libero transito sulle strade pubbliche), ovvero attraverso un uso *particolare ed esclusivo* a soggetti pubblici o privati cui è riservato un certo utilizzo del bene. Da un punto di vista tecnico-giuridico, tale riserva di utilizzo può derivare dalla legge o da un atto amministrativo, e può escludere altri individui da qualsiasi uso del medesimo bene o solo da particolari usi di esso (F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, 2007, 769). In quest'ultimo caso, lo strumento generalmente utilizzato è quello della concessione amministrativa, che assume la configurazione della *concessione-contratto*: "Tale fattispecie complessa risulta dalla convergenza di un atto unilaterale ed autoritativo, appunto la concessione, e di una convenzione integrativa del contenuto di questa avente natura privatistica, cioè di un rapporto contrattuale bilaterale fonte di obblighi e diritti reciproci dell'ente concedente e del privato concessionario" (*Ib.*, 770). Interpretando il pensiero di Reich, l'oggetto del diritto di esclusiva che determina l'insorgere dell'utilità in capo al privato concessionario non sarebbe il contratto ma direttamente l'atto autoritativo concessorio. L'ipotetica qualifica di bene, ancorché *sui generis*, andrebbe dunque riservata proprio a quest'ultimo atto. Per alcuni autori, le autorizzazioni amministrative e le licenze a fornire servizi o a svolgere certe attività professionali sono certamente equiparabili ai nuovi beni pur non potendo, la loro disciplina, per gli interessi che tali utilità perseguono, essere organizzata nella forma della proprietà tradizionale (F. PULITINI, *Logica economica e struttura dei diritti. Le New Properties e il decentramento delle scelte pubbliche*, in *Dalle res...*, cit., 67 ss.). Per altri autori, più prudentemente, "ci si interroga (...) se ad una frequenza televisiva, dopo averne attribuita l'"appartenenza" ad un determinato soggetto sia applicabile l'armamentario predisposto dal codificatore del 1942 in tutela della proprietà" (A. GAMBARO, *Trattato dei diritti reali*, cit., 2010, 977).

⁽³⁰⁷⁾ *Trattato di diritto civile*, Roma, 1921, 360 ss.

monopolio”, accanto ai diritti reali e ai diritti su beni immateriali, teorizzando che “*mentre il diritto reale garantisce un potere rispetto ad una cosa individuale determinata, il diritto di monopolio dà la facoltà di impedire ad altri di possedere o sfruttare beni simili a quelli del monopolizzatore*”.

“*Il monopolio è un privilegio, a differenza del diritto reale, in quanto esclude tutti dall'esercizio di una attività, a cui si avrebbe per principio diritto*”, ma nei fatti realizza esattamente lo stesso effetto della situazione proprietaria.

Su quanto scrive Ferrara, ci ricorda De Nova, è tornato in seguito anche Cassese facendo riferimento al fatto che esiste, nel nostro ordinamento, un “*diritto a prestazioni positive della pubblica amministrazione*” determinato “*dall'attribuzione ai titolari di autorizzazioni, licenze, ecc. di una tutela non dissimile da quella della proprietà*”⁽³⁰⁸⁾.

Il filo dello *ius excludendi alios*, come elemento essenziale e qualificante della “*proprietà su autorizzazioni*” mostra dunque di reggere, almeno ad un primo tentativo.

5.1. Il caso di una recente modifica alla disciplina relativa ai permessi di ricerca di idrocarburi: un esempio dei possibili pregiudizi derivanti dalle incertezze di qualificazione del “bene”[*]

[*] *La norma in commento è stata oggetto nelle prime settimane del 2012 di una serie di ulteriori proposte di modifica, l'ultima delle quali contenuta nel d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, più noto come “decreto sviluppo”, che hanno reso evidente il problema di tutela dei diritti che si solleva in queste pagine. Si è dunque ritenuto, nelle conclusioni della ricerca, di sviluppare le problematiche qui solo accennate e di provare ad applicare ad esse gli esiti del lavoro svolto.*

Un buon esempio dei rilevanti problemi di tutela dei diritti che derivano dal fatto che l'utilizzo in esclusiva di risorse pubbliche determina la costituzione di “porzioni” rilevanti di ricchezza privata, e che di un tale fatto non vi sia ancora sufficiente consapevolezza “giuridica”, è dato da un recente provvedimento di riforma della disciplina per l'ottenimento dei permessi di ricerca di idrocarburi liquidi e gassosi in mare.

Il 26 agosto 2010 entra in vigore il d.lgs. 128/2010, il cui art. 2, co. 3, lett. h), aggiunge, tra l'altro, l'art. 6, comma 17 al d.lgs. 152/2006 (il Testo Unico dell'Ambiente).

Tale nuova disposizione introduce, “*ai fini di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema*”, un divieto generale di eseguire “*attività di ricerca, di prospezione nonché di coltivazione di idrocarburi liquidi e gassosi*” nelle zone di mare “*poste entro dodici miglia marine dal perimetro esterno delle suddette aree marine e costiere protette, oltre che per i soli idrocarburi liquidi nella fascia*

⁽³⁰⁸⁾ *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989, 389.

marina compresa entro cinque miglia dalle linee di base delle acque territoriali lungo l'intero perimetro costiero nazionale”.

La disposizione sopra citata si applica anche ai procedimenti autorizzatori in corso fatti salvi, così recita la norma, i “*titoli abilitativi già rilasciati*”. Ora, proprio con riferimento ai titoli abilitativi già rilasciati, si pone una questione assai delicata, che riguarda in generale la tutela dell’iniziativa economica privata, coperta dall’art. 41 Cost., ma, più nello specifico, anche il diritto a non vedere pregiudicata l’utilità economica derivante da un permesso già ottenuto e il cui valore intrinseco, in funzione delle onerose attività di ricerca nel frattempo compiute su quel titolo e delle eventuali scoperte realizzate, può essere in ipotesi grandemente aumentato; utilità quest’ultima, in ipotesi tutelabile – se fossero verificate le ipotesi della presente ricerca – proprio ai sensi dell’art. 42 Cost.

In via generale, l’attività di ricerca di idrocarburi è subordinata al rilascio di un titolo abilitativo esclusivo denominato, appunto, permesso di ricerca⁽³⁰⁹⁾. Può aspirare all’assegnazione di un permesso di ricerca ogni operatore in possesso dei prescritti requisiti di capacità tecnica ed economica, opportunamente valutati dal Ministero dello Sviluppo Economico, il cui programma dei lavori di ricerca sia stato approvato dalla Commissione per gli Idrocarburi e le Risorse Minerarie (CIRM) istituita presso il medesimo Ministero dello Sviluppo Economico.

La norma primaria di riferimento per la concessione del permesso di ricerca è l’art. 6 della l. 9/1991, secondo cui il predetto titolo “*è accordato con decreto del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, sentiti il Comitato tecnico per gli idrocarburi e la geotermia, e la Regione o la Provincia Autonoma di Trento o di Bolzano territorialmente interessata di concerto, per le rispettive competenze, con il Ministro dell'ambiente e con il Ministro della marina mercantile per quanto attiene alle prescrizioni concernenti l'attività da svolgere nell'ambito del demanio marittimo, del mare territoriale e della piattaforma continentale*” (art. 6, co. 1).

Quanto alla validità temporale del permesso di ricerca, i commi da 4 a 6 del medesimo art. 6 della l. 9/1991 stabiliscono che esso inizialmente ha una durata di sei anni; tuttavia, (art. 6, co. 5) “*il titolare del permesso ha diritto a due successive proroghe di tre anni ciascuna, se ha adempiuto agli obblighi derivanti*

⁽³⁰⁹⁾ La nozione di “*attività di ricerca*” di idrocarburi è puntualmente individuata dal DM 26 aprile 2010 (“*Disciplinare tipo per i permessi di prospezione e di ricerca e per le concessioni di coltivazione di idrocarburi liquidi e gassosi in terraferma, nel mare territoriale e nella piattaforma continentale*”) il quale la definisce all’art. 1, co. 1, lett. r, come “*insieme delle operazioni volte all'accertamento dell'esistenza di idrocarburi liquidi e gassosi, comprendenti le attività di indagini geologiche, geochimiche e geofisiche, eseguite con qualunque metodo e mezzo, nonché le attività di perforazioni meccaniche, previa acquisizione dell'autorizzazione di cui all'articolo 27 della legge 23 luglio 2009, n. 991*”. Tale ultima norma nello specifico prevede che “*L'autorizzazione alla perforazione del pozzo esplorativo, alla costruzione degli impianti e delle opere necessari, delle opere connesse e delle infrastrutture indispensabili all'attività di perforazione è concessa, previa valutazione di impatto ambientale, su istanza del titolare del permesso di ricerca (...), da parte dell'ufficio territoriale minerario per gli idrocarburi e la geotermia competente*”.

dal permesso stesso”; inoltre, si stabilisce al co. 6 che può essere accordata un'ulteriore proroga al titolare del permesso qualora, alla “*scadenza definitiva del permesso*” (ossia successivamente allo scadere della seconda proroga triennale), siano ancora in corso lavori di perforazione o prove di produzione per motivi non imputabili a sua inerzia, negligenza o imperizia: in tal caso, la proroga è accordata dal Ministero per il tempo necessario al completamento dei lavori e comunque per un periodo non superiore ad un anno.

Qualora l'attività di ricerca abbia successo, ossia se l'esito del pozzo esplorativo si riveli positivo a valle dell'espletamento delle prove di produzione, ai sensi dell'art. 9 della l. 9/1991 “*al titolare del permesso (...) è accordata la concessione di coltivazione se la capacità produttiva dei pozzi e gli altri elementi di valutazione geo-mineraria disponibili giustificano tecnicamente ed economicamente lo sviluppo del giacimento scoperto*”.

Appare quindi evidente che, nel sopra delineato quadro normativo e regolamentare, la titolarità del permesso di ricerca sussume una complessa articolazione di diritti e obblighi, in ultima analisi in funzione dell'interesse pubblico al più appropriato (e sostenibile) sfruttamento delle risorse naturali, in un contesto di pianificazione e minuziosa vigilanza delle iniziative degli operatori privati, e, comunque, nell'ambito di un ordinamento che tutela la libertà nell'esercizio dell'attività di impresa e la proprietà privata.

Ebbene, in un tale contesto, e su tale speciale disciplina relativa alla ricerca degli idrocarburi, si sono innestate le recenti modifiche legislative relative alla valutazione di impatto ambientale di cui si è dato cenno, il cui esito positivo costituisce presupposto all'esecuzione di qualsiasi attività mineraria.

Ora, quello che immediatamente rileva è che nelle recenti modifiche legislative, a tacere di altre complesse questioni connesse al mancato coordinamento di tali norme con la disciplina specifica relativa alla prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi, nulla si dice in ordine alla posizione del soggetto che abbia già ottenuto il permesso di ricerca ma che, all'esito positivo delle attività previste si trovi, ad esempio, nella condizione di dover richiedere, non per sua negligenza, una proroga del permesso di ricerca nei termini di cui si è detto, o peggio, che all'esito positivo delle attività di prospezione e ricerca, si trovi nella condizione di poter richiedere il rilascio della concessione per lo sfruttamento degli idrocarburi presenti nell'area. A rigore, in entrambe tali ipotesi, le autorizzazioni da richiedere non rientrerebbero nell'ambito dei “*titoli abilitativi già rilasciati*” e dovrebbero pertanto essere assoggettate alle più stringenti norme in materia ambientale di cui si è accennato, con ciò determinandosi l'inutilità degli ingenti investimenti medio tempore sopportati, e, in ipotesi, l'impossibilità di sfruttamento delle scoperte realizzate⁽³¹⁰⁾.

⁽³¹⁰⁾ A questo proposito, giace, ancora priva di risposta, richiesta, da parte del Ministero dello Sviluppo Economico, di parere al Consiglio di Stato in ordine alla corretta interpretazione della norma (per la precisione, si registra, al momento il solo Parere Interlocutorio Numero 01445/2011

È evidente che in questi casi, anche a voler tacere della plausibile violazione dei generali principi di proporzionalità e ragionevolezza⁽³¹¹⁾, si prospetta una delicata questione di tutela di diritti contrapposti, che vanno dalla tutela dell'ambiente e della salute alla tutela del diritto di iniziativa economica degli operatori che esercitano attività minerarie⁽³¹²⁾, e, per quanto qui maggiormente interessa, alla tutela dei diritti di esclusiva riconosciuti *ex lege* ai titolari dei permessi di ricerca e delle concessioni di sfruttamento.

Qualificare i diritti in conflitto e definirne la portata assume dunque rilievo cruciale.

5.2. I beni di interesse pubblico privatizzati, privatizzabili o valorizzabili nell'ambito di una gestione di tipo strettamente privatistico e imprenditoriale

del 13 aprile 2011, con richiesta di maggiori informazioni al Ministero dello Sviluppo Economico). Nel mentre, si sta però già sviluppando un esteso contenzioso sul punto, a fronte dell'attuale interpretazione strettamente letterale data alla norma da parte del Ministero dello Sviluppo Economico che prevede l'assoggettamento alle nuove norme anche delle richieste di proroga di permesso o di concessione da rilasciarsi in base a permesso ottenuto con le vecchie norme; il che, come è evidente, equivale a negarne il rilascio (Cfr. Ricorso Tar Abruzzo, R.G. 174/2011, Ricorso Tar Lazio 6 ottobre 2011, *Petroceltic c. Ministero Sviluppo Economico e Ministero dell'Ambiente*).

⁽³¹¹⁾ Il divieto generalizzato di eseguire attività di esplorazione, ricerca e produzione di idrocarburi su una fascia di mare assai estesa (sostanzialmente in corrispondenza di tutta la costa nazionale, attesa la notevole quantità di siti costieri protetti, a vario titolo, sul territorio nazionale) appare infatti irragionevole, sproporzionato ed oggettivamente discriminatorio in relazione all'assoluta genericità dell'indefinito parametro di riferimento adottato dal legislatore (*aree a qualsiasi titolo protette*) al fine di precludere l'esercizio delle attività minerarie in mare.

⁽³¹²⁾ In aggiunta, si osservi che il tema della ricerca e produzione di idrocarburi in mare investe necessariamente i profili dell'approvvigionamento energetico e della definizione della "*politica energetica nazionale*" così come delineata nella legislazione di principio emanata in attuazione dell'art. 117, co. 3, Cost. Al riguardo, occorre tenere presente che, i principi fondamentali e gli obiettivi generali della politica energetica del Paese includono, ai sensi dell'art. 1, co. 3, della l. 239/2004 (di riordino del settore energetico): "*a) assicurare l'economicità dell'energia offerta ai clienti finali e le condizioni di non discriminazione degli operatori nel territorio nazionale, anche al fine di promuovere la competitività del sistema economico del Paese nel contesto europeo e internazionale*"; "*e) perseguire il miglioramento della sostenibilità ambientale dell'energia, anche in termini di uso razionale delle risorse territoriali, di tutela della salute e di rispetto degli impegni assunti a livello internazionale (...)*"; "*g) valorizzare le risorse nazionali di idrocarburi, favorendone la prospezione e l'utilizzo con modalità compatibili con l'ambiente*". In ottemperanza al dovere di bilanciamento richiesto dalla disciplina costituzionale e euro-unitaria di riferimento, al momento di legiferare in materia di energia, il legislatore si è giustamente preoccupato di evidenziare l'imprescindibilità del necessario contemperamento tra le esigenze di tutela ambientale e quelle di sviluppo energetico, tra l'altro espressamente richiamando l'obiettivo di "*valorizzare le risorse nazionali di idrocarburi*". Allo stesso modo, al momento di attuare la delega per la modifica del TUA, con l'approvazione del d.lgs. 128/2010 che ha introdotto il contestato art. 6, co. 17, il Governo avrebbe dovuto operare un ragionevole ed equilibrato bilanciamento, anche in ossequio ai principi di buon andamento, non contraddittorietà, proporzionalità, e non discriminazione, tra le esigenze di protezione dell'ambiente e quelle di esercizio dell'attività di produzione di idrocarburi che, in quanto essenziale ai fini della politica energetica nazionale, deve essere valutata anche in considerazione degli interessi generali che la stessa mira a perseguire.

Si è detto che, nell'ambito delle nuove proprietà, accanto alle autorizzazioni amministrative, e nella stessa macro-categoria che si è individuata, un posto importante spetta a quei beni che *pur conservando il vincolo di destinazione pubblico*, perdono anche la struttura tipicamente pubblica del regime dell'appartenenza e si configurano quali *beni venduti o vendibili ai privati o valorizzabili nell'ambito di una gestione di tipo strettamente privatistico e imprenditoriale*.

Questo *nuovo* regime riguarda un nucleo significativo di beni pubblici che negli ultimi anni sono stati oggetto di provvedimenti di privatizzazione⁽³¹³⁾, e tra questi molti beni del patrimonio immobiliare dello Stato⁽³¹⁴⁾. Per essi, come già accennato, si potrebbe utilizzare la definizione di *beni di interesse pubblico privatizzati, privatizzabili o valorizzabili nell'ambito di una gestione di tipo strettamente privatistico e imprenditoriale*.

Per meglio apprezzare il rilievo che questa categoria sempre più va assumendo può essere utile compiere alcune specifiche considerazioni sui beni pubblici e sulla loro recente evoluzione. La *Commissione Ministeriale per la*

⁽³¹³⁾ In sintesi, a partire dagli anni Novanta (il d.l. 386/1991, il c.d. decreto privatizzazioni, autorizzava la Sogei ad individuare beni disponibili del patrimonio pubblico suscettibili di successiva alienazione), la disciplina del patrimonio pubblico ha subito importanti cambiamenti. Da una concezione statico-conservativa si è passati ad una concezione dinamico-produttiva (con d.lgs. 300/1999 è stata costituita l'Agenzia del Demanio per la valorizzazione, ricognizione, incremento della redditività, razionalizzazione, programmazione e monitoraggio degli interventi edilizi e vigilanza sul patrimonio immobiliare dello Stato). In particolare è stata prevista la possibilità di trasferire a *soggetti organizzati in forma privata* la proprietà di beni pubblici. La regola dell'*incomerciabilità* assoluta dei beni pubblici demaniali si è trasformata in *comerciabilità* sottoposta a vincoli per tutelarne l'uso pubblico. Insomma, fino al 2001, la regola del codice civile per cui i beni pubblici devono appartenere a enti pubblici subisce numerose eccezioni (per lo più contenute nelle singole manovre finanziarie). Si tratta però di casi specifici che lasciano presumere come il principio generale codicistico rimanga valido. Successivamente, a partire dal 2002 (con la creazione della Patrimonio dello Stato S.p.a.), questo tipo di norme assume contenuto più generale. Ciò induce a ritenere superato il legame tra bene pubblico ed ente pubblico.

⁽³¹⁴⁾ La Commissione d'indagine sul patrimonio immobiliare pubblico, istituita con D.P.C.M. 15 ottobre 1985 (conclusione lavori 15 ottobre 1987), ha valutato il patrimonio complessivo dello Stato (comprendendo terreni e fabbricati di demanio e patrimonio), al 1987, in 651.000 mld di lire (mancando però molti dati rilevanti, quali ospedali, università, immobili dell'Enel, terreni delle regioni, ecc.). L'indagine è la prima realizzata dall'unità d'Italia e le risultanze sono a tutt'oggi utilizzate come base informativa per valutare il patrimonio immobiliare attuale (nel 2002, il Ministero dell'Economia ha stimato il patrimonio pubblico in 805 mld di euro (319 per fabbricati e 486 per terreni): per giungere a questi valori si è proceduto a una rivalutazione dei dati forniti a suo tempo dalla Commissione Cassese). La Commissione si è, tra l'altro proposta due grandi "funzioni-obiettivo": a) acquisire le informazioni contenute nel nuovo catasto edilizio urbano (obiettivo perseguito nell'ambito di una ricerca coordinata dal CNR nel 1992); b) individuare: (i) i beni per i quali la gestione pubblica è necessaria; (ii) i beni da dare in concessione, ma a canoni redditizi; (iii) i beni da conferire a fondi di gestione a capitale misto per la loro collocazione sul mercato al fine di procurare entrate al Tesoro; (iv) immobili da trasferire ad enti pubblici in alternativa a trasferimenti monetari; (v) i beni di interesse storico e artistico da ristrutturare con finanziamenti pubblici, ma coinvolgendo anche capitali privati; (vi) i beni da vendere.

Riforma dei “beni pubblici”, recentemente istituita presso il Ministero della Giustizia nel giugno 2007, e presieduta da Stefano Rodotà, prendendo atto del mutato contesto economico e sociale e di come le leggi speciali abbiano di fatto mutato seppure in maniera disorganica il relativo regime codicistico, proponeva di dividere i beni pubblici in categorie diverse a seconda delle esigenze che le loro utilità sono in grado di soddisfare (così evidenziando, dunque, che il criterio guida non è quello dell'appartenenza alla sfera della *proprietà pubblica*, bensì il fatto che tali beni esprimono una *utilità pubblica* non derogabile).

In una tale ottica, la Commissione, nella sua proposta finale, proponeva di “catalogare” i beni pubblici in: *a) i beni ad appartenenza pubblica necessaria*, che soddisfano interessi generali fondamentali, la cui cura discende dalle prerogative dello Stato e degli enti pubblici territoriali: “*Vi rientrano fra gli altri: le opere destinate alla difesa, le spiagge e le rade; le reti stradali, autostradali e ferroviarie; lo spettro delle frequenze, gli acquedotti; i porti e gli aeroporti di rilevanza nazionale ed internazionale*” (art. 1, comma 3, lett. d), n. 1) dello schema di disegno legge delega presentato dalla Commissione al Governo al termine del proprio lavoro); *b) i beni pubblici sociali*, le cui utilità essenziali sono destinate a soddisfare i bisogni corrispondenti ai diritti civili e sociali della persona: “*Vi rientrano fra gli altri: le case dell'edilizia residenziale pubblica, gli edifici pubblici adibiti a ospedali; gli istituti di istruzione e asili; le reti locali di pubblico servizio*”; per essi è ammessa la circolazione, subordinata al mantenimento del vincolo di destinazione; la cessazione del vincolo di destinazione è subordinata alla condizione che gli enti pubblici titolari del potere di rimuoverlo assicurino il mantenimento o il miglioramento della qualità dei servizi sociali erogati (art. 1, comma 3, lett. d), n. 2) dello schema di disegno legge delega cit.); *c) i beni pubblici fruttiferi*, che sono residuali rispetto alle altre due categorie e si possono definire come beni privati in appartenenza pubblica cedibili o gestibili con strumenti di diritto privato; vi si può certamente ricomprendere il patrimonio immobiliare pubblico che non rientra nelle categorie *sub a) e b)* (art. 1, comma 3, lett. d), n. 3) dello schema di disegno legge delega cit.).

Ora, prendendo ad esame questa divisione, si può provare a immaginarne le conseguenze in caso di provvedimenti di privatizzazione o gestione secondo criteri privatistici. Per i *beni pubblici fruttiferi* che dovessero passare in proprietà a soggetti privati, *nulla quaestio*: il regime di appartenenza rimane quello della proprietà privata. Invece per i beni ricompresi nelle categorie *sub a) e b)* (soprattutto *b)* che hanno perso o dovessero perdere la struttura tipicamente pubblica del regime dell'appartenenza e che, come accennato, si dovessero configurare quali *beni venduti o vendibili ai privati o valorizzabili nell'ambito di una gestione di tipo strettamente privatistico e imprenditoriale*, si determinerebbe, e in alcuni casi si è determinato, un regime proprietario estremamente difforme da quello classico: in via generale, per essi è dato un forte vincolo di destinazione; i diritti

trasferiti possono essere “*pieni o parziali*” (art. 7, comma 1, d.l. 63/2002); continua, secondo alcuni autori, seppure in via di fatto, o dovrebbe continuare, secondo altri, ad applicarsi una sorta di regime demaniale, ecc.

Un esempio può chiarire la questione e dare la misura delle problematiche di carattere proprietario che i processi di privatizzazione che si sono realizzati negli ultimi anni hanno finito con il determinare⁽³¹⁵⁾.

Il d.l. 63/2002, convertito nella l. 112/2002, con cui si costituisce la Patrimonio dello Stato S.p.a. per “*valorizzare, gestire ed alienare il patrimonio dello Stato*” (art. 7, comma 1), prevede che “*alla Patrimonio dello Stato S.p.a. possono essere trasferiti diritti pieni o parziali su beni immobili facenti parte del patrimonio disponibile e indisponibile dello Stato, sui beni immobili facenti parte del demanio dello Stato e comunque sugli altri beni compresi nel conto generale del patrimonio dello Stato [...], ovvero ogni altro diritto costituito a favore dello Stato*” (art. 7, comma 10).

Ora, nonostante sia fatto salvo, nominalmente, il regime di cui all’art. 823 c.c. (*i.e.*, lo statuto di tali beni rimane quello demaniale), la possibile alienazione di beni che, proprio perché demaniali, dovrebbero essere sottratti a qualsiasi circolazione, ha fatto sorgere non poche perplessità in ordine al rischio che si determini (o si sia determinata) una “*sdemanzializzazione di fatto*”.

Ad una prima lettura, sembrerebbe infatti sufficiente un decreto ministeriale per togliere a qualsiasi bene pubblico la qualifica della demanialità, producendo il passaggio a patrimonio disponibile. Ma se questa fosse l’unica interpretazione possibile dovrebbe fortemente dubitarsi della legittimità costituzionale di una tale disposizione; almeno per coloro secondo i quali l’art. 42 Cost., nella parte in cui dispone che “*La proprietà è pubblica o privata*”, non si deve leggere (solamente) nel senso che i beni possono appartenere a soggetti pubblici o privati, ma si deve leggere (anche) nel senso che deve essere assicurato un certo regime proprietario (pubblico) di taluni beni dello Stato e degli altri enti pubblici.

Un’opzione interpretativa possibile – per sciogliere l’apparente contraddizione di beni demaniali che vengono ceduti (e che non sarebbe possibile cedere) ma di cui viene fatto salvo (apparentemente) il regime demaniale – potrebbe essere, si è detto⁽³¹⁶⁾, di distinguere tra le diverse attività rientranti nell’oggetto sociale di Patrimonio S.p.A.

La Patrimonio S.p.A., come si è visto, è istituita non solo per l’“*alienazione*” ma anche per la “*gestione*” e “*valorizzazione*” del patrimonio dello Stato. Pertanto, una interpretazione costituzionalmente orientata potrebbe essere che il trasferimento di beni demaniali sarà finalizzato non ad un ulteriore

⁽³¹⁵⁾ Sul punto, cfr. G. NAPOLITANO, in *La Patrimonio dello Stato S.p.A. tra passato e futuro: verso la scomposizione del regime demaniale e la gestione privata dei beni pubblici?*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, pp. 50 ss.

⁽³¹⁶⁾ Cfr. NAPOLITANO, *Ult. cit.*

trasferimento – in ipotesi a Infrastrutture S.p.A., ché si porrebbe in contrasto con il regime suddetto – ma alla esclusiva “*gestione*” e “*valorizzazione*” di tali beni.

Peraltro, un approccio totalmente diverso potrebbe poi essere adottato se si muovesse da una diversa lettura dell’art. 42 Cost. Infatti, se si parte dall’assunto (contrario rispetto a quanto appena riportato) che tale norma mira “semplicemente” ad affermare la pari dignità della proprietà pubblica e di quella privata, operando un rinvio al legislatore ordinario per la definizione del contenuto della prima, “*allora sarebbero possibili i modi più vari di organizzazione e regolazione della proprietà pubblica*”⁽³¹⁷⁾. E in tale ottica, il conferimento di beni alla Patrimonio S.p.a. potrebbe semplicemente configurare un diverso modello di “*organizzazione e regolazione della proprietà pubblica*”⁽³¹⁸⁾.

Le due opzioni, in assenza di una lettura univoca dell’art. 42 Cost., sono entrambe sostenibili e, in ogni caso, a modesto parere di chi scrive, le differenze sembrano essere più di facciata che di vera sostanza. Nella prima ipotesi ci troveremmo infatti di fronte ad una proprietà privata soggetta a vincoli molto stretti. Addirittura più stretti rispetto ai tanti vincoli a cui *naturaliter* sono soggetti i nuovi beni (vincoli che peraltro, come si è visto, inducono una parte della dottrina, proprio per questo motivo, a propendere per la non assoggettabilità di tali beni agli istituti proprietari).

Nella seconda ipotesi, ci troveremmo di fronte ad una modalità assolutamente originale di organizzazione della proprietà pubblica, in base alla quale pressoché tutti i poteri di gestione sono conferiti (a tempo?) ad un soggetto privato mentre la titolarità (formale) rimane in capo al soggetto pubblico.

Se si volesse ricercare una soluzione la più possibile compatibile con la nostra tradizione giuridica, si dovrebbe forse optare per la prima di tali possibilità e valutare quali possano essere i limiti “legittimi” che si possono imporre allo statuto proprietario.

Un utile metro di paragone potrebbe essere rappresentato dalla disciplina dei c.d. “*beni privati di interesse pubblico*”, teorizzati da Sandulli⁽³¹⁹⁾, che ben rappresentano il caso di beni che incorporano un rilevante interesse pubblico ma il cui statuto è, almeno nominalmente, privato, seppure soggetto a limitazioni anche di rilievo per conciliarne appunto l’interesse pubblico.

Secondo Sandulli, i “*beni privati di interesse pubblico*” sono, a titolo di esempio: a) le “*strade vicinali (...) di proprietà privata (...) vincolate all’uso pubblico (art. 19, L. 20-3-1865, n. 2248, all. F, in relazione agli artt. 825 e 823 cod. civ.)*”⁽³²⁰⁾; b) le “*autostrade e (...) strade ferrate di uso pubblico costruite e*

⁽³¹⁷⁾ *Ult. cit.*, p. 543.

⁽³¹⁸⁾ *Ibidem.*

⁽³¹⁹⁾ A.M. SANDULLI, *Spunti per lo studio dei beni privati di interesse pubblico*, in *Dir. Econ.*, 1956, 163-176.

⁽³²⁰⁾ SANDULLI, *Ult. cit.*, 169.

gestite da privati, in virtù di concessioni di costruzione ed esercizio (...)”⁽³²¹⁾; c) “gli aerodromi e gli impianti aeronautici privati”⁽³²²⁾; d) “le cave e le torbiere di proprietà privata”⁽³²³⁾; e) i “terreni d’interesse idrogeologico, [ne]i boschi e [nel]le foreste privati”⁽³²⁴⁾; f) “altri beni privati, nei quali la caratteristica di beni d’interesse pubblico nel senso sopra delineato è di palese evidenza, sono quelli d’interesse storico, artistico, archeologico, paleontologico, paleontologico, nonché le collezioni di oggetti d’arte”⁽³²⁵⁾; g) gli “archivi e i materiali archivistici privati di interesse storico particolarmente importante”⁽³²⁶⁾; h) “quei beni immobili – naturali o artificiali – i quali costituiscono, o contribuiscono costituire, bellezze naturali, o singolarità geologiche, o quadri di non comune bellezza, o aspetti caratteristici aventi valore estetico e tradizionale, o quadri panoramici, nonché quei luoghi che costituiscono punti di vista accessibili al pubblico per il godimento di quadri panoramici”⁽³²⁷⁾.

Per questi beni, “l’essere di interesse pubblico, importando addirittura un particolare regime della cosa, diventa qualità di questa, così come lo è, per i beni demaniali e patrimoniali indisponibili, la qualità di cosa pubblica [n.d.r. Sandulli scrive questo saggio nel 1956; oggi, a fronte dei processi di privatizzazione di cui si è parlato, non è nemmeno più certo che i beni demaniali e patrimoniali indisponibili rechino in sé la qualità di “cosa pubblica”]”⁽³²⁸⁾.

E, concretamente, tali beni, ciascuno in forma diversa, eppure perfettamente legittima, sono assoggettati a un particolare regime che implica, tra l’altro: vincoli di destinazione, vincoli di immodificabilità, vincoli di ammissione al godimento pubblico, diritti di prelazione da parte dell’Amministrazione, particolari regimi di polizia, di interventi e di tutela pubblica.

Non è forse sbagliato pensare che attingere a queste categorie di beni e, più in generale, a questo modello teorico, potrebbe offrire soluzioni già collaudate, suscettibili, in ipotesi, di prefigurare un “autorevole” modello di nuova proprietà per i beni pubblici che si vuole dare in gestione ai privati, in grado pur tuttavia di essere ricompreso all’interno della nozione costituzionale di proprietà privata.

Anche in questo caso, come è evidente, la conclusione è per una polisemia della nozione di proprietà. Che, assieme alle altre accennate nei paragrafi precedenti, andrà dunque verificata a livello costituzionale.

6. Quarta macro-categoria: i nuovi beni pubblici immateriali

⁽³²¹⁾ *Ibidem.*

⁽³²²⁾ *Ult.cit.*, 170.

⁽³²³⁾ *Ibidem.*

⁽³²⁴⁾ *Ult.cit.*, 171.

⁽³²⁵⁾ *Ult.cit.*, 172.

⁽³²⁶⁾ *Ult.cit.*, 173.

⁽³²⁷⁾ *Ult.cit.*, 174.

⁽³²⁸⁾ *Ult.cit.*, 166.

L'ultima macro-categoria di nuovi beni nell'ambito della prospettiva assunta nella presente ricerca riguarda ancora beni che esprimono un *interesse pubblico* – come lo esprimono le appena esaminate autorizzazioni all'utilizzo di risorse pubbliche o beni pubblici privatizzati o privatizzabili di cui si è dato cenno – ma che, quanto alla loro provenienza, appartengono invece alla categoria dei beni *dell'informazione e della conoscenza*. Ad oggi, tali beni sono integralmente posseduti e gestiti dallo Stato, e dunque in ipotesi estranei all'analisi che si sta compiendo. Pur tuttavia è utile darne conto, almeno per brevi cenni, perché vi sono segnali che fanno presumere un possibile cambio di rotta. In particolare, hanno avuto l'onore delle cronache, dapprima, il contratto concluso da un noto gruppo calzaturiero con il Comune di Roma per la sponsorizzazione dei lavori di ristrutturazione del Colosseo a fronte della cessione per un periodo di tempo determinato di non ben definiti diritti di sfruttamento dell'immagine del monumento⁽³²⁹⁾ e, da ultimo, la proposta del sindaco di Agrigento di commercializzare il marchio “*Valle dei Templi*”⁽³³⁰⁾.

Il Codice civile non contempla una categoria specifica di *beni pubblici immateriali*⁽³³¹⁾. Tuttavia, risultano innanzitutto regolate nel nostro ordinamento almeno quattro fattispecie che evidenziano fenomeni di acquisto a titolo originario o derivativo da parte dello Stato di beni immateriali: *a*) i diritti d'autore su opere create in nome e per conto dello Stato (art. 11.1, l. 633/1941); *b*) i diritti di utilizzazione di opere dell'ingegno assoggettate a espropriazione per pubblica utilità (artt. 112-114, l. 633/1941); *c*) i diritti delle pubbliche amministrazioni sulle

⁽³²⁹⁾ Secondo fonti di stampa, la convenzione (25 milioni di euro per il restauro del Colosseo Versati dal Gruppo Tod's) dovrebbe prevedere la cessione dell'immagine del monumento al gruppo imprenditoriale privato per 15 anni, al punto che, dopo la sottoscrizione della convenzione, un noto gruppo automobilistico avrebbe avanzato la proposta di pagare una somma cospicua per svolgere una campagna promozionale dei propri prodotti, e il Ministero si sarebbe trovato nella situazione di non poter accettare (cfr. Paolo Conti, *Restauro del Colosseo. Lite sullo sponsor esclusivo*, in *Corriere della Sera*, 4 aprile 2011, pag. 27).

⁽³³⁰⁾ La proposta del sindaco di Agrigento, allo scopo di “fare cassa” e garantire così i servizi essenziali della sua città, sarebbe di registrare il logo e provvedere poi alla cessione dei diritti di sfruttamento economico (Alfio Sciacca, *Il sindaco che vuole vendere il marchio della Valle dei Templi*, *Corriere della Sera*, 31 agosto 2011, 31).

⁽³³¹⁾ Come già si è accennato, manca una “parte generale” sia sui beni immateriali privati che su quelli pubblici. L'unica regola di carattere generale è quella prevista, per i beni immateriali privati, in tema di “energie naturali” (art. 814 c.c.), che pur tuttavia reca le ambiguità di cui si è dato cenno nei paragrafi precedenti. Diritti d'autore e diritti connessi (art. 2575 ss.; l. 633/1941), segni distintivi (art. 2653 ss.; r.d. 929/1942 e succ. d.lgs. 30/2005), brevetti (art. 2584 ss.; r.d. 1127/1939 e succ. d.lgs. 30/2005), sono regolati in modo non sistematico ma con l'approccio tipico della legislazione “speciale”. Solo di recente, la materia dei diritti di brevetto è stata oggetto di un importante intervento legislativo di razionalizzazione che si è tradotto nell'approvazione del Codice della proprietà industriale (d.lgs. 30/2005). A questo proposito, per i motivi che si sono accennati è particolarmente significativo, e può avere un valore per così dire “sistematico”, il fatto che nel 2010 si sia deciso di compendiarne nel Codice della Proprietà Industriale anche la disciplina relativa alle invenzioni biotecnologiche, dapprima separatamente regolata nel d.l. 3/06. A fronte dei tentativi accennati, nulla è stato invece compiuto nel settore dei beni pubblici.

invenzioni dei dipendenti (art. 65.4 e 65.5, d.lgs. 30/2005); e *d*) i diritti di proprietà industriale espropriati per ragioni di pubblica utilità (artt. 141-143, d.lgs. 30/2005).

I beni immateriali appena menzionati (marchi pubblici⁽³³²⁾, brevetti e opere dell'ingegno pubbliche, *domain names* pubblici, ecc.) si possono far rientrare nell'ambito dei *beni pubblici immateriali in senso giuridico*. Accanto ad essi, si possono però anche ricomprendere i diritti televisivi su manifestazioni sportive, i diritti sull'immagine di certi beni del demanio, i *beni immateriali c.d. finanziari* (e tra questi i crediti pubblici, in particolare quelli fiscali), i *beni pubblici immateriali in senso naturale*, tra cui, ad esempio, lo spettro delle frequenze (la cui utilizzazione è regolata per il tramite delle concessioni di cui si è accennato nei paragrafi precedenti), e le informazioni del settore pubblico (meteorologiche, cartografiche, sul trasporto pubblico, ecc.).

A questi beni, si potrebbero poi aggiungere, pur costituendo probabilmente una categoria a parte, per il regime dell'appartenenza ancora diverso di cui godono, i beni immateriali c.d. collettivi, tra cui l'ambiente e il paesaggio⁽³³³⁾.

Alcuni di questi beni, si pensi ai diritti connessi allo sfruttamento dell'*immagine dei beni pubblici* o al vasto campo delle *informazioni del settore pubblico* sono o poco conosciuti o addirittura non censiti tra i beni pubblici o non regolati. In particolare, mentre è regolamentata la riproduzione delle proprietà museali e più in generale dei beni in consegna al Ministero dei beni e delle attività culturali (artt. 107-109, d.lgs. 42/2004, Codice dei beni culturali e del paesaggio), per i quali esistono anche appositi tariffari (art. 8, d.m. 139/1997), rimane integralmente da disciplinare il regime dei beni esposti alla pubblica vista⁽³³⁴⁾.

Quanto alle informazioni del settore pubblico⁽³³⁵⁾, le nuove tecnologie dell'informazione offrono possibilità senza precedenti di aggregare dati

⁽³³²⁾ Tra questi, secondo la Relazione finale della *Commissione Ministeriale per la Riforma dei "beni pubblici"*, istituita presso il Ministero della Giustizia nel giugno 2007, presieduta da Stefano Rodotà, meriterebbe di essere approfondito, ai fini della sua migliore utilizzazione, il c.d. marchio "Italia" (*Rel. Fin., cit.*, 147).

⁽³³³⁾ Cfr. MOSCARINI, *Proprietà privata...*, *cit.*, 177. Per questi beni il cui statuto potrebbe far pensare a una loro titolarità diffusa – l'esempio corre a beni quali l'ambiente, il paesaggio, l'aria, l'acqua, la flora e la fauna selvatiche, ecc. – la citata Commissione Rodotà che li qualifica, appunto, come *beni collettivi o comuni*, data la (possibile) scarsità della risorsa, ritiene necessario un sistema di regolazione di tipo prevalentemente pubblicistico.

⁽³³⁴⁾ Sul punto si può vedere anche G. RESTA, *L'appropriazione dell'immateriale: quali limiti?*, in *Dir. Inf.*, 2004, 21 ss.

⁽³³⁵⁾ Le informazioni del settore pubblico sono le informazioni di tipo sociale, economico, geografico, climatico, turistico, in materia di affari, di brevetti, di istruzione. La loro migliore organizzazione e disponibilità costituisce un indubbio vantaggio per gli operatori economici che possono così assumere decisioni in maniera informata. Ha dunque una duplice connotazione: riveste grande valore sociale ma è altresì dotata di enormi potenzialità di sviluppo economico. Se ne può favorire il "*libero accesso*" o, al contrario, la "*commercializzazione governativa*". Nell'esperienza americana, l'informazione pubblica non può essere brevettata ed entra a far parte del *public domain*. E soprattutto può essere liberamente utilizzata per finalità economiche. Il caso europeo è molto diverso. In generale esiste un libero accesso ma non una libera

provenienti da diverse fonti, creando così prodotti e servizi nuovi e dando valore aggiunto a quelli preesistenti⁽³³⁶⁾. La Direttiva 2003/98 li configura come beni “*suscettibili di valutazione patrimoniale*”, e il d.lgs. 36/2006 di recepimento, ne disciplina il *riuso*, le *licenze*, i *formati*, le *tariffe*, ecc.⁽³³⁷⁾.

Solo per rilevarne l'importanza strategica, basti qui ricordare che secondo un recente studio della società di consulenza Mc Kinsey sui paesi dell'Unione Europea risulta che gli Open Data potrebbero abbattere i costi della pubblica amministrazione del 20% creando valore fino a 300 miliardi di euro in 10 anni, tra riduzione di inefficienze, maggiori introiti fiscali e maggiore produttività⁽³³⁸⁾.

Quanto poi allo spettro delle frequenze, merita qui solo considerare che esse sono un bene strutturalmente scarso, la cui domanda è prevista in forte crescita per i prossimi vent'anni. Secondo uno studio del regolatore inglese (Ofcom, *Spectrum Framework Review*, 2005), il valore economico delle frequenze in quel paese è di almeno 24 mld di sterline e gli attuali meccanismi di assegnazione non garantiscono affatto che lo spettro sia assegnato a chi è disposto a pagarlo di più. L'obiettivo dell'Ofcom è di modificare i meccanismi di assegnazione e gestione del 70% delle frequenze disponibili nella porzione più pregiata (da 300Mhz a 3Ghz) dello spettro⁽³³⁹⁾.

Due tra i meccanismi proposti sono in particolare degni di nota (ed entrambi sembrano nella direzione di dare a tali utilità il connotato di beni “*commerciabili*”): *a*) il *trading delle frequenze* (la possibilità di rivendere i diritti d'uso acquisiti sullo spettro a nuovi operatori, anche per nuovi usi); e *b*) i *prezzi incentivanti* (tariffe per l'uso dello spettro imposte a tutti gli utilizzatori, siano essi pubblici o privati: l'obiettivo è quello di spingere tutti gli utilizzatori, pubblici o privati, ad una valutazione economica dello spettro e, dunque, alla decisione se mantenerne il controllo per trarne adeguati vantaggi economici o rinunciarvi e restituirlo allo Stato per una nuova assegnazione). Le porzioni di spettro così liberate potrebbero anche essere messe all'asta. Secondo i calcoli della

commercializzazione (cfr C.M. CASCIONE, *Il riutilizzo dell'informazione del settore pubblico*, in *Dir. Inf.*, 2005, 1 ss.; D. SOLDA, voce *Circolazione dell'informazione del settore privato*, in *Dig. Civ., Agg.*, 3, 2007, 8 ss.).

⁽³³⁶⁾ Cfr. *Rel. fin. Commissione Rodotà*, cit., 168.

⁽³³⁷⁾ La Direttiva 2003/98 stabilisce un principio generale: laddove è consentito l'accesso a tali dati deve esserne altresì concesso il riutilizzo a fini commerciali. Sono però previste significative eccezioni: l'utilizzo di tali dati per attività commerciali da parte degli stessi enti, posto che tali dati non rivestano caratteri di essenzialità; la normativa sulla tutela del diritto d'autore e delle banche dati di cui titolari siano soggetti pubblici. L'art. 8 della Direttiva prevede poi che il riutilizzo possa essere concesso attraverso una licenza. Rimane da distinguere se il riferimento sia alla licenza pubblicistica, la cui disciplina è incentrata sul potere autorizzatorio della pubblica amministrazione valutata la conformità all'interesse pubblico, ovvero alla licenza privatistica, il cui presupposto sarebbe quello della maggiore accessibilità possibile, senza diritti di esclusiva. Per una analisi più particolareggiata, cfr. C.M. CASCIONE, *Il riutilizzo dell'informazione del settore pubblico*, cit.

⁽³³⁸⁾ Cfr., Riccardo Luna, *Banche dati. Così gli archivi gratis sul web cambieranno le nostre vite*, *La Repubblica*, 18 ottobre 2011.

⁽³³⁹⁾ Cfr. *Rel. fin. Commissione Rodotà*, cit., 415.

Commissione Rodotà, in Italia, l'assegnazione su base d'asta delle sole frequenze televisive potrebbe generare entrate ulteriori per quasi 3 mld di euro, rispetto ai canoni irrisori pagati attualmente⁽³⁴⁰⁾.

Dal punto di vista della loro individuazione e classificazione, i beni immateriali pubblici presentano le stesse problematiche che si sono esaminate nei capitoli precedenti a proposito dei beni immateriali privati. E, in particolare, si pone anche per tali utilità il “dilemma” di stabilire quali di esse possano considerarsi oggetto di tutela proprietaria e quali no.

Inoltre, così come per i beni di cui all'art. 810 c.c., anche per i beni pubblici l'interpretazione consolidata della nozione è “*fisicista*”: essi sono, per il diritto, *cose*; precisamente, “*l'insieme delle cose (in senso giuridico) mobili e immobili appartenenti allo Stato o ad altro ente pubblico*”⁽³⁴¹⁾.

Come è intuibile, le problematiche relative agli assetti proprietari di tali nuovi beni sono molteplici e suscettibili di rilevanza costituzionale. Questi aspetti, come si è accennato, non rientrano nell'ambito della presente ricerca, pur tuttavia almeno di un interrogativo, sollevato da più parti e per il momento non risolto, va dato conto: all'esito del censimento, che pur dovrà essere compiuto, dei *beni pubblici immateriali*, lo Stato sarà chiamato a una scelta: spingere verso l'espansione del *public domain* e verso la sfera delle libere utilizzazioni, come ad esempio già avviene nella maggioranza dei paesi di common law, o al contrario farsi egli stesso imprenditore⁽³⁴²⁾. Indipendentemente dalla scelta, che andrà pur fatta, ne andrà definitivamente chiarito il regime, se di proprietà o meno, e nel caso si opti per la proprietà se essa debba essere collettiva o pubblica. Verificare preliminarmente se anche questi beni possano rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 42 della Costituzione può dunque essere essenziale per prevederne una coerente disciplina.

L'analisi costituzionale potrebbe essere la premessa, così come proposto dalla Commissione Rodotà, per l'introduzione di una norma “generale” che ne sancisca l'esistenza, come categoria giuridica, e per evitare, come già sta accadendo, prova ne siano i citati esempi dello sfruttamento dell'immagine del Colosseo o della commercializzazione del marchio Valle dei Templi, che si determini (anche) rispetto a tali beni, che godono di un potenziale economico assai elevato, un loro utilizzo inefficiente.

* * *

⁽³⁴⁰⁾ *Ult. cit.*, 417.

⁽³⁴¹⁾ Cfr. CERULLI IRELLI, voce *Beni pubblici*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, II, Torino, Utet, 1997, pag. 273.

⁽³⁴²⁾ Sull'argomento cfr. J. Boyle, *The second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, in *Law & Cont. Prob's*, 2003. Degna di nota, è la posizione di Resta (*I nuovi beni immateriali*, cit., 65ss.), secondo cui per tutti i beni immateriali, compresi quelli pubblici, andrebbe per quanto possibile garantito il *public domain*. L'attuale assetto della finanza pubblica pone naturalmente dei dubbi sulla percorribilità e sull'opportunità di una tale soluzione.

In sintesi, a conclusione di questa prima parte della ricerca risulta, da quanto si è esposto nei precedenti Capitoli I e II, che il “sistema del codice civile” è cristallizzato attorno ad una concezione “fiscista” degli oggetti di proprietà (artt. 810 e 832 c.c.); che l’intero Libro Terzo del Codice Civile è ispirato ad una rigida definizione dei diritti reali secondo il principio del *numerus clausus*; e che, di conseguenza, le utilità immateriali non possono godere del trattamento riservato ai beni, e la loro tutela è limitata a quanto espressamente (e spesso disorganicamente) stabilito dalle norme che le disciplinano.

Dal presente Capitolo III, risulta invece che le leggi speciali disciplinano una ampia categoria di utilità che in dottrina si è soliti indicare (anche) con le locuzioni *nuove proprietà* e *nuovi beni*. Dall’analisi sommaria di queste utilità sembra empiricamente confermata la polisemia del concetto di proprietà. E anzi attorno al Codice, e in certi casi persino all’interno di esso fuori dal binomio degli articoli 810 e 832, si registra l’emergere di una miriade di “situazioni”, “creazioni della conoscenza”, “diritti”, per i quali la relativa disciplina lascerebbe presumere di trovarsi di fronte a vere e proprie... proprietà “*sotto falso nome*”.

Questi risultati impongono, nella seconda parte della ricerca, di rileggere le norme costituzionali sulla proprietà per verificarne la loro attuale portata. In particolare, andrà verificato se tali norme hanno “apertura” sufficiente per ricomprendere i *nuovi beni* e le *nuove proprietà*. Non secondariamente, le nuove forme di ricchezza che si vanno rapidamente sviluppando impongono, come già si è reso evidente, fors’anche una rilettura della tradizionale distinzione contenuta in Costituzione tra proprietà pubblica e privata. Anche in questo caso gli effetti pratici potrebbero essere immediatamente percepibili e determinare un più coerente utilizzo di molte risorse pubbliche dotate di un potenziale economico rilevante. Ma quest’ultimo punto, per essere sviluppato appieno, meriterebbe una autonoma ricerca sui limiti e le prospettive della proprietà pubblica che esula dagli obiettivi del presente lavoro⁽³⁴³⁾.

⁽³⁴³⁾ Cfr. CASSESE S., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003, e, recentemente, U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, 2012.

Parte Seconda

**LA PROPRIETÀ IMMOBILE DELLA COSTITUZIONE
E LE NUOVE PROPRIETÀ DELLE CORTI EUROPEE**

CAPITOLO I
LA PROPRIETÀ IN DIRITTO COSTITUZIONALE.
ALLA RICERCA DI UNA NOZIONE POCO UTILIZZATA

SOMMARIO: 1. La pressoché totale assenza di riflessioni sulla nozione costituzionale di proprietà e il continuo (e insufficiente) rimando alle definizioni “classiche”. – 2. La mancata presa di posizione della giurisprudenza costituzionale. – 3. I tentativi (mancati) di individuare una nozione di proprietà nella Costituzione. – 4. La generale nozione di proprietà privata negli Stati costituzionali basati su principi di democrazia pluralistica. – 5. La nozione di proprietà privata nel pensiero di Baldassarre (una questione di “collocazione” e, forse, una questione di “*numerus clausus* costituzionale”).

1. La pressoché totale assenza di riflessioni sulla nozione costituzionale di proprietà e il continuo (e insufficiente) rimando alle definizioni “classiche”

Rispetto alla proprietà multiforme dei civilisti, l’immagine a cui rimanda la proprietà nel diritto costituzionale italiano è quella di una foresta pietrificata. In questo contesto, la proprietà non è un diritto in azione bensì un monolite forgiato attorno al bene terra⁽³⁴⁴⁾.

A tale limite, che si potrebbe definire “strutturale”, si deve poi sommare un discutibile approccio metodologico adottato dalla maggior parte della dottrina che si è occupata di questi temi.

⁽³⁴⁴⁾ Cfr. BALDASSARRE, *Ult. cit.*

Come sarebbe logico attendersi, qualsiasi discorso costituzionale sulla proprietà dovrebbe partire dall'analisi del “*concetto di proprietà privata secondo la Costituzione*”⁽³⁴⁵⁾ – vale a dire, dovrebbe rispondere alla preliminare domanda “*cos'è la proprietà in diritto costituzionale*”.

E ciò in ossequio al generale principio per cui una ricerca dovrebbe preliminarmente definire l'oggetto della propria indagine, a meno che la definizione di tale oggetto non sia rilevabile dalle premesse del discorso, cosa che nel nostro caso non è, e solo poi concentrare la propria analisi su problematiche di carattere più specifico.

In Italia, invece, il dibattito dottrinale, e così la giurisprudenza costituzionale, si sono molto incentrati sui *limiti* posti dalla Costituzione al diritto di proprietà, e dunque *in primis* sul limite rappresentato dalla *funzione sociale*, attribuendo ad essa valore *conformativo* del diritto⁽³⁴⁶⁾, e molto poco sulla *nozione costituzionale* di proprietà⁽³⁴⁷⁾.

Così invertendo, ad esempio, le conclusioni di quella autorevole dottrina tedesca che attribuisce all'art. 14 della Legge Fondamentale il significato secondo cui la *funzione sociale* è questione che attiene più alla legge ordinaria che ai principi costituzionali⁽³⁴⁸⁾. Se è vero, infatti, che la Costituzione ha la funzione di garantire la libertà dell'individuo nei confronti dello Stato, dovremo dire che le norme costituzionali della proprietà che menzionano la funzione sociale intendono semplicemente porre un “limite ai limiti della proprietà” stabiliti dalla legge ordinaria, cioè intendono vincolare il potere legislativo a non limitare arbitrariamente quello che rimane, nella sua conformazione essenziale, un diritto assoluto⁽³⁴⁹⁾.

Molto poco si è dunque riflettuto sul *contenuto* del diritto di proprietà secondo la Costituzione⁽³⁵⁰⁾. E pur tuttavia è solo da questa analisi, più tecnica e meno connotata ideologicamente, che possono derivare indicazioni utili per un inquadramento costituzionale delle nuove forme di ricchezza. In questo senso, l'ambito di indagine della ricerca, quello della proprietà e delle nuove proprietà in Costituzione, pur riguardando un terreno tradizionalmente molto carico di connotati ideologici, sarà qui svolto unicamente avendo ad oggetto il piano tecnico degli elementi che lo definiscono, al fine di verificare se la nozione costituzionale di questo diritto sia nel corso del tempo sensibilmente mutata e possa, oggi, in ipotesi includere nel suo alveo beni (qui intesi in senso economico) che fino a ieri o non esistevano o erano alieni dall'essere disciplinati utilizzando le regole stabilite appunto dal diritto di proprietà.

⁽³⁴⁵⁾ *Ibidem*.

⁽³⁴⁶⁾ Cfr. M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica del diritto*, II, 1971, n.45, ora anche in *Scritti*, Vol. VI, 1970-1976, Milano, 2005, 216.

⁽³⁴⁷⁾ L'unico contributo recente di cui si ha notizia è quello di BALDASSARRE (*Proprietà, cit.*).

⁽³⁴⁸⁾ Cfr. BALDASSARRE, *Proprietà, cit.*, 10.

⁽³⁴⁹⁾ Cfr. L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1988, 427 ss.

⁽³⁵⁰⁾ Cfr. BALDASSARRE, *Proprietà, cit.*, 3.

Vanno a questo punto fatte due precisazioni.

La prima è che, come per ogni altro valore costituzionale, anche la nozione costituzionale di proprietà si ricava, primariamente, dalla lettera della Costituzione, e quindi dalle elaborazioni della giurisprudenza costituzionale e della dottrina costituzionale. E, come per ogni valore costituzionale, non ci si deve aspettare che il testo della Costituzione lo definisca compiutamente (o, come è in molti casi, non ci si deve aspettare che lo definisca *tout court*).

La Costituzione è infatti scritta con il linguaggio della “politica costituzionale” e non definisce mai – in modo preciso, diretto, univoco – gli istituti che regola nella parte prima, né dal suo testo è mai possibile trarre tutti gli elementi necessari alla ricostruzione delle posizioni giuridiche che garantisce. In altre parole, la Costituzione deve essere sempre necessariamente eterointegrata in via interpretativa.

La seconda precisazione è che il contenuto dei valori costituzionali, non è immutabile, e dunque, poichè la dottrina e la giurisprudenza costituzionali scontano in tema di riflessioni sulla proprietà un consistente ritardo, non è detto che, ai fini della presente ricerca, l'analisi delle fonti “classiche” (*i.e.*, dottrina e giurisprudenza costituzionali italiane) possa essere sufficiente o esaustiva e non sia necessario guardare altrove.

Fatte queste precisazioni, la normale e logica premessa a qualsiasi discorso sulla proprietà, è che negli Stati costituzionali c.d. a democrazia pluralistica la nozione di proprietà secondo la Costituzione è considerata una nozione distinta e autonoma rispetto a quella del civilista⁽³⁵¹⁾, e anzi, in un sistema di Costituzione rigida, ne costituisce il necessario presupposto logico-giuridico⁽³⁵²⁾.

Ne discende che è la nozione costituzionale di proprietà che costituisce l'antefatto normativo rispetto alla nozione civilistica; e che, a meno di non scadere in una affermazione tautologica, la nozione costituzionale di proprietà non può trovare la propria giustificazione o ragion d'essere nella nozione civilistica.

⁽³⁵¹⁾ Addirittura, “già Locke distingueva tra un concetto generale di *property*, comprensivo dei diritti alla vita, alla libertà e al patrimonio, e un concetto più particolare di *estate*” (Cfr., BALDASSARRE, *Proprietà*, cit., 1).

⁽³⁵²⁾ E, infatti, come giustamente notato, “Si cadrebbe in una contraddizione, non solo teorica, ma soprattutto pratica, se non si ammettesse che ciascun valore costituzionale [e dunque anche quello rappresentato dalla proprietà] debba avere un contenuto semantico a sé stante e indipendente da quello proprio dei principi e dei concetti appartenenti ai sottosistemi giuridici subordinati a quello costituzionale: se così non fosse, infatti, risulterebbe compromesso o vanificato il postulato relativo al condizionamento di validità delle norme costituzionali nei confronti delle fonti e degli atti inferiori, il quale è, per l'appunto, connotato a un ordinamento giuridico caratterizzata da una rigidità costituzionale «garantita»” (Cfr., BALDASSARRE, *Proprietà*, cit., 1). Insomma, l'introduzione delle Costituzioni rigide non ha solamente comportato la modificazione del sistema delle fonti normative ma ha soprattutto “trasformato il sistema della legalità”, creando una doppia articolazione della stessa (legalità ordinaria e legalità costituzionale) e ponendo a fondamento dell'intero sistema un ordine di valori superiore (principi costituzionali), dotati di autonomia propria rispetto al rimanente contesto normativo (Cfr., *Ult. cit.*, 1).

E dunque se, da una parte, l'esigenza di individuare interpretazioni *valide* porta a ricercare il senso delle disposizioni sulla proprietà privata contenute in leggi ordinarie commisurando queste ultime ai precetti costituzionali di riferimento, dall'altra parte, i valori costituzionali, come è stato autorevolmente argomentato da Baldassarre, debbono essere individuati sulla base di un autonomo riferimento della Costituzione alla realtà sociale o, più precisamente, "*sulla base della consapevolezza che i valori costituzionali non possono non avere un connotatum e un denotatum loro proprio*"⁽³⁵³⁾.

Tuttavia, se esiste un generale accordo sull'autonomia concettuale della nozione costituzionale di proprietà, non si può dire che tale convinzione abbia determinato, da parte della dottrina costituzionalistica, un mutamento significativo nel modo di procedere alla individuazione in concreto del concetto costituzionale di proprietà privata⁽³⁵⁴⁾. E così, come precisato dallo stesso Baldassarre, continuano a giocare un ruolo determinante le c.d. definizioni "classiche", tutte precedenti all'entrata in vigore della Costituzione, tutte più o meno condizionate dal fatto di dipendere da fonti "extracostituzionali", e così sintetizzabili⁽³⁵⁵⁾.

Secondo una prima "classica" definizione (approccio giusnaturalistico), la proprietà privata è un diritto "pre-statuale", e dunque "pre-costituzionale": è un "diritto naturale innato" riconosciuto a ciascun uomo come attributo della propria personalità, come elemento essenziale della "dignità umana".

In base alla seconda "classica" definizione (scuola storica del diritto)⁽³⁵⁶⁾, la proprietà è una nozione "pre-data" rispetto alla legge, nel senso che è fondamentalmente forgiata dal divenire storico dei rapporti giuridici di una determinata società⁽³⁵⁷⁾.

Infine, stando alla terza "classica" definizione (positivismo giuridico moderno): la proprietà è una nozione che si ricava "nella legge". In base alla generalità degli autori che si rifanno a un tale approccio⁽³⁵⁸⁾, la proprietà privata è tutelata dalla Costituzione nei limiti e nella conformazione delineati nel codice civile e nelle leggi ordinarie, per il fatto che la norma costituzionale, benché prefissi al legislatore alcune finalità e regole (ad esempio, la funzione sociale), rimette sostanzialmente alla legge la determinazione del riconoscimento e delle garanzie del diritto soggettivo di proprietà privata. In breve, tale diritto avrebbe una definizione e godrebbe di una tutela solo indirettamente costituzionale.

⁽³⁵³⁾ Cfr., BALDASSARRE, *Proprietà, cit.*, 2.

⁽³⁵⁴⁾ *Ibidem*.

⁽³⁵⁵⁾ *Ib.*

⁽³⁵⁶⁾ F.C. SAVIGNY, *Sistema di diritto romano attuale*, 1840, trad. it., Torino, 1886, 341.

⁽³⁵⁷⁾ A questo schema si riconnette l'originaria versione della "proprietà secondo la Costituzione" (Wolff, Schmitt), in base alla quale la proprietà è innanzitutto un istituto giuridico, cioè un insieme di rapporti giuridici di natura patrimoniale più ampio della proprietà in senso civilistico, che è socialmente conformato in un certo modo nel momento presente e che, nella sua sostanza, grazie alla diretta garanzia costituzionale di cui gode, non può essere modificato dal legislatore e dalla amministrazione pubblica.

⁽³⁵⁸⁾ Secondo Baldassarre: Esposito, Giannini, Motzo-Piras *et al.* (cfr. *IB. Ult.cit.*, 2).

Sempre secondo Baldassarre⁽³⁵⁹⁾, tutti e tre gli approcci svolgono *incoerentemente* il principio della “proprietà secondo la Costituzione”, e ciò essenzialmente perché in tutti e tre i casi non è contemplata la novità più rilevante dei moderni Stati costituzionali, vale a dire l’introduzione di una Costituzione “rigida”, che ha posto a fondamento dell’intero sistema un ordine di valori superiore (i principi costituzionali), e che non può trovare la propria giustificazione in una fonte normativa altra (il diritto naturale), in una fonte non normativa (il divenire storico), o addirittura in una fonte subordinata (la legge ordinaria).

In particolare, la tesi che collega il concetto di proprietà privata ad un “diritto naturale innato” appare come l’esempio più evidente della sovrapposizione alla Costituzione di ordini normativi superiori, di natura “pre-costituzionale”.

Ma anche la teoria che individua nel riconoscimento costituzionale della proprietà privata la garanzia di un “istituto giuridico”, nel senso di un complesso di relazioni giuridiche forgiato essenzialmente dalla “storia” e dalla “coscienza sociale”, comporta in ogni caso che si ammetta l’esistenza di un ordine di valori *al di là della [praeter]* Costituzione⁽³⁶⁰⁾.

E infine, la teoria della “proprietà privata secondo la legge ordinaria” comporta che, in relazione alla materia considerata, tra Costituzione e legge sussista una relazione di indifferenza, tanto che essa può essere interpretata in duplice e opposto senso: sia come “decostituzionalizzazione” della garanzia della proprietà privata, dal momento che rimette alla legge il significato sostanziale del concetto di proprietà supponendo la natura meramente formale della previsione costituzionale; sia come “costituzionalizzazione” della disciplina posta dalla legge ordinaria, dal momento che è quest’ultima la fonte cui è connessa la regolamentazione di tutti i profili giuridicamente rilevanti della proprietà privata.

Ciò è sufficiente per concludere che la teoria in questione, che pure è autorevolmente sostenuta⁽³⁶¹⁾, più delle altre si manifesti come di dubbia compatibilità con i postulati dello Stato costituzionale, i quali esigono che i valori costituzionali siano definiti nel loro contenuto essenziale dalla Costituzione (formale), cui compete in via esclusiva, in relazione a quei valori, ogni possibile signoria delle fonti.

⁽³⁵⁹⁾ *Ult. cit.*, 2.

⁽³⁶⁰⁾ Ciò non toglie che pure in tal caso si possano dedurre elementi utili per la formulazione di una corretta procedura ermeneutica, ove si ritenga che il riferimento alla “storia” e alla “coscienza sociale”, possa assumere un significato normativo sul piano dell’interpretazione costituzionale, attraverso la selezione di interessi individuabili nella Costituzione (formale).

⁽³⁶¹⁾ Cfr. G. TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà (Lezioni introduttive)*, in *Corso di diritto civile*, 1972-73, Genova, 1973, ora parzialmente riprodotto in) *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, p. 238-309.

2. La mancata presa di posizione della giurisprudenza costituzionale

La Corte costituzionale ha respinto tutte e tre le teorie prima ricordate, e ha seguito, sin dai primi anni del suo operare, quasi “*per istinto*”⁽³⁶²⁾, la tesi, allora minoritaria⁽³⁶³⁾, relativa alla presenza in Costituzione di una connotazione, seppur minima o essenziale, della proprietà privata.

Per la verità, una tale tesi – e questo spiega il perché dell’utilizzo dell’espressione “per istinto” – è stata seguita a fronte dell’“enunciazione” della necessaria presenza di una nozione di proprietà in Costituzione, ma senza che fosse poi stata sviluppata una teoria compiuta sul contenuto costituzionale della proprietà. E ciò ha determinato che la Corte, che pure “*diverse volte, ed in modo clamoroso*”⁽³⁶⁴⁾, ha giudicato costituzionalmente illegittime per contrasto con l’art. 42 Cost., importanti norme legislative, abbia preferito indicare come violato il terzo comma di tale articolo, che dispone la garanzia dell’indennizzo in caso di espropriazione, piuttosto che il primo⁽³⁶⁵⁾.

⁽³⁶²⁾ Cfr. GAMBARO, *La proprietà, cit.*, 115

⁽³⁶³⁾ Autorevolmente sostenuta, ad esempio, da F. BARTOLOMEI, *L’espropriazione nel diritto pubblico*, Milano, 1965, 389, e poi da S. RODOTÀ, *Art. 42*, nel volume *Rapporti economici*, a cura di F. Galgano e S. Rodotà, del *Commentario alla Costituzione* a cura di G. Branca, Roma-Bologna, 1989

⁽³⁶⁴⁾ GAMBARO, *cit.*, 120.

⁽³⁶⁵⁾ Secondo Gambaro, si possono ricordare, in particolare, le seguenti pronunce, esemplificative di come si possa tutelare un diritto, in ipotesi anche efficacemente, senza mai (o quasi mai) definirlo: Corte Cost., 25 maggio 1957, n. 61, in *Giur.it.*, 1957, I, 1, 1098 (secondo cui l’art. 42 cost. impone solo la corresponsione di un’indennità di espropriazione rapportata al massimo del contributo che la P.A. può garantire al privato nell’ambito di una valutazione comparativa. Cfr. anche le sentenze 24 novembre 1958, n. 60, in *Giur. it.*, 1959, I, 1, 8; 18 gennaio 1958, n. 3, in *Giur. cost.*, 1958, 10); Corte Cost., 2 maggio 1958, n. 33, in *Giur. cost.*, 1958, 474 (stabilisce che l’indennità deve assolvere comunque ad una funzione riparatoria); Corte Cost., 29 dicembre 1959, n. 67, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, 373 (dichiara la illegittimità costituzionale della L. 22.4.1953, n. 342 poiché istituisce un meccanismo di quantificazione dell’indennizzo, rapportato ad un’epoca antecedente e remota, in base al quale l’indennità finisce con l’essere una forma di ristoro solo apparente); Corte Cost., 18 giugno 1963, n. 91, in *Foro it.*, 1963, I, 1090 (dichiara l’illegittimità costituzionale della legge emanata per rimediare alla lacuna precedente in quanto ogni valutazione riferita al valore del bene in un tempo notevolmente diverso da quello dell’espropriazione viola il criterio del “serio ristoro”); Corte Cost., 9 aprile 1965, n. 22 in *Foro it.*, 1965, I, 585 (dichiara la illegittimità cost. di alcune norme della L. 18 aprile 1965 n. 167, perché stabilendo tempi di espropriazione diversi, ma criteri di computo eguali, nell’ambito dei programmi di edilizia popolare, viola anche l’art. 3, 1 comma, Cost.); Corte Cost., 20 gennaio 1966, n. 6, in *Foro it.*, 1966, I, 203 (dichiara la illegittimità cost. delle norme che consentivano la imposizione di servitù militari senza indennizzo introducendo la nozione di limiti alla proprietà a carattere espropriativo); Corte Cost., 29 maggio 1968, n. 55, in *Foro it.*, 1968, I, 1361 (dichiara la illegittimità cost. di alcune norme della L.U. che consentono la imposizione di limiti a carattere espropriativo a tempo indeterminato e senza indennizzo); Corte Cost., 29 maggio 1968, n. 56 *ivi*, (dichiara la legittimità costituzionale delle norme che impongono vincoli paesaggistici anche di inedificabilità assoluta); Corte Cost., 30 aprile 1973, n. 46, in *Foro it.*, 1973, I, 1965 (dichiara la illegittimità cost. delle norme che in tema di servitù di elettrodotto prevedevano una indennità pari al valore venale aumentato di un quinto, introducendo il principio per cui la misura dell’indennizzo non può superare il valore venale); Corte Cost., 6 marzo 1974, n. 58, in *Foro it.*, 1974, I, 957 (dichiara non fondata la questione sollevata circa le norme speciali sulla creazione della zona industriale di

Il risultato è stato certamente quello della tutela della garanzia costituzionale della proprietà. Ma si è consolidata quella tendenza a non definire il contenuto della proprietà privata secondo la Costituzione di cui abbiamo accennato.

In questo senso, può essere utile una breve disamina di alcune delle sentenze (poche), in cui la Corte ha in effetti dato prova di volersi cimentare con il contenuto della proprietà secondo la Costituzione, e dunque con il secondo comma dell'art.42.

Nella sentenza n. 6/1966, si discute dell'effettivo contenuto di alcune limitazioni imposte da servitù militari e, in particolare se, data la loro incidenza sul diritto, non si debbano qualificare come espropri.

Secondo la Corte, “[c]he cosa debba intendersi per espropriazione ai sensi del terzo comma dell'art. 42 risulta dal confronto di questa norma con i due commi precedenti dello stesso articolo. Con il primo comma e con la prima parte del secondo comma, si afferma, in correlazione con altri articoli, quali precipuamente il 41, il 43 ed il 44, il principio che l'istituto della proprietà privata è garantito; con la seconda parte del secondo comma si enuncia che la legge ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti; nel terzo comma si prevede che la proprietà può essere espropriata, salvo indennizzo. Ciò comporta che la determinazione dei modi di acquisto e di godimento e dei limiti, volta, come deve essere, a regolare l'istituto della proprietà privata, a stabilirne, cioè, la configurazione nell'ordinamento positivo, non può violare la garanzia accordata dalla Costituzione al diritto di proprietà, sopprimendo l'istituto della proprietà privata o negando ovvero comprimendo singoli diritti senza indennizzo”.

In particolare, “[l]a logica del sistema impone di considerare che la violazione della garanzia si avrebbe non soltanto nei casi in cui fosse posta in essere una traslazione totale o parziale del diritto, ma anche nei casi in cui, pur restando intatta la titolarità, il diritto di proprietà venisse annullato o menomato senza indennizzo”.

A ben vedere, non vi è qui una diretta definizione di diritto di proprietà, vi è al limite una definizione “in negativo”, attraverso la previsione dell'effettività di una delle garanzie proprietarie, quella relativa all'indennizzo, anche laddove non si realizzi il presupposto formale che automaticamente lo determinerebbe.

Nella sentenza n. 5/1968, si discute delle stesse appena accennate questioni di diritto. Secondo il Consiglio di giustizia amministrativa della Regione siciliana,

Padova che prevedevano l'esproprio di terreni agricoli, ma suscettibili di sviluppo, al valore agricolo); Corte Cost., 22 gennaio 1976, n. 15, in *Foro it.*, 1976, I, 523 (dichiara non fondata la questione relativa ai criteri di cui alla Legge per Napoli, L. 15 gennaio 1885 n. 2982); Corte Cost., 30 gennaio 1980, n. 5, in *Foro it.*, 1980, I, 273 (dichiara la illegittimità cost. delle norme della l. 1977 n. 10 che prevedevano il criterio del valore agricolo medio anche per determinare l'indennità dovuta in caso di espropriazione di aree urbane a vocazione edilizia); Corte cost., 2 luglio 1983, n. 223, in *Foro it.*, 1983, I, 2057 (dichiara la illegittimità cost. della reintroduzione delle norme sulla determinazione dell'acconto in attesa di indennità definitiva da stabilirsi in base a legge futura.

“dai precetti dell'art. 42 della Costituzione, emerge implicita l'esigenza in linea generale, che non indennizzabili sono soltanto quelle limitazioni che non incidono radicalmente sul contenuto del diritto di proprietà”.

Pertanto, in relazione alla fattispecie in esame, *“l'imposizione - sine die - di vincoli a verde pubblico, a verde privato, a verde agricolo su aree di natura pacificamente edificatoria, per effetto del solo piano regolatore generale, in attesa della espropriazione, sembrava dover importare il verificarsi del principio di indennizzabilità”.*

Ma il richiamo al secondo comma qui è ancora di maggiore vaghezza rispetto al precedente, e in questo caso, addirittura, si argomenta che *“[i] commi secondo e terzo dell'art. 42 (e quest'ultimo come già interpretato dalla Corte) vanno insieme considerati e coordinati, per ricavarne, - alla stregua di quello che, in base all'ordinamento giuridico attuale, rappresenta il vigente, concreto regime di appartenenza dei beni (art. 42, secondo comma) - l'identificazione del casi, nei quali, incidendo essi negativamente, a titolo individuale, sulla proprietà riconosciuta secondo il regime stesso, occorre far luogo all'indennizzo (art. 42, terzo comma)”.* E, dunque, la Corte, con la locuzione *“alla stregua di quello che, in base all'ordinamento giuridico attuale, rappresenta il vigente, concreto regime di appartenenza dei beni (art. 42, secondo comma)”*, altro non fa che deferire al legislatore una questione che sarebbe invece di sua competenza.

Anche nella sentenza n. 4/1976, in un procedimento civile avente ad oggetto la convalida di sfratto per finita locazione, il richiamo al secondo comma dell'art. 42 appare viepiù formalistico.

E infatti tutto quello che si può leggere è che *“la funzione sociale della proprietà, di cui all'art. 42 cpv. della Costituzione - se può giustificare un regime di blocco dei canoni (come misura contingente e non come forma di assetto ordinario della proprietà di immobili urbani destinati ad uso di abitazione: cfr. la sentenza n. 3 del 1976) - non postula, però, l'adozione del regime stesso come misura in ogni caso e in ogni tempo indispensabile alla attuazione del precetto costituzionale”.*

Nella sentenza n. 95/1966, finalmente la corte prova a riempire di contenuto il secondo comma.

E così, premesso che *“si potrebbe ipotizzare l'eliminazione dal nostro ordinamento di istituti come l'usufrutto, l'uso o l'abitazione mediante legge ordinaria, e non già dell'istituto della proprietà privata, che è uno dei connotati caratteristici del nostro sistema economico e sociale”*, la Corte argomenta che *“il dettato medesimo del secondo comma dell'art. 42 della Costituzione è così ampio che consente già di ritenere compresi nel "riconoscimento" e nella "garanzia", di cui è in esso parola, anche i diritti in questione”.*

La conseguenza è che, se anche *“si parlasse, nel secondo comma soltanto della proprietà stricto sensu, non ne consegue che le regole costituzionali dell'espropriazione, che sono segnate nel terzo comma del medesimo articolo, non*

riguardino anche quella che le ordinanze definiscono come proprietà in senso lato”.

Pur tuttavia, siamo comunque in un caso che ricade tra le forme di esclusiva che già rientrano tra i diritti reali. I “rischi” presi dalla Corte son dunque praticamente inesistenti e, difatti, non si può dire che si possa ricavare da questa sentenza un qualche contributo per una definizione del diritto di proprietà autonoma, dal “sistema del Codice”.

Le stesse considerazioni si possono fare a proposito della sentenza n. 702/1988, in cui la Corte ribadisce che “[l]a nozione “costituzionale” di proprietà comprende pure i diritti reali limitati (cfr. Corte cost. n. 95 del 1966), onde la competenza attribuita alla legge dall’art. 42 Cost. per la determinazione dei modi di acquisto del diritto si estende anche alla costituzione del diritto di pegno”.

Anche in questo caso, infatti, la sentenza non vale a fugare il dubbio che la Corte sia appiattita sul regime civilistico delle appartenenze.

Va infine ricordata la sentenza n. 99/1976.

La norma impugnata è l’art. 9 della legge sulla disciplina dei casi di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio (10 dicembre 1970, n. 898), a tenore della quale si dispone che una quota della pensione spettante al coniuge superstite possa essere attribuita al coniuge, rispetto al quale sia stata pronunciata, a suo tempo, sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio.

In applicazione di una tale norma, la prima moglie del marito ormai defunto chiede al Tribunale di Firenze che le venga riconosciuta una quota della pensione della moglie superstite. Il Tribunale le dà ragione; la moglie superstite appella la sentenza; la Corte d’appello di Firenze sospende il giudizio e sottopone alla Corte questione di legittimità costituzionale del citato art. 9 della legge del 1970 in relazione all’art. 42 della Costituzione.

La Corte, risponde sbrigativamente, ritenendo “*non congruo il richiamo all’art. 42*”. E affermando che “[n]el caso, la censura è rivolta contro disposizione che riguarda le vicende di una obbligazione pecuniaria, quale si configura lato sensu il rapporto pensionistico e non già il regime della proprietà o degli altri diritti reali, cui, invece, la tutela dell’art. 42 è diretta. La disposizione consiste e si risolve nella individuazione del destinatario di parte di un pagamento di somma (che sarebbe ad altri integralmente dovuta), in base a statuizione giudiziale ed alle condizioni che si sono enunciate al numero precedente. La disposizione, che trova il suo supporto nell’art. 1188 del codice civile non contiene punti di contrasto con l’art. 42 della Costituzione dettato, in ambito diverso, per altri fini”.

Qui evidentemente appare più interessante la posizione della Corte d’appello di Firenze che on quella della Corte, ma la sentenza è significativa perché arriva alla corte un caso “tipico” di nuove proprietà (che nel 1976 la stessa Corte di Strasburgo doveva ancora elaborare), e la Corte offre comunque delle

obiezioni già deboli: il rapporto in questione non riguarda infatti un'obbligazione pecuniaria ma direttamente il regime delle appartenenze, rientrando a pieno titolo tra le *situazioni* soggettive di diritto privato patrimonialmente rilevanti, che già Zencovich, come si è visto considera, almeno da un punto di vista teorico, suscettibili di tutela proprietaria.

3. I tentativi (mancati) di individuare una nozione di proprietà nella Costituzione

A proposito delle norme sulla proprietà contenute nella Costituzione, si è detto che sarebbero “*si povere, ambigue ed imprecise da non consentire alcuna ricostruzione ermeneutica che voglia rimanere sul terreno della tradizione giuridica*”⁽³⁶⁶⁾.

Gli articoli della Costituzione che rilevano ai fini della nozione costituzionale di proprietà sono il 42, il 44 e il 47.

L'art. 42, così recita: “1. *La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati.* 2. *La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti.* 3. *La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale.* 4. *La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità*”.

Secondo l'art. 44, “*Al fine di conseguire il razionale sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali, la legge impone obblighi e vincoli alla proprietà terriera privata, fissa limiti alla sua estensione secondo le regioni e le zone agrarie, promuove ed impone la bonifica delle terre, la trasformazione del latifondo e la ricostituzione delle unità produttive; aiuta la piccola e la media proprietà. La legge dispone provvedimenti a favore delle zone montane*”.

Infine, dispone, l'art. 47 che “1. *La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito.* 2. *Favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese*”.

Come è evidente dalla lettera del testo, la Costituzione non dà dunque una definizione di proprietà né di diritto di proprietà.

Di conseguenza, scrive Tarello, “*ogni definizione è permessa (agli operatori giuridici) purchè essa non vada contro, nelle sue conseguenze operative, al disposto di singole prescrizioni in materia di “proprietà” contenute*

⁽³⁶⁶⁾ GAMBARO, *La proprietà*, cit., 115.

negli articoli della Costituzione che ne fanno letterale menzione (cioè gli artt. 42, 44, 47)”⁽³⁶⁷⁾.

E, sempre secondo Tarello, il “*silenzio del costituente*” relativamente alla definizione di proprietà può essere inteso sia “*come accettazione di una realtà esistente (di solito la nozione di proprietà del preesistente codice di diritto civile; sporadicamente una nozione giusnaturalistica e imprecisata di proprietà)*”, sia “*come rinvio e delega al legislatore futuro (di cui ogni definizione e determinazione della proprietà verrebbe ad essere costituzionalmente legittima)*”⁽³⁶⁸⁾.

Pertanto, almeno secondo questa dottrina, occorrerebbe rimettersi al legislatore ordinario che diviene in tal modo “il signore della fonte” essendo il soggetto deputato a riconoscere come e in quali casi debba esistere, in diritto positivo, la proprietà privata.

È però evidente che in questo caso la garanzia costituzionale delle situazioni reali di appartenenza private svanisce immediatamente, limitandosi la previsione costituzionale a prevedere una generica garanzia di istituto.

Normalmente però quando la Costituzione riconosce e garantisce una posizione giuridica soggettiva, e la tutela, prevedendo che i limiti ad essa possano essere disposti solo con legge, ciò logicamente presuppone che la situazione limitabile riceva dal testo costituzionale un qualche contenuto di carattere prescrittivo e sostantivo, ancorchè di carattere generale ed essenziale, e non basta non rinvenirlo di primo acchito per cancellarlo.

In primis, il compito sarebbe dovuto ricadere sulla giurisprudenza costituzionale ma, come si è visto, la Corte ha, nella quasi totalità dei casi, fatto leva sul terzo comma dell’art. 42 per imporre limiti al potere conformativo del legislatore ordinario, anziché sul primo comma del medesimo art. 42.

Tanto che, secondo Gambaro, dal punto di vista definitorio del diritto di proprietà, gli esiti a cui arriva la Corte sono minimali e riassumibili nella nozione “*che non potrebbe essere ricondotta alla nozione di proprietà quella situazione di appartenenza in cui il titolare difetti di sia pur minimi poteri di godimento e disposizione su un bene*”⁽³⁶⁹⁾.

E’ evidente che questi esiti sono insufficienti.

Può essere allora utile ritornare ad alcune considerazioni svolte in partenza a questo capitolo, la prima delle quali era che la Costituzione è scritta con il linguaggio della “politica costituzionale” e pertanto non definisce mai – in modo preciso, diretto, univoco – gli istituti che regola nella parte prima, né dal suo testo è mai possibile trarre tutti gli elementi necessari alla ricostruzione delle posizioni giuridiche che garantisce.

⁽³⁶⁷⁾ G. TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà (Lezioni introduttive, in Corso di diritto civile, 1972-73, Genova, 1973, ora parzialmente riprodotto in) Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, 245.

⁽³⁶⁸⁾ TARELLO, *Ult. cit.*, 246.

⁽³⁶⁹⁾ GAMBARO, *La proprietà, cit.*, 116.

In altre parole, la Costituzione deve essere sempre necessariamente eterointegrata in via interpretativa.

Una tale affermazione è ben provata dal fatto che se i criteri ermeneutici indicati in precedenza per dimostrare che non esiste alcuna nozione costituzionale di proprietà fossero applicati anche ad altri valori costituzionali si arriverebbe all'esito di demolire o privare di contenuti quasi l'intera prima parte della Costituzione.

Sul piano del paradosso, come ha ben rilevato Gambaro, si potrebbe notare ad esempio che neppure il termine "uomo" cui l'art. 2 garantisce diritti inviolabili appare mai definito nel testo della carta fondamentale e se non si riconoscesse qui l'operatività giuridica delle "fonti culturali" si correrebbe il rischio che il legislatore ordinario possa addirittura dare una configurazione restrittiva alla categoria degli "esseri umani"⁽³⁷⁰⁾.

Su di un piano meno paradossale e più strettamente ermeneutico, è sempre Gambaro a rilevare che numerose espressioni del testo costituzionale traggono il loro significato dalle elaborazioni dei relativi concetti, da parte delle singole dottrine giuridiche: espressioni quali "*diritti ed interessi legittimi*" (art. 113), o "*pubblici uffici*" (art. 97), sono chiarite dalla dottrina amministrativistica; quelle relative ai "*trattati internazionali*" (art. 80 e art. 87), ai "*rappresentanti diplomatici*" (art. 87), o alle "*organizzazioni internazionali*" (art. 11), dalla dottrina internazionalistica; e quelle relative a "*amnistia ed indulto*" (art. 79), "*grazia*" (art. 87), "*misura di sicurezza*" (art. 25), si traggono invece dalla dottrina penalistica⁽³⁷¹⁾.

Si potrebbe dunque affermare che nel caso della garanzia costituzionale della proprietà, le difficoltà non sono tanto imputabili alla lettera della Costituzione, che sul punto è lacunosa né più né meno di quanto lo sia con altri istituti giuridici in essa indicati, quanto piuttosto al fatto che è difficile identificare la dottrina giuridica da cui elaborare il relativo concetto.

Torniamo ora per un momento alla lettera del dettato costituzionale. Di primo acchito parrebbe che la nozione di proprietà privata di cui all'art. 42 Cost. debba essere desunta dal discorso dei civilisti. Tuttavia, come si è visto nella prima parte della ricerca, costoro elaborano la nozione di proprietà senza badare alla Costituzione e concepiscono la nozione di proprietà in ambito diverso, si potrebbe dire indipendente rispetto al testo costituzionale.

Peraltro, la stessa lettera della Costituzione in alcuni casi fa evidente riferimento a una nozione di proprietà che non è quella civilistica. Così, ad esempio, l'art. 47 Cost. quando impegna la Repubblica a favorire l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, intende una situazione abitativa dotata dei caratteri della stabilità e sicurezza del godimento e non necessariamente

⁽³⁷⁰⁾ *Ult. cit.*, 117.

⁽³⁷¹⁾ *Ibidem.*

della proprietà civilistica della casa⁽³⁷²⁾. O ancora, quando il terzo comma dell'art. 42 Cost. prescrive che la proprietà privata può essere espropriata salvo indennizzo, ciò naturalmente non esclude che il titolare di un usufrutto, di una enfiteusi, di una servitù prediale – tutte situazioni che escludono la proprietà – non possa essere espropriato.

E' dunque evidente che la nozione costituzionale di proprietà e la relativa garanzia è indipendente dalla nozione civilistica della stessa, allo stesso modo in cui, come opportunamente rilevato da Baldassarre, è necessario distinguere nei sistemi di *common law* tra la proprietà come “*great and primary right*” e i diritti dominicali come “*auxiliary and subordinate*”⁽³⁷³⁾.

Secondo Gambaro⁽³⁷⁴⁾, ciò che si richiede alla dottrina ai fini della individuazione della garanzia costituzionale della proprietà non è dunque l'utilizzo o la forzatura dell'istituto civilistico, ma “*una indicazione delle sue funzioni [ndr, della proprietà] e degli strumenti istituzionali che sono necessari per perseguirle*”.

Ma anche seguendo queste indicazioni si prova troppo poco. Si arriverebbe infatti alle seguenti insufficienti conclusioni.

Prima conclusione: non si può negare che la proprietà sia un valore costituzionale (pertanto essa sarebbe sacrificabile solo di fronte ad altri valori costituzionali e non di fronte ad altre esigenze prive di rango costituzionale).

Seconda conclusione: ove debba operare il temperamento tra garanzia costituzionale della proprietà ed altri valori costituzionali il legislatore ordinario, pur godendo di ampia discrezionalità, non sarebbe completamente libero, poiché dovrebbe ritenersi costituzionalmente obbligato a limitare il sacrificio della proprietà a quelle incisioni che sono strettamente necessarie a promuovere il valore antagonista.

Tali conclusioni provano troppo poco perché continuano ad eludere il problema, concettuale ma dalle vaste implicazioni pratiche, del *contenuto minimo* del diritto di proprietà secondo la Costituzione (che riguarda, è utile ricordarlo, l'*oggetto* di proprietà e i *modi* di esercitare l'appartenenza).

A dire il vero, l'indicazione che la nostra dottrina ha voluto fornire al giudice delle leggi è stata anche un'altra.

Si è sostenuto che se si considera la *funzione sociale*, non come *limite esterno*, ma come *qualificazione (conformazione)* del diritto di proprietà privata⁽³⁷⁵⁾, sarà proprio attraverso il principio della funzione sociale che si potrà agevolmente introdurre, da una parte, “*il concetto della pluralità dei tipi (del diritto) di proprietà*”⁽³⁷⁶⁾, e, dall'altra, il principio secondo cui la definizione del

⁽³⁷²⁾ SORACE, *Ult. cit.*, 1035.

⁽³⁷³⁾ BALDASSARRE, *Ult. cit.*, 1.

⁽³⁷⁴⁾ GAMBARO, *Ult. cit.*, 119.

⁽³⁷⁵⁾ M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica del diritto*, II, 1971, n.45, ora anche in *Scritti*, Vol. VI, 1970-1976, Milano, 2005, 216.

⁽³⁷⁶⁾ *Ult. cit.*, 218.

diritto sarebbe demandata dalla diversa conformazione che ne dà la funzione sociale.

Si dovrà però ammettere che anche questa indicazione finisce con l'eludere la questione della definizione del contenuto del diritto di proprietà secondo la Costituzione. E infatti questa indicazione non è stata accolta dalla nostra Corte costituzionale la quale intuendo i rischi che un giudizio “*sulla concretizzazione della funzione sociale della proprietà comporta*”, rifiuta recisamente di misurare la legittimità costituzionale dei limiti imposti alle proprietà private su questo parametro⁽³⁷⁷⁾.

Sotto il profilo della forma della tutela significa che la nostra Corte preferisce esercitare il proprio potere di controllo “*basandosi sulle parole di un testo [ndr, insufficienti, da sole] piuttosto che sui principi che possono trarsi dal sistema [ndr, che dovrebbero portare, appunto, alla definizione della nozione costituzionale di proprietà]*”⁽³⁷⁸⁾.

Da quanto accennato si può dunque concludere che nonostante, almeno nominalmente, l'opzione (*rectius*, l'enunciazione) di voler approdare ad una nozione costituzionale di proprietà privata appaia netta, tanto nella dottrina appena riferita quanto nella giurisprudenza costituzionale, non si può tuttavia dire che dall'una o dall'altra si sia agito per così dire di conseguenza, e non può pertanto dirsi che possa trarsi un autonomo e chiaro concetto di proprietà secondo la Costituzione.

4. La generale nozione di proprietà privata negli Stati costituzionali basati su principi di democrazia pluralistica

Non vi è dubbio che un punto di notevole difficoltà nell'elaborare una nozione autonoma di proprietà secondo la Costituzione deriva dal fatto che nei moderni Stati costituzionali di democrazia pluralista la proprietà privata ha perso quel fondamento e quel carattere giuridicamente unitario che la connotava nello stato liberale⁽³⁷⁹⁾.

È necessario, per un momento, volgere lo sguardo indietro⁽³⁸⁰⁾.

Nella fase pre-liberale il rapporto del singolo con la cosa, alla base del diritto di proprietà, si configurava come il rapporto di un amministratore fiduciario al servizio di una unità. Nella fase proto-liberale, ancora dominata da un'economia domestica o di piccolo commercio, prevaleva ancora l'esigenza di trovare una giustificazione all'appropriazione privata attraverso il riferimento a valori strettamente personali, come il lavoro (Locke) o l'autoconservazione

⁽³⁷⁷⁾ GAMBARO, *cit.*, 120.

⁽³⁷⁸⁾ *Ibidem*.

⁽³⁷⁹⁾ BALDASSARRE, *Proprietà, cit.*, 3 ss.

⁽³⁸⁰⁾ Cfr. MENGONI, *Proprietà e libertà, cit.*, 431 ss.

(Hobbes, Grozio, ecc.). Invece nella fase del liberalismo “maturo” susseguente alla rivoluzione industriale si affermava il principio della separazione tra *dominium* (proprietà) e *civitas* (sovranità) che diventa il paradigma storico dell’affermazione dell’individuo (libertà) verso il potere pubblico (signoria politica) e delle conseguenti divisioni nell’organizzazione della comunità fra diritto privato e diritto pubblico, tra società e Stato, tra economia e politica.

Nello Stato liberale, dunque, il fondamento e il contenuto della proprietà privata vengono identificati con la libertà individuale, nel senso che la prima è positivamente concepita come manifestazione della libertà e pertanto come espressione della personalità umana o come presupposto necessario per lo sviluppo della stessa⁽³⁸¹⁾.

Come noto, il logoramento del sistema liberale, accelerato dallo sviluppo della grande impresa e dalla centralità assunta da quest’ultima nella produzione, si è poi consumato nell’incapacità di assicurare spontaneamente un sufficiente livello di eguaglianza sostanziale e di giustizia sociale. Ciò ha indotto, sin dalla seconda metà del secolo XIX, gli Stati ad abbandonare il paradigma costituzionale legato al binomio “libertà-proprietà”, e a intervenire nei rapporti economici e sociali al fine di correggere la formazione spontanea di situazioni di grave ingiustizia e sperequazione e di creare i presupposti per un più equilibrato sviluppo economico-sociale attraverso il riconoscimento costituzionale dei “diritti del lavoro” accanto a quelli della libertà e della proprietà (*Stato sociale*).

Da questo momento in poi la proprietà privata non è stata più qualificata dalle Costituzioni come “fine in sé”, ma è stata giustificata soltanto nei limiti e nelle forme non contrastanti con gli interessi generali della società (in questi modo entra nel circuito la c.d. *funzione sociale* della proprietà privata)⁽³⁸²⁾.

In tal modo, si è realizzato un radicale rovesciamento di senso nel riconoscimento giuridico della proprietà privata: non è più quest’ultima ad essere il valore primario e assoluto che fornisce il criterio di legittimazione del potere pubblico, ma al contrario sono i valori costituzionali posti a base di un determinato ordinamento - che nei sistemi di democrazia pluralistica consistono nella garanzia per tutti i cittadini della piena autonomia individuale e della giustizia sociale - a determinare la misura, il contenuto e il significato della proprietà privata.

⁽³⁸¹⁾ Lo Stato liberale, infatti, presuppone una *civitas* di uomini liberi ed eguali di fronte alla legge, una *civitas* che è tale in quanto basata su una “società di liberi proprietari, e dunque senza classi” dove pertanto la proprietà-libertà è presupposto e limite di ogni agire dei singoli. La libertà civile è la disposizione o l’uso del proprio corpo e delle capacità possedute per natura, è cioè una forma particolare di proprietà avente ad oggetto la propria persona fisica; la libertà economica è lo scambio dei diritti di proprietà o l’ampliamento degli stessi attraverso le proprie capacità imprenditoriali; la libertà politica è la compartecipazione al potere collettivo di regolare in modo formalmente eguale, cioè in via generale e astratta, la libertà-proprietà dei singoli (MENGONI, *cit.*, 433).

⁽³⁸²⁾ BALDASSARRE, *Proprietà, cit.*, 4.

La proprietà privata, infatti, cessa di essere un diritto “inviolabile” o un attributo originario della personalità umana (diritto dell’uomo), nel senso di un diritto “pre-costituzionale” attraverso cui si manifesta immediatamente la libertà naturale dell’uomo⁽³⁸³⁾, e diviene un diritto (valore) basato sulla Costituzione (positiva) e da questa variamente connesso ai valori posti al vertice del proprio ordinamento e correlato a interessi generali (collettivi) costituzionalmente tutelati.

Dunque, se nella fase liberale è la Costituzione che trova legittimazione nel fatto di accogliere nel suo seno la proprietà, negli stati costituzionali ispirati a principi di democrazia pluralistica la proprietà trova spazio in Costituzione al fine di potersi misurare con gli altri valori costituzionali e nel bilanciamento con questi trovare la propria definizione (o come è stato autorevolmente sostenuto, nel bilanciamento con tali valori trova “*l’ambito delle possibilità del suo sviluppo tipologico e della sua conformazione in relazione agli interessi generali con i quali funzionalmente si connette*”⁽³⁸⁴⁾).

Da un’altra prospettiva, poi, nella fase liberale l’archetipo della proprietà fondiaria (immobiliare) è culturalmente ancora così forte da improntare l’istituto sulla base di schemi di statica giuridica, al contrario, nella fase di democrazia pluralistica, in un contesto sociale caratterizzato dai lineamenti propri del capitalismo finanziario e post industriale, in un modello dominato dalla proprietà mobiliare, si impone una considerazione più dinamica del relativo istituto, che esige dalla Costituzione soprattutto la predeterminazione dell’orizzonte e della costellazione dei valori e degli interessi pubblici entro i quali possono provare legittimo spazio nuove forme di appartenenza privata e nuove potenzialità di conformazione degli interessi patrimoniali dei singoli⁽³⁸⁵⁾.

Le costituzioni degli Stati di democrazia pluralistica sembrerebbero dunque imporre una struttura *aperta* delle norme sulla proprietà. Struttura aperta che deve consentire il *bilanciamento* con altri valori e la *comprensione* delle molteplici forme di appartenenza che lo sviluppo del mercato dei beni impone. Pur tuttavia, una tale elasticità non esclude, ma anzi presuppone, l’esistenza a livello costituzionale di un comune denominatore, cui ricondurre ad *unità* la molteplicità degli statuti proprietari presenti nella legislazione attuale e in quella futura.

A questa esigenza la dottrina e la giurisprudenza dei vari Paesi hanno dato risposte differenti in dipendenza della tradizione culturale propria di ciascuna società e dei particolari valori recepiti da tali istituti giuridici nei diversi sistemi costituzionali.

In questa sede, è solo interessante notare che in ordinamenti la cui Costituzione ha più fortemente risentito dell’influenza dell’individualismo liberale (Stati Uniti d’America e Germania), e dove pertanto non esiste nelle norme

⁽³⁸³⁾ MENGONI, *cit.*, 435.

⁽³⁸⁴⁾ BALDASSARRE, *cit.*, 5.

⁽³⁸⁵⁾ *Ibidem*.

costituzionali una differenziazione delle varie posizioni economico-sociali, la nozione costituzionale di proprietà privata viene generalmente definita come “*formula riassuntiva dell’insieme dei diritti patrimoniali imputabili al soggetto privato*”⁽³⁸⁶⁾.

Un tale orientamento si fonda su una concezione istituzionalistica della proprietà privata, laddove, accanto al diritto soggettivo di proprietà tipico della codicistica moderna, si rinveniva una nozione costituzionale più ampia, comprensiva del complesso dei rapporti giuridici, aventi valore patrimoniale, tanto se reali quanto se obbligatori, dai quali potevano derivare diritti soggettivi per il singolo titolare⁽³⁸⁷⁾.

Successivamente, a partire da questa teoria, si è elaborata una nuova versione dell’orientamento in discussione. Muovendo da una reinterpretazione del principio liberale, per il quale la proprietà privata è “lavoro accumulato”, si è infatti sottolineato il legame dell’appropriazione dei beni da parte dei privati con lo “*svolgimento delle naturali capacità intellettuali e materiali dell’uomo, in modo da configurare la proprietà privata come libertà individuale che si esercita nel mondo dei beni patrimonialmente vantabili nella forma di prestazioni o di aspettative giuridiche dei privati in relazione a questi ultimi*”⁽³⁸⁸⁾.

Come tale, la proprietà privata viene dunque ancora qualificata in base a questa teoria come “diritto dell’uomo di natura precostituzionale e prestatale”, ovvero come “diritto pubblico soggettivo” volto alla tutela della persona nella totalità dei rapporti patrimoniali dei privati, compresi quelli relativi alle posizioni giuridiche, tipiche dello Stato sociale, consistenti nelle pretese inerenti al sistema della sicurezza sociale (diritto alla previdenza, alla assistenza, a un salario dignitoso, ecc.).

Secondo Baldassarre, una tale formulazione rappresenta probabilmente l’unica possibilità teorica di intendere la proprietà privata come diritto soggettivo fondamentale all’interno di un contesto costituzionale cosiddetto di Stato sociale, pur fortemente influenzato dall’individualismo liberale⁽³⁸⁹⁾.

Ciò spiegherebbe perché, come esaminato in apertura di questo lavoro, si sia potuta ad esempio sviluppare negli Stati Uniti, sotto l’etichetta di “*New Property*”, una teoria, i cui fondamenti sono certamente liberali, consistente nell’estensione del paradigma proprietario alle pretese giuridiche dei cittadini rispetto alle elargizioni patrimoniali erogate dal sistema di assicurazione sociale.

⁽³⁸⁶⁾ BALDASSARRE, *cit.*, 6.

⁽³⁸⁷⁾ E’ evidente che una simile teoria intendeva proteggere non la persona nel suo valore universale ma il cittadino proprietario, il *bourgeois*, che difende ciò che ha accumulato o guadagnato contro gli interventi del legislatore o della pubblica amministrazione (BALDASSARRE, *cit.*, 6).

⁽³⁸⁸⁾ *Ibidem*.

⁽³⁸⁹⁾ *Ib.*

E spiegherebbe perchè, sebbene appaia a molti giuristi italiani come una indebita forzatura degli schemi proprietari⁽³⁹⁰⁾, una tale teoria sia, oggi, come vedremo nel prossimo capitolo, alla base di quelle che vengono definite le c.d. “tradizioni costituzionali comuni europee” in tema di proprietà.

5. La nozione di proprietà privata nel pensiero di Baldassarre (una questione di “collocazione” e, forse, una questione di “*numerus clausus* costituzionale”)

Rispetto alla generalità degli Stati di democrazia pluralistica, la Costituzione italiana conferisce un significato assolutamente particolare al valore *lavoro*, tanto da qualificare in via primaria la stessa forma di Stato (democrazia) proprio come “*fondata sul lavoro*”(art. 1)⁽³⁹¹⁾.

In relazione ad una indagine sulla proprietà, un tale *incipit* potrebbe sembrare non pertinente. E invece in dottrina si è fatto il tentativo di assorbire ed annullare proprio nel concetto di *lavoro* ogni distinzione costituzionale tra le varie attività patrimonialmente rilevanti, così da “trovare” in questa norma il momento di “sintesi” che non sarebbe invece rinvenibile nelle norme specifiche sulla proprietà⁽³⁹²⁾.

Ebbene, la nozione di proprietà in Costituzione fatta propria da Baldassarre – nozione che risulta essere la più recente e autorevole, nel panorama, come si è detto, di una generale mancanza di contributi, e che, per questo motivo, si è scelto di utilizzare nel presente lavoro come modello – muove esattamente dal rifiuto di questa ipotesi.

Ne consegue che è parimenti da escludere che nella Costituzione sia possibile rinvenire una nozione di proprietà assimilabile a quella di cui abbiamo dato conto nel paragrafo precedente, e cioè riconducibile all’equazione “*proprietà privata = lavoro accumulato*”. E ne conseguono, secondo Baldassarre, le differenze della nostra Costituzione rispetto alla generalità degli Stati contemporanei.

Differenze che si possono ben cogliere se si ragiona in termini di “collocazione” delle norme costituzionali in tema di proprietà e di “interazione” di tali norme, tra di loro e con altri valori presenti in Costituzione.

Come noto, la prima e più rilevante distinzione operata dalla nostra Costituzione è data dalla collocazione della proprietà privata in un titolo diverso da quello dei “diritti e doveri del cittadino”, e precisamente sotto il titolo dei “rapporti economici”, con il chiaro intento di separare il regime costituzionale

⁽³⁹⁰⁾ Per tutti, cfr. la posizione di Rodotà esaminata nel Primo Capitolo della Parte Prima.

⁽³⁹¹⁾ Oltre ad intenderlo come attività o funzione concorrente al progresso materiale o spirituale della società (art. 4).

⁽³⁹²⁾ M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956.

della proprietà da quello dei diritti della personalità umana (libertà personale, di domicilio, di comunicazione, di circolazione, ecc.)⁽³⁹³⁾.

In tal modo, non solo si sancisce la scissione dell'endiadi proprietà-libertà, ma si predetermina anche un trattamento giuridico-costituzionale per la proprietà privata diverso da quello tipico dei diritti civili e politici, diritti che godono di un trattamento particolare e, in un certo senso, privilegiato, sia sotto il profilo delle *garanzie* della loro inviolabilità, sia sotto quello della disciplina dei *limiti* ad esso apponibili da parte del legislatore.

E infatti, con particolare riferimento ai limiti cui sono soggetti i diritti economici, la Costituzione prevede per essi un'ampia potestà di regolazione del legislatore, il cui potere, anziché essere vincolato a specifici e nominati interessi attinenti a particolari beni o valori (come nei diritti della personalità umana), è in ipotesi finalizzato a scopi assolutamente generali (funzione sociale, utilità sociale o pubblica), all'interno dei quali può essere individuato qualsiasi bene o valore ritenuto, in relazione alla particolare situazione disciplinata, di interesse collettivo⁽³⁹⁴⁾.

In secondo luogo, all'interno dei "rapporti economici" la Costituzione distingue nettamente la posizione giuridica dei lavoratori dipendenti o "paradipendenti" (come i lavoratori autonomi funzionalmente dipendenti dalle grandi strutture produttive) da quella degli imprenditori e dei proprietari, prevedendone la collocazione in due diversi gruppi di norme, contenute rispettivamente negli articoli da 35 a 40 e da 41 a 45, con la particolare finale previsione di cui all'articolo 46, che potremmo definire di raccordo, in cui è riconosciuto il diritto dei lavoratori a collaborare alla gestione delle aziende.

In altri termini, oltre a separare la libertà (civile e politica) dalla proprietà privata, la Costituzione distingue quest'ultima dal lavoro (artt. 35-40) e dall'impresa (artt. 41, 43, 45, 46), riconoscendo in ciascuna di tali realtà una componente *lavoro*, con carattere e regimi del tutto peculiari, dalla cui giusta ed equilibrata cooperazione dipende l'equilibrio ed il funzionamento complessivo dell'intero sistema economico.

Questo particolare approccio seguito dalla Costituzione italiana per descrivere il "patrimonio privato" è stato autorevolmente definito da Baldassarre, mutuando Croce, della "*unità dei distinti*"⁽³⁹⁵⁾. Esiste infatti una norma generale, l'art. 42 Cost., applicabile come principio costituzionale a tutte le varie forme di

⁽³⁹³⁾ La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel dicembre 2009 ha ora il medesimo valore dei Trattati istitutivi dell'Unione Europea, disciplina la proprietà all'articolo 17, nel Capo II dedicato alle "*Libertà*"; la Legge Fondamentale tedesca all'articolo 14 del Titolo I dedicato ai "Diritti fondamentali"; più similmente al nostro ordinamento, la Costituzione spagnola, disciplina il diritto di proprietà all'articolo 33, all'interno del Titolo I, "*Dei diritti e doveri fondamentali*", Capitolo Secondo "*Diritti e libertà*", ma non nella Sezione Prima "*Dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche*", bensì nella Sezione Seconda "*Dei diritti e dei doveri dei cittadini*".

⁽³⁹⁴⁾ BALDASSARRE, *cit.*, 7.

⁽³⁹⁵⁾ *Ibidem*.

proprietà privata. Ed esisterebbero, sempre in Costituzione, ecco l'“*unità dei distinti*”, norme che, in combinato disposto con l'art. 42, identificano particolari forme di proprietà privata. Cosicché, nel nostro ordinamento, la divisione tra il momento dell'unità e quello della differenziazione non corrisponderebbe alla partizione tra Costituzione e legge ordinaria.

Senza addentrarci in complesse questioni teoriche sulle linee in cui si sviluppa una tale differenziazione⁽³⁹⁶⁾, è sufficiente accennare, sempre mutuando Baldassarre, che accanto alla norma generale sulla proprietà privata (art. 42), la Costituzione prevederebbe dunque altre norme che, da sole o in combinato disposto con altre, e pur sempre operando accanto all'art. 42, conterrebbero le linee essenziali di discipline speciali della proprietà privata, dettate in ragione degli interessi sociali connessi ai particolari beni oggetto della proprietà medesima.

La più importante tra queste disposizioni particolari è quella sulla proprietà terriera (art. 44), la quale, oltre a presupporre un peculiare rapporto con l'impresa agraria, predetermina uno statuto speciale per la proprietà fondiaria, cui è collegata una possibilità di interventi pubblici particolarmente penetranti, comprensivi di obblighi di fare.

Oltre a questa, la Costituzione considera espressamente il cosiddetto diritto alla proprietà dell'abitazione (artt. 42 e 47), nel quale, stando anche alla giurisprudenza costituzionale⁽³⁹⁷⁾, vanno ricompresi non soltanto la proprietà in senso civilistico e altri diritti reali, ma anche situazioni soggettive inerenti a rapporti obbligatori, talora comportanti erogazioni di servizi.

Profili dominicali, ai sensi della nozione costituzionale della proprietà, sono presenti anche in altri articoli implicanti la riserva, il trasferimento o la cogestione delle imprese o delle aziende, soprattutto per quanto riguarda la titolarità delle azioni e la loro circolazione o ablazione (artt. 41, 43, 45 e 46).

Un regime particolare è poi comportato per i *beni di interesse paesaggistico e di pregio storico e artistico* (artt. 42 e 9, secondo comma), ai quali inerisce un interesse pubblico, per la cui tutela quei beni sono sottoposti a vincoli (urbanistici e paesaggistici) e a controlli particolarmente penetranti, in ordine al trasferimento, alla circolazione e al godimento, e sono previsti obblighi di fare concernenti i predetti beni, tanto che, per addurre un esempio, è stata autorevolmente contestata la natura privatistica del *ius aedificandi* (cioè la sua naturale inerenza alla proprietà del fondo) e si è pacificamente considerata la proprietà edilizia come proprietà “conformata” dal potere pubblico di pianificazione territoriale e urbanistica.

Dagli stessi articoli deriva anche una sottospecie relativa alla proprietà dei *beni di interesse ambientale*, che comporta una disciplina pubblica delle materie inquinanti o, comunque nocive per l'ambiente, rispetto alle quali l'interesse

⁽³⁹⁶⁾ *Ib.*

⁽³⁹⁷⁾ Cfr. Corte Cost. 217/1988, 404/1988 e 559/1989.

collettivo è talmente forte (in quanto connesso al diritto fondamentale e inviolabile alla salute) da collegare alla situazione di appartenenza aspetti di doverosità e di vincolo assolutamente dominanti rispetto al potere privato di disposizione, di utilizzazione e di trasformazione.

Infine, dal combinato disposto formato dagli artt. 42, 9, secondo comma, e 33 della Costituzione potrebbe desumersi⁽³⁹⁸⁾ un ulteriore tipo di proprietà – la cosiddetta *proprietà letteraria e quella sui prodotti del proprio ingegno di natura artistico-scientifica* – la quale comporta diritti e poteri di ordine patrimoniale derivanti dai rapporti obbligatori inerenti a beni su cui l'autore conserva una forma di appartenenza (ad es. il diritto alla commercializzazione o al ritiro dell'opera dal commercio).

In conclusione, la Costituzione, in relazione a ciascuna delle categorie di beni precedentemente ricordate, stabilisce un particolare regime delle appartenenze⁽³⁹⁹⁾, sicché se ne potrebbe dedurre che sussiste nel nostro sistema costituzionale una pluralità di statuti proprietari e/o delle appartenenze che, pur non pregiudicando la caratterizzazione fundamentalmente unitaria della nozione costituzionale di proprietà, ne presuppone una relativizzazione del contenuto in dipendenza della natura dei beni che ne costituiscono l'oggetto⁽⁴⁰⁰⁾.

⁽³⁹⁸⁾ In questo caso è d'obbligo usare il condizionale perché molti sono gli autori, anche in una prospettiva costituzionale, che rifiutano, ad esempio, di far rientrare le creazioni di natura artistico-scientifica sotto la tutela dell'art. 42. Per tutti si può citare Esposito, secondo il quale condurre allo schema proprietario la materia del diritto d'autore, determinerebbe la difficoltà di contemperare, ad esempio, la tutela della "proprietà letteraria", connotata da profili di esclusiva, con la libertà dell'arte e della scienza (C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 38 ss.). Peraltro, in senso contrario, con riferimento ai beni della proprietà industriale, merita di essere citata la posizione di Oppo, secondo cui il fondamento della tutela brevettuale non risiede tanto nell'esigenza di far partecipare i terzi del frutto dell'invenzione, quanto nella necessità, prima di ogni altra cosa, di proteggere il frutto del proprio lavoro, frutto che va riguardato quasi in termini dominicali per rivendicare il diritto di esclusiva dell'inventore sulla propria invenzione, esclusiva certamente esistente per quel che riguarda i diritti patrimoniali derivanti dal bene (G. OPPO, *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Padova, 1969, 1419 ss.).

⁽³⁹⁹⁾ In un'altra prospettiva, ma similmente, secondo Tarello, occorre richiamare l'attenzione sulla possibilità, lasciata aperta dalla formulazione del primo comma dell'art. 42, di distinguere concettualmente tra il regime della "proprietà" e quello dell'"appartenenza". Una tale formulazione lascerebbe presumere che taluni beni apparterebbero a titolo di proprietà, altri ad altro titolo. E dunque che la classe degli oggetti di "proprietà" e la classe dei beni economici possano anche non coincidere (Cfr. G. TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà*, cit., 247).

⁽⁴⁰⁰⁾ Sulla molteplicità degli statuti proprietari, differenziati proprio per categorie di beni, si possono ricordare due "storiche" pronunce della Corte Costituzionale. Nella sentenza 55/1968 si afferma che "il principio della necessità dell'indennizzo non opera nel caso di disposizioni le quali si riferiscano a intere categorie di beni (e perciò interessino la generalità dei soggetti), sottoponendo in tal modo tutti i beni della categoria senza distinzione ad un particolare regime di appartenenza". Mentre nella sentenza 56/1968 è stabilito che "i beni immobili qualificati di bellezza naturale hanno valore paesistico per una circostanza che dipende dalla loro localizzazione e dalla loro inserzione in un complesso che ha in modo coesistente le qualità indicate dalla legge. Costituiscono cioè una categoria che originariamente è di interesse pubblico, e l'amministrazione, operando nei modi descritti dalla legge rispetto ai beni che la compongono,

Due ulteriori aspetti della relativizzazione della nozione costituzionale di proprietà si potrebbero poi individuare sul piano della struttura giuridica delle corrispondenti situazioni soggettive e su quello del rapporto tra le diverse nozioni di proprietà e i valori primari posti al vertice dell'ordinamento⁽⁴⁰¹⁾.

Con riferimento al primo aspetto, dall'esame dei vari statuti proprietari appena compiuto deriva chiaramente che sotto il concetto costituzionale di proprietà privata sussiste una pluralità di *posizioni soggettive*, alcune delle quali sono riconducibili alla configurazione della proprietà in senso civilistico o a quella dei diritti reali, altre alla figura dei diritti patrimoniali inerenti a rapporti obbligatori, altre ancora a semplici aspettative ovvero a interessi legittimi, che, pur entrando a costituire il "valore patrimoniale" della proprietà, si trasformano in veri e propri diritti soltanto nei casi e nella misura in cui, ad esempio, lo permetta l'autorità pubblica.

Infine, quanto all'ulteriore aspetto di relativizzazione della nozione costituzionale della proprietà privata, che taglia trasversalmente i tipi di proprietà e produce differenziazioni entro lo stesso genere di situazione proprietaria, esso sarebbe determinato dalla connessione della proprietà con i valori posti al vertice del sistema costituzionale.

Questa forma di relativizzazione comporta che uno stesso bene o una stessa posizione soggettiva proprietaria siano investiti di un differente pregio alla luce della scala dei valori costituzionali, così da esigere, in relazione a ciò, un particolare trattamento giuridico o una disciplina privilegiata.

Esempi di questa forma di relativizzazione sono costituiti dalla proprietà di beni essenziali all'esistenza per i quali possono prevedersi, e di fatto, sono previste esenzioni alle regole generali, come ad esempio, l'impignorabilità dei relativi beni, ovvero, sotto altro profilo, dalla "piccola proprietà". Nel primo caso, la proprietà si connette direttamente alla libertà personale, nel secondo caso, la proprietà si allaccia immediatamente alla garanzia del pluralismo sociale ed economico.

Dal quadro complessivo tracciato si desume chiaramente che non sussiste in Costituzione un modello standard di facoltà di godimento-utilizzazione valido per ogni tipo di proprietà privata.

Secondo Baldassarre, un *contenuto minimo* del "godimento-tipo", consisterebbe forse nel fatto che le facoltà ad esso inerenti non possono contraddire, per qualità e per quantità, l'interesse privato sottostante al nucleo essenziale della proprietà – vale a dire "*all'appartenenza a privati di beni economicamente utili*" (art. 42, primo comma) – sicché il legislatore, cui è primariamente connesso il compito di conformare e di graduare il contenuto del "godimento-tipo" in obbedienza agli statuti proprietari e alle direttive

non ne modifica la situazione preesistente, ma acclara la corrispondenza delle concrete sue qualità alla prescrizione normativa".

⁽⁴⁰¹⁾ BALDASSARRE, *Ult. cit.*, 8.

costituzionali (art. 42, secondo comma), non potrà mai comprimere le relative facoltà in modo da vanificare in via generale l'interesse del privato a trarre dal bene posseduto utilità superiori agli svantaggi (costi) o da configurare il privato come "amministratore" o "fiduciario" del bene stesso al servizio di un interesse generale⁽⁴⁰²⁾.

In altri termini, risulterebbe che nel nostro ordinamento la nozione costituzionale di proprietà, definita in opposizione sistemica ai fenomeni del lavoro e dell'impresa, non può concernere altro che "l'appartenenza di oggetti esterni alla persona o al soggetto titolare"⁽⁴⁰³⁾.

E dunque, nella Costituzione la proprietà non potrebbe essere qualificata semplicemente e omnicomprensivamente come una forma di attività di rilievo patrimoniale simile a quella che un soggetto esercita sul proprio corpo o sul proprio spirito, ma necessiterebbe in ogni caso di un rapporto di appartenenza-titolarità tra un soggetto e un oggetto esteriore, simile al, anche se non coincidente col, classico rapporto tra soggetto e cosa⁽⁴⁰⁴⁾.

Senza l'intermediazione di tale rapporto non potrebbe parlarsi, nella nostra Costituzione, di proprietà privata, poiché è proprio questo elemento che la differenzia tanto dal lavoro (il quale è essenzialmente esplicativo di una attività personale), quanto dall'attività economica di impresa regolata dall'art. 41⁽⁴⁰⁵⁾.

Sempre secondo Baldassarre, sebbene l'elemento dell'appartenenza-titolarità costituisca il nucleo duro del concetto di proprietà privata, tuttavia questo aspetto finisce in secondo piano o è del tutto sfumato nelle altre nozioni costituzionali che, dovendo formulare un concetto comprensivo anche del lavoro e dell'impresa, fanno coincidere quella nozione con quella di patrimonio privato. In tal caso, infatti, la struttura giuridica della proprietà viene a consistere in un insieme di diritti e di poteri contenutisticamente differenziati e non riducibili a unità se non nel loro (presunto) fondamento di valore (lavoro): la proprietà è, dunque, un fascio di situazioni giuridiche di vario tipo comportanti uno *ius excludendi alios* e denotanti particolari azioni o utilizzazioni di risorse, il cui oggetto giuridico può consistere tanto in beni esterni quanto in comportamenti altrui.

In sintesi, volendo collocare la definizione di proprietà ora esposta nell'ambito più specifico della presente ricerca che è quello delle nuove proprietà, le minime conclusioni che si possono trarre sono: che non è rinvenibile

⁽⁴⁰²⁾ Al contenuto minimo così codificato, si potrebbero infine aggiungere i corollari "classici" della nozione costituzionale di proprietà, che sono però il presupposto e non l'antefatto di una definizione costituzionale di proprietà. Essi sono rappresentati dal fatto: a) che la proprietà privata sia garantita primariamente (anche se non esclusivamente) come *istituto*; b) che la stessa proprietà goda essenzialmente di una *garanzia di valore* (nel senso di appartenenza di beni che hanno rilevanza per il loro valore di scambio)(Cfr. BALDASSARRE, *cit.*, 10).

⁽⁴⁰³⁾ MOTZO-PIRAS, *cit.*, 208.

⁽⁴⁰⁴⁾ Cfr. BALDASSARRE (*Ult. cit.*, 7), secondo cui un tale conclusione si può mutuare dal pensiero di F.C. SAVIGNY (*Sistema di diritto romano attuale*, 1840, trad. it., Torino, 1886, 338).

⁽⁴⁰⁵⁾ BALDASSARRE, *Ult. cit.*, 8.

nell'attuale interpretazione della nostra Costituzione una norma di carattere unitario e generale sulla proprietà nella quale far confluire tutte le utilità suscettibili di valutazione economica (e che risolverebbe positivamente, sulla falsariga di quanto si può ad esempio desumere dalla Costituzione tedesca, la "questione" dell'inclusione dei nuovi beni nella nozione costituzionale di proprietà); pur tuttavia, sarebbe comunque possibile desumere una pluralità di regimi proprietari (quella che è stata definita, crocianamente, l'"unità dei distinti"), e anche non volendo aderire ad una tale ricostruzione, rimarrebbe, come ha sottolineato Tarello, che *"ogni definizione è permessa (agli operatori giuridici) purchè essa non vada contro, nelle sue conseguenze operative, al disposto di singole prescrizioni in materia di "proprietà" contenute negli articoli della Costituzione che ne fanno letterale menzione (cioè gli artt. 42, 44, 47)"*⁽⁴⁰⁶⁾.

La "pianta" dell'art. 42 potrebbe dunque ricevere degli innesti (o almeno, così sembra, non li rigetterebbe). Ma occorre cercare altrove.

⁽⁴⁰⁶⁾ G. TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà (Lezioni introduttive, in Corso di diritto civile, 1972-73, Genova, 1973, ora parzialmente riprodotto in) Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, 245.

CAPITOLO II

VERSO UNO STATUTO EUROPEO DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ

SOMMARIO: 1. *Nuove proprietà e nuovi beni*: un percorso a ritroso, a partire dalle “tradizioni costituzionali comuni” europee, come elaborate dalle Corti di Strasburgo e Lussemburgo. – 2. I “*beni giuridici*” tutelati ai sensi dell'articolo 1 del Primo protocollo addizionale alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo. – *a*) Le utilità erogate dallo Stato: i trattamenti previdenziali e assistenziali. – *b*) (*segue*)... licenze, autorizzazioni, sovvenzioni a imprese. – *c*) I beni dell’informazione e della conoscenza. – *d*) Altri beni immateriali: titolarità pro-quota di un'azienda, azioni, obbligazioni e depositi in valuta estera. – *e*) (*segue*)... la clientela. – *f*) (*segue*)... i crediti, tanto di natura contrattuale quanto risarcitoria. – *g*) Gli *status*. – *h*) Una “non categoria” *trasversale e di chiusura*: le *legittime aspettative*. – 3. Il diritto di proprietà nell'ordinamento comunitario. – 3.1. I *nuovi beni* nel diritto comunitario. – 3.2. (*segue*)... e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. – 3.3. L'art. 17 della Carta di Nizza, ora Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea. – 3.3.1. “Architettura” dell'art. 17. – 3.3.2. Il “massimo standard di tutela” come risultante del rapporto tra Carta dei diritti e Cedu. – 4. Le *nuove proprietà* e i *nuovi beni* dall’Europa all’interno del nostro ordinamento. – 4.1 Alcune considerazioni in ordine agli “effetti” nel nostro ordinamento delle norme comunitarie e convenzionali. – 4.2 “Dopo Lisbona”, verso uno statuto europeo del diritto di proprietà.

1. *Nuove proprietà e nuovi beni*: un percorso a ritroso, a partire dalle “tradizioni costituzionali comuni” europee, come elaborate dalle Corti di Strasburgo e Lussemburgo

Si è detto in chiusura del capitolo precedente della necessità di cercare altrove per completare la nozione costituzionale di proprietà.

In questo senso, parte della dottrina costituzionalistica riflette da tempo sulla necessità di un nuovo statuto dei diritti fondamentali che abbia nella Costituzione europea, oggi Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il proprio radicamento positivo, e che sia in grado di realizzare una sintesi delle tradizioni costituzionali dei Paesi membri e dei principi fondamentali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁽⁴⁰⁷⁾.

In tema di diritto di proprietà, le fonti essenziali di riferimento, a livello europeo e comunitario, sono: i “*principi generali del diritto comunitario*” (art. 6 del Trattato), come elaborati dalla Corte di Giustizia; l'art. 1 del Primo protocollo addizionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come interpretato dalla Corte di Strasburgo; e l'art. 17 della Carta di Nizza, che, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, dal 1° dicembre 2009, è divenuta la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, acquisendo così il medesimo valore giuridico dei Trattati istitutivi dell'Unione, e la cui interpretazione si può ricavare cumulativamente dalla giurisprudenza delle due Corti di Lussemburgo e Strasburgo⁽⁴⁰⁸⁾.

Quanto alla prima fonte di riferimento (i “*principi generali del diritto comunitario*”), come noto, fin dalla sentenza *Stauder* (1969), la Corte di giustizia, rielaborando una serie di principi ricavabili dalla Cedu e dalle tradizioni costituzionali comuni ai Paesi membri, ha affermato l'appartenenza, all'ordinamento giuridico comunitario, della tutela dei diritti fondamentali.

Precisamente, nel caso *Stauder*⁽⁴⁰⁹⁾ – con ordinanza del 18 giugno 1969, il *Verwaltungsgericht* di Stoccarda aveva deferito alla Corte di Giustizia, a norma dell'articolo 177 del Trattato Cee, la questione se fosse compatibile coi principi generali del vigente diritto comunitario, la norma contenuta nell'articolo 4 della decisione della Commissione delle Comunità europee 12 febbraio 1969, n. 69/71, che disciplinando la fornitura di burro a prezzo ridotto ai beneficiari di determinate forme di assistenza sociale, imponeva che tali soggetti dichiarassero previamente al venditore le proprie generalità⁽⁴¹⁰⁾ – la Corte statuisce che

⁽⁴⁰⁷⁾ Tra i moltissimi contributi, cfr. A. MANZELLA, *Dal mercato ai diritti*, in *Riscrivere i diritti in Europa*, a cura di A. Manzella, P. Melograni, E. Paciotti, S. Rodotà, Bologna, 2001; C. MEZZANOTTE, *Intervento*, in *I diritti fondamentali oggi*, Padova, 1995; A. MOSCARINI, *Proprietà privata...*, cit., 2006; RIDOLA P., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e le “tradizioni costituzionali comuni” degli Stati membri*, in *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, a cura di S. Panunzio e E. Sciso, Milano, 2002.

⁽⁴⁰⁸⁾ Cfr., in questo senso, le *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali* elaborate dal praesidium della Convenzione (in *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea*, 14.12.2007, C/303/17).

⁽⁴⁰⁹⁾ Sentenza della Corte di Giustizia del 12 novembre 1969. *Erich Stauder v. Citta'di Ulm-Sozialamt* (domanda di pronunzia pregiudiziale, proposta dal *verwaltungsgericht* di stuttgart). Causa 29/69.

⁽⁴¹⁰⁾ L'articolo 4 della decisione n. 69/71 stabilisce in due delle sue versioni, tra cui quella tedesca, che gli stati devono fare in modo che i beneficiari possano acquistare il prodotto di cui trattasi solo presentando un “buono indicante il loro nome”, mentre nelle altre versioni si parla solo della presentazione di un “buono individualizzato”, il che consente di valersi di mezzi di controllo diversi dalla designazione nominativa del beneficiario. Secondo la Corte, quando una

“[c]iascuno degli stati membri può (...) scegliere fra vari metodi di individualizzazione” dei soggetti destinatari di certi benefici, e, in particolare, ecco il riferimento ai diritti fondamentali, “la disposizione di cui è causa non rivela alcun elemento che possa pregiudicare i diritti fondamentali della persona, che fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, di cui la corte garantisce l'osservanza”.

Il diritto di proprietà è incluso dalla Corte di Giustizia tra i diritti fondamentali di cui essa garantisce la tutela a partire dalle sentenze *Nold* (1974) e *Hauer* (1979).

Nel caso *Nold*⁽⁴¹¹⁾ – a proposito di una decisione della Commissione del 21 dicembre 1972 che autorizza gli uffici di vendita delle imprese minerarie del bacino della Ruhr a subordinare la fornitura diretta di carbone alla stipula di contratti fermi biennali, aventi ad oggetto l'acquisto annuo di un minimo di 6.000 tonnellate per il rifornimento dei settori domestici e della piccola industria, quantitativo che supera di gran lunga le vendite annuali del ricorrente in detto settore, escludendolo così dalla sua posizione di grossista – la Corte afferma che:

“*Benché l'ordinamento costituzionale di tutti gli stati membri tuteli il diritto di proprietà e di analoga tutela fruisca il libero esercizio del commercio, del lavoro e di altre attività economiche, i diritti così garantiti, lungi dal costituire prerogative assolute, vanno considerati alla luce della funzione sociale dei beni e delle attività oggetto della tutela. Per questa ragione, la garanzia concessa ai diritti di tal sorta fa generalmente salve le limitazioni poste in vista dell'interesse pubblico*”.

E dunque:

“*Nell'ordinamento giuridico comunitario, appare legittimo sottoporre tali diritti a taluni limiti giustificati dagli obiettivi d'interesse generale perseguiti dalla comunità, purché non resti lesa la sostanza dei diritti stessi. Per quanto riguarda in particolare la tutela dell'impresa, non la si può comunque estendere alla protezione dei semplici interessi o possibilità d'indole commerciale, la cui natura aleatoria è insita nell'essenza stessa dell'attività economica*”.

Nel caso *Hauer*⁽⁴¹²⁾ – avente ad oggetto taluni limiti ad impiantare nuovi vigneti imposti ai viticoltori dal Regolamento del Consiglio 1162/76 – la Corte compie un passo ulteriore, statuendo che:

decisione è unica e destinata a tutti gli stati membri, l'esigenza ch'essa sia applicata e quindi interpretata in modo uniforme esclude la possibilità di considerare isolatamente una delle versioni, e rende al contrario necessaria l'interpretazione basata sulla reale volontà del legislatore. In questo caso risulta dall'ultimo considerando della decisione che la disposizione di cui è causa deve essere interpretata nel senso che essa non impone – senza tuttavia vietarla – l'identificazione nominativa del beneficiario.

⁽⁴¹¹⁾ Sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee del 14 maggio 1974. *J. Nold, Kohlen-Und Baustoffgrosshandlung v. Commissione delle Comunità europee*. Causa 4/73.

⁽⁴¹²⁾ Sentenza della Corte di Giustizia del 13 dicembre 1979. *Liselotte Hauer v. Land Rheinland-Pfalz* (domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta dal Verwaltungsgericht di Neustadt). Divieto di nuovi impianti di vigneti. Causa 44/79.

“Il divieto di nuovi impianti di viti, divieto stabilito per un periodo limitato dal regolamento n. 1162/76, è giustificato dagli scopi di interesse generale perseguiti dalla Comunità e che consistono nella riduzione, a breve termine, delle eccedenze produttive e nella preparazione, a scadenza più lontana, della riorganizzazione della viticoltura europea. Esso non lede quindi la sostanza del diritto di proprietà”.

Il principio della tutela dei diritti fondamentali è stato poi recepito dall’art. 6 del Trattato di Maastricht, secondo cui *“l’Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Cedu, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario”*⁽⁴¹³⁾.

E dal 1° dicembre 2009, dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la nuova formulazione dell’art. 6 ancora più chiaramente sancisce che *“[3.] I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali”*.

Vale la pena ricordare che in tema di proprietà, almeno nominalmente, la competenza dell’Unione è sempre stata esclusa in modo drastico dall’applicazione della clausola di rispetto prevista dall’attuale art. 295 del Trattato secondo cui *“il presente Trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri”* (peraltro, si può dire che la norma sia figlia di un’altra epoca: essa infatti era stata inserita, nel 1950, a salvaguardia dei progetti di nazionalizzazione della proprietà di talune imprese, soprattutto inglesi, che stavano per essere intrapresi in quel periodo).

Ma la Corte di Giustizia se ne è comunque più volte occupata perché le libertà fondamentali stabilite dal Trattato – di circolazione delle merci, dei

⁽⁴¹³⁾ Art. 6 del Trattato di Maastricht: *“L’Unione rispetta l’identità nazionale dei suoi Stati membri, i cui sistemi di governo si fondano sui principi democratici. L’Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni ai Paesi membri, in quanto principi generali del diritto comunitario”*. Ora, dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il 1° dicembre 2009, il nuovo art. 6 del Trattato sull’Unione Europea (Versione Consolidata), recita: *“1. L’Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell’Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni. 2 L’Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell’Unione definite nei trattati. 3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali”*.

capitali, dei lavoratori, dei servizi – sono sovente entrate in rotta di collisione con i sistemi nazionali di protezione dei diritti di uguaglianza, di proprietà (per l'appunto), e di libera iniziativa economica.

La seconda fonte di riferimento – ma, come si vedrà, senz'altro la prima per il concreto rilievo che si è “conquistata” nelle prassi dei giudici comuni e per l'influenza dalla stessa esercitata sullo stesso diritto comunitario – è l'Articolo 1 del Primo protocollo allegato alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo⁽⁴¹⁴⁾, che come noto prefigura una tutela del diritto di proprietà assimilabile a quella riservata ai diritti umani fondamentali.

Vale qui la pena ricordare che il Protocollo è stato allegato alla Convenzione in un momento successivo rispetto alla sua approvazione proprio a causa delle difficoltà sorte nella ricerca di un accordo, tra le diverse forze politiche, in ordine alla conformazione dello statuto della proprietà (soprattutto in ragione dell'opposizione di Regno Unito e Svezia che si accingevano in quel periodo a varare un vasto programma di nazionalizzazioni), e che, a discapito di quella iniziale difficoltà, oggi, è di gran lunga, ad eccezione del parametro per così dire generale di cui all'art. 6 relativo “*Diritto ad un processo equo*”, il parametro “sostanziale” più utilizzato dalla Corte di Strasburgo per la risoluzione delle controversie rimesse al suo giudizio⁽⁴¹⁵⁾.

Come si dirà in dettaglio, la Convenzione entra nel nostro ordinamento sia in virtù della sua ratifica⁽⁴¹⁶⁾, e dunque come norma di diritto internazionale pattizio, sia, in via indiretta, in virtù del suo inserimento, ex art. 6 TUE, tra le fonti di diritto comunitario (dopo il Trattato di Lisbona, le norme della Convenzione “*fanno parte*” dei principi generali dell'ordinamento comunitario; la Carta dei diritti fondamentali è interpretata, con gli accorgimenti che vedremo, in conformità all'interpretazione che di tali diritti è data dalla Convenzione; e la

⁽⁴¹⁴⁾ L'art. 1 del Protocollo Addizionale CEDU, sottoscritto a Parigi il 20 marzo 1952, stabilisce che: “*Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende*”.

⁽⁴¹⁵⁾ Cfr. www.echr.coe.int, voce *Statistics, Overview 1959-2011*, secondo cui il 13,35% dei casi decisi dalla Corte ha avuto ad oggetto la tutela del diritto di proprietà tutelato dall'art. 1 del Primo protocollo addizionale.

⁽⁴¹⁶⁾ Sulla critica alla dichiarata inapplicabilità dell'art. 11 Cost. alla Cedu, cfr. A. Moscarini, *Proprietà privata e Costituzione dopo le sentenze della Consulta nn. 348 e 349 del 2007*, in *Diritto e società*, 2008, 679, nota 21. Sull'insufficienza della soluzione offerta dalle sentenze 348 e 349 e sulla “necessità” di utilizzare l'art. 11 Cost. si da offrire alle norme Cedu rilievo costituzionale primario, cfr. A. Moscarini, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti (ed uno indietro) della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, 3529. Ma si può vedere anche F. Patroni Griffi, *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte Costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, in www.federalismi.it, 19 ottobre 2011.

Convenzione entrerà formalmente tra le fonti del diritto dell'Unione a seguito della programmata adesione di quest'ultima alla Cedu⁽⁴¹⁷⁾).

Infine, il quadro delle fonti si è completato con l'approvazione della Carta di Nizza nel dicembre 2000, ove trovano posto, oltre all'art. 17⁽⁴¹⁸⁾, che specificamente tutela il diritto di proprietà, anche altre disposizioni a cui si farà costante riferimento nel proseguo, tra cui l'art. 52⁽⁴¹⁹⁾, secondo cui, tra l'altro, laddove diritti della Carta corrispondano a quelli garantiti dalla Convenzione “*il significato e la portata degli stessi sono uguali*”, e l'art. 53⁽⁴²⁰⁾, secondo cui il “livello di protezione” *minimo* dei diritti e delle libertà enunciati dalla Carta è quello già previsto dalle Costituzioni degli Stati membri.

Come si accennava, il complesso di tali ultime disposizioni è stato dapprima trasfuso nel Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, e successivamente, a causa del fallimento dei referendum francese e olandese del 2005, ritrasfuso, così come stabilito dal Trattato di Lisbona, nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, da ultimo proclamata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, da Parlamento europeo, Consiglio e Commissione, in occasione della firma del medesimo Trattato. A partire dal 1° dicembre 2009, data di entrata in vigore del Trattato, la Carta di Nizza ha il medesimo valore giuridico dei trattati,

⁽⁴¹⁷⁾ Merita notare che, secondo quanto rilevato lo scorso 14 ottobre 2011 dallo *Steering Committee for Human Rights*, l'Unione europea è in ritardo e gli Stati membri sono ancora divisi su alcune questioni relative al processo di adesione alla Convenzione. Il gruppo di lavoro in seno alla Cedu, costituito da 14 componenti dei quali 7 non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, ha preso atto delle divisioni ancora esistenti e ha chiesto al Comitato dei Ministri di fornire linee guida sulla prosecuzione del cammino.

⁽⁴¹⁸⁾ Art. 17 della Carta dei Diritti di Nizza, ora Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea: “*Ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne, e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale. La proprietà intellettuale è protetta*”.

⁽⁴¹⁹⁾ Articolo 52 (*Portata dei diritti garantiti*) Carta di Nizza: “*1. Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. 2. I diritti riconosciuti dalla presente Carta che trovano fondamento nei trattati comunitari o nel trattato sull'Unione europea si esercitano alle condizioni e nei limiti definiti dai trattati stessi. 3. Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa*”.

⁽⁴²⁰⁾ Articolo 53 (*Livello di protezione*) Carta di Nizza: “*Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri*”.

talché si può affermare essere venuta meno anche quella considerazione più volte fatta propria dalla nostra Corte costituzionale secondo cui il testo è “*formalmente privo di valore giuridico, ma di riconosciuto rilievo interpretativo*”⁽⁴²¹⁾, potendo oggi la Carta di Nizza entrare nel nostro ordinamento attraverso la porta principale dell'art. 11 della Costituzione.

La Carta di Nizza, oggi Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da strumento interpretativo è oggi fonte primaria e, come si diceva all'inizio di questo capitolo, suscettibile dunque di fungere da “radicamento positivo”, e, in prospettiva da vera e propria fonte di riferimento, a livello comunitario, per l'elaborazione di un catalogo europeo dei diritti fondamentali che possa essere sintesi delle tradizioni costituzionali dei paesi membri.

In sintesi, con specifico riferimento al diritto di proprietà, alla luce di quanto si può rilevare dalle disposizioni dei Trattati, della Cedu e della Carta, e più in generale dall'architettura stessa delle fonti comunitarie per come si sta sviluppando a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si può affermare che tale diritto non solo “appartiene” alla *costituzione economica europea*, ma, oggi, trova spazio direttamente tra i diritti di libertà, nel catalogo dei diritti cristallizzato nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, con “*significato e portata identici al diritto garantito dalla CEDU*”⁽⁴²²⁾.

Fatte queste premesse di ordine generale, va a questo punto verificato quale sia la nozione di proprietà desumibile dalla Cedu e dall'ordinamento comunitario e, con specifico riferimento alla presente ricerca, quale sia, o meglio, quale possa in effetti essere, lo statuto delle *nuove forme di ricchezza* desumibile dalle norme convenzionali e dalle fonti comunitarie, così come esse sono attualmente interpretate dalle Corti di Lussemburgo e Strasburgo, e come una tale statuto si “armonizzi” con la nozione di proprietà nel nostro ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello di giurisdizione ordinaria, e, dunque, in definitiva, quali ne siano le concrete modalità di ingresso ed operatività.

2. I “beni giuridici” tutelati ai sensi dell'articolo 1 del Primo protocollo addizionale alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

È opinione consolidata della Corte di Strasburgo che l'Articolo 1 del Primo Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sottoscritto a Parigi il 20 marzo 1952⁽⁴²³⁾, “*contiene tre distinte norme: la prima, che è*

⁽⁴²¹⁾ Corte Cost. 393/2006.

⁽⁴²²⁾ *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, Spiegazione relativa all'Articolo 17 – Diritto di proprietà*, in *Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea*, 14 dicembre 2007, C303/24.

⁽⁴²³⁾ Articolo 1, P-1, Cedu: “1. *Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale.* 2. *Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute*

espressa dalla prima frase del primo comma e riveste un carattere generale, enuncia il principio del rispetto della proprietà [rectius, del rispetto dei beni], la seconda, che figura nella seconda frase del medesimo comma, riguarda la privazione della proprietà e la sottomette a specifiche condizioni di legittimità; quanto alla terza, contenuta nel secondo comma, riconosce allo Stato il potere, tra gli altri di regolamentare l'uso dei beni conformemente all'interesse generale"⁽⁴²⁴⁾.

Come è evidente, "Non si tratta comunque di regole prive di un rapporto reciproco"⁽⁴²⁵⁾. E per quanto qui interessa, non può sfuggire che la prima e la terza di tali norme pongono l'attenzione sulla nozione di "bene" (oggetto di proprietà) piuttosto che su quella di "diritto" (di proprietà), e che la Corte dei diritti, diversamente ad esempio dalla nostra Corte Costituzionale e, come si è visto, più similmente alle corti di *Common Law*, ha occupato una parte rilevante della propria giurisprudenza proprio a determinare i beni che possono essere legittimamente ricondotti alla garanzia di cui alla prima parte dell'art. 1, arrivando così ad "estendere il proprio controllo su tutte le possibili interferenze con il diritto di proprietà, anche indipendentemente dalla ricorrenza dei presupposti di cui ai commi secondo e terzo" del medesimo articolo 1⁽⁴²⁶⁾.

In particolare, fin dalle sue prime pronunce, la Corte ha reso evidente la propria "disponibilità" a considerare quali beni rientranti nell'ambito di tutela di cui all'articolo 1 del Protocollo addizionale anche forme di utilità non ricomprese nella categoria "tradizionale" degli oggetti di proprietà, vale a dire quella dei beni corporali.

E questa disponibilità, come si vedrà, trascende grandemente le stesse categorie di *nuove proprietà e nuovi beni* di cui si è dato conto nella prima parte della presente ricerca e che, nella prospettiva di indagine qui adottata, costituiscono appunto le c.d. "nuove forme di ricchezza", venendo ad individuare un catalogo di beni per certi aspetti addirittura più ampio e composito della stessa categoria, che abbiamo visto di per sé essere già molto aperta e flessibile, delle c.d. *choses in action* dei sistemi di *common law*.

Nell'individuazione dei beni giuridici protetti la Corte fa dunque costante ricorso all'interpretazione estensiva dell'art. 1 del Primo protocollo addizionale, da un lato richiamando le tradizioni giuridiche comuni ai Paesi membri ma dall'altro lato mostrando "di voler estendere la tutela anche oltre i limiti delle tradizioni comuni"⁽⁴²⁷⁾, elaborando infine una nozione di bene che attinge sì, anche, alla dinamica tradizione di *common law*, ma con connotati di "originalità", suoi propri,

necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende".

⁽⁴²⁴⁾ Corte dei Diritti, 2 agosto 2001, *Elia S.r.l. v. Italie*, Par. 51, in MOSCARINI, *Proprietà...*, cit., 229, n. 5.

⁽⁴²⁵⁾ *Ibidem*.

⁽⁴²⁶⁾ MOSCARINI, cit., 230.

⁽⁴²⁷⁾ *Ult. cit.*, 231.

che ne fanno nell'ambito della produzione giurisprudenziale in tema di proprietà una sorta di *unicum*.

Nei paragrafi immediatamente successivi si provvederà dunque a “catalogare” almeno una parte di tale giurisprudenza. Per comodità, le categorie di riferimento che si sono utilizzate sono quelle di cui si è dato conto nella prima parte della ricerca. Ma, come sarà evidente, esse non sono comunque sufficienti a esaurire l’“ampiezza di prospettiva” che la Corte di Strasburgo ha dimostrato di “volere adottare”.

Poiché questa giurisprudenza ha assunto negli ultimi anni una portata quasi alluvionale, si è cercato, per ciascuna tipologia di bene descritta, di identificare o le sentenze che sono state considerate più rilevanti (una sorta di *leading cases*) o le più recenti in cui con maggiore attenzione la Corte si è soffermata sulle questioni di diritto che accompagnano la natura del bene.

Una particolare attenzione è infine dedicata alla (non) categoria, che si è definita, “di chiusura”, che comprende le “legittime aspettative” determinata da particolari *situazioni (di fatto e di diritto)*. (La definizione che se ne è data, di “beni immateriali trasversali” – forse eccessiva e forse arbitraria – è di esclusiva responsabilità di chi scrive.)

a) Le utilità erogate dallo Stato: i trattamenti previdenziali e assistenziali

Se si prendono a riferimento le principali distinzioni tra nuovi beni e nuove proprietà, si può innanzitutto rilevare che rientrano nella nozione di bene fatta propria dalla Corte dei diritti molte delle *new properties* di Reich, siano esse benefici, incentivi o sussidi erogati dallo Stato, o autorizzazioni all’utilizzo di risorse scarse o al compimento di attività regolamentate.

Nella prospettiva di Strasburgo, è in linea di principio irrilevante che il bene oggetto di tutela abbia i requisiti di “fisicità” che, come si è visto, sono invece considerati imprescindibili dal nostro ordinamento, potendo estendersi tale tutela a qualsiasi rapporto attivo o passivo dell’individuo, che sia naturalmente suscettibile di valutazione economica, e purché “sufficientemente determinato”.

In questo senso, esemplificativo è il filone, oramai consolidato, della configurabilità come beni, ai sensi dell’art. 1 del Primo protocollo, dei c.d. diritti relativi a prestazioni previdenziali e assistenziali.

Nel caso pilota *X. c. Olanda*⁽⁴²⁸⁾, la Commissione esclude la rilevanza, ai sensi del Primo Protocollo, del diritto di un cittadino olandese, assicurato in regime di assicurazione obbligatoria, di ottenere il pagamento di una quota del fondo pensione di cui aveva la titolarità, in mancanza di una correlazione precisa tra contributi pagati e benefici ricevuti⁽⁴²⁹⁾. Pur tuttavia, e qui sta l’interesse della pronuncia, la ragione del diniego non ha ad oggetto la natura del bene (i.e., la

⁽⁴²⁸⁾ Commissione, *X. c. Olanda*, decisione n. 4130 del 1969.

⁽⁴²⁹⁾ Cfr., MOSCARINI, *Proprietà...*, cit., 241.

prestazione di natura previdenziale), bensì il fatto che, nel caso in esame, secondo i giudici di Strasburgo, l'assicurato non risultava titolare di una quota definita e identificabile del fondo pensione e non poteva, conseguentemente, essere tutelato nel diritto di proprietà su tale quota⁽⁴³⁰⁾.

Successivamente, la Corte si è dapprima vincolata a limitare il proprio oggetto di tutela alle sole prestazioni di natura contributiva più agevolmente riconducibili alla nozione di “bene” ai sensi dell'art. 1, Primo Protocollo, arrivando però, nella giurisprudenza più recente, a considerazioni opposte, nel senso di prescindere dalla natura contributiva o meno della prestazione assistenziale.

Ad esempio, nel caso *Gaygusuz*⁽⁴³¹⁾, la Corte espressamente afferma che i contributi di natura assistenziale per inabilità temporanea al lavoro “*the right to emergency assistance - in so far as provided for in the applicable legislation - is a pecuniary right for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1). That provision (P1-1) is therefore applicable without it being necessary to rely solely on the link between entitlement to emergency assistance and the obligation to pay "taxes or other contributions". Accordingly, as the applicant was denied emergency assistance on a ground of distinction covered by Article 14 (art. 14), namely his nationality, that provision (art. 14) is also applicable (see, among other authorities, mutatis mutandis, the Inze v. Austria judgment of 28 October 1987, Series A no. 126, p. 18, para. 40, and the Darby v. Sweden judgment of 23 October 1990, Series A no. 187, p. 12, para. 30)*”⁽⁴³²⁾⁽⁴³³⁾.

Lo stesso principio di diritto è contenuto nel successivo caso *Poirrez*⁽⁴³⁴⁾ – in questo caso la prestazione che rientra nella nozione di bene è costituita dall'assegno sociale riservato ai portatori di handicap – in cui la Corte “*also points out that it has already held that the right to emergency assistance - in so far as provided for in the applicable legislation – is a pecuniary right for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1. That provision is therefore applicable without it being necessary to rely solely on the link between entitlement to emergency assistance and the obligation to pay “taxes or other contributions” (see Gaygusuz, cited above, p. 1142, § 41). In that connection, the Court considers that the fact that, in that case, the applicant had paid contributions and was thus entitled to emergency*

⁽⁴³⁰⁾ MOSCARINI, *Ult. cit.*, 242.

⁽⁴³¹⁾ Corte dei Diritti, 16 settembre 1996, *Gaygusuz v. Austria*.

⁽⁴³²⁾ *Ult. cit.*, Par. 41.

⁽⁴³³⁾ Per completezza, va comunque citata l'opinione parzialmente contraria del giudice Matscher, secondo cui “*In the present case the Court found a violation of Article 14 taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1 (art. 14+P1-1) (a finding which I am in complete agreement with) on account of the fact that the applicant, because of his nationality, was not entitled to emergency assistance under the legislation in force. But emergency assistance, as the term clearly implies, is not a pension for life, but a temporary social measure for a period when the beneficiary is available for work but unemployed and not (yet) entitled to an invalidity or old-age pension*” (*Gaygusuz, ult.cit.*).

⁽⁴³⁴⁾ Corte dei Diritti, 30 settembre 2003, *Poirrez v. Francia*.

assistance (*ibid.*, pp. 1141-42, § 39) does not mean, by converse implication, that a non-contributory social benefit such as the AAH does not also give rise to a pecuniary right for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1”⁽⁴³⁵⁾⁽⁴³⁶⁾.

Infine, nel caso *Asmundsson*⁽⁴³⁷⁾, la Corte rileva che lo Stato, pur avendo ampio margine di discrezionalità nella determinazione dell'ammontare di una pensione di disabilità, una volta che tale beneficio sia stato previsto, non lo può eliminare o modificare se ciò finisce con il causare una limitazione eccessivamente gravosa per l'individuo che subisce la privazione.

⁽⁴³⁵⁾ *Ult. cit.*, Par. 37.

⁽⁴³⁶⁾ Il principio non è però ancora pacificamente condiviso, e, in questo caso, la *dissenting opinion* del giudice Mularoni appare particolarmente critica: “I cannot share the opinion of the majority that there has been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1. Article 1 of Protocol No. 1 protects the right of property. It seems to me that, until now, the Court has tended to interpret that Article restrictively, considering that States enjoy a very wide margin of appreciation in the area. The Court has clarified the notion of “possession” in its case-law: Article 1 of Protocol No. 1 applies only to existing possessions (see *Marckx v. Belgium*, judgment of 13 June 1979, Series A no. 31, p. 23, § 50); where a debt is concerned, it must be sufficiently established to be enforceable (see *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, judgment of 9 December 1994, Series A no. 301-B, p. 84, § 59). The majority have found a violation of Article 1 of Protocol No. 1 taken in conjunction with Article 14 of the Convention, basing their finding on *Gaygusuz v. Austria* (judgment of 16 September 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-IV, pp. 1130 et seq.). To my mind, however, there is an essential difference between the two cases, namely the payment of contributions. In *Gaygusuz* (pp. 1141-42, § 39) the Court followed the Commission's reasoning and concluded that Article 14, taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1, was applicable (and had been violated), after finding that “[e]ntitlement to the social benefit is therefore linked to the payment of contributions to the unemployment insurance fund, which is a precondition for the payment of unemployment benefit ... It follows that there is no entitlement to emergency assistance where such contributions have not been made”. With regard to the right to a pension, the Court has specified that that right is not, as such, guaranteed by the Convention, even if it has acknowledged that it can be assimilated to a property right where, for example, an employer has given a more general undertaking to pay a pension on conditions that can be considered to be part of the employment contract (see *Azinas v. Cyprus*, no. 56679/00, §§ 32-34, 20 June 2002). Admittedly, in *Mennitto v. Italy* ([GC], no. 33804/96, ECHR 2000-X), the Court concluded that Article 6 § 1 was applicable regarding the grant of allowances to families caring for disabled members of their household directly in their own homes. In that case, however, the committee in charge of ensuring that the claims met the statutory requirements had considered that the applicant's son satisfied the conditions entitling the families concerned to payment of the allowance. The Court concluded that Article 6 § 1 was applicable after finding that the Administrative Court and the Consiglio di Stato had affirmed that the administrative authorities had no discretion and that the Consiglio di Stato had held that the Region was under a duty to provide the necessary funds to guarantee payment of the allowance to beneficiaries in the amount laid down by law. The Court also noted that the applicant had already received two monthly instalments, so that he could have been led to believe that he did indeed have such a right. In the light of the foregoing, I have grave doubts as to the possibility of concluding that Article 1 of Protocol No. 1 is applicable (and, consequently, that there has been a violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1). I do not see how, in the present case, the allowance for disabled adults, in so far as it constitutes a non-contributory social benefit, can be regarded as a “possession” within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1. Having said that, I am nonetheless a long way from concluding that there has not been a violation of the Convention” (*Poirrez*, *Ult. cit.*).

⁽⁴³⁷⁾ Corte dei Diritti, 30 marzo 2005, *Asmundsson v. Iceland*.

In particolare, “*the Court finds that, as an individual, the applicant was made to bear an excessive and disproportionate burden which, even having regard to the wide margin of appreciation to be enjoyed by the State in the area of social legislation, cannot be justified by the legitimate community interests relied on by the authorities. It would have been otherwise had the applicant been obliged to endure a reasonable and commensurate reduction rather than the total deprivation of his entitlements (see Müller and Skorkiewicz, both cited above, and, mutatis mutandis, James and Others, cited above, p. 36, § 54, and Lithgow and Others v. the United Kingdom, judgment of 8 July 1986, Series A no. 102, pp. 44-45, § 121). Accordingly there has been a violation of Article 1 of Protocol No. 1 in the applicant’s case*”⁽⁴³⁸⁾. Una tale conclusione, evidentemente, è resa possibile dal fatto che tali utilità rientrano nella nozione di bene (“*the termination of the applicant’s disability pension amounted to an interference with his right to the peaceful enjoyment of his possessions for the purposes of the first sentence of the first paragraph of Article 1 of Protocol No. 1*”⁽⁴³⁹⁾).

L'orientamento dei giudici di Strasburgo, nel senso di una sempre maggiore astrazione della nozione di bene, è ulteriormente ampliato nelle pronunce più recenti.

Nel caso *Moskal*⁽⁴⁴⁰⁾ – avente ad oggetto la richiesta di una madre perché le si accordasse il diritto al pre-pensionamento previsto in Polonia per persone con figli che, a causa della gravità della loro condizione di salute, richiedono cure continue (la c.d. pensione “EWK”) – la Corte di Strasburgo ribadisce che qualsiasi utilità di natura previdenziale (“*any form of social security scheme*”), a condizione naturalmente che il beneficio sia precisamente determinato da una legge dello Stato, rientra nell'ambito dei beni tutelati dall'art. 1 del Protocollo:

“*The principles which apply generally in cases under Article 1 of Protocol No. 1 are equally relevant when it comes to social and welfare benefits. In particular, Article 1 of Protocol No. 1 does not create a right to acquire property. This provision places no restriction on the Contracting State's freedom to decide whether or not to have in place any form of social security scheme, or to choose the type or amount of benefits to provide under any such scheme. If, however, a Contracting State has in force legislation providing for the payment as of right of a welfare benefit-whether conditional or not on the prior payment of contributions-that legislation must be regarded as generating a proprietary interest falling within the ambit of Article 1 of Protocol No. 1 for persons satisfying its requirements (see Stec and Others v. the United Kingdom (dec.) [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, § 54, ECHR 2005-...)*”⁽⁴⁴¹⁾.

La conclusione (qui pare di rileggere Reich) è che:

⁽⁴³⁸⁾ *Ult. cit.*, Par. 45.

⁽⁴³⁹⁾ *Ult. cit.*, Par. 40.

⁽⁴⁴⁰⁾ Corte dei Diritti, 15 settembre 2009, *Moskal v. Poland*.

⁽⁴⁴¹⁾ Corte dei Diritti, *ult. cit.*, Par. 38.

“In the modern democratic State many individuals are, for all or part of their lives, completely dependent for survival on social security and welfare benefits. Many domestic legal systems recognise that such individuals require a degree of certainty and security, and provide for benefits to be paid – subject to the fulfilment of the conditions of eligibility – as of right. Where an individual has an assertable right under domestic law to a welfare benefit, the importance of that interest should also be reflected by holding Article 1 of Protocol No. 1 to be applicable (see, among other authorities, Stec, cited above, § 51)”⁽⁴⁴²⁾.

Per gli stessi motivi, rientra nell’ambito di tutela dell’art. 1 del Primo Protocollo, nel caso *Zeibek*⁽⁴⁴³⁾, il diritto di una madre di famiglia numerosa a ottenere dallo Stato una pensione, non valendo, di conseguenza, la decadenza dal beneficio per il fatto che la ricorrente, musulmana, era stata privata della cittadinanza greca, assieme al marito e ai suoi figli, in seguito alla perdita del passaporto da parte del marito durante un breve soggiorno in Turchia.

In particolare, per il Governo greco, l'erogazione non avrebbe caratteristiche tali da potersi considerare alla stregua di un bene:

“la requérante ne peut se prévaloir de l'existence d'un « bien » au sens de l'article 1 du Protocole no 1. La pension de mère de famille nombreuse ne constitue pas une allocation sociale ou une rémunération en relation avec une prestation de travail, mais une incitation, sous forme pécuniaire prévue dans le budget de l'Etat, pour faire face au problème démographique aigu de la Grèce”⁽⁴⁴⁴⁾.

Secondo la Corte invece (ecco, ancora, il requisito della “determinatezza” del bene):

“les termes employés par l'article 63 de la loi no 1892/1990 sont « pension de retraite à vie » ce qui exclut toute confusion avec une allocation quelconque”⁽⁴⁴⁵⁾.

E dunque:

“Compte tenu du droit interne pertinent [ndr, la sufficiente determinatezza del beneficio stabilito dalla legge greca] et de la situation de la requérante [ndr, il possesso dei requisiti per l’ottenimento di tale beneficio], la Cour considère que celle-ci a acquis un droit qui constituait un « bien » au sens de l'article 1 du Protocole no 1”⁽⁴⁴⁶⁾.

Così pure nel caso *Andrejeva*⁽⁴⁴⁷⁾, è tutelato ai sensi del Primo Protocollo il diritto alla pensione di vecchiaia, ancorché maturata sotto la vigenza di un regime che prescinde dai contributi versati.

⁽⁴⁴²⁾ Corte dei Diritti, *ult. cit.*, Par. 40.

⁽⁴⁴³⁾ Corte dei Diritti, Prima Sezione, 9 luglio 2009, *Zeibek c. Grecia*. Cfr. anche *Gaygusuz c. Austria* (1996) e *Stec e altri c. Regno Unito* (2006).

⁽⁴⁴⁴⁾ Corte dei Diritti, *ult. cit.*, Par. 35.

⁽⁴⁴⁵⁾ *Ult. cit.*, Par. 39.

⁽⁴⁴⁶⁾ *Ult. cit.*, Par. 40.

⁽⁴⁴⁷⁾ Corte dei Diritti, Grande Camera, 18 febbraio 2009, *Andrejeva c. Lettonia*.

Secondo il Governo della Lettonia:

“la Cour européenne des Droits de l'Homme établit une distinction entre un système prévoyant une participation individuelle par des cotisations à un fonds [de pension], en déterminant également la somme à verser [de ce fonds] dans chaque cas concret, et un système où le lien entre les cotisations et la somme reçue n'est qu'indirect. Ce dernier système ne saurait être reconnu comme étant suffisamment concrétisé ; or, le droit de propriété doit, en tant que tel, être concrétisé”⁽⁴⁴⁸⁾.

A questo riguardo la Corte ricorda che:

“dans l'affaire Stec et autres (précitée), elle a abandonné la distinction entre les prestations contributives et les prestations non contributives aux fins de l'applicabilité de l'article 1 du Protocole no 1 ; désormais, lorsque l'Etat choisit d'instaurer un système de pensions, les droits et les intérêts individuels en découlant tombent sous l'empire de cette disposition, indépendamment du paiement des contributions et du mode d'approvisionnement du fonds de pension (Stec et autres, décision précitée, §§ 47-53)”⁽⁴⁴⁹⁾.

E dunque:

“dès lors qu'un Etat contractant met en place une législation prévoyant le versement automatique d'une prestation sociale – que l'octroi de cette prestation dépende ou non du versement préalable de cotisations –, cette législation doit être considérée comme engendrant un intérêt patrimonial relevant du champ d'application de l'article 1 du Protocole no 1 pour les personnes remplissant ses conditions (Stec et autres, décision précitée, § 54)”⁽⁴⁵⁰⁾.

Nel caso *Reveliotis*⁽⁴⁵¹⁾, è riconosciuto il diritto ad ottenere un certo importo a titolo di pensione, inizialmente accordato in misura inadeguata dallo Stato per un'errata interpretazione della normativa interna.

La sentenza è di notevole interesse perché la Corte ben sintetizza la propria posizione sulla nozione di bene ai sensi del Primo Protocollo Cedu: tale nozione non può innanzitutto limitarsi ai beni corporali; essa prescinde dalla qualificazione formale del diritto interno (ecco le proprietà nascoste che si celano anche nel nostro ordinamento e di cui si accennava nella prima parte della ricerca); in particolare, a certe condizioni, anche *“droits et intérêts constituant des actifs”*, sono suscettibili di rientrare nella nozione di bene.

Letteralmente:

“La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence, un requérant ne peut alléguer une violation de l'article 1 du Protocole n° 1 que dans la mesure où les décisions qu'il incrimine se rapportent à ses « biens » au sens de cette disposition. La notion de « bien » a une portée autonome qui ne se limite pas à la

⁽⁴⁴⁸⁾ Corte dei Diritti, *ult. cit.*, Par. 37.

⁽⁴⁴⁹⁾ *Ult. cit.*, Par. 76.

⁽⁴⁵⁰⁾ *Ult. cit.*, Par. 77.

⁽⁴⁵¹⁾ Corte dei Diritti, Prima Sezione, 4 dicembre 2008, *Reveliotis c. Grecia*. Cfr. anche *Iatridis c. Grecia* (1999), *Beyeler c. Italia* (2000), e *Bronioski c. Polonia* (2004).

propriété de biens corporels et qui est indépendante des qualifications formelles du droit interne : certains autres droits et intérêts constituant des actifs peuvent aussi passer pour des « droits patrimoniaux » et donc des « biens » aux fins de cette disposition. Dans chaque affaire, il importe d'examiner si les circonstances, considérées dans leur ensemble, ont rendu le requérant titulaire d'un intérêt substantiel protégé par l'article 1 du Protocole n° 1»⁽⁴⁵²⁾⁽⁴⁵³⁾.

b) (segue)... licenze, autorizzazioni, sovvenzioni a imprese

Sempre sulla scia di Reich, secondo la Corte di Strasburgo anche licenze, autorizzazioni, sovvenzioni a imprese, in qualsiasi forma concesse, sono suscettibili, ricorrendone particolari presupposti, di godere della sfera di tutela dell'art. 1 Primo protocollo.

Nel caso *Tre Traktorer AB*⁽⁴⁵⁴⁾, il gestore di un ristorante, titolare di una licenza di vendita di bevande alcoliche, fa valere quale ineliminabile condizione per l'esercizio della propria attività il perdurare del mantenimento di tale licenza, nonostante sia nel frattempo intervenuta una legge di senso contrario. La Corte, pur concludendo, nel caso specifico, per l'assenza di lesione del diritto di proprietà, ritiene invece configurabile il valore patrimoniale della licenza di vendita di bevande alcoliche quale bene giuridico ricompreso nell'art. 1 del Protocollo addizionale. In particolare:

“The Government argued that a licence to serve alcoholic beverages could not be considered to be a "possession" within the meaning of Article 1 of the Protocol (P1-1). This provision was therefore, in their opinion, not applicable to the case. Like the Commission, however, the Court takes the view that the economic interests connected with the running of Le Cardinal were "possessions" for the purposes of Article 1 of the Protocol (P1-1). Indeed, the Court has already found that the maintenance of the licence was one of the principal conditions for the carrying on of the applicant company's business, and that its withdrawal had adverse effects on the goodwill and value of the restaurant (see paragraph 43 above). Such withdrawal thus constitutes, in the circumstances of the case, an interference with TTA's right to the "peaceful enjoyment of [its] possessions”⁽⁴⁵⁵⁾.

⁽⁴⁵²⁾ Cfr., Corte dei diritti, *ult. cit.*, Par. 26.

⁽⁴⁵³⁾ Similmente, nel caso *Muñoz Diaz* (Corte dei Diritti, Terza Sezione, 8 dicembre 2009, *Muñoz Diaz c. Spagna*.), è riconosciuta l'aspettativa a ottenere una pensione di reversibilità in qualità di coniuge (nella fattispecie, il matrimonio del ricorrente, appartenente alla comunità rom e celebrato secondo il rito rom, illegittimamente non era stato riconosciuto dalle autorità spagnole per ciò che riguarda l'assegno mutualistico dovuto al coniuge, con ciò violando il diritto al rispetto dei beni del ricorrente).

⁽⁴⁵⁴⁾ Corte dei Diritti, 7 luglio 1989, *Tre Traktorer AB*, Serie A, n. 159, 53, in MOSCARINI, *cit.*, 235.

⁽⁴⁵⁵⁾ *Ult. cit.*, Par. 53.

Nel caso *Pine Valley* ⁽⁴⁵⁶⁾, la Corte ha riconosciuto come tutelabile ai sensi dell'art. 1 del Primo Protocollo la legittima aspettativa con riguardo al rilascio di un certificato relativo ad un piano di urbanizzazione di alcuni terreni che era stato considerato nullo da una sentenza della Corte suprema irlandese.

Dopo aver considerato come i ricorrenti possano, in buona fede, considerare valido il certificato di urbanizzazione, la Corte ritiene che la sentenza di nullità determini un'ingerenza eccessiva nel loro diritto di proprietà perché, fino alla pronuncia, i ricorrenti avevano in effetti maturato una speranza legittima e ragionevolmente fondata di poter realizzare il loro piano.

La pronuncia è di particolare rilievo poiché, da una parte, definisce come suscettibile di tutela ex art. 1 l'utilità patrimoniale derivante da un provvedimento della pubblica amministrazione e, dall'altra, come meglio vedremo alla lettera h) che segue, ne riconosce la rilevanza anche se tale utilità non è attuale ma corrisponde alla legittima aspettativa all'acquisto di un futuro vantaggio patrimoniale (o, specularmente, esprime l'interesse del soggetto destinatario a non subire un pregiudizio da un atto della pubblica amministrazione che sia irragionevolmente modificativo di assetti ormai consolidatisi, di qui la legittima aspettativa, nel patrimonio di un soggetto).

In questo senso, si potrebbe argomentare che l'interesse ormai consolidato nel patrimonio del singolo costituisce il presupposto essenziale per configurare o meno l'esistenza del bene, rimanendo inteso che un tale assetto di interessi può venire legittimamente modificato nella misura in cui il sacrificio richiesto sia in funzione di un interesse generale giudicato prevalente.

Utilizzando tali argomentazioni, sarebbe a questo punto possibile fornire una risposta coerente all'interrogativo di Rodotà, di cui si è dato cenno nel primo capitolo della presente ricerca, secondo cui qualsiasi provvedimento della pubblica amministrazione modificativo degli interessi del singolo sarebbe in ipotesi suscettibile di costituire violazione del diritto di proprietà nella prospettiva di Reich.

Secondo l'orientamento della Corte, appare infatti evidente che qualsiasi provvedimento della pubblica amministrazione, e/o qualsiasi legge successiva, modificativa di interessi patrimoniali del singolo che siano fondati su una aspettativa legittima, è astrattamente suscettibile di costituire una violazione della proprietà di tale soggetto, il cui sacrificio, per essere accettabile, va valutato, nell'ambito di una operazione di bilanciamento con gli interessi generali che con quel provvedimento modificativo si intendono tutelare e/o promuovere.

Ancora più chiaramente quanto al fatto che la licenza può legittimamente rientrare nel perimetro di tutela dell'art. 1 Primo Protocollo, nel caso *Megadat.com Srl* ⁽⁴⁵⁷⁾, la Corte riconosce il diritto a mantenere le licenze ottenute per effettuare

⁽⁴⁵⁶⁾ Corte dei Diritti, 29 novembre 1991, *Pine Valley Developments Ltd et autres c. Irlande*, Serie A, n. 222, 51, in MOSCARINI, *cit.*, 239.

⁽⁴⁵⁷⁾ Corte dei Diritti, Quarta Sezione, 8 aprile 2008, *Megadat.com Srl c. Moldavia*.

il servizio di *provider* della rete Internet moldava, che nella fattispecie erano state invalidate in modo discriminatorio da una sentenza della Corte nazionale moldava.

E in particolare, proprio con riferimento alla natura della licenza, secondo i giudici di Strasburgo, “*It is undisputed between the parties that the applicant company’s licences constituted a possession for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention*”⁽⁴⁵⁸⁾.

E dunque, “*The Court notes that, according to its case-law, the termination of a licence to run a business amounts to an interference with the right to the peaceful enjoyment of possessions guaranteed by Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention (see Tre Traktörer AB v. Sweden, judgment of 7 July 1989, Series A no. 159, § 53, and Bimer S.A. v. Moldova, no. 15084/03, § 49, 10 July 2007)*”⁽⁴⁵⁹⁾.

Con riferimento ad altri benefici e sovvenzioni erogati dallo Stato, di natura non previdenziale o assistenziale, la Corte ha riconosciuto, nel caso *Plalam S.p.A.*⁽⁴⁶⁰⁾, essersi verificata una lesione di un bene tutelato ai sensi dell’art. 1 del Primo Protocollo per il ritardo da parte dello Stato nell’erogare delle sovvenzioni nel frattempo abrogate.

In particolare, “*La requérante fait valoir qu’au moment de l’introduction de sa demande d’augmentation des subventions, la législation en vigueur lui conférait un droit à l’obtenir. Dès lors, et à la lumière des principes dégagés par la Cour dans l’affaire Ambruosi c. Italie (no 31227/96, 19 octobre 2000), elle soutient que cette augmentation doit être considérée comme un « bien » au sens de l’article 1 du Protocole no 1*”⁽⁴⁶¹⁾.

Il caso è particolarmente interessante perché fa rientrare anche i contributi alle imprese per lo sviluppo di aree depresse tra i beni; perché spiega il meccanismo di una tale attribuzione, che non è automatico (*i.e.* non tutte le sovvenzioni sono beni) ma va riguardato in concreto sulla base del grado di “certezza” dell’utilità; infine, perché dà evidenza dell’importanza dell’operazione di bilanciamento che le nuove proprietà quasi sempre richiedono.

Questi i fatti di causa: l’impresa ricorrente chiede l’erogazione di un contributo statale per la realizzazione di un impianto nel Mezzogiorno d’Italia; il contributo viene concesso; l’impresa inizia i lavori; viene presentata una richiesta di contributo ulteriore per il “perfezionamento” del progetto (ai sensi della legge in vigore è possibile richiedere solamente “perfezionamenti” dei progetti presentati); l’autorità preposta riconosce la natura di “perfezionamento” all’integrazione presentata (che quindi, ai sensi delle disposizioni di legge applicabili, non si doveva sottomettere ad un nuovo e distinto procedimento di

⁽⁴⁵⁸⁾ Cfr., Corte dei diritti, *ult. cit.*, Par. 62.

⁽⁴⁵⁹⁾ Cfr., Corte dei diritti, *ult. cit.*, Par. 63.

⁽⁴⁶⁰⁾ Corte dei Diritti, Seconda Sezione, 18 maggio 2010, *Plalam S.p.A. c. Italia*.

⁽⁴⁶¹⁾ Cfr., Corte dei diritti, *ult. cit.*, Par. 23.

approvazione); la decisione relativa allo stanziamento viene però adottata in ritardo rispetto al periodo previsto dalla legge; e, nel frattempo, sopravviene un'altra legge in base alla quale non è più possibile richiedere integrazioni del contributo in caso di “perfezionamenti” dei progetti; l'autorità si adegua alla nuova normativa e respinge la richiesta di erogazione; i ricorsi interni a TAR e Consiglio di Stato sono entrambi rigettati con la motivazione che il ritardo della pubblica amministrazione nell'erogazione del contributo non è di per sé sufficiente a impedire l'applicazione della nuova legge.

In estrema sintesi, la posizione del ricorrente di fronte alla Corte Edu è che, sulla base della normativa applicabile, l'erogazione dell'ulteriore contributo per il “perfezionamento” del progetto non avrebbe carattere discrezionale, e che, anzi, *“après la décision d’octroyer les subventions, l’entreprise demanderesse aurait un véritable « droit subjectif » (diritto soggettivo) vis-à-vis l’agence, sous réserve de la réalisation des œuvres programmées”*⁽⁴⁶²⁾.

Ora, secondo la Corte, è evidente che l'entità dei finanziamenti erogati alle imprese è frutto di una decisione eminentemente politica:

“L’issue de la demande de la requérante dépendait également de la disponibilité des fonds que, d’année en année, l’Etat italien a mis à disposition pour le soutien aux initiatives industrielles (et donc d’une décision éminemment politique relative à la destination du budget de l’Etat)”⁽⁴⁶³⁾.

E che, sempre secondo la Corte, lo Stato ha la più ampia autonomia di rimodulare gli incentivi sulla base di decisioni essenzialmente non sindacabili che possono riguardare, ad esempio, il rispetto di vincoli di finanza pubblica:

“Par ailleurs, l’Etat avait des raisons impérieuses d’intervenir afin de limiter le poids que pouvait représenter pour les finances publiques une augmentation incontrôlée des subventions accordées aux entreprises”⁽⁴⁶⁴⁾.

I giudici di Strasburgo tengono dunque nel massimo rispetto le ragioni di interesse pubblico. Tuttavia (ecco il bilanciamento), in questo caso:

“la Cour estime que le retard de l’administration publique dans l’accomplissement des formalités devant précéder le versement du solde des subventions a eu une influence déterminante sur l’application des nouvelles règles introduites par la loi no 488 de 1992”⁽⁴⁶⁵⁾.

Alla fine, dunque,

“A la lumière de ce qui précède, la Cour estime qu’en l’espèce, l’application de la loi no 488 de 1992 a rompu le « juste équilibre » devant régner entre les exigences de l’intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l’individu (voir, mutatis mutandis, Di Belmonte (no 1) précité, § 46”⁽⁴⁶⁶⁾.

⁽⁴⁶²⁾ *Ult. cit.*, Par. 25.

⁽⁴⁶³⁾ *Ult. cit.*, Par. 30.

⁽⁴⁶⁴⁾ *Ult. cit.*, Par. 31.

⁽⁴⁶⁵⁾ *Ult. cit.*, Par. 51.

⁽⁴⁶⁶⁾ *Ult. cit.*, Par. 52.

Nella prospettiva della Corte, all'esito dell'operazione di bilanciamento, a prevalere è il diritto di proprietà, ma, più del risultato, è interessante seguire passo passo la Corte nella costruzione del bilanciamento.

Ebbene, in base al secondo alinea dell'art. 1 del Primo Protocollo, *“Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale”*.

Il senso della disposizione, come anche in questa occasione ribadito dalla Corte, è che l'intervento dello Stato realizzi un “giusto equilibrio” tra le esigenze dell'interesse generale e la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo:

“(…)une mesure d'ingérence doit ménager un « juste équilibre » entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu (Tre Traktörer AB c. Suède, 7 juillet 1989, § 59, série A no 159) et doit éviter d'imposer à la personne en cause une charge excessive ou exorbitante”⁽⁴⁶⁷⁾.

In particolare, poi, in questo caso:

“La législation litigieuse poursuivait les buts légitimes de réduire les dépenses publiques et d'éviter une augmentation incontrôlée des subventions accordées aux entreprises. Le Gouvernement le souligne à juste titre (paragraphe 31 ci-dessus). Dans un domaine aussi complexe que la gestion du budget de l'Etat, toute décision implique normalement une appréciation des problèmes politiques, économiques et sociaux que la Convention laisse à la compétence des Etats parties, car les autorités internes sont manifestement mieux placées que la Cour pour apprécier ces problèmes. Les Etats disposent donc en la matière d'un large pouvoir d'appréciation”⁽⁴⁶⁸⁾.

E dunque si tratta di verificare in concreto se *“si, dans les circonstances concrètes de l'affaire, l'application de la loi no 488 de 1992 a imposé à la requérante une charge excessive”*⁽⁴⁶⁹⁾.

c) I beni dell'informazione e della conoscenza

In tutt'altra prospettiva, rientrano sotto l'ombrello di tutela di cui all'articolo 1, Primo protocollo, anche quelle utilità che costituiscono la categoria forse oggi più rilevante dei beni immateriali nell'ambito delle nuove forme di ricchezza, e che, nella partizione fatta nella prima parte della ricerca, si sono definiti come i *“beni dell'informazione e della conoscenza”*⁽⁴⁷⁰⁾.

⁽⁴⁶⁷⁾ *Ult. cit.*, Par. 45.

⁽⁴⁶⁸⁾ *Ult. cit.*, Par. 46.

⁽⁴⁶⁹⁾ *Ult. cit.*, Par. 48.

⁽⁴⁷⁰⁾ In questo senso, merita ricordare nuovamente la tesi di Oppo secondo cui il fondamento della tutela brevettuale non risiede tanto nell'esigenza di far partecipare i terzi del frutto dell'invenzione,

(Si dà qui conto della sentenza *Anheuser-Busch* che è considerata *leading case* nella tutela degli *ip rights* nell'ambito della giurisprudenza della Corte dei diritti⁽⁴⁷¹⁾ e di un'altra decisione il cui rilievo è dato dal fatto di ricomprendere nella sfera di tutela dell'articolo 1 Primo protocollo anche le privative c.d. "non titolate", nello specifico il *domain name*; si rimanda invece alle pronunce della Corte di giustizia per ulteriori considerazioni).

Nel caso *Anheuser-Busch*⁽⁴⁷²⁾, si discute su quale tra due società abbia diritto a commercializzare in Portogallo una birra recante la stessa denominazione della società rivale. In particolare, il ricorrente sostiene di avere presentato domanda di registrazione del marchio e di essere stato poi pregiudicato da un accordo bilaterale, sottoscritto tra il Portogallo e il paese della società concorrente successivamente al deposito della domanda di registrazione, che avrebbe di fatto modificato la disciplina sulla registrazione dei marchi commerciali e vanificato il diritto a vedere accettata la propria domanda di privativa.

La Corte fonda la propria decisione riconoscendo che il marchio registrato rientra a tutti gli effetti nella nozione di bene di cui all'art. 1 del Primo Protocollo, e quindi gode della medesima tutela che si deve riconoscere ai beni corporali, ma che altrettanto non può dirsi per la domanda di registrazione, che rappresenta solamente un "diritto condizionato" (*droit conditionnel*), la cui venuta ad esistenza si realizza solamente all'atto del riconoscimento della procedura di registrazione.

La pronuncia, relativamente recente (2007), è considerata in dottrina *leading case*⁽⁴⁷³⁾ per il riconoscimento degli *ip rights* nell'ambito delle norme CEDU sulla proprietà⁽⁴⁷⁴⁾.

quanto nella necessità, prima di ogni altra cosa, di proteggere il frutto del proprio lavoro, frutto che va riguardato quasi in termini dominicali per rivendicare il diritto di esclusiva dell'inventore sulla propria invenzione, esclusiva certamente esistente per quel che riguarda i diritti patrimoniali derivanti dal bene (G. OPPO, *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Padova, 1969, 1419 ss.).

⁽⁴⁷¹⁾ Cfr. RESTA, *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, cit., 2010, 64-65, nota 223, in cui si fa opportunamente notare che sono stati sottoposti alla Corte di Strasburgo casi di *ip rights* e che, in ogni caso, la Corte non ha mai avuto dubbi nel qualificarli come rientranti nella nozione di bene da essa tutelata (a partire dal caso *Dima v. Romania*, App. nr. 58472/00, (2005), in cui la Corte, in una controversia attinente l'attribuzione di diritti d'autore su un simbolo grafico, pur rigettando il ricorso del ricorrente, ha affermato in termini molto netti che l'art. 1 Primo protocollo protegge anche le opere oggetto di diritto d'autore).

⁽⁴⁷²⁾ Corte dei diritti, Grande Camera, 11 gennaio 2007, *Anheuser Busch Inc. c. Portogallo*.

⁽⁴⁷³⁾ Cfr. L. HELFER, *The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights*, in *Harvard International Law Journal*, Vol. 49, 2008, in cui si fa riferimento anche a due sentenze precedenti alla *Anheuser Busch: Dima c. Romania* (2005) e *Melnychuk c. Ucraina* (2005).

⁽⁴⁷⁴⁾ Peraltro, similmente alla sentenza in commento, la Commissione europea dei Diritti dell'Uomo nel caso *Smith Kline e French Laboratories Ltd c. Paese Basso*, no 12633/87, decisione del 4 ottobre 1990, Decisioni e rapporti, (DR, 66, p. 70), si era pronunciata nel senso che "*en droit néerlandais, le titulaire d'un brevet est désigné comme le propriétaire d'un brevet et que, sous réserve des dispositions de la loi y afférente, les brevets son réputés être des biens personnels cessibles et transférables. Elle estime, dès lors, qu'un brevet relève effectivement du terme «biens»*

In particolare, la Grande Camera, facendo proprie le motivazioni già adottate dalla Seconda Sezione⁽⁴⁷⁵⁾, statuisce che: “*selon laquelle l'article 1 du Protocole no 1 s'applique à la propriété intellectuelle en tant que telle. Reste à déterminer si une conclusion différente s'impose quant à savoir si cette disposition s'applique également à une simple demande d'enregistrement d'une marque de commerce*”⁽⁴⁷⁶⁾.

E subito dopo fa propria anche l'argomentazione riguardo la domanda di registrazione, affermando che “*s'il est clair qu'une marque commerciale constitue un « bien » au sens de l'article 1 du Protocole no 1, tel n'est le cas qu'après l'enregistrement définitif de la demande respective, selon les règles en vigueur dans l'Etat concerné. Avant un tel enregistrement, l'intéressé dispose, certes, d'un espoir d'obtenir un tel « bien » mais non d'une espérance légitime juridiquement protégée*”⁽⁴⁷⁷⁾.

In particolare, “*la requérante ne pouvait être sûre d'être titulaire de la marque en question qu'après son enregistrement définitif, et cela uniquement au cas où une tierce partie ne soulèverait pas des objections à cet égard, comme la législation applicable le permettait. En d'autres termes, la requérante disposait d'un droit conditionnel qui s'est toutefois éteint, de manière rétroactive, du fait de la non-réalisation de la condition, à savoir celle de ne pas porter atteinte aux droits d'une tierce partie*”⁽⁴⁷⁸⁾.

Anche la domanda di registrazione, dunque, è un bene, destinato però a svanire *ab initio* nel caso in cui all'esito della procedura di registrazione si rilevi che non esistevano i presupposti per la costituzione di un diritto di privativa.

Alla sentenza segue una *Opinion concordante commune* dei giudici Steiner e Hajiyeu secondo i quali “*l'article 1 du Protocole no 1 est applicable à la propriété intellectuelle en général, et à une marque commerciale dûment enregistrée en particulier*”⁽⁴⁷⁹⁾.

In questa opinione è ribadito, come già si è visto per le autorizzazioni e licenze amministrative, che elemento discriminante affinché si possa ricondurre la

figurant à l'article 1 du Protocole additionnel”. La Commissione ha poi confermato questo orientamento nel caso *Lenzing AG c. Regno Unito* (no 38817/97, decisione del 9 settembre 1998, non pubblicata), avente ad oggetto un brevetto. In quest'ultimo caso la Commissione ha avuto cura di precisare che il “bene” in questione non era il brevetto in quanto tale ma la domanda formulata dalla società richiedente in un procedimento civile che mirava a modificare il sistema britannico di registrazione dei brevetti, che come tale non poteva rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 1, P-1. Decisione ancora confermata nella causa *British-American Tobacco Company Ltd c. Paesi Bassi* in cui la Commissione ha statuito che l'articolo 1 del Protocollo no 1 non era applicabile in quanto “*(...) la société requérante n'a pas réussi à obtenir la protection effective de son invention au moyen d'un brevet. Par conséquent, la société a été privée d'un droit de protection de la propriété intellectuelle, mais n'a pas été privée de sa propriété actuelle*”.

⁽⁴⁷⁵⁾ Corte dei diritti, Seconda Sezione, 11 ottobre 2005, *Anheuser Busch Inc. c. Portogallo*.

⁽⁴⁷⁶⁾ Cfr., Corte dei diritti, *ult. cit.*, Par. 72.

⁽⁴⁷⁷⁾ Cfr., Corte dei diritti, *ult. cit.*, Par. 73.

⁽⁴⁷⁸⁾ Cfr., Corte dei diritti, *ult. cit.*, Par. 74.

⁽⁴⁷⁹⁾ Cfr., Corte dei diritti, *ult. cit.*, *Opinion concordante commune*, Par. 2.

tutela di tali beni (immateriali) alla proprietà, è che il conseguimento del vantaggio patrimoniale che ne deriverebbe si fondi su di una c.d. “aspettativa legittima” (“*Pour bénéficiaire de la protection de cet article, le requérant doit pouvoir alléguer avoir au moins l'« espérance légitime » de voir sa créance se concrétiser*”⁽⁴⁸⁰⁾). Diventa dunque essenziale individuare degli elementi su cui fondare la *legittimità* dell’*aspettativa*. Secondo i giudici Steiner e Hajiyeu, questi elementi si possono rinvenire in una *disposizione giuridica* o in un *atto giuridico* qual è, ad esempio, una *decisione giudiziaria*: “*Cette espérance doit être plus concrète qu'un simple espoir et se fonder sur une disposition juridique ou un acte juridique tel qu'une décision judiciaire*”⁽⁴⁸¹⁾. E così, nella fattispecie concreta, la domanda di registrazione si considera fondata su una disposizione giuridica che crea un diritto condizionale, e dunque, a sua volta, non sufficiente a fondare un’*utilità* suscettibile di rivestire la qualifica di bene.

A testimonianza però di come queste considerazioni abbiano buona tenuta teorica ma si prestino ad interpretazioni che possono dare risultati anche antitetici, segue, alla fine della sentenza *Anheuser* una *Opinion dissidente* dei giudici Caflisch e Cabral Barreto, secondo i quali “*le dépôt d'une demande d'enregistrement d'une marque commerciale, qui se distingue de l'enregistrement lui-même, crée des droits en faveur du demandeur, en particulier un droit de faire enregistrer la marque*”⁽⁴⁸²⁾; il diritto che ne deriva è dunque sì di natura condizionale (“*est de nature conditionnelle ; il dépend du respect des conditions légales d'enregistrement existant au moment du dépôt*”⁽⁴⁸³⁾); ma se sono rispettate tutte le condizioni relative al deposito, un tale diritto condizionato assume i caratteri dell’*aspettativa legittima* tutelata dall’art. 1 del Primo Protocollo (“*que la société requérante était la bénéficiaire d'une « espérance légitime » et (...) qu'elle bénéficiait de la protection de l'article 1 du Protocole no 1*). E dunque, in questo caso, a differenza di quanto appena visto, il panorama dei beni sarebbe ulteriormente allargato anche alla legittima domanda di registrazione. Considerazione, quest’ultima, che sarebbe ulteriormente confermata dal fatto che le domande di registrazione, ai sensi della legge del Portogallo, proprio come avviene per i beni della proprietà intellettuale già registrati, possono essere trasferite e possono essere oggetto di autonomi accordi di licenza⁽⁴⁸⁴⁾.

Andando oltre, nella sentenza *Paeffgen*⁽⁴⁸⁵⁾ *GmbH v. Germany*, i giudici di Strasburgo riconoscono che anche il *domain name* (che nel nostro ordinamento, come si è visto è diritto di proprietà industriale non più “atipico”, dopo l’inclusione nel codice, ma pur sempre “non titolato”; *i.e.*, soggetto alla limitata

⁽⁴⁸⁰⁾ Cfr., Corte dei diritti, *ult. cit.*, *Opinion concordante commune*, Par. 3.

⁽⁴⁸¹⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁸²⁾ Cfr., Corte dei diritti, *ult. cit.*, *Opinion dissidente*, Par. 5.

⁽⁴⁸³⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁸⁴⁾ Cfr., Corte dei diritti, *ult. cit.*, *Opinion dissidente*, Par. 4.

⁽⁴⁸⁵⁾ Corte dei diritti, 18 settembre 2007, *Paeffgen GmbH v. Germany*.

tutela prevista dalle norme che espressamente lo disciplinano), rientra nella nozione di bene di cui all'articolo 1 Primo protocollo.

In particolare: “[i]n 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 (compare *Anheuser-Busch Inc.*, cited above, §§ 76, 78, as well as *Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden*, judgment of 7 July 1989, Series A no. 159, p. 21, § 53). It has thus considered, for example, intellectual property, such as trade marks and copyrights (see *Melnychuk v. Ukraine (dec.)*, no. 28743/03, ECHR 2005-IX; *Anheuser-Busch Inc.*, cited above, §§ 72, 78), or licences to use property in a particular way (such as licences to serve alcoholic beverages or fishing rights, see *Tre Traktörer Aktiebolag*, cited above, p. 21, § 53; *Alatulkkila and Others v. Finland*, no. 33538/96, § 66, 28 July 2005) to constitute possessions”⁽⁴⁸⁶⁾.

E, dunque, secondo il giudizio della Corte: “[i]n 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 with”⁽⁴⁸⁷⁾⁽⁴⁸⁸⁾.

Le pronunce successive, per la verità non molte, riprendono gli stessi principi⁽⁴⁸⁹⁾.

d) Altri beni immateriali: titolarità pro-quota di un'azienda, azioni, obbligazioni e depositi in valuta estera

⁽⁴⁸⁶⁾ Corte dei diritti, *ult. cit.*, *The law*, Par. 1.

⁽⁴⁸⁷⁾ *Ib.*

⁽⁴⁸⁸⁾ È interessante notare che anche la Corte costituzionale federale tedesca (*Bundesverfassungsgericht - BVerfG*) che si era pronunciata sul punto nel corso del giudizio interno aveva concluso, pur rigettando le istanze specifiche del ricorrente, disponendo che “*the applicant had a right to use the domain in question, which constituted “property” under the Basic Law*” (*Ult. cit.*, *The facts*, Par. 3).

⁽⁴⁸⁹⁾ Nel caso *Balan* (Corte dei Diritti, Quarta Sezione, 29 gennaio 2008, *Balan c. Moldavia*), ad esempio, i giudici di Strasburgo riconoscono che la pretesa del ricorrente a ottenere un risarcimento per l'utilizzo illegale di fotografie coperte dal diritto d'autore rientra nell'ambito di tutela dell'art. 1 del Primo Protocollo (“*The Court reiterates that Article 1 of Protocol No. 1 is applicable to intellectual property (see Anheuser-Busch Inc., cited above, § 72)*” (Par. 34))

Come si è accennato in apertura di questo capitolo, la giurisprudenza della Corte dei diritti ha, per certi versi, “superato” anche la già ampia nozione di *property* dei sistemi di *common law*.

Nel caso *Inze*⁽⁴⁹⁰⁾, viene in considerazione una legge austriaca che, per evitare un eccessivo frazionamento della proprietà fondiaria, stabiliva che, in caso di successione ereditaria, le proprietà inferiori ad una certa dimensione non dovevano essere divise ma attribuite ad uno soltanto degli eredi, gravato dell’onere di indennizzare gli altri. Secondo la Corte, la norma in discussione viola l’art. 1, Primo Protocollo Cedu, nell’ambito del quale si tutela la proprietà intesa anche quale *titolarità pro-quota di una parte dell’azienda*.

Ancora, nel caso *Shesti*⁽⁴⁹¹⁾, la Corte ritiene che la sentenza del Tribunale bulgaro che aveva considerato legittime le riunioni di un consiglio di amministrazione tenute in violazione di norme imperative di legge aveva determinato il prodursi di un danno alle *partecipazioni detenute dai soci*, così che gli stessi soci si possono considerare “*as victims of a violation of Article 1 of Protocol No. 1*”⁽⁴⁹²⁾.

Nei casi *Spk*⁽⁴⁹³⁾, *Tronin*⁽⁴⁹⁴⁾ e *Yuriy*⁽⁴⁹⁵⁾, è invece giudicata meritevole di tutela l’*aspettativa a ottenere il rimborso di obbligazioni emesse dallo Stato russo*; aspettativa vanificata dal ritardo dello Stato nell’adozione della regolamentazione che avrebbe dovuto consentire l’esercizio di tale diritto. In questa circostanza, la Corte conferma il proprio orientamento a considerare oggetto di proprietà anche i beni immateriali. In particolare: “*The Court reiterates that the concept of “possessions” in the first part of Article 1 of Protocol No. 1 has an autonomous meaning, which is not limited to ownership of physical goods and is independent of the formal classification in domestic law: certain other rights and interests, such as debts, constituting assets can also be regarded as “property rights”, and thus as “possessions” for the purposes of this provision*”⁽⁴⁹⁶⁾.

Similmente, nei casi *Kudic*⁽⁴⁹⁷⁾ e *Suljagic*⁽⁴⁹⁸⁾ – entrambi aventi ad oggetto l’impugnazione di provvedimenti di restrizione alla restituzione dei *depositi in valuta estera* effettuati prima dello scioglimento della Repubblica Federale Socialista della Jugoslavia – la Corte di Strasburgo è tornata sull’importanza di includere i beni immateriali, tra le utilità oggetto di tutela ai sensi dell’art. 1 del Protocollo, espressamente statuendo che: “*The concept of “possessions” has an*

⁽⁴⁹⁰⁾ Corte dei Diritti, 28 ottobre 1987, *Inze*, Serie A, n. 126, in MOSCARINI, *Proprietà privata...*, cit., 233.

⁽⁴⁹¹⁾ Corte dei Diritti, 20 settembre 2011, *Shesti Mai Engineering Ood et al. c. Bulgaria*.

⁽⁴⁹²⁾ Cfr., Corte dei diritti, *ult. cit.*, Par. 91.

⁽⁴⁹³⁾ Corte dei Diritti, 18 marzo 2010, *Spk Dimskiy c. Russia*.

⁽⁴⁹⁴⁾ Corte dei Diritti, 18 marzo 2010, *Tronin c. Russia*.

⁽⁴⁹⁵⁾ Corte dei Diritti, 2 dicembre 2010, *Yuriy Lobanov c. Russia*.

⁽⁴⁹⁶⁾ Cfr., Corte dei diritti, *ult. cit.*, Par. 32.

⁽⁴⁹⁷⁾ Corte dei Diritti, 9 dicembre 2008, *Kudić c. Bosnia e Herzegovina*.

⁽⁴⁹⁸⁾ Corte dei Diritti, 3 novembre 2009, *Suljagic c. Bosnia and Herzegovina*.

autonomous meaning which is not limited to the ownership of material goods. In the same way as material goods, certain other rights and interests constituting assets can also be regarded as “possessions” for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1 (see, among many authorities, Broniowski v. Poland [GC], no. 31443/96, § 129, ECHR 2004-V). Claims, provided that they have a sufficient basis in domestic law, qualify as an “asset” and can thus be regarded as “possessions” within the meaning of this provision (see Kopecký v. Slovakia [GC], no. 44912/98, § 52, ECHR 2004-IX)”⁽⁴⁹⁹⁾.

e) (segue)... la clientela

In una diversa prospettiva, ma sempre nell'ambito dei beni immateriali, anche la clientela è per la Corte dei diritti oggetto di tutela.

Nel caso *Van Marle*⁽⁵⁰⁰⁾, alcuni ragionieri ricorrono alla Corte dei Diritti lamentando la perdita del titolo di *accountant*, nel passaggio da un regime di libertà dell'esercizio della professione ad una situazione di regolamentazione legislativa dell'albo. La Corte sancisce che la possibilità di usare il titolo non è oggetto di proprietà, l'avviamento sì.

Similmente, nel caso *Karni*⁽⁵⁰¹⁾, la Corte si pronuncia su un caso di tutela di uno studio medico e riconosce che la clientela acquisita attraverso lo studio professionale deve essere considerata un bene ai sensi dell'art. 1 del Protocollo addizionale in quanto rappresenta per il professionista un valore patrimoniale.

Ancora, nel caso *Iatridis*⁽⁵⁰²⁾, la Corte riconosce che la clientela del titolare di un cinema, ancorché il medesimo sia solo locatore dell'immobile ove l'esercizio ha sede, sia “bene” tutelabile ai sensi della Convenzione, indipendentemente dalla contestazione relativa alla proprietà del terreno nel quale il cinema è situato.

f) (segue)... i crediti, tanto di natura contrattuale quanto risarcitoria

Nel caso *Raffinerie greche*⁽⁵⁰³⁾, una società incaricata della realizzazione di una raffineria si vede revocare il contratto nel corso dello svolgimento dei lavori. La società ottiene soddisfazione sia dinanzi alla giurisdizione ordinaria greca sia di fronte ad collegio arbitrale. Le sentenze favorevoli non sono ancora

⁽⁴⁹⁹⁾ Cfr., Corte dei diritti, *ult. cit.*, Par. 34.

⁽⁵⁰⁰⁾ Corte dei diritti, 26 giugno 1986, *Van Marle et autres c. Olanda*, Serie A, n. 101, in MOSCARINI, *Proprietà privata...*, cit., 234.

⁽⁵⁰¹⁾ Commissione, 8 marzo 1988, *Karni c. Suede*, in MOSCARINI, *Ult. cit.*, 234.

⁽⁵⁰²⁾ Corte dei diritti, 25 marzo 1999, *Iatridis c. Grèce*, in MOSCARINI, *Ult. cit.*, 235.

⁽⁵⁰³⁾ Corte dei Diritti, 9 dicembre 1994, *Raffineries Grècques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, Serie A, n. 301, in MOSCARINI, *Ult. cit.*, 236.

passate in giudicato quando una nuova legge dispone diversamente in ordine alla materia oggetto della pretesa del concorrente. La Corte, interrogandosi sulla presenza di un credito sufficientemente certo ed esigibile e circa l'esistenza di una aspettativa sufficientemente fondata ad ottenere la soddisfazione del proprio credito da parte del ricorrente, aspettativa riconoscibile nella sentenza citata, conclude per l'inclusione del *credito di natura contrattuale* nella nozione di bene di cui all'art. 1 del Primo Protocollo

Nel caso *Pressos Compañia Naviera*⁽⁵⁰⁴⁾, un gruppo di armatori, a seguito di incidente, reclama la responsabilità dei comandanti delle navi per errori di pilotaggio. A seguito di una intervenuta modifica legislativa – modificativa del regime della responsabilità – gli armatori rischiavano di perdere la soddisfazione del proprio credito. La Corte riconosce che il *credito di natura risarcitoria* degli armatori è tutelabile ai sensi dell'art. 1 del Protocollo in ragione di una aspettativa sufficientemente fondata alla realizzazione del proprio interesse, e come tale equiparabile ad un “bene”.

Similmente, nel caso *Simaldone* ⁽⁵⁰⁵⁾, la Corte riconosce come suscettibile di tutela ex art. 1 del Protocollo addizionale l'aspettativa del ricorrente a vedersi garantito il pagamento effettivo dei risarcimenti “Pinto” entro un termine ragionevole. In particolare, “*La Cour a souligné qu'un retard dans le paiement de la somme allouée devait avoir aggravé pour le requérant la frustration résultant de sa détention illégale (ibidem). Elle a, par conséquent, conclu à la violation de l'article 1 du Protocole no 1*”⁽⁵⁰⁶⁾.

Sono suscettibili di essere considerati beni anche i crediti confermati da sentenze esecutive e vincolanti. Così nel caso *Khrykin*⁽⁵⁰⁷⁾, si può leggere che “*The Court reiterates that the existence of a debt confirmed by a binding and enforceable judgment furnishes the judgment beneficiary with a possession within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1. Quashing of such a judgment amounts to an interference with his or her right to peaceful enjoyment of possessions (see, among other authorities, Brumărescu, cited above, § 74, and Androsov v. Russia, no. 63973/00, § 69, 6 October 2005)*”⁽⁵⁰⁸⁾.

La Corte si è spinta in questi casi ad affermare che il bene sia costituito dalla stessa sentenza, così intendendo che il bene principale, vale a dire il credito, finisce con l'essere incorporato nell’“oggetto” che consente di realizzarlo, vale a dire la pronuncia giudiziale definitiva. Ad esempio, nel caso *Eltari*⁽⁵⁰⁹⁾ – avente ad oggetto l'impossibilità di ottenere il risarcimento del danno in esecuzione di una sentenza vincolante – la Corte “*reiterates that a “claim” can constitute a*

⁽⁵⁰⁴⁾ Corte dei Diritti, 20 novembre 1995, *Pressos Compañia Naviera c. Belgio*, Serie A, n. 332, in MOSCARINI, *Ult.cit.*, 236.

⁽⁵⁰⁵⁾ Corte dei Diritti, 31 marzo 2009, *Simaldone c. Italia*.

⁽⁵⁰⁶⁾ Cfr., Corte dei diritti, *ult. cit.*, Par. 60.

⁽⁵⁰⁷⁾ Corte dei Diritti, 19 aprile 2011, *Khrykin c. Russia*.

⁽⁵⁰⁸⁾ Cfr., Corte dei diritti, *ult. cit.*, Par. 54.

⁽⁵⁰⁹⁾ Corte dei Diritti, 8 marzo 2011, *Eltari c. Albania*.

“possession” within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1 if it is sufficiently established to be enforceable (see *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, judgment of 9 December 1994, Series A no. 301-B, p. 84, § 59)⁽⁵¹⁰⁾.

E ancora, “The Court recalls its case-law that the impossibility for an applicant to obtain the execution of a final court judgment in his or her favour constitutes an interference with the right to the peaceful enjoyment of possessions, as set out in the first sentence of the first paragraph of Article 1 of Protocol No. 1 (see, among other authorities, *Burdov v. Russia*, no. 59498/00, § 40, ECHR 2002-III)⁽⁵¹¹⁾”.

Nello stesso senso, e aventi il medesimo oggetto, si possono inoltre registrare, più recenti, i casi *Streltsov*⁽⁵¹²⁾, *Kin-Stib*⁽⁵¹³⁾, *Ursan*⁽⁵¹⁴⁾, *Panasenko*⁽⁵¹⁵⁾, *Copaci*⁽⁵¹⁶⁾, *Ana Pavel*⁽⁵¹⁷⁾, *Aurelia Popa*⁽⁵¹⁸⁾, *Olaru*⁽⁵¹⁹⁾, *Baroul*⁽⁵²⁰⁾, *Bijelic*⁽⁵²¹⁾, *S.C. Ghepardul*⁽⁵²²⁾, *Unistar*⁽⁵²³⁾, *Lanchid*⁽⁵²⁴⁾. Per finire con il caso *Burdov*⁽⁵²⁵⁾, in cui la sentenza, anch’essa rientrante secondo la Corte nella nozione di bene di cui all’art. 1 del Primo Protocollo, stabilisce il diritto di risarcimento per i danni morali conseguenti all’eccessiva esposizione alle radiazioni nucleari conseguenti al disastro di Chernobyl.

g) Gli status

Per la Corte di Strasburgo sono oggetto di tutela ex art. 1, Primo Protocollo, anche gli status (e qui il riferimento non può che correre al saggio di Zoppini di cui si è dato conto in precedenza che nelle successioni anomale vede “situazioni di evidente rilevanza reale”⁽⁵²⁶⁾).

⁽⁵¹⁰⁾ Cfr., Corte dei diritti, *ult. cit.*, Par. 91.

⁽⁵¹¹⁾ Cfr., Corte dei diritti, *ult. cit.*, Par. 93.

⁽⁵¹²⁾ Corte dei Diritti, 29 luglio 2010, *Streltsov ed altri “pensionati militari di Novocherkassk” c. Russia*. In particolare, “The Court reiterates that the existence of a debt confirmed by a binding and enforceable judgment constitutes the beneficiary’s “possession” within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1 (see, among other authorities, *Androsov v. Russia*, no. 63973/00, § 69, 6 October 2005)” (*Ult. Cit.*, Par. 58).

⁽⁵¹³⁾ Corte dei Diritti, 20 aprile 2010, *Kin-Stiband Majkic c. Serbia*.

⁽⁵¹⁴⁾ Corte dei Diritti, 6 aprile 2001, *Ursan c. Romania*.

⁽⁵¹⁵⁾ Corte dei Diritti, 1 aprile 2010, *Panasenko c. Russia*.

⁽⁵¹⁶⁾ Corte dei Diritti, 16 marzo 2010, *Copaci c. Romania*.

⁽⁵¹⁷⁾ Corte dei Diritti, 16 marzo 2010, *Ana Pavel c. Romania*.

⁽⁵¹⁸⁾ Corte dei Diritti, 26 gennaio 2010, *Aurelia Popa c. Romania*.

⁽⁵¹⁹⁾ Corte dei Diritti, 28 luglio 2009, *Olaru et al. c. Moldavia*.

⁽⁵²⁰⁾ Corte dei Diritti, 16 luglio 2009, *Baroul Partner c. Moldavia*.

⁽⁵²¹⁾ Corte dei Diritti, 28 aprile 2009, *Bijelic c. Montenegro e Serbia*.

⁽⁵²²⁾ Corte dei Diritti, 14 aprile 2009, *Ghepardul c. Romania*.

⁽⁵²³⁾ Corte dei Diritti, 9 dicembre 2008, *Unistar Ventures GmbH c. Moldavia*.

⁽⁵²⁴⁾ Corte dei Diritti, 2 novembre 2010, *Lanchid Hitel Es FktorZrt c. Romania*.

⁽⁵²⁵⁾ Corte dei Diritti, 15 gennaio 2009, *Burdov c. Russia*.

⁽⁵²⁶⁾ Cfr. Parte Prima, Capitolo III, Par. 4.

Nei casi *Marckx*⁽⁵²⁷⁾ ed *Inze*⁽⁵²⁸⁾, viene valutato, quale bene tutelabile ai sensi dell'art. 1 del Protocollo, rispettivamente, il *diritto della madre naturale di disporre per testamento a favore della figlia* e il *diritto di un discendente naturale di poter concorrere con gli eredi legittimi nella successione ab intestato* di beni ereditari.

In questi due casi la Corte dei diritti supera le obiezioni, che pure si erano poste, relative all'afferenza delle vicende in contestazione alla materia ereditaria piuttosto che alla proprietà, e riconosce che la tutela dell'art. 1 del Protocollo debba senz'altro trovare applicazione⁽⁵²⁹⁾.

E così, sulla stessa falsariga, nel caso *Negrepontis*⁽⁵³⁰⁾, è lo *status di figlio adottivo* a venire in considerazione. Secondo la Corte di Strasburgo, il rifiuto da parte della Cassazione greca di riconoscere lo status di figlio adottivo a una persona adottata da sacerdote ortodosso ha leso fortemente i suoi diritti ereditari determinando un pregiudizio sproporzionato e non giustificabile suscettibile di trovare tutela nell'ambito dell'art. 1 del Primo Protocollo. In particolare, “*La Cour estime ainsi que le refus des juridictions internes de reconnaître la validité de l'adoption en Grèce et donc la qualité d'héritier qui en découlait, constitue une ingérence dans son droit au respect des biens*”⁽⁵³¹⁾, e pertanto “*il y a eu violation de l'article 1 du Protocole no 1*”⁽⁵³²⁾.

h) Una “non categoria” trasversale e di chiusura: le legittime aspettative

Come già si è accennato, a significare dell'ampiezza degli interessi protetti, la Corte di Strasburgo nella propria giurisprudenza sull'articolo 1, Primo protocollo, ha ricompreso anche beni che non solo non corrispondono, da un punto di vista oggettivo, alle cose oggetto di proprietà di cui all'art. 810 del nostro Codice civile (*i.e.*, i beni corporali), ma che spesso non sono beni “attuali” o il cui contenuto non si traduce in una posizione giuridica soggettiva immediata ma è invece qualificabile come una *aspettativa*, che deve ovviamente valutarsi *legittima*, all'acquisto di una utilità avente valore patrimoniale.

Le pronunce della Corte offrono in questo senso un quadro particolarmente ampio, e una tale tipologia di beni potrebbe in effetti rappresentare una categoria di “chiusura” dei nuovi beni e delle nuove proprietà⁽⁵³³⁾, una sorta di “bene immateriale trasversale”.

⁽⁵²⁷⁾ Corte dei Diritti, 13 marzo 1978, *Marckx*, Serie A, n. 31, in MOSCARINI, *cit.*, 233.

⁽⁵²⁸⁾ Corte dei Diritti, 28 ottobre 1987, *Inze*, Serie A, n. 126, in *Ult.cit.*, 233.

⁽⁵²⁹⁾ Cfr. MOSCARINI, *cit.*, 233.

⁽⁵³⁰⁾ Corte dei Diritti, 3 maggio 2011, *Negrepontis-Giannisis c. Grecia*.

⁽⁵³¹⁾ Cfr., Corte dei diritti, *ult. cit.*, Par. 104.

⁽⁵³²⁾ Cfr., Corte dei diritti, *ult. cit.*, Par. 105.

⁽⁵³³⁾ Sul punto, cfr. M. Censini, *Iura ad rem ed aspettative reali*, in A. Gambaro – U. Morello (a cura di), *Trattato dei diritti reali*, Milano, 2012, 423 ss.

Nel caso *Agrati*⁽⁵³⁴⁾, ad esempio, si tutela l'aspettativa ad ottenere il riconoscimento di una certa anzianità, anche a fronte di un legge interpretativa (e dunque retroattiva) che ha disposto diversamente.

Sulla possibilità di ricomprendere *beni non attuali* nell'ambito di applicazione dell'art. 1, “*La Cour observe que les parties ont des points de vue divergents quant à la question de savoir si les requérants disposaient d'un bien susceptible d'être protégé par l'article 1 du Protocole no 1. Elle rappelle que, selon sa jurisprudence, un requérant ne peut alléguer une violation de l'article 1 du Protocole no 1 que dans la mesure où les décisions qu'il incrimine se rapportent à ses « biens » au sens de cette disposition. La notion de « biens » peut recouvrir tant des « biens actuels » que des valeurs patrimoniales, y compris, dans certaines situations bien définies, des créances. Pour qu'une créance puisse être considérée comme une « valeur patrimoniale » tombant sous le coup de l'article 1 du Protocole no 1, il faut que le titulaire de la créance démontre que celle-ci a une base suffisante en droit interne, par exemple qu'elle est confirmée par une jurisprudence bien établie des tribunaux. Dès lors que cela est acquis, peut entrer en jeu la notion d'« espérance légitime » (Maurice c. France [GC], n 11810/03, § 63, CEDH 2005-IX)”⁽⁵³⁵⁾.*

E quindi, “*Compte tenu des décisions juridictionnelles, et de la jurisprudence des juridictions internes (§§ 39-40 ci-dessus), la Cour considère, contrairement à ce que soutient le Gouvernement, que les requérants bénéficiaient, avant l'intervention de la loi de finances pour 2006, d'un intérêt patrimonial qui constituait, sinon une créance à l'égard de la partie adverse, du moins une « espérance légitime » de pouvoir obtenir le paiement des sommes litigieuses, et qui avait ainsi le caractère d'un « bien » au sens de la première phrase de l'article 1 du Protocole n° 1 (voir notamment Lecarpentier et autre c. France, no 67847/01, § 38, 14 février 2006, et S.A. Dangeville c. France, n° 36677/97, § 48, CEDH 2002-III). L'article 1 du Protocole n° 1 est donc applicable au cas d'espèce.”⁽⁵³⁶⁾; in particolare, “*De l'avis de la Cour, l'adoption de l'article 1 de la loi de finances pour 2006 a fait peser une « charge anormale et exorbitante » sur les requérants et l'atteinte portée à leurs biens a revêtu un caractère disproportionné, rompant le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et la sauvegarde des droits fondamentaux des individus (voir, mutatis mutandis, Lecarpentier et autre, précité, §§ 48 à 53)”⁽⁵³⁷⁾; talché “*il y a eu violation de l'article 1 du Protocole no 1*”⁽⁵³⁸⁾.**

E così è nel caso *Ventorino*⁽⁵³⁹⁾, in cui l'aspettativa è volta ad ottenere l'esecuzione di un decreto ingiuntivo definitivo da parte del ricorrente, che si trova

⁽⁵³⁴⁾ Corte dei Diritti, 7 giugno 2011, *Agrati et al. c. Italia*.

⁽⁵³⁵⁾ Cfr., Corte dei diritti, *ult. cit.*, Par. 73.

⁽⁵³⁶⁾ Cfr., Corte dei diritti, *ult. cit.*, Par. 74.

⁽⁵³⁷⁾ Cfr., Corte dei diritti, *ult. cit.*, Par. 84.

⁽⁵³⁸⁾ Cfr., Corte dei diritti, *ult. cit.*, Par. 85.

⁽⁵³⁹⁾ Corte dei Diritti, 17 maggio 2011, *Ventorino c. Italia*.

nell'impossibilità di ottenerlo da più di cinque anni, nonostante i numerosi tentativi esperiti.

Similmente, nel caso *Jafarli*⁽⁵⁴⁰⁾, si considera violata la legittima aspettativa ad ottenere l'esecuzione di una sentenza definitiva senza subire un eccessivo ritardo. In particolare, “*The judgment of 9 July 2002 of Local Economic Court no. 1 became enforceable and final one month after its delivery. The impossibility of obtaining execution of this judgment for such a long period of time constituted an interference with the applicants’ right to peaceful enjoyment of their possessions, as set out in the first sentence of the first paragraph of Article 1 of Protocol No. 1 (see Burdov, cited above, § 40, and Jasiūnienė, cited above, § 45). The Government have not advanced any acceptable justification for this interference*”⁽⁵⁴¹⁾.

Nella stessa ottica, nel caso *Vrbica*⁽⁵⁴²⁾, l'aspettativa tutelata è di ottenere l'esecuzione di una sentenza emessa da una corte estera, già riconosciuta dalla Corte nazionale.

Nei casi *OAQ*⁽⁵⁴³⁾, *Shchokin*⁽⁵⁴⁴⁾, *Business Support Centre*⁽⁵⁴⁵⁾, *Patrikova*⁽⁵⁴⁶⁾, *Joubert*⁽⁵⁴⁷⁾, *Bulves*⁽⁵⁴⁸⁾, l'aspettativa tutelata è invece a non subire un'imposizione fiscale arbitraria e sproporzionata, o a poter esercitare legittimamente il diritto a detrarre il contributo IVA.

In particolare, anche con riferimento a questa tipologia di aspettative “*The Court reiterates its established case-law whereby an applicant can allege a violation of Article 1 of Protocol No. 1 only in so far as the impugned decisions related to his “possessions” within the meaning of that provision. “Possessions” can be either “existing possessions” or assets, including claims, in respect of which the applicant can argue that he or she has at least a “legitimate expectation” of obtaining effective enjoyment of a property right. By way of contrast, the hope of recognition of a property right which it has been impossible to exercise effectively cannot be considered a “possession” within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1, nor can a conditional claim which lapses as a result of the non-fulfilment of the condition*”⁽⁵⁴⁹⁾.

Tra le aspettative che sono considerate dalla Corte dei diritti sufficientemente qualificate da poter rientrare nella nozione di “bene” di cui all'art. 1, Primo Protocollo, vi rientra, nel caso *Stebnitskiy*⁽⁵⁵⁰⁾, anche quella di

⁽⁵⁴⁰⁾ Corte dei Diritti, 29 luglio 2010, *Jafarli et al. c. Azerbaijan*.

⁽⁵⁴¹⁾ Cfr., Corte dei diritti, *ult. cit.*, Par. 57.

⁽⁵⁴²⁾ Corte dei Diritti, 1 aprile 2010, *Vrbica c. Croatia*.

⁽⁵⁴³⁾ Corte dei Diritti, 20 settembre 2011, *OAQ Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russia*.

⁽⁵⁴⁴⁾ Corte dei Diritti, 14 ottobre 2010, *Shchokin c. Ucraina*.

⁽⁵⁴⁵⁾ Corte dei Diritti, 18 marzo 2010, *Business Support Centre c. Bulgaria*.

⁽⁵⁴⁶⁾ Corte dei Diritti, 4 marzo 2010, *Patrikova c. Bulgaria*.

⁽⁵⁴⁷⁾ Corte dei Diritti, 23 luglio 2009, *Joubert c. Francia*.

⁽⁵⁴⁸⁾ Corte dei Diritti, 22 gennaio 2009, *Bulves Ad c. Bulgaria*.

⁽⁵⁴⁹⁾ Cfr., Corte dei diritti, *ult. cit.*, Par. 53.

⁽⁵⁵⁰⁾ Corte dei Diritti, 3 febbraio 2011, *Stebnitskiy e Komfort c. Ucraina*.

una società a non vedere compresso in modo sproporzionato il diritto di proprietà sui propri beni in vista dell'applicazione di un procedimento di insolvenza instaurato dall'Amministrazione finanziaria.

E ancora, nel caso *Klaus*⁽⁵⁵¹⁾, è tutelata l'aspettativa a ottenere il risarcimento per danno morale sulla base di leggi statali che lo Stato, per colpevole ritardo, non ha ancora implementato; e nei casi *Gaglione*⁽⁵⁵²⁾ e *Simaldone*⁽⁵⁵³⁾, l'aspettativa a vedersi riconosciuto in un tempo ragionevole il pagamento effettivo dei risarcimenti “Pinto”.

Infine, nel caso *Lelas*⁽⁵⁵⁴⁾, il richiedente, membro delle forze armate croate, a seguito dello svolgimento di lavori di sminamento, adduce di aver maturato il diritto a degli assegni quotidiani speciali in virtù del lavoro prestato. Il richiedente espone che il suo nome figurava nelle liste degli aventi diritto, che quelle liste erano firmate dall'ufficiale in comando, e che erano infine state presentate per il pagamento al Dipartimento Regionale del Ministero delle Finanze. Il Governo croato sostiene invece che quelle liste avrebbero dovuto essere approvate dal Dipartimento Centrale del Ministero della Finanze, cosa che non avvenne, e che non si è quindi determinato il venire in essere del diritto.

Ora, secondo la Corte, poiché le dichiarazioni fatte da ufficiali dello Stato lasciano legittimamente presumere ad un individuo in buona fede che esse siano meritevoli di affidamento, si può legittimamente addurre che:

“It would therefore appear that all the conditions for acquiring the right to special daily allowances for demining work set forth in the Decision of the Minister of Defence of 18 September 1995 [ndr, la decisione che aveva stabilito i lavori di sminamento] were met in the applicant's case”⁽⁵⁵⁵⁾.

E dunque:

“The Court thus considers that the applicant's claims had a sufficient basis in national law to qualify as “assets” protected by Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention (see, for example, Cazacu v. Moldova, no. 40117/02, § 43, 23 October 2007)”⁽⁵⁵⁶⁾.

Come è evidente, il principio di diritto sottostante alla decisione della Corte è innanzitutto che:

“an applicant may allege a violation of Article 1 of Protocol No. 1 only in so far as the impugned decisions relate to his or her “possessions” within the meaning of that provision”⁽⁵⁵⁷⁾.

Pur tuttavia, ecco la tutela della legittima aspettativa:

⁽⁵⁵¹⁾ Corte dei Diritti, 2 febbraio 2010, *Klaus ed Iouri Kiladze c. Georgia*.

⁽⁵⁵²⁾ Corte dei Diritti, 21 dicembre 2010, *Gaglione et al. c. Italia*.

⁽⁵⁵³⁾ Corte dei Diritti, 31 marzo 2009, *Simaldone c. Italia*.

⁽⁵⁵⁴⁾ Corte dei Diritti, Prima Sezione, 20 maggio 2010, *Lelas c. Croatia*.

⁽⁵⁵⁵⁾ *Ult.cit.*, Par. 57.

⁽⁵⁵⁶⁾ *Ib.*

⁽⁵⁵⁷⁾ *Ult.cit.*, Par. 56.

““Possessions” can be “existing possessions” or claims that are sufficiently established to be regarded as “assets”. Where, as in the present case, a proprietary interest is in the nature of a claim, it may be regarded as an “asset” only if there is a sufficient basis for that interest in national law (for example, where there is settled case-law of the domestic courts confirming it), that is, when the claim is sufficiently established to be enforceable (see *Kopecký v. Slovakia* [GC], no. 44912/98, §§ 49 and 52, ECHR 2004-IX, and *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, 9 December 1994, § 59, Series A no. 301-B)”⁽⁵⁵⁸⁾⁽⁵⁵⁹⁾.

Da ultimo, e sempre nell’ambito delle aspettative, vanno poi considerate le situazioni in cui è la mancata adozione, per lungo tempo, da parte dell’autorità pubblica, di provvedimenti che avrebbero dovuto sanare uno stato di fatto *contra legem*, ad ingenerare una legittima aspettativa al mantenimento del vantaggio conseguito.

E così, nel caso *Beyeler*⁽⁵⁶⁰⁾, la Corte di Strasburgo tutela l’interesse patrimoniale dell’acquirente alla conservazione di un quadro di Van Gogh acquistato in violazione della legge italiana in materia di protezione del patrimonio culturale e artistico, in considerazione del fatto che l’amministrazione non aveva per molti anni esercitato il diritto di prelazione previsto dalla normativa citata, ingenerando il mancato esercizio di tale diritto una legittima aspettativa alla conservazione del bene.

Similmente, nel caso *Oneryildiz*⁽⁵⁶¹⁾, il ricorrente, cittadino turco, chiede alla Corte di accertare il proprio diritto ad essere risarcito della perdita della propria casa, costruita abusivamente nei pressi di una discarica, ma per lungo tempo “accettata” dallo Stato. La Corte ammette che l’utilità derivante dal diritto

⁽⁵⁵⁸⁾ *Ib.*

⁽⁵⁵⁹⁾ In particolare, secondo la Corte “*an individual acting in good faith is, in principle, entitled to rely on statements made by state or public officials who appear to have the requisite authority to do so, and that internal rules and procedures were complied with, unless it clearly follows from publicly accessible documents (including primary or subordinate legislation), or an individual was otherwise aware, or should have been aware, that a certain official lacked the authority to legally bind the State. It should not be incumbent on an individual to ensure that the state authorities are adhering to their own internal rules and procedures inaccessible to the public and which are primarily designed to ensure accountability and efficiency within a state authority. A State whose authorities failed to observe their own internal rules and procedures should not be allowed to profit from their wrongdoing and escape their obligations. In other words, the risk of any mistake made by state authorities must be borne by the State and the errors must not be remedied at the expense of the individual concerned, especially where no other conflicting private interest is at stake (see *Trgo v. Croatia*, no. 35298/04, § 67, 11 June 2009; *Gashi v. Croatia*, no. 32457/05, § 40, 13 December 2007; and *Radchikov v. Russia*, no. 65582/01, § 50, 24 May 2007)”*

⁽⁵⁶⁰⁾ Corte dei Diritti, 5 gennaio 2000, *Beyeler c. Italia*, in MOSCARINI, *Proprietà privata...*, cit., 237.

⁽⁵⁶¹⁾ Corte dei Diritti, 18 giugno 2002, *Oneryildiz c. Turquie*.

all'abitazione costituisce un interesse economico sostanziale tutelato ai sensi dell'art. 1 del Protocollo⁽⁵⁶²⁾.

La tutela delle accennate *situazioni di fatto* finisce dunque con il “creare” beni che non sono fondati su una *aspettativa giuridicamente fondata* ma piuttosto sull'*acquiescenza*, vale a dire sull'aspettativa che si è creata dall'aver sopportato a lungo una situazione non giuridicamente permessa e sul conseguente pregiudizio, considerato dalla Corte a quel punto eccessivo, oramai irragionevole e dopo il lungo tempo trascorso non più giustificabile, che si creerebbe nel patrimonio del singolo.

3. Il diritto di proprietà nell'ordinamento comunitario

Nella prospettiva del diritto comunitario, il diritto di proprietà è strettamente correlato alla libertà di iniziativa economica, ed entrambi i diritti sono strumento di promozione dell'economia di mercato e della piena concorrenza tra tutti gli operatori economici.

Come si è accennato, il loro carattere di diritti fondamentali è stato dapprima sancito dalla Corte di Giustizia, a partire dalle note sentenze *Nold* (1974) e *Hauer* (1979); poi ribadito dall'art. 6 del Trattato di Maastricht, secondo cui “*L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Cedu, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario*”⁽⁵⁶³⁾; infine, proclamato ancora più chiaramente nella nuova formulazione dell'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea, secondo cui “[3.] *I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*”⁽⁵⁶⁴⁾.

⁽⁵⁶²⁾ O ancora, anche se in un'ottica diversa, nel caso *Lefter* (Corte dei Diritti, 6 aprile 2010, *Lefter Nita c. Romania*), è tutelato ai sensi dell'art. 1, Primo Protocollo, il pagamento di un credito effettuato a un privato da parte dello Stato, in forza di una sentenza, anche se tale sentenza è stata successivamente annullata.

⁽⁵⁶³⁾ Art. 6 del Trattato di Maastricht: “*L'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri, i cui sistemi di governo si fondano sui principi democratici. L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni ai Paesi membri, in quanto principi generali del diritto comunitario*”.

⁽⁵⁶⁴⁾ Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il 1° dicembre 2009, il nuovo art. 6 del Trattato sull'Unione Europea (Versione Consolidata), recita: “*1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo*

La rilevanza “costituzionale” della proprietà è stata poi, da ultimo, ribadita dall’art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, già Carta di Nizza, a cui, come si è già accennato, a partire dal 1° dicembre 2009, dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, è stato riconosciuto lo stesso valore giuridico dei Trattati.

L’impatto del diritto comunitario è evidente già dal confronto tra la normativa costituzionale nazionale e quella dei Trattati. Come è stato sottolineato in dottrina, la rilevanza comunitaria dei diritti economici (proprietà, iniziativa economica privata) conduce ad una diversa lettura di molte Costituzioni nazionali, tra cui quella italiana⁽⁵⁶⁵⁾.

In questo senso, è stato osservato, per effetto della normativa comunitaria, i diritti economici diventano diritti fondamentali della persona (ai sensi dell’art. 2 Cost.), da coordinare con gli altri diritti fondamentali; tra questi anche con gli interessi “sociali”, come la tutela dei consumatori e dell’ambiente⁽⁵⁶⁶⁾.

È poi fortemente ridimensionata l’impostazione dirigista della Costituzione⁽⁵⁶⁷⁾, che è espressa dall’ipotesi di una “programmazione” dei diritti economici, come prospettato dall’art. 41, comma 3, Cost.⁽⁵⁶⁸⁾, che in effetti potrebbe presentare problemi di compatibilità con la diversa impostazione del diritto dell’Unione europea⁽⁵⁶⁹⁾.

Come già si è accennato, l’estensione, nella disciplina della proprietà, del processo di integrazione tra le discipline nazionali, quale tipico effetto dell’intervento normativo delle istituzioni comunitarie, è stato notevolmente rallentato dalla presenza nel Trattato, della disposizione, l’art. 295, che afferma l’intangibilità del regime di proprietà esistente negli Stati membri, la cui conseguenza sarebbe stata “una limitazione programmatica dei poteri normativi da parte delle istituzioni comunitarie”⁽⁵⁷⁰⁾.

in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni. 2 L’Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell’Unione definite nei trattati. 3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali”.

⁽⁵⁶⁵⁾ Cfr., ad es., P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, 1992, 126, secondo cui “non si invita a leggere la Costituzione alla luce della normativa comunitaria, ma a leggere la stessa Costituzione come sistema aperto e sensibile alle disposizioni aventi forza normativa... da essa autorizzate e tendenti a specificarlo e completarlo”

⁽⁵⁶⁶⁾ Cfr. Corte di Giustizia, 8 ottobre 1986, *Keller*, 234/1985, Racc. 1986, p. 2897; Corte di Giustizia, 13 novembre 1990, *Marshall*, 370/1988, Racc. 1990, p. 4071

⁽⁵⁶⁷⁾ Cfr. N. Irti, *L’ordine giuridico del mercato*, Bari, 2003, 21.

⁽⁵⁶⁸⁾ Cfr., a questo proposito, la lettura offerta da P. Ostellino, *Una manovra con deficit liberale se non parte la riforma dello Stato*, Corriere della Sera, 7 dicembre 2011.

⁽⁵⁶⁹⁾ Cfr. R. Manfellotti, *Per una sintesi tra iniziativa economica privata e utilità sociale*, in S. Prisco (a cura di), *Unione europea e limiti sociali del mercato*, Torino, 2002, 45 ss.

⁽⁵⁷⁰⁾ Cfr. MOSCARINI, *Proprietà privata, cit.*, 262.

Nonostante questa preclusione, la Corte di Giustizia si è comunque spesso pronunciata sull'effetto che le norme comunitarie possono determinare, in senso prevalentemente restrittivo, sul diritto di proprietà privata e sulla conseguente necessità di approntare una tutela, specificamente comunitaria, di tale diritto.

La Corte, nella già menzionata sentenza *Stauder*, ha poi avuto modo di precisare che il diritto di proprietà, come i restanti diritti fondamentali, costituisce parte integrante dei principi generali di cui l'ordinamento comunitario si propone l'osservanza, e che la Corte, nell'esercizio di questa funzione di garante, si ispira alle tradizioni costituzionali comuni europee e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali in materia di tutela di diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno cooperato e aderito, tra cui la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

E dunque, pur facendo salvo il principio di intangibilità del regime di proprietà degli Stati membri di cui all'art. 295 del Trattato, il diritto di proprietà rientra tra i principi generali del diritto comunitario⁽⁵⁷¹⁾.

Nel riconoscimento del diritto di proprietà a livello comunitario la matrice non è però esclusivamente convenzionale e il rinvio alla CEDU ed al suo protocollo non può considerarsi esaustivo. In particolare, l'attenzione del giudice comunitario ha spesso avuto ad oggetto i principi comuni alle Costituzioni degli Stati membri (seppure le modalità di tale applicazione si siano spesso prestate ad essere oggetto di critica)⁽⁵⁷²⁾.

Opzione, questa, che consente alla Corte di sottrarsi almeno in parte ai *dicta* di Strasburgo e di accentuare il “taglio creativo” della propria giurisprudenza⁽⁵⁷³⁾.

In questa prospettiva, nella giurisprudenza comunitaria, a differenza che in quella di Strasburgo, è dunque presente un costante richiamo alle limitazioni che anche il diritto di proprietà deve contenere in vista del perseguimento di altri interessi concorrenti. In particolare, si chiarisce ad esempio che i diritti fondamentali non risultano essere prerogative assolute, ma vanno considerati in relazione “*alla funzione da essi svolta nella società*”⁽⁵⁷⁴⁾. Ciò rende possibile operare delle restrizioni al loro esercizio, purché tali restrizioni rispondano a finalità di interesse generale e non si risolvano in “*un intervento inaccettabile e*

⁽⁵⁷¹⁾ A fronte della formulazione dell'art. 295, secondo cui è “*del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri*”, le direttive comunitarie contengono formulazioni del tipo: “*Nel rispetto delle norme generali del trattato gli Stati membri mantengono le loro competenze riguardo... tra l'altro per la determinazione della natura giuridica dei diritti*” (art. 1, Direttiva 94/47/CE, concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisto di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili).

⁽⁵⁷²⁾ Nella sentenza *Hauer*, ad esempio, la Corte si sarebbe ispirata alle tradizioni costituzionali solo di alcuni ordinamenti - nella pronuncia sono richiamati quello italiano, tedesco, e irlandese - al fine di trarre il principio di diritto per la decisione (cfr. Manlio Frigo, *Le limitazioni dei diritti patrimoniali privati nel diritto internazionale*, Milano, 2000, 207).

⁽⁵⁷³⁾ Cfr. Roberto Conti (a cura di), *La proprietà e i diritti reali minori. Beni, limiti, tutela nazionale e sovranazionale*, Milano, 2009, 254.

⁽⁵⁷⁴⁾ Cfr. Sentenza *Hauer*, Punto 23.

sproporzionato rispetto ai fini perseguiti nelle prerogative del proprietario, tale addirittura da ledere la sostanza del diritto di proprietà"⁽⁵⁷⁵⁾.

La normativa comunitaria e la giurisprudenza della Corte di Giustizia hanno dunque svolto e stanno svolgendo, nell'ambito dei processi di integrazione dell'Unione, un importante ruolo di armonizzazione delle discipline dei diversi Paesi, anche in tema di proprietà, sia a livello di regolamentazione dei singoli beni, come è ad esempio per i beni della proprietà intellettuale, sia a livello "costituzionale".

3.1 I nuovi beni nel diritto comunitario

Nell'ordinamento comunitario, la tutela della proprietà, e così il riconoscimento dei nuovi beni, sono filtrati dal principio generale per cui il diritto dei Trattati tutela la promozione dell'economia di mercato, della concorrenza tra tutti gli operatori economici e della libertà degli scambi, che si attua attraverso la piena applicazione del principio della libera circolazione dei beni.

Uno dei capisaldi della libera circolazione dei beni è, come ovvio, il mutuo riconoscimento degli assetti regolatori di ciascun Paese, il cui esito fondamentale è quello di condurre verso una naturale armonizzazione della regolamentazione dei diversi regimi, anche proprietari.

Per questa via, le fonti del diritto comunitario hanno svolto dunque un'opera di armonizzazione delle diverse discipline, e, con specifico riferimento ai nuovi beni e alle nuove proprietà, hanno avuto un rilievo determinante nel riconoscere, come suscettibili di essere oggetto di proprietà, una ampia varietà di *beni immateriali*.

Tanto che nella prospettiva comunitaria l'immaterialità non è più trattata come un connotato eccezionale dei beni. E riprendendo l'impostazione di Gaio di cui si è dato conto nella prima parte della ricerca, si potrebbe dire che "*Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales*" (Gaio, *Inst.*, 2, 12).

Per l'ordinamento dell'Unione Europea, rientrano innanzitutto nella categoria dei beni immateriali i beni legati alla ricerca e allo sviluppo, all'innovazione e all'attività creativa più in generale⁽⁵⁷⁶⁾.

Tali beni, pur presentando elementi di specificità che li distinguono dalle cose corporali (come si è visto, quanto al modo di acquisto dei diritti, alla tipologia delle situazioni giuridiche soggettive, agli strumenti di tutela), sono

⁽⁵⁷⁵⁾ *Ibidem*.

⁽⁵⁷⁶⁾ Secondo il Regolamento (CE) n. 2659/2000 della Commissione, del 29 novembre 2000, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi in materia di ricerca e sviluppo, tali beni sono definiti come "acquisizione di know how relativo a prodotti e processi e la realizzazione di analisi teoriche, di studi sistematici o di sperimentazioni, inclusi la produzione sperimentale, le verifiche tecniche di prodotti o processi, la realizzazione degli impianti necessari e l'ottenimento dei relativi diritti di proprietà immateriale".

considerati oggetto di una vera e propria “proprietà intellettuale”⁽⁵⁷⁷⁾, tanto che, nelle fonti di diritto comunitario, si può leggere che, per “*diritti di proprietà di beni immateriali*”, si devono intendere i “*diritti di proprietà industriale, know-how, diritti d'autore e diritti affini*”⁽⁵⁷⁸⁾.

In particolare, le fonti comunitarie disciplinano, considerandoli a tutti gli effetti beni immateriali, le invenzioni industriali⁽⁵⁷⁹⁾, i modelli di utilità⁽⁵⁸⁰⁾, i ritrovati vegetali⁽⁵⁸¹⁾, le topografie dei prodotti a semiconduttori⁽⁵⁸²⁾, i farmaci e i prodotti fitosanitari⁽⁵⁸³⁾.

Tra le invenzioni previste dal diritto comunitario, anch'esse riconducibili alla proprietà immateriale, e oggetto di trattazione specifica nel capitolo successivo della presente ricerca, è poi particolarmente interessante la definizione di quelle biotecnologiche, che “*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*”⁽⁵⁸⁴⁾; dove, per materiale biologico si intende “*un materiale contenente informazioni genetiche, autoriproducibile o capace di riprodursi in un sistema biologico*”⁽⁵⁸⁵⁾.

Oltre alle invenzioni, la legislazione comunitaria ha dettato regole uniformi, in coerenza con il generale principio secondo cui sono riconosciuti i “*diritti di proprietà di beni immateriali*”, anche in materia di diritto d'autore⁽⁵⁸⁶⁾. In particolare, secondo il nono considerando della Direttiva 2001/29: “*Ogni armonizzazione del diritto d'autore e dei diritti connessi dovrebbe prendere le mosse da un alto livello di protezione, dal momento che tali diritti sono essenziali per la creazione intellettuale. La loro protezione contribuisce alla salvaguardia e allo sviluppo della creatività nell'interesse di autori, interpreti o esecutori, produttori e consumatori, nonché della cultura, dell'industria e del pubblico in*

⁽⁵⁷⁷⁾ Cfr., ad esempio, il terzo considerando della Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, “*sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione*”, in cui è espressamente statuito che: “*L'armonizzazione proposta contribuisce all'applicazione delle quattro libertà del mercato interno e riguarda il rispetto dei principi fondamentali del diritto e segnatamente della proprietà, tra cui la proprietà intellettuale, della libertà d'espressione e dell'interesse generale*”.

⁽⁵⁷⁸⁾ La definizione è contenuta all'art. 1, lett. g), del Regolamento 772/2004, relativo all'applicazione dell'art. 81, par. 3, Trattato CE, a categorie di accordi per il trasferimento di tecnologia.

⁽⁵⁷⁹⁾ Cfr., la Convenzione di Monaco del 5 ottobre 1973 sul brevetto europeo.

⁽⁵⁸⁰⁾ Cfr. il Regolamento n. 6/2002 del Consiglio del 12 dicembre 2001 e dal Regolamento attuativo 2245/2002 della Commissione del 21 ottobre 2002.

⁽⁵⁸¹⁾ Cfr. il Regolamento 2100/1994 del Consiglio del 27 luglio 1994.

⁽⁵⁸²⁾ Cfr. la Direttiva 87/54 del Consiglio del 16 dicembre 1986.

⁽⁵⁸³⁾ Cfr. il Regolamento 1610/96 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 1996.

⁽⁵⁸⁴⁾ Art. 3, par. 1, Direttiva 98/44/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 6 luglio 1998 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche.

⁽⁵⁸⁵⁾ Art. 2, par. 1, lett. a), Direttiva 98/44/CE.

⁽⁵⁸⁶⁾ Cfr. Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

generale. Si è pertanto riconosciuto che la proprietà intellettuale costituisce parte integrante del diritto di proprietà”.

Sempre nell'ambito del diritto comunitario, sono poi regolati il *software* e le banche dati⁽⁵⁸⁷⁾, a proposito del quale non si utilizza esplicitamente la locuzione “diritto di proprietà” ma, pur tuttavia, si fa espresso riferimento al fatto che “*i diritti esclusivi dell'autore devono comprendere il diritto di stabilire le modalità di sfruttamento della sua opera e le persone autorizzate a tal fine, in modo da controllare in particolare che la sua opera non sia accessibile a persone non autorizzate*”, prevedendo così una disciplina in tutto simile, appunto, a quella proprietaria.

E nello stesso senso sono state poi adottate particolari norme a livello comunitario in materia di radiodiffusione via satellite e ritrasmissione via cavo e sui diritti di noleggio e di prestito delle opere dell'ingegno⁽⁵⁸⁸⁾.

Ancora, e sempre a titolo di esempio, le fonti comunitarie prendono in considerazione le conoscenze industriali segrete non brevettate, che sono indicate collettivamente con il termine *know-how*. In particolare, secondo l'art. 2, n. 10 del Regolamento 2659/2000, il *know-how* è definibile come un bene immateriale costituito da “*un patrimonio di conoscenze pratiche non brevettate, derivanti da esperienze e da prove, patrimonio che è segreto, sostanziale ed individuato; in tale contesto per "segreto" si intende che il know-how comprende conoscenze indispensabili per la fabbricazione dei prodotti contrattuali o per l'utilizzazione dei processi contemplati dal contratto; per "individuato" si intende che il know-how deve essere descritto in modo sufficientemente esauriente, tale da consentire di verificare se risponde i criteri di segretezza e di sostanzialità*”, che può essere oggetto dei «diritti di proprietà immateriale» in tale Regolamento previsti.

Per chiudere, altra tipologia di beni disciplinata dal diritto comunitario sono i cosiddetti “strumenti finanziari”, essi, come già si è accennato⁽⁵⁸⁹⁾, appartengono alla categoria dei beni dematerializzati, ma la loro composizione denota analogie significative con la generale categoria dei beni immateriali. Possono infatti essere ricompresi nella categoria: valori mobiliari, strumenti del mercato monetario, quote di un organismo di investimento collettivo, contratti di opzione, di *future*, di *swap*, accordi per scambi futuri di tassi di interesse, altri strumenti finanziari derivati per lo scambio del rischio di credito, ecc. In sede comunitaria il riferimento agli strumenti finanziari è utilizzato per disciplinare in modo uniforme il mercato degli operatori (Direttiva 2004/39), per armonizzare gli obblighi di trasparenza riguardanti le informazioni sugli emittenti (Direttiva 2004/109), e per la formulazione del prospetto da pubblicare per l'offerta pubblica

⁽⁵⁸⁷⁾ Cfr. Direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche di dati.

⁽⁵⁸⁸⁾ Cfr. Direttiva 93/83/CEE del Consiglio del 27 settembre 1993 per il coordinamento di alcune norme in materia di diritto d'autore e diritti connessi applicabili alla radiodiffusione via satellite e alla ritrasmissione via cavo

⁽⁵⁸⁹⁾ Cfr. Parte Prima, Capitolo III, *Peanut*. Gli strumenti finanziari dematerializzati.

o l'ammissione alla negoziazione (Direttiva 2003/71). Essi per il diritto comunitario sono beni a tutti gli effetti. E, in quest'ottica, non sembra ci siano dubbi che anche i crediti e i contratti di cui in parte si compongono gli strumenti finanziari debbano essere considerati "beni". Rispetto all'analisi condotta nella prima parte della ricerca, appare dunque ridimensionata quella netta contrapposizione tra diritti reali e diritti di credito che emerge dalla lettera del codice. O meglio, non sembra inammissibile che alcuni diritti abbiano insieme effetti di tipo assoluto e relativo. Si tratta evidentemente di un ritorno all'ampia nozione di proprietà di origine romanistica da cui è partita la presente ricerca, in cui, seguendo l'impostazione di Gaio, possono rientrare nella nozione di proprietà anche i diritti di credito, quando di essi vi è la necessità di approntare una particolare tutela⁽⁵⁹⁰⁾.

In conclusione, il dato forse più interessante che emerge dall'analisi della normativa comunitaria, e di cui tener conto per le considerazioni che si faranno in seguito, è che le categorie di beni immateriali non appaiono determinate in numero chiuso⁽⁵⁹¹⁾.

3.2 (segue)... e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

Anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, come già in quella della Corte di Strasburgo, la nozione di bene giuridico è slegata dal requisito della corporalità.

In tali pronunce, peraltro contrassegnate, come detto, dalla stretta correlazione esistente nel diritto comunitario tra diritto di proprietà e libertà di iniziativa economica, la Corte fa propria, pur senza dichiararlo espressamente, quella nozione ampia di *Property* che fa rientrare nella garanzia proprietaria tutti i diritti anche di natura personale nascenti dall'esercizio di una attività economica⁽⁵⁹²⁾.

⁽⁵⁹⁰⁾ In questo senso, sulla non più netta contrapposizione tra crediti e diritti reali merita forse ricordare Savigny secondo cui l'obbligazione "ha natura simile alla proprietà, non solamente perché entrambe costituiscono una estensione del dominio della nostra volontà sopra una porzione del mondo esteriore, ma anche per più speciali riguardi: in primo luogo in quanto l'applicazione può estimarsi in una somma di denaro, il che non è altro che un cambiamento dell'obbligazione in proprietà del denaro; in secondo luogo in quanto la maggior parte delle obbligazioni, e le più importanti tra di esse, non hanno altro scopo che di condurre allo acquisto della proprietà o al godimento temporaneo di essa" (Cfr. F. C. Savigny, *Il sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di V. Scialoja, vol. I, Torino, 1886, 342).

⁽⁵⁹¹⁾ Cfr., ad es., l'art. 2, n. 22, del Regolamento 2321/2002, in cui è affermata la rilevanza de "le informazioni, tutelabili o no", stabilendosi il principio per cui anche altri beni immateriali, non nominati, possono diventare oggetto di diritti.

⁽⁵⁹²⁾ Secondo L. Daniele (*La tutela del diritto di proprietà e del diritto al libero esercizio delle attività economiche nell'ordinamento comunitario e nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1998, 62): "Nell'ambito del diritto di proprietà sono stati ritenuti tutelabili non soltanto i diritti di colui che sia titolare di un vero e proprio

Dunque, al pari della Corte di Strasburgo, anche la Corte di Giustizia amplia in modo notevole la nozione di bene, cioè di cosa in senso giuridico, identificando il bene non con lo *strumento* materiale di soddisfazione di un determinato interesse ma, direttamente, con l'*interesse* patrimoniale sussistente in relazione a determinate entità oggettive.

Esemplificativa è la nota sentenza *Wachauf*⁽⁵⁹³⁾ – ove si fa questione della legittimità della domanda di un agricoltore, affittuario di un'azienda, ad ottenere, a norma della legge tedesca, un'indennità corrispondente all'impegno a cessare definitivamente la produzione di latte entro sei mesi – in cui la Corte riconosce che “*una disciplina comunitaria che avesse per effetto di spogliare l'affittuario alla scadenza del contratto di affitto, del frutto del proprio lavoro o degli investimenti effettuati nell'azienda affittata, senza indennizzo, sarebbe in contrasto con le esigenze inerenti alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario*”⁽⁵⁹⁴⁾.

L'effetto, evidentemente, così come si è già visto per i “beni” oggetto della disciplina comunitaria, è di ricomprendere nella tutela proprietaria situazioni giuridiche che prevedono l'attribuzione di un beneficio al titolare di una iniziativa economica e che nei sistemi di *Civil Law* rientrerebbero più nella categoria dei diritti di credito che non nella proprietà o in altri diritti reali.

La tutela offerta dalla Corte di giustizia non è comunque “indiscriminata”. E così, nella causa *Valsabbia*⁽⁵⁹⁵⁾ – in cui un gruppo di imprese del settore siderurgico, denunciando la violazione del diritto di proprietà ai sensi dell'art. 1 del Primo protocollo Cedu come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, contesta la decisione della Commissione 962/77 che impone prezzi minimi nella commercializzazione di alcune tipologie di barre di cemento armato – ad opinione della Corte, “*la tutela garantita al diritto di proprietà non si può estendere alla protezione di interessi di indole commerciale il cui carattere aleatorio è insito nell'essenza stessa dell'attività economica*”⁽⁵⁹⁶⁾.

diritto reale su un bene immobile ma anche quelli di coloro che vantano solo un diritto personale. La Corte di Giustizia non ha nemmeno escluso che nello stesso ambito possa trovare tutela il diritto a percepire una prestazione di sicurezza sociale (indennità di disoccupazione) e quello a non essere assoggettato a imposte o oneri sproporzionati”.

⁽⁵⁹³⁾ Corte di Giustizia, Terza Sezione, 13 luglio 1989, *Wachauf v. Repubblica Federale di Germania*.

⁽⁵⁹⁴⁾ Corte di Giustizia, *ult. cit.*, Par. 19.

⁽⁵⁹⁵⁾ Cfr. Corte di Giustizia, 18 marzo 1980, *Ferriera Valsabbia et al. c. Commissione*.

⁽⁵⁹⁶⁾ Similmente, nel caso *Schraeder* (Corte di Giustizia, 11 luglio 1989), si discute della legittimità di un regolamento comunitario in cui si prevede, per gli eccessi di produzione nel settore cerealicolo, un prelievo di corresponsabilità a carico dei produttori. Anche in questo caso, a giudizio della Corte, “*sia il diritto di proprietà sia il libero esercizio delle attività professionali fanno parte dei principi generali di diritto comunitario(...) Tali principi non costituiscono tuttavia prerogative assolute(...) Di conseguenza, possono essere apportate restrizioni(...) [che] non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti*”.

Ancora, nel caso *Testa ed altri*⁽⁵⁹⁷⁾ – avente ad oggetto la legittimità di un regolamento comunitario che dispone che l'allontanamento dallo Stato di un lavoratore disoccupato, per un periodo più lungo di tre mesi, costituisce titolo per privare il lavoratore del diritto al relativo sussidio – si ammette la riconducibilità al diritto di proprietà privata di situazioni giuridiche soggettive qualificabili quali pretese creditorie, tra cui le rivendicazioni nei confronti dello stato sociale.

Nello specifico, le aspettative del lavoratore non vengono riconosciute dalla Corte. In ogni caso, secondo l'Avvocato generale, i sussidi sono “*tutelati dalla garanzia della proprietà*”, pur “*con i limiti che risultano dalla legislazione in vigore*”.

In particolare, sempre secondo l'Avvocato generale, la misura concreta del diritto alla protezione sociale si può desumere dall'ordinamento costituzionale tedesco i cui principi devono trovare applicazione anche nel diritto comunitario. Il riferimento specifico che viene richiamato è alla sentenza del 28 febbraio 1980 della Corte costituzionale tedesca che ha statuito che diritti ed aspettative a pensione hanno le medesime caratteristiche costitutive della proprietà, tutelata dall'art. 14 della Legge fondamentale tedesca, e che però, trattandosi di situazioni di rilevanza sociale, il legislatore gode di grande libertà nel modulare le singole situazioni: può ad esempio abbreviare le prestazioni, ridurre l'entità di tali diritti o aspettative, modificarle, purché ciò risponda alla finalità del bene comune ed al principio di proporzionalità. Soltanto nella misura così individuata i diritti appena accennati possono legittimamente ricadere nella sfera di operatività dell'art. 14 della Legge fondamentale. Secondo l'Avvocato generale della Corte di Giustizia, questi principi devono valere anche per la tutela della proprietà garantita dal diritto comunitario.

Le conclusioni della Corte sono meno *tranchant* (“*anche supponendo che il diritto alle prestazioni di sicurezza sociale di cui è causa possa essere considerato attinente alla tutela del diritto di proprietà, quale garantita dall'ordinamento giuridico comunitario - questione che non pare necessario risolvere nel caso del presente procedimento*”), ma pur tuttavia non si esclude, anzi, che il diritto alle prestazioni di sicurezza sociale possa essere considerato attinente al diritto di proprietà, con ciò dimostrando un ampio apprezzamento circa i confini del bene giuridico protetto.

Ancora, nelle conclusioni dell'avvocato generale Ján Mazák, presentate il 15 settembre 2011, nella Causa C-427/10, Banca Antoniana Popolare Veneta SpA, incorporante la Banca Nazionale dell'Agricoltura SpA contro Ministero dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate, (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte suprema di cassazione), si discute se la

⁽⁵⁹⁷⁾ Sentenza della Corte di Giustizia del 19 giugno 1980. *Vittorio Testa, Salvino Maggio e Carmine Vitale v. Bundesanstalt Fuer Arbeit*. Cause riunite 41, 121 e 796/79.

normativa che disciplina la procedura di restituzione per un indebito pagamento di IVA non possa tradursi in una violazione del diritto di proprietà⁽⁵⁹⁸⁾.

Secondo l'Avvocato generale, *“il giudice del rinvio deve tener conto anche del diritto di proprietà garantito dall’art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e sancito ugualmente dall’art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, che, secondo una giurisprudenza costante, fa parte dei principi generali del diritto dell’Unione”*⁽⁵⁹⁹⁾.

In base a tale giurisprudenza, *“possono essere apportate restrizioni all’esercizio del diritto di proprietà, a condizione che esse rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale perseguiti dall’Unione europea e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa del diritto così garantito”*⁽⁶⁰⁰⁾.

Pur tuttavia, l'Avvocato generale non manca di far notare che *“il giudice del rinvio deve valutare se il sistema italiano in questione – in particolare i diversi termini di decadenza o di prescrizione da esso previsti, da un lato, per la BAPV e, dall’altro, per i consorzi per quanto riguarda l’esercizio dei loro diritti*

⁽⁵⁹⁸⁾ La controversia pendente dinanzi ai giudici italiani riguarda le somme versate all'erario dalla Banca Nazionale dell'Agricoltura SpA a titolo di imposta sul valore aggiunto («IVA») sui compensi percepiti per l'attività di riscossione dei contributi consortili, svolta per conto di tre consorzi di bonifica dal 1984 al 1994. All'epoca, l'attività di riscossione dei contributi consortili non era considerata tra le «operazioni relative alla riscossione dei tributi, comprese quelle relative ai versamenti di imposte effettuati per conto dei contribuenti» che sono esenti dall'IVA, in virtù dell'art. 10, n. 5, del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, che istituisce e disciplina l'imposta sul valore aggiunto. Successivamente l'amministrazione finanziaria, con la circolare 26 febbraio 1999, n. 52/E, mutava l'originaria interpretazione di detta disposizione del DPR n. 633/72, ritenendo che i contributi consortili avessero natura tributaria e che, conseguentemente, i compensi dovuti dai consorzi fossero da considerarsi esenti da IVA. Secondo le indicazioni fornite dalla Corte suprema di cassazione nella sua ordinanza di rinvio, la suddetta circolare rispondeva al nuovo orientamento giurisprudenziale circa la natura tributaria dei contributi consortili. In seguito al mutamento di interpretazione dell'art. 10, n. 5, del DPR n. 633/72, i consorzi interessati chiedevano alla SIFER SpA, concessionaria della riscossione dei contributi consortili succeduta alla BNA, la restituzione, a titolo d'indebito oggettivo ai sensi dell'art. 2033 del codice civile, di quanto pagato a titolo di IVA sui compensi corrisposti per la riscossione dei contributi. Ai sensi del diritto italiano, una siffatta controversia, ossia la controversia tra il soggetto al quale è stata addebitata l'IVA, da un lato, e il prestatore del servizio che ha prelevato l'IVA, dall'altro, riguardante l'indebito oggettivo, non è considerata di natura tributaria e rientra, quindi, nella competenza del giudice civile ordinario. L'esercizio dell'azione di ripetizione dell'indebito è soggetto alla prescrizione ordinaria decennale, prevista dall'art. 2946 del codice civile. Uno dei consorzi interessati citava la SIFER SpA dinanzi al tribunale civile, il quale accoglieva la richiesta di chiamare in causa la BNA per le somme di sua spettanza. Il tribunale condannava la BNA al pagamento della somma corrispondente all'IVA che era stata fatturata sui compensi corrisposti per la riscossione dei contributi, oltre agli interessi. La BNA ha proposto un ricorso avverso tale decisione.

⁽⁵⁹⁹⁾ Causa C-427/10, *Banca Antoniana Popolare Veneta SpA, incorporante la Banca Nazionale dell'Agricoltura SpA contro Ministero dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate*, Conclusioni dell'avvocato generale Ján Mazák, presentate il 15 settembre 2011, Par. 37.

⁽⁶⁰⁰⁾ *Ibidem*.

derivanti dall'IVA indebitamente fatturata e versata all'erario – non comporti, in conseguenza dell'intervento dell'amministrazione tributaria consistente nella modifica dell'interpretazione, una lesione del diritto di proprietà della BAPV"⁽⁶⁰¹⁾.

Ancora, nel caso *Pfizer Animal Health*⁽⁶⁰²⁾, secondo il ricorrente, il regolamento impugnato, la cui applicazione determina la revoca dell'autorizzazione alla commercializzazione della virginiamicina come additivo nell'alimentazione degli animali, pregiudicherebbe “*il diritto di proprietà, come riconosciuto dall'art. 1 del protocollo addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*”⁽⁶⁰³⁾.

Il ricorrente ammette che “*l'obiettivo di preservare la salute umana è una ragione legittima per limitare tale diritto. Tuttavia, nel caso di specie, la limitazione del suo diritto di proprietà derivante dal regolamento impugnato costituirebbe, rispetto allo scopo perseguito, un'intromissione sproporzionata e intollerabile nelle sue prerogative di proprietaria e pregiudicherebbe così la sostanza stessa del diritto di proprietà*”⁽⁶⁰⁴⁾.

Secondo la Corte, non è in discussione il fatto che la revoca di una autorizzazione possa pregiudicare il diritto di proprietà del titolare, pur tuttavia, in questo caso, la misura adottata nel regolamento “*non presenta un carattere sproporzionato né costituisce una restrizione ingiustificata del diritto al libero esercizio di un'attività professionale e del diritto di proprietà, tenuto conto degli obiettivi d'interesse generale perseguiti dal legislatore comunitario*”⁽⁶⁰⁵⁾.

Sempre sull'ampiezza dei beni tutelati, nel caso *Alliance for Natural Health*⁽⁶⁰⁶⁾, si discute sulla legittimità del divieto di commercializzare e immettere sul mercato comunitario integratori alimentari non conformi alla Direttiva 2002/46. Secondo la Corte, “*il diritto di proprietà degli operatori non è messo in discussione dall'introduzione di una siffatta misura. Infatti, nessun operatore economico può rivendicare un diritto di proprietà su una quota di mercato, anche se da esso detenuta in un momento precedente l'introduzione di una misura relativa al mercato in parola, dato che tale quota di mercato costituisce soltanto una posizione economica temporanea, esposta all'alea di un mutamento di circostanze (...). Né un operatore economico può vantare un diritto quesito o anche solo un legittimo affidamento sulla conservazione di una situazione in atto che può essere modificata da decisioni adottate dalle istituzioni comunitarie nell'ambito del loro potere discrezionale*”⁽⁶⁰⁷⁾.

⁽⁶⁰¹⁾ *Ult. cit.*, Par. 38.

⁽⁶⁰²⁾ Corte di Giustizia T-13/99, 11/09/2002, *Pfizer Animal Health c. Consiglio*.

⁽⁶⁰³⁾ *Ult. cit.*, Par. 454.

⁽⁶⁰⁴⁾ *Ibidem*.

⁽⁶⁰⁵⁾ *Ult. cit.*, Par. 463.

⁽⁶⁰⁶⁾ Corte di Giustizia, cause riunite C-154/04 e C-155/04, sentenza del 12 luglio 2005, *Alliance for Natural Health et al. c. Secretary of State for Health e National Assembly for Wales*

⁽⁶⁰⁷⁾ *Ult. cit.*, Par. 128.

Lo stesso principio di diritto è enunciato nel caso *Fiamm*⁽⁶⁰⁸⁾, in cui si discute della legittimità dell'applicazione di una sovratassa doganale da parte degli Stati Uniti, come misura di ritorsione commerciale, sulle importazioni di taluni prodotti provenienti da diversi Stati membri. Anche in questo caso, la Corte afferma che “*un operatore economico non può rivendicare un diritto di proprietà su una quota di mercato da esso detenuta in un determinato momento, dato che tale quota di mercato costituisce soltanto una posizione economica temporanea, esposta all'alea di un mutamento di circostanze (...)*”⁽⁶⁰⁹⁾.

In questo caso, la Corte ha ulteriormente precisato che “*non si possono estendere la tutela conferita dal diritto di proprietà o dal principio generale che garantisce il libero esercizio dell'attività professionale alla protezione dei semplici interessi o possibilità d'indole commerciale, la cui natura aleatoria è insita nell'essenza stessa dell'attività economica*”, dando dunque ampia prova di intendere che non vi è alcuna preclusione nel considerare oggetto di proprietà anche beni immateriali o comunque non dotati del requisito della corporalità, ma che, in ogni caso, una tale tutela non può estendersi a situazioni che non siano giuridicamente fondate o che non abbiano, alla base, una aspettativa sufficientemente consolidata⁽⁶¹⁰⁾.

Ancora sulla nozione di bene, si potrebbero citare le conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot, presentate il 16 novembre 2011, nella Causa C-72/11, *Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof c. Mohsen Afrasiabi, Behzad Sahabi, Heinz Ulrich Kessel*, in cui si discute della portata delle misure restrittive adottate dall'Unione europea nei confronti della Repubblica islamica dell'Iran e contenute nell'art. 7, nn. 3 e 4, del Regolamento (CE) n. 423/2007. Dette misure si inseriscono nel quadro del congelamento delle attività economiche e finanziarie delle entità che contribuiscono allo sviluppo del programma nucleare e balistico iraniano, in violazione del trattato sulla non-proliferazione delle armi nucleari. Esse vietano a tutti i cittadini dell'Unione e a tutte le persone che si trovano sul suo territorio di mettere a disposizione di dette entità capitali o *risorse economiche*.

Nella fattispecie si discute se un forno di vetrificazione per ceramica a cui peraltro manca un software fondamentale per il funzionamento possa rientrare nella accennata categoria di *risorse economiche* (i.e. nella generale categoria di ciò che può costituire oggetto di proprietà).

Ebbene, l'Avvocato generale Bot, fa riferimento a un documento d'informazione delle Nazioni Unite dell'11 settembre 2009, intitolato «*Gel des avoirs: explication des termes*» (Congelamento delle attività: spiegazione dei

⁽⁶⁰⁸⁾ Corte di Giustizia, Cause riunite C-120/06 e C-121/06, sentenza del 12 luglio 2005, *Fiamm et al. c. Consiglio e Commissione delle Comunità Europee*.

⁽⁶⁰⁹⁾ *Ult. cit.*, Par. 185.

⁽⁶¹⁰⁾ *Ibidem*.

termini)⁽⁶¹¹⁾, in cui il comitato per le sanzioni del Consiglio di sicurezza ha definito la nozione di «risorse economiche» come comprendente tutti i tipi di attivi, mobili o immobili, materiali o immateriali, reali o potenziali, che non sono fondi, ma che potrebbero essere utilizzate per ottenere fondi, beni o servizi, come i terreni, gli edifici, le attrezzature, ivi compresi i computer, il software, gli utensili e le macchine, i mobili, le opere d'arte, le pietre preziose, i gioielli e l'oro, le materie prime, le armi, i diritti di proprietà intellettuale o ancora i domini dei siti Web e tutte le altre attività reali o potenziali.

Se si prescinde dal particolare contesto in cui queste considerazioni sono svolte, quello delle sanzioni economiche, una tale presa di posizione si inserisce nel più generale orientamento della Corte a fare propria una ampia nozione di bene, molto simile, e forse per certi aspetti addirittura più ampia, della stessa nozione di *property* di cui si è dato cenno nella prima parte della presente ricerca.

Anche sul fronte dei diritti della proprietà intellettuale, le conclusioni della Corte di giustizia non sono dissimili.

Nel caso *Painer*⁽⁶¹²⁾, l'*Handelsgericht Wien* sospendeva il procedimento principale e sottoponeva alla Corte, tra l'altro, la seguente questione pregiudiziale: «*Se l'art. 1, n. 1, della direttiva 2001/29, in combinato disposto con l'art. 5, n. 5, della stessa e l'art. 12 della Convenzione di Berna [...], in considerazione, in particolare, dell'art. 1 del protocollo addizionale n. 1 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [firmata a Roma il 4 novembre 1950] e dell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, debba essere interpretato nel senso che le opere fotografiche e/o le fotografie, in particolare i ritratti fotografici, non godono di alcuna tutela o di una tutela "ridotta" del diritto d'autore in quanto, in considerazione della "riproduzione realistica", offrono possibilità di creazione artistica troppo limitate*»⁽⁶¹³⁾.

Secondo la Corte, occorre risolvere la questione dichiarando che «*l'art. 6 della direttiva 93/98 deve essere interpretato nel senso che un ritratto fotografico può essere protetto, in forza di tale disposizione, dal diritto d'autore alla condizione, che spetta al giudice nazionale verificare in ogni caso di specie, che un siffatto ritratto costituisca una creazione intellettuale dell'autore che ne riflette la personalità e si manifesta attraverso le scelte libere e creative di quest'ultimo nella realizzazione di tale ritratto. Una volta accertato che il ritratto fotografico di cui trattasi presenta la qualità di un'opera, la tutela di quest'ultimo non è*

⁽⁶¹¹⁾ Disponibile sul sito Internet delle Nazioni unite al seguente indirizzo: http://www.un.org/french/sc/committees/1267/pdf/assets_freeze.pdf.

⁽⁶¹²⁾ Corte di Giustizia, Terza Sezione, 1° dicembre 2011, C-145/10, *Eva-Maria Painer contro Standard VerlagsGmbH, Axel Springer AG, Süddeutsche Zeitung GmbH, Spiegel-Verlag Rudolf Augstein GmbH & Co KG, Verlag M. DuMont Schauberg Expedition der Kölnischen Zeitung GmbH & Co KG*.

⁽⁶¹³⁾ *Ult. cit.*, Par. 43.

inferiore a quella di cui beneficia ogni altra opera, ivi comprese quelle fotografiche”⁽⁶¹⁴⁾.

Ancora, nel caso *Travelex Global*⁽⁶¹⁵⁾, a proposito dell'utilizzo di un marchio, la Corte specifica che “*si tratta di un diritto di proprietà immateriale, che consiste in un diritto esclusivo a sfruttare tale marchio, opponibile a tutti ma in modo limitato. Le limitazioni inerenti al carattere relativo di tale diritto di proprietà risultano, in primo luogo, dal principio di specialità in forza del quale il diritto conferito si limita ai prodotti o ai servizi designati e, in secondo luogo, dal carattere nazionale della registrazione, in quanto la tutela conferita è limitata al territorio dello Stato in cui il marchio è stato registrato*”⁽⁶¹⁶⁾.

Dopo Lisbona, con l'attribuzione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dello stesso valore giuridico dei trattati, si può ora davvero concludere che, nell'ambito dell'ordinamento comunitario, i principi fatti propri dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sui c.d. “beni dell'informazione e della conoscenza”, trovino ora il massimo di riconoscimento proprio nella formulazione dell'ultimo comma dell'art. 17 della Carta, secondo cui “*la proprietà intellettuale è protetta*”⁽⁶¹⁷⁾.

3.3 L'art. 17 della Carta di Nizza, ora Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

3.3.1. “Architettura” dell'art. 17

⁽⁶¹⁴⁾ *Ult. cit.*, Par. 99.

⁽⁶¹⁵⁾ Corte di Giustizia, T-195/00, del 10/04/2003, *Travelex Global and Financial Services e Interpayment Services c. Commissione*.

⁽⁶¹⁶⁾ *Ult. cit.*, Par. 139.

⁽⁶¹⁷⁾ E dunque, ormai pacificamente, la Corte di Giustizia ha assunto una posizione volta ad attribuire ai titolari di tali diritti un diritto di esclusiva, certamente equiparabile, per l'intensità della tutela espressa, ad una posizione dominicale. In questo senso, si possono citare, a titolo di esempio: Corte di Giustizia, *Realchemie Nederland BV c. Bayer CropScience AG*, C-406/09, GRANDE SEZIONE, 18 ottobre 2011, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale; Corte di Giustizia, *Google France SARL e Google Inc. c. Louis Vuitton Malletier SA et al.*, Cause riunite da C-236/08 a C-238/08, GRANDE SEZIONE, 23 marzo 2010, sul marchio comunitario; Corte di Giustizia, *Die BergSpechte Outdoor Reisen und Alpinschule Edi Koblmüller GmbH c. Günter Guni, trekking.at Reisen GmbH*, C-278/08, PRIMA SEZIONE, 25 marzo 2010, sul marchio comunitario; Corte di Giustizia, *Fundación Gala-Salvador Dalí, Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP) c. Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP) e V.*, C-518/08, TERZA SEZIONE, 15 aprile 2010, sul diritto d'autore; Corte di Giustizia, *Coty Prestige Lancaster Group GmbH c. Simex Trading AG*, C-127/09, QUARTA SEZIONE, 3 giugno 2010, sul marchio comunitario; Corte di Giustizia, *Portakabin Ltd, Portakabin BV c. Primakabin BV*, C-558/08, PRIMA SEZIONE, 8 luglio 2010, sul marchio comunitario; Corte di Giustizia, *Monsanto Technology LLC c. Cefetra BV e altri*, C-428/08, GRANDE SEZIONE, 6 luglio 2010, sulle invenzioni biotecnologiche; Corte di Giustizia, *PAGO International GmbH c. Tirolmilch registrierte Genossenschaft mbH*, C-301/07, PRIMA SEZIONE, 9 ottobre 2009, ancora sul marchio comunitario.

L'art. 17 della Carta di Nizza, ora Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, è, come si è accennato, la norma che completa il quadro delle fonti di diritto comunitario in tema di proprietà (e che, a differenza delle altre carte dei diritti fondamentali, prevede una tutela espressa per la categoria forse più rilevante di *nuovi beni*, vale a dire quelli afferenti la *proprietà intellettuale*).

Per quasi un decennio, la Carta di Nizza è stata un documento “*formalmente privo di valore giuridico*”[Corte Cost. 393/2006], ancorché “*di riconosciuto rilievo interpretativo*”[Corte Cost. 393/2006].

Dal 1° dicembre 2009, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'originaria Carta di Nizza, ritrasfusa, appunto, nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, è elevata, oggi, al rango di fonte comunitaria primaria.

In particolare, in virtù della nuova formulazione del primo comma dell'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea (Versione Consolidata), “*L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo*” e, un tale documento, così recita l'ultima alinea del primo comma, “*ha lo stesso valore giuridico dei trattati*”⁽⁶¹⁸⁾⁽⁶¹⁹⁾.

Collocazione e formulazione dell'art. 17 danno il tenore dell'impostazione adottata dal costituente comunitario in tema di diritto di proprietà.

Quanto alla sua collocazione, la proprietà compare nel Titolo II relativo ai diritti di “*Libertà*”, subito dopo il Titolo I (“*Dignità*”) e prima del Titolo III (“*Eguaglianza*”). I diritti, nello stesso Titolo II, che precedono la proprietà sono: il “*Diritto alla libertà e alla sicurezza*”, il “*Rispetto della vita privata e della vita*

⁽⁶¹⁸⁾ Completa il primo comma del nuovo art. 6 TUE, la previsione secondo cui: “*Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni*”.

⁽⁶¹⁹⁾ Per questa via, come si osserverà qui di seguito, si può dire mutata la stessa architettura del sistema di tutela dei diritti fondamentali in ambito europeo, che, a questo punto, incrocia indissolubilmente norme sia di rango comunitario primario, quali sono quelle della Carta, sia di diritto internazionale pattizio, quali sono quelle della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il cui valore è però oggi “accresciuto”, oltretutto dal più incisivo riferimento operato dal nuovo art. 6 TUE, anche dal richiamo operato in loro favore dalla stessa Carta dei diritti fondamentali che, come noto, nel suo Preambolo, reca la seguente solenne affermazione di principio: “*La presente Carta riafferma, nel rispetto delle competenze e dei compiti dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa, nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo. In tale contesto, la Carta sarà interpretata dai giudici dell'Unione e degli Stati membri tenendo in debito conto le spiegazioni elaborate sotto l'autorità del praesidium della Convenzione che ha redatto la Carta e aggiornate sotto la responsabilità del praesidium della Convenzione europea*”.

familiare”, la “Protezione dei dati di carattere personale”, il “Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia”, la “Libertà di pensiero, di coscienza e di religione”, la “Libertà di espressione e d’informazione”, la “Libertà di riunione e di associazione”, la “Libertà delle arti e delle scienze”, il “Diritto all’istruzione”, la “Libertà professionale e diritto di lavorare”, la “Libertà di impresa”. I diritti che seguono sono il “Diritto di asilo” e la “Protezione in caso di allontanamento, di espulsione e di estradizione”.

La formulazione del diritto, come si evince chiaramente dalla lettera del testo, è prettamente “individualistica”: “Ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne, e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L’uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall’interesse generale. La proprietà intellettuale è protetta”.

Non vi è alcun accenno alla proprietà pubblica, e soprattutto manca qualsiasi riferimento alla funzione sociale⁽⁶²⁰⁾. È infatti opinione comune che il richiamo, contenuto nell’ultima parte del primo comma, ai limiti imposti dall’interesse generale non esclude la rilevanza di interessi extraindividuali ma neppure consente la configurazione di un diritto conformato dalla funzione sociale⁽⁶²¹⁾.

Il concetto di interesse generale è qui ritenuto essere riconducibile alla crescita economica, all’attività imprenditoriale, oppure ai valori di natura economico-sociale quali, ad esempio, “la tutela dell’ambiente, la protezione del consumatore, la sistemazione urbana delle grandi città, la politica della casa”⁽⁶²²⁾. E, soprattutto, nella ricerca di un equilibrio tra sviluppo economico, la cui tutela assume carattere di priorità nell’ordinamento comunitario, e il rispetto dei diritti individuali della persona, “si esclude la funzionalizzazione della proprietà al perseguimento dell’interesse pubblico”⁽⁶²³⁾.

Rispetto alla funzione sociale del nostro articolo 42, la nozione di interesse generale può dunque determinare restrizioni del diritto di proprietà a condizione

⁽⁶²⁰⁾ Nella formulazione del diritto di proprietà contenuto nell’art. 17 della Carta di Nizza si era proposta l’introduzione di due emendamenti, uno dei quali volto ad affermare che le limitazioni del diritto di proprietà siano previste dalla legge “nell’interesse generale e per assicurarne la funzione sociale”. Il mancato recepimento di tale emendamento, con il quale si intendeva attribuire al legislatore il compito di conformare dall’interno il diritto di proprietà, ha posto le premesse per una caduta della rilevanza del concetto di funzione sociale nella risoluzione della dialettica tra interessi proprietari e interessi dei non proprietari (Cfr. A. MOSCARINI, *La proprietà*, cit., 299).

⁽⁶²¹⁾ Secondo alcuni autori, si tratterebbe di una formulazione “proto-liberale” (Cfr. A. LUCARELLI, *Art. 17*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *L’Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, 139 ss.).

⁽⁶²²⁾ MOSCARINI, *Proprietà privata*, cit., 300.

⁽⁶²³⁾ *Ibidem*.

però che l'interesse sia *giustificato*, che la limitazione sia *proporzionale*, e che non sia comunque lesa la sostanza del diritto⁽⁶²⁴⁾.

L'art. 17 contiene infine, al suo secondo comma, la garanzia della proprietà intellettuale, espressamente menzionata nell'ambito del diritto di proprietà, "*in virtù della sua crescente importanza*" socioeconomica⁽⁶²⁵⁾.

Nella categoria della proprietà intellettuale devono intendersi ricompresi, i diritti di proprietà industriale, i diritti d'autore, i brevetti, i marchi, i disegni, i modelli, le denominazioni d'origine controllata, e i "*diritti analoghi*"⁽⁶²⁶⁾.

Per questa via le *nuove proprietà* e i *nuovi beni*, almeno nella parte relativa ai c.d. "beni dell'informazione e della conoscenza", trovano dunque il loro massimo riconoscimento, anche a livello di ordinamento comunitario⁽⁶²⁷⁾.

Tenendo naturalmente ben presente che un tale richiamo non sostituisce i sistemi nazionali di tutela e che la Carta non si applica alle violazioni di diritti fondamentali che non presentano elementi di collegamento con il diritto dell'Unione⁽⁶²⁸⁾.

⁽⁶²⁴⁾ *Ib.*

⁽⁶²⁵⁾ Cfr., in questo senso, le *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali* elaborate dal praesidium della Convenzione (in *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea*, 14.12.2007, C/303/17), e, in particolare, la *Spiegazione relativa all'articolo 17 - Diritto di proprietà*, quinto paragrafo.

⁽⁶²⁶⁾ *Ibidem.*

⁽⁶²⁷⁾ In realtà le legislazioni dei singoli Stati membri mantengono in materia di proprietà intellettuale profili di autonomia e di diversità rispetto al processo di armonizzazione, nonostante la presenza di normative comunitarie, di regolamenti e di direttive, che stabiliscono norme comuni in materia. In particolare, secondo la Corte di giustizia (*Radio Telefis Eirann*) l'armonizzazione delle norme nazionali compete agli Stati membri e invece (*Keurkoop Nancy*) il titolare di un brevetto di uno Stato membro non può opporsi all'importazione o alla messa in commercio di un prodotto posto in commercio in un altro Stato membro appellandosi alle normative sulla protezione della proprietà intellettuale.

⁽⁶²⁸⁾ Gli Stati membri dispongono di un proprio sistema di protezione dei diritti fondamentali che fa capo agli organi giurisdizionali nazionali, e la Carta non li sostituisce. In particolare, l'articolo 51, primo comma, prevede espressamente, per quanto attiene agli Stati membri, che la Carta si applichi esclusivamente quando questi attuano il diritto dell'Unione. E pertanto, la forza giuridica vincolante conferita alla Carta dal trattato di Lisbona non modifica in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei Trattati (Sul punto, cfr., ad esempio, la *Comunicazione della Commissione del 19.10.2010 (COM(2010) 573 final) sulla strategia per l'implementazione di diritti fondamentali da parte dell'Unione europea nel nuovo contesto giuridico creato dal Trattato di Lisbona*). La Carta si applica inoltre all'azione esterna dell'Unione Europea. Conformemente all'articolo 21 del trattato sull'Unione europea (TUE), l'azione dell'Unione sulla scena internazionale si prefigge di promuovere nel resto del mondo democrazia, Stato di diritto, universalità indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità umana, principi di uguaglianza e di solidarietà e rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale. Nell'applicare l'articolo 21 del TUE, l'UE applica la Carta, nonché le pertinenti norme delle Nazioni Unite in materia di diritti umani. La relazione annuale dell'UE sui diritti umani e la democrazia nel mondo descrive separatamente l'azione dell'Unione nei paesi non membri.

3.3.2. Il “massimo standard di tutela” come risultante del rapporto tra Carta dei diritti e Cedu

Si tratta a questo punto di abbandonare per un momento le considerazioni specifiche in tema di proprietà, e di verificare, da una parte, come le norme della Carta e quelle della Convenzione interagiscono e si integrano tra loro, e, in definitiva, quale ne è la risultante dal punto di vista dello *standard* di tutela, e, dall'altra parte (tale aspetto sarà oggetto di trattazione specifica nel seguente conclusivo paragrafo), quale è, all'esito di un tale processo, il grado di *vincolatività* di tale complesso di disposizioni nell'ambito del nostro ordinamento, e dunque quali sono gli effetti in tema di effettiva tutela dei diritti fondamentali in generale e del diritto di proprietà in particolare.

Sulle modalità di integrazione e interazione dei due complessi normativi, molte sono le considerazioni che si sono fatte.

Nel proprio parere 2/94, la Corte di Giustizia aveva incluso “*l'integrazione del complesso delle disposizioni della Convenzione nell'ordinamento giuridico comunitario*” tra i motivi della “*modifica sostanziale*” che il regime comunitario di tutela dei diritti umani avrebbe subito in seguito alla partecipazione della Comunità alla Cedu, facendo intendere che ne sarebbe derivato un sistema di tutele rafforzate al cui vertice vi sarebbe stata la funzione di controllo di ultima istanza esercitata dalla Corte di Strasburgo.

In realtà, almeno secondo una parte della dottrina⁽⁶²⁹⁾, al momento dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e, ancor più, all'atto della successiva formalizzazione dell'accordo di adesione, la Cedu verrebbe ad assumere, nel sistema dell'Unione, una valenza meno certa rispetto alla situazione precedente, almeno dal punto di vista formale.

Il testo dell'art. 6 TUE, come emendato a Lisbona, non prevede più, infatti, l'obbligo per l'Unione di rispettare i diritti fondamentali come garantiti dalla Cedu. Esso dispone, invece, al suo terzo comma, che i diritti e le libertà fondamentali garantiti dalla Cedu “*fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*”. Ma, nel rapporto tra fonti comunitarie, i principi generali che non siano espressi in norme dei trattati sono generalmente considerati avere un rango “intermedio” tra le norme primarie ed il diritto derivato. L'esito sarebbe, dunque, per questa via, di attribuire alla Cedu, anche nell'ambito del diritto comunitario, il rango di norma “interposta”, vale a dire un gradino sotto la normativa dei Trattati (che, come noto e come si esaminerà qui di seguito per quanto di rilievo nella presente ricerca, è stata la soluzione di compromesso

⁽⁶²⁹⁾ Cfr. A. GIANELLI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. un. eur.*, 2009, p. 698 ss.

elaborata dalla Corte costituzionale italiana, con riferimento al nostro ordinamento, nelle note sentenze 348 e 349 del 2007⁽⁶³⁰⁾.

E ancor più questa confusione si accentuerebbe con la prossima adesione dell'Unione alla Cedu. Secondo questa medesima dottrina, infatti, poichè la procedura di adesione prevista dal Trattato di Lisbona conferma la regolamentazione attuale di adesione dell'Unione ai trattati, e poichè la regolamentazione attuale prevede che sul progetto di accordo possa essere richiesto il parere della Corte di giustizia circa la compatibilità con i trattati istitutivi, e che in caso di parere negativo il trattato non possa entrare in vigore se non a seguito di sua modifica o di revisione degli stessi trattati (art. 218, par. 11, TFUE), se ne dovrebbe concludere che il rango della Cedu si dovrebbe situare al medesimo livello della generalità dei trattati fatti propri dall'Unione, il che equivarrebbe a dire, ancora una volta, ad un livello intermedio tra il diritto primario e quello derivato⁽⁶³¹⁾. Si avrebbe allora una dissociazione tra il rango dell'accordo di adesione, che si porrebbe, appunto, ad un livello intermedio, ed il contenuto della CEDU, che rimarrebbe invece a livello primario. Questa discrasia potrebbe divenire rilevante soprattutto nella misura in cui qualche disposizione della CEDU o la giurisprudenza della Corte di Strasburgo non fosse espressamente richiamata dalla Carta, legittimando l'interprete a chiedersi a quale livello situare la norma "non prevista"⁽⁶³²⁾.

Per altri autori⁽⁶³³⁾, sulla base di considerazioni radicalmente opposte, il Trattato di Lisbona è invece suscettibile di determinare una vera e propria "rivoluzione", in particolare proprio rispetto all'interazione, e alle possibili integrazioni, fra le due giurisdizioni interessate (Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo), che si completerebbe con l'adesione dell'Unione alla Cedu prevista dalla nuova formulazione dell'art. 6 c. 2 del Trattato sull'Unione europea così come modificato, appunto, dal Trattato di Lisbona. In particolare, secondo

⁽⁶³⁰⁾ Per la verità, l'ambiguo dato normativo andrebbe poi valutato anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia. E la Corte continua a ribadire che "i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l'osservanza. A tal fine, la Corte si ispira alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito. La CEDU riveste, a questo proposito, un particolare significato" (cfr. Corte giust., 26 giugno 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, causa C-305/05). Allo stesso tempo, la Corte ha caratterizzato come "principio costituzionale" di natura senz'altro primaria l'obbligo di rispetto dei diritti fondamentali da parte degli atti comunitari. L'espressione "principi" appare qui avere assunto, almeno con riguardo ai diritti umani, il significato di norma di rango uguale ai Trattati. L'espressione "principi" si ritrova anche nella Carta dei diritti fondamentali, che attraverso il meccanismo del rinvio è assunta nei Trattati UE. È allora forse possibile ritenere che in tema di diritti umani la formula indichi effettivamente norme di rango primario (cfr. GIANELLI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU*, cit., p. 698).

⁽⁶³¹⁾ Cfr. GIANELLI, *ult. cit.*, 699.

⁽⁶³²⁾ *Ibidem*.

⁽⁶³³⁾ A. BULTRINI, *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, in *Dir. un. eur.*, 2009, p. 700 ss.

questa diversa impostazione, i maggiori cambiamenti che si produrranno avranno ad oggetto i rapporti fra Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo, con rilevanti conseguenze per la tutela, specie giudiziaria, dei diritti fondamentali nell'ambito dell'Unione, per il sistema europeo di tutela inteso complessivamente e, non ultimo, per i giudici interni dei paesi membri dell'Unione.

Tanto premesso, rimane ora da capire come, in concreto, le due carte, quella comunitaria e quella convenzionale, si parlino. E che cosa si dicano, nella prospettiva della presente ricerca, in tema di diritto di proprietà in generale, e di *nuove proprietà e nuovi beni*, in particolare.

Va notato che la Cedu costituisce uno standard di tutela minimo che non impedisce ad una Parte contraente di prevedere una tutela più estesa e che la medesima Cedu espressamente contiene una clausola (art. 53) finalizzata ad impedire che lo standard convenzionale eventualmente più basso di quello previsto dal diritto interno o da un altro trattato possa essere utilizzato per diminuire il livello di tutela derivante da questi ultimi. Il combinato disposto di questi due principi costituisce una delle pietre angolari del sistema convenzionale e una delle più importanti chiavi di lettura dei rapporti tra Cedu e ordinamenti interni⁽⁶³⁴⁾. Accade in effetti che si possa equivocare il rapporto fra i diritti fondamentali garantiti da strumenti di natura costituzionale interni e quelli garantiti dal sistema convenzionale. La fattispecie in cui lo strumento costituzionale interno preveda uno standard di tutela più elevato di quello convenzionale non crea alcun conflitto fra il primo e il secondo: l'art. 53 Cedu citato risolve il potenziale conflitto a favore della norma più favorevole fra le due. Lo scopo, in pratica, è quello di assicurare sempre la prevalenza della forma di tutela più elevata concretamente disponibile in quel dato momento storico, sia che essa derivi dal sistema convenzionale sia che essa derivi direttamente da uno degli ordinamenti aderenti⁽⁶³⁵⁾.

Ebbene, tali fondamentali principi sono chiamati ad operare anche nei rapporti fra Carta e Cedu. Il fatto che la Carta rappresenti uno strumento di tutela per molti versi più avanzato della Cedu (ma per la verità lo stesso potrebbe dirsi anche per non poche fra le Costituzioni degli Stati parti alla Cedu) non crea di per sé alcun rischio di abbassamento di tutela all'interno dell'Unione: in virtù dell'art. 53 Cedu sia l'Unione che gli Stati membri sarebbero tenuti ad assicurare la prevalenza della Carta qualora questa prevedesse uno standard di tutela più elevato rispetto a quello convenzionale⁽⁶³⁶⁾.

Ma a ciò è da aggiungere che “[l]addove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione” (art. 52, terzo

⁽⁶³⁴⁾ BULTRINI, *ult. cit.*, 708.

⁽⁶³⁵⁾ *Ibidem*.

⁽⁶³⁶⁾ *Ib.*

comma) e che comunque non è precluso che “*il diritto dell’Unione conceda una protezione più estesa*” (art. 52, terzo comma).

In altre parole, la Cedu è standard minimo rispetto alla Carta, non preclusivo della tutela eventualmente più elevata accordata dalla Carta (art. 52, terzo comma, Carta, e art. 53 Cedu), e la Carta è a sua volta standard minimo non preclusivo della tutela eventualmente più elevata accordata da un qualsivoglia altro strumento, internazionale o costituzionale (di qualsiasi Stato membro) che sia (art. 53 Carta).

Tornando ora alle implicazioni in tema di diritto di proprietà e, in particolare di *nuove proprietà* e *nuovi beni*, si può notare il seguente.

Innanzitutto, in linea generale, le “*Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*” - con specifico riferimento all'art. 52, relativo, appunto, alla “*Portata e interpretazione dei diritti e dei principi*” - precisano, da una parte, che “*l'articolo 17 [Diritto di Proprietà] corrisponde all'articolo 1 del protocollo addizionale alla Cedu*”⁽⁶³⁷⁾, e, dall'altra parte, che “*il significato e la portata dei diritti garantiti sono determinati (...) anche dalla giurisprudenza della Corte europea di diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione Europea*”⁽⁶³⁸⁾.

Nello specifico, poi, la *Spiegazione relativa all'articolo 17 - Diritto di proprietà*, dopo aver ribadito che “*Questo articolo corrisponde all'articolo 1 del protocollo addizionale alla CEDU*”⁽⁶³⁹⁾, così recita:

“*La protezione della proprietà intellettuale, che costituisce uno degli aspetti del diritto di proprietà, è esplicitamente menzionata al paragrafo 2, in virtù della sua crescente importanza e del diritto comunitario derivato. Oltre alla proprietà letteraria e artistica la proprietà intellettuale copre, tra l'altro, il diritto dei brevetti e dei marchi e i diritti analoghi. Le garanzie previste nel paragrafo 1 si applicano opportunamente alla proprietà intellettuale*”⁽⁶⁴⁰⁾.

Le conclusioni che si possono trarre, avendo a riferimento tutto quanto si è appena accennato, sono almeno le seguenti.

Uno: per la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, la proprietà intellettuale “*costituisce uno degli aspetti del diritto di proprietà*”.

Due: una tale scelta di protezione della proprietà intellettuale è compiuta “*in virtù della sua crescente importanza e del diritto comunitario derivato*”; dove “*crescente importanza*” significa che la proprietà intellettuale è ormai tra le più importanti nuove forme di ricchezza e non è pensabile regolamentarla prescindendo dalle regole sulla proprietà e dove “*diritto comunitario derivato*” indica invece che, per il diritto comunitario, già rientrano in tale categoria, e godono di tutela proprietaria, tutti i beni immateriali, dematerializzati, e le altre utilità non corporali di rilievo patrimoniale di cui si è dato conto.

⁽⁶³⁷⁾ *Spiegazione relativa all'articolo 52 - Portata e interpretazione dei diritti e dei principi*, n. 1

⁽⁶³⁸⁾ *Spiegazione relativa all'articolo 52 - Portata e interpretazione dei diritti e dei principi*, quarto paragrafo.

⁽⁶³⁹⁾ *Spiegazione relativa all'articolo 17 - Diritto di proprietà*, primo paragrafo.

⁽⁶⁴⁰⁾ *Spiegazione relativa all'articolo 17 - Diritto di proprietà*, quinto paragrafo.

Tre: è dunque evidente che, diversamente da quanto risulta dal “sistema del codice civile” (e dalle considerazioni maggioritarie della dottrina civilistica e costituzionalistica italiana), tali utilità sono per il sistema comunitario veri e propri *beni immateriali*, con le evidenti conseguenze in termini di tutele che da ciò derivano.

Quattro: che a livello comunitario esista una “autonoma” categoria dei beni immateriali sarebbe confermato dal fatto che il secondo paragrafo dell'art. 17 della Carta copre non solo “*proprietà letteraria e artistica (...), brevetti e (...) marchi*” ma anche i c.d. “*diritti analoghi*”, venendosi così “a creare” (ma meglio sarebbe dire “a legittimare”, almeno se si volesse fare riferimento al diritto interno) una vera e propria norma di chiusura, a livello comunitario primario (susceptibile, come si tenterà di argomentare nel prossimo paragrafo, di trasferirsi anche a livello costituzionale interno), che, similmente a quanto avviene nel nostro sistema del codice con l'art. 810 c.c. per i beni corporali, permette di ricomprendere nella tutela proprietaria tutti i beni della proprietà intellettuale, anche quelli non tipizzati (i.e. non disciplinati da una disposizione *ad hoc*), purché abbiano, appunto, caratteristiche omogenee ai beni tipici della proprietà intellettuale (i.e. di tutela di una forma di conoscenza da cui si possano ricavare utilità patrimoniali).

Cinque: anche per la Cedu (art. 1, P-1), così come interpretata dalla Corte di Strasburgo, la proprietà intellettuale rientra nella sfera di tutela del diritto di proprietà (cfr. per tutti, il leading case *Anhauser-Busch*).

Sei: le disposizioni incrociate contenute nelle due Carte in relazione al significato e alla portata dei diritti tutelati fanno sì che, nell'architettura del sistema di protezione dei diritti fondamentali, prevalga sempre la norma che garantisce lo standard di tutela più elevato; in questo caso, il maggiore standard di tutela, almeno stando al tenore letterale delle disposizioni, appare quello offerto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; al secondo paragrafo dell'art. 17 è infatti espressamente statuito che “*La proprietà intellettuale è protetta*”, e nelle *Spiegazioni* relative all'art. 17 è precisato che “*Le garanzie previste nel paragrafo 1 [ndr, in cui si disciplina il diritto di proprietà tout court] si applicano opportunamente alla proprietà intellettuale [ndr, disciplinata invece al secondo paragrafo]*”.

In ogni caso, se si considera che “*il significato e la portata dei diritti garantiti sono determinati (...) anche dalla giurisprudenza della Corte europea di diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione Europea*”, e che la giurisprudenza della Corte dei Diritti ricomprende tra i beni suscettibili di tutela proprietaria una ampia gamma di utilità (che si è visto vanno dalle utilità erogate dallo Stato, quali autorizzazioni, licenze, ecc., alle situazioni di fatto suscettibili di aver fatto maturare legittime aspettative a ricevere una utilità patrimoniale), e che la Corte di giustizia include nelle proprie pronunce una ampia varietà di utilità non corporali, si può forse concludere che, pur nel già visto ambito di

applicazione della Carta, il sistema di tutela dei diritti fondamentali dalla stessa approntato, come integrato dalla Cedu, determina la copertura di una amplissima categoria di beni immateriali, e forse la creazione di una vera e propria categoria generale dei beni immateriali suscettibile di ricomprendere, sulla falsariga della tradizione di *common law*, tutti i diritti che, determinando il crearsi di una relazione di esclusiva, comportano l'uso o il godimento di un bene e tutti i diritti sui beni, anche incorporali, di cui il titolare può disporre.

4. Le nuove proprietà e i nuovi beni: dall'Europa all'interno del nostro ordinamento

4.1 Alcune considerazioni in ordine agli "effetti" nel nostro ordinamento delle norme comunitarie e convenzionali

Arrivati a questo punto è possibile concludere che, per il sistema convenzionale e per l'ordinamento comunitario, le *nuove proprietà* e i *nuovi beni* sono tutt'altro che una suggestione teorica, e si possono invece ritenere "codificati" tanto dalla Carta dei diritti fondamentali quanto dalla Cedu, come interpretate dalla giurisprudenza delle Corti di Lussemburgo e Strasburgo⁽⁶⁴¹⁾.

⁽⁶⁴¹⁾ E ciò a fronte, come si è già accennato, di una giurisprudenza costituzionale che non ha saputo dedicare ai nuovi beni altro che l'insufficiente attenzione rappresentata dalle sentenze 20/1978 e 42/1986. Nella sentenza 20/1978, la Corte, nella declaratoria di illegittimità costituzionale delle disposizioni che vietavano la brevettabilità dei medicinali (nella ricostruzione della Corte si afferma che il divieto origina dalla l. 782/1855 e che il relatore di allora, On.le Luigi Carlo Farini, ritenne di giustificare la limitazione "*sulla opportunità di evitare che ciarlatani, speciali e "segretisti" profittassero dell'attestato di privativa per smerciare prodotti non utili alla salute, e, meno coerentemente, sulla intenzione di rinviare la disciplina della materia ad un "codice sanitario ed igienico" che già si stava approntando*"), si pone il problema della categoria di appartenenza dei beni immateriali, e pur affermando che "*la peculiarità della categoria dei beni immateriali, suscettibili di simultaneo e plurimo godimento (del resto lo stato di res communis omnium è quello definitivo di tutte le invenzioni, siano esse brevettabili o meno) sconsiglia ogni meccanica inserzione negli schemi della proprietà privata o pubblica ex art. 42, primo comma, Cost.*", ammette che "*per taluni aspetti l'assimilazione è possibile: così per l'espropriazione dei diritti di brevetto, prevista dagli artt. 60 e ss. del r.d. n. 1127 del 1939*". L'ammissione ha naturalmente un suo rilievo, ma è certamente insufficiente a fondare considerazioni di valore teorico generale. Nella sentenza 42/1986, la Corte, pur rigettando la questione, afferma, in chiusura della sentenza, prima della motivazione, che: "*L'art. 42 comma secondo e terzo, lungi dal porre in dubbio la legittimità della norma impugnata, ne fornisce giustificazione perché anche la titolarità e il godimento dei beni immateriali vanno armonizzati con l'interesse sociale, la cui sussistenza nel caso di specie non compete a questa Corte verificare*". Le poche sentenze successive in tema di proprietà industriale (ad es., 236/1996 e 175/2005) segnano invece una marcia indietro e testimoniano tutte della esclusiva riconducibilità dei beni immateriali al valore costituzionale della libertà di iniziativa economica, piuttosto che al diritto di proprietà privata. È giusto darne conto, se non altro, come si diceva, a testimonianza di un'attenzione mancata. Gli esiti di questa giurisprudenza sono però scarsamente servibili sia per l'esiguità del loro contenuto teorico sia per la portata contraddittoria che esprimono.

Rimangono ora da “valutare” le concrete *modalità* relative all’ingresso, per via europea e comunitaria, delle *nuove proprietà* e dei *nuovi beni*, nel nostro ordinamento, e le relative conseguenze in termini di *vincolatività* e (diretta) *applicabilità* per gli operatori, a partire dai giudici comuni, “primi chiamati” nella “gestione” di questo sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali.

Come si è premesso, sull’ingresso nel nostro ordinamento delle norme convenzionali e comunitarie in tema di diritti fondamentali, e dunque di proprietà, giocano un ruolo essenziale non solo le sentenze 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale (a cui sono seguite le pronunce 39/2008, 311 e 317/2009 e 187, 196/2010, e, soprattutto, in chiave ricognitiva, 80/2011), ma anche l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, e, in particolare, la radicale modifica dell’art. 6 TUE.

È dunque necessario dare conto di tutti questi sviluppi poiché il loro susseguirsi ha avuto, ma sarebbe più corretto dire, sta avendo, un impatto molto concreto anche sul diverso grado di vincolatività (in senso ampio) all’interno del nostro ordinamento, da una parte, delle norme della Carta di Nizza, ora Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, che dopo Lisbona, acquistano valore precettivo e non possono più considerarsi come mero canone interpretativo, e, dall’altra parte, delle norme della Cedu, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo, la cui portata, almeno come parametro di riferimento nell’interpretazione dei diritti fondamentali, è destinata ad accrescersi a seguito dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, e ancor di più lo sarà con l’adesione dell’Unione Europea alla Cedu.

Ora, per quanto riguarda la generale efficacia delle norme di natura convenzionale, tra cui quelle Cedu, la Corte Costituzionale ha più volte ricordato la “forza giuridica” da riconoscere alle norme internazionali relative ai diritti fondamentali della persona⁽⁶⁴²⁾, osservando che i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall’Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione⁽⁶⁴³⁾, non solo per il valore da attribuire al generale riconoscimento dei diritti inviolabili dell’uomo fatto dall’articolo 2 della Costituzione, sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coesenziali alla dignità della persona⁽⁶⁴⁴⁾, ma anche perché, al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nell’opera di interpretazione a cui sono chiamati in prima istanza i giudici che devono garantire la tutela di tali diritti ⁽⁶⁴⁵⁾⁽⁶⁴⁶⁾.

⁽⁶⁴²⁾ Cfr. Corte cost., 23 novembre 2006, n. 393.

⁽⁶⁴³⁾ Cfr. Corte cost., 11 dicembre 1998, n. 399.

⁽⁶⁴⁴⁾ Cfr. Corte cost., 29 aprile 1999, n. 167.

⁽⁶⁴⁵⁾ Cfr. Corte cost., 22 ottobre 1999, n. 388.

⁽⁶⁴⁶⁾ Cfr. Polacchini, *Cedu e diritto dell’unione europea nei rapporti con l’ordinamento costituzionale interno. parallelismi e asimmetrie alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in www.giurcost.it.

In particolare, poi, come noto, la Consulta, nelle sentenze c.d. gemelle 348 e 349 del 2007, ha affrontato, ma, come si vedrà, non risolto, il nodo del “valore” delle norme della CEDU e della conseguente collocazione delle stesse nel nostro sistema delle fonti⁽⁶⁴⁷⁾.

Precisamente, essa ha affermato che “*il bilanciamento del diritto (...) svolto in passato con riferimento ad altri parametri costituzionali deve essere ora operato tenendo conto della rilevanza degli obblighi internazionali assunti dallo Stato, e cioè dalla regola stabilita dal (...) protocollo addizionale, così come attualmente interpretato dalla Corte europea*”⁽⁶⁴⁸⁾.

La Cedu passa così da criterio interpretativo non vincolante del parametro costituzionale a fonte “costituzionale” vera e propria. Con un “accorgimento”: spetterà alla Consulta, se del caso, verificare se le norme Cedu “*garantiscono una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana*”⁽⁶⁴⁹⁾; infatti, a differenza che per il diritto UE, quello di fonte Cedu, è norma di diritto internazionale pattizio, il cui ingresso nel nostro ordinamento avviene *ex art. 117, primo comma, Cost.*, e va pertanto sottoposto ad

⁽⁶⁴⁷⁾ Con la pronuncia della Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 348, si è deciso che: “È incostituzionale l'art. 5 bis, primo e secondo comma, del d.l. 11 luglio 1992, n. 333, conv. con modif., nella l. 8 agosto 1992, n. 359, nella parte in cui stabilisce un criterio di calcolo dell'in- demnità di esproprio che non è in “ragionevole legame” con il valore di mercato dell'immobile espropriato”. Con la pronuncia della Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 349, si è deciso che: “L'art. 117, primo comma, Cost., condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle regioni al rispetto degli obblighi internazionali, fra i quali rientrano quelli derivanti dalla convenzione europea dei diritti dell'uomo, le cui norme pertanto, così come interpretate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, costituiscono fonte integratrice del parametro di costituzionalità introdotto dall'art. 117, primo comma, Cost., e la loro violazione da parte di una legge statale o regionale comporta che tale legge deve essere dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale, sempre che la norma della convenzione non risulti a sua volta in contrasto con una norma costituzionale”. Pertanto, “È incostituzionale l'art. 5 bis, comma 7 bis, d.l. 11 luglio 1992, n. 333, convertito, con modificazioni, in l. 8 agosto 1992, n. 359, introdotto dall'art. 3, comma 65, l. 23 dicembre 1996, n. 662, nella parte in cui non prevede, per il caso di occupazione acquisitiva, il ristoro integrale del danno subito dal proprietario dell'immobile”. Sui commenti alle due sentenze, cfr., tra i molti, A. BULTRINI, *Le sentenze 348 e 349/2007 della Corte costituzionale: l'inizio di una svolta?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 171 ss.; F. ANGELINI, *L'incidenza della CEDU nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Dir. un. eur.*, 2008, p. 503 ss.; E. BARTOLONI, *Un nuovo orientamento della Corte costituzionale sui rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamento italiano?*, in *Dir. un. eur.*, 2008, p. 521 ss.; R. LUZZATTO, *Il diritto europeo e la Costituzione italiana dopo la riforma dell'art. 117*, in *Dir. un. eur.*, 2008, spec. p. 17 ss.; C. NAPOLI, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la nuova collocazione della CEDU e le conseguenti prospettive di dialogo tra le Corti*, in *Quad. cost.*, 2008, p. 137 ss.; N. PIGNATELLI, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la dilatazione della tecnica della “interposizione” (e del giudizio costituzionale)*, in *Quad. cost.*, 2008, p. 140 ss.; D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte “sub-costituzionale” del diritto*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2008, 133 ss.; S. VALAGUZZA, *Riflessioni sul primato attenuato del diritto CEDU e sui suoi possibili sviluppi: prospettive interpretative per il giudizio amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2008, p. 1375 ss.

⁽⁶⁴⁸⁾ Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349.

⁽⁶⁴⁹⁾ C. cost., *ult. cit.*

uno “scrutinio di costituzionalità [che] non può limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali o dei principi supremi, ma deve estendersi ad ogni profilo di contrasto tra le “norme interposte” e quelle costituzionali”⁽⁶⁵⁰⁾⁽⁶⁵¹⁾.

La conseguenza è che le norme Cedu “rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale” (sent. 348/07), pur tuttavia, esse costituiscono un vero e proprio parametro (interposto) di valutazione della costituzionalità delle leggi.

Potendosi, forse sostenere, al limite, che le norme Cedu sono solo “provvisoriamente” sub-costituzionali, essendo oggetto di una “prova di resistenza” con la Costituzione (con ogni norma della Costituzione), all’esito della quale, se la prova è superata, il loro *status*, per il contenuto che esse esprimono che ha ad oggetto la tutela dei diritti fondamentali, diventerebbe di vera e propria norma costituzionale (*rectius, integrerebbe e aggiornerebbe* la norma costituzionale di riferimento), e le norme di legge ordinaria vi si dovrebbero a quel punto necessariamente conformare.

Operativamente, sulla base di queste considerazioni, la Corte costituzionale ha individuato un compito ben preciso che spetta al giudice comune espletare: laddove sia ravvisabile un possibile contrasto tra norma statale e disposizione internazionale, prima di sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione dell’art. 117, primo comma, Cost., il giudice ha il dovere di verificare se tale contrasto non sia in realtà risolvibile in via interpretativa. È, infatti, obbligo del giudice comune interpretare la normativa interna in linea con il diritto internazionale, cercare l’interpretazione conforme a tale diritto e, solo ove ciò non sia possibile, rivolgersi alla Corte.

⁽⁶⁵⁰⁾ Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348.

⁽⁶⁵¹⁾ In tali sentenze la Corte costituzionale ha affermato molto chiaramente tale differenza di rango: il diritto comunitario, che beneficia di una copertura congiunta sia da parte dell’art. 11 che da parte dell’art. 117, comma 1 Cost., gode di una posizione diversa dalla Cedu, la quale beneficia unicamente della copertura dell’art. 117, comma 1 Cost., in quanto accordo internazionale, e non può ritenersi “comunitarizzata” attraverso l’art. 11 Cost. Ne consegue che le norme comunitarie dotate di efficacia diretta prevalgono sul diritto interno contrario, anteriore come successivo e che il giudice interno ha il dovere-potere di disapplicare, laddove il meccanismo della disapplicazione è escluso nel caso della Cedu. Eventuali conflitti tra norme Cedu e norme italiane non ricomponibili per via interpretativa dovranno essere sollevati mediante incidente di costituzionalità e spetterà allora alla Corte costituzionale di dichiarare se del caso l’incostituzionalità della disposizione interna in conflitto con la Cedu e pertanto con l’art. 117, comma 1 Cost. (v. spec. i punti 6.1, 6.1.2 e 6.2 della sentenza n. 349 del 2007). Per completezza, va puntualizzato che è stata anche sostenuta la tesi dell’ingresso diretto dei parametri convenzionali nell’ordinamento interno, per il tramite dei principi generali del diritto comunitario di cui detti parametri fanno parte da tempo (cfr. S. VALAGUZZA, *Riflessioni sul primato attenuato del diritto CEDU*, cit., 1375 ss), portando ad esempio fra l’altro il fatto che il passaggio al rango dei principi generali del diritto comunitario delle regole convenzionali sia stato rafforzato dal Regolamento del Consiglio del 15 febbraio 2007, n. 168, punto 9 dei considerando, con cui è stata istituita l’*Agenzia europea per i diritti fondamentali*. La tesi non ha però avuto particolare seguito e, in ogni caso, si pone in aperto contrasto con l’orientamento proposto dalla Corte costituzionale, da ultimo peraltro ribadito nella sentenza 80/2011.

La valorizzazione del potere interpretativo dei giudici nella giurisprudenza costituzionale è tale che, nella sentenza n. 239 del 2009, la Corte si spinge fino al punto di ritenere che l'esperienza del tentativo d'interpretazione conforme alla Convenzione europea sia una condizione necessaria per la valida instaurazione del giudizio di legittimità costituzionale, ripetendo lo schema che ormai da anni è utilizzato a proposito del dovere di interpretazione conforme a Costituzione. Per superare il vaglio di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale, quindi, il giudice deve dimostrare che il tenore testuale della norma interna si oppone all'assegnazione a tale legge di un significato compatibile con la norma convenzionale⁽⁶⁵²⁾.

È necessario tenere a mente un tale passaggio perché nella interpretazione delle norme che riguardano i *nuovi beni* e le *nuove proprietà* l'operatività di questa prescrizione si gioca sulla possibilità di utilizzare efficacemente le categorie dell'interpretazione analogica, o comunque estensiva, che, in virtù del principio del *numerus clausus* dei diritti reali, anche la dottrina più autorevole tenderebbe invece a negare⁽⁶⁵³⁾.

Pertanto, come la stessa Corte costituzionale esplicitamente sottolinea⁽⁶⁵⁴⁾, in relazione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il giudice comune non ha soltanto il dovere di interpretare il diritto interno in modo conforme a quello internazionale, ma deve fare ciò tenuto conto della norma convenzionale come interpretata dalla Corte di Strasburgo.

In particolare, la Corte precisa che tali norme vivono nell'interpretazione che viene data loro dalla Corte europea, nel senso che la loro "peculiarità", nell'ambito della categoria delle norme internazionali pattizie che fungono da norme interposte, "consiste nella soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale gli Stati contraenti, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi"⁽⁶⁵⁵⁾.

Su tutti gli organi giurisdizionali nazionali, Corte costituzionale compresa, ciascuno nell'esercizio delle proprie competenze, graverebbe dunque un vincolo interpretativo assoluto e incondizionato alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo per la determinazione dell'esatto contenuto del vincolo internazionale⁽⁶⁵⁶⁾.

⁽⁶⁵²⁾ In realtà, già prima dell'intervento della Consulta, il vincolo dell'interpretazione adeguatrice si era affermato presso i giudici comuni, come confermano, tra le altre, le sentenze della Corte di cassazione a Sezioni Unite da n. 1339 a n. 1341 del 2004, ove si impone ai giudici nazionali di non discostarsi dall'interpretazione che della Convenzione dà il giudice europeo. E', tuttavia, con le accennate sentenze della Corte costituzionale che questo compito è elevato a vero e proprio vincolo per il giudice comune.

⁽⁶⁵³⁾ M. RICOLFI, *Il diritto d'autore*, in *Trattato di Diritto Commerciale*, Padova, 2001, 460 ss.

⁽⁶⁵⁴⁾ Così le sent. n. 348 del 2007, ma similmente anche la sent. n. 349 del 2007.

⁽⁶⁵⁵⁾ C. cost. 39/2008, ma anche, nello stesso senso, 311/2009.

⁽⁶⁵⁶⁾ La rigidità di tale condizionamento ermeneutico rappresenta il risultato di un *iter* le cui tappe fondamentali si rinvergono nelle sentenze 348 e 349 del 2007, 39/2008, 311 e 317/2009 e 187 e 196/2010. Nelle sentenze nn. 348 e 349 emergeva una "funzione interpretativa eminente" da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo che si sostanzia anche nel fatto che "le norme della

Appare dunque chiaro che il testo della Convenzione europea vive attraverso le pronunce della Corte di Strasburgo che lo animano e riempiono di senso e di significato. E, in effetti, se si riporta alla mente la giurisprudenza della Corte Edu sulle *nuove proprietà* e i *nuovi beni*, non si può non convenire che, seppure il testo dell'art. 1 del primo protocollo addizionale non offra alcuno spunto per ricomprendere la categoria delle utilità patrimoniali non corporali nel novero degli oggetti di proprietà, una tale conclusione sia oramai un dato talmente acquisito da potersi dire imprescindibile del significato di quella disposizione della Convenzione.

E ciò trova ulteriore conferma nella giurisprudenza dei giudici comuni: è raro, infatti, che nella motivazione di un provvedimento giurisdizionale un articolo della Convenzione europea non accompagnato dal riferimento all'orientamento della Corte di Strasburgo valga da solo a supportare

CEDU vivono nell'interpretazione che viene data loro dalla Corte europea". La consacrazione del ruolo della giurisprudenza avviene, quindi, per via giurisprudenziale: è una Corte a legittimare un'altra Corte. Al riconoscimento della funzione interpretativa eminente della Corte Edu segue un passaggio in cui si afferma che "[s]i deve (...) escludere che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali", dovendosi "[t]ale controllo [...] sempre ispirar[e] al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, comma 1, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione". Si poteva, quindi, ancora legittimamente dubitare della sussistenza di un monopolio esclusivo, in capo alla Corte europea dei diritti dell'uomo, circa il significato da attribuire alla CEDU, senza possibilità alcuna, da parte dei giudici comuni e specialmente da parte della Corte costituzionale, di integrare quel significato. Qualche tempo dopo i dubbi sul punto si sono però dissolti quasi del tutto. Il Giudice delle leggi, infatti, nella decisione n. 39 del 2008, facendo dire, attraverso la tecnica ben collaudata di citazione manipolativa del precedente, quanto in realtà non si diceva nelle decisioni del 2007, ha sottolineato che tali decisioni avevano precisato che la peculiarità delle norme della CEDU nell'ambito della categoria delle norme interposte risiede "nella soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale gli Stati contraenti, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi". Un vincolo interpretativo, dunque, assoluto e incondizionato alla giurisprudenza della Corte europea in capo ai giudici comuni ed alla Corte costituzionale per quanto riguarda l'inquadramento dell'esatta portata della norma convenzionale. Vincolo che non emergeva, invece, dalle decisioni del 2007 e che viene invece ora confermato dalle decisioni nn. 311 e 317/2009, ove espressamente si dice che alla Corte costituzionale, salvo ovviamente la possibilità che una norma Cedu sia in contrasto con la Costituzione, "è precluso di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve" (Sent. 311/09). Si è dunque passati dal "ragionevole bilanciamento" tra la tutela dei diritti come interpretati dalla Corte di Strasburgo e la tutela degli eventuali confliggenti diritti disciplinati da altre disposizioni della Costituzione, del 2007, al divieto "di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo", se non per espresso contrasto con altre norme della Costituzione, del 2010. La funzione interpretativa della Corte europea diventa dunque ora talmente eminente da escludere qualsiasi intervento da parte di altri giudici, comuni e costituzionali, volto ad una possibile integrazione del significato delle disposizioni della Convenzione oggetto di interpretazione da parte della Corte di Strasburgo. (Anche se per la verità non è dato capire come sia possibile non effettuare una operazione di bilanciamento in un giudizio vertente sulla applicazione di diritti fondamentali, soprattutto nel caso, assai comune, in cui gli interessi concretamente in gioco coinvolgano una pluralità di diritti; e tale è il caso, ad esempio, come si è ampiamente visto, delle *nuove proprietà* e dei *nuovi beni*).

un'interpretazione conforme alla Convenzione della legge interna o la proposizione di una questione di legittimità costituzionale⁽⁶⁵⁷⁾.

Peraltro, la posizione della Corte costituzionale in merito al vincolo ermeneutico gravante sul giudice interno rispetto alla giurisprudenza della Corte Edu risulta confermata anche dalle più recenti sentenze nn. 187 e 196 del 2010, dicui può essere utile richiamare alcuni passaggi.

Nella prima delle due pronunce, avente proprio ad oggetto una delle possibili conformazioni della proprietà ai sensi della Convenzione, la Corte costituzionale, dopo aver richiamato e ripercorso la giurisprudenza della Corte di Strasburgo pertinente alla disposizione che veniva in rilievo nel caso di specie, afferma che: *“Lo scrutinio di legittimità costituzionale andrà dunque condotto alla luce dei segnalati approdi ermeneutici, cui la Corte di Strasburgo è pervenuta nel ricostruire la portata del principio di non discriminazione sancito dall’art. 14 della Convenzione, assunto dall’odierno rimettente a parametro interposto, unitamente all’art. 1 del Primo Protocollo addizionale, che la stessa giurisprudenza europea ha ritenuto raccordato, in tema di prestazioni previdenziali, al principio inanzi indicato (in particolare, sul punto, la citata decisione di ricevibilità nella causa Stec ed altri contro Regno Unito)”*.

Nella sentenza n. 196/2010 la Corte afferma che *“dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull’interpretazione degli articoli 6 e 7 della Cedu, si ricava, pertanto, il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo – afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto”*, vale a dire che proprio dalla giurisprudenza della Corte europea si ricava il principio di diritto applicabile al caso concreto, ovvero l'effettivo contenuto della norma invocata.

Le affermazioni contenute nelle sentenze del 2010 sono indicative di come progressivamente il ruolo della Corte di Strasburgo sia cambiato, non tanto nelle modalità di azione, che si concretizzano nell'accertamento e nella condanna delle violazioni della Convenzione, quanto nel significato sempre maggiore assunto, almeno a detta della Corte costituzionale, dalla sua *attività interpretativa*. Come è noto, non esiste per la Cedu un meccanismo analogo a quello previsto dall’art. 267 TFUE (ex art. 234 TCE), che permetta al giudice di rivolgersi alla Corte qualora abbia un dubbio interpretativo, ma la prassi ha determinato nel tempo un legame altrettanto forte, che permette al giudice comune, evidentemente con uno sforzo interpretativo, di trarre dalla giurisprudenza della Corte (quasi) lo stesso risultato che si potrebbe ottenere per il tramite di un rinvio pregiudiziale. E questa prassi oggi non solo è espressamente riconosciuta dalla Corte costituzionale, ma è dalla stessa configurata come un procedimento obbligato⁽⁶⁵⁸⁾.

⁽⁶⁵⁷⁾ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 4 febbraio 2008, n. 303 e 26 settembre 2008, n. 4660; Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2008, n. 1386, n. 1405, n. 1406 e n. 1407.

⁽⁶⁵⁸⁾ Peraltro, il quadro complessivo che risulta dalle due sentenze del 2010 si avvicina, quindi, a quello che era stato delineato da chi aveva previsto che *“nella misura in cui si afferma negli ordinamenti nazionali il principio di supremazia delle norme internazionali su quelle interne,*

Sul piano sostanziale della tutela dei diritti, e in particolare del diritto di proprietà, si può affermare che, per questa via, è la stessa nozione costituzionale di proprietà ad essere di fatto *integrata e aggiornata* con il concetto di proprietà proprio della Cedu, così come fatto proprio dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Ed è evidente, come si è già avuto modo di accennare, che una tale integrazione è destinata ad andare via via aumentando, anche a seguito dell'inclusione della Carta di Nizza, ora Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea – la cui nozione di proprietà è in gran parte mutuata proprio dalla giurisprudenza Cedu⁽⁶⁵⁹⁾ – all'interno dei trattati istitutivi delle comunità europee.

Se così è, con riferimento alle *nuove proprietà* e ai *nuovi beni*, per i quali la giurisprudenza di Strasburgo ha effettivamente svolto una funzione non solo interpretativa ma creativa del diritto, si potrebbe concludere che si sta sviluppando un filone di tutela i cui effetti nel nostro ordinamento, dove la connotazione fisicista della proprietà è la regola, rischiano a questo punto di essere molto rilevanti. Come si vedrà nel successivo e conclusivo capitolo, molte di quelle che in questa ricerca si sono definite *proprietà nascoste* sono, per il tramite delle norme comunitarie e convenzionali, ora destinate a divenire *proprietà* a tutti gli effetti, con le conseguenze in tema di applicazione delle garanzie minime di istituto che sono immaginabili (ad esempio si potrebbero aprire le porte a forme di tutela di tipo restitutorio o inibitorio a beni che fino ad ora ne erano privi, ovvero si potrebbe dare la possibilità, certamente interessante per imprese ad alto valore tecnologico, di cedere in garanzia a finanziatori professionali utilità che fino ad ora non erano considerate beni e a cui l'applicazione di tali istituti era giocoforza preclusa).

4.2 “Dopo Lisbona”, verso uno statuto europeo del diritto di proprietà

almeno nella forma del pacta sunt servanda, le pronunce della Corte europea finiranno con l'assumere carattere vincolante, sia nel senso di determinare l'invalidità delle norme interne ritenute incompatibili con la Cedu, sia nel senso di orientare in funzione della giurisprudenza della Corte l'interpretazione delle norme nazionali”[73]. E l'affermazione secondo cui, in generale, “*le norme giuridiche vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto, i giudici in primo luogo*” e, in particolare, “*le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea*” (sicché “*tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione*”) sembra portare a compimento e, per così dire, alle sue estreme conseguenze un percorso di acquisizione di consapevolezza del fatto che il diritto, e soprattutto i diritti, sono il frutto dell'interazione (principalmente) di due formanti, ossia le fonti e le corti (cfr. POLACCHINI, *cit.*).

⁽⁶⁵⁹⁾ Va rimarcato che il testo dell'art. 1 del Primo Protocollo costituisce la base di ispirazione dell'art. 17 della Carta di Nizza e anzi, come è stato autorevolmente sostenuto, tale ultimo ne è la norma rispetto al testo (Cfr. A. GAMBARO, *Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e influenza sul diritto interno in tema di diritto di proprietà*, *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2010, 128).

Come si è già accennato, l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, avvenuta il 1° dicembre 2009, ha avuto tra i suoi effetti immediati quello di attribuire alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea il medesimo valore giuridico dei Trattati (nuovo art. 6, primo comma, TUE), così da rendere le sue disposizioni direttamente operanti nel nostro ordinamento con il grado e la forza delle norme comunitarie (e cioè, ai sensi dell'art. 11 della Costituzione).

Il “dopo” Lisbona, almeno sul versante Carta dei diritti fondamentali (e con le precisazioni che si faranno di seguito quanto all'ambito di applicazione), appare dunque sufficientemente chiaro.

Non altrettanto può invece dirsi per la Convenzione.

Il Trattato, modificando anche il secondo e terzo comma dell'art. 6 TUE, ha infatti, da una parte, fissato l'obbligo di adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e, dall'altra parte, (ri-)affermando che le norme Cedu “*fanno parte*” del diritto dell'Unione in quanto principi generali⁽⁶⁶⁰⁾, così lasciando intendere che, in via immediata, le norme Cedu hanno comunque valore di norme di principio, mentre, all'atto dell'adesione, entreranno a tutti gli effetti a far parte dell'ordinamento comunitario.

Se a questo si aggiunge poi che la Carta dei diritti fondamentali, nel suo *Preambolo*, fa propri i diritti derivanti dalla Convenzione come interpretati dalla Corte di Strasburgo e che, comunque, la Convenzione è ancora a tutti gli effetti fonte di diritto internazionale pattizio, ne risulta che non è affatto immediato stabilire, oggi, quale sia il rango delle norme Cedu all'interno del nostro ordinamento, e, in definitiva, se, a seguito della sovrapposizione di tutte queste disposizioni, nessuna delle quali sembra compiutamente dialogare con l'altra, possa ancora considerarsi attuale la soluzione “faticosamente” prospettata dalla

⁽⁶⁶⁰⁾ Sul punto, è molto puntuale il richiamo della Corte costituzionale nella sentenza 80/2011, ad avviso della quale il richiamo alla CEDU contenuto nel paragrafo 3 dell'art. 6 TUE – secondo cui i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione «e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri *fanno parte* del diritto dell'Unione in quanto principi generali» – è una disposizione che *sostanzialmente* riprende lo schema del previgente paragrafo 2 dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea: evocando, con ciò, una forma di protezione preesistente al Trattato di Lisbona. E dunque continuerebbero a rimanere valide le considerazioni già svolte dalla Corte in rapporto alla disciplina anteriore, riguardo all'impossibilità, nelle materie cui non sia applicabile il diritto dell'Unione, di far derivare la riferibilità alla CEDU dell'art. 11 Cost. dalla qualificazione dei diritti fondamentali in essa riconosciuti come «principi generali» del diritto comunitario (oggi, del diritto dell'Unione). Le variazioni apportate al dettato normativo – e, in particolare, la sostituzione della locuzione «*rispetta*» (presente nel vecchio testo dell'art. 6 del Trattato) con l'espressione «*fanno parte*» – non sono, in effetti, tali da intaccare la validità di tale conclusione. Come sottolineato nella citata sentenza n. 349 del 2007, difatti, già la precedente giurisprudenza della Corte di giustizia era costante nel ritenere che i diritti fondamentali, enucleabili dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, *facessero «parte integrante»* dei principi generali del diritto comunitario di cui il giudice comunitario era chiamato a garantire il rispetto (*ex plurimis*, sentenza 26 giugno 2007, C-305/05, Ordini avvocati contro Consiglio, punto 29).

Corte costituzionale nelle sentenze 348 e 349 del 2007, secondo cui tali norme, rispetto alla Costituzione, sarebbero “semplicemente” norme interposte⁽⁶⁶¹⁾.

Una prima controversa risposta a questi interrogativi – di cui è interessante dare conto perché viene dai giudici comuni nella loro qualità di primi interpreti delle norme Cedu, e soprattutto delle norme interne *come interpretabili* alla luce delle norme convenzionali – è ascrivibile a due pronunce, rispettivamente, del T.A.R. Lazio del maggio 2010⁽⁶⁶²⁾ e del Consiglio di Stato del mese di marzo sempre del 2010⁽⁶⁶³⁾.

In particolare, a giudizio del T.A.R. non si può non tenere conto della profonda novità costituita dall’entrata in vigore del Trattato di Lisbona – e in particolare del nuovo art. 6, secondo e terzo comma, TUE – e si dovrà ora considerare che “[l]e norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell’Unione [...] in forza del diritto comunitario [...]”⁽⁶⁶⁴⁾.

Per l’effetto, sempre secondo il T.A.R. citato, “*Si aprono quindi inedite prospettive per la interpretazione conformativa, ovvero per la possibile disapplicazione, da parte d[el] giudice nazionale, delle norme nazionali, statali o regionali, che evidenzino un contrasto con i diritti fondamentali garantiti dalla*

⁽⁶⁶¹⁾ In sintesi, le possibilità di ingresso della Cedu nel nostro ordinamento, dopo Lisbona, sarebbero tre. In una prima ipotesi, l’applicazione in via diretta delle norme Cedu nel nostro sistema di diritto interno si verificherebbe solo una volta avvenuta l’adesione dell’Unione alla Cedu. L’obbligo è, come detto, stabilito dal nuovo art. 6, secondo comma, TUE, secondo cui “*L’Unione aderisce alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*” (fermo restando che “*Tale adesione non modifica le competenze dell’Unione definite nei trattati*”). A quel punto, ma non prima, secondo questa impostazione, la Cedu diventerebbe a tutti gli effetti parte del diritto dell’Unione europea. E gli eventuali conflitti tra norme interne e disposizioni Cedu andrebbero risolti nello stesso modo in cui oggi si risolvono i contrasti con gli atti dell’Unione europea, vale a dire attraverso la disapplicazione della norma interna contrastante. In una seconda opinione, le norme della Cedu, anche dopo l’adesione dell’Unione alla Convenzione, continuerebbero a fungere da norme interposte, in questo caso interposte rispetto alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, cosicché eventuali contrasti, nella prospettiva della possibile disapplicazione della norma interna, sarebbero valutati innanzitutto con riferimento alle norme di tale ultimo documento, che diventerebbe, essa, il punto di riferimento in materia di diritti umani nel campo di applicazione del diritto dell’Unione. Infine, in una terza prospettiva, sarebbe proprio la Carta a fungere da veicolo di ingresso della Cedu nel nostro ordinamento quale fonte di immediata applicabilità, in considerazione della valutazione che il nuovo art. 6, primo comma, TUE, attribuisce alla Carta lo stesso valore giuridico dei trattati, che la Carta potrà, pertanto, godere del rango di cui godono i trattati a livello interno in termini di copertura costituzionale (effetto diretto e disapplicazione) e che, infine, in virtù del principio sancito dall’art. 52, terzo comma, della Carta, secondo cui “*laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla [CEDU], il significato e la portata degli stessi sono eguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione*”, si potrebbe (*rectius*, dovrebbe) riconoscere alla Cedu, almeno per quei diritti, la stessa rilevanza primaria.

⁽⁶⁶²⁾ Sezione II bis, sentenza 18 maggio 2010, n. 11984, poi confutata da TAR Lombardia, 15 settembre 2010, n. 5988 (cfr., per tutti, R. CONTI, *Commento* alla pronuncia del TAR Lazio, in *Urbanistica e appalti*, 12/2010, 1480 ss.).

⁽⁶⁶³⁾ Sezione IV, sentenza 2 marzo 2010, n. 1220.

⁽⁶⁶⁴⁾ TAR Lazio 11984/2010.

[CEDU], *a maggior ragione quando (...) la Corte di Strasburgo si sia già pronunciata sulla questione*”⁽⁶⁶⁵⁾.

E una rilevante conseguenza sarà che “[c]iò [i.e., interpretazione conformativa o disapplicazione, a seconda del caso] *potrà avvenire in via generale per tutti i diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione, e non più, come è finora avvenuto, solo nei casi in cui un diritto fondamentale della Convenzione abbia acquisito una specifica rilevanza nel diritto dell’Unione mediante il recepimento in una norma comunitaria, ovvero mediante il suo impiego, quale principio generale, in una decisione della Corte di Lussemburgo*”⁽⁶⁶⁶⁾.

La conclusione che ne sembra discendere è che la disposizione di cui al nuovo art. 6, terzo comma, TUE, indipendentemente dall’adesione dell’Unione alla Cedu, ha determinato, di fatto, la “comunitarizzazione”, sia pure a livello di principi generali di diritto dell’Unione europea, delle disposizioni della Cedu. In questo modo, le norme della Convenzione assumerebbero una diretta ed immediata efficacia all’interno dell’ordinamento nazionale, e ciò anche senza il limite che il diritto fondamentale sancito dalla Convenzione abbia acquisito una specifica rilevanza nel diritto dell’Unione mediante il recepimento in una norma comunitaria, ovvero mediante il suo impiego, quale principio generale, in una decisione della Corte di Lussemburgo.

Anche il Consiglio di Stato, in una sentenza di poco successiva, sembrava aver aderito a una tale ricostruzione. In un passo delle motivazioni si può infatti leggere che “*in questa fase del giudizio la sezione deve fare applicazione dei principi sulla effettività della tutela giurisdizionale, desumibili dall’art. 24 della Costituzione e dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (divenuti direttamente applicabili nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell’art. 6 del Trattato, disposta dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009)*”⁽⁶⁶⁷⁾.

Il meccanismo operativo, come si può ricavare dalle motivazioni citate, è dunque quello del richiamo in via diretta delle norme Cedu interessate, accanto alle norme costituzionali di riferimento (senza la necessità di operare una verifica, come nel sistema delle sentenze 348 e 349, circa la conformità di tali principi a tutte le altre norme costituzionali), e della diretta applicazione di tali norme nell’ordinamento interno, come interpretate dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Un tale orientamento, certamente affascinante per le prospettive di interpretazione evolutiva dei diritti fondamentali che offrirebbe – soprattutto nel senso di rendere pressoché certa, a quel punto, l’effettività del principio del “massimo standard di tutela”, dando al giudice comune la possibilità di scegliere, cumulativamente o alternativamente, tra Costituzione, Carta dei diritti

⁽⁶⁶⁵⁾ *Ibidem.*

⁽⁶⁶⁶⁾ *Ib.*

⁽⁶⁶⁷⁾ Consiglio di Stato, 22 maggio 2010, n. 1220.

fondamentali dell'Unione e Cedu – è invece molto discutibile sul piano della teoria delle fonti, e, di fatto, è oramai superato dalla nota sentenza della Corte costituzionale 80/2011, secondo cui, dopo Lisbona: *“la tutela dei diritti fondamentali nell’ambito dell’Unione europea deriva (o deriverà) da tre fonti distinte: in primo luogo, dalla Carta dei diritti fondamentali (cosiddetta Carta di Nizza), che l’Unione «riconosce» e che «ha lo stesso valore giuridico dei trattati»; in secondo luogo, dalla CEDU, come conseguenza dell’adesione ad essa dell’Unione; infine, dai «principi generali», che – secondo lo schema del previgente art. 6, paragrafo 2, del Trattato – comprendono i diritti sanciti dalla stessa CEDU e quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”*⁽⁶⁶⁸⁾, ma, come precisato dalla Consulta, continuando la Carta, la Cedu, come richiamata, e i principi generali dell’ordinamento comunitario, ad avere rilievo nell’ordinamento interno unicamente con riferimento alle materie di competenza dell’Unione, e continuando la Cedu, al di fuori del contesto comunitario, ad entrare nel nostro ordinamento con le regole dell’art. 117 Cost., e quindi come norma interposta⁽⁶⁶⁹⁾.

Ora, senza voler prendere posizione rispetto a questo complesso quadro di disciplina dei rapporti tra ordinamento interno, ordinamento comunitario, e sistema Cedu, da una parte, e tra tali ordinamenti in combinato disposto tra loro, dall’altra, e rispetto agli effettivi mutamenti che in questo contesto il Trattato di

⁽⁶⁶⁸⁾ Corte costituzionale, 7 marzo 2011, n. 80, *cons. in dir.* 5.2.

⁽⁶⁶⁹⁾ In particolare, con riferimento alla prima fonte (la Carta): *“L’art. 6, paragrafo 1, primo alinea, del Trattato stabilisce, infatti, che «le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell’Unione definite nei trattati»”* (Corte cost. 80/2011, *cons. in dir.* 5.5). Per l’effetto, *“[c]iò esclude, con ogni evidenza, che la Carta costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell’Unione europea, come, del resto, ha reiteratamente affermato la Corte di giustizia, sia prima (tra le più recenti, ordinanza 17 marzo 2009, C-217/08, Mariano) che dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona (sentenza 5 ottobre 2010, C-400/10 PPU, McB; ordinanza 12 novembre 2010, C-399/10, Krasimir e altri)”* (C. cost. 80/2011, *cit.* 5.5.), e dunque, l’applicabilità in via diretta di tali norme sarà consentita solamente in rapporto a quelle fattispecie in cui è applicabile il diritto comunitario. Quanto alla seconda fonte (la Cedu), ad essa sono applicabili le medesime considerazioni cui si è accennato per la Carta, e dunque *“[r]imane, perciò, tuttora valida la considerazione per cui i principi in questione rilevano unicamente in rapporto alle fattispecie cui il diritto comunitario (oggi, il diritto dell’Unione) è applicabile, e non anche alle fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale”* (C. cost. 80/2011, *cit.* 5.4), continuando negli altri casi, le norme Cedu, ad avere rilievo nel nostro ordinamento secondo quanto disciplinato dalle sentenze 348 e 349. Infine, con riferimento alla terza fonte (i *“principi generali”*), la Corte fa notare che: *“Quanto, poi, al richiamo alla CEDU contenuto nel paragrafo 3 del medesimo art. 6 – secondo cui i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione «e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali» – si tratta di una disposizione che riprende, come già accennato, lo schema del previgente paragrafo 2 dell’art. 6 del Trattato sull’Unione europea: evocando, con ciò, una forma di protezione preesistente al Trattato di Lisbona. Restano, quindi, tuttora valide le considerazioni svolte da questa Corte in rapporto alla disciplina anteriore, riguardo all’impossibilità, nelle materie cui non sia applicabile il diritto dell’Unione (come nel caso sottoposto a questa Corte), di far derivare la riferibilità alla CEDU dell’art. 11 Cost. dalla qualificazione dei diritti fondamentali in essa riconosciuti come «principi generali» del diritto comunitario (oggi, del diritto dell’Unione)”* (C. cost. 80/2011, *cit.* 5.4).

Lisbona ha determinato – prospettiva questa che esulerebbe dal perimetro della ricerca e implicherebbe di porsi su di uno stretto piano di *teoria delle fonti* – è invece interessante notare che l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, almeno su di un piano di *teoria dell’interpretazione*, in cui rileva maggiormente la prospettiva assiologica dei diritti, che non quella astratta-formale dei rapporti interordinamentali⁽⁶⁷⁰⁾, ha in effetti reso (ancora più) evidente che il campo dei diritti fondamentali, e dell’interpretazione di tali diritti, è sfuggente alle barriere tra ordinamenti, e così, ad esempio, la messa a punto dei rapporti tra Cedu e diritto dell’Unione precede e condiziona il modo di essere dei rapporti tra Cedu e diritto interno e, sempre rimanendo sul piano dell’interpretazione, il riparto delle competenze stabilito dai Trattati e ribadito dalla Carta, non appare più così netto, soprattutto tenendo presente che, in un sistema così fatto, è in aumento, ed è destinato ad aumentare il meccanismo dei richiami “circolari” che le giurisprudenze si fanno a vicenda.

E dunque, nella prospettiva che si è appena accennata, anche a voler rimanere prudentemente ancorati alle conclusioni della sentenza della Corte costituzionale 80/2011 (che esclude l’applicabilità in via diretta delle norme convenzionali e ribadisce invece che tali norme vanno considerate alla stregua di parametro interposto e dunque aventi rango “sub-costituzionale”), ciò che risulta è comunque un quadro di stretta connessione, se non a livello astratto-formale di *norme*, certamente tra i *diritti* dei diversi ordinamenti, “tanto nella fase “*ascendente*” (di giustificazione delle argomentazioni portate a sostegno del dispositivo), quanto nella fase “*discendente*” (del precipitato della decisione sul ruolo dei giudici comuni nell’attuazione delle sentenze e del disposto convenzionale)”⁽⁶⁷¹⁾.

Per la precisione, il grado di connessione dei diritti nella fase “*ascendente*” si va consolidando, da una parte, nel senso che per la Corte costituzionale l’esclusione della idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro costituzionale considerato è dalla stessa Corte ormai ritenuta eventualità “*eccezionale*”⁽⁶⁷²⁾, e, dall’altra parte, nel senso che, nello specifico, la Corte, nei giudizi di costituzionalità in cui la norma convenzionale è norma interposta, ha mostrato di esercitare un *self restraint* generalmente molto meno intenso rispetto ai casi in cui, anche su questioni simili, si era trovata a dover decidere in autonomia.

L’integrazione poi si va intensificando nella fase “*discendente*” nel senso che i giudici comuni sono sempre più portati a esercitare il ruolo di “*giudice*

⁽⁶⁷⁰⁾ A. RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)*, in www.giurcost.it nota a sentenza Corte cost. n. 80/2011, 6.

⁽⁶⁷¹⁾ T. GUARNIER, *Un ulteriore passo verso l’integrazione CEDU: il giudice nazionale come giudice comune della Convenzione?*, in www.giurcost.org, nota a commento della sentenza C. cost. 113/2011.

⁽⁶⁷²⁾ Tra le altre, cfr. C. cost. 93/2010 e 80/2011.

comune” della Convenzione europea” a ciò legittimati dalla stessa Corte costituzionale secondo cui, non solo “il giudice nazionale comune deve preventivamente verificare la praticabilità di un’interpretazione della prima conforme alla norma convenzionale, ricorrendo a tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica”⁽⁶⁷³⁾, ma deve verificare che il contrasto sussista e che sia effettivamente insanabile “attraverso una interpretazione plausibile, anche sistematica, della norma interna rispetto alla norma convenzionale, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo”⁽⁶⁷⁴⁾⁽⁶⁷⁵⁾.

A prescindere dunque dalle conseguenze (o non conseguenze rispetto alla Cedu) che l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona reca con sé da un punto di vista di *teoria delle fonti*, ciò che si sta invece verificando è che, *anche* a seguito dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, le fonti europee e comunitarie in materia di diritti fondamentali stanno andando assumendo la natura di canone interpretativo (sempre più) vincolante sia per i giudici comuni chiamati in prima battuta ad uniformare le norme di diritto interno, sia per i giudici costituzionali, e quello che in effetti si va verificando sembrerebbe un processo di *integrazione e aggiornamento* continuo degli stessi precetti costituzionali sui diritti fondamentali⁽⁶⁷⁶⁾.

Tornando ora a volgere lo sguardo alla materia delle *nuove proprietà* e dei *nuovi beni* è forse possibile immaginare che, l’ampia nozione di bene ricavabile dalle norme europee (comunitarie e Cedu) sul diritto di proprietà (come interpretate dalle rispettive corti) di cui abbiamo dato conto, consolidi quella prassi giurisprudenziale che anche all’interno del nostro ordinamento⁽⁶⁷⁷⁾, è portata ad ammettere che si possa in taluni casi derogare alla stretta applicazione del principio del *numerus clausus* dei diritti reali, nel tentativo di ricomporre un sistema, quello della proprietà, che, in definitiva, come è stato ricordato, per continuare ad avere un senso, anche nell’era dell’immateriale, dovrà pur sempre avere la funzione di distinguere e regolare le “cose”[qui in senso ampio, o per lo meno non meno ampio della voce *Cosa* di Zencovich di cui si è dato conto nella presente ricerca] che appartengono a qualcuno, sia esso soggetto pubblico o

⁽⁶⁷³⁾ C. Cost. 93 del 2010, e, nello stesso senso, 113/2011, e 311 e 239/2009.

⁽⁶⁷⁴⁾ C. Cost. 236/2011.

⁽⁶⁷⁵⁾ Tenendo naturalmente ben presente che una simile prospettiva, include anche il rischio “di consentire al giudice comune, nei casi estremi, di scegliere “arbitrariamente” il vettore interpretativo costituzionale ovvero europeo (comunitario o Cedu), operando in un sistema “à la carte””(A. GUZZAROTTI, *Interpretazione conforme alla Cedu e proporzionalità e adeguatezza: il diritto di proprietà*, Relazione al Convegno annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa”, *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, tenutasi a Milano, il 6-7 giugno 2008, in www.forumcostituzionale.it).

⁽⁶⁷⁶⁾ Cfr. A. RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)*, cit., 6 ss.

⁽⁶⁷⁷⁾ U. MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in A. Gambaro, *Trattato dei diritti reali*, Milano, 2010, 81.

privato, individuale o collettivo, dalle “cose” che non possono invece appartenere a nessuno, come l’aria, l’acqua del mare, il sole⁽⁶⁷⁸⁾.

Nelle conclusioni si tenterà, con riferimento ad un caso concreto, di sperimentare la possibile tenuta di un simile esito, di verificare cioè se e in che modo, in presenza di una lacuna normativa del sistema, che attiene alle *nuove proprietà* e ai *nuovi beni* nella nozione che se ne è data nella presente ricerca, il giudice possa provare ad utilizzare l’interpretazione dell’art. 1 Primo protocollo datane dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo per tentare di ricavare la norma mancante o incompleta dell’ordinamento interno.

⁽⁶⁷⁸⁾ GAMBARO, *La proprietà, cit.*, 1990, 5.

CONCLUSIONI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Sull’interpretazione di una modifica legislativa che pone restrizioni alla disciplina dei titoli minerari rilasciati all’interno di aree marine *divenute* protette (una delicata questione *anche* di tutela dei diritti e delle legittime aspettative degli operatori dell’industria estrattiva). – 2.1. La modifica legislativa del 2010. – 2.2. Un accenno alla normativa sugli idrocarburi e alle proposte di modifica del 2012. – 2.3. Il parere del Consiglio di Stato: quando i diritti rimangono fuori dalla porta. – 3. La posizione dell’operatore: tra *diritti di esclusiva (acquisiti)* e *legittime aspettative*. – 4. La concessione amministrativa come “bene”, in una prospettiva di tutela dei diritti fondamentali: dall’interpretazione dell’articolo 42 della Costituzione (ancora orientata al “sistema del Codice”) alla prospettiva della Corte di Strasburgo (tra *beni immateriali* e *beni potenziali*). – 4.1. I limiti dell’attuale interpretazione dell’art. 42 della Costituzione. – 4.2. Le possibili “soluzioni” ricavabili dalla giurisprudenza di Strasburgo. – 5. Un’ipotesi di “ingresso” delle *nuove proprietà* e dei *nuovi beni* nel nostro ordinamento.

1. Premessa

La conclusione di questo lavoro doveva essere, nell’idea originaria, un raffronto di carattere generale, da una parte, tra le *nuove proprietà* e i *nuovi beni*, come regolati all’interno del nostro ordinamento⁽⁶⁷⁹⁾, e, dall’altra, con la nozione

⁽⁶⁷⁹⁾ Cfr. Parte Prima, Capitolo I, in cui si è dato conto delle principali teoriche sulle *nuove proprietà* e i *nuovi beni*; il successivo Capitolo II in cui si sono affrontati i limiti del “sistema del codice”, che ammette al rango di beni solamente le cose corporali; e il conclusivo Capitolo III della Parte Prima, in cui, si è cercato di ricostruire una mappa delle *nuove proprietà* e dei *nuovi beni* che sono tali in senso economico, ma che, dal punto di vista giuridico, non godono, nel nostro ordinamento della tutela proprietaria.

costituzionale di proprietà⁽⁶⁸⁰⁾, come *integrata* dalle corrispondenti disposizioni dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁽⁶⁸¹⁾, nell'interpretazione che di tali disposizioni è stata data dalla Corti di Lussemburgo e Strasburgo.

L'obiettivo del raffronto sarebbe stato di verificare che le utilità che in questa ricerca si sono definite *nuove proprietà* e *nuovi beni* si possono considerare ricomprese in una *aggiornata* nozione costituzionale di proprietà che si sta venendo formando in una prospettiva di tutela multilivello dei diritti fondamentali.

Per arrivare così alla conclusione che anche a tali beni – siano essi *beni immateriali*, *legittime aspettative a contenuto patrimoniale*, o altre *utilità patrimoniali non corporali comunque riconducibili ai beni in senso economico* – si debbano applicare le garanzie essenziali previste dalla Costituzione in tema di proprietà, e dunque, ad esempio, la garanzia di indennizzo in caso di esproprio, il divieto di introdurre limitazioni eccessive ai poteri di godimento e disposizione del proprietario, la garanzia che l'esclusione del diritto sia ammessa solo in caso di conflitto con altri diritti fondamentali, ecc.

Pur tuttavia, la cornice di un sistema normativo imperniato attorno alla nozione “fisicista” di bene di cui all'art. 810 c.c., che impedisce di legittimare in via generale la categoria delle cose non corporali⁽⁶⁸²⁾, unita all'estrema eterogeneità delle *nuove proprietà* e dei *nuovi beni*, rendono in concreto difficile, se non velleitaria, una qualsiasi ricostruzione in termini sistematici, e si rischierebbe di arrivare alla conclusione di imporre, per via di interpretazione, un sistema di regole applicabile alle *nuove proprietà* e ai *nuovi beni* che solo il legislatore può stabilire in via generale.

È parso allora più utile adottare un approccio “minimalista”, che consisterà, sulla base degli esiti della ricerca svolta, nell'esaminare un caso particolare di *nuove proprietà* e *nuovi beni*, concentrando l'attenzione su quegli aspetti della disciplina dove la tensione con le accennate garanzie fondamentali in tema di proprietà appare più evidente, dapprima verificando se tale bene abbia la “forza” sufficiente per rientrare nella sfera di tutela della proprietà secondo la Costituzione, come di fatto *integrata* e *aggiornata* dalle norme comunitarie e convenzionali e dalla giurisprudenza delle Corti di Lussemburgo e Strasburgo, e,

⁽⁶⁸⁰⁾ Cfr. Parte Seconda, Capitolo I, in cui si traccia il perimetro del diritto di proprietà secondo la Costituzione, nell'estensione risultante dall'interpretazione della giurisprudenza e dottrina costituzionali.

⁽⁶⁸¹⁾ Cfr. Parte Seconda, Capitolo II, in cui si analizzano le principali decisioni delle Corti di Lussemburgo e Strasburgo in tema di *nuove proprietà* e *nuovi beni* e la loro portata all'interno del nostro ordinamento.

⁽⁶⁸²⁾ A riprova dell'ostilità del sistema del codice nei confronti dei beni non materiali, si è citato il caso delle energie, per le quali, pur essendo esse riconosciute come beni ai sensi dell'art. 814 c.c., la giurisprudenza ha spesso faticato ad applicare le tutele previste nel libro terzo del codice, pensato com'è, tale apparato di norme, per regolare la proprietà del bene-terra.

infine, verificando se la sua disciplina, nel punto di tensione, si possa interpretare in modo costituzionalmente conforme.

A rendere consigliabile un tale approccio, che è pragmatico ed empirico, vi è la considerazione che, pur nell'immobilità del quadro legislativo, si sta consolidando in dottrina e in giurisprudenza⁽⁶⁸³⁾, un tentativo di allargare il numero dei diritti reali tipici (forzando il principio del *numerus clausus*) verso un nuovo sistema che si potrebbe definire di “numero “quasi” chiuso dei diritti reali” (in forza del quale sarebbe disattesa la regola per cui non possono essere modificati i caratteri “sostanziali” od “essenziali” dei diritti reali tipici, mentre sarebbe ancora osservata la regola, a quel punto solo nominalistica, che non sono ammissibili diritti reali del tutto nuovi)⁽⁶⁸⁴⁾.

In questo scenario, spetterebbe dunque al giudice comune di valutare, in concreto, se e dove forzare il sistema, e l'allargamento della categoria dei beni avverrebbe – prendendo a prestito l'articolo del Codice che disciplina l'“alluvione” tra i modi di acquisto della proprietà – attraverso “*gli incrementi, che si formano successivamente e impercettibilmente*”⁽⁶⁸⁵⁾ dalle prassi giurisprudenziali.

Se così fosse, al di là di complesse elaborazioni sistematiche che non sarebbero comunque alla portata di chi scrive, la maggiore utilità di questa ricerca potrebbe essere proprio di rendere edotti che la nozione costituzionale di proprietà, come *integrata* dalle tradizioni costituzionali comuni europee fatte proprie dalla giurisprudenza delle Corti di Lussemburgo e Strasburgo, consente in effetti all'interprete di ricercare con più agio soluzioni nel senso dell'allargamento del *numerus clausus* dei diritti reali, e che tale allargamento, oggi, per il tramite europeo, non solo è permesso ma costituisce un esito forse obbligato.

La scelta di procedere per casi concreti non permette di estrarre *regole generali*, pur tuttavia è esemplificativa di un *metodo* e, in questo caso, rende espliciti i *meccanismi* a cui si è pensato per l'attribuzione della tutela proprietaria alle nuove proprietà e ai nuovi beni.

Un'ulteriore annotazione.

Si potrebbe obiettare che cercare a tutti i costi di far rientrare le nuove proprietà e i nuovi beni all'interno della tutela dell'art. 42 della Costituzione sia una forzatura e che, come rilevato dalla scarse pronunce della giurisprudenza costituzionale sul tema, potrebbe in ogni caso essere invocata la copertura dell'art. 41 sulla libertà di iniziativa economica privata⁽⁶⁸⁶⁾.

⁽⁶⁸³⁾ Cfr. Parte Prima, Capitolo II, Par. 3.

⁽⁶⁸⁴⁾ Cfr., sul punto, le considerazioni di U. MORELLO, in *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, raccolta in A. Gambaro, *Trattato dei diritti reali*, Milano, 2010, pag. 81.

⁽⁶⁸⁵⁾ Art. 941 c.c.

⁽⁶⁸⁶⁾ Come si è accennato nei capitoli precedenti, la giurisprudenza costituzionale si è occupata di nuovi essenzialmente nelle pronunce 20/1978 e 42/1986, e ha comunque manifestato di non sentire come prioritario il problema della tutela di questi beni. Nella sentenza 20/1978, la Corte, nella declaratoria di illegittimità costituzionale delle disposizioni che vietavano la brevettabilità dei medicinali (nella ricostruzione della Corte si afferma che il divieto origina dalla l. 782/1855 e che

Ora, senza entrare in un dibattito dottrinale sull'art. 41, del cui disposto "si fa ormai un'applicazione ridotta"⁽⁶⁸⁷⁾, e che la Corte ha sovente dimostrato di "saper limitare" con argomentazioni sbrigative sulla prevalenza, di volta in volta, di altri interessi senza che tale valutazione fosse in realtà svolta in concreto attraverso l'utilizzo della tecnica del bilanciamento, quando non con affermazioni apodittiche⁽⁶⁸⁸⁾, merita solo notare che tale articolo appare oggi più utilizzato per "limitare" (l'iniziativa economica) che non per "garantire" (la libertà della stessa)⁽⁶⁸⁹⁾.

il relatore di allora, On.le Luigi Carlo Farini, ritenne di giustificare la limitazione "sulla opportunità di evitare che ciarlatani, speciali e "segretisti" profittassero dell'attestato di privativa per smerciare prodotti non utili alla salute, e, meno coerentemente, sulla intenzione di rinviare la disciplina della materia ad un "codice sanitario ed igienico" che già si stava approntando"), si pone il problema della categoria di appartenenza dei beni immateriali, e pur affermando che "la peculiarità della categoria dei beni immateriali, suscettibili di simultaneo e plurimo godimento (del resto lo stato di *res communis omnium* è quello definitivo di tutte le invenzioni, siano esse brevettabili o meno) sconsiglia ogni meccanica inserzione negli schemi della proprietà privata o pubblica ex art. 42, primo comma, Cost.", ammette che "per taluni aspetti l'assimilazione è possibile: così per l'espropriazione dei diritti di brevetto, prevista dagli artt. 60 e ss. del r.d. n. 1127 del 1939". L'ammissione ha naturalmente un suo rilievo, ma è certamente insufficiente a fondare considerazioni di valore teorico generale. Nella sentenza 42/1986, la Corte, pur rigettando la questione, afferma, in chiusura della sentenza, prima della motivazione, che: "L'art. 42 comma secondo e terzo, lungi dal porre in dubbio la legittimità della norma impugnata, ne fornisce giustificazione perché anche la titolarità e il godimento dei beni immateriali vanno armonizzati con l'interesse sociale, la cui sussistenza nel caso di specie non compete a questa Corte verificare". Le poche sentenze successive in tema di proprietà industriale (ad es., 236/1996 e 175/2005) segnano invece una marcia indietro e testimoniano tutte della esclusiva riconducibilità dei beni immateriali al valore costituzionale della libertà di iniziativa economica, piuttosto che al diritto di proprietà privata. È giusto darne conto, se non altro, come si diceva, a testimonianza di un'attenzione mancata. Gli esiti di questa giurisprudenza sono però scarsamente servibili sia per l'esiguità del loro contenuto teorico sia per la portata contraddittoria che esprimono.

⁽⁶⁸⁷⁾ R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2011, 550.

⁽⁶⁸⁸⁾ In questo senso è indicativa, la sentenza della Corte costituzionale 94/09 citata *sub* Parte Prima, Capitolo III, a proposito delle limitazioni stabilite nell'erogazione di prestazioni sanitarie in regime di convenzione. Per la precisione, la Corte ha respinto la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1, comma 796, lettera o), l. 296/2006 (Finanziaria 2007) e 33, comma 2, l.r. Puglia 10/2007 (Bilancio di previsione 2007), avente ad oggetto l'obbligo delle strutture sanitarie private accreditate di applicare uno "sconto" fino al 20% sui rimborsi che tali strutture hanno titolo a richiedere alle regioni per prestazioni erogate per conto del SSN, con la generica finalità di "garantire il rispetto degli obblighi comunitari e la realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica per il triennio 2007-2009"; la questione era stata sollevata con riferimento agli artt. 3, 24, 32, 41, 97, 103, 113, 117, terzo comma, e 119 della Costituzione. In particolare, con riferimento all'asserita violazione della libera iniziativa economica (art. 41 Cost.), i giudici della Consulta argomentano, sbrigativamente, che non è provato che le riduzioni tariffarie determinino "la compromissione di ogni margine di utile"; che la disciplina ha un "carattere temporalmente limitato"; e infine che "l'erogazione di prestazioni per conto del S.s.n. è comunque frutto di una scelta delle strutture private".

⁽⁶⁸⁹⁾ Un "buon" esempio della portata e dell'utilizzo attuali dell'art. 41 (potenzialmente opposto rispetto ai fini per cui è stato concepito, che, lo ricordiamo, sono cristallizzati, nel primo comma di tale articolo), è contenuto all'art. 12 del D.L. 9 febbraio 2012, n. 5, (il c.d. "decreto sviluppo"), recante misure per la "Semplificazione procedimentale per l'esercizio di attività economiche". Secondo tale disposizione, "nel rispetto del principio costituzionale di libertà dell'iniziativa economica privata" (appunto prevista dall'art. 41 della Costituzione), l'attività economica deve

“Utilizzare” un diritto piuttosto che un altro, almeno nel caso particolare delle c.d. *nuove forme di ricchezza*, e nell’ottica di ragionare sulla base del diritto costituzionale vivente, può dunque non essere indifferente.

Rimane ora la scelta del caso concreto su cui appuntare l’attenzione.

Come si è visto nella prima parte della ricerca⁽⁶⁹⁰⁾, due sono le macro-categorie in cui sulla base dei contributi dottrinari raccolti si è ritenuto di poter suddividere le *nuove proprietà* e *nuovi beni*: la prima relativa alle *utilità c.d. di derivazione pubblica* e la seconda relativa ai *nuovi beni immateriali c.d. dell’informazione e della conoscenza*.

Conviene ricordare che in entrambi i casi si tratta di beni (in senso economico): che (generalmente) non sono corporali e che dunque non hanno i *requisiti*, secondo il “sistema del codice”, per accedere alle garanzie previste dalle norme sulla proprietà; che, pur tuttavia, esprimono delle utilità a contenuto patrimoniale, spesso anche estremamente rilevanti, tanto da essere comunemente definite, anche nel lessico giuridico, come *nuove forme di ricchezza*; che sono regolate da una legislazione “speciale” che inevitabilmente finisce per assimilarle ai beni oggetto di proprietà, ma che, pur tuttavia, per effetto di una sorta di “ipocrisia” legislativa, sono formalmente relegate fuori della sfera dei beni. Tanto che, provocatoriamente, si è intitolato il capitolo che le descrive “*delle proprietà... sotto falso nome*”.

Sulla base della mappatura che è stata fatta nei capitoli precedenti, tra i *nuovi beni immateriali c.d. dell’informazione e della conoscenza*, poteva risultare interessante concentrare l’attenzione su due nuovi beni che nella scala dei beni della proprietà intellettuale si situano forse agli antipodi: da una parte, il *patrimonio di conoscenze e know-how che deriva dalla costituzione di una rete di imprese*, e dall’altra parte, le *invenzioni biotecnologiche*.

Con riferimento invece alla seconda macro-categoria di beni, quella delle *utilità c.d. di derivazione pubblica*, potevano venire spunti interessanti, tra le altre, dalla normativa che regola l’utilizzo delle *frequenze radiotelevisive*, o ancora dalla disciplina sul rilascio dei *titoli per lo sfruttamento di idrocarburi*.

La scelta è infine caduta su questi ultimi.

Scegliere i “vecchi” *titoli minerari* come esempio di nuova proprietà potrebbe apparire “anacronistico”, se solo consideriamo che alcune delle norme di riferimento ancora in vigore datano all’inizio degli anni trenta. In realtà non è così.

considerarsi soggetta a un’infinita serie di limiti, ovvero a tutti “*i limiti, i programmi ed i controlli necessari ad evitare possibili danni alla salute, all’ambiente, al paesaggio, al patrimonio artistico e culturale, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e possibili contrasti con l’utilità sociale, con l’ordine pubblico, con il sistema tributario e con gli obblighi comunitari ed internazionali della Repubblica*”. Ora è evidente che tutti tali limiti appaiono perfettamente legittimi e ragionevoli ma è altrettanto chiaro che, per come l’articolo è stato redatto, si ha la sensazione che l’utilizzo del disposto costituzionale, in questo caso da parte del legislatore in una sorta di interpretazione autentica dello stesso, sembri più orientato a fissare i limiti dell’attività di impresa piuttosto che a tutelarne la libertà.

⁽⁶⁹⁰⁾ Cfr. Parte Prima, Capitolo III.

E a parte il riferimento a Pugliatti che le colloca con buona evidenza tra le “proprietà nel nuovo diritto”, il motivo è invece proprio di carattere contingente.

A partire dal 2010, e in maniera “convulsa” nelle ultime settimane, si è infatti assistito ad un vero e proprio valzer di modifiche legislative, proposte di modifica, pareri del Consiglio di Stato, e controproposte di modifica (tali ultime contenute in un decreto legge che sta affrontando ora l’*iter* di conversione), che incidono in maniera sostanziale sulla disciplina dei permessi di prospezione e ricerca e delle concessioni di coltivazione di idrocarburi.

Lo scenario in cui ci si trova di fronte dà ampia prova di come vi sia poca consapevolezza da parte del legislatore dei diritti in gioco, e l’oggetto del contendere richiede di riflettere sulla natura del “bene” concessione e sulle “aspettative” che dallo stesso possono legittimamente derivare in capo all’operatore. E dunque riguardano da vicino l’oggetto della presente ricerca.

2. Sull’interpretazione di una modifica legislativa che pone restrizioni alla disciplina dei titoli minerari rilasciati all’interno di aree marine *divenute* protette (una delicata questione *anche* di tutela dei diritti e delle legittime aspettative degli operatori dell’industria estrattiva)

2.1. La modifica legislativa del 2010

Il 29 giugno 2010, con il d.lgs. n. 128, si è modificato l’art. 6 del Codice dell’ambiente (d.lgs. n. 152/2006), aggiungendovi il comma 17, che dispone, per scopi di tutela ambientale, il divieto di qualsiasi attività di ricerca, prospezione e coltivazione di idrocarburi liquidi e gassosi, nelle aree marine protette e in un’area ad esse contigua⁽⁶⁹¹⁾.

⁽⁶⁹¹⁾ La norma è stata introdotta nel corpo del testo del decreto legislativo in accoglimento delle condizioni poste con i pareri della Commissione ambiente, territorio e lavori pubblici della Camera dei Deputati e della Commissione territorio, ambiente, beni ambientali del Senato della Repubblica (rispettivamente, condizioni n. 7 e n. 4). Il testo della disposizione introdotta è il seguente: “*Ai fini di tutela dell’ambiente e dell’ecosistema, all’interno del perimetro delle aree marine e costiere o in attuazione di atti e convenzioni internazionali sono vietate le attività di ricerca, di prospezione nonché di coltivazione di idrocarburi liquidi e gassosi in mare, di cui agli articoli 4, 6 e 9 della legge 9 gennaio 1991, n. 9. Il divieto è altresì stabilito nelle zone di mare poste entro dodici miglia marine dal perimetro esterno delle suddette aree marine e costiere protette, oltre che per i soli idrocarburi liquidi nella fascia marina compresa entro cinque miglia dalle linee di base delle acque territoriali lungo l’intero perimetro costiero nazionale. Al di fuori delle medesime aree, le predette attività sono autorizzate previa sottoposizione alla procedura di valutazione di impatto ambientale di cui agli articoli 21 e seguenti del presente decreto, sentito il parere degli enti locali posti in un raggio di dodici miglia dalle aree marine e costiere interessate dalle attività di cui al primo periodo. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano ai procedimenti autorizzatori in corso alla data di entrata in vigore del presente comma. Resta ferma l’efficacia dei*

Per espressa previsione contenuta nella medesima norma, la disposizione si applica anche ai procedimenti autorizzatori in corso alla data di entrata in vigore del decreto, fatti salvi, così recita il testo, i “*titoli abilitativi già rilasciati alla stessa data*”.

Ciò che appare controverso all’interprete⁽⁶⁹²⁾, è il significato da attribuire alla locuzione “*titoli abilitativi già rilasciati alla stessa data*”; a seconda dell’interpretazione di questo alinea, si possono infatti includere nella clausola di salvaguardia tutti i provvedimenti c.d. consequenziali o connessi, ovvero è possibile limitarne l’operatività ai soli titoli effettivamente esistenti alla data di entrata in vigore del provvedimento.

Fino ad ora, il Ministero dell’ambiente ha dato una interpretazione restrittiva della norma, che starebbe alimentando un considerevole contenzioso e che già ha provocato, e provocherebbe, stando alla Relazione del Governo ad una delle proposte di modifica, “*conseguenze fortemente negative sugli investimenti nel settore estrattivo nazionale*”, tra cui una “*riduzione degli investimenti in tecnologie e servizi forniti dalle imprese italiane con un crollo dei progetti in corso, stimabile in circa 3-4 miliardi di euro nei prossimi anni*”; una “*riduzione dei posti di lavoro nel settore stimabile in 65 mila addetti*”, e, infine, una “*riduzione del 50% del gettito fiscale nell’arco di 3-4 anni*”⁽⁶⁹³⁾.

La modifica è stata peraltro ritenuta suscettibile di avere conseguenze sulla stessa permanenza in Italia dell’attività di ricerca ed estrattiva di idrocarburi, con

titoli abilitativi già rilasciati alla stessa data. Dall’entrata in vigore delle disposizioni di cui al presente comma è abrogato il comma 81 dell’articolo 1 della legge 28 agosto 2004, n. 239”.

⁽⁶⁹²⁾ Tanto da indurre il Ministero dell’ambiente, in sede di prima applicazione della norma, a richiedere parere interpretativo al Consiglio di Stato, di cui si darà conto nei paragrafi immediatamente successivi.

⁽⁶⁹³⁾ Cfr. la Relazione all’art. 21 della bozza del c.d. “decreto crescita” o “decreto liberalizzazioni”, già d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, in cui, in particolare, si può leggere che: “*In termini generali, la norma in oggetto [ndr, la modifica del 2010] ha provocato conseguenze fortemente negative sugli investimenti nel settore estrattivo nazionale, in un settore che ha visto nel 2009 investimenti che hanno superato il miliardo di euro e che contribuisce in maniera significativa alla formazione di un patrimonio di know how di altissima specializzazione attraverso investimenti per circa 300 milioni di euro l’anno nella ricerca, coinvolgendo università e politecnici. I divieti imposti sfavoriscono il rimpiazzo della produzione nazionale di petrolio e gas naturale dei giacimenti maturi, che attualmente contribuisce a circa il 6% del fabbisogno nazionale di petrolio e gas. La produzione di idrocarburi in Italia assicura una strategica fonte di approvvigionamento di materie prime a fronte di una dipendenza estera dell’84%. Inoltre, la disposizione oggetto di modifica ha comportato i seguenti effetti: -riduzione degli investimenti in tecnologie e servizi forniti dalle imprese italiane con un crollo dei progetti in corso, stimabile in circa 3-4 miliardi di euro nei prossimi anni, con abbandono degli investimenti in corso sul territorio italiano da parte delle imprese italiane ed estere operanti nel settore (recente esempio EXXON); -riduzione dei posti di lavoro nel settore stimabile in 65 mila addetti di cui 15 mila direttamente coinvolti nell’attività nazionale; -riduzione del 50% del gettito fiscale nell’arco di 3-4 anni, nel 2009 il solo settore E&P e per la sola attività in Italia (escludendo l’indotto), contribuisce alla fiscalità per oltre un miliardo e 200 milioni di euro l’anno comprensivo di royalties e canoni. Sono state stimate minori entrate fiscali a seguito della disposizione in oggetto per circa 600 milioni euro l’anno”.*

potenziali riflessi sull'intero sistema economico nazionale, anche considerando come “*lo sviluppo delle attività di prospezione e coltivazione di idrocarburi sia tra i parametri oggetto di valutazione da parte delle Agenzia di rating per la stima della solidità economica degli Stati*”⁽⁶⁹⁴⁾.

Gli interessi in gioco appaiono dunque di assoluto rilievo, e coinvolgono il diritto alla tutela dell'ambiente, da cui è scaturita la modifica legislativa, (ma forse anche la tutela dell'interesse pubblico a non vedere pregiudicate le politiche di approvvigionamento energetico), nonché il diritto degli operatori privati a svolgere una attività economica (seppur regolamentata) senza limitazioni eccessive.

Quest'ultimo punto riguarda direttamente l'oggetto della presente ricerca.

L'assunto di partenza è che, in relazione alla posizione dell'operatore privato, l'attenzione dell'interprete non debba appuntarsi, come parrebbe da una analisi immediata, alla violazione dei soli principi di proporzionalità e ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. in relazione all'impossibilità di ottenere i provvedimenti c.d. consequenziali o connessi a quelli già rilasciati, ovvero alla non discriminazione delle imprese esercenti l'attività petrolifera, ai sensi del medesimo art. 3 Cost., ovvero, ancora, di tutela del diritto di iniziativa economica degli operatori che esercitano attività minerarie, coperta dall'art. 41 Cost. Ma che sia necessario anche – per avere un quadro completo dei diritti in gioco – prendere in considerazione il diritto dell'operatore privato, da una parte, a non vedere pregiudicata la consistenza economica del titolo minerario a suo tempo rilasciato, alla cui base, occorre ricordare, vi è l'attribuzione di un'esclusiva allo sfruttamento di risorse naturali non illimitate, e, dall'altra parte, la *legittima aspettativa* a godere dell'utilità patrimoniale derivante dallo sviluppo del titolo, che si realizza attraverso l'ottenimento dei c.d. provvedimenti consequenziali e connessi.

Va peraltro rilevato che i due piani, del pregiudizio immediato e del turbamento dell'aspettativa, sono indissolubilmente connessi dal fatto che, i titoli minerari per essere sviluppati necessitano di una costosa e complessa attività di ricerca, che è naturalmente suscettibile di aumentare il valore iniziale del “bene” nella misura in cui si possa accertare l'esistenza di riserve o se ne scoprono di ulteriori, ma che, d'altro canto, implica un'attività di sviluppo che non può essere rinunciata o posposta, ed è direttamente imposta dalla normativa di settore, e costituisce a sua volta presupposto per ottenere i provvedimenti consequenziali e connessi, sicché, di fatto, il titolo, rispetto al momento del rilascio, finisce con l'incorporare, con il trascorrere del tempo, sempre maggiori costi, sostenuti (e da sostenere) per il suo sviluppo, e il suo valore intrinseco può sì notevolmente

⁽⁶⁹⁴⁾ La citazione è presa dalla Relazione all'art. 21 della bozza del c.d. “decreto liberalizzazioni”, già d.l. 24 gennaio 2012, n. 1. In particolare, è rilevato nella stessa Relazione che: “*tra le ragioni che hanno indotto, lo scorso 9 settembre, Standard & Poor's ad alzare il rating di Israele ad 'A+' da 'A', c'è stata proprio la decisione del governo israeliano di sviluppare le attività di ricerca e prospezione degli idrocarburi nelle proprie acque territoriali*” (Rel. Art. 21, cit.).

variare ma, comunque, rispetto ad una utilità futura e non immediata, e comunque incerta.

L'ipotesi che si intende verificare sulla base della presente ricerca è, che il "bene" concessione *in sé*, ma anche l'"aspettativa" a realizzare lo sviluppo che da tale "bene" deriva (che si concreta anche nella possibilità di ottenere i provvedimenti ulteriori), possano essere riconducibili alla tutela attribuita al diritto di proprietà privata dall'art. 42 Cost., la cui maggiore effettività rispetto all'art. 41, proprio per la diversa natura degli interessi sottesi, appare qui evidente.

2.2. Un accenno alla normativa sugli idrocarburi, e alle proposte di modifica del 2012

Per meglio comprendere i termini della questione va ora compiuto un brevissimo *excursus* sulla disciplina che regola le attività di sfruttamento di idrocarburi nel nostro ordinamento.

In attuazione della legge n. 9/1991 e della legge n. 239/2004, come modificata dalla legge n. 99/2009, le attività di ricerca, di prospezione e coltivazione di idrocarburi liquidi e gassosi in mare sono autorizzate dal Ministero dello sviluppo economico a seguito di un procedimento unico svolto nel rispetto dei principi di semplificazione e con le modalità di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241.

In applicazione della disciplina di settore (L. n. 9/1991, D.lgs. n. 625/1996, DM del 26 aprile 2010, da ultimo sostituito dal DM 4 marzo 2011, nonché D.lgs. n. 624/1996, D.P.R. n. 484/1994, L. n. 6/1957 e L. n. 613/1967), le predette attività sono subordinate all'ottenimento di distinti titoli minerari: il permesso di prospezione, il permesso di ricerca e la concessione di coltivazione⁽⁶⁹⁵⁾.

Tali provvedimenti sono *formalmente* autonomi l'uno dall'altro, in quanto rilasciati all'esito di procedimenti distinti, in base alla verifica della sussistenza di specifici requisiti e presupposti e con effetti giuridici differenti. Pur tuttavia, tra di essi vi è un legame teleologico-funzionale: l'ottenimento del permesso di prospezione è infatti finalizzato all'ottenimento del successivo permesso di ricerca; infine, nel caso in cui, l'esito dell'attività di ricerca dia risultati soddisfacenti in ordine alle riserve accertate, sarà interesse primario dell'operatore, anche in conseguenza degli ingenti investimenti effettuati, richiedere il rilascio della concessione.

⁽⁶⁹⁵⁾ Le suddette attività ricadono fra quelle sottoposte, nei modi e nelle forme previste dalla normativa di settore, alla valutazione di impatto ambientale (la c.d. "VIA") ai sensi degli artt. 21 e ss. del d.lgs. n. 152/2006 (cfr. Allegato II, punto 7 del d.lgs. n. 152/2006) di competenza del Ministero dell'ambiente, che deve essere acquisita prima del rilascio dell'autorizzazione finale da parte del Ministero dello sviluppo economico.

Ora, con l'emanazione del decreto legislativo n. 128/2010, il legislatore ha introdotto il divieto di svolgere le attività di prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi liquidi e gassosi in alcune aree marine specificamente individuate⁽⁶⁹⁶⁾.

La modifica del 2010 è stata poi oggetto di una ulteriore recentissima modifica – contenuta nell'art. 24, comma 1, lett. a), del d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, più noto come “decreto sviluppo”, in base al quale, al citato art. 6, comma 17, dopo le parole “*titoli abilitativi già rilasciati alla stessa data*”, si deve leggere “*anche ai fini delle eventuali relative proroghe*”⁽⁶⁹⁷⁾ – ma tale ultima ha solamente risolto il dubbio interpretativo relativo alle proroghe di titoli già rilasciati omettendo invece di affrontare il problema relativo all'ottenimento dei titoli che si potrebbero definire *conseguenziali* o *connessi*, che costituiscono cioè sviluppo di quelli inizialmente rilasciati, come è ad esempio la concessione di coltivazione rispetto all'originario permesso di ricerca.

Per apprezzare in pieno i termini della questione, può essere utile dare conto anche di una diversa proposta di modifica, presentata in Consiglio dei Ministri il 17 gennaio 2012, e dunque solo pochi giorni prima di quella sopra accennata, contenuta all'art. 21 della bozza del c.d. “decreto liberalizzazioni” (poi approvato il successivo 24 gennaio 2012, con lo stralcio della disposizione in questione).

Secondo tale proposta, all'articolo 6, comma 17, sesto periodo, del decreto legislativo 3 aprile 2006 n. 152, dopo le parole “*titoli abilitativi già rilasciati alla stessa data*” si sarebbero dovute aggiungere le parole: “*in base ai quali possono essere rilasciati i provvedimenti conseguenti o comunque connessi ai titoli stessi, comprese le proroghe e il rilascio delle concessioni conseguenti a un rinvenimento in un permesso di ricerca già rilasciato prima della data di entrata in vigore del presente comma o, in caso lo stesso permesso ricada in una area protetta di nuova istituzione, prima della data di inserimento nell'elenco di cui al decreto 27 aprile 2010 e sue modifiche e integrazioni*”⁽⁶⁹⁸⁾.

Questa proposta di modifica (mai adottata) ha il pregio di rendere evidenti quali siano le *categorie* di provvedimenti suscettibili di essere esclusi dalla clausola di salvaguardia, come formulata nella modifica del 2010 (e che, per questo, si ritiene, il Governo aveva ritenuto di esplicitare). E, precisamente, il riferimento è: a) ai “*provvedimenti conseguenti*” ai titoli abilitativi già rilasciati (all'interno dei quali si possono ricondurre anche le “*concessioni conseguenti a un*

⁽⁶⁹⁶⁾ *I.e.*: all'interno delle aree marine e costiere a qualsiasi titolo protette per scopi di tutela ambientale, in virtù di leggi nazionali, regionali o in attuazione di atti e convenzioni internazionali; nelle zone di mare poste entro dodici miglia marine dal perimetro esterno delle suddette aree marine e costiere protette; per i “*soli idrocarburi liquidi*” nella fascia marina compresa entro cinque miglia dalle linee di base delle acque territoriali lungo l'intero perimetro costiero nazionale.

⁽⁶⁹⁷⁾ Nel momento in cui si scrive, la disposizione è contenuta nel “decreto sviluppo”, soggetta dunque alle eventuali ulteriori modifiche che dovessero prodursi nel corso dell'*iter* parlamentare di conversione del decreto.

⁽⁶⁹⁸⁾ Rel. *Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare*, Prot. n. 783 del 12/01/2011.

rinvenimento in un permesso di ricerca già rilasciato”); b) ai “*provvedimenti (...) comunque connessi ai titoli stessi*” (ad es., l’autorizzazione alla perforazione del pozzo esplorativo); e c) alle “*proroghe*” (sia dei permessi che delle concessioni, che si potrebbero anche definire provvedimenti *necessari*; nel senso che sono rilasciati per ottenere un periodo ulteriore di tempo, non reso necessario da ritardi o altre cause imputabili all’operatore, allo scopo di consentire il completamento delle attività previste).

È interessante notare che nella Relazione alla bozza del decreto liberalizzazioni, in ordine alla modifica inserita, si rilevava che “[i]n questo modo si garantisce la tutela dei diritti acquisiti da parte degli operatori del settore e la salvaguardia della legittima aspettativa degli operatori impegnati nella ricerca”⁽⁶⁹⁹⁾.

2.3. Il parere interpretativo del Consiglio di Stato: quando i diritti rimangono fuori dalla porta

A testimonianza dell’obiettiva incertezza circa il significato da attribuire alla parte della modifica legislativa che esclude dalla sua applicazione i “*titoli abilitativi già rilasciati*” (ovvero della potenziale *lacuna normativa nascosta*), il Ministero dell’ambiente, in sede di prima applicazione della disposizione, formulava un quesito interpretativo al Consiglio di Stato, chiedendo di chiarire la portata della norma “*nel caso in cui il concessionario, già titolare di una concessione di coltivazione di idrocarburi che interessi le aree interdette e rilasciata prima dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 128/2010, intenda ottenere altri provvedimenti attuativi, integrativi o modificativi delle concessioni medesime*”⁽⁷⁰⁰⁾.

Il Ministero dell’ambiente chiedeva anche di conoscere se i provvedimenti di proroga previsti dalla disciplina vigente in materia di coltivazione di idrocarburi di cui all’art. 13 del d.lgs. n. 625/1996 ed all’art. 9, comma 8 della legge n. 9/1991, ricadano nei divieti stabiliti dalla norma in esame⁽⁷⁰¹⁾.

⁽⁶⁹⁹⁾ *Ibidem*.

⁽⁷⁰⁰⁾ *Ibidem*.

⁽⁷⁰¹⁾ A tale riguardo, il Ministero dell’ambiente faceva presente che il regime delle proroghe disciplinato dalle norme in materia di idrocarburi prevede due ipotesi principali, rispettivamente in base all’art. 13 del d.lgs. n. 625/1996 ed all’art. 9, comma 8 della legge n. 9 del 1991 ed un’ipotesi di minore rilevanza in base all’art. 28, comma 4 del DM del 26 aprile 2010. Riteneva sempre il Ministero che, indipendentemente dalla natura della situazione giuridica soggettiva ravvisabile in capo al soggetto richiedente la proroga, non sembrerebbe irragionevole sostenere che la salvaguardia accordata dall’art. 6, comma 17, ai titoli abilitativi “*già rilasciati*” si estenda anche ai relativi atti di proroga, in quanto finalizzati a consentire il completamento dell’attività di coltivazione oggetto della concessione. In tale direzione condurrebbe, peraltro, anche la considerazione della natura dell’istituto della proroga. Riteneva, dunque, che, in quanto avente come unico scopo quello di consentire l’ultrattività degli effetti pur sempre derivanti dal

Il Consiglio di Stato con proprio parere si è pronunciato su tutti tali quesiti⁽⁷⁰²⁾, e i passaggi principali si possono così riassumere.

In primis, secondo la normativa vigente, prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi sono subordinate all’ottenimento di appositi e distinti titoli abilitativi: il permesso di prospezione, quello di ricerca, nonché la concessione di coltivazione.

Appare chiaro, nell’opinione del Consiglio di Stato che, quanto al significato dei “*titoli abilitativi*” cui fa riferimento la norma, l’espressione debba ricomprendere tutti e tre i titoli minerari sopra descritti, e, pertanto, i titolari di permessi di prospezione o di ricerca o di concessione di coltivazione “*già rilasciati*” potranno continuare a svolgere le attività previste dai rispettivi atti abilitativi anche nelle aree interdette dalla norma in esame.

In particolare, secondo i giudici di Palazzo Spada, la disposizione che fa salva l’efficacia dei titoli abilitativi già rilasciati “*tutela l’affidamento delle imprese derivante dai titoli conseguiti prima dell’entrata in vigore dell’art. 6, comma 17 in esame*”⁽⁷⁰³⁾. Pur tuttavia, prosegue il parere interpretativo, appare necessario fare chiarezza sui confini di tale tutela. In particolare, occorre chiarire il rapporto sussistente tra alcune tipologie di titoli abilitativi già emessi e quelli che si pongono in relazione di sviluppo *conseguenziale* con i primi, ma non ancora rilasciati (tra cui, ovviamente, vi è il “*rilascio di concessione di coltivazione a seguito del permesso di ricerca in caso di rinvenimento di idrocarburi*”⁽⁷⁰⁴⁾), nonché il rapporto tra titoli abilitativi rilasciati e provvedimenti comunque *connessi* ai primi (“*es. autorizzazioni alla perforazione del pozzo esplorativo, alla costruzione degli impianti e delle opere necessari, delle opere connesse e delle infrastrutture indispensabili all’attività di perforazione di cui all’art. 1, comma 78, legge n. 239/2004, come modificata dalla legge n. 99/2009, autorizzazioni necessarie per eseguire il decreto di conferimento rilasciato, autorizzazioni all’esercizio ai sensi della normativa sulla sicurezza, che si sostanziano in una valutazione di omogeneità tra programma presentato e programma approvato con il decreto di conferimento e, in alcuni casi, sono sostituite da semplici comunicazioni o notifiche, come nel caso dell’art. 77 d.lgs. n. 624/1996, provvedimenti attuativi, integrativi o modificativi dei titoli minerari*”, ecc.⁽⁷⁰⁵⁾).

Al riguardo, il Consiglio di Stato nel proprio parere ritiene che non ogni e qualsiasi provvedimento di autorizzazione collegato ad una preesistente concessione di coltivazione possa ritenersi sottratto all’operare della nuova disciplina di vincolo. Al contrario, “[i]l limite all’applicabilità delle misura di

provvedimento originario, l’atto di proroga potrebbe non attecchirsi a “nuovo” titolo abilitativo, ai fini di quanto stabilito dall’art. 6, comma 17.

⁽⁷⁰²⁾ Parere Consiglio di Stato, Sezione Seconda, Adunanza di Sezione del 20 ottobre 2011.

⁽⁷⁰³⁾ Parere Cons. St., cit., 7.

⁽⁷⁰⁴⁾ *Ibidem*.

⁽⁷⁰⁵⁾ *Ib.*

salvezza dei titoli abilitativi già rilasciati deve essere infatti identificato nei provvedimenti medesimi e nei loro contenuti”⁽⁷⁰⁶⁾.

La disposizione di cui all’art. 6, c. 17 del d.lgs. n. 152/2006, prevedendo la salvezza dei titoli già emanati nei confronti delle nuove discipline, consente a tali titoli di operare nell’ordinamento, “sicchè devono ritenersi coperte dalla predetta misura le iniziative volte a dare attuazione ai provvedimenti emanati ed ad operare nei limiti del contenuto dei medesimi; devono, invece, ritenersi esorbitanti dalla misura di salvaguardia ricordata quelle iniziative che si risolvono nell’esistenza di un nuovo titolo abilitativo o, comunque, in una modifica del titolo abilitativo già esistente”⁽⁷⁰⁷⁾, e ciò perché, tali iniziative, da una parte “suppongono nuovi procedimenti”⁽⁷⁰⁸⁾, in quanto tali regolati dalla nuova disciplina, dall’altra “non si muovono nell’ambito delle autorizzazioni già emanate”⁽⁷⁰⁹⁾ all’atto dell’entrata in vigore della nuova normativa, ma ne suppongono la modifica ovvero il superamento con un nuovo titolo abilitativo.

E’ per tale ragione, ecco il fulcro del parere reso dal Consiglio di Stato, che “non può ritenersi ammissibile che, in forza di un permesso di ricerca già riconosciuto prima della entrata in vigore dell’art. 6, c. 17, del d.lgs. n. 128/2010, sia possibile ottenere una concessione di coltivazione, senza fare applicazione della nuova disciplina”⁽⁷¹⁰⁾.

Laddove, pertanto si sia di fronte a nuovi provvedimenti e, cioè, a nuovi titoli abilitativi, oppure a provvedimenti che comportino una *modifica sostanziale del titolo abilitativo esistente*, che ad esempio riguardano “l’ampliamento dell’area” oggetto della stessa (ai sensi dell’art. 24 del DM 26 aprile 2010, tale ampliamento richiede l’espletamento di un procedimento analogo a quello richiesto per il rilascio di una nuova concessione), oppure siano diretti a “*variare o integrare significativamente il programma dei lavori*” a suo tempo approvato (cfr., in tal senso, l’art. 31, comma 4, del DM del 2010), si deve ritenere che i divieti introdotti dall’art. 2, comma 3, lett. h), del d.lgs. n. 128/2010 trovino piena applicazione, giacché quei provvedimenti non sono finalizzati semplicemente a consentire l’esercizio del titolo abilitativo già rilasciato, bensì, appunto, ad estenderne significativamente l’ambito e la portata.

⁽⁷⁰⁶⁾ *Ib.*

⁽⁷⁰⁷⁾ *Ib.*

⁽⁷⁰⁸⁾ *Ib.*

⁽⁷⁰⁹⁾ *Ib.*

⁽⁷¹⁰⁾ Una situazione del genere, così è argomentato nel parere, si porrebbe in palese violazione della disposizione in esame, che, da una parte, dispone il divieto delle attività di ricerca, di prospezione o di coltivazione di idrocarburi nelle aree protette, e, dall’altra, fuori da tali aree, ai fini dell’autorizzazione, impone la necessaria sottoposizione alle procedure di valutazione di impatto ambientale, così espressamente e chiaramente vietando “che l’attività già autorizzata si risolva in una nuova o diversa attività che si svolga nelle zone protette e, che, fuori dalle aree protette, la nuova attività possa essere svolta senza valutazione di impatto ambientale” (Cfr. *Ult. cit.*, 8).

Nelle ipotesi in cui, invece, il nuovo provvedimento abilitativo sia diretto solo a consentire interventi di “*manutenzione o di messa in sicurezza dei relativi impianti*”, senza che vengano introdotte variazioni al contenuto sostanziale della stessa (l’art. 31, comma 5, del DM 26 aprile 2010 precisa che si deve trattare di attività “*effettuate a partire da opere esistenti e nell’ambito dei limiti di produzione ed emissione dei programmi di lavoro già approvati*”), la salvaguardia, ad opinione del Consiglio di Stato, dovrebbe poter operare.

Da quanto ora detto consegue che la salvaguardia opera nel caso di interventi che non si traducano in *modifiche* del provvedimento concessorio o che si risolvano in meri *adeguamenti* tecnici⁽⁷¹¹⁾.

L’ultimo quesito formulato dal Ministero dell’ambiente riguarda la questione se i provvedimenti di proroga previsti dalla disciplina vigente in materia di coltivazione di idrocarburi ricadano nei divieti stabiliti dalla norma in esame⁽⁷¹²⁾. Il quesito è oramai superato dalla modifica del 2012 di cui abbiamo dato conto all’inizio dell’esposizione, e che li fa espressamente salvi; pur tuttavia, è utile sintetizzare l’opinione del Consiglio di Stato anche su questo punto, perché aiuta a ricostruire l’*iter* argomentativo complessivo che ha portato i giudici amministrativi all’interpretazione in commento, e che da evidenza – questo è il punto che preme evidenziare – della scarsa considerazione per i “diritti” manifestata in questa circostanza dal giudice amministrativo in sede consultiva.

Sul punto, premettevano sia il Ministero dell’ambiente che il Ministero dello sviluppo economico che la salvaguardia accordata dall’art. 6, comma 17, ai “*titoli abilitativi già rilasciati*” si dovrebbe estendere anche ai relativi atti di proroga, in quanto finalizzati a consentire il *completamento* dell’attività di ricerca

⁽⁷¹¹⁾Pertanto, secondo il giudice amministrativo, conformemente a quanto sul punto rilevato dal Ministero dell’ambiente, possono non ricadere nel campo di applicazione dei divieti posti dal citato art. 6, comma 17, salvi, comunque, i concreti accertamenti che andranno necessariamente effettuati dall’Amministrazione le seguenti attività: “*esecuzione del programma di sviluppo del campo di coltivazione come allegato alla domanda di concessione originaria*” (cfr. art. 27, comma 5, della legge n. 613/1967); “*esecuzione del programma dei lavori di ricerca come allegato alla domanda di concessione originaria*” (cfr. art. 27, comma 6, della legge n. 613/1967); “*costruzione degli impianti e delle opere necessarie, degli interventi di modifica delle opere connesse e delle infrastrutture indispensabili all’esercizio*” (cfr. art. 29 del DM del 26 aprile 2010); “*programmi di lavoro già approvati con la concessione originaria*” (cfr. art. 31, comma 5, del ridetto DM del 26 aprile 2010); “*realizzazione di attività di straordinaria manutenzione degli impianti e dei pozzi che non comportino modifiche impiantistiche*” (cfr. art. 31, comma 9, del DM del 26 aprile 2010).

⁽⁷¹²⁾ In particolare, l’art. 13 del d.lgs. n. 625/1996 prevede che “*dopo quindici anni dal conferimento il concessionario, quando è necessario al fine di completare lo slittamento del giacimento, ha diritto ad una proroga di dieci anni se ha eseguito i programmi di coltivazione e di ricerca e se ha adempiuto a tutti gli obblighi derivanti dal decreto di concessione*”. L’art. 9, comma 8 della legge n. 9/1991 prevede inoltre che “*Al fine di completare lo sfruttamento del giacimento, decorsi sette anni dal rilascio della proroga decennale, al concessionario possono essere concesse, oltre alla proroga prevista dall’articolo 29 della legge luglio 1967, n. 613, una o più proroghe, di cinque anni ciascuna se ha eseguito i programmi di coltivazione e di ricerca e se ha adempiuto a tutti gli obblighi derivanti dalla concessione o dalle proroghe*”.

oggetto del permesso di ricerca o della attività di coltivazione oggetto della relativa concessione.

Per il Consiglio di Stato, invece, la “proroga” indica la modifica della durata di un termine avente rilevanza giuridica (definendo, nella sua comune accezione, sia l’*effetto* di mutamento del termine, sia l’*atto* che produce l’indicata conseguenza giuridica⁽⁷¹³⁾). Essa dunque, per quanto riguarda la proroga dei termini stabiliti da un atto amministrativo, ha la natura giuridica del “provvedimento di secondo grado”, perché modifica, seppure parzialmente, il complesso degli effetti giuridici delineati dall’atto originario⁽⁷¹⁴⁾.

Tanto premesso, “*essendo un provvedimento di secondo grado, comport[a] una modifica di tipo sostanziale (di uno degli elementi) del provvedimento originario (il termine), tanto ciò vero che senza di essa l’efficacia di tale provvedimento verrebbe meno alla scadenza*”⁽⁷¹⁵⁾; e, di conseguenza, “*i provvedimenti di proroga non possono dirsi coperti dalla salvaguardia prevista per il “titolo abilitativo già rilasciato” dall’art. 6, comma 17 cit.*”⁽⁷¹⁶⁾.

Essi, quindi, rientrano nell’applicazione del divieto di cui alla nuova disciplina, in quanto, qualora fosse concessa la prosecuzione, finirebbero per tradursi in modifiche significative delle originarie attività di coltivazione, e in quanto tali non consentite dalla normativa in esame.

Ora, la posizione del Consiglio di Stato, pur nella sua linearità (non possono essere ricompresi nella locuzione “*titoli già rilasciati*”, i titoli che “*suppongono nuovi procedimenti*”, e quelli che “*non si muovono nell’ambito delle autorizzazioni già emanate*”; essendo dunque il discrimine costituito dal doppio parametro, alternativo, del *nuovo procedimento* per l’ottenimento del titolo ulteriore ovvero della *difformità di contenuto* rispetto ai titoli già rilasciati), appare però carente sotto un profilo essenziale: quello della tutela della posizione giuridica soggettiva dell’operatore.

E infatti, i giudici di Palazzo Spada, dopo avere “solennemente” premesso che la disposizione che fa salva l’efficacia dei titoli abilitativi già rilasciati “*tutela l’affidamento delle imprese*”⁽⁷¹⁷⁾, omettono di sviluppare con coerenza questo

⁽⁷¹³⁾ In particolare, “[s]ul piano effettuale, limitando l’indagine al solo campo dell’attività amministrativa, la proroga può riferirsi, in senso ampio, al termine di efficacia del provvedimento. Ma può riguardare anche soltanto specifici effetti del provvedimento, modificando il solo termine per l’esercizio di una facoltà o per l’adempimento di un obbligo del destinatario. Ancora, la proroga può riferirsi puntualmente, ai soli termini, iniziali o finali, per l’attuazione di un potere pubblicistico, destinato ad incidere sfavorevolmente, nella sfera giuridica di un soggetto privato” (Cons. St., *ult. cit.*, 9).

⁽⁷¹⁴⁾ Al riguardo, “[i]n giurisprudenza si è ritenuto che, per il suo carattere parziale e limitato, la proroga non richieda una rinnovata valutazione di tutti gli elementi istruttori posti a base dell’originario provvedimento, né esiga la ripetizione di tutte le tappe procedurali che hanno condotto all’adozione dell’atto modificato (cfr. Cons. St., Sez. V, 18 settembre 2008, n. 4498)” (Cons. St., *ult. cit.*, 9).

⁽⁷¹⁵⁾ *Ult. cit.*, 9.

⁽⁷¹⁶⁾ *Ibidem*.

⁽⁷¹⁷⁾ Parere Cons. St., *cit.*, 7.

principio per costruire il perimetro dei titoli ammessi e limitano invece l'analisi allo stretto significato delle parole nel testo (*interpretazione letterale*), disattendendo così qualsiasi considerazione relativa alle posizioni soggettive in gioco, peraltro fatte invece proprie dal Ministero dello sviluppo economico, che avrebbe richiesto una analisi svolta anche in chiave di sistema, avendo a riferimento, i diritti alla tutela dell'ambiente, al buon agire amministrativo, alla libertà di iniziativa e economica, e, appunto, alla legittima aspettativa degli operatori (*interpretazione teleologico-funzionale*)⁽⁷¹⁸⁾.

Come si tenterà dimostrare, le considerazioni sarebbero potute essere affatto diverse se si fosse presa in considerazione la posizione giuridica soggettiva di *esclusiva* che si determina in capo al titolare del permesso, se si fosse dunque valutato il valore nel patrimonio del titolare del "bene" concessione, e se si fosse tenuta in debito conto la legittima aspettativa del titolare della concessione allo sviluppo del permesso, in funzione della quale sono state, in ipotesi, già sostenute onerose attività di ricerca.

3. La posizione dell'operatore: tra *diritti di esclusiva (acquisiti)* e *legittime aspettative*

Assumendo che la disposizione sui "*titoli abilitativi già rilasciati*" sia approvata nel testo di cui si è dato cenno, contenuto all'art. 24 del "decreto sviluppo", si pongono all'interprete tutte le questioni fatte proprie dal Governo nella relazione alla precedente bozza di decreto (ad eccezione evidentemente di quella relativa alla proroga dei permessi già rilasciati alla data di entrata in vigore della norma, che per espressa previsione sarebbe ora ricompresa nella clausola di salvaguardia).

Merita a questo punto considerare, nell'ambito della ricerca che si sta svolgendo, come possa entrare in gioco il diritto di proprietà. Si è accennato che, all'atto del rilascio del titolo, l'operatore è titolare di un *diritto di esclusiva* allo sfruttamento di una certa risorsa, che il permesso o la concessione ottenuti implicano, per essere sviluppati investimento onerosi, dapprima in attività di ricerca e successivamente nella realizzazione delle necessarie infrastrutture per la coltivazione, e che vi è, pertanto, un *diritto quesito* a non vedere diminuito il valore del titolo così come è fissato al momento del rilascio, ad esempio attraverso il mutamento del termine di durata, e una *legittima aspettativa* dell'operatore

⁽⁷¹⁸⁾ Il Ministero dello sviluppo economico, intervenuto con proprie note, aveva ritenuto che un'*interpretazione letterale* della norma non avrebbe consentito il rilascio delle autorizzazioni relative alle attività destinate ad essere svolte sulla base del titolo abilitativo principale e che ciò avrebbe comportato il blocco di tutte le attività, nell'ambito dei permessi o concessioni già conferiti, per cui ragioni di ordine generale volte a garantire la prosecuzione dell'operatività di un numero rilevante di operatori, avrebbe consigliato, di ampliare, in via interpretativa, l'ambito di applicazione del principio di salvaguardia.

privato, a vedere ragionevolmente mantenuto il quadro normativo di riferimento, sempre al momento del rilascio, in modo tale da non soffrire *eccessive limitazioni*, che possano sostanzialmente modificare i termini dell'utilità patrimoniale attesa.

Proseguendo nel ragionamento, si può dunque affermare che il titolo rilasciato incorpori un valore *in sé* (il cui valore è suscettibile di aumentare o diminuire a seguito dei risultati dell'attività di ricerca e della conseguente entità delle riserve accertate; e il cui pregiudizio dai provvedimenti successivi che possono essere adottati aumenta, in maniera corrispondente, a mano a mano che su quel titolo si sono realizzate onerose attività di ricerca e/o coltivazione, e/o a mano a mano che, proprio a seguito dell'accennata attività di ricerca, si chiarisca l'entità delle riserve accertate) e che dall'ottenimento del titolo l'operatore maturi una *legittima aspettativa* a poter ottenere i provvedimenti consequenziali allo stesso (immaginando che tale legittima aspettativa sia, da una parte, più intensa, nel senso di maggiormente *fondata* perché più *stabile* o più *certa*, in ordine ai provvedimenti strettamente consequenziali, di cui il Consiglio di Stato ha dato cenno anche nel proprio parere, e vada invece via via diminuendo, ma mai scomparendo, a mano a mano che aumenta la discrezionalità per il loro rilascio, e, dall'altra parte, immaginando che l'intensità della stessa aspettativa sia anche legata alla data di rilascio del titolo iniziale, nel senso che andrà consolidandosi con il trascorrere del tempo, poiché a partire dalla data di rilascio l'operatore dovrà iniziare un complesso di attività prima di ricerca e poi di sfruttamento, che determineranno una conseguente maggiore certezza in ordine all'effettivo pregiudizio che l'operatore potrà ricevere dal diniego dei provvedimenti consequenziali).

Ora, nessuna di queste situazioni soggettive che originano dal fatto che l'operatore si titolare di un *diritto di esclusiva*, è stata considerata dal Consiglio di Stato, che, al contrario, limitandosi ad una stretta interpretazione letterale del testo, ha invece manifestato di non voler tenere in alcun conto, da una parte, la natura *consequenziale* o *connessa* di alcuni dei provvedimenti successivi rispetto al primo rilasciato (per tutti, valga l'esempio della concessione di coltivazione rispetto al permesso di ricerca) o addirittura *necessaria*, al ricorrere di certe condizioni (come sarebbe la proroga sia nel caso del permesso che della concessione), e, dall'altra, il corrispondente affidamento che l'operatore certamente avrebbe riposto sin dal momento del rilascio del titolo iniziale.

Si è ragionato invece in modo del tutto diverso nella relazione alla bozza del "decreto liberalizzazioni", in cui espressamente si riconosce le necessità di "*tutela dei diritti acquisiti da parte degli operatori del settore e la salvaguardia della legittima aspettativa degli operatori impegnati nella ricerca*"⁽⁷¹⁹⁾. In questa

⁽⁷¹⁹⁾ È evidente che il riferimento alla tutela dei *diritti quesiti* copre la fattispecie relativa alla proroga del titolo già rilasciato. In questo caso, infatti, è la stessa norma di legge che prevede, al ricorrere di determinati presupposti il diritto vero e proprio, in capo all'operatore di ottenere la *proroga*. Disattendere questo principio, significa, infatti, dare efficacia retroattiva ad una norma al fine di impedire ad un soggetto privato di esercitare un diritto che, all'atto del rilascio del

prospettiva, resa esplicita dal proposto testo di modifica dell'articolato esistente, il discrimine non dovrebbe essere più, come sostenuto dai giudici amministrativi, quello della necessità di affrontare un *nuovo procedimento* o di avere un provvedimento di *diverso contenuto* rispetto a quello iniziale (elementi, sempre nella prospettiva del Consiglio di Stato, che dovrebbero indurre l'amministrazione, necessariamente, ad un diniego del provvedimento di estensione), bensì, si dovrebbe forse situare, tale punto di rottura, nel riconoscimento del *carattere di consequenzialità, connessione e necessità* della richiesta di modifica e/o integrazione del titolo iniziale, in relazione al più completo e razionale sfruttamento del titolo inizialmente rilasciato.

Se così è, occorre ora concentrarsi, tanto sulla natura del titolo minerario quanto sulla natura dell'aspettativa all'ottenimento di un certo provvedimento di natura consequenziale o connessa rispetto al titolo iniziale.

Come è stato descritto nella presente ricerca, una parte della nostra dottrina e, con più ampiezza, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, hanno in diverse occasioni, almeno in una prospettiva costituzionale, non solo considerato alla stregua di "beni" le autorizzazioni amministrative, conferendo dunque alle stesse tutela proprietaria, ma si sono infine spinte, e qui il riferimento corre principalmente ad alcune decisioni della Corte di Strasburgo, a riconoscere la stessa tutela di natura proprietaria all'aspettativa di un soggetto al godimento di una certa utilità, alla condizione, naturalmente, che tale aspettativa sia *fondata* (arrivandosi addirittura a sostenere, da parte della Corte, che non è nemmeno essenziale che tale aspettativa sia fondata *giuridicamente*), con ciò intendendosi che abbia cioè minimi requisiti di *stabilità e certezza*.

A questo punto, le domande essenziali a cui rispondere sono le seguenti.

Può, il titolo minerario, almeno in una "prospettiva costituzionale" di tutela dei diritti fondamentali, qualificarsi come bene oggetto di proprietà?

Può, la violazione dell'aspettativa a godere del titolo minerario sostanzialmente alle condizioni del momento in cui il rilascio è effettivamente avvenuto – e, dunque, in ipotesi, a ottenere, ricorrendone i presupposti, un provvedimento consequenziale nel senso di cui si è detto – costituire una violazione del diritto costituzionale di proprietà?

permesso, era già espressamente statuito da una norma di legge e il cui ottenimento era governato da caratteri di automaticità, senza cioè la necessità di un intervento discrezionale da parte dell'amministrazione che avrebbe semplicemente dovuto verificare la regolarità delle attività svolte e la necessità obiettiva, e non sindacabile, della proroga. Affatto diverso è invece il caso dell'ottenimento dei provvedimenti c.d. *consequenziali* o *connessi*. Qui, esiste un'attività di contenuto discrezionale dell'amministrazione, seppure tale attività si debba svolgere nell'ambito delle procedure e dei criteri fissati dalla legge per ottenere i provvedimenti ulteriori, e dunque valendo comunque il principio generale del buon agire amministrativo.

4. La concessione amministrativa come “bene”, in una prospettiva di tutela dei diritti fondamentali: dall’interpretazione dell’articolo 42 della Costituzione (ancora orientata al *sistema del codice*) alla prospettiva della Corte di Strasburgo (tra *beni immateriali* e *beni potenziali*)

Secondo la dottrina amministrativistica, l’utilità economica rinvenibile dallo sfruttamento di beni pubblici demaniali ed indisponibili può essere perseguita o attraverso un uso esclusivo o diretto da parte della stessa amministrazione, o attraverso un uso generale da parte di qualsiasi soggetto pubblico o privato (l’esempio tipico è il libero transito sulle strade pubbliche), o, ancora, attraverso un uso *particolare* ed *esclusivo* a soggetti pubblici o privati cui è riservato un certo utilizzo del bene.

Da un punto di vista tecnico-giuridico, tale riserva di utilizzo può derivare dalla legge o da un atto amministrativo, e integra l’effetto di *escludere* altri individui da qualsiasi uso del medesimo bene o da particolari usi di esso⁽⁷²⁰⁾.

In quest’ultimo caso, lo strumento generalmente utilizzato è quello della *concessione amministrativa*, che assume la configurazione della *concessione-contratto*. In dottrina, “[t]ale *fattispecie complessa* risulta dalla convergenza di un atto unilaterale ed autoritativo, appunto la concessione, e di una convenzione integrativa del contenuto di questa avente natura privatistica, cioè di un rapporto contrattuale bilaterale fonte di obblighi e diritti reciproci dell’ente concedente e del privato concessionario”⁽⁷²¹⁾.

Avendo a riferimento il pensiero di Reich, che come si è visto è stato il primo autore a ipotizzare la “natura proprietaria” delle *autorizzazioni allo sfruttamento di risorse pubbliche*⁽⁷²²⁾, l’oggetto del diritto di esclusiva che determina l’insorgere dell’utilità in capo al privato concessionario non sarebbe tanto il contratto bensì, direttamente, l’atto *autoritativo concessorio*.

Ora, è evidente, come si è ampiamente premesso nella prima parte della ricerca che, attribuire alle “autorizzazioni” amministrative la qualifica di beni in senso civilistico, ai sensi dell’art. 810 c.c., è operazione difficilmente ammissibile⁽⁷²³⁾.

⁽⁷²⁰⁾ F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, 2007, 769.

⁽⁷²¹⁾ *Ult. cit.*, 770

⁽⁷²²⁾ Cfr. Parte Prima, Capitolo I, Par. 1 della presente ricerca.

⁽⁷²³⁾ Come si è notato nell’ambito della presente ricerca, per alcuni autori, le autorizzazioni amministrative e le licenze a fornire servizi o a svolgere certe attività professionali sono certamente equiparabili ai nuovi beni pur non potendo, la loro disciplina, per gli interessi che tali utilità perseguono, essere organizzata nella forma della proprietà tradizionale (F. PULITINI, *Logica economica e struttura dei diritti. Le New Properties e il decentramento delle scelte pubbliche*, in *Dalle res..., cit.*, 67 ss.). Per altri autori, più prudentemente, “ci si interroga (...) se ad una frequenza televisiva, dopo averne attribuita l’“appartenenza” ad un determinato soggetto sia applicabile l’armamentario predisposto dal codificatore del 1942 in tema di tutela della proprietà” (A. GAMBARO, *Trattato dei diritti reali, cit.*, 2010, 977).

Pur tuttavia, ai nostri fini, che abbiamo detto sono di ordine costituzionale e si collocano in una prospettiva di tutela dei diritti fondamentali, è necessario notare che tali “autorizzazioni” si caratterizzano per il fatto di consentire ad un particolare soggetto lo sfruttamento economico di una utilità, o il godimento di uno status, in regime di *esclusiva*, e finiscono con il determinare in questo modo, almeno sul versante delle garanzie fondamentali, una situazione che denota significative analogie con il regime proprietario.

A questo proposito, si potrebbero ricordare alcune pagine di Francesco Ferrara⁽⁷²⁴⁾, in cui l'autorevole civilista, dando alle concessioni dignità di categoria giuridica autonoma, poneva i “*diritti assoluti di esclusione*”, *alias* “*diritti di monopolio*”, accanto ai diritti reali e ai diritti su beni immateriali, teorizzando che “*mentre il diritto reale garantisce un potere rispetto ad una cosa individuale determinata, il diritto di monopolio dà la facoltà di impedire ad altri di possedere o sfruttare beni simili a quelli del monopolizzatore*”⁽⁷²⁵⁾.

Di conseguenza, “[i]l monopolio è un privilegio” poiché “*a differenza del diritto reale (...) esclude tutti dall'esercizio di una attività, a cui si avrebbe per principio diritto*”⁽⁷²⁶⁾, ma nei fatti realizza esattamente lo stesso effetto di una posizione dominicale⁽⁷²⁷⁾.

Il filo dello *ius excludendi alios*, come elemento essenziale e qualificante della “proprietà su autorizzazioni” mostra dunque di reggere, ed è in effetti l'elemento qualificante anche dei permessi e delle concessioni per la prospezione, la ricerca e lo sfruttamento degli idrocarburi⁽⁷²⁸⁾.

⁽⁷²⁴⁾ *Trattato di diritto civile*, Roma, 1921, 360.

⁽⁷²⁵⁾ Come si dirà qui di seguito, la “*facoltà di impedire ad altri di possedere o sfruttare*” beni può costituire, nel pensiero di alcuni autorevoli giuristi (cfr, per tutti, A. DORFMAN, *Private Ownership*, in *Legal Theory*, Cambridge University Press, 16, 2010, 1-35), un efficace aggiornamento della nozione essenziale di proprietà, poiché sarebbe in grado di ricomprendere al suo interno anche tutti quei beni che, o non sono più materiali (ad es., i titoli finanziari di materializzati) o che, per la loro natura, sono direttamente immateriali. In sintesi, per Dorfman la proprietà è uno “*special power to fix and change the rights and duties that nonowners have toward the owner with respect to an object*” (*ult. cit.*, 5). La conseguenza è che “*the idea of private property is first and foremost about normative relationships between persons, and only secondarily about the res or thing*” (*ult. cit.*, 21). La proprietà attiene dunque (primariamente) al rapporto tra le persone e non (primariamente) al rapporto tra una persona e una cosa. Lo “*ius excludendi omnes alios*” non sarebbe (o non sarebbe più; o sarebbe sempre di meno) il nucleo fondamentale della proprietà. [Nel *Britain's Countryside and Rights of Way Act 2000* si prevede ad es. che i proprietari non possono escludere i non proprietari da certe parti non coltivate dei loro terreni (*ult. cit.*, 30)]. Ma qual'è allora il nucleo fondamentale del concetto di proprietà? “*the right to alienate an object, I argue*” (*ult. cit.*, 33).

⁽⁷²⁶⁾ FERRARA, *ult. cit.*, 360.

⁽⁷²⁷⁾ Questa prospettiva ha avuto una certa eco anche sul fronte degli amministrativisti. Tra i tanti, si può ad esempio citare Cassese, secondo cui esiste nel nostro ordinamento un “*diritto a prestazioni positive della pubblica amministrazione*” determinato “*dall'attribuzione ai titolari di autorizzazioni, licenze, ecc. di una tutela non dissimile da quella della proprietà*” (*Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989, 389).

⁽⁷²⁸⁾ Cfr., in particolare, l'art. 5 della L. 9/91, in cui è espressamente previsto il regime di esclusiva.

4.1. I limiti dell'attuale interpretazione dell'art. 42 della Costituzione

Si è accennato nei capitoli precedenti⁽⁷²⁹⁾, che la nozione costituzionale di proprietà in paesi come gli Stati Uniti o la Germania viene generalmente desunta come “*formula riassuntiva dell'insieme dei diritti patrimoniali imputabili al soggetto privato*”⁽⁷³⁰⁾.

Un tale orientamento si fonda sul principio per cui accanto al diritto soggettivo di proprietà tipico della codicistica moderna coesiste una nozione costituzionale più ampia, comprensiva del complesso dei rapporti giuridici, aventi valore patrimoniale, tanto se reali quanto se obbligatori, dai quali possono derivare diritti soggettivi per il singolo titolare⁽⁷³¹⁾.

Nello sviluppo di una tale prospettiva, partendo dall'assunto di matrice liberale, secondo cui la proprietà privata è “*lavoro accumulato*”, si è poi sottolineato il legame dell'appropriazione dei beni da parte dei privati con lo “*svolgimento delle naturali capacità intellettuali e materiali dell'uomo, in modo da configurare la proprietà privata come libertà individuale che si esercita nel mondo dei beni patrimonialmente vantabili nella forma di prestazioni o di aspettative giuridiche dei privati in relazione a questi ultimi*”⁽⁷³²⁾.

L'esito è che le costituzioni degli Stati di democrazia pluralistica sembrerebbero dunque imporre una struttura *aperta* delle norme sulla proprietà. Struttura aperta che deve consentire il *bilanciamento* con altri valori e la *comprensione* delle molteplici forme di appartenenza che lo sviluppo del mercato dei beni impone. E pur tuttavia, una tale elasticità non esclude, ma anzi presuppone, l'esistenza a livello costituzionale di un comune denominatore, cui ricondurre ad *unità* la molteplicità degli statuti proprietari presenti nella legislazione attuale e in quella futura⁽⁷³³⁾.

La nostra carta fondamentale, stando alla ricostruzione che è sino ad ora stata fatta dalla dottrina costituzionale⁽⁷³⁴⁾, ragionerebbe invece in tutt'altri termini.

In particolare, secondo Baldassarre, la Costituzione – separando la libertà (civile e politica) dalla proprietà (pubblica e privata), distinguendo quest'ultima dal lavoro (artt. 35-40) e dall'impresa (artt. 41, 43, 45, 46), e identificando poi, nell'ambito delle norme che definiscono la nozione di proprietà (artt. 42, 44, 47),

⁽⁷²⁹⁾ Cfr. Parte Seconda, Capitolo I.

⁽⁷³⁰⁾ BALDASSARRE, *Proprietà, cit.*, 6.

⁽⁷³¹⁾ *Ult. cit.*, 6).

⁽⁷³²⁾ *Ibidem.*

⁽⁷³³⁾ *Ib.*

⁽⁷³⁴⁾ Come si è esaminato (cfr. Parte Seconda, Capitolo Primo), la dottrina costituzionale ha in più occasioni solo “*enunciato*” di voler definire il contenuto della proprietà secondo la Costituzione e la Corte costituzionale ha sempre evitato di fornire una “*esplicita*” nozione costituzionale di proprietà, limitandosi essenzialmente a definirne i limiti in relazione alla funzione sociale.

una pluralità di oggetti e modalità con cui tale diritto si può manifestare – finirebbe con il riconoscere a proprietà, lavoro e impresa caratteri e regimi del tutto peculiari, che non sarebbero, almeno immediatamente, componibili (ma dalla cui interazione dipenderebbe il funzionamento complessivo del sistema economico).

In sintesi, rispetto alla generalità degli Stati a democrazia pluralistica, la nozione di proprietà privata nella nostra Costituzione dovrebbe contare almeno le seguenti due distinzioni: essere definita in opposizione, per così dire “sistemica”, al lavoro e all’impresa (collocandosi topograficamente “dietro” a entrambi tali diritti: di una posizione rispetto all’impresa e addirittura di quarantuno posizioni rispetto al lavoro), ed essere a sua volta “parcellizzata” in tante proprietà (tanto da aver indotto Baldassarre a coniare la definizione, mutuata da Croce, di “*unità dei distinti*”).

Se queste sono le premesse, la definizione “ampia” di proprietà di cui abbiamo dato conto all’inizio (vale a dire come “*formula riassuntiva dell’insieme dei diritti patrimoniali imputabili al soggetto privato*”) diventerebbe difficilmente giustificabile all’interno di un tale contesto, e, inevitabilmente, la nozione costituzionale di proprietà non potrebbe che “ridursi” all’“*appartenenza di oggetti esterni alla persona o al soggetto titolare*”⁽⁷³⁵⁾.

Nella nostra Costituzione, dunque, questa sarebbe la conclusione, la proprietà non può essere qualificata, sulla falsariga di quanto già si era visto per la nozione di *property*, come “*una forma di attività di rilievo patrimoniale simile a quella che un soggetto esercita sul proprio corpo o sul proprio spirito*”⁽⁷³⁶⁾, ma necessiterebbe in ogni caso di un rapporto di appartenenza-titolarità tra un soggetto e un oggetto esteriore.

Così stando le cose, è evidente che “*la proprietà privata come libertà individuale che si esercita nel mondo dei beni patrimonialmente vantabili nella forma di prestazioni o di aspettative giuridiche dei privati in relazione a questi ultimi*”⁽⁷³⁷⁾, non apparterebbe alla nozione di proprietà secondo la Costituzione, e che la tutela dei “beni in senso economico”, delle “prestazioni” e delle “aspettative” deve essere cercata altrove.

Si è fino ad ora usato il condizionale perché in realtà non vi è nel testo una espressa preclusione ad interpretazioni differenti, e anzi, secondo Tarello, come è evidente proprio dalla lettera del testo, la Costituzione non dà una definizione di proprietà né di diritto di proprietà. Di conseguenza, scrive sempre Tarello, “*ogni definizione è permessa (agli operatori giuridici) purchè essa non vada contro, nelle sue conseguenze operative, al disposto di singole prescrizioni in materia di*

⁽⁷³⁵⁾ G. MOTZO-A. PIRAS, *Espropriazione e «pubblica utilità»*, in *Giur. Cost.*, 1959, 208.

⁽⁷³⁶⁾ BALDASSARRE, *Ult. cit.*, 7.

⁽⁷³⁷⁾ *Ibidem*.

“proprietà” contenute negli articoli della Costituzione che ne fanno letterale menzione (cioè gli artt. 42, 44, 47)”⁽⁷³⁸⁾.

Il tentativo dovrebbe dunque essere di cercare altrove elementi che “consentano” interpretazioni evolutive o adeguatrici.

Come si è visto⁽⁷³⁹⁾, una risposta la si può trovare sul versante della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, nell’interpretazione che di tali diritti è data dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁽⁷⁴⁰⁾.

4.2. Le possibili “soluzioni” ricavabili dalla giurisprudenza di Strasburgo

Nella prospettiva dei giudici di Strasburgo, non solo, come si è ampiamente descritto nella ricerca, si possono considerare quali beni suscettibili di ricadere nella sfera di applicazione dell’articolo 1 del Primo protocollo addizionale Cedu, una vasta schiera di beni immateriali, e, in particolare, di benefici e autorizzazioni erogati dallo Stato, tra cui le licenze a svolgere attività nel settore del commercio⁽⁷⁴¹⁾, e dei servizi⁽⁷⁴²⁾, i permessi edilizi⁽⁷⁴³⁾, o le sovvenzioni a imprese come quelli erogati dalla nostra l. 488/92⁽⁷⁴⁴⁾, ecc. – talché non vi dovrebbe essere nessuna obiezione a farvi rientrare anche i titoli di cui si discute – ma, vanno certamente ricompresi nella tutela proprietaria anche beni che oltre ad essere immateriali sono anche *potenziali*.

Ed è qui che il potenziale della giurisprudenza di Strasburgo, almeno per questione di cui ci si sta occupando, dispiega il suo massimo di efficacia rispetto al nostro caso concreto⁽⁷⁴⁵⁾.

⁽⁷³⁸⁾ G. TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà (Lezioni introduttive, in Corso di diritto civile, 1972-73, Genova, 1973, ora parzialmente riprodotto in) Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, 245.

⁽⁷³⁹⁾ Cfr. Parte Seconda, Capitolo II.

⁽⁷⁴⁰⁾ Per una disamina della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sui nuovi beni e le nuove proprietà, cfr. Parte Seconda, Capitolo II, Par. 2.

⁽⁷⁴¹⁾ Nel caso *Tre Traktor AB*, il gestore di un ristorante, titolare di una licenza di vendita di bevande alcoliche, fa valere quale ineliminabile condizione per l’esercizio della propria attività il perdurare del mantenimento di tale licenza, nonostante sia nel frattempo intervenuta una legge di senso contrario (Corte dei Diritti, 7 luglio 1989, *Tre Traktor AB*, Serie A, n. 159, 53, in MOSCARINI, *cit.*, 235).

⁽⁷⁴²⁾ Nel caso *Megadat.com Srl*, proprio con riferimento alla natura della licenza, secondo i giudici di Strasburgo, “*It is undisputed between the parties that the applicant company’s licences constituted a possession for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention*” (Corte dei Diritti, Quarta Sezione, 8 aprile 2008, *Megadat.com Srl c. Moldavia*).

⁽⁷⁴³⁾ Nel caso *Pine Valley*, la Corte ha riconosciuto come tutelabile ai sensi dell’art. 1 del Primo Protocollo la legittima aspettativa con riguardo al rilascio di un certificato relativo ad un piano di urbanizzazione di alcuni terreni che era stato considerato nullo da una sentenza della Corte suprema irlandese (Corte dei Diritti, 29 novembre 1991, *Pine Valley Developments Ltd et autres c. Irlanda*, Serie A, n. 222, 51, in MOSCARINI, *cit.*, 239).

⁽⁷⁴⁴⁾ Corte dei Diritti, Seconda Sezione, 18 maggio 2010, *Plalam S.p.A. c. Italia*.

⁽⁷⁴⁵⁾ Cfr. Parte Seconda, Capitolo II, Par. 2, lett. h).

Infatti, secondo la Corte dei diritti, godono della stessa tutela offerta dall'articolo 1 non soltanto i *beni attuali*, materiali o immateriali che siano, ma anche altre utilità, che si potrebbero definire *beni potenziali*, e che si concretano in una *aspettativa*, che la Corte definisce *legittima*, ad ottenere un'utilità da una certa *situazione* (sia essa *di fatto* o *di diritto*).

L'analisi di alcuni casi concreti può risultare forse chiarificatrice.

Nel caso *Agrati*⁽⁷⁴⁶⁾, ad esempio, è tutelata l'aspettativa ad ottenere il riconoscimento, a fini pensionistici, di una certa anzianità di servizio, anche a fronte di una successiva legge interpretativa (e dunque retroattiva) che ha disposto diversamente.

La *legittima aspettativa* del soggetto è quella di godere, in futuro, di una certa pensione, alle condizioni attualmente stabilite; la *situazione* da cui tale aspettativa origina è la legge come in vigore e come interpretata nel momento in cui tale aspettativa è sorta; la *violazione* che impone di attivare la tutela proprietaria è costituita dall'*irragionevole, sproporzionata ed eccessiva* limitazione che si è realizzata con la legge interpretativa successiva⁽⁷⁴⁷⁾.

A ulteriore chiarificazione sulla possibilità di ricomprendere *beni non attuali* nell'ambito di applicazione dell'art. 1, Primo protocollo, la Corte, sempre nel caso *Agrati*, osserva che: “*La notion de « biens » peut recouvrir tant des « biens actuels » que des valeurs patrimoniales, y compris, dans certaines situations bien définies, des créances. Pour qu'une créance puisse être considérée comme une « valeur patrimoniale » tombant sous le coup de l'article 1 du Protocole no 1, il faut que le titulaire de la créance démontre que celle-ci a une base suffisante en droit interne, par exemple qu'elle est confirmée par une*

⁽⁷⁴⁶⁾ Corte dei Diritti, 7 giugno 2011, *Agrati et al. c. Italia*.

⁽⁷⁴⁷⁾ In questo caso, l'aspettativa è particolarmente qualificata perché origina da una legge. La fondatezza della legittima aspettativa e la certezza di godere del beneficio sono quindi massime. Ma, nella prospettiva della Corte, la legittima aspettativa può essere tale anche se la sua fonte non è giuridica. In questi casi, infatti, è la mancata adozione, per lungo tempo, da parte dell'autorità pubblica, di provvedimenti che avrebbero dovuto sanare uno stato di fatto *contra legem*, ad ingenerare una legittima aspettativa al mantenimento del vantaggio conseguito. E così, nel caso *Beyeler* (Corte dei Diritti, 5 gennaio 2000, *Beyeler c. Italia*, in MOSCARINI, *Proprietà privata...*, cit., 237), la Corte di Strasburgo tutela l'interesse patrimoniale dell'acquirente alla conservazione di un quadro di Van Gogh acquistato in violazione della legge italiana in materia di protezione del patrimonio culturale e artistico, in considerazione del fatto che l'amministrazione non aveva per molti anni esercitato il diritto di prelazione previsto dalla normativa citata, ingenerando il mancato esercizio di tale diritto una legittima aspettativa alla conservazione del bene. Similmente, nel caso *Oneryildiz* (Corte dei Diritti, 18 giugno 2002, *Oneryildiz c. Turquie*), il ricorrente, cittadino turco, chiede alla Corte di accertare il proprio diritto ad essere risarcito della perdita della propria casa, costruita abusivamente nei pressi di una discarica, ma per lungo tempo “accettata” dallo Stato. La Corte ammette che l'utilità derivante dal diritto all'abitazione costituisce un interesse economico sostanziale tutelato ai sensi dell'art. 1 del Protocollo. La tutela delle accennate *situazioni di fatto* finisce dunque con il “creare” beni che non sono fondati su una *aspettativa giuridicamente fondata* ma piuttosto sull'*acquiescenza*, vale a dire sull'aspettativa che si è creata dall'aver sopportato a lungo una situazione non giuridicamente permessa o sul fatto che l'esercizio dei normali mezzi di tutela non garantisce il raggiungimento di un risultato giuridicamente apprezzabile nel patrimonio del singolo.

jurisprudence bien établie des tribunaux. Dès lors que cela est acquis, peut entrer en jeu la notion d'« espérance légitime » (Maurice c. France [GC], n 11810/03, § 63, CEDH 2005-IX)»⁽⁷⁴⁸⁾.

In questo modo, la Corte di Strasburgo ricomprende nell'ambito di applicazione dell'articolo 1, Primo protocollo anche beni che, non solo non corrispondono alla nozione di bene di cui all'art. 810 del nostro Codice civile, ma in cui la relazione di appartenenza con il soggetto titolare non si traduce in una *posizione giuridica soggettiva immediata* ma è invece qualificabile, appunto, come una *legittima aspettativa* all'acquisto di una certa utilità, a condizione che la situazione da cui questa aspettativa origina, sia ragionevolmente *fondata*, abbia cioè *«une base suffisante en droit interne»⁽⁷⁴⁹⁾*, e che la limitazione che si prospetta non costituisca una *«charge anormale et exorbitante» sur les requérants*, né rivesta *«un caractère disproportionné, rompant le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et la sauvegarde des droits fondamentaux des individus»⁽⁷⁵⁰⁾⁽⁷⁵¹⁾*.

Similmente, nei casi *OAQ⁽⁷⁵²⁾*, *Shchokin⁽⁷⁵³⁾*, *Business Support Centre⁽⁷⁵⁴⁾*, *Patrikova⁽⁷⁵⁵⁾*, *Joubert⁽⁷⁵⁶⁾*, *Bulves⁽⁷⁵⁷⁾*, l'aspettativa tutelata è a non subire un'imposizione fiscale arbitraria e sproporzionata.

Con riferimento a questa tipologia di aspettative, *«The Court reiterates its established case-law whereby an applicant can allege a violation of Article 1 of Protocol No. 1 only in so far as the impugned decisions related to his «possessions» within the meaning of that provision. «Possessions» can be either «existing possessions» or assets, including claims, in respect of which the*

⁽⁷⁴⁸⁾ Cfr., Corte dei diritti, *ult. cit.*, Par. 73.

⁽⁷⁴⁹⁾ C. Dir., *Agrati, cit.*, Par. 73, ma cfr. anche i casi *Beyeler* e *Oneryildiz*, descritti *supra*, in cui, a certe condizioni si può anche prescindere dalla *giuridicità* dell'aspettativa.

⁽⁷⁵⁰⁾ *Agrati, cit.*, Par. 84.

⁽⁷⁵¹⁾ Peraltro lo stesso principio di diritto, è stato espresso anche nell'ambito di una questione pregiudiziale sollevata dalla Corte suprema di Cassazione italiana dinnanzi alla Corte di giustizia, in sede di conclusioni dell'avvocato generale Jan Mazak, secondo cui *«il giudice del rinvio deve valutare se il sistema italiano in questione – in particolare i diversi termini di decadenza o di prescrizione da esso previsti, da un lato, per la BAPV e, dall'altro, per i consorzi per quanto riguarda l'esercizio dei loro diritti derivanti dall'IVA indebitamente fatturata e versata all'erario – non comporti, in conseguenza dell'intervento dell'amministrazione tributaria consistente nella modifica dell'interpretazione, una lesione del diritto di proprietà della BAPV»* (Conclusioni dell'avvocato generale Ján Mazák, presentate il 15 settembre 2011, nella Causa C-427/10, Banca Antoniana Popolare Veneta SpA, incorporante la Banca Nazionale dell'Agricoltura SpA contro Ministero dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate, Par. 38).

⁽⁷⁵²⁾ Corte dei Diritti, 20 settembre 2011, *OAQ Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russia*.

⁽⁷⁵³⁾ Corte dei Diritti, 14 ottobre 2010, *Shchokin c. Ucraina*.

⁽⁷⁵⁴⁾ Corte dei Diritti, 18 marzo 2010, *Business Support Centre c. Bulgaria*.

⁽⁷⁵⁵⁾ Corte dei Diritti, 4 marzo 2010, *Patrikova c. Bulgaria*.

⁽⁷⁵⁶⁾ Corte dei Diritti, 23 luglio 2009, *Joubert c. Francia*.

⁽⁷⁵⁷⁾ Corte dei Diritti, 22 gennaio 2009, *Bulves Ad c. Bulgaria*.

applicant can argue that he or she has at least a “legitimate expectation” of obtaining effective enjoyment of a property right”(758).

Ancora, in una prospettiva non dissimile, nel caso *Klaus*(759), è tutelata l'aspettativa a ottenere il risarcimento per danno morale sulla base di leggi statali che lo Stato, per colpevole ritardo, non ha ancora implementato.

Infine, nel caso *Lelas*(760) – in cui il richiedente, membro delle forze armate croate, a seguito dello svolgimento di lavori di sminamento, adduce di aver maturato il diritto a degli “assegni quotidiani speciali” stabiliti dalla legge in virtù del lavoro prestato, e poi non corrisposti per errori nella procedura di ottenimento imputabili all'amministrazione che avevano determinato la prescrizione del diritto – “*“Possessions” can be “existing possessions” or claims that are sufficiently established to be regarded as “assets”. Where, as in the present case, a proprietary interest is in the nature of a claim, it may be regarded as an “asset” only if there is a sufficient basis for that interest in national law (for example, where there is settled case-law of the domestic courts confirming it), that is, when the claim is sufficiently established to be enforceable (see Kopecký v. Slovakia [GC], no. 44912/98, §§ 49 and 52, ECHR 2004-IX, and Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece, 9 December 1994, § 59, Series A no. 301-B)*”(761).

In definitiva, nella prospettiva della Corte di Strasburgo, la legittima aspettativa ad ottenere una utilità è, dunque, a certe condizioni, tutelata alla stregua di un bene oggetto di proprietà (e, se è vero che il *bene potenziale* non è un bene esistente, e come tale è incorporale, si potrebbe persino sostenere che l'aspettativa sia, in effetti, un “bene immateriale trasversale”).

Una tale conclusione richiama alla mente, l'originale partizione delle “cose” elaborata da Zencovich, di cui abbiamo dato conto nella prima parte della ricerca(762). Secondo l'autore, di là delle cose corporali e prima delle prestazioni, esisterebbe infatti una categoria di entità che potremmo definire “*situazioni*”.

Mentre le cose si caratterizzano per la loro corporalità e le prestazioni per un *facere* (anche se talvolta negativo), “*la situazione è caratterizzata dall'essere*”(763): l'esempio più evidente è quello dell'*avviamento* di un'azienda (*goodwill*), ma vi rientrerebbero anche le *qualifiche professionali*, le *universalità di diritto*, e appunto le *aspettative*(764).

Per la sussistenza della situazione, e così dell'aspettativa, non è necessario l'intervento di un terzo (mentre la prestazione in genere la presuppone), ed “*essa rileva per il diritto in sé e per sé in quanto il soggetto rivolge ad essa il proprio*

(758) Cfr., Corte dei diritti, *ult. cit.*, Par. 53.

(759) Corte dei Diritti, 2 febbraio 2010, *Klaus ed Iouri Kiladze c. Georgia*.

(760) Corte dei Diritti, Prima Sezione, 20 maggio 2010, *Lelas c. Croatia*.

(761) C. Dir., *Lelas, cit.*, Par. 56.

(762) Cfr. Parte Prima, Capitolo I.

(763) ZENCOVICH, *Cosa, cit.*, 449.

(764) *Ibidem*.

interesse confidando che altri non interferiscano (s'intende, negativamente) con essa, e a tal fine è articolata [ndr, o dovrebbe essere articolata] la tutela dell'ordinamento"⁽⁷⁶⁵⁾.

Ora, nel caso dei titoli minerari di cui ci stiamo occupando è esattamente in discussione la tutela di una (legittima) aspettativa – identificabile nell'interesse dell'operatore all'ottenimento dei provvedimenti consequenziali propedeutici allo sviluppo dei titoli abilitativi già ottenuti – pregiudicata dall'intervenuta modifica legislativa.

Le condizioni per la tutela dell'aspettativa, come si è premesso, sono che il "bene economico" potenziale su cui si incentra l'aspettativa sia qualificabile come oggetto di proprietà e che l'aspettativa sia ragionevolmente fondata.

Tali condizioni sembrano ricorrere entrambe poiché, da una parte, il titolo minerario rilasciato e i provvedimenti successivi rappresentano, in estrema sintesi, un valore patrimoniale il cui sfruttamento è dato ad un soggetto, seppure attraverso un atto autoritativo dell'amministrazione, con carattere di esclusività, e, dall'altra parte, l'aspettativa origina da un provvedimento legislativo, che come tale è fonte qualificata per definizione.

All'esito di queste considerazioni, che portano la legittima aspettativa del titolare dei diritti minerari sotto l'ombrello del diritto di proprietà della Corte di Strasburgo, si tratterà poi di valutare se le limitazioni imposte dalla modifica normativa siano eccessive rispetto agli altri diritti in conflitto (nel senso di rilevare se una tale modifica costituisca una "« charge anormale et exorbitante » sur les requérants" e se rivesta "un caractère disproportionné, rompant le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et la sauvegarde des droits fondamentaux des individus"⁽⁷⁶⁶⁾), ma una tale valutazione è prerogativa di una fase successiva, quella del bilanciamento. Quello che qui interessa si situa invece in una fase preliminare, ed è di definire i diritti effettivamente in gioco.

5. Un'ipotesi di "ingresso" delle nuove proprietà e dei nuovi beni nel nostro ordinamento

A questo punto⁽⁷⁶⁷⁾, conclusivamente, può essere utile chiedersi quali siano, in concreto, e nel panorama dato, gli strumenti a disposizione del giudice comune per intervenire "autonomamente", con la massima dose di effettività, in modo da adeguare la norma di diritto interno ai precetti che, in tema di diritti fondamentali, provengono dal combinato disposto di norme costituzionali, diritto comunitario e dal diritto convenzionale (anche considerando che, con riferimento

⁽⁷⁶⁵⁾ *Ib.*

⁽⁷⁶⁶⁾ *Agrati, cit.*, Par. 84.

⁽⁷⁶⁷⁾ Si omette qualsiasi considerazione circa la vincolatività della norma convenzionale nel nostro ordinamento, prima e dopo Lisbona, per la cui disamina si rimanda alla Parte Seconda, Capitolo II, Par. 4.

alle *nuove proprietà e nuovi beni*, il giudice comune, più che a *disapplicare* delle norme sarà chiamato, sovente, a *colmare* delle lacune nella regolazione, come è, ad esempio, nel caso ora trattato, dei titoli minerari, ma come specularmente potrebbe essere, secondo quanto si è potuto accennare nei capitoli precedenti, nel caso dei *domain names* o del *know-how* delle reti di imprese).

Occorre partire dal presupposto che il giudice del merito non deve fare un semplice raffronto tra due testi, quello della disposizione di diritto interno e quello della disposizione comunitaria e/o convenzionale in combinato disposto con il precetto costituzionale che rileva nel caso di specie, bensì deve svolgere un procedimento più articolato che impone il raffronto tra una norma comunitaria e/o convenzionale, *come interpretata* (dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e/o della Corte dei diritti), e un testo normativo di diritto interno, *come interpretabile* (in base alle risultanze della giurisprudenza Cedu), avendo comunque sempre di mira anche la norma costituzionale di riferimento, le altre norme costituzionali e i principi alla base dell'ordinamento costituzionale, al fine di valutare che non vi sia un contrasto tra norme costituzionali e convenzionali.

Ora, per quello che maggiormente riguarda la prospettiva di questa ricerca, il nodo fondamentale di un tale procedimento – che come acutamente notato da Gambaro è “*composto da norme, istituzioni e mentalità*” di diversi sistemi e ordinamenti⁽⁷⁶⁸⁾ – è se il giudice sia vincolato al solo criterio teleologico (*i.e.*, individuare una interpretazione “possibile”), in cui il limite è rappresentato, in senso ampio, dal tenore letterale del testo⁽⁷⁶⁹⁾, oppure se non rimanga vincolato a tutti i corollari dell'art. 12 delle preleggi (*i.e.*, oltre al tenore letterale, come risultante anche dall'intenzione del legislatore, il riferimento è al ricorso “*alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe*” e alla decisione “*secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*”). Nel primo caso, operando essenzialmente, come si è detto, in un contesto di lacuna del sistema, sarà quasi sempre possibile, con i soli limiti rappresentati dal tenore letterale del testo, conferire al diritto interno un significato “compatibile” con il diritto comunitario e/o convenzionale. Nel secondo caso l'operazione sarà invece molto più difficile da realizzare, e al giudice altro non rimarrebbe che il ricorso al giudizio costituzionale incidentale.

Una discussione simile, riferisce sempre Gambaro⁽⁷⁷⁰⁾, si è svolta in Germania a proposito del noto caso *Quelle*⁽⁷⁷¹⁾. In quella circostanza, è stato

⁽⁷⁶⁸⁾ Cfr., A. GAMBARO, *Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e influenza sul diritto interno in tema di diritto di proprietà*, Riv. Crit. Dir. Priv., 2010, 132.

⁽⁷⁶⁹⁾ Nel senso fatto palese dal lavoro di A. Barak, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton Univ. Press, Princeton and Oxford, 2005.

⁽⁷⁷⁰⁾ Cfr. GAMBARO, *cit.*, 117.

⁽⁷⁷¹⁾ La vicenda si sviluppa a partire dalla sentenza di rinvio del BGH del 16 agosto 2006, a cui è seguita la successiva pronuncia della Corte di Giustizia del 17 aprile 2008, e la definitiva sentenza del BGH del 26 novembre 2008, che correggendo la norma di cui all'art. 439, quarto comma, del BGB, ha adeguato l'ordinamento tedesco alla soluzione sancita dalla Corte di Giustizia attraverso un originale percorso logico-giuridico.

osservato, il BGH ha adeguato l'ordinamento tedesco a norme di provenienza esterna, nella fattispecie comunitarie, distinguendo tra interpretazione in senso stretto (*Auslegung*) e interpretazione teleologica (*Teleologische Reduktion*), laddove l'utilizzo di quest'ultima tecnica, che determina una evoluzione del diritto (*Rechtsfortbildung*), presuppone che nella legge impugnata vi sia l'esistenza di una *lacuna normativa nascosta* (*Uerdeckte Regelungslücke*), nel senso di una incompletezza nella formulazione degli obiettivi, che consentirebbe al giudice di procedere ad un adeguamento del diritto vigente in conformità agli obiettivi stabiliti dall'ordinamento esterno cogente, in quel caso comunitario, svincolandolo da un procedimento interpretativo in senso stretto⁽⁷⁷²⁾.

L'interpretazione teleologica o evolutiva imposta dalla scoperta di una lacuna normativa nascosta del sistema sembrerebbe in effetti essere lo strumento adatto anche per la "risoluzione" del caso di cui si è dato conto in queste conclusioni.

La modifica introdotta dal decreto legislativo 128/2010 alla disciplina dei titoli minerari – in cui si dispone, per scopi di tutela ambientale, il divieto di qualsiasi attività di ricerca, prospezione e coltivazione di idrocarburi liquidi e gassosi, nelle aree marine protette e in un'area ad esse contigua, fatti salvi, così recita la norma, i "titoli abilitativi già rilasciati" alla data di entrata in vigore del decreto – lasciava infatti senza una regolamentazione espressa le ipotesi in cui il titolare del permesso o della concessione si trovasse nell'ipotesi di richiedere un provvedimento ulteriore ai fini di poter proseguire nello sviluppo delle attività minerarie, come sarebbe ad esempio nel caso in cui alla scadenza del permesso di ricerca, essendo intervenute delle scoperte, l'operatore richiedesse il rilascio della concessione di coltivazione.

Secondo il Consiglio di Stato, nell'ambito di una interpretazione strettamente letterale della norma, nella locuzione "titoli abilitativi già rilasciati" si sarebbero dovuti ricomprendere solamente i provvedimenti che non si

⁽⁷⁷²⁾ In particolare, il BGH ha prima assunto come punto di avvio la differenziazione presente nell'ordinamento tedesco tra interpretazione in senso stretto (*Auslegung*) ed evoluzione del diritto (*Rechtsfortbildung*); in secondo luogo il medesimo BGH ha aggiunto che il principio della interpretazione conforme all'ordinamento esterno cogente, in quel caso quello comunitario, implica che laddove sia possibile e necessario, il diritto nazionale venga sviluppato (*Fortzubilden*) in modo conforme, e che tuttavia, ove i giudici ritengano, come nel caso di specie, che occorra effettuare una evoluzione del diritto (*Rechtsfortbildung*) attraverso una interpretazione teleologica (*Teleologische Reduktion*), la legittimità di una tale operazione presupponga l'esistenza di una lacuna normativa nascosta (*Uerdeckte Regelungslücke*) nel senso di una lacuna (incompletezza) nella formulazione degli obiettivi (*Planwidrige Unvollständigkeit*). Nel caso di specie, tale lacuna è stata rintracciata nel fatto che il legislatore tedesco nel procedere alla *Schuldrechtsmodernisierung* in materia di vendita al consumatore aveva inteso adeguarsi alla direttiva comunitaria, mentre nella formulazione della norma di cui all'art. 439, quarto comma, BGB, se ne era discostato; da ciò ne è derivata la considerazione che la legge fosse incompleta sotto il profilo della formulazione degli obiettivi (*Planwidrig Unvollständig*) e che sussistesse dunque una lacuna normativa nascosta (*Uerdeckte Regelungslücke*), che avrebbe autorizzato il giudice a procedere secondo un adeguamento del diritto vigente, svincolandolo da un procedimento interpretativo in senso stretto. (Cfr., GAMBARO, *cit.*, 117).

traducano in *modifiche formali* del provvedimento concessorio o che si risolvano in meri *adeguamenti tecnici*.

Secondo la prospettiva della presente ricerca, l'interpretazione offerta dai giudici di Palazzo Spada sarebbe suscettibile di integrare una violazione della legittima aspettativa degli operatori; legittima aspettativa che, nella consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo è considerata alla stregua di un *bene potenziale* (o "bene immateriale trasversale" nella ricostruzione della presente ricerca), e come tale rientra nella tutela del diritto di proprietà privata disciplinata dall'articolo 1 del Primo protocollo addizionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Ove aderisse a una tale prospettiva, il giudice comune, valutata oltre ogni ragionevole dubbio la *fondatezza* dell'aspettativa dell'operatore (valutato cioè che vi sia "*une base suffisante en droit interne*"⁽⁷⁷³⁾), e dunque valutato, nel nostro caso, che il provvedimento autorizzatorio successivamente richiesto si ponga in una relazione di *consequenzialità, connessione* o *necessità* rispetto al titolo inizialmente rilasciato, e valutato altresì oltre ogni ragionevole dubbio (nell'ambito di un bilanciamento con gli altri diritti coinvolti) che il mancato rilascio di quel provvedimento si tradurrebbe in una limitazione *sproporzionata, irragionevole ed eccessiva* degli interessi dell'operatore ("*«charge anormale et exorbitante» sur les requérants*"⁽⁷⁷⁴⁾), potrà in effetti *completare* la norma, avendovi ravvisato una *lacuna normativa nascosta*, dovuta al fatto che il mancato rilascio di quel provvedimento specifico sarebbe suscettibile di violare il sistema di garanzie che con l'istituto della proprietà si pongono a tutela dei beni economici, nei quali, per come si è argomentato, vanno inclusi, in questo caso, i titoli minerari e le aspettative, in quanto legittime, che da essi derivano.

⁽⁷⁷³⁾ C. Dir., Agrati, cit., Par. 73.

⁽⁷⁷⁴⁾ Agrati, cit., Par. 84.

BIBLIOGRAFIA

AHRENS H., *Filosofia della storia della proprietà*, in appendice al *Corso di diritto naturale o di filosofia del diritto*, trad. it. della sec. ed., 1846, 219 ss.

ALPA G., *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Bari, 1993

ALPA G. (e. BESSONE M.), *Poteri dei privati e statuto della proprietà*, Padova, 2004

ANGELINI F., *L'incidenza della CEDU nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, 503 ss.

ARE M., *Beni immateriali*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959, 244 ss.

ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960

AULETTA G., *Azienda, opere dell'ingegno e invenzioni industriali – Concorrenza*, volume del *Commentario al Codice civile*, a cura V. SCIALOJA e G., BRANCA, Bologna-Roma, 1958

BALDASSARRE A., *Proprietà (dir. cost.)*, in *Enc. Giur.*, vol. XXV, Roma, 1991, p. 1 ss.

BARCELLONA M., *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quadrimestre*, 1987, 607 ss.

BARCELLONA P., *Proprietà (tutela costituzionale)*, in *Dig. disc. priv.*, vol. XV, Torino, 1997, 456 ss.

BARTOLOMEI F., *L'espropriazione nel diritto pubblico*, Milano, 1966

BARTOLONI E., *Un nuovo orientamento della Corte costituzionale sui rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamento italiano?*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, 521 ss.

BESSONE M. (e ALPA G.), *Poteri dei privati e statuto della proprietà*, Padova, 2004

BIFULCO R. (CARTABIA M. e CELOTTO A.), *Introduzione*, in *L'Europa dei diritti, Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, 2001, Bologna, 3 ss.

BIN R., *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, 2000/14, 17

BIN R., PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Torino, 2011, 550

BIONDI B., *Cosa corporale ed incorporale (diritto civile)*, in *Nss. Dig. It.*, IV, 1017)

BOGNETTI G., *Proprietà e libertà. A proposito delle strutture giuridiche dell'economia americana*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1976, 32-33, 1-91

BOYLE J., *The second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, in *Law & Cont. Prob's*, 2003

BULTRINI A., *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, 700 ss.

BULTRINI A., *Le sentenze 348 e 349/2007 della Corte costituzionale: l'inizio di una svolta?*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2008, 171 ss.

BUONOMO F., *La tutela della proprietà dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2005

CANDIAN A. (GAMBARO A. e POZZO B.), *Property, Proprietà, Eigentum*, Padova, 1992

CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 769

CARNELUTTI F., *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1913, I, 354 ss.

CARTABIA M., (BIFULCO R. e CELOTTO A.), *Introduzione*, in *L'Europa dei diritti, Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di R. Bifulco, M. Cartabia e A. Celotto, Bologna, 2001, 3 ss.

CASANOVA M., # *Le imprese commerciali*, Torino, 1955

CASCIONE M. #?, *Beni pubblici e privatizzazioni: eclissi o metamorfosi di una categoria giuridica*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2008, 211 ss.

CASCIONE C.M., *I domain names come oggetto di espropriazione e di garanzia: profili problematici*, in *Dir. Inf. Inf.*, 2008, 25 ss.

CASCIONE C.M., *Garanzie e nuovi beni. Sulla collateralizzazione di nomi di dominio, pagine web, banche dati*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2010, 3, 69 ss.

CASCIONE C.M., *I nomi a dominio aziendali*, in G. RESTA (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Milano, 2011, 400 ss.

CASCIONE C.M., *Il riutilizzo dell'informazione del settore pubblico*, in *Dir. Inf.*, 2005, 1 ss.

CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989, 389

CASSESE S., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003

CELOTTO A. (CARTABIA M. e BIFULCO R.), *Introduzione*, in *L'Europa dei diritti, Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, 2001, Bologna, 3 ss.

CENSINI M., *Iura ad rem ed aspettative reali*, in A. GAMBERO, U. MORELLO (a cura di), *Trattato dei diritti reali*, Milano, 2012, 423 ss.

CERULLI IRELLI V., voce *Beni pubblici*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, II, Torino, Utet, 1997, 273

COMPORITI M., *Relazione introduttiva*, in *La proprietà nella carta europea dei diritti fondamentali*, atti del Convegno di Studi organizzato presso l'Università degli Studi di Siena il 18-19 ottobre 2002, a cura di M. Comporti, Milano, 2005, 1 ss.

CONTI P., *Restauro del Colosseo. Lite sullo sponsor esclusivo*, in *Corriere della Sera*, 4 aprile 2011, 27

CONTI R, (a cura di), *La proprietà e i diritti reali minori. Beni, limiti, tutela nazionale e sovranazionale*, Milano, 2009, 254

D'ADDINO SERRAVALLE P., *I nuovi beni e il processo di oggettivazione giuridica, Profili sistematici*, Napoli, 1999.

DANIELE L., *La tutela del diritto di proprietà e del diritto al libero esercizio delle attività economiche nell'ordinamento comunitario e nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1998, 56 ss.

- DE NOVA G., *I nuovi beni come categoria giuridica*, in G. DE NOVA, B. INZITARI, G. TREMONTI, G. VISENTINI, *Dalle res alle new properties*, Milano, 1991, 12
- DORFMAN A., *Private Ownership*, in *Legal Theory*, Cambridge University Press, 16, 2010, 1-35
- ESPOSITO C., *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano 1958
- FERRARA F., *L'usufrutto dei crediti*, in *Riv. It. Sc. Giu.*, 1904, 407 ss.
- FERRARA F., *Trattato di diritto civile*, Roma, 1921, 360 ss.
- FLETCHER B.B., *A Tribute to Charles Reich*, in *University of San Francisco Law Review*, 1990, 242 ss.
- FLORIDIA G., *Il codice della proprietà industriale: disposizioni generali e principi fondamentali*, in *Dir. Ind.*, 1, 2005, 11, ss.
- GAMBARO A. (CANDIAN A. e POZZO B.), *Property, Proprietà, Eigentum*, Padova, 1992
- GAMBARO A., *Il diritto di proprietà*, Milano, 1995
- GALGANO F., *Diritto Civile e Commerciale*, Vol. I, *Le categorie generali. Le persone. La proprietà*, Padova, 1999, 324
- GALIMBERTI A., *Cellule umane senza brevetto. Boccia la cura del morbo di Parkinson attraverso le staminali*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 marzo 2011
- GALIMBERTI A., *Staminali. No al brevetto quando c'è la distruzione dell'embrione*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 ottobre 2011
- GAMBARO A., *La proprietà*, Milano, 1990
- GAMBARO A., *La proprietà*, in *Trattato di Diritto Privato*, a cura di IUDICA e ZATTI, Milano, 1990, 67 ss.
- GAMBARO A., *Note sul principio di tipicità dei diritti reali*, in *Clausole e principi generali*, a cura di CABELLA, PISU e NANNI, Padova, 1998, 245 ss.
- GAMBARO A., *Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e influenza sul diritto interno in tema di diritto di proprietà*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2010, 128

- A. GAMBARO, U. MORELLO (a cura di), *Trattato dei diritti reali*, Vol. I, *Proprietà e possesso*, Milano, 2010
- GARELLI E. (e MURARO G.), *Verso un'economia immateriale*, in *Dalle res alle new properties*, a cura di G. De Nova, B. Insitari, G. Tremonti, G. Visentini, Milano, 1991, 20 ss.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Firenze, 2000, 193.
- GHIDINI G., CAVANI G., *Introduzione*, in G. GHIDINI, G. CAVANI (a cura di), *Brevetti e biotecnologie*, Luiss University Press, 2008, 9.
- GIANNINI M.S., *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. Dir.*, 1971, 443 ss. (ora riprodotto in *Scritti, Volume Sesto, 1970-1976*, Milano, 2005, p. 187-245)
- GIANELLI A., *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, 698 ss.
- GINOSSAR S., *Droit réel, propriété et créance*, Parigi, 1960
- GRECO P., *Beni immateriali*, in *Nss. Dig. It.*, Torino 1958, 356 ss.
- GROSSI P., *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1976-77, 219 ss.
- GROSSI P., *Un altro modo di possedere*, Milano, 1977
- GROSSI P., *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006
- GUARNIER T., *Un ulteriore passo verso l'integrazione CEDU: il giudice nazionale come giudice comune della Convenzione?*, in www.giurcost.org, nota a commento della sentenza C. cost. 113/2011
- HANSMANN R., KRAAKMAN H., *Property, Contract and Verification: The Numerus Clausus. Problem and the Divisibility of Rights*, Harvard Law School, Research paper 037, 2002
- HARDIN G., *The tragedy of the commons*, in *Science*, 1968, 1246 ss.
- HARRIS J.W., *From Genes to Pension Funds*, London-The Hague-Boston, 1998
- HELPER L., *The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights*, in *Harvard International Law Journal*, Vol. 49, 2008, 4
- IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Bari-Roma, 1998

- KOHLER J., *Manuale delle privative industriali* (trad. ital.), Milano, 1914
- LAWSON F.H., *Common Law*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VI, *Property and Trust*, c. 2° *Structural Variations in Property Law*, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck) Tübingen-Mouton-The Hague-Paris, s.d.
- LUCAS A., *The Currency of Sex. Prostitution, Law and Commodification*, in M.M. ERTMAN & J.C. WILLIAMS (eds), *Rethinking Commodification*, New York University Press, 2005, 248
- LUCARELLI A., *Art. 17*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di R. Bifulco, M. Cartabia e A. Celotto, Bologna, 2001, 139 ss.
- LUCIANI M., *Corte costituzione e proprietà privata*, in *Giur. cost.*, 1977, 1345 ss.
- LUNA R., *Banche dati. Così gli archivi gratis sul web cambieranno le nostre vite*, in *La Repubblica*, 18 ottobre 2011
- LUZZATTO R., *Il diritto europeo e la Costituzione italiana dopo la riforma dell'art. 117*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, spec. p. 17 ss.
- MACARIO F., *Art. 42, Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Torino, 2005
- MANFRELLOTTI R., *Per una sintesi tra iniziativa economica privata e utilità sociale*, in S. PRISCO (a cura di), *Unione europea e limiti sociali del mercato*, Torino, 2002, 45 ss.
- MANZELLA A., *Dal mercato ai diritti*, in *Riscrivere i diritti in Europa*, a cura di A. Manzella, P. Melograni, E. Paciotti, S. Rodotà, Bologna, 2001, 29 ss.
- MARELLA M.R., *Bocca di rosa, Roxanne e le altre. Considerazioni in tema di sesso, mercato e autonomia privata*, in *Polemos*, 2/2008
- MARINELLI F., *Gli usi civici*, Giuffrè, Milano, 2003
- MATTEI U., *Qualche riflessione su struttura proprietaria e mercato*, *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1997, 22
- MATTEI U., *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2001
- MATTEI U., *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, 2012

- U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta: idee per una riforma della proprietà pubblica*, Il Mulino, Bologna, 2007
- MAZZIOTTI M., *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956
- MENZIONI L., *Proprietà e libertà*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1988, 427 ss.
- MERUSI F., *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970
- MESSINETTI D., *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970
- MESSINETTI D., *Beni immateriali*, in *Enc. Giur.*, vol. V, Roma 1989, *ad vocem*
- MEZZANOTTE C., *Intervento*, in *I diritti fondamentali oggi*, Padova, 1995
- MORELLO U., *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in A. GAMBARO, *Trattato dei diritti reali*, Milano, 2010, 81
- MORELLO U., *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in A. GAMBARO, *Trattato dei diritti reali*, Milano, 2010, 81
- MOSCARINI A., *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006, 181
- MOTZO G. (e PIRAS A.), *Espropriazione e pubblica utilità*, in *Giur. cost.*, 1959, 151 ss.
- NAPOLI C., *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la nuova collocazione della CEDU e le conseguenti prospettive di dialogo tra le Corti*, in *Quad. Cost.*, 2008, 137 ss.
- NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003
- NAPOLITANO G., *La Patrimonio dello Stato Spa, tra passato e futuro: verso la scomposizione del regime demaniale e la gestione privata dei beni pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 541 ss.
- NERGELIUS J., POLICASTRO P., UBATA K. (eds), *Challenger of multilevel constitutionalism*, Polpress Pub., Kraków, 2004
- OPPO G., *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Padova, 1969, 1419 ss.
- OPPO G., *Sui principi generali del diritto privato*, in *Scritti giuridici*, col. VI, *Principi e problemi del diritto privato*, Padova, 2000

- PASCUZZI G., *Il diritto dell'era digitale*, Il Mulino, Bologna, 2002 (nuova ed. 2006), 93
- PATRONI GRIFFI F., *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, in www.federalismi.it, 19 ottobre 2011
- PERLINGIERI P., *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, 1992, 126
- PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, 457 ss.
- PIGNATELLI N., *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la dilatazione della tecnica della "interposizione" (e del giudizio costituzionale)*, in *Quad. Cost.*, 2008, 140 ss.
- POLACCHINI F., *CEDU e diritto dell'Unione Europea nei rapporti con l'ordinamento costituzionale interno. Parallelismi e asimmetrie alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in www.giurcost.it.
- PUGLIATTI S., *La proprietà e le proprietà*, Milano, 1954
- PUGLIATTI S., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964
- PUGLIATTI S., *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, 1-52
- PUGLIESE G., *Dalle "res incorporales" del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, in *Riv. Trim.*, 1982, 1137 ss.
- PULITINI F., *Logica economica e strutturale dei diritti. Le New Properties e il decentramento delle scelte pubbliche*, in *Dalle res alle new properties*, a cura di G. De Nova, B. Inzitari, G. Tremonti, G. Visentini, Milano, 1991, 67 ss..
- RADIN M.J., *Contested Commodities: The Trouble with Trade in Sex, Children, Body Parts, and Other Things*, Harvard University Press, 1996
- REICH C., "The New Property", in *The Yale Law Journal*, 1964, Vol. 73, No. 5, pp. 733-787
- REICH C., "The New Property" after 25 years, in *University of San Francisco Law Review*, 24, 1990, 232 ss.
- RENSI G., *Il materialismo critico*, Casa del Libro, Roma, 1934
- RESCIGNO P., *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. Dir. civ.*, 1972, 46 ss..

RESCIGNO P., *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1973, I, 209 ss.

RESCIGNO P., *Gli interessi e il diritto: qualificazione e tutela*, in *(L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica, a cura di S. CASSESE, G. CARCATERRA, M. D'ALBERTI, A. BIXIO, Bologna, 1994, 155 ss., ed ora) in Persona e comunità, III [1988-1999], Padova, 1999, 542 ss.*

RESCIGNO P., *L'autonomia dei privati*, in *(Studi in onore di G. Scaduto, Padova, 1968, 529 ss., ed ora in) Persona e comunità, II [1967-1987], Padova, 1988, 422 ss.*

RESTA G., *L'appropriazione dell'immateriale. Quali limiti?*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2004, 21 ss.

RESTA G., *Do we own our bodies? Il problema dell'utilizzazione del materiale biologico umano a scopo di ricerca e sfruttamento industriale*, in *Studi in onore di Nicola Lipari*, vol. II, Milano, 2008, 2437, e ora anche in *Polemos*, 2/2008, 115

RESTA G., *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, in ID. (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Milano, 2011, 69

RICOLFI M., *Il diritto d'autore*, in *Trattato di Diritto Commerciale*, Padova, 2001, 460 ss.

RIDOLA P., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e le "tradizioni costituzionali comuni" degli Stati membri*, in *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, a cura di S. Panunzio e E. Sciso, Milano, 2002, 83 ss.

RODOTÀ S., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981

RODOTÀ S., *Art. 42*, nel volume *Rapporti economici*, a cura di F. Galgano e S. Rodotà, del *Commentario alla Costituzione* a cura di G. Branca, Roma-Bologna, 1989

RODOTÀ S., *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 5-6, *Itinerari moderni della proprietà*, t. II, 1976-77, 881-917, ora anche in *Il terribile diritto*, Bologna, 1990 (seconda edizione accresciuta rispetto alla prima del 1980), 47-74

ROMANO R., *"Ownership and Provenance" of Genetic Material in the Rules on Biotechnological Patents*, in R. BIN, S. LORENZON, N. LUCCHI (a cura di), *Biotech Innovations and Fundamental Rights*, Springer Verlag Italia, 2012, 69 ss.

- ROVEDA D., *Case chiuse si o no? Dilemma a Las Vegas*, in *Il Sole 24 Ore*, 26.03.11
- RUGGERI A., *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)*, in www.giurcost.it nota a sentenza Corte cost. n. 80/2011, 6
- SAMMARCO P., *Il regime giuridico dei "nomi a dominio"*, Milano, 2002
- SAMMARCO P., *La tutela giudiziaria del nome a dominio in Italia*, in <http://www.fog.it/convegni/programmi/03-05-30-rel-Sa.rtf>
- SANDULLI A.M., *Spunti per lo studio dei beni privati di interesse pubblico*, in *Dir. econ.*, 1956, 163 ss.
- SANDULLI A.M., *Abilitazioni - Autorizzazioni - Licenze*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1958, I, p. 1 ss.
- SANDULLI A.M., *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, vol. V., Milano, 1959, 277 ss.
- SARTI D., *Il codice della proprietà industriale: impianto sistematico e criticità*, in *Studium Iuris*, 2007, 14
- SAVIGNY F.C., *Sistema di diritto romano attuale*, 1840, trad. it., Torino, 1886, 341
- SCIACCA A., *Il sindaco che vuole vendere il marchio della Valle dei Templi*, *Corriere della Sera*, 31 agosto 2011, 31
- SCOZZAFAVA O.T., *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano 1982
- SCOZZAFAVA O.T., voce *Oggetto dei diritti*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990
- SCHLESINGER P. (e TORRENTE A.), *Manuale di diritto privato*, Milano, 2007, 166
- SHAPIRO F.R., *The Most-Cited Articles from "The Yale Law Journal"*, in *The Yale Law Journal* 100, 1994, 1449–1515
- SOLDA D., voce *Circolazione dell'informazione del settore privato*, in *Dig. Civ., Agg.*, 3, 2007, 8 ss.
- SPADA P., *La circolazione della «ricchezza assente» alla fine del millennio*, in *Banca, Borsa, Titoli di Credito*, 1999, I, 424
- TALLACCHINI M., *Habeas corpus? Il corpo umano tra non commerciabilità e brevettabilità*, in *Bioetica*, 4/1998, 544

TANI K.M., *Flemming v. Nestor: Anticommunism, the Welfare State, and the Making of 'New Property'*, in *Law and History Review*, 2008, 26 (2), 379–414

TARELLO G., *La disciplina costituzionale della proprietà (Lezioni introduttive, in Corso di diritto civile, 1972-73, Genova, 1973, ora parzialmente riprodotto in) Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, in part. p. 237-309

TEGA D., *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, in *Quad. Cost.*, 2/2008, 133 ss.

TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2007, 528

TRABUCCHI A., *La tutela possessoria nel godimento di energia elettrica*, *Giur. Ital.*, 1953, I, 1, 219 ss.

VALAGUZZA S., *Riflessioni sul primato attenuato del diritto CEDU e sui suoi possibili sviluppi: prospettive interpretative per il giudizio amministrativo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comun.*, 2008, 1375 ss.

VAN ERP S., *A numerus quasi clausus of Property Rights as a Constitutive Element of a Future European Property Law*, in *Netherlands Comparative Law Association*, vol. 7/2, 2003

VON GIERKE O., *Deutsches Privatrecht*, Lipsia, 1895, I, 765

ZATTI P., *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009, 84 ss.

ZELIZER V.A., *Money, Power and Sex*, in *Yale J. L. & Feminism*, 2006, 303

ZENO-ZENCOVICH V., *"Sex and the contract": dal mercimonio al mercato*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2007/4, 1191 e ss.

ZENO-ZENCOVICH V., voce *"Cosa"*, in *Dig. IV, disc. priv., sez. civ.*, III, 1988, 438 ss.

ZOPPINI A., *Le "nuove proprietà" nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 185 ss.