

VII CONVEGNO ANNUALE DELL'ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI
UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"

"L'INFLUENZA DEL DIRITTO EUROPEO SUL DIRITTO COMMERCIALE ITALIANO:
VALORI, PRINCIPI, INTERESSI"

Roma, 26-27 febbraio 2016

MARCO RICOLFI

**La proprietà intellettuale nell'art. 17.2 della Carta dei diritti
fondamentali**

SOMMARIO: 1. L'ambito di applicazione della norma. - 1.1. Ambito di applicazione *ratione materiae*. - 1.2. I destinatari della norma. - 2. Le fonti internazionali, nazionali ed europee della tutela della proprietà intellettuale. - 3. Analisi della norma. 3.1. Tre letture della norma. 3.2. I frammenti normativi. 3.2.1. Le nozioni di beni e di proprietà intellettuale. 3.2.2. Il godimento dei beni. 3.2.3. La privazione dei beni e la regolazione del loro uso. 4. Il bilanciamento fra i diritti di proprietà intellettuale e gli altri interessi tutelati. - 5. Quasi una conclusione. -

§ 1. *L'ambito di applicazione della norma*. - 1.1. *Ambito di applicazione ratione materiae*. - Secondo il suo tenore letterale, "laconico e sorprendente" (GEIGER, 134), la tutela apprestata dalla norma si riferisce alla proprietà intellettuale.

Nei testi internazionali anteriori non mancano definizioni di proprietà intellettuale, che vanno da quella aperta ed inclusiva, contenuta nell'art. 2 (viii) della Convenzione istitutiva dell'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale (1967) a quella, analitica, dettata dall'art. 2(1) dell'accordo c.d. TRIPs del 1994 sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (1994). Tuttavia, la previsione della Carta ha un ambito di applicazione più circoscritto di quanto la sua formulazione perentoria potrebbe fare pensare. Infatti, secondo l'art. 51, comma 1, della medesima Carta, che limita l'applicazione di questo testo normativo "alle istituzioni e agli organi dell'Unione... come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione", la

salvaguardia istituita dalla norma opera soltanto nei confronti della proprietà intellettuale che trovi la sua base nel diritto dell'Unione.

Si tratta, peraltro, di un perimetro assai comprensivo. Secondo il testo delle Spiegazioni predisposte dal Presidium, "la proprietà intellettuale copre, oltre alla proprietà letteraria e artistica, il diritto dei brevetti e dei marchi e i diritti analoghi." Ma la rilevazione del diritto europeo vigente consente di andare oltre a questa sommaria indicazione. Nei confini del diritto europeo della proprietà intellettuale è infatti dato di collocare i tre titoli, fino ad oggi letteralmente ancora comunitari ma sostanzialmente già europei, dei marchi, dei disegni e delle varietà vegetali comunitari (rispettivamente regg. nn. 207/09, 6/2002 e 2100/94; per le denominazioni di origine ed indicazioni geografiche v. il reg. n. 1151/12). Accanto ad essi permangono, è vero, titoli nazionali di protezione, che, però, nel caso dei marchi e dei disegni sono a loro volta ampiamente armonizzati (direttive nn. 95/08 e 71/98) e quindi inclusi nel perimetro della norma. In definitiva nella disciplina di queste materie restano ben pochi profili che restino affidati al diritto nazionale e quindi sottratti all'ambito precettivo tracciato dal combinato disposto fra gli artt. 17, comma 2, e 51, comma 1, della Carta (TORREMANS, 490).

Per quanto concerne il diritto d'autore, manca invece un titolo unitario di protezione; le undici direttive che si sono succedute nel tempo non si estendono a tutto il campo coperto dagli ordinamenti degli Stati membri. Tuttavia, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia alcune nozioni-chiave, come quella di "opera" e di "carattere creativo", fanno oramai capo al diritto europeo (TORREMANS, 490). Nessun dubbio si ha sul carattere europeo, anziché nazionale, della disciplina dei programmi per elaboratore (dir. n. 250/91), delle banche dati (dir. n. 9/96) e delle topografie per semiconduttori (dir. n. 54/87).

Fino a tempi recenti la componente europea del diritto dei brevetti erano piuttosto ridotta. La Convenzione sul brevetto europeo rappresenta infatti un prodotto del diritto internazionale convenzionale, e non europeo, come manifestato dall'adesione di numerosi Stati terzi; cosicché il contributo specificamente europeo alla materia era limitato alla disciplina delle invenzioni biotecnologiche (dir. n. 44/98) ed ai diversi regolamenti sui certificati protettivi complementari. La europeizzazione dei brevetti ha tuttavia di recente mosso passi in avanti, anche se la materia continua a tutt'oggi, anche dopo la creazione del brevetto europeo con effetto unitario, a collocarsi a cavallo fra il diritto europeo (regg. nn. 1257 e 1260/12) ed il diritto internazionale pattizio (l'Accordo su di un Tribunale unificato dei brevetti del 2013 è stato sottoscritto da 25 fra i 28 paesi membri dell'Unione).

Ben poche fra le materie collegate al diritto della proprietà intellettuale restano del tutto al di fuori del perimetro tracciato dalla

previsione del comma 2 dell'art. 17: attendibilmente la tutela del segreto aziendale (artt. 98-99 codice proprietà industriale, c.p.i.), che per il momento non è stata raggiunta dall'armonizzazione europea e sicuramente la disciplina della concorrenza sleale, tradizionalmente ascritta al campo dell'illecito piuttosto che della tutela della proprietà intellettuale.

1.2. *I destinatari della norma.* - In linea di principio, le salvaguardie relative ai diritti fondamentali proteggono i singoli dalle interferenze dello Stato. Tuttavia, l'interrogativo se le previsioni esplichino, oltre ai loro effetti "verticali", anche effetti "orizzontali", nei rapporti fra privati, che già si è profilato nell'applicazione della CEDU (MASTROIANNI, 21), si ripresenta in relazione alla Carta; ed a maggior ragione, visto che la CEDU costituisce una convenzione internazionale che direttamente vincola solamente le parti, mentre la Carta costituisce un documento costituzionale che ha la potenzialità di un impatto diretto nei procedimenti fra parti private (GRIFFITHS, MCDONAGH, 82).

La produzione di effetti orizzontali "indiretti" è la conseguenza in qualche misura inevitabile della circostanza che la norma sia indirizzata non solo agli Stati ma anche alle autorità pubbliche e, fra di esse, ai giudici nazionali. Se anche una parte privata non sia vincolata nei confronti di un'altra parte privata, lo Stato interferisce con le prerogative del convenuto quando vieti una certa condotta e con i diritti invocati dall'attore in giudizio, quando neghi la pretesa da questi fatta valere. Questa reinterprete delle controversie fra privati come conflitti fra interessi protetti costituzionalmente si è presentata in particolare nel diritto della proprietà intellettuale (OHLY, 150), ad es. in relazione alla disputa che ha contrapposto il titolare americano del marchio "Budweiser" al titolare ceco della denominazione di origine corrispondente (Corte EDU 11 gennaio 2007, Anheuser Busch Inc. c. Portogallo, in 45 EHRR 36, caso «Anheuser-Busch c. Portogallo», par. 83). Anche il conflitto fra il richiedente di un marchio comunitario, che fa valere il proprio diritto di iniziativa economica per chiederne la registrazione, ed il titolare di un diritto di marchio anteriore e confliggente, che ad esso oppone la garanzia del diritto di proprietà intellettuale anteriore, viene preso in considerazione dalla giurisprudenza costante dei giudici comunitari alla luce delle disposizioni corrispondenti della Carta (in questo senso da ultimo Trib. UE 21 gennaio 2015 (Seconda Sezione), causa T-587/13, Miriam Schwerdt c. UAMI e Iberamigo, ECLI:EU:T:2015:37, caso «cat & clean/clean cat», parr. 51 ss.).

2. *Le fonti internazionali, nazionali ed europee della tutela della proprietà intellettuale.* - L'affermazione di strumenti giuridici di tutela della creatività artistica ed intellettuale e dell'innovazione tecnologica è fenomeno piuttosto recente, che si colloca fra il diciassettesimo ed il

diciottesimo secolo (DAVID, 24, 28; LIBERTINI, 301 ss.). La rivendicazione del diritto d'autore a beneficio della "più sacra e personale" fra le proprietà è della Francia rivoluzionaria del 1791. Prima di allora l'esclusiva era stata concepita solo come uno fra gli strumenti di regolazione economica a disposizione, giacché il mecenatismo e la commessa diretta erano praticati come valida alternativa all'attribuzione dell'incentivo proveniente dall'esclusiva sulla creazione e sull'innovazione tecnologica.

Vi sono quindi ottime ragioni perché le salvaguardie relative alla proprietà intellettuale non abbiano trovato menzione fino alla Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo del 1948 ed, anche lì, in forma indiretta e trasversale. Ivi il riferimento alla "protezione degli interessi morali e materiali" degli "individui" che avessero apportato creazioni od innovazioni, sancita dal comma 2 dell'art. 27, evita ogni ancoramento alla forma esclusiva di protezione che pure era nel frattempo divenuta tradizionale nel campo della proprietà intellettuale (Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights, 5) e si profila piuttosto come riflesso del fine di promuovere la vita culturale ed il progresso scientifico sancito dal 1 comma della medesima disposizione. In questo modo la norma prende implicitamente atto della possibilità di una tensione fra il mezzo contemplato dal comma 2 ed i fini sanciti dal comma 1. La "protezione degli interessi morali e materiali" degli autori ed inventori trova d'altro canto il proprio ruolo nel contesto ampio ed espansivo della Dichiarazione ONU, nel quale trovano solenne riconoscimento interessi ad essa potenzialmente antagonisti, quali quello alla libertà di espressione del pensiero ed il diritto alla salute.

Le stesse considerazioni si possono ripetere con riguardo all'art. 15 del Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali, adottato a New York nel 1966, che, tuttavia, si differenzia dalla Dichiarazione per contenere non una semplice enunciazione programmatica ma un preciso vincolo per gli Stati membri. Nella storia legislativa di questo documento, non è sfuggito ai commentatori un elemento degno di nota: il riferimento, seppur indiretto, alla proprietà intellettuale è sopravvissuto nel testo finale pur essendo stato ripetutamente eliminato nelle versioni intermedie (TORREMANNS, 499).

L'importanza della Dichiarazione e del Patto non va sottovalutata neppure dal giurista giuspositivo, in quanto essi contribuiscono a determinare quei diritti fondamentali che, secondo la giurisprudenza europea (Corte di Giustizia 10 luglio 2003, cause riunite C-20/00 e C-64/00, Booker Aquaculture Ltd., Hydro Seafood c. The Scottish Ministers, ECLI:EU:C:2003:397, «Booker Aquaculture», par. 65) fanno parte dei principi generali la cui osservanza è garantita dalla Corte europea.

L'antecedente immediato dell'art. 17 della Carta è però rappresentato dall'art. 1 del protocollo addizionale n. 1 alla CEDU. È vero che questa previsione si riferisce alla proprietà in generale e non specificamente alla proprietà intellettuale. E tuttavia la prassi applicativa, della Commissione e della Corte EDU, non ha mai esitato ad estendere alla seconda le salvaguardie apprestate a beneficio della prima (v., oltre alla sentenza della Corte EDU dell'11 gennaio 2007, caso «Anheuser-Busch c. Portogallo», cit., la sentenza della stessa Corte Europea del 18 settembre 2007, *Paeffgen c. Germania*, 25379/04, 21722/05 e 21770/05, caso «Paeffgen» in materia di nomi a dominio; per completi richiami, anche della prassi applicativa della Commissione CEDU, v. *HELPER*, 34 ss.). La norma della CEDU segna una rottura importante rispetto alle previsioni anteriori, laddove riferisce la salvaguardia non ai soli "individui" ma a qualsiasi soggetto che si trovi in possesso dei beni rilevanti e quindi anche agli enti collettivi. Essa realizza così una svolta importante, che consente di spostare il baricentro della protezione verso quei soggetti - gli "aventi causa" dei diritti di proprietà intellettuale - che, pur non essendo creatori delle entità tutelate, si riveleranno presto i più frequenti e vocali nell'invocare la protezione. Anche su questo piano trova dunque manifestazione la tendenza "protezionista" della proprietà intellettuale, che ha potuto realizzarsi negli ultimi decenni del secolo scorso anche giovandosi dell'abbinamento con la disciplina convenzionale del commercio internazionale, ben esemplificato dal collegamento (*linkage*) fra l'adesione all'OMC ed ai TRIPs (ABBOTT, COTTIER, GURRY, 23).

I Trattati europei, a loro volta, forniscono la cornice entro cui vanno collocate le previsioni della Carta, ed in particolare l'art. 17, comma 2, qui commentato, almeno sotto tre profili. I primi due sono collocati nel comma 3 dell'art. 6 del TUE, in forza del quale "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."

In questa norma si trova, sotto un primo profilo, la base dell'incorporazione nel diritto unionista dalla CEDU, anche a prescindere dall'ormai improbabile adesione dell'Unione alla CEDU. Sotto un secondo profilo, il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri apre un ulteriore punto di ingresso al riconoscimento del carattere di diritto fondamentale della proprietà intellettuale. Infatti, nella maggior parte degli Stati membri essa è assistita o da una disposizione espressa (per un elenco completo GEIGER, 129) o da prese di posizione conformi delle corti costituzionali (MASTROIANNI, 14; per l'Italia v. Corte Cost. 6 aprile 1995, in *AIDA* 297).

Sotto un terzo profilo, probabilmente meno spesso esplorato dei primi due, la previsione della Carta va infine raccordata con l'art. 345 TFUE, secondo cui "I trattati" (*scil.*: sull'Unione europea e sul funzionamento dell'Unione europea) lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà degli Stati membri" (per un accenno in questo senso LUCARELLI, 140). Si tratta di una disposizione che sembra collocarsi su di un piano diverso da quello su cui opera l'art. 17, comma 2, della Carta e che attiene, piuttosto che alla salvaguardia del diritto di proprietà, al riparto reciproco fra i poteri normativi dell'Unione e degli Stati membri. In passato essa è in effetti valsa a tracciare i limiti entro i quali le regole europee sulla concorrenza e sulla libertà di circolazione dei beni possono incidere sulle prerogative dei titolari di diritti di proprietà intellettuale nazionali. Secondo questa impostazione, il Trattato non incide sull'esistenza dei diritti riconosciuti dalla legislazione di uno Stato membro in materia di proprietà intellettuale, ma limita solamente il loro esercizio (così, oltre a Trib. UE 21 gennaio 2015 (Seconda Sezione), caso «cat & clean/clean cat», cit., par. 40, Trib. primo grado CE 23 ottobre 2002, causa T-6/01, Matratzen Concord GmbH c. UAMI e Hukla Germany SA, ECLI:EU:T:2002:261, caso «Matratzen», par. 54). Tuttavia l'ambito di applicazione della previsione si incontra con la portata precettiva della norma della Carta qui commentata almeno in due punti: là dove indica *in negativo* entro quali limiti il diritto europeo può restringere le scelte dei legislatori nazionali nella configurazione dei regimi di proprietà interni (v. Corte UE 22 ottobre 2013 (Grande Sezione), cause riunite da C-105/12 a C-107/12, Staat der Nederlanden c. Essent NV, Essent Nederland BV, Eneco Holding NC and Delta NV, ECLI:EU:C:2013:677, caso «operatori dei sistemi di distribuzione di elettricità e gas»; in questo senso anche AKKERMANS, RAMAEKERS, 296) ed *in positivo* fin dove il diritto europeo può spingersi nella creazione di regimi europei di proprietà e, per quanto qui interessa, di titoli europei di protezione di diritti di proprietà intellettuale (ad es., per una soluzione affermativa con specifico riguardo ad un titolo unitario di protezione del diritto d'autore v. VAN EECHOU, HUGENHOLTZ, VAN GOMPEL, GUIBAULT, HELBERGER, 319 ss.; dubitativamente RICOLFI, *Towards a EU Copyright Code?*, 462-464). Nell'un caso come nell'altro, la norma europea che esorbitasse dai confini tracciati dall'art. 345 TFUE potrebbe porsi al contempo in contrasto con l'art. 17, comma 2, della Carta.

Negli stessi decenni in cui lo statuto internazionale della proprietà intellettuale si era venuto delineando, si trasformava il panorama di riferimento. I diritti di proprietà intellettuale non sono più isole di monopolio in un mare di concorrenza ma fonti di poteri, di mercato e geopolitici, senza precedenti e globali. Contro questa espansione protezionistica e proprietaria, si sono levate sempre più forti le voci che

invocano la tutela di altri diritti fondamentali – alla salute, alla sicurezza alimentare, alla libertà di espressione, alla *privacy* ed alla stessa dignità umana – che sempre più spesso possono confliggere con la portata monopolistica delle esclusive.

Il diritto convenzionale internazionale della proprietà intellettuale si è, in un primo momento, posto alla ricerca di strumenti e tecniche per disinnesare i focolai di conflitto (si vedano gli artt. 7-8, 27, 31 e 31bis TRIPs; RICOLFI, *Is There an Antitrust Antidote*, 321 ss.); ma sembra ora, nel disegno sotteso ai recenti accordi c.d. mega-regionali, avere imboccato la direzione opposta di sottrarre il diritto della proprietà intellettuale all'interferenza di qualsiasi istanza contrapposta, ancorché basata sui diritti umani fondamentali (GERVAIS, 21 ss.; Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights, 7 e 18. Sul proposito, sottostante alla recente adozione, con i regg. nn. 1257 e 1260/2012 e con l'Accordo del 2013 su di un Tribunale dei brevetti, del c.d. brevetto europeo ad effetto unitario, di isolare la materia dall'interferenza di principi generali ritenuti ad essa estranei v. ULLRICH, 22 s.).

3. *Analisi della norma.* – 3.1. *Tre letture della norma.* – Del testo della norma, “laconica e sorprendente”, sono possibili, almeno in teoria, tre letture. La prima, minimalista e descrittiva, fa leva sul testo italiano, francese e tedesco, che usa il verbo “è” per annunciare e confermare il dato di fatto, per la verità incontrovertito, che negli ordinamenti dell'Unione la proprietà intellettuale effettivamente trova protezione. Si tratta, come si è osservato, di una lettura che sarebbe quantomeno “fuor di luogo” in un testo costituzionale come quello qui esaminato (GRIFFITHS, MCDONAGH, 80). Il difetto opposto è evidente anche nella lettura opposta, massimalista e prescrittiva, che fa leva sul dato letterale offerto dalla formulazione del testo inglese, che usa il termine “shall” quasi a suggerire che esista un imperativo diretto ad accordare il livello più elevato di protezione della proprietà intellettuale possibile.

Nello spazio intermedio segnato fra questi estremi polari, ed implausibili, si stanno disponendo le interpretazioni più accreditate, che fanno leva sulla consecuzione fra il comma 1 e 2 dell'art. 17 per suggerire che la proprietà intellettuale è, ai fini dell'applicazione della Carta, da considerarsi una fra le forme di proprietà che beneficiano della protezione sulla base dei presupposti ed entro i limiti indicati dal comma 1 (GRIFFITHS, MCDONAGH, 80 ove richiamati). Questa impostazione trova un implicito avallo nella giurisprudenza della Corte UE (il par. 68 di Corte UE 9 febbraio 2012 (Terza Sezione), causa C-277/10, Martin Luksan c. Petrus van der Let, ECLI:EU:C:2012:65, caso «Luksan», dà applicazione al comma 2 dell'art. 17 solo dopo aver dato conto della portata precettiva del comma 1); essa quindi suggerisce di procedere nell'analisi della portata precettiva della norma sulla falsariga suggerita dal comma 1 dell'art. 17 ed, ancor

prima, dell'art. 1 del protocollo addizionale n. 1 della CEDU, che ne è l'antecedente immediato e che esplica i suoi effetti grazie al precetto di interpretazione parallela dei due strumenti normativi contenuto nell'art. 52, comma 3, della Carta (MASTROIANNI, 19).

L'approccio così prescelto non deve però occultare quella che è la più grossa difficoltà concettuale nell'interpretazione ed applicazione della norma, la quale consiste in ciò, che, anche se si assimili la proprietà intellettuale alla proprietà o, meglio, alle altre proprietà (visto che non è dato di dubitare che il regime giuridico della proprietà non è unico ma si frammenta secondo variazioni declinate in modo diverso nei vari sistemi giuridici), resta il fatto che la prima è caratterizzata da peculiarità rispetto alla seconda che stanno alla base di numerose deviazioni nei rispettivi antecedenti e conseguenze (per qualche accenno v. BERTANI, 11 ss.; LIBERTINI, 315 ss.; GEIGER, 120 e TORREMANS, 494 ss.).

3.2. *I frammenti normativi.* – 3.2.1. *Le nozioni di beni e di proprietà intellettuale.* – Che tutti i diritti di proprietà intellettuale, nessuno escluso, dal più nobile diritto d'autore, ai più prosaici brevetti fino a raggiungere i segni distintivi di impresa, siano da considerarsi beni ai fini dell'applicazione delle salvaguardie relative alla proprietà, e ciò già nella fase prodromica della domanda di protezione, quando prevista, è costantemente affermato dalla giurisprudenza della Corte EDU soprarichiamata, sulla base del ricorrere congiunto dei due caratteri dell'esclusività e della trasferibilità ed ad onta delle numerose particolarità che parrebbero a prima vista frapporsi alla riconduzione dei segni distintivi all'ombrello della proprietà (VANZETTI, *Funzione e natura giuridica del marchio*, 52 ss.; RICOLFI, *Trademarks and Human Rights*, 457 s.). La medesima conclusione è accolta senza esitazione dai giudici dell'Unione nell'applicazione della Carta (v. Trib. UE 21 gennaio 2015 (Seconda Sezione), caso «cat & clean/clean cat», cit., parr. 51 ss.; in precedenza Trib. UE 3 luglio 2013 (Terza Sezione), causa T-106/12, *Cytochroma Development, Inc. c. UAMI e Teva Pharmaceutical Industries Ltd.*, ECLI:EU:T:2013:340, caso «Alpharen/Alpha D3», par. 45). Anche le Corti costituzionali nazionali, fra cui quella italiana, seguono l'approccio (v. Corte Costituzionale 8 luglio 2009, n. 206, *Pubblikappa s.r.l. c. AGCOM*, caso «radio Kiss Kiss», che accorda protezione alla posizione contrattuale di un licenziatario di marchio).

3.2.2. *Il pacifico godimento dei beni.* – Al riconoscimento del carattere di beni ai fini dell'applicazione della Carta consegue la tutela di numerose prerogative: quella di godere della proprietà dei beni medesimi, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nel caso di diritti esclusivi, la prospettiva del godimento assume una curvatura particolare, visto che il bene immateriale è destinato non tanto alla fruizione personale del suo creatore o titolare ma allo sfruttamento economico in relazioni contrattuali

con i terzi, interessati ad acquistare la disponibilità, definitiva o temporanea, degli esemplari o delle copie, oggi sempre più spesso intangibili, in cui si estrinseca il bene immateriale. Lo sfruttamento, insomma, ha per oggetto non il *corpus mysticum* del bene immateriale, ma i *corpora mechanica* che lo incorporano (i singoli libri, i singoli farmaci, le singole lattine di Coca Cola, e così via).

Il diritto di godimento dei beni si incontra così, e si intreccia, con quello al ricorso alla tutela giurisdizionale, a sua volta sancito dall'art. 47, comma 2, della Carta, che assume qui una dimensione "strategica". A nulla vale infatti l'attribuzione di un diritto esclusivo a produrre e commerciare esemplari del bene protetto, se esso sia minato dalla presenza incontrollata di copie contraffatte che erodano od addirittura azzerino la probabilità di guadagno che il titolare possa trarre da operazioni con terzi sul mercato. È per questa ragione che la giurisprudenza, prima della Corte EDU e poi della Corte UE, ha avuto così spesso occasione di prendere posizione sui rimedi giurisdizionali, dal punto di vista della loro effettiva esperibilità, della loro configurazione ed anche dei destinatari. Tant'è che, di fronte ad un'evoluzione tecnologica che ha portato alla ribalta la dimensione, inedita, delle violazioni in rete, si sono moltiplicati gli interrogativi relativi alle misure giurisdizionali esperibili nei confronti dei nuovi intermediari, gli *Internet Service Providers* (ISP), che pure non sono direttamente autori dell'illecito. Già nel caso «Promusicae» (Corte di Giustizia 29 gennaio 2008 (Grande Sezione), causa C-275/06, *Productores de Música de España* (Promusicae) e *Telefónica de España SAU*, ECLI:EU:C:2008:54) la questione relativa all'obbligo degli ISP di comunicare dati personali degli utenti di rete in un procedimento civile per violazione di diritti d'autore è stata posta all'ordine del giorno sulla base congiunta degli artt. 17 e 47 della Carta (par. 61).

È in questa prospettiva che va affrontata la questione se nella nozione di godimento vada inclusa anche la protezione dei diritti morali, particolarmente sentita in relazione al diritto d'autore e ricondotta al novero dei diritti umani fondamentali già da una giurisprudenza nazionale non recente (Corte d'Appello di Parigi del 1 febbraio 1989, *Bragance c. Michel de Grece et Editions Orban*, 142 *RIDA*, 1989, 301 ss.). La risposta è, attendibilmente, positiva (TORREMANS, 497; MASTROIANNI, 19; non chiaro LUCARELLI, 152).

3.2.3. *La privazione dei beni e la regolazione del loro uso.* - La norma risultante dalla lettura congiunta e coordinata dell'art. 17, comma 2, della Carta e dall'art. 1 del protocollo addizionale n. 1 della CEDU prende in considerazione l'interferenza dei pubblici poteri con i beni protetti e con le prerogative (di godimento e di disponibilità) dei loro titolari nelle prospettive graduate della privazione e della regolazione (o limitazione dell'uso) dell'uso. In entrambi i casi l'analisi si scinde in due momenti, il

primo dei quali è rivolto a verificare il ricorrere di un'interferenza, sia essa una privazione della proprietà od un limitazione dell'uso; il secondo, a esaminare il ricorrere di un'adeguata giustificazione.

Quando si tratta di interpretare la nozione di interferenza al fine di far scattare le garanzie a beneficio dei titolari di diritti di proprietà intellettuale, la giurisprudenza comunitaria è sempre molto cauta. Essa eredita l'atteggiamento che la Corte EDU ha consolidato al riguardo (v. la sentenza dell'11 gennaio 2007, caso «Anheuser-Busch c. Portogallo», cit., la cui valutazione degli effetti su di una domanda di marchio di un Accordo internazionale bilaterale intervenuto successivamente al deposito della domanda non sarebbe spiegabile se non si tenga conto dello standard di valutazione impiegato, che limita la garanzia ai casi di "arbitrarietà o manifesta irragionevolezza", par. 85). Nel caso di una norma che ha proibito l'uso di un'indicazione geografica, Tocai, per designare un vino secco friulano in conflitto con il nome del vino liquoroso ungherese Tocaj, è stato possibile alla Corte di Giustizia negare il ricorrere di una "privazione" sulla base del rilievo che la soppressione del segno non avrebbe reso impossibile la commercializzazione del vino da esso tradizionalmente designato, anche attesa la possibilità di indicarlo con designazioni alternative (come "Sauvignonasse" o "Trebbianello")(Corte di Giustizia 12 maggio 2005, causa C-347/03, Regione autonoma Friuli Venezia Giulia e Agenzia regionale per lo sviluppo rurale ERSA c. Ministero delle Politiche Agricole e Forestali e Regione Veneto, ECLI:EU:C:2005:285, caso «Tocai», parr. 122 e 133, dove lo standard impiegato - la manifesta inappropriata della misura contestata, par. 131 - trova una propria giustificazione ulteriore nel margine di apprezzamento particolarmente elevato riservato alle autorità comunitarie nel formulare la politica agricola comune). Il ricorrere di una privazione viene riscontrato solo in casi estremi (Corte UE 9 febbraio 2012 (Terza Sezione), caso «Luksan», cit., par. 70; 18 luglio 2013 (Terza Sezione), causa C-201/11, UEFA c. Commissione e Gran Bretagna, ECLI:EU:C:2013:519, caso «UEFA», parr. 102-103, solo *obiter* e Corte di Giustizia 29 gennaio 2008 (Grande Sezione), caso «Promusicae», parr. 61 ss.). Degno di nota è, sotto questo profilo, che in tutti questi casi la "misura" contestata proveniva non da una norma comunitaria ma dalle scelte della legislazione nazionale che ad essa aveva dato attuazione (ad es. negando al regista dell'opera cinematografica i diritti di sfruttamento economico dell'opera che derivano dall'acquisto *ex lege* dei diritti sul film: caso «Luksan», cit.) o dalle opzioni interpretative accolte dai giudici nazionali nell'applicare la norma di attuazione (ad es. disegnando i presupposti ed i limiti dell'"obbligo di comunicare i dati personali per garantire l'effettiva tutela del diritto d'autore nel contesto di un procedimento civile": Corte di Giustizia 29 gennaio 2008 (Grande Sezione), caso «Promusicae», par. 70).

La differenza fra “privazione” del godimento del bene e “regolazione” del suo uso può essere sottile nei suoi presupposti (WHITE-OVEY, 500 ss.); e tuttavia essa è necessaria, visto che la legittimità della prima richiede la previsione (e la tempestiva corresponsione) di una “giusta indennità per la perdita della stessa” proprietà. Nel settore che qui interessa non sono inconsueti provvedimenti che assoggettano un brevetto ad una licenza obbligatoria né regole che, per così dire, degradano un diritto esclusivo pieno, presidiato da quella che l’analisi economica del diritto designa come *property rule*, in un mero diritto a compenso, riconducibile ad una *liability rule*. La prassi decisionale della Comm. EDU si è occupata del primo caso, considerandolo “disciplina dell’uso” giustificata da motivi di interesse generale (caso Smith Kline & French Lab. Ltd. c. Olanda, App. n° 12633/87, 66 Eur. Comm. H.R. Dec. & Rep. 70, 72/73 (1990), con riferimento al progresso tecnologico così consentito); ed una valutazione corrispondente può essere ipotizzata per il secondo caso.

Il rispetto del principio di legalità e la presenza di una “causa di pubblico interesse” o di ragioni di “interesse generale”, richiesti rispettivamente, nel caso della “privazione” e della “regolazione”, presentano invece punti di contatto importanti (GRIFFITHS, MCDONAGH, 79-80).

Il primo accertamento, relativo al rispetto del principio di legalità, è soddisfatto dalla presenza di atti che possono considerarsi normativi in un’accezione assai lata del termine. Così la Corte di Giustizia (con la sentenza 12 maggio 2005, caso «Tocai», cit, par. 126) si è accontentata di uno scambio di lettere annesso ad un accordo fra l’UE l’Ungheria.

L’identificazione della presenza dell’interesse pubblico o generale (individuato, nel caso «Tocai», cit, parr. 127-128, nella politica commerciale dell’UE, nell’interesse all’informazione dei consumatori ed alla lealtà della concorrenza; in termini generali LUCARELLI, 143 s. e, con riguardo alla differenza fra interesse pubblico e generale, 145 s.) si accompagna alla verifica della proporzionalità della misura limitatrice o restrittiva con l’interesse generale perseguito (sul ruolo fondamentale svolto dal principio di proporzionalità v. l’art. 3 della direttiva n. 48/2004, sull’*enforcement* dei diritti di proprietà intellettuale; con specifico riguardo al diritto d’autore Corte di Giustizia 29 gennaio 2008 (Grande Sezione), caso «Promusicae», parr. 68 e 70; in termini generali TORREMANS, 512 ss.; GRIFFITHS, MCDONAGH, 86 ss.). Quanto all’individuazione dell’estensione del margine di apprezzamento riservato ai legislatori, europei e soprattutto nazionali, disponiamo di prese di posizioni assai articolate della Corte EDU (da ultimo Corte EDU 10 gennaio 2013 (Quinta Sezione), Ashby Donald e altri c. Francia, caso n° 36769/08, caso «Ashby Donald»), a cui è possibile attingere. Sul tema della possibilità di imporre il c.d. *plain*

packaging dei prodotti da fumo, proibendo l'impiego degli elementi figurativi dei marchi corrispondenti, visto come limitazione delle prerogative positive ma non negative dei titolari dei marchi, v. E. BONADIO, 599 ss.

4. *Il bilanciamento fra i diritti di proprietà intellettuale e gli altri interessi tutelati.* – È ricorrente nella giurisprudenza della Corte UE l'affermazione secondo cui "sebbene la tutela del diritto di proprietà" – nella specie, si trattava di diritti d'autore – "sia sancita all'art. 17, comma 2, della Carta, non può desumersi da tale disposizione né dalla giurisprudenza della Corte che tale diritto sia intangibile e la sua tutela debba essere garantita in modo assoluto" (Corte UE 24 novembre 2011 (Terza Sezione), causa C-70/10, *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs compositeurs et éditeurs (Sabam)* e nei confronti di *Belgian Entertainment Association Video ASBL (BEA Video)*, *Belgian Entertainment Association Music ASBL (BEA Music)* e *Internet Service Providers Association ASBL (ISPA)*, ECLI:EU:C:2011:771, caso «Scarlet Extended», par. 43; 16 febbraio 2012 (Terza Sezione), caso «Netlog», par. 41; nello stesso senso, ma in materia di marchi, Trib. UE 3 luglio 2013 (Terza Sezione), caso «Alpharen/Alpha D3», cit., par. 45; Trib. UE 30 gennaio 2014 (Ottava Sezione), causa T-495/11, *Michael Streng c. UAMI e Fulvio Gismondi*, ECLI:EU:T:2014:39, caso «Parametrica/parameta», par. 38).

Questa premessa apre la via al riconoscimento della legittimità di diverse ipotesi di limitazioni e restrizioni ai diritti di proprietà intellettuale. Queste possono in qualche misura essere ravvicinate alla "regolazione dell'uso" discussa al paragrafo precedente. Quando però la ragione della limitazione o restrizione del diritto di proprietà intellettuale stia specificamente in un "contrasto" fra il diritto di proprietà intellettuale di volta in volta considerato ed altri diritti fondamentali, si profila un fenomeno giuridico diverso sia rispetto alla "regolazione" sia alle altre forme di bilanciamento fra interessi diversi note al diritto della proprietà intellettuale.

In questo caso, infatti, non si tratta solo di contemperare un diritto fondamentale, avente ad oggetto la proprietà intellettuale, con interessi "altri", se pur connotati dal loro carattere "pubblico" o "generale", ma di trovare un punto di equilibrio in relazione ad un conflitto fra la tutela di diritti fondamentali diversi, nessuno dei quali può dirsi subordinato ai restanti. Si profila quindi la necessità di una "conciliazione degli obblighi connessi alla tutela dei diversi diritti fondamentali" (Corte di Giustizia 29 gennaio 2008 (Grande Sezione), caso «Promusicae», par. 65) che si colloca in un *locus* normativo specifico e si vale di un meccanismo peculiare.

Il *locus* va ricercato e reperito all'interno non della previsione ora commentata, ma dell'art. 52, comma 1, in fine, della Carta (Corte UE 27 marzo 2014 (Quarta Sezione), causa C-314/12, *UPC Telekabel Wien*

GmbH c. Constantin Filmproduktionsgesellschaft mbH, ECLI:EU:C:2014:192, caso «UPC Telekabel», par. 63). Il meccanismo è quello della determinazione del “giusto equilibrio” fra tutti i diversi diritti fondamentali, come individuato dalla giurisprudenza della Corte UE (a partire dalla sentenza del 29 gennaio 2008 (Grande Sezione), caso «Promusicae», cit., par. 66; in termini non diversi Corte UE 27 marzo 2014 (Quarta Sezione), caso «UPC Telekabel», cit., parr. 46 e 63; 16 febbraio 2012 (Terza Sezione), caso «Netlog», cit., parr. 42-43; 19 aprile 2012 (Terza Sezione), causa C-461/10, Bonnier Audio AB, Earbooks AB, Norstedts Förlagsgrupp, Piratförlaget AB, Storyside AB c. Perfect Communication Sweden AB, caso «Bonnier», par. 56; in argomento TORREMANS, 504 ss., ove un pertinente accostamento all’istituto dell’abuso di diritto di cui all’art. 54 Carta; in termini assai critici HELFER, 78 ss.; ma v. anche le riserve, da opposta prospettiva, di PEUKERT, 77 s. e 82 ss.).

Non deve d’altro canto sfuggire che il “bilanciamento” qui considerato si differenzia, sia pur soltanto per grado e non per qualità, dall’altro bilanciamento, questa volta “interno”, che è noto a tutti i settori del diritto della proprietà intellettuale, nei quali è sempre e senza eccezioni discernibile un contemperamento fra gli interessi del titolare del diritto e le diverse categorie di soggetti controinteressati (gli acquirenti ed utenti, i concorrenti, la collettività); e che si traduce, di volta in volta, nella configurazione del diritto (dove, per esempio, il diritto d’autore tutela la forma di espressione e non mai i contenuti, i fatti e le idee, per lasciare spazi liberi alle generazioni successive di creatori; per altre esemplificazioni SPEDICATO, 118 ss.), nella previsione di limitazioni ed eccezioni (che, ad es., liberalizzano l’uso del marchio altrui nella pubblicità comparativa, per garantire l’informazione dei consumatori, o l’uso del brevetto altrui a fini sperimentali, per agevolare la ricerca “a valle”; e v. RESTA, 69), negli stessi limiti temporali della durata dell’esclusiva monopolistica.

Per contro, il “bilanciamento” in nome del quale la Corte UE ha ripetutamente spezzato una lancia è “esterno”, in quanto, pur ponendosi in linea di continuità con quello appena menzionato, è volto alla ricerca non di una limitazione di un diritto fondamentale – come avviene propriamente nell’ambito dell’art. 17 Carta – ma di un punto di equilibrio, ed anzi di un “giusto equilibrio” fra diritti fondamentali reciprocamente interferenti.

Il catalogo dei diritti fondamentali che si possono collocare in tensione, ed anzi in conflitto ed in contrapposizione, alla proprietà intellettuale è già presente in tutte le sue articolazioni nella Dichiarazione ONU del 1948 e nel Patto internazionale del 1966, anche se oggi trova una sua enunciazione più moderna ed affidata nella CEDU e nella Carta stessa. Vanno a questo proposito menzionate le istanze di salvaguardia della

dignità dell'uomo, che possono proibire la brevettazione di utilizzazioni dell'embrione umano (Artt. 1 e 3 Carta; e v. Corte UE 18 ottobre 2011 (Grande Sezione), causa C-34/10, Oliver Brüstle c. Greenpeace eV, ECLI:EU:C:2011:669, caso «Brüstle», par. 34, peraltro limitato, forse pericolosamente, da Corte UE 18 dicembre 2014 (Grande Sezione), causa C-364/13, International Stem Cell Corporation c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks, ECLI:EU:C:2014:2451, caso «ISCC», par. 33); le istanze di accesso ai farmaci salvavita (che trovano riconoscimento a livello internazionale e non solo unionista: v. artt. 31 e 31bis TRIPs, quest'ultimo, però, non ancor entrato in vigore, oltre all'art. 35 Carta) e di salvaguardia dell'ambiente e della biodiversità (per le quali v. TEMMERMAN; e v. art. 37 Carta); l'interesse all'apertura della struttura concorrenziale dei mercati (art. 16 Carta; e v. Corte UE 16 luglio 2015 (Quinta Sezione), causa C-170/13, Huawei Technologies Co. Ltd. c. ZTE Corp. e ZTE Deutschland GmbH, ECLI:EU:C:2015:477, caso «Huawei»; ma v. anche i casi «Scarlet Extended» e «Netlog», citt.), oltre ai già menzionati diritti alla libertà di espressione ed all'accesso all'informazione (artt. 10-11 Carta; e v. i casi «Bonnier» e «Promusicae», citt., cui *adde*, nella specifica prospettiva della CEDU, Corte EDU 10 gennaio 2013 (Quinta Sezione), caso «Ashby Donald», cit.). In termini non dissimili potrebbe scorgersi un conflitto fra gli interessi dei soggetti che abbiano a beneficiare di una nuova forma di protezione o di una estensione dei termini di protezione, da un lato, e gli interessi al mantenimento in pubblico dominio della collettività (ed alla salvaguardia delle legittime aspettative di chi già avesse iniziato la propria attività prima della revivescenza di un diritto scaduto); ma la giurisprudenza comunitaria ha per ora preferito non affrontare in questi termini il quesito (v. Corte UE 27 gennaio 2011 (Seconda Sezione), in causa C-168/09, Flos s.p.a. c. Semeraro Casa e Famiglia s.p.a. con l'intervento di Assoluce - Associazione nazionale delle Imprese degli Apparecchi di Illuminazione, in ECLI:EU:C:2011:29, caso «Flos»).

Sono questi i diritti fra i quali va pazientemente ricercato (sia pur con tutte le difficoltà quando si tratti di ponderare principi e non di applicare regole: OHLY, 152) un punto di "giusto equilibrio" in conformità alla giurisprudenza europea ora richiamata; e che, nella prospettiva più circoscritta dell'art. 17 Carta, senza dubbio possono essere considerati "causa di pubblico interesse" o "limiti imposti nell'interesse generale" che giustificano la privazione o regolazione di diritti di proprietà intellettuale.

5. *Quasi una conclusione.* - Accogliendo il punto di vista ora proposto, si potrebbe dire che la ricerca del "giusto equilibrio" è solamente intrapresa; e che la previsione del comma 2 dell'art. 17 non è che uno dei punti di avvio di una ricerca ancora in larga misura aperta. Avviandosi lungo questo percorso, non mancano tuttavia conseguenze

significative proprio sul piano che qui interessa, dell'interpretazione e dell'applicazione dell'art. 17, comma 2, della Carta. Fra di esse una conferma ed una preoccupazione. La conferma attiene alla bontà di un approccio che si tenga lontano da letture "massimalistiche" della previsione (troppo spesso accolte nei "Considerando" premessi agli atti dell'Unione: per un buon inventario GRIFFITHS, McDONAGH, 77), che possano legittimare un ulteriore rafforzamento delle esclusive monopolistiche attribuite dalla proprietà intellettuale. La preoccupazione concerne invece il rischio che la dialettica, positiva, avviata nella ricerca di un giusto equilibrio fra i diritti fondamentali da un lato e la proprietà intellettuale dall'altro abbia ad interrompersi bruscamente, in conseguenza della creazione di "zone franche" sottratte al vaglio di conformità con i diritti umani che si sta profilando in ragione dell'approvazione della Convenzione sul brevetto europeo ad effetto unitario e degli accordi "mega-regionali" approvati od in corso di approvazione.