

La privatizzazione del patrimonio culturale nell'era digitale

di Giorgio Resta

1. L'immagine delle cose e i *digital commons*

Il perfezionamento delle tecniche di digitalizzazione e diffusione *on line* delle immagini, unitamente al processo di *commodification* dell'informazione, ha posto al centro della riflessione contemporanea il problema del regime giuridico dell'immagine delle cose, e in particolare dei beni culturali e paesaggistici¹. Si tratta di beni «privati», su cui insiste una qualche forma di esclusiva, oppure di beni «pubblici» non appropriabili, riconducibili alla categoria dei *digital commons*?

La questione è di grande rilievo teorico e pratico, poiché si ricollega a uno dei fenomeni più importanti (e preoccupanti) dell'epoca contemporanea: il fenomeno della patrimonializzazione e della privatizzazione dello spazio pubblico². A questo tema sono stati dedicati negli ultimi anni studi particolarmente significativi, soprattutto in relazione al problema della trasformazione dello spazio urbano³. Il caso della proliferazione degli *shopping malls*, spazi proprietari per eccellenza e in cui le libertà costituzionali sono spesso sacrificate in nome dei valori della proprietà, della sicurezza e del consumo⁴, è – ad esempio – emblematico di un processo di

1. In relazione al problema dei diritti sussistenti in ordine alla riproduzione fotografica dei beni culturali l'indagine più recente e sistematica è quella di H. Lehment, *Das Fotografieren von Kunstgegenständen*, Göttingen 2008, spec. p. 99 ss.; ma v. anche M. Cornu, *L'image des biens culturels: les limites de l'appropriable*, in P. Bloch, *Image et droit*, Paris 2002, pp. 511 ss.

2. Si veda da ultimo O. Mongin, *Métamorphose de l'espace public*, in “Esprit”, II, 2012, pp. 73 ss.; C. Ghorra-Gobin, *L'espace public: entre privatisation et patrimonialisation*, in “Esprit”, II, 2012, pp. 88 ss; T. Paquot, *L'espace public*, Paris 2009.

3. In tema cfr., anche per gli ulteriori riferimenti, il bel saggio di M.R. Marella, *Introduzione. La difesa dell'urban commons*, in Id. (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona 2012, p. 185 ss.

4. Per una disamina aggiornata della ricca giurisprudenza statunitense sui limiti all'esercizio del *free speech* all'interno degli *shopping malls* privati v. W. Batchis, *Free Speech in the Suburban and Exurban Frontier: Shopping Malls, Subdivisions, New Urban*

continuo assottigliamento degli spazi pubblici non mercantili; del pari, l'incessante moltiplicazione delle telecamere e degli altri strumenti di videosorveglianza nelle vie e nelle piazze delle città moderne testimonia di una crescita capillare – coadiuvata dall'evoluzione della tecnologia – delle forme di controllo e dunque di disciplinamento sociale. Il problema è che queste tendenze non interessano soltanto lo spazio pubblico "reale", ma si riproducono, sia pure con diverse modalità e implicazioni, anche nella sfera dell'immateriale. Molto si è scritto circa la diffusione degli strumenti di controllo nelle reti telematiche⁶, ma altrettanto rilevante è la questione della proliferazione dei diritti esclusivi, che intaccano l'estensione e il contenuto del *public domain*, cioè di una parte significativa dello spazio pubblico immateriale⁷. Gli effetti di un siffatto processo di privatizzazione e mercificazione del *public domain* sono divenuti evidenti in relazione a una pluralità di questioni, dallo statuto del genoma al problema della brevettaggio dei risultati della ricerca scientifica, dal diritto d'autore sulle banche di dati al regime delle informazioni pubbliche⁸. Una frontiera meno studiata, ma non per questo meno rilevante, è quella della "privatizzazione del paesaggio" (intendendo quest'espressione in senso lato). Stiamo assistendo, infatti, a una continua proliferazione – derivante dalla proliferazione delle pretese proprietarie in ordine al controllo sulla riproduzione dell'immagine dei beni, la quale rimette in discussione l'idea del paesaggio come bene comune e solleva la questione giuridica del regime dell'immagine delle cose. Si tratta, si diceva pocanzi, di una questione rilevante non soltanto da un punto di vista teorico, ma anche pratico. Per fare soltanto due esempi, è sufficiente ricordare che l'attuazione del progetto *non profit* Wiki Loves Monuments – finalizzato a rendere fruibili in rete le immagini del patrimonio culturale italiano – ha incontrato numerosi ostacoli di carattere giuridico proprio in ragione dell'incertezza esistente in ordine al regime dell'immagine dei beni culturali⁹. Del pari, il program-

nism, and the First Amendment, in "Southern California Interdisciplinary Law Journal", 21, 2012, pp. 301-58.

5. M.R. Marella, *Introduzione. La difesa dell'urban commons*, cit., pp. 188-92.

6. V. ad es. D.J. Solove, *The Digital Person: Technology and Privacy in the Information Age*, New York, 2004; S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari 2012, pp. 312 ss.

7. In tema da ultimo A. Peukert, *Die Gemeinfreiheit*, Tübingen 2012.

8. Per uno sguardo d'insieme v. J. Boyle, *Public Domain. Enclosing the Commons of the World*, New Haven-London 2008; G. Resta, *La privatizzazione della conoscenza e la promessa dei beni comuni: riflessioni sul caso 'Myriad Genetics'*, in "Rivista Critica del Diritto Privato", 2011, pp. 281-311.

9. Per riferimenti v. <http://www.wikilovesmonuments.it/2012/05/wiki-loves-monuments-la-giurisprudenza-parte3/>.

ma di digitalizzazione su larga scala delle strade pubbliche intrapreso – questa volta con finalità lucrative – da Google ha dato vita a un ampio contenzioso nei paesi europei e extraeuropei¹⁰.

Più in generale, in tempi recenti la giurisprudenza è stata chiamata a risolvere numerose controversie, le quali hanno ad oggetto la riproduzione – prevalentemente a scopo commerciale – dell'immagine di cose corporali, quali palazzi, siti archeologici, imbarcazioni, e persino parchi pubblici o elementi del paesaggio¹¹. Il problema giuridico che si pone in ciascuna di queste ipotesi è costituito dal conflitto tra le libertà dei terzi e la pretesa del proprietario, o del titolare di altro diritto reale, di controllare lo sfruttamento dell'immagine del bene.

Negli ultimi due anni si sono avute, su questo terreno, due importanti prese di posizione delle corti supreme. La Corte di cassazione italiana, in una sentenza del 2012, si è soffermata sul problema della pubblicazione non autorizzata dell'immagine delle Catacombe romane¹². Soltanto tre anni prima lo stesso organo giurisdizionale aveva già avuto modo di confrontarsi con la questione dello sfruttamento commerciale dell'immagine in un caso alquanto singolare, concernente la riproduzione in un calendario dell'immagine di una barca a vela¹³. Su questo tema deve registrarsi anche un intervento molto rilevante del *Bundesgerichtshof* tedesco, che nel dicembre 2011 ha emesso tre pronunzie in procedimenti collegati, sancendo l'illiceità della riproduzione a scopo commerciale, e segnatamente su siti Internet, dell'immagine alcuni celebri parchi e monumenti berlinesi (in particolare il parco di Sanssouci e il castello di Charlottenburg)¹⁴.

Indipendentemente dal merito delle soluzioni adottate, tali decisioni testimoniano inequivocabilmente la rilevanza contemporanea del problema dello statuto giuridico dell'immagine delle cose in quanto bene immateriale e suscettibile di sfruttamento economico e al contempo in quanto punto di riferimento di una serie di libertà costituzionalmente tutelate (dalla libertà dell'arte alla libertà di informazione), spesso indicate con la formula riassuntiva di «libertà di panorama»¹⁵. In questo scritto vorrei

10. Per un caso particolarmente significativo v. *Boring v. Google, Inc.*, 2009, WL 931181 (W.D. Pa. April 6, 2009); in generale cfr. C. Lindner, *Persönlichkeitsrecht und Geo-Dienste im Internet z. B. Google Street View/Google Earth*, in "Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht", 54, 2010, pp. 292-301.

11. Per un quadro generale v. G. Resta, *L'immagine dei beni*, in G. Resta (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2011, pp. 550 ss.; Id., *Chi è proprietario delle Piramidi? L'immagine dei beni tra property e commons*, in "Politica del Diritto", XL, 2009, pp. 567-603.

12. *Infra*, par. 2.

13. *Infra*, par. 4.

14. *Infra*, par. 3.

15. L.S. Faggioni, *La libertà di panorama in Italia*, in "Il Diritto industriale", 6, 2011, pp. 535 ss.

proporre una disamina critica di tali orientamenti giurisprudenziali, discutendo nei dettagli le suddette decisioni, per poi sollevare alcune questioni di carattere generale concernenti il regime giuridico del «paesaggio» in quanto bene privato o bene pubblico.

2. Le fotografie delle Catacombe

La Corte di Cassazione è stata chiamata a decidere di recente un caso alquanto singolare, concernente la riproduzione non autorizzata di alcune fotografie delle Catacombe romane nell'ambito di un libro d'arte¹⁶. La domanda era stata proposta dalla Pontificia Commissione di Archeologia Sacra, in qualità di soggetto deputato alla custodia e conservazione delle Catacombe presenti nel suolo della città di Roma, conformemente alla previsione dell'art. 12 della legge di revisione del Concordato (l. 25 marzo 1985, n. 121). Originariamente formulata in termini di pretesa alla restituzione dell'indebito arricchimento, essa è stata riqualificata dal giudice di seconda istanza come domanda volta al risarcimento dei danni *ex art. 2043 c.c.* Le tesi sostenute dalla Pontificia Commissione sono state accolte sia in primo sia in secondo grado e le censure mosse dal convenuto nei confronti della decisione di appello sono state integralmente rigettate dalla Corte di Cassazione.

La legge di revisione del Concordato garantisce in capo alla Santa Sede la disponibilità delle Catacombe romane. Segnatamente, l'art. 12 della l. 25 marzo 1985, n. 121 prevede, al primo comma, che

[...]a Santa Sede e la Repubblica italiana, nel rispettivo ordine, collaborano per la tutela del patrimonio storico e artistico. Al fine di armonizzare l'applicazione della legge italiana con le esigenze di carattere religioso, gli organi competenti delle due Parti concorderanno opportune disposizioni per la salvaguardia, la valorizzazione e il godimento dei beni, culturali d'interesse religioso appartenenti a enti e istituzioni ecclesiastiche;

ed, al terzo comma, che

[...]a Santa Sede conserva la disponibilità delle catacombe cristiane esistenti nel suolo di Roma e nelle altre parti del territorio italiano con l'onere conseguente della custodia, della manutenzione e della conservazione, rinunciando alla disponibilità delle altre catacombe.

Da tale disposizione si evince chiaramente la sussistenza, in capo al Vaticano, di un potere di controllo in ordine all'accesso ai siti catacombali.

¹⁶ Cass., 16-3-2012, n. 4213, in “Diritto dell’informazione e dell’informatica”, 2012, pp. 841 ss.

li, preordinato ad assicurarne la cura e la conservazione¹⁷. L'esercizio di tali prerogative è stato disciplinato da diversi Regolamenti della Pontificia Commissione di Archeologia Sacra, i quali prevedono essenzialmente che i visitatori «all'interno della catacomba, hanno il divieto di effettuare fotografie e riprese video» (*Regolamento per la visita delle catacombe*, 1 gennaio 2010) e che il materiale fornito dall'Archivio Fotografico della Pontificia Commissione di Archeologia Sacra «non può essere riprodotto senza apposita autorizzazione della PCAS e il pagamento dei relativi diritti di riproduzione» (*Regolamento per il servizio dell'archivio fotografico*, 20 ottobre 2007).

Dalla succinta descrizione dei fatti di causa contenuta nella sentenza, non è dato comprendere con esattezza se il convenuto avesse riprodotto senza apposita autorizzazione *i negativi compresi nell'Archivio Fotografico* del Vaticano, oppure se avesse utilizzato *fotografie realizzate in proprio*, verosimilmente senza richiedere il previo consenso del soggetto legittimato. Nel primo caso, saremmo in presenza di una lampante – e non problematica – violazione del diritto connesso sulle fotografie, di cui all'art. 88 della legge sul diritto d'autore¹⁸; nel secondo, verrebbe in questione la lesione di una specifica situazione soggettiva (sui cui lineamenti si tornerà tra un attimo) avente ad oggetto il controllo sulla riproduzione dell'immagine delle cose.

Quest'ultimo sembra, in realtà, il profilo prevalente nel quadro del ragionamento proposto dalla Suprema Corte. Con il secondo motivo di ricorso, infatti, il convenuto aveva espressamente sollevato il problema dell'incerta qualificazione della pretesa e segnatamente della dubbia sussistenza di «un diritto alla protezione dei diritti di riproduzione dei siti, tutelabile erga omnes» e fondato sul disposto dell'art. 12, legge 121/1985. Nel rigettare tale motivo di gravame, la Corte ha affermato che è indiscutibile che la Pontificia Commissione di Archeologia Sacra

avesse i diritti *ex lege* n. 633 del 1941 sul catalogo fotografico tanto delle reliquie quanto dei luoghi posto che la norma di legge di revisione del concordato aveva lasciato in sua disponibilità esclusiva le une e gli altri, in tale norma essendo implicita la potestà di regolare l'accesso per le visite, di richiedere corrispettivi per esse, di ritrarre in foto o altro supporto i luoghi stessi e di esigere per il rilascio di copie un corrispettivo.

17. In generale, sul regime dei beni culturali di interesse religioso, v. A. Bettetini, *Gli enti e i beni ecclesiastici*, in "Commentario del codice civile", fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, *sub art. 831*, Milano 2005, pp. 201 ss.

18. Sulla disciplina delle fotografie vedi il commento di A. Pedriali Kindler agli artt. 87-88 l.d.a., nel *Commentario breve alle leggi su Proprietà Intellettuale e Concorrenza*, a cura di L.C. Ubertazzi, IV ed., Padova 2007, pp. 1778-82.

Da questo passaggio sembra potersi desumere che il fondamento sostanziale della tutela venga ravvisato dalla Suprema Corte non tanto nel diritto connesso sulle fotografie, bensì in una più specifica situazione di vantaggio relativa allo sfruttamento dell'immagine dei beni materiali nella disponibilità della Santa Sede. Certo, il riferimento alla legge sul diritto d'autore può risultare fuorviante, ma il resto della proposizione sembra indicare in maniera non equivoca («posto che ...») quale sia, nell'ottica della corte, la base giuridica della protezione accordata agli interessi della Santa Sede¹⁹.

Optare per l'una o l'altra delle ipotesi ricostruttive illustrate ha implicazioni tutt'altro che irrilevanti in ordine al modello di disciplina applicabile. Se la condotta denunziata consiste nell'illegittima riproduzione di materiale fotografico fornito dall'Archivio Vaticano, tutelabile come diritto connesso, saremo in presenza della violazione di un diritto su bene immateriale (tipico) e le regole applicabili saranno quelle prescritte dalla legge sul diritto d'autore. Se invece l'azione censurata consiste nella riproduzione non consentita dell'immagine di reliquie e siti catacombali mediante fotografie realizzate in proprio, la disciplina di riferimento non potrà essere estratta dalle norme in tema di beni immateriali, ma dovrà essere desunta in via interpretativa dai libri terzo e quarto del codice civile.

In tal caso, fermo restando quanto si dirà in seguito, si deve concludere che il potere del proprietario di controllare lo sfruttamento dell'immagine dei propri beni non possa essere configurato se non come proiezione indiretta dello *ius excludendi*. Se è vero, infatti, che il proprietario, in virtù del proprio diritto reale, può tanto proibire l'accesso a un bene non esposto alla pubblica vista, quanto subordinarlo a determinate condizioni, ne deriva che sia l'accesso non autorizzato, sia l'accesso in violazione delle suddette condizioni costituiscano altrettanti fatti illeciti²⁰. In particolare, tale sarebbe la riproduzione dell'immagine di cose materiali in contrasto con il divieto manifestato dal proprietario sia in forma espressa (ad es. nel regolamento affisso all'ingresso di un fondo) sia in forma tacita. Questa soluzione costituisce *ius receptum* in molteplici ordinamenti europei ed è stata ritenuta applicabile anche all'ipotesi di beni culturali sottratti alla pubblica vista e accessibili dietro pagamento di un prezzo (esattamente come nel caso delle Catacombe)²¹. Basti ricordare il celebre caso tedesco del castello di Tegel, appartenuto alla famiglia von Humboldt²²; oppure,

19. D'altra parte se la base giuridica della tutela fosse rappresentata dal diritto d'autore sulle fotografie non vi sarebbe alcuna ragione di invocare la norma concordataria e i vari regolamenti attuativi come fonte di un potere esclusivo sui beni materiali in oggetto.

20. Cfr. in tema H. Lehment, *Das Fotografieren von Kunstgegenständen*, cit., p. 111.

21. Per una disamina più dettagliata di questi aspetti v. G. Resta, *L'immagine dei beni*, cit., pp. 570-585.

22. BGH, 20 settembre 1974, *Schloß Tegel*, in "Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht", 1975, pp. 500 ss.

per rimanere alla nostra esperienza, l'interessante controversia relativa alla riproduzione delle tele di Caravaggio esposte nella Chiesa di San Luigi dei Francesi a Roma²³. In tutti questi casi – e si basi che analoga è la logica sottesa alla disciplina della riproduzione dei beni culturali in consegna allo Stato, alle regioni e agli altri enti pubblici territoriali, dettata dagli artt. 107-109 del *Codice dei beni culturali e del paesaggio*²⁴ – la conclusione è la medesima: l'utilizzazione a scopo economico dell'immagine di un bene che non sia liberamente visibile all'esterno necessita dell'autorizzazione preventiva del suo titolare.

3. Il palazzo e il parco di Sanssouci

Se questo assunto può ritenersi ormai pacifico, è più controversa la ricostruzione dei lineamenti dogmatici della situazione soggettiva sottostante. Una prima tesi riconduce il potere di controllo sulla circolazione dell'immagine alla mera disponibilità materiale del bene²⁵. Ciò significa escludere che lo sfruttamento dell'immagine rappresenti un'autonoma facoltà compresa nel diritto di proprietà e ritenere invece che la fonte dei doveri di condotta gravanti sul terzo risieda esclusivamente nel regolamento pattizio. Ciò implica che la tutela avrà un carattere meramente obbligatorio e non reale, con tutto ciò che ne conseguе sul piano dei rimedi esperibili e dell'opponibilità ai terzi delle condizioni d'uso del bene. Una seconda tesi costruisce invece il potere interdittivo come immediata manifestazione del diritto di proprietà: essendo al proprietario riconosciuto il diritto di godere e disporre in maniera esclusiva, nonché ritrarre i frutti del bene, anche lo sfruttamento economico del profilo immateriale del bene (si intende: non collocato sulla pubblica via e liberamente visibile dall'esterno) dovrebbe ritenersi compreso nelle facoltà caratteristiche del diritto di proprietà. Da ciò deriva che la tutela avrà un carattere reale e non meramente obbligatorio e dunque la riproduzione dell'immagine del bene posta in essere da un terzo non legittimato costituirà un illecito anche qualora costui sia all'oscuro dell'originaria violazione del diritto di proprietà (e sarà perciò tenuto alla restituzione dei profitti conseguiti dallo sfruttamento del bene altrui).

23. Pret. Roma, 23 giugno 1980, in *Dir. aut.*, 1980, 470; Trib. Roma, 27 maggio 1987, inedita.

24. Cfr. G. Resta, *L'immagine dei beni*, cit., pp. 568-570.

25. Da ultimo, in questa prospettiva, T. Dreier, *Germany: Creating New Property Rights on the Basis of General Legal Concepts - Without Limits?*, in "Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law", 2, 2011, pp. 152-6; H. Schack, *Anmerkung a BGH*, 17 dicembre 2010, in "Juristenzeitung", 2011, pp. 375-6.

Quest'ultima, in particolare, è la prospettiva seguita da una recente – e fortemente criticata – decisione del *Bundesgerichtshof* tedesco, che ha ritenuta illecita la diffusione da parte di un'agenzia fotografica – anche su siti web – delle immagini del parco e del castello di Sanssouci (Berlino)²⁶. La corte, accogliendo la domanda proposta da una fondazione di diritto pubblico incaricata della gestione dei castelli e parchi prussiani, ha concesso un provvedimento inibitorio e condannato al risarcimento dei danni la società convenuta in quanto responsabile della violazione del diritto di proprietà. Pur ribadendo che l'immagine di un bene liberamente visibile è soggetta a un regime di sfruttamento ‘aperto’, il collegio ha compiuto un netto passo in avanti rispetto alla giurisprudenza precedente, affermando che lo sfruttamento economico delle fotografie che ritraggano il bene sottratto alla pubblica vista debba ritenersi giuridicamente riservato al suo titolare, in virtù del diritto di proprietà (le norme richiamate dalla corte sono il § 903 e il § 99 del codice civile tedesco, concernenti rispettivamente le prerogative del proprietario e i frutti della cosa)²⁷. In tal modo dal cilindro del diritto di proprietà viene magicamente estratto un nuovo bene immateriale.

Il dibattito suscitato dalla decisione tedesca dovrebbe indurre a riflettere con attenzione sulla linea di politica del diritto fatta propria dalla nostra Corte di cassazione nella decisione appena discussa. Dovrebbe suscitare, in particolare, una riflessione critica circa l’opportunità (e la stessa legittimità) di una politica di riserva dello sfruttamento commerciale dell’immagine operata dagli enti pubblici, in relazione a beni che dovrebbero connotarsi per la loro «accessibilità a tutti»²⁸. Non a caso diversi autori tedeschi, confortati dalla decisione di seconda istanza del OLG Brandenburg²⁹, cassata dal BGH, hanno ravvisato una *Widmung* del bene immo-

26. BGH, 17-12-2010, *Sanssouci*, in “Juristenzeitung”, 2011, pp. 371 ss.; in “Multimedia und Recht”, 2011, pp. 466 ss.

27. Per i necessari approfondimenti v. E. Wanckel, *Auf dem Weg zum ‘Recht am Bild der eigenen Sache?’*, in “Neue Juristische Wochenschrift”, 2011, pp. 1779-1781; B. Flöter, M. Königs, *Verletzung des Rechts am grundstücksinternen Bild der eigenen Sache und Übertragbarkeit der dreifachen Schadensberechnung auf deliktische Schadensersatzansprüche aus Eigentumsverletzung*, in “Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht”, 2012, pp. 383-9.

28. Sul punto si vedano le notazioni critiche di W. Bullinger, *Kunstwerke in Museen – die klippenreiche Bildauswertung*, in *Festschrift für Peter Raue zum 65. Geburtstag*, Köln-Berlin-München 2006, p. 379 ss., pp. 394-6, ove si afferma che la politica comunemente perseguita dai musei e da altre istituzioni culturali è fortemente dubbia alla luce dei principi costituzionali in tema di funzione sociale della proprietà e garanzia di informazione. Diversamente H. Lehment, *Das Fotografieren von Kunstgegenständen*, cit., pp. 146 ss.

29. Oberlandesgericht Brandenburg, 18-2-2010, in “Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht”, 2010, pp. 927ss.

bile, formalmente privato ma funzionalizzato a scopi pubblici³⁰. Nel caso di specie si deve sottolineare che le catacombe sono un bene di straordinaria rilevanza archeologica, artistica e culturale e che la pubblicazione delle relative immagini non aveva una finalità puramente e semplicemente commerciale, bensì persegua anche meritorio scopi artistici, didattici e informativi. Data la rilevanza costituzionale degli interessi contrapposti al diritto di proprietà, sarebbe apparsa non del tutto rivoluzionaria una compressione delle prerogative dominicali fatte valere dalla Pontificia Commissione di Archeologia Sacra. E prima ancora ci si sarebbe attesi dalla Suprema Corte una più puntuale messa a punto della questione generale del regime giuridico dell'immagine dei beni, su cui tuttora persiste una notevole incertezza.

4. L'immagine della barca a vela

Per quanto discutibile nelle sue implicazioni, la suddetta decisione della Corte di cassazione non è particolarmente sorprendente. Infatti la Suprema Corte si era già soffermata in maniera sufficientemente organica sul problema del regime giuridico dell'immagine delle cose nel 2009, con una decisione non molto lineare sul piano della logica argomentativa e ancor meno convincente su quello della politica giudiziaria³¹. In quell'occasione i giudici erano stati chiamati a pronunziarsi su un'ipotesi di sfruttamento non autorizzato dell'immagine dell'imbarcazione "Riviera di Rimini", la cui riproduzione fotografica era stata inserita all'interno di un calendario distribuito gratuitamente ai clienti di un'impresa operante nel settore della carta. La Corte aveva allora affermato l'illiceità dell'utilizzazione ai sensi dell'art. 2043 c.c., in quanto non era stato ottenuto alcun consenso preventivo da parte della società "Rimini Sail", titolare dei diritti. Il profilo maggiormente problematico di quella pronunzia consisteva nell'assoluta incertezza circa il titolo attributivo della tutela³². L'immagine della barca,

30. V. in particolare W. Maaßen, *Panoramafreiheit in den preußischen Schlossgärten*, in "Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht", 2010, pp. 880 ss., spec. pp. 883-4.

31. Cass., 11 agosto 2009, n. 18218, in "Danno e responsabilità", 2010, pp. 471ss, con note di G. Resta, *L'immagine dei beni in Cassazione, ovvero: l'insostenibile leggerezza della logica proprietaria*, e di M. Pastore, *Prove (a)tecniche di tutela esclusiva dell'immagine dei beni*; in "AIDA", 2010, 19, pp. 591-609, con nota di C.E. Mayr, *I diritti del proprietario sull'immagine della cosa*; in "Rivista di diritto industriale", 2010, II, pp. 147 ss., con nota di N. Romanato, *Sullo sfruttamento dell'immagine di un bene nella disponibilità di una persona giuridica*; in "Il Diritto marittimo", 2011, pp. 443 ss., con nota di A. Spinelli, *I diritti della personalità dell'imbarcazione famosa? La parola alla Corte*. Sulla decisione può altresì leggersi il commento di I. Garaci, *La tutela dell'immagine dei beni*, in "Responsabilità civile e previdenza", 2011, pp. 836 ss.

32. Per esigenze di sintesi rinvio a quanto osservato in Resta, *L'immagine dei beni in Cassazione, ovvero: l'insostenibile leggerezza della logica proprietaria*, cit.

infatti, era liberamente visibile da chiunque e non sussistevano su di essa specifici diritti di proprietà intellettuale; né si lamentava la violazione del diritto d'autore del fotografo (di cui all'art. 88 l.d.a.), bensì unicamente la compromissione delle possibilità di ricavare un reddito dallo sfruttamento commerciale in esclusiva di un'immagine nota. Per colmare tale lacuna e restituire un fondamento sostanziale al potere di voto riconosciuto al titolare dell'imbarcazione, la Corte aveva fatto ricorso, in maniera estremamente elastica, alla teorica dei diritti della personalità delle persone giuridiche, sostenendo che la società proprietaria dell'imbarcazione fosse titolare dei diritti al nome e all'immagine e che nel relativo ambito di tutela potessero farsi rientrare anche la denominazione e l'immagine dell'imbarcazione. Il modello concettuale di riferimento era, in buona sostanza, quello del *right of publicity*. Come la Pretura di Roma aveva anni addietro affermato il diritto di Lucio Dalla di controllare lo sfruttamento commerciale dell'immagine del celebre zucchotto e occhialini³³, così la Corte di Cassazione aveva qui riconosciuto il potere di controllare l'utilizzazione economica dell'immagine dell'imbarcazione. Si trattava in entrambi i casi della riproduzione di cose materiali: ma mentre nel primo caso queste fungevano da meri «rappresentanti analogici» della persona celebre, nel secondo esse possedevano un significativo valore commerciale in quanto tali e non come vettori simbolici di un soggetto (era l'imbarcazione a essere nota al pubblico, e non la società). A questa fragilità intrinseca del ragionamento i giudici avevano tentato di porre rimedio invocando un tipico argomento di analisi economica: poiché tali beni sono comunemente oggetto di operazioni di *merchandising*, se non fosse riconosciuto a favore del titolare un'esclusiva sullo sfruttamento, si determinerebbe un'incertezza assoluta circa la spettanza dei diritti, con il conseguente aumento dei costi di transazione e l'intralcio allo sviluppo del mercato. Tale argomento non convinceva allora e continua a non convincere oggi, soprattutto alla luce della consapevolezza dei costi sociali correlati alla proliferazione indiscriminata dei *property rights* su beni immateriali (teoria degli *anticommons*) e dello sviluppo di meccanismi di stimolo all'innovazione e alla ricerca non fondati sull'ascrizione di diritti esclusivi e sul consueto binomio proprietà/contratto.

Ma, prim'ancora di tali valutazioni, la sentenza del 2009 non convinceva su un piano strettamente tecnico, in quanto si poneva in aperta contraddizione con il principio del numero chiuso dei diritti sui beni immateriali³⁴ e fuoriusciva dai binari consolidati della giurisprudenza europea in tema

³³. Pret. Roma, ord. 18 aprile 1984, in "Il Foro italiano", 1984, I, pp. 2030 ss., con nota di R. Pardolesi.

³⁴. Su cui v. G. Resta, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, in Id. (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, cit., pp. 3 ss.

di riproduzione dell'immagine di cose esposte alla pubblica vista. Fatta eccezione per il brusco, ma tutto sommato transitorio, sbandamento della *Cour de cassation* francese³⁵, l'orientamento giurisprudenziale che emerge a un'osservazione comparatistica si fonda su una fondamentale bipartizione di regime giuridico: *a)* l'immagine dei beni mobili o immobili liberamente visibili non è soggetta ad alcuna restrizione in punto di riproduzione e sfruttamento da parte dei terzi, fatta eccezione per le eventuali ragioni di tutela derivanti dal diritto alla riservatezza, all'identità personale o dai diritti di proprietà intellettuale che eventualmente insistano sul bene (diritto d'autore sulle opere architettoniche, della scultura, disegni e modelli, etc.)³⁶; *b)* lo sfruttamento dell'immagine delle cose che non siano esposte alla pubblica vista – e il cui accesso presupponga un'apposita manifestazione di volontà (espressa o tacita) da parte del proprietario o titolare di altri diritti reali – rientra nella libera determinazione del loro titolare³⁷. Non a caso, prima del 2009, la nostra giurisprudenza di merito si era sempre attenuta a un siffatto principio. In particolare, in un'interessante pronunzia de 1993, il Tribunale di Milano aveva espressamente negato che l'Ente Autonomo Teatro alla Scala potesse opporsi alla registrazione come marchio dell'immagine stilizzata della facciata della celebre istituzione culturale, rilevando che: «la tutela del diritto all'immagine di cui agli artt. 10 c.c. e 96 l.d.a. non è nemmeno astrattamente invocabile per le persone giuridiche. Il diritto previsto dalle norme sopra indicate ha, infatti, per oggetto l'immagine fisica di una persona che, mentre è inscindibilmente compenetrata nella persona fisica, è ontologicamente inconcepibile per la persona giuridica per la sua natura di entità meramente astratta e di *fictio iuris*. Né può confondersi (come dimostra di fare l'ente convenuto) l'immagine fisica della persona giuridica con quella dell'edificio che ne costituisce la *sedes*»³⁸. Del pari, in un caso risalente alla fine degli anni Cinquanta, il tribunale di Napoli aveva escluso che la riproduzione della facciata di un palazzo nobiliare (i cui diritti relativi all'opera architettonica erano caduti nel pubblico dominio) costituisse un fatto illecito³⁹.

35. C. Geiger, *La remise en cause du droit à l'image des biens: une privatisation du domaine public enfin freinée?*, in “Revue Lamy droit de l'immatériel”, 2005, 6, pp. 6-8.

36. BGH, 9 marzo 1989, *Friesenhaus*, in “Neue Juristische Wochenschrift”, 1989, pp. 2251 ss.

37. BGH, 20 settembre 1974, *Schloß Tegel*, in “Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht”, 1975, p. 500. Per i recenti sviluppi della giurisprudenza tedesca v. *infra* par. 4.

38. Trib. Milano, 28 gennaio 1993, in “Annali italiani del diritto d'autore”, 1994, p. 325, con nota di C.E. Mayr, *La registrazione come marchio del nome di un teatro*.

39. Trib. Napoli, 25 luglio 1958, in “Giustizia civile”, 1959, I, pp. 389 ss., con nota di F. della Rocca, *In tema di diritti cinematografici*.

5. Il paesaggio: un bene appropriabile?

Un paesaggio, scriveva Rouast agli inizi dello scorso secolo, «appartiene a tutti; ognuno può non soltanto contemplarlo liberamente, ma anche disegnarlo, fotografarlo e riprodurre il proprio disegno o negativo»⁴⁰. Queste considerazioni, un tempo pacifiche, non rappresentano più fedelmente lo stato del diritto vigente, il quale appare connotato da una crescente espansione delle prerogative dominicali a detrimento della libertà d'informazione e di iniziativa economica dei terzi. Da un lato le riforme legislative recenti hanno prodotto un significativo rafforzamento dei diritti di privativa, il quale ha riflessi immediati anche sul tema in esame. Si pensi, ad esempio, all'art. 19, comma 3 del Codice della proprietà industriale, il quale prevede che:

le amministrazioni dello Stato, delle regioni, delle province e dei comuni possono ottenere registrazioni di marchio, anche aventi ad oggetto elementi grafici distintivi tratti dal patrimonio culturale, storico, architettonico o ambientale del relativo territorio.

La norma persegue chiaramente una finalità di riduzione del disavanzo pubblico; il suo effetto, però, è quello di incentivare la registrazione come marchio di immagini (specie stilizzate) di edifici, monumenti e luoghi di rilevanza storica o artistica, con un conseguente assottigliamento del regime di libera fruizione rispetto alle utilizzazioni in ambito commerciale. Dall'altro lato la giurisprudenza, come si è appena visto, oltre a legittimare un'espansione delle prerogative d'autore⁴¹, ha accordato ampia protezione all'interesse del proprietario a controllare lo sfruttamento economico dell'immagine dei propri beni, mobili o immobili. Ne deriva un graduale mutamento dell'originario equilibrio tra sfere di proprietà e sfere di libertà, il quale revoca in dubbio molti degli assunti dai quali muoveva la ricostruzione di Rouast. Si pongono pertanto due interrogativi fondamentali. Il primo consiste nel capire se un suddetto orientamento poggi su basi normative sufficientemente solide. Il secondo se una siffatta prospettiva di *policy* possa ritenersi conforme agli interessi collettivi.

Quanto al primo profilo, è necessario notare che, se si osservano con attenzione le regole di diritto positivo poste dalla legge sul diritto d'autore, rilevanti in questo caso per l'opera architettonica, si vedrà come, decorso il termine di durata del diritto, l'opera entri nel pubblico dominio e la sua riproduzione dovrà ritenersi lecita, salvo l'ipotesi di lesione del c.d. diritto morale d'autore.

⁴⁰ A. Rouast, *Nota a App. Grenoble*, 15.7.1919, in "Dalloz Périodique", 1920, 2, pp. 9 ss.

⁴¹ Un caso emblematico è quello relativo al *Reichstag* "impacchettato" da Christo e Jeanne-Claude BGH, 24.1.2002, *Verhüllter Reichstag*, in "Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht", 2002, pp. 605 ss.

Inoltre il sistema delle «eccezioni e limitazioni», di cui al Capo V della legge n. 633/1941, offre diversi elementi a sostegno della tesi della c.d. libertà di panorama. Particolarmente apprezzabile appare, a questo riguardo, la scelta compiuta in molteplici ordinamenti europei, ove si è introdotta una specifica restrizione per le opere esposte alla pubblica vista. Paradigmatico, a questo proposito, è il § 59 della legge tedesca sul diritto d'autore (*UrbG*), secondo cui

è consentito riprodurre, diffondere e rendere pubblicamente fruibili, con mezzi pittorico-grafici, tramite fotografie o filmati, opere che si trovano permanentemente esposte in vie, strade o piazze pubbliche. Nel caso degli edifici tali autorizzazioni riguardano solo l'aspetto esterno.

Inoltre un cenno va fatto anche alle seguenti disposizioni, tutte orientate nella medesima prospettiva: l'art. 24, commi 2 e 3, della legge danese sul diritto d'autore, ove si prevede che

Works of art may be reproduced in pictorial form and then made available to the public if they are permanently situated in a public place or road. The provision of the first paragraph shall not apply if the work of art is the chief motif and its reproduction is used for commercial purposes. Buildings may be freely reproduced in pictorial form and then made available to the public;

l'art. 62 del *Copyright, Designs, and Patent Act* inglese, il quale esclude che la riproduzione grafica, fotografica o filmica di «buildings, sculptures, models for buildings and works of artistic craftsmanship, if permanently situated in a public place or in premises open to the public» integri gli estremi di una violazione del *copyright*; i §§ 68 e 75 della legge portoghese sul diritto d'autore, che autorizzano l'uso (ivi compresa la riproduzione) di opere permanentemente installate su luoghi pubblici, tra cui edifici e sculture; l'art. 35 della legge spagnola (*Real decreto legislativo 1/1996*), ove si stabilisce che le

opere d'arte permanentemente installate in parchi o strade, piazze o altri luoghi pubblici possono essere liberamente riprodotte, distribuite e comunicate attraverso pittura, disegno, fotografia e processi audiovisivi», fermo restando il limite consistente nella necessità di non «pregiudicare irragionevolmente i legittimi interessi dell'autore o interferire con il normale sfruttamento delle opere cui si riferisce

(art. 40 bis). A conferma della rilevanza e della persuasività di questo modello di disciplina mette conto ricordare che l'art. 5 lett. b) a 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, prevede la possibilità per gli Stati membri di introdurre deroghe al diritto di riproduzione dell'autore «quando si utilizzino opere, quali opere di architettura o di scultura, realizzate per essere collocate stabilmente in luoghi pubblici».

Se ne desume che la stessa tutela esclusiva come bene immateriale trova un limite intrinseco nella necessità di assicurare il soddisfacimento dell'interesse pubblico alla fruizione visiva dell'opera architettonica. Inoltre, una volta decorso il termine di durata del diritto, l'opera viene integralmente assorbita dal pubblico dominio e, non essendovi altra base per la tutela (se non quella offerta), dovrà necessariamente assistersi alla completa espansione delle libertà dei terzi di riprodurla e diffonderla con qualsiasi mezzo (fermi restando i limiti posti dalla disciplina della responsabilità civile, ad esempio a tutela della *privacy*, e della concorrenza sleale).

Quanto al secondo aspetto, si deve rilevare che una valutazione comparativa dei costi e dei benefici sociali del riconoscimento di una nuova privativa atipica⁴² sotto le mentite spoglie del diritto di proprietà, induce a dare una risposta inequivocabilmente negativa al quesito circa la desiderabilità sociale di un modello incentrato sulla 'privatizzazione' dell'immagine delle cose e più in generale del paesaggio.

Si considerino innanzitutto le implicazioni di un'esclusiva sull'immagine dei beni, tenendo presente che l'intera vicenda giurisprudenziale francese ha avuto origine dalla controversia in ordine allo sfruttamento economico non di un immobile qualsiasi, bensì di uno dei primi locali liberati dagli Alleati dopo lo sbarco in Normandia⁴³. Ciò significa che, anche di fronte a un bene di notevole interesse storico, in una certa misura patrimonio comune della collettività, i giudici francesi non hanno avuto alcuna remora ad affermare la prevalenza delle ragioni "particolari" del proprietario⁴⁴. Sia chiaro: non che l'attività di produzione e messa in commercio di cartoline postali non sia essa stessa espressione di un interesse particolare e di natura economica; il punto è, però, che qualsiasi attività sociale presuppone in qualche modo l'utilizzazione di risorse parzialmente 'altrui' e ritenere che ciascuno di questi passaggi debba essere sempre e comunque monetizzato vorrebbe dire incrinare profondamente il senso di reciprocità su cui si fonda una comunità⁴⁵.

42. Così P.Y. Gautier, *Le droit subjectif sur l'image d'un bien, ou comment la Cour de cassation crée de la 'para-propriété intellectuelle'*, in "Juris-classeur périodique", 1999, II, pp. 10078 ss.

43. Cass., 10 marzo 1999, in "Dalloz", 1999, jur., 319; per i dettagli v. Resta, *L'immagine dei beni*, cit., p. 570.

44. Sul punto v. M. Cornu, *L'image des biens culturels: les limites de l'appropriable*, cit., p. 534.

45. Particolarmente condivisibili, in proposito, sono le osservazioni di W.J. Gordon, S. Postbrief, *On Commodifying Intangibles*, in "Yale Journal of Law & the Humanities", vol. 10, 158, 1998, pp. 135-61: «The more we pay for, the less the sense of debt we may have toward our culture as a whole. We currently impose no charges for the bulk of the effects we levy on each other, primarily because of transaction costs, but with a beneficial side effect as well. Many of us feel some sense of connectedness to the community that both demands unpredictable sacrifice and gives unearned joys». Più in generale v. J. Boyle, *Public Domain. Enclosing the Commons of the Mind*, New Haven, 2008.

Si noti, poi, che la stessa razionalità economica di un siffatto modello di disciplina appare fortemente dubbia, giacché l'immagine — a differenza della *cosa* effigiata — costituisce un bene tipicamente non rivale nel consumo. Di conseguenza, creare “a monte” una privativa *temporalmente illimitata*, anche in assenza di un’attività creativa da incentivare paragonabile a quella sottesa al diritto d'autore, ha il solo effetto di restringere la concorrenza “a valle”, attribuendo al proprietario una rendita monopolistica non giustificata da alcuna considerazione in termini di fallimento del mercato⁴⁶. Qui, infatti, il bene oggetto di esclusiva (l'immagine) non deve essere “creato”, ma rappresenta, per così dire, un necessario ‘sotto-prodotto’ del bene materiale.

Si potrebbe obiettare, forse, che la costituzione di una privativa sull'immagine opera come incentivo a investire sulla conservazione del bene, onde attrarre un più vasto pubblico e quindi percepire maggiori *royalties* dalle licenze di sfruttamento. Ma non soltanto questo non è sempre vero, atteso che in alcuni casi (si pensi unicamente ai beni di rilevanza storica o di rilievo paesaggistico) la domanda può accresciersi quanto più il bene sia mantenuto nella condizione *originale*. Soprattutto si deve considerare che un incentivo sufficiente a investire in restauro è già offerto dal correlativo mutamento del valore della cosa mobile o immobile sul mercato ‘di primo grado’.

In secondo luogo, si potrebbe opporre che il riconoscimento di diritti esclusivi sull'immagine avrebbe l'auspicabile effetto di fare chiarezza sulla spettanza degli *entitlements*, così da “lubrificare” gli scambi e agevolare l'allocazione del bene in capo a chi lo valuti maggiormente⁴⁷. Ma anche qui è agevole rispondere che creare artificialmente monopoli, ove ciò non sia strettamente indispensabile, non è di certo una politica oculata, atteso che una maggiore concorrenza può diversificare i prodotti, aumentare la qualità delle immagini e ridurre i prezzi, a tutto vantaggio dei consumatori⁴⁸. Per di più, chiunque sia familiare con la teoria degli *anti-commons* non tarderà a cogliere i rischi di una proliferazione incontrollata di titoli proprietari su beni che molto spesso delineano una struttura a rete: la realizzazione di un film o di un semplice poster panoramico diverrebbe estremamente più

46. Nel caso dell'immagine dei beni – a differenza degli altri beni immateriali – non si pone alcun problema di ‘sotto-produzione’ dell'informazione, atteso che essa rappresenta, per così dire, un necessario sotto-prodotto del bene materiale (rispetto al quale esiste, al contrario, la questione dell'*over-exploitation*).

47. Cfr. in quest'ordine di idee, sia pure in relazione al diritto delle reti telematiche, F. Easterbrook, *Cyberspace and the Law of the Horse*, in “The University of Chicago Legal Forum”, 212, 1996, pp. 207-16.

48. Cfr. *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, dec. 31 ottobre 1996, in “Nuova giurisprudenza civile commentata”, 1997, I, pp. 692 ss.

costosa, se non impossibile da realizzare, a causa dell'aumento dei costi di transazione derivanti dalla necessità di ottenere il consenso di tutti gli aventi diritto. I problemi dell'azione collettiva, in altri termini, finirebbero per scoraggiare usi potenzialmente produttivi delle risorse in oggetto⁴⁹.

Queste considerazioni inducono, quindi, a manifestare un'opinione nettamente critica nei confronti dell'adozione, anche in questo settore, di meccanismi di tutela incentrati sull'esclusiva e ispirati alla logica del *value makes right*, in quanto produttivi di una pervasiva privatizzazione e mercificazione dello spazio sociale⁵⁰. L'immagine delle cose, e segnatamente la riproduzione in rete dei beni culturali e paesaggistici, deve piuttosto essere ricondotta alla categoria dei *commons*.

49. Cfr. in generale M.A. Heller, R.S. Eisenberg, *Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*, in "Science", vol. 280, 1998, pp. 698-701.

50. B. Edelman, *La rue et le droit d'auteur*, in "Dalloz", 1992, chronique 91, pp. 97 ss.