

LUIGI MOCCIA

LA PROPRIETÀ INTELLETTUALE COME 'PROPRIETÀ GLOBALE':  
TENDENZE E PROBLEMI\*

SOMMARIO: 1. Rilievi introduttivi e inquadramento del tema. – 2. L'internazionalizzazione della proprietà intellettuale: sue principali fasi. – 3. Mercato (globale) e uniformazione giuridica: spinte e contropinte. – 4. Potenziale illimitatezza dei 'beni' (immateriali) oggetto di proprietà intellettuale e problemi relativi alla loro 'appropriabilità'. – 5. Aspetti di criticità relativi all'ambito e alla durata della tutela autoriale (*copyright*) e brevettuale. – 6. I beni informatici come nuovi oggetti di proprietà intellettuale. – 6.1. *Software*. – 6.2. Database e 'nomi di dominio'. – 7. Problemi applicativi della tutela della proprietà intellettuale: la sfida della tecnologia digitale e la conoscenza come 'bene comune'. – 8. Cenni finali: il 'libero accesso' (*open access*) alla conoscenza come 'bene comune' in alternativa alla 'proprietà intellettuale'.

1. *Rilievi introduttivi e inquadramento del tema*

Il panorama comparativo dei diritti sulle creazioni intellettuali, per quanto ancora segnato da differenti normative – espressione anche di differenti concezioni – tra ordinamenti (e relativi sistemi) giuridici, si presenta sempre più caratterizzato da due tendenze, tra loro distinte, ma ad effetto complementare: una, verso l'espansione dell'ambito e della portata applicativa di tali diritti; l'altra, verso l'omologazione (standardizzazione) del loro regime.

Si tratta di tendenze operanti, oltre che al livello internazionale, all'interno dei singoli ordinamenti nazionali. Ciò a seguito di processi di armonizzazione-uniformazione giuridica su scala regionale, come nel caso dell'Unione Europea; ma, più in generale, a motivo soprattutto dell'apertura e integrazione di tali ordinamenti nel contesto della 'globalizzazione' (o 'mondializzazione'), qui intesa genericamente come fenomeno – fortemente influenzato dal progresso tecnico-scientifico – di estensione 'globale' delle connessioni spaziali e relazioni di interdipendenza in campo economico-finanziario, socio-politico e, quindi, anche giuridico-istituzionale<sup>1</sup>. Peraltro con la precisazione, è appena il caso di aggiungere, che tale fenomeno ha assunto e assume, sul piano giuridico, una duplice modalità evolutiva: incline a tradursi, per un verso, in forme di privatizzazione (*deregulation*) degli assetti normativi, sempre meno legati all'idea positivistica di territorialità (statualità) del diritto, in favore di fonti contrattuali

---

\* Questo saggio riproduce parti di un mio studio, di prossima pubblicazione, intitolato *La proprietà. Percorsi di riflessione e comparazione giuridica*.

<sup>1</sup> Per un approccio di sintesi a sfondo sociologico, cfr. D. ZOLO, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, 2004, specie 88 ss., e riferimenti ivi, cui *adde*, per uno sguardo ancora sociologico sulle implicazioni-trasformazioni prodotte dalla globalizzazione intesa come fenomeno di disarticolazione (almeno parziale) del diritto rispetto al territorio e connessa creazione/diffusione di assetti normativo-istituzionali cosiddetti *market-friendly*, cioè sensibili alla logica (capitalistica) del mercato, M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000; mentre per un'analisi incentrata su caratteri, principi e regole di un ordine giuridico globale, v., da noi, S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009.

o di *soft law*; per altro verso registrando, come nel settore in esame, un'incidenza opposta della stessa logica di mercato che ne sta alla base, nel senso dell'adozione (o imposizione, a seconda dei punti di vista) di standard e vincoli di disciplina uniforme, che chiamano in causa il ruolo in particolare dei governi e in genere delle autorità statali a livello delle competenti organizzazioni internazionali e per quanto concerne il recepimento in ambito nazionale.

Questo stato di cose è reso evidente già dalla diffusa accettazione della denominazione di 'proprietà intellettuale': *propriété intellectuelle*, *intellectual property*, *propiedad intelectual*, *geistiges Eigentum*.

Invero, nonostante la molteplicità, diversità e, anzi, l'eterogeneità delle situazioni che vi sono ricomprese, dai diritti di titolarità dei creatori (autori) ai diritti di utilizzazione economica (*copyright*) su opere artistico-letterarie (e scientifiche) e cosiddetti 'diritti connessi' (o 'vicini': *droits voisins*, *neighboring rights*) di interpreti ed esecutori, dai brevetti all'insieme – più in generale – dei diritti di proprietà (privativa) industriale<sup>2</sup>, l'espressione *proprietà intellettuale* ha assunto, in particolare al livello internazionale, un suo proprio statuto di rilievo sia terminologico che concettuale, come categoria di genere, a indubbia valenza 'sistemica', ossia ordinante dell'intero campo di studi in materia<sup>3</sup>; a misura dell'esigenza sollecitata da fattori e interessi legati al mercato (o, se si preferisce, al modello di sviluppo capitalistico), che pure vedono coinvolti i governi, in particolare quelli dei paesi industrialmente e tecnologicamente più avanzati. Fattori e interessi che puntano bensì a favorire (imporre) una disciplina di 'diritto uniforme' della materia (nelle sue varie articolazioni), ma che appaiono caratterizzarsi soprattutto per una marcata influenza sui principali aspetti del sistema della proprietà intellettuale: quelli in particolare concernenti l'ambito dei 'beni' che ne sono oggetto e le relative tutele.

In tal senso, l'espressione è venuta attestandosi in funzione omologatrice, per designare la serie di diritti elencati dalla Convenzione (firmata a Stoccolma) del 1967 istitutiva dell'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale/World Intellectual Property Organization (OMPI/WIPO), con sede a Ginevra, successivamente trasformata, nel 1974, in Agenzia delle Nazioni Unite, incaricata di «promuovere la protezione della proprietà intellettuale nel mondo»<sup>4</sup>.

La definizione di 'proprietà intellettuale' vi si trova, infatti, riferita al complesso dei diritti relativi: «alle opere letterarie, artistiche e scientifiche, alle interpretazioni degli artisti interpreti e alle esecuzioni degli artisti esecutori, ai fonogrammi e alle emissioni di radiodiffusione, alle invenzioni in tutti i campi dell'attività umana, alle scoperte scientifiche, ai disegni e modelli industriali, ai marchi di fabbrica, di commercio e di servizio, ai nomi commerciali e alle denominazioni commerciali, alla protezione

<sup>2</sup> E. ULMER, *General Questions - The International Conventions*, in *Int. Enc. Comp. L.*, vol. XIV (a cura di F.-K. Beier e G. Schricker), Tübingen *et al.*, s.d. (data di composizione del testo 1987), § V, n. 3: «The term intellectual property has become established in international law. It includes both copyright – concerning literary and artistic property – and industrial property».

<sup>3</sup> *Id.*, *ibid.*, Chapter 1, bensì intitolato *Copyright and Industrial Property*, § V, ma dove viene data, in questo senso, «speciale importanza (*special significance*)» agli strumenti internazionali nel campo della proprietà intellettuale.

<sup>4</sup> *Convenzione istitutiva dell'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale* (Stoccolma, 14 luglio 1967, modificata il 2 ottobre 1979), art. 3: «L'Organizzazione si propone: i) di promuovere la protezione della proprietà intellettuale nel mondo attraverso la cooperazione tra gli Stati, collaborando, ove occorra, con qualsiasi altra organizzazione internazionale».

contro la concorrenza sleale; e tutti gli altri diritti inerenti all'attività intellettuale nei campi industriale, scientifico, letterario e artistico»<sup>5</sup>.

Per inciso, vale aggiungere che esempi significati di conformazione terminologico-concettuale dei diritti in genere sulle opere dell'ingegno si registrano al livello anche di normative nazionali, come nel caso della Francia (paese storicamente all'avanguardia nella tutela dei diritti sulle opere dell'ingegno, tra i primi a introdurre una normativa in materia e tra i più rigorosi sostenitori di tali diritti, nonché uno dei più solerti nel promuoverne la diffusione in sede internazionale e comunitaria), con il suo *Code de la propriété intellectuelle* (testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia, nella versione consolidata dell'agosto 2010), recante, appunto, una parte prima sulla proprietà artistico-letteraria (diritti d'autore: morali e patrimoniali), e una parte seconda sulla proprietà industriale (disegni e modelli, brevetti, marchi di fabbrica e simili)<sup>6</sup>.

Questa vasta accezione del termine 'proprietà intellettuale' rappresenta il punto culminante di una tendenza manifestatasi e sviluppatasi a partire già dalla fine del XIX e, soprattutto, durante il XX secolo, con la crescente diffusione di strumenti internazionali (multi- e bi-laterali: trattati, convenzioni, accordi e intese)<sup>7</sup>, per la tutela dei diritti in questione al di fuori degli Stati d'origine, anche negli Stati di utilizzazione<sup>8</sup>.

In forza di questi strumenti, tra cui è da annoverare, nell'ambito dell'Organizzazione Mondiale del Commercio/World Trade Organization (OMC/WTO), l'*Accordo sugli aspetti dei Diritti di Proprietà Intellettuale attinenti al Commercio* (ADPIC), meglio noto come Accordo TRIPS (*TRIPS Agreement*)<sup>9</sup>, la 'proprietà intellettuale', benché in maniera e misura equivoca, ovvero in via di mera sovrapposizione di un'unica quanto generica etichetta alla molteplicità e varietà di situazioni così designate, secondo una tecnica definitoria che (come nel caso della citata Convenzione OMPI) prende a riferimento un mero catalogo di figure tipizzate, è venuta tuttavia assumendo una sua identità di categoria avente rilievo 'universale', alla luce della sua diffusione e delle sue applicazioni in funzione del 'mercato globale'<sup>10</sup>.

È appena il caso di aggiungere che dagli anni Novanta del secolo scorso, per effetto del progresso tecnico-scientifico raggiunto in molti campi del sapere, questo stato di cose ha preso vieppiù a rafforzarsi in rapporto simbiotico con lo sviluppo della

<sup>5</sup> Convenzione OMPI, nota anche, dal suo acronimo inglese, come *WIPO Convention*, Art. 2 (Definizioni).

<sup>6</sup> Il testo (di cui è stata già approntata una nuova versione, a partire dal 1 gennaio 2011) è consultabile all'indirizzo [www.legifrance.gouv.fr/home.jsp](http://www.legifrance.gouv.fr/home.jsp).

<sup>7</sup> E. ULMER, *General Questions*, cit., § V, dove vengono menzionate diverse espressioni per indicare tali strumenti («*treaties, conventions, agreements o arrangements*»).

<sup>8</sup> Come si dirà nel successivo § 2, l'avvio di questa tendenza, con le prime due Convenzioni del 1883 e del 1886 in materia, rispettivamente, di proprietà industriale e di protezione delle opere artistico-letterarie, avviene all'insegna della confluenza in un'unica organizzazione internazionale dei due uffici addetti alla gestione delle attività concernenti l'attuazione delle Convenzioni stesse, con l'istituzione, nel 1893, del BIRPI: *Bureaux Internationaux Réunis pour la Protection de la Propriété Intellectuelle*.

<sup>9</sup> *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (del 1994), in acronimo TRIPS o TRIPs (secondo un diverso modo di scrittura).

<sup>10</sup> Cfr., con accenti critici al riguardo, P. DRAHOS, *The Universality of Intellectual Property Rights: Origins and Development*, (paper presentato al seminario su *Intellectual Property and Human Rights*, organizzato dall'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale in collaborazione con l'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Diritti Umani, Ginevra, 9 Nov., 1998, consultabile all'indirizzo <http://www.wipo.int/tk/en/hr/paneldiscussion/papers/pdf/drahos.pdf> (data ult. cons., luglio 2010).

cosiddetta ‘società della conoscenza’, intesa come sistema di organizzazione economica e sociale basata sulla conoscenza, ovvero su un uso massivo quanto diffusivo delle nuove tecnologie digitali informatiche e comunicative (*information and communication technologies*: ICT).

Se è vero – com’è stato osservato – che la (nozione di) ‘proprietà intellettuale’ a rilievo universale è, al tempo stesso, causa ed effetto della globalizzazione dei mercati<sup>11</sup>, è anche vero, d’altronde, che si tratta di un fatto per nulla ovvio e scontato, ma che presenta complesse e ramificate implicazioni politico-economiche ed etico-socio-culturali, con evidenti quanto importanti riflessi sul piano delle scelte di politica legislativa, riguardo a regimi e standard (vincoli) internazionali di disciplina della materia.

A tal proposito, il punto che interessa sottolineare, concerne la preminenza di ordine concettuale e normativo che questo sempre più accentuato rilievo ‘globale’ ha comportato e comporta, sotto due profili distinti, ma tra loro connessi o, meglio, speculari. Per un verso, la dilatazione semantica e, insieme, territoriale – per così dire – della categoria dei diritti sulle creazioni intellettuali, dal lato sia dei contenuti che delle tutele, come categoria *omnibus*, secondo la logica utilitaristica del cosiddetto ‘formato unico’ (*one size fits all*)<sup>12</sup>. Per altro verso, le tendenze e iniziative – manifestatesi al livello di correnti di pensiero, movimenti d’opinione, alleanze tra governi di paesi in via di sviluppo, organizzazioni non governative e istanze rappresentative della società civile – rivolte a controbilanciare e contrastare tale fenomeno (in seno alle stesse organizzazioni internazionali sopra citate o in altre sedi internazionali), all’insegna di forme diversificate di regolamentazione, per adeguarle alle esigenze di crescita dei paesi meno sviluppati e, più in generale, di accesso alla conoscenza come fattore di progresso (sociale e culturale), senza rinunciare, però, alla definizione di standard applicabili al contesto della globalizzazione dei mercati; anzi, al fine di dar vita a un ‘nuovo’ ordine economico internazionale<sup>13</sup>.

Invero, al di là di posizioni e valutazioni suscettibili di essere variamente espresse e argomentate sull’uno e sull’altro fronte, questa dialettica, che pure riproduce uno schema piuttosto noto di concezioni pro e contro l’idea in generale di ‘proprietà privata’<sup>14</sup>, oltre a rappresentare un punto di passaggio obbligato per un’analisi delle at-

<sup>11</sup> F. GURRY, *Intellectual property, knowledge policy and globalization*, in M. SQUICCIARINI e T. LOIKKANEN, *Going Global*, MPRA Paper N. 9663, June 2008, consultabile all’indirizzo <http://mpr.ub.uni-muenchen.de/9663/> (data ult. cons., luglio 2010), 44.

<sup>12</sup> Cfr., ad es., L.R. HELFER, *Nesting and Complexity in the International Intellectual Property Regime*, (paper, s.d.), consultabile all’indirizzo [www.princeton.edu/~smeunier/Helfer%20memo.pdf](http://www.princeton.edu/~smeunier/Helfer%20memo.pdf) (data ult. cons., luglio 2010), 1; Y. MAZEH, *Present and Future Priorities in Copyright Law. A Scoping Study*, (paper, February 2002), consultabile all’indirizzo [www.ipinstitute.org.uk/ipacreport1.doc](http://www.ipinstitute.org.uk/ipacreport1.doc) (data ult. cons., luglio 2010), 18; M.W.S. WONG, *Toward an Alternative Normative Framework for Copyright: from Private Property to Human Rights*, paper presented at the 6<sup>th</sup> Annual Intellectual Property Scholars’ Conference, UC Berkeley, 2006, consultabile all’indirizzo [http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=mary\\_wong](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=mary_wong) (data ult. cons., luglio 2010).

<sup>13</sup> Un’eco di queste tendenze può cogliersi, più di recente, nella Lettera enciclica di Benedetto XVI, *Caritas in veritate*, del giugno 2009, là dove si lamenta (n. 22) l’esistenza di «forme eccessive di protezione della conoscenza da parte dei Paesi ricchi, mediante un utilizzo troppo rigido del diritto di proprietà intellettuale».

<sup>14</sup> In proposito, mi permetto di rinviare al mio *Riflessioni sull’idea di proprietà*, in A. GARILLI e A. SASSI (curr.), *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, Torino, 2009, vol. 3, 553 ss. (precedentemente pubblicato in versione ridotta, con lo stesso titolo, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 21 ss.); e v. pure *infra*, § 8.

tuali problematiche di configurazione della materia (al di là, s'intende, dei confini dell'ordinamento interno), si pone come scenario di fondo e punto di osservazione utile anche per uno studio comparativo, con riguardo al 'contesto' di riferimento entro cui inquadrare, oggigiorno, questo studio<sup>15</sup>.

Di qui, allora, vale prendere le mosse, con un richiamo innanzitutto alla 'internazionalizzazione' della disciplina in materia, come fenomeno motivato e condizionato da interessi di rafforzamento e ampliamento su scala mondiale delle tutele dei diritti riconosciuti a titolo di 'proprietà intellettuale'.

## 2. *L'internazionalizzazione della proprietà intellettuale: sue principali fasi*

Le principali fasi attraverso cui ha preso progressivamente piede in ambito internazionale un sistema di riconoscimento e tutela dei diritti di proprietà intellettuale, a partire dalle origini cosiddette 'territoriali' dell'istituto, possono essere così sintetizzate.

Agli inizi, in epoca medievale, ma soprattutto durante i primi secoli dell'età moderna, la natura concessoria di tali diritti, in guisa di privilegi o monopoli accordati dal sovrano, con propri provvedimenti di natura amministrativa, faceva sì che anche la loro tutela restasse territorialmente circoscritta; con qualche possibilità, peraltro incerta, di ulteriore tutela su base di reciprocità o, come nel caso in specie dei paesi di *common law*, sul presupposto del principio di 'cortesia internazionale' (*international comity*).

Questa fase di limitazione territoriale dell'istituto era però destinata ad essere superata dalla forza degli eventi, già nel corso del XIX secolo. Ciò a motivo delle accresciute potenzialità di sfruttamento delle opere dell'ingegno in rapporto all'economia di mercato e alla connessa esigenza di tutela di tali beni ('immateriali') e dei relativi diritti (patrimoniali), cui si legavano rilevanti interessi (privati) di carattere economico-produttivo e di segno sempre più marcatamente proprietario.

Ebbe quindi inizio, verso la metà dell'Ottocento, una fase detta – per contrasto con la prima – 'internazionale', durante la quale i diritti in genere di proprietà intellettuale cominciano ad essere riconosciuti e tutelati al di fuori dei confini nazionali, anche presso i paesi di utilizzazione. Ciò sulla base di una serie sempre più numerosa di accordi bilaterali tra Stati, che danno così avvio alle prime forme di cooperazione intergovernativa in materia; poi culminate, sul finire del XIX secolo, in due atti multilaterali, che videro l'adesione delle principali potenze commerciali del tempo: la Convenzione di Parigi (sulla protezione della proprietà industriale) del 1883; e quella di Berna (sulla protezione delle opere artistico-letterarie) del 1886.

Da allora si sono susseguiti altri accordi multilaterali (come quello di Madrid del 1891, sui marchi commerciali; e quello dell'Aja del 1925, sui disegni), insieme con molteplici aggiornamenti e revisioni delle citate convenzioni: le quali, vale aggiungere, avevano pure previsto la creazione, rispettivamente, di appositi uffici (segretariati) internazionali che, nel 1893, furono unificati per dare vita a una organizzazione internazionale per la protezione della *proprietà intellettuale* (meglio nota, dal suo acronimo in francese, come BIRPI<sup>16</sup>), a cui è succeduta l'OMPI/WIPO, istituita dall'omonima

<sup>15</sup> Sulla comparazione come 'scienza di contesto' rinvio al mio *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, 2005, in particolare, Parte I, Cap. 1, § 8.

<sup>16</sup> V. *supra*, testo e nota 8.

Convenzione del 1967 e, come già detto, passata nel 1974 sotto l'egida delle Nazioni Unite, in quanto organizzazione responsabile per lo sviluppo del sistema internazionale di protezione della proprietà intellettuale<sup>17</sup>.

In tal modo, dunque, si è venuta sviluppando e rafforzando, altresì con la Convenzione universale sul diritto d'autore (*Universal Copyright Convention*), firmata a Ginevra nel 1952 (successivamente riveduta a Parigi nel 1971) e con il Trattato di cooperazione in materia di brevetti, del 1970, seguito dalla Convenzione sul Brevetto Europeo (CBE), firmata a Monaco nel 1973, la tendenza alla cooperazione internazionale nel campo della tutela della proprietà intellettuale.

Importa osservare, però, che fino ai primi anni Novanta del secolo scorso (precisamente, fino al 1993) questo sistema si reggeva sull'unica organizzazione competente al riguardo, appunto l'OMPI/WIPO; la quale, in adempimento del proprio mandato istituzionale, si limitava sostanzialmente a un ruolo di supporto e facilitazione dei negoziati tra governi per l'adozione degli strumenti internazionali in materia. Tali negoziati e i risultanti strumenti pattizi avevano soprattutto natura tecnico-specialistica e un interesse in gran parte circoscritto ai soli paesi industrializzati, sì da essere prerogativa di esperti la cui professionalità non andava oltre il campo strettamente giuridico. Di più, il regime legale che vi era contemplato rispecchiava i criteri tipici del diritto pubblico internazionale; con un impatto relativamente modesto all'interno dei singoli ordinamenti degli Stati firmatari, soggetto non solo a successiva ratifica e alla trasposizione in norme di diritto interno, ma anche a un'ampia discrezionalità applicativa da parte delle competenti autorità nazionali (legislative, governative e giurisdizionali), a motivo della formulazione piuttosto elastica delle stesse disposizioni internazionali, in presenza oltretutto di un meccanismo debole e quasi inesistente di *enforcement* (come dimostrato dal fatto che non veniva mai invocata la clausola del ricorso alla Corte internazionale di giustizia per la soluzione di controversie in materia)<sup>18</sup>.

Invero, già a partire dalla metà degli anni Ottanta del secolo scorso, con l'avvio (nel 1986, a Punta del Este, sede del meeting internazionale di lancio) dei negoziati del cosiddetto *Uruguay Round*, per iniziativa soprattutto degli USA (o, a dir meglio, di enti governativi e imprese multinazionali statunitensi), ma con l'appoggio degli altri paesi industrializzati (Europa, Canada e Giappone), si era venuta imponendo, per via dell'espansione dei mercati e della richiesta crescente di integrazione in essi dei cosiddetti paesi in via di sviluppo, l'esigenza di una strategia ancora più ambiziosa (secondo alcuni, 'aggressiva') di disciplina internazionale della proprietà intellettuale; avente di mira, insieme con una maggiore armonizzazione dei regimi nazionali in materia, una più efficiente organizzazione dei meccanismi di tutela e la loro estensione su scala planetaria, attraverso il collegamento con il commercio internazionale nell'ambito dell'OMC/WTO<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Per una più dettagliata ricostruzione di tali fasi cfr. P. DRAHOS, *The Universality*, etc., cit., n. 2 (i)-(ii).

<sup>18</sup> Per queste osservazioni cfr. L.R. HELFER, *Nesting and Complexity*, etc., cit., 1.

<sup>19</sup> P. DRAHOS, *The Universality*, etc., cit., n. 2 (iii), e riferimenti ivi, dove si individuano nelle multinazionali STATUNITENSIS operanti nel settore della cinematografia e in quello farmaceutico, con riguardo – rispettivamente – alla materia del *copyright* e dei brevetti, i centri economico-finanziari che, data la loro forza di «global business entities» e attraverso una massiccia attività di *lobbying* condotta da schiere di consulenti legali ed esperti vari, hanno spinto per realizzare, in una visione capitalistica di mercato globale, un sistema del commercio in cui l'interesse delle imprese dei paesi sviluppati a localizzare convenientemente i propri investimenti – dal lato sia della produzione che della commercializzazione – nel

Nel 1994, con l'accordo istitutivo della *World Trade Organization* (meglio noto come *WTO Agreement*), ovvero della Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), e con il *TRIPS Agreement* (entrambi parte del *Final Act Embodying The Results of The Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, firmato da più di cento paesi a Marrakech, il 15 aprile dello stesso anno), il sistema internazionale di tutela della proprietà intellettuale è entrato in una nuova fase, detta 'globale' (*global property epoch*)<sup>20</sup>.

Il cambio di passo impresso al sistema è consistito, appunto, nel porre (e imporre) uno stretto collegamento della proprietà intellettuale con il commercio internazionale, in quanto obiettivo strategico perseguito dai paesi (USA in testa) più avanzati industrialmente in questi settori e, quindi, interessati a trarre profitto dall'esportazione di beni e servizi oggetto di proprietà intellettuale. È stato così del tutto modificato il precedente quadro di operatività del sistema, risultandone notevolmente rafforzato. Difatti: il rispetto della proprietà intellettuale nei termini stabiliti dagli strumenti patrizi è divenuto 'obbligatorio' per i singoli Stati (sia pure con la previsione di periodi e norme di transizione per paesi in via di sviluppo e meno sviluppati), nella misura in cui esso è altresì condizione di ammissione all'Organizzazione internazionale (OMC/WTO); si è ridotto di molto lo spazio di discrezionalità applicativa, mentre è cresciuto notevolmente il livello di *enforcement*, in particolare attraverso un nuovo sistema di risoluzione delle controversie affidato alla stessa Organizzazione, che pure è incaricata di controllare e vagliare le legislazioni in materia dei paesi aderenti<sup>21</sup>.

In sintesi e a conferma di quanto detto in precedenza, lo scenario che viene in evidenza è quello della globalizzazione del mercato e dei connessi riflessi sulle strategie competitive e sul ruolo centrale al riguardo giocato dalla creatività e dall'innovazione e relative tutele giuridiche, nel senso di una omologazione al livello mondiale della proprietà intellettuale, come forma di 'proprietà globale', parallelamente all'espansione del suo campo d'azione, soprattutto determinato dal progresso tecnico-scientifico degli ultimi decenni del secolo scorso e degli inizi di quello presente.

Ciò, tuttavia, con la conseguente emersione di problemi e limiti di compatibilità-sopportabilità della tutela di interessi monopolistici che si realizza con la proprietà intellettuale nei confronti delle esigenze stesse del mercato sotto il profilo del rispetto delle regole di libera concorrenza<sup>22</sup>, ma soprattutto in rapporto alle esigenze di crescita

---

mondo intero, nonché l'interesse degli stessi paesi meno sviluppati ad attirare capitali e *know how*, potessero saldarsi insieme con l'interesse alla più ampia tutela internazionale dei beni di proprietà intellettuale legati a tali investimenti. Altrove, lo stesso P. Drahos, in collaborazione con J. BRAITHWAITE, *The Globalisation of Regulation*, WP 02/00, *OIPRC Electronic Journal of Intellectual Property Rights*, January 2000, 9, anche in J. Braithwaite e P. Drahos, *Global Business Regulation*, Cambridge University Press, 2000 (rep. 2001), sottolinea l'uso di 'tecniche aggressive' da parte delle autorità governative statunitensi nei confronti dei paesi in via di sviluppo, attuate sotto minaccia di sospensione dei privilegi commerciali da essi goduti nei rapporti con il mercato americano, per imporre a questi stessi paesi l'adesione agli accordi bi- e multi-laterali sul riconoscimento e la tutela dei diritti di proprietà intellettuale, facendo osservare come il ricorso a tali tecniche fosse frutto delle pressioni sulle stesse autorità parte di un gruppo di multinazionali statunitensi, i cui rappresentanti ebbero un ruolo attivo nella preparazione e persino nella stesura del *TRIPS Agreement*.

<sup>20</sup> P. DRAHOS, *The Universality*, etc., cit., n. 2 (iv).

<sup>21</sup> Cfr., ancora, L.R. HELFER, *Nesting and Complexity*, etc., cit., 1.

<sup>22</sup> Cfr., da noi, R. PARDOLESI - M. GRANERI, *Proprietà intellettuale e concorrenza: convergenza finalistica e liaisons dangereuses*, in G. COMADÉ - G. PONZANELLI, *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004, 1993 ss., e riferimenti ivi.

e utilizzazione libera del pubblico patrimonio di conoscenze e informazioni, quando si consideri il divario tra paesi tecnologicamente avanzati, desiderosi di proteggere le risorse finanziarie connesse con lo sviluppo e lo sfruttamento dei prodotti e processi di alta tecnologia (*hitech*), e paesi posti invece, per via degli standard internazionali molto elevati di tutela di tali prodotti e processi, in una condizione di dipendenza tecnologica, di fronte alla sfida e, insieme, all'opportunità di uno sviluppo economico e sociale bisognoso tanto più delle nuove tecnologie.

Il che porta a formulare qualche ulteriore osservazione in proposito.

### 3. *Mercato (globale) e uniformazione giuridica: spinte e contropinte*

Il collegamento di ordine soprattutto economico-finanziario tra mercato mondiale e prodotti dell'ingegno (opere artistico-letterarie, invenzioni e così via) è stato ed è, dunque, un potente fattore di spinta, sul piano tecnico-giuridico, verso un sistema di copertura uniforme e totale dei diritti di proprietà intellettuale.

In questo senso, è possibile affermare che: «L'Accordo TRIPS segna l'inizio dell'era della proprietà [intellettuale] globale»<sup>23</sup>. Con esso, infatti, a capo di una tendenza manifestasi sin dalla fine dell'Ottocento e che non ha mai cessato di rafforzarsi e ampliarsi, ha preso corpo l'obiettivo – per via degli obblighi imposti a tutti gli Stati aderenti o in procinto di essere ammessi all'OMC – di conformarsi agli accordi e standard internazionali sulla proprietà intellettuale, in vista appunto di una armonizzazione-uniformazione planetaria delle legislazioni nazionali a tutela delle opere dell'ingegno.

Sull'onda del *TRIPS Agreement* ha preso piede una nuova forma di accordi bilaterali (cosiddetti *TRIPS plus*), promossi da USA e Unione Europea (UE) nei confronti dei paesi in via di sviluppo, e caratterizzati (secondo il modello TRIPS) dall'impegno di questi paesi al rispetto degli standard uniformi di tutela della proprietà intellettuale, in cambio di condizioni più favorevoli per il loro inserimento nelle relazioni commerciali e finanziarie al livello internazionale. Dal canto suo, la stessa OMPI/WIPO, continuando nella sua azione di promozione del sistema internazionale della proprietà intellettuale, dava vita a nuovi trattati multilaterali a garanzia del riconoscimento e delle tutele dei diritti in materia, con particolare riguardo all'utilizzazione e diffusione di contenuti ideativi e informativi in ambiente digitale: il Trattato OMPI sul diritto d'autore o *WIPO Copyright Treaty* (WCT) e il Trattato OMPI sulle interpretazioni ed esecuzioni e fonogrammi o *WIPO Performances and Phonograms Treaty* (WPPT), entrambi del 1996.

Una prima e sia pur rapida osservazione che s'impone a questo punto, riguarda l'idea stessa di 'proprietà' e della sua dilatazione per via, appunto, del salto concettuale e normativo implicito nel passaggio dall'ambito dei beni 'materiali' a quello dei beni 'immateriali' (sulla cui configurazione si tornerà più avanti<sup>24</sup>), con l'effetto di conferire a questa nozione ampliata di proprietà (privata) rilievo di istituto dai caratteri tendenzialmente uniformi al livello mondiale.

Invero, la proprietà (privata) dei beni materiali, oramai riconosciuta – dopo la scomparsa dei regimi socialisti e, comunque, la loro conversione all'economia di mer-

<sup>23</sup> P. DRAHOS, *The Universality*, ecc., cit., n. 2, *sub* iv, precisando ulteriormente che: «Mediante l'ag-gancio al commercio internazionale, l'Accordo TRIPS raggiunge tutti quegli Stati che sono già membri del sistema multilaterale di scambi commerciali o che aspirano a farne parte».

<sup>24</sup> *Infra*, § 4.

cato (come nel caso della Repubblica Popolare Cinese<sup>25</sup>) – nella generalità degli ordinamenti, continua tuttavia a manifestare, in ragione di evidenti riferimenti territoriali riguardanti, da un lato, l'ubicazione dei beni immobili, dall'altro, la produzione e lo scambio dei beni mobili (merci), spiccate propensioni localistiche e particolaristiche, in termini di disciplina legale. Viceversa, la categoria della 'proprietà intellettuale' – intesa quale forma di appropriazione privata dei cosiddetti 'beni immateriali', resi tanto più estranei a riferimenti territoriali dalle odierne tecnologie – registra (a seguito pure del venir meno della linea di demarcazione rappresentata dai sistemi ex-socialisti) un'accoglienza di portata davvero 'universale'. Ciò con riguardo sia al formale riconoscimento di tale categoria che alla sua nozione e disciplina, in quanto caratterizzata sempre più da regole e principi di diritto uniforme. Si tratta di regole e principi derivanti – come detto – da appositi strumenti normativi di carattere pattizio; messi in campo (sotto l'influenza – come detto – delle forze di mercato, nonché a seguito delle pressioni di governi dei paesi più sviluppati, interessati a garantire posizioni di privilegio a comparti produttivo-tecnologici altamente remunerativi delle proprie economie nazionali) dalle competenti organizzazioni internazionali e recepiti nei singoli ordinamenti. Ma sono altresì da segnalare, a fini analoghi di uniformazione della materia, una molteplicità e varietà di forme di cooperazione fra Stati, singolarmente considerati o per aree regionali: quella, innanzitutto, dell'Unione Europea; ma anche quella delle Americhe, quella africana e quella asiatica<sup>26</sup>.

Per converso, la globalizzazione dell'istituto della proprietà intellettuale, in conformità a standard condivisi (o, meglio, imposti) al livello mondiale, ha suscitato e suscita non poche critiche e opposizioni, sul fronte in particolare dei paesi in via di sviluppo o meno sviluppati (detti anche, con altra terminologia, emergenti).

Già nel 1967, a Stoccolma, in occasione di una delle revisioni della Convenzione di Berna, questi paesi chiesero e ottennero, con un protocollo aggiunto alla Convenzione stessa, di poter limitare sul loro territorio le protezioni in materia di *copyright*, al fine di promuovere e sostenere localmente lo sviluppo di attività educative (scolastiche), di studio e ricerca scientifica<sup>27</sup>.

Il protocollo di Stoccolma può essere ricordato come un primo esempio di iniziativa volta a sollecitare la riflessione circa l'opportunità di proseguire lungo la strada della uniformazione di regole e tutele che, avvenendo al livello più alto degli interessi in gioco, finiscono per porsi come causa di effetti sperequativi; ovvero connessi con uno stato di cose che vede i paesi più sviluppati trarre i maggiori benefici, rispetto ai paesi meno sviluppati (o, addirittura, 'poveri'). Quasi come in una sorta di rinnovato colonialismo, a carattere tecnologico<sup>28</sup>. Si può citare il caso di dipendenza in settori – come quello agro-alimentare e farmaceutico – determinanti per il miglioramento delle condizioni di vita delle popolazioni di paesi bisognosi, appunto, di risorse tec-

<sup>25</sup> Sul diritto in formazione nella Cina popolare v. il mio *Il diritto in Cina. Tra ritualismo e modernizzazione*, Torino, 2009.

<sup>26</sup> Per un'ampia e sistematica (anche se datata) panoramica in materia v. E. ULMER, *General Questions*, cit., specie n. 24 ss.

<sup>27</sup> E. ULMER, *ibid.*, n. 44.

<sup>28</sup> Sulle accuse di «technological colonialism» rivolte dai paesi in via di sviluppo nei confronti dei paesi industrializzati (già potenze coloniali) e delle imprese multinazionali v, ad es., A.E. CARROLL, *A Review of Recent Decisions of the United States Court of Appeals for the Federal Circuit: Comment: Biotechnology and the Global Impact of U.S. Patent Law: Not Always the Best Medicine*, in *Am. Univ. Law Rev.*, 1995, 2464-2466.

nico-scientifiche, ma le cui esigenze sono destinate a rimanere frustrate sotto il peso di preponderanti interessi economico-finanziari, a difesa dei quali vengono invocati i diritti di proprietà intellettuale in questa loro rafforzata dimensione planetaria<sup>29</sup>.

Da allora, hanno preso a manifestarsi i segni, se non di un atteggiamento più cauto, di una sempre maggiore preoccupazione nei confronti di scelte di politica legislativa che puntano, all'insegna di una acritica idea di 'progresso', ad accrescere in sede internazionale (con conseguenti ricadute nei singoli ordinamenti nazionali) le tutele giuridiche in materia, senza considerarne i risvolti socialmente negativi<sup>30</sup>.

Difatti, questa tendenza espansiva, alimentata dallo sviluppo tecnico-scientifico e dai grandi capitali ad esso destinati, che ha portato il sistema dei diritti di proprietà intellettuale a consolidarsi e rafforzarsi al livello mondiale, in termini di sempre maggiori e più articolate misure di protezione sia giuridiche (anche di natura penale) che tecniche (quali dispositivi di criptaggio), pure rappresenta un punto di criticità del sistema stesso. Ciò, come già detto, con riguardo soprattutto al divario tra paesi ricchi e poveri, riscontrabile in particolare nell'accesso alle tecnologie informatiche di comunicazione (*digital divide*) e, più in generale, nei settori – dall'agricoltura all'industria e ai servizi – in cui il *know how* tecnologico, molto più dei tradizionali mezzi di produzione, è divenuto esso stesso un bene capitale; anzi, una risorsa strategica per la crescita economico-sociale. Detto in maniera ancor più esplicita: «Dietro l'espressione 'diritti di proprietà intellettuale' si cela in realtà una battaglia culturale, politica e commerciale mondiale»<sup>31</sup>.

A tal proposito, sono da registrare alcune dichiarazioni e prese di posizione assunte in seno alle stesse organizzazioni internazionali competenti in materia.

Per quanto concerne l'OMC, vale richiamare la dichiarazione approvata dalla conferenza ministeriale della stessa Organizzazione, nella sua riunione di Doha (9-14 novembre 2001), cosiddetta Dichiarazione di Doha sull'Accordo TRIPS e la salute pubblica. Essa, pur riconoscendo che la tutela della proprietà intellettuale è importante per la ricerca e la produzione di nuovi farmaci, prende atto nondimeno delle preoccupazioni – espresse dai paesi in via di sviluppo e meno sviluppati alle prese con malattie ad alto impatto socio-sanitario (Aids, tubercolosi, malaria e altre) – circa gli effetti sui prezzi dei medicinali. Premesso, quindi, che l'Accordo TRIPS «può e deve essere interpretato e attuato al fine di sostenere il diritto degli Stati membri dell'OMC di proteggere la salute pubblica e, in particolare, di promuovere l'accesso ai medicinali per tutti», si arriva a consentire il ricorso, da parte degli Stati membri, a tutte le di-

<sup>29</sup> Per rilievi in punto v. J. DAVIS, *Intellectual Property Law*, London *et al.*, 2001, 11-12; P. DRAHOS e J. BRAITHWAITE, *The Globalisation Business Regulation*, cit., 4, dove si mette peraltro in evidenza il lato pure positivo della globalizzazione dei mercati, per via delle maggiori opportunità, sul piano delle esportazioni e dei finanziamenti, potenzialmente accessibili agli operatori dei paesi in via di sviluppo.

<sup>30</sup> S. STRÖMHOLM, *Copyright - National and International Development*, in *Int. Enc. Comp. L.*, XIV, *Copyright and Industrial Property* (a cura di F.-K. Beier e G. Schriker), Tübingen ed al., s.d. (data di composizione del testo 1988), Chapter 2, n. 71, dove tra l'altro si legge: «Ancora fino alla metà degli anni '60, la parola 'progresso' veniva generalmente impiegata per significare l'estensione e il rafforzamento dei diritti d'autore. Da allora in poi, questa affermazione può farsi solo con certe riserve. Istanze contrastanti vengono spesso a confronto. Il copyright non di rado viene descritto come [un diritto] 'individualistico' – in un senso peggiorativo – o persino 'antisociale'».

<sup>31</sup> Così L.M. MOUHAMADOU, *Droits de propriété intellectuelle*, in A. AMBROSI, D. PIMENTA e V. PEUGEOT (curr.), *Enjeux de mots - Palabras en juego - Word Matters - Desafios de palabras: Regards multiculturels sur les sociétés de l'information*, C & F Éditions, 2005, (testo pubblicato con licenza Creative Commons) consultabile all'indirizzo [www.vecam.org/article715.html](http://www.vecam.org/article715.html) (data ult. cons., luglio 2010), 1.

sposizioni dell'Accordo che introducono elementi di flessibilità per la sua interpretazione e attuazione; tra cui, in particolare, misure derogatorie al regime di proprietà intellettuale, quali la concessione di licenze obbligatorie (*compulsory licenses*).

In ambito OMPI si segnala la presa di posizione avanzata (nel settembre 2004) da Argentina e Brasile e sostenuta da altri quindici paesi in via di sviluppo, sulla cui base l'Assemblea plenaria della stessa Organizzazione ha deliberato (nell'ottobre seguente) di dare avvio a un ciclo di negoziati aventi ad oggetto l'adozione di misure riguardanti l'impatto dei diritti di proprietà intellettuale sullo sviluppo e i problemi relativi al trasferimento internazionale di tecnologia (cosiddetta *WIPO Development Agenda*). In particolare, tale presa di posizione pone l'accento sul fatto che la tutela della proprietà intellettuale è uno strumento di politica generale la cui utilizzazione può comportare dei vantaggi quanto dei costi, variabili secondo il livello di sviluppo dei paesi. Per cui vengono invocate le disposizioni dell'Accordo TRIPS, in conformità alle quali è possibile adottare, nei singoli ordinamenti, misure correttive, allo scopo di garantire che l'applicazione degli standard internazionali di protezione dei diritti di proprietà intellettuale avvenga, al livello nazionale, in rapporto al contesto più largo dell'interesse sociale e dello sviluppo. Inoltre, sul piano dei processi di formazione e decisionali, al livello sia nazionale che internazionale, aventi ad oggetto atti normativi in materia di proprietà intellettuale, si prospetta l'esigenza della più ampia partecipazione di istanze rappresentative della società civile e, in genere, di tutti i portatori di interessi.

A quest'ultimo riguardo, può essere richiamata la cosiddetta Dichiarazione sul futuro dell'OMPI (*Declaration on the Future of WIPO*), adottata a Ginevra (anch'essa nel settembre 2004) da un consesso formato, tra gli altri, da esperti e studiosi, rappresentanti di organizzazioni non governative e altre associazioni, di varia nazionalità<sup>32</sup>. Il tema del ruolo dell'OMPI/WIPO, tanto più considerata la sua natura di Agenzia ONU, è affrontato con particolare attenzione (e preoccupazione) per il problema del livellamento degli standard internazionali di protezione della proprietà intellettuale verso l'alto (nell'interesse dei paesi produttori ed esportatori di tecnologie e prodotti collegati). Vi si trova evidenziata l'esigenza che l'Organizzazione operi con «una visione più equilibrata» del rapporto tra benefici di armonizzazione e diversità nazionali, per «cercare d'imporre la conformità globale solo quando è di reale beneficio per tutta l'umanità», nella piena consapevolezza che, all'opposto, «l'imposizione di livelli massimi di protezione della proprietà intellettuale per tutti porta a risultati ingiusti e gravosi per quei paesi che stanno lottando per garantire le necessità minime dei propri cittadini». A tal fine, oltre a sollecitare «una moratoria sui nuovi accordi e sull'armonizzazione degli standard che espandono e rafforzano i monopoli e restringono ulteriormente l'accesso alla conoscenza», la dichiarazione invoca un nuovo e diverso approccio da parte dell'OMPI, diretto non solo a «promuovere la 'protezione efficiente' e la 'armonizzazione' delle leggi in materia di proprietà intellettuale», ma a farsi altresì carico della definizione di «modelli sia competitivi che collaborativi» a sostegno dell'innovazione e dell'attività creativa in ambito «nazionale, regionale e transnazionale», attraverso un'agenda di impegni che coinvolgano tutti i paesi, del sud come del nord del pianeta.

L'alleanza tra paesi in via di sviluppo (o meno sviluppati) e istanze rappresentative della società civile ha portato il dissenso, nei confronti delle scelte di politica legi-

<sup>32</sup> Il testo della Dichiarazione e dei documenti OMPI citati in precedenza sono consultabili all'indirizzo <http://www.cptech.org/ip/wipo/genevadeclaration.html> (data ult. cons., luglio 2010).

slative tendenti all'ampliamento e rafforzamento di standard uniformi di tutela della proprietà intellettuale, a manifestarsi anche in altre sedi internazionali e a tradursi in iniziative varie, in campo farmaceutico (Organizzazione Mondiale della Sanità: OMS), a tutela della sicurezza alimentare e delle biodiversità (Organizzazione della Nazioni Unite per l'Alimentazione e l'Agricoltura, meglio nota con il suo acronimo in lingua inglese: FAO), nonché in tema di protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali (Organizzazione delle Nazioni unite per l'Educazione, la Scienza e la Cultura, meglio nota con il suo acronimo inglese: UNESCO). Il risultato di queste e altre iniziative del genere è stato però quello, altresì, di accrescere la complessità del regime internazionale della proprietà intellettuale. Mentre in seno alle organizzazioni competenti (OMPI/WIPO e OMC/WTO), l'esistenza di schieramenti antagonisti e, comunque, assai più articolati e frazionati che in passato, ha comportato una situazione di *impasse* istituzionale a seguito dell'innescarsi di «battaglie campali tra fautori e oppositori della proprietà intellettuale»<sup>33</sup>.

Del resto, un attenuarsi dell'iniziale slancio in favore della tendenza espansiva al riconoscimento e alla tutela in ambito internazionale dei diritti di proprietà intellettuale, mediante modelli di legislazione uniforme, può essere osservato dal punto di vista anche dei paesi ricchi, ovvero tecnologicamente più sviluppati, dove ha preso a farsi la strada la convinzione che l'impatto di alti livelli di tutela di tali diritti non è senza effetti sull'avanzamento delle conoscenze e sullo sviluppo economico-sociale. Com'è stato osservato, le stesse tecnologie digitali che consentono, in potenza, una disponibilità e fruibilità illimitata di dati e testi, informazioni e conoscenze, alla stregua di risorse da tutti condivisibili nel mondo, «al contempo le 'recintano', e dunque limitano le opzioni informative e il libero flusso delle idee»<sup>34</sup>.

Invero, questi alti livelli di tutela – richiesti soprattutto da grandi imprese e imprese multinazionali nei vari settori della produzione e distribuzione di beni e servizi oggetto di diritti di proprietà intellettuale – hanno determinato e determinano una profonda distorsione delle finalità in senso ampio 'sociali' pure legate, tradizionalmente, all'attribuzione di tali diritti. Per stare, ad esempio, alle parole della Costituzione americana del 1787, l'attribuzione per un determinato periodo di tempo del diritto di esclusiva di autori e inventori sullo sfruttamento delle opere del loro intelletto si giustifica allo scopo di «promuovere il progresso della scienza e delle arti», secondo la cosiddetta *intellectual property clause* (nota anche, non a caso, come *progress clause*)<sup>35</sup>. Queste finalità sempre meno appaiono riconducibili a una logica di equilibrio (bilanciamento e contenimento) di interessi privati e pubblici nello spirito di una giusta remunerazione del lavoro creativo in favore dell'accrescimento del patrimonio comune delle conoscenze; per essere sempre più attratte, invece, verso una logica di soli profitti: non solo e tanto per gli stessi autori e inventori, quanto soprattutto per le industrie di produzione e distribuzione, all'insegna di politiche di sostegno di determinati settori nella competizione internazionale, a vantaggio dell'acquisizione e/o in difesa di quote di mercato, con beneficio più o meno diretto dell'economia interna,

<sup>33</sup> L.R. HELFER, *Nesting and Complexity*, etc., cit., 3.

<sup>34</sup> N. KRANICH, *Contrastare la 'recinzione': rivendicare i beni comuni della conoscenza*, in C.Hess e E. Ostrom (curr.), *La conoscenza come bene comune*, ed. it. a cura di P. Ferri, Milano, 2009, 83.

<sup>35</sup> Cost. USA, art. I, sez. 8, para. 8: «To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries».

in particolare dal lato della bilancia dei pagamenti, nel rapporto tra esportazione e importazione di beni e servizi oggetto dei diritti stessi.

Quando poi si consideri che l'innovazione tecnico-scientifica è per lo più frutto di processi incrementali basati sulla diffusione e condivisione di conoscenze, ne deriva allora che una «eccessiva attribuzione di diritti di proprietà intellettuale (per copertura, per durata) può risultare di ostacolo al progresso della scienza e della tecnica»<sup>36</sup>.

Senza poter ulteriormente fermare l'attenzione sui molteplici aspetti e problemi circa le spinte e contropunte del fenomeno di tendenziale omologazione (standardizzazione) della proprietà intellettuale al livello internazionale e, di riflesso, all'interno degli ordinamenti nazionali o, meglio, di ordinamenti ancora visti come 'nazionali', nonostante la loro integrazione nella rete sempre più fitta di connessioni e interdipendenze del mondo globalizzato, importa sottolineare, ancora una volta, la rilevanza (preminenza) assunta da tale fenomeno con riguardo all'odierno quadro dei diritti in materia.

Ciò a causa della indicata dilatazione della proprietà intellettuale in quanto risorsa strategica nella competizione sul mercato globale, come tale divenuta, con un nesso di causa-effetto, elemento portante della 'economia (e società) della conoscenza'. Ma anche e soprattutto a causa di una maggiore complessità normativa e problematilità (criticità) concettuale determinate, altresì, nel medesimo contesto di interessi a valenza globale, dall'impatto di nuove e rivoluzionarie tecnologie, con il carico di sfide e, più in generale, di questioni rilevanti sul piano delle scelte di politica legislativa che, al di là di risvolti tecnici, pure comportano implicazioni di vario ordine (socio-economico, etico e giuridico) circa l'opportunità, i limiti e le condizioni di una tutela proprietaria, ossia a carattere di esclusività, dei diritti in materia.

Di alcune di tali questioni si cercherà di dire qui di seguito, sia pure per sommi capi.

#### 4. *Potenziale illimitatezza dei 'beni' (immateriali) oggetto di proprietà intellettuale e problemi relativi alla loro 'appropriabilità'*

Per cominciare o, meglio, per riprendere dal punto segnalato all'inizio di queste pagine, una prima e fondamentale questione riguarda, insieme – anzi, in uno – con la nozione di 'proprietà intellettuale', la delimitazione dell'ambito dei relativi diritti, a motivo della genericità della categoria di beni che ne sono oggetto; i cosiddetti 'beni immateriali'.

Una delimitazione della categoria dei 'beni immateriali' potrebbe riguardare, in senso tradizionale, le 'creazioni' della mente umana<sup>37</sup>. Ma sarebbe facile obiettare, almeno come dato di fatto, che una tale delimitazione risulta oggi giorno contraddetta

<sup>36</sup> G. MARANO, *Diritti di proprietà*, in P. CIOCCA e I. MUSU, *Economia per il diritto*, Torino, 2006, 135, proponendo l'esempio della tutela brevettuale di invenzioni cosiddette 'di base' dai cui potrebbero derivare impedimenti al progresso scientifico per giungere ad altre invenzioni: «Più si segmenta la conoscenza, più la si separa in una miriade di diritti proprietari, maggiore è il rischio che lo sfruttamento congiunto di tali diritti sia ostacolato da elevati costi di transazione (l'uso subottimale preconizzato dalla *tragedy of anticommons*)».

<sup>37</sup> Cfr. J. DAVIS, *Intellectual Property Law*, cit., 1: «Intellectual property rights are rights given to people over the creation of their minds». Da noi, vengono in tal senso annoverate, le sole «entità che realizzano un apporto creativo»: D. Messinetti, s.v. *Beni immateriali*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. V, Roma, 1988, n. 1.2.1., e riferimenti *ivi*.

dalla bulimica propensione della proprietà intellettuale a fagocitare tutto ciò che sia in qualche misura *valuable*, suscettibile di ‘mercificazione’ (*commodification*); tanto più nel sistema di mercati sempre più aperti e integrati al livello globale, con i loro connessi interessi competitivi sostenuti da apparati economico-finanziari legati a processi tecnologico-produttivi a dimensione multi-nazionale. Un sistema dove assai più estesi si dimostrano essere i confini della categoria, in quanto comprensiva di molteplici e diverse entità, per quanto tra loro assimilabili sulla base del dato meramente esteriore rappresentato, appunto, dalla loro ‘immaterialità’.

Com’è noto, di ‘beni immateriali’ o, meglio di ‘cose incorporali’ (*res incorporales*), avevano parlato già i giuristi romani, riferendosi a quelle cose che *tangi non possunt*, con un’espressione allora limitata (sembra) ai soli ‘diritti’ (*iura*); secondo una teorizzazione che vi assegnava, nonostante la loro incorporeità, rilievo ‘oggettivo’ di *res* suscettibili tuttavia di essere in sé considerate, allo stregua di rappresentazioni dell’intelletto (*cerni tamen animo atque intelligi possunt*)<sup>38</sup>. Ma questa concettualizzazione di ciò che è ‘immateriale’ come qualcosa di ‘oggettivo’, suscettibile di essere riconosciuto, dal diritto, nel mondo ‘reale’, quello cioè fatto, letteralmente, di *res* (in senso fisico), lascia piuttosto intravedere una potenziale illimitatezza della categoria e, comunque, non aiuta a delimitarne i confini ai soli prodotti ‘creativi’ dell’ingegno umano.

Si deve inoltre osservare, per quanto possa apparire banale, che opere artistico-letterarie in qualche forma espresse, manufatti e artefatti vari, processi di lavorazione e fabbricazione, composti di sostanze esistono da sempre nella storia dell’umanità, senza che nei tempi antichi e in quelli medievali fosse accordata ai loro creatori o inventori tutela autoriale o brevettuale.

La nozione di ‘proprietà intellettuale’, in queste sue originarie e tuttora principali articolazioni, è, invece, di formazione moderna: nata e sviluppatasi sotto l’influenza di movimenti di pensiero (giusnaturalismo, liberalismo) che ne hanno fornito le chiavi di giustificazione sul piano teorico-culturale, nel contesto di interessi a base del modello di sviluppo capitalistico.

In breve, tale nozione si presenta improntata, storicamente, a una visione romantica (tardo settecentesca e ottocentesca) dell’autore (o inventore) «solitario e creativo»; il quale «acquista diritti proprio in virtù della creatività individuale»<sup>39</sup>. Una visione che, nel corso del XVIII secolo, si sostituisce a quella antica e più tradizionale dell’operosità dell’ingegno umano basata sulla semplice abilità o sull’ispirazione: l’una ricevuta per tradizione (dall’ambiente socio-culturale circostante), l’altra per rivelazione (dall’alto, fino a includere le stesse divinità); in ogni caso come fonte di creatività esterna al genio dell’autore<sup>40</sup>.

Così intesa, la formula sembra esprimere un paradosso o, se si vuole, una contraddizione, facendo, anzi, trasparire un qualche imbarazzo – appunto, intellettuale – di fronte all’immagine di una proprietà ‘sulle idee’; una proprietà, cioè, del soggetto su oggetti che gli sono interni; ossia, già propri come i suoi stessi pensieri<sup>41</sup>. Per cui, non

<sup>38</sup> CICERONE, *Topica*, 5.26 ss.

<sup>39</sup> M.J. RADIN, *Proprietà e ciberspazio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 90-91, e riferimenti *ivi*.

<sup>40</sup> Cfr., ad es., U. IZZO, *Alle radici della diversità tra copyright e diritto d’autore*, in G. PASCUZZI e R. CASO (cur.), *I diritti sulle opere digitali. Copyright statunitense e diritto d’autore italiano*, Padova, 2002, 69, e riferimenti *ivi*.

<sup>41</sup> M.J. RADIN, *Proprietà e ciberspazio*, cit., 92, ricorda che: «Nell’ideologia proprietaria che ci viene tramandata i diritti di proprietà insistono su oggetti», assunti come qualcosa di ‘esterno’ al soggetto; ri-

a torto, si è pure lamentato il carattere di «finzione idiota (*idiotic fiction*)» di una proprietà di tal genere<sup>42</sup>.

Se è vero che con la sua apparenza enfatica questa formula tradisce un'evidente forzatura logica<sup>43</sup>, è pur vero, d'altronde, che essa punta – né più, né meno – a fare di tale apparenza o, meglio, di tale artificio un dato di realtà su cui costruire, a immagine e somiglianza della proprietà (privata) delle cose (materiali), un'identità di nozione sorretta da un medesimo apparato giustificativo; che a sua volta rinvia a un medesimo sistema socio-politico-economico, quello rappresentato dal 'mercato', inteso non solo come insieme di meccanismi di carattere economico-finanziario, ma come insieme di istituzioni, regole e diritti, e di valori cui si ispirano. Ciò che trova, ad esempio, una emblematica (quanto problematica) rappresentazione nella *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, il cui Titolo II («Libertà»), affianca la 'libertà d'impresa' (art. 16) e il 'diritto di proprietà' (art. 17), quest'ultimo comprensivo della 'proprietà intellettuale'.

Le *res* incorporali, dunque, hanno preso ad assumere solo nel mondo moderno, a partire dal Sei-Settecento, rilievo via via crescente a fini di utilizzazione economica, sotto la spinta dell'innovazione tecnico-scientifica di allora, con la diffusione delle imprese editoriali e l'avvio della rivoluzione industriale. Ancora per tutto l'Ottocento e la prima metà del Novecento, con lo sviluppo altresì della chimica industriale, i 'beni immateriali' tradizionalmente – o, se si preferisce, metaforicamente – intesi hanno mantenuto, però, la caratteristica di beni pur sempre materialmente identificabili, cioè concepiti sulla base della distinzione tra componente intellettuale del bene stesso, detta 'corpo mistico' (*corpus mysticum*), e l'entità materiale di supporto o nella quale essa s'incorpora, detta per contrasto 'corpo meccanico' (*corpus mechanicum*), secondo una terminologia modellata, significativamente, su testi normativi pensati «a misura delle cose»<sup>44</sup>; ma resa oggi obsoleta dalle innovazioni di una tecno-scienza che supera i confini del mondo 'reale' nella dimensione 'virtuale' delle connessioni informatiche, e che arriva a carpire i più reconditi 'segreti della natura' fino a controllare (manipolare e ricreare artificialmente, con la clonazione) le sorgenti stesse delle vita.

Di qui la conferma: da un lato, del legame – anzi – dell'intreccio stretto fra progresso tecnico-scientifico e interessi economico-finanziari legati allo sfruttamento di prodotti dell'ingegno come fattori determinati per la costruzione giuridica della tutela autoriale e brevettuale, a dispetto della raffigurazione idealizzata dall'autore/inventore; dall'altro lato, del carattere indeterminato e potenzialmente illimitato della categoria dei beni oggetto di proprietà intellettuale, per via del loro stesso criterio distintivo genericamente (astrattamente) costituito – in negativo – dall'assenza di corporeità.

L'ambito di riferimento in senso oggettivo della proprietà intellettuale si estende, infatti, a una vasta congerie di 'beni', il cui contenuto intellettuale – creativo o inven-

---

chiamando le perplessità e teorie con cui pensatori come Kant ed Hegel, rispettivamente, si sono confrontati con la nozione di 'proprietà intellettuale' (riferimenti *ivi*). In particolare I. Kant, in un suo scritto in difesa della proprietà intellettuale intitolato *Dell'illegittimità dell'editoria pirata* (del 1785), riprodotto da R. POZZO, *L'autore e i suoi diritti*, ecc., cit., 39, parla «di proprietà dell'autore sui suoi pensieri».

<sup>42</sup> J.E. PENNER, *The Idea of Property in Law*, cit., 118.

<sup>43</sup> Come notava, secondo quanto riferito da G. CORASANITI, *Diritti nella rete. Valori umani, regole, interazione tecnologica globale*, Milano, 2006, 136, Alessandro Manzoni in un suo scritto epistolare del 1862, a proposito della formula (gemella) 'proprietà letteraria': «è nata, non da un intuito dell'essenza della cosa, ma da una semplice analogia. È un traslato che, come tutti i traslati, diventa un sofisma quando se ne vuol fare un argomento: sofisma che consiste nel concludere da una somiglianza parziale a una perfetta identità [concettuale con la proprietà materiale]».

<sup>44</sup> Così, ad es., da noi, P. SPADA, *Domain names e dominio dei nomi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 716.

tivo – è di per sé idoneo ad essere sfruttato economicamente e, quindi, a giustificare la tutela sul piano giuridico dell'attribuzione di diritti di titolarità e utilizzazione. Anzi, ricomprendendo l'ideazione (creativa o inventiva che sia) sotto un'unica categoria di genere, come quella di 'informazione' (o conoscenza), è possibile attribuirvi rilievo di esponente semantico che meglio riflette l'attuale tendenza della proprietà intellettuale all'espansione<sup>45</sup>, nella prospettiva omologatrice della 'società globale', detta appunto dell' 'informazione'<sup>46</sup>: dove rivoluzionari strumenti tecnologici hanno dato vita – grazie all'apporto di quel bene immateriale che, a sua volta, è il diritto – a una 'nuova economia' (*new economy*), basata in misura sempre maggiore su *res* incorporali, rappresentate da idee, informazioni e conoscenze di base<sup>47</sup>. Sì da fare della informazione (o conoscenza) in genere la principale risorsa di un mondo 'de-materializzato', nel quale interessi di mercato (di un mercato globale) e progressi tecnico-scientifico insieme convergono nel contribuire a spostare sempre più oltre la frontiera dei 'beni' il cui contenuto informazionale (si tratti di un algoritmo a base di un *software* o del codice genetico di un microrganismo) assume, concettualmente ed economicamente, valore proprio di possibile oggetto di 'proprietà' (intellettuale).

A ciò si aggiunga che un passo ulteriore, in direzione della indeterminatezza e potenziale illimitatezza della categoria dei beni immateriali, s'è avuto con l'avvento delle nuove tecnologie digitali e connessa produzione/fornitura di beni e servizi informatici in uno spazio che sembra non conoscere più confini apparenti di nessun tipo; men che meno territoriali. A misura che tali confini non solo si dilatano, fino a includere il mondo intero, ma di più si rivelano altrettanto 'virtuali' quanto i mezzi (programmi e impulsi elettronici) utilizzati per attraversarlo e occuparlo. Uno spazio, cioè a dire, prodotto e governato artificialmente; un 'ciberspazio' (*cyberspace*)<sup>48</sup>.

Di qui, un capovolgimento di paradigma, che porta a interrogarsi sulla possibilità stessa di una tutela giuridica, per di più di natura proprietaria (da sempre tipicamente legata al 'possesso' di cose materiali), riguardo a prodotti immessi nell'ambiente digitale della rete (*internet*), ossia in un ambiente – com'è stato osservato – percorso da impulsi (bit) «di per sé privi di forma»<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> Cfr., in tal senso, P. DRAHOS, *The Universality*, ecc., cit., n. 1, dove si afferma che: «intellectual property rights are rights of exploitation in information». Del pari, W.J. GORDON e R.G. BONE, *Copyright*, in BOUCKAERT, BOUDEWIJN and DE GEEST, GERRIT (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, vol. II, *Civil Law and Economics*, I *Private Property*, consultabile all'indirizzo <http://encyclo.findlaw.com/tablebib.html#II.%20COMMON%20PROPERTY> (data ult. cons., luglio 2010), § 1610, 190, richiamando la giustificazione economica della tutela autoriale (*copyright*) e di quella brevettuale (*patent*), sottolineano che la parola 'informazione' (*information*) è usata come abbreviazione di comodo per indicare, ai fini sia dell'uno che dell'altro tipo di tutela: «tutti i prodotti della mente (*all products of mind*)».

<sup>46</sup> Per una tra le prime definizioni del concetto di 'società dell'informazione' (*information society*) v. il Libro Bianco della Commissione Europea del dicembre 1993, intitolato *Crescita, competitività, occupazione: le sfide e le vie da percorrere per entrare nel XXI secolo* (noto anche come *Libro Bianco Delors* dal nome dell'allora Presidente della Commissione stessa).

<sup>47</sup> V., l'oramai classico, J. BOYLE, *Shamans, Software and Spleens: Law and the Construction of Information Society*, Cambridge (Ma.), 1996.

<sup>48</sup> V. pure *infra*, § 7.

<sup>49</sup> N. NEGROPONTE, *Essere digitali* (trad. di F. e G. Filippazzi dall'originale *Being Digital*), Milano, 1995, 57; e ancora: «I bit all'origine non hanno forma sono bit [impulsi] che possono assumere in fase di utilizzazione la forma espressiva (testo, audio, video) che l'utente decide (o la macchina stessa ricevente [computer]) sulla base dei programmi installati» (ivi, 51).

Vale a dire, la questione dell'ammissibilità quali oggetti di diritti e – in specie – di 'proprietà' (*ownership*<sup>50</sup>) dei 'beni immateriali' tanto più rileva nel caso in cui si tratti di beni informatici, a conferma del carattere indeterminato di questa categoria di beni, risultante in complesso per via di un criterio distintivo identificabile solo in negativo, ossia per contrasto con la categoria delle cose materialmente intese<sup>51</sup>.

In definitiva, pur riducendo la portata della categoria dei beni immateriali alle più modeste intenzioni descrittive di una classificazione di comodo, per designare – *brevitatis causa* – un 'altro' insieme di cose giuridicamente rilevanti, resta ferma la loro attitudine a soddisfare bisogni e, quindi, a porsi come oggetti di utilizzazione economica ('commerciabilità'): ciò che ne giustifica la disciplina, per quanto concerne i rapporti (forme di titolarità, modi di circolazione e utilizzazione) e relative tutele.

Tuttavia, con riguardo in particolare alla questione della 'appropriabilità', la qualificazione delle opere dell'ingegno come *res in sé* appropriabili pare risolversi in un non-senso o, piuttosto, in un contro-senso; nella misura in cui ne contraddice, appunto, la stessa natura 'immateriale'. Difatti, all'opposto delle cose materiali, in quanto caratterizzate da scarsità e, quindi, capaci di essere possedute esclusivamente, cioè suscettibili di appropriazione individuale (o 'rivale'), le creazioni intellettuali – in sé considerate come beni – risultano per definizione contraddistinte dalla inesauribilità (ognuno può goderne senza impedire il godimento altrui) e dalla non rivalità (l'utilizzazione da parte di un soggetto non ne esaurisce la disponibilità a vantaggio di altri). Per cui questa loro natura dovrebbe comportarne, a rigore, la non idoneità a esser oggetto di rapporti esclusivi e, quindi, di appropriazione individuale<sup>52</sup>.

Vale a dire, la questione della appropriabilità dei beni immateriali, ancorché abbia trovato risposta affermativa nella generalità degli ordinamenti (anche di paesi a regime formalmente socialista, come la Cina popolare<sup>53</sup>), resta tuttavia aperta e controversa (con evidenti quanto importanti riflessi politico-sociali e ideali) sul piano dei principi, circa l'opportunità, appunto, di concepire e qualificare come oggetti di 'proprietà' (privata) tali beni, i quali pure sono (dovrebbero essere) di 'pubblico dominio' (*public domain*), ovvero accessibili a tutti, alla stregua di 'patrimonio comune' (*res communes*)<sup>54</sup>.

In proposito, si può citare una nota riflessione di Thomas Jefferson, passato alla storia come principale estensore della Dichiarazione d'indipendenza americana e presi-

<sup>50</sup> Sulla nozione di *ownership* (per rapporto anche alle 'cose incorporali') secondo il sistema di *common law* (di origine e impronta medievale), sue implicazioni e differenze rispetto all'idea romanistica di 'proprietà' (per rapporto alle sole 'cose corporali'), mi permetto di rinviare al mio *Il modello inglese di proprietà*, in AA.VV., *Diritto privato europeo. Istituti e problemi*, Roma-Bari, 3<sup>a</sup> ed. (riveduta e ampliata), 2008, 43 ss.

<sup>51</sup> Cfr. ad es., da noi, R. FRANCESCHELLI, *Beni immateriali (Saggio di una critica del concetto)*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, Torino, 1960, vol. I, 717 ss.

<sup>52</sup> Cfr., ad es., W.J. GORDON, *Touring the Certainties of Property and Restitution: A Journey to Copyright and Parody*, WP 13/99, in *OIPRC Electronic Journal of Intellectual Property Rights*, Nov. 1999, consultabile all'indirizzo [www.oiprc.ox.ac.uk/EJWP1399.html](http://www.oiprc.ox.ac.uk/EJWP1399.html) (data ult. cons., luglio 2010), 12.

<sup>53</sup> Per un approccio al tema sullo sfondo della tradizione culturale del mondo cinese, v. W.P. ALFORD, *To Steal a Book is an Elegant Offense: Intellectual Property Law in Chinese Civilization*, Stanford, Cal., 1995; mentre per un inquadramento del tema nel contesto della modernizzazione del mondo cinese e degli sviluppi legislativi in materia possono vedersi P. FENG, *Intellectual Property in China*, 2<sup>a</sup> ed., Hong Kong, 2003; P. GANEA, T. PATTLACH, C. HEATH, *Intellectual property law in China*, The Hague, 2005.

<sup>54</sup> Per una disamina della questione v., ad es., M.W.S. WONG, *Toward an Alternative Normative Framework*, etc., cit., in particolare Part I (intitolata: 'Property', the 'Public Domain' and the 'Commons'), e riferimenti ivi; nonché *infra*, § 8,

dente degli Stati Uniti, ma che fu anche inventore; il quale riteneva che tutti dovessero avere libero accesso alle nuove tecnologie, tanto da imporsi egli stesso di non richiedere la tutela brevettuale delle proprie invenzioni (alcune, pare, ancor oggi applicate).

Se la natura una cosa ha fatto, che di tutte le altre è la meno suscettibile di esclusiva proprietà, questa è l'azione del pensiero chiamata idea, che ognuno può possedere esclusivamente fintanto che la tiene per sé; ma nel momento in cui viene divulgata, essa è da tutti posseduta [...]. Suo carattere peculiare, inoltre, è che nessuno la possiede in parte, perché ogni altro la possiede per intero. Chi riceve da me un'idea, riceve conoscenze che non diminuiscono le mie; come chi per accendere la sua candela prende il fuoco dalla mia, ha la sua luce senza lasciarmi al buio. Che le idee debbano diffondersi liberamente dall'uno all'altro sull'intero pianeta, per la reciproca e virtuosa istruzione dell'essere umano, e l'elevazione della sua condizione, sembra un apposito e benevolo disegno della natura, nel farle, come il fuoco, espansibili in ogni direzione, senza che diminuiscano di densità, e come l'aria che respiriamo e in cui viviamo, incapace di delimitazione o di appropriazione esclusiva. Le invenzioni non possono, in natura, essere oggetto di proprietà<sup>55</sup>.

Si tratta di parole risalenti agli inizi del XIX secolo, con le quali, senza peraltro contestare la legittimità delle soluzioni legislative a favore del riconoscimento, nella specie, di un diritto di proprietà sulle invenzioni, si mirava a contrastare le tesi (liberiste) a sostegno del valore di 'diritto naturale' (precedente e prevalente sul diritto positivo) della proprietà in genere e di questa sua forma in particolare<sup>56</sup>. Ciò che le rende ancora attuali. Sia di fronte alle affermazioni di principio sulla natura di 'diritto umano' o 'fondamentale' della proprietà intellettuale, contenute in testi quali la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo<sup>57</sup>, e, più di recente, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>58</sup>. Sia di fronte alla continua espansione del suo ambito applicativo, con riguardo soprattutto ai beni informatici: tanto da essere proposta a mo' di vessillo di tesi antagoniste e, comunque, critiche nei confronti della categoria della 'proprietà intellettuale', in quanto applicata al mondo cibernetico<sup>59</sup>.

Qui importa, in sintesi, ribadire che, dal punto di vista dei beni che ne sono oggetto, la 'proprietà intellettuale', sotto la spinta delle forze del mercato e dei relativi interessi legati alla competitività sul piano internazionale, è venuta dilatando enormemente il proprio raggio d'azione, per effetto altresì delle tecnologie informatiche e comunicative, nonché dello sviluppo tecnico-scientifico in alcuni campi del sapere, tra cui spicca quello della biotecnologia e ingegneria genetica<sup>60</sup>.

<sup>55</sup> Il brano, da noi così tradotto, è tratto da una lettera del 13 agosto 1813 dello stesso Jefferson a Isaac McPherson, consultabile all'indirizzo [http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a18\\_8s12.html](http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a18_8s12.html) (data ult. cons., luglio 2010).

<sup>56</sup> Immediatamente prima del brano sopra riportato, si legge che solo il diritto positivo (*social law*) rende stabile la proprietà (*stable ownership*), e ciò avviene tardi nell'evoluzione sociale, per cui «appare curioso che un'idea, il fuggitivo fermento di un singolo cervello umano, possa, per diritto naturale, essere rivendicata come proprietà esclusiva e durevole (*exclusive and stable property*)».

<sup>57</sup> Art. 27, 2: «Everyone has the right to the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author».

<sup>58</sup> Art. 17, 2: «La proprietà intellettuale è protetta».

<sup>59</sup> In tal senso la si trova riprodotta in testa a un articolo di uno dei maggiori sostenitori di tali tesi, J.P. BARLOW, *Selling Wine Without Bottles. The Economy of Mind on the Global Net* consultabile all'indirizzo [www.virtualschool.edu/mon/ElectronicFrontier/WineWithoutBottles.html](http://www.virtualschool.edu/mon/ElectronicFrontier/WineWithoutBottles.html) (data ult. cons., luglio 2010).

<sup>60</sup> Cfr., ad es., R.D. GROSS, *'Tragedy of the Commons': Intellectual Property Rights in the Information Age. The Threat to Civil Liberties and Innovation Posed by Expanding Copyrights*, MIT Press, 2006, con-

Sicché, la natura problematica – anzi, controversa – di questa (specie di) 'proprietà', in tal senso bollata con l'appellativo di *proprietà delle idee*, ossia relativa a 'beni' che per loro natura sono (dovrebbero essere) di 'dominio pubblico', risulta tanto più evidente in rapporto alla (questione della) sua ammissibilità – sul piano etico-sociale, ancor prima che giuridico – nell'ipotesi, oramai suffragata da un'ampia casistica, della cosiddetta *proprietà del vivente*, a copertura della mercificazione, mediante brevetto, di organismi e procedimenti riguardanti la vita vegetale, animale e, persino, 'elementi isolati dal corpo umano'<sup>61</sup>.

Ciò che porta a spostare l'attenzione su ulteriori aspetti riguardanti la delimitazione dell'ambito applicativo dei diritti sulle opere dell'ingegno, per quanto concerne, ad esempio, la distinzione tra 'idea' e 'forma espressiva' o, del pari, i criteri e limiti relativi alla brevettabilità di 'invenzioni' (allorquando, ad esempio, queste siano in rapporto di stretta derivazione da scoperte scientifiche), come pure la durata di tali diritti quale elemento influente, per converso, sul rapporto tra interesse privato (allo sfruttamento ai fini di profitto) e interesse pubblico (alla valorizzazione delle conoscenze, rendendole accessibili a tutti come patrimonio comune).

##### 5. *Aspetti di criticità relativi all'ambito e alla durata della tutela autoriale (copyright) e brevettuale*

Si suole precisare che la 'proprietà intellettuale', pur così enfaticamente denominata, non ha ad oggetto, nel caso delle opere artistico-letterarie e scientifiche, le idee, ma solo la loro estrinsecazione in una forma espressiva, peraltro suscettibile di assumere una varietà di guise: quelle 'tangibili' dell'incorporazione in un mezzo materiale; oppure quelle assai 'labili' dell'oralità (ad esempio: un sermone, una lezione, un recital teatrale o altra performance artistica)<sup>62</sup>; fino a quelle 'virtuali' – o, meglio, in formato elettronico – dei beni cosiddetti informatici<sup>63</sup>.

sultabile all'indirizzo <http://ipjustice.org/wp/2006/07/28/tragedy-of-the-commons-ipr-in-the-info-age> (data ult. cons., luglio 2010).

<sup>61</sup> Un 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»: così prevede la Direttiva CE 44/98, art. 5, n. 2. Sul punto vi pure *infra*, § seguente.

<sup>62</sup> In paesi come il nostro e altri di *civil law*, in cui la tutela delle opere artistico-letterarie e scientifiche ricade sotto il modello del 'diritto d'autore', la regola (sia legale che dottrinale) tende a esser quella per cui l'oralità della forma espressiva non è di per sé ostacolo al riconoscimento di tale diritto, che trae invece la sua ragion d'essere immediatamente dall'atto creativo «qualunque ne sia il modo o la forma di espressione» (C. civ., art. 2575). È ovvio, però, che il vero ostacolo alla tutela autoriale di un sermone pronunciato in un luogo pubblico, come pure di è dato dal fatto che chiunque Diversamente, secondo il modello del *copyright* anglo-americano, per la tutela delle idee non è sufficiente una qualunque – pur labile – forma espressiva, ma se ne richiede, di regola, la fissazione «in un qualche mezzo tangibile di espressione (*any tangible medium of expression*)» (come recita, ad esempio, il *Copyright Act* statunitense del 1976). La normativa internazionale in materia (dettata principalmente dalla Convenzione di Berna, art. 2, 2° co.), senza prendere posizione in punto, si limita a contemplare la possibilità di scelta da parte dei singoli ordinamenti di «prevedere che le opere artistico-letterarie o particolari tipi di esse non siano tutelate, a meno che non siano state fissate in qualche forma materiale (*in some material form*)»; una 'non scelta' che, implicitamente, ferma il pendolo dell'alternativa sul punto mediano della *oggettività espressiva*, che si realizza con la manifestazione (esteriorizzazione) dell'idea in forme percepibili ai sensi, attraverso cui avviene la fruizione, appunto 'intellettuale', dei beni oggetto di tutela autoriale.

<sup>63</sup> Sulla tutela autoriale (invece che brevettuale) del *software*, v. *infra*, § seguente.

La linea di confine così tracciata, per preservare le 'idee' in sé considerate come facenti parte del 'pubblico dominio' e, quindi, a tutti accessibili, risulta però di incerta determinazione e, comunque, piuttosto problematica: poiché non è facile (e, forse, nemmeno possibile) dare una precisa definizione di ciò che costituisce 'idea' in sé, separatamente dalla sua forma espressiva<sup>64</sup>. Con la conseguenza che la possibilità stessa di concepire (giustificare) la natura 'proprietary' dei diritti sulle opere artistico-letterarie o scientifiche ne risulta scossa dalle fondamenta, per così dire; se è vero, appunto, che il contenuto ideativo, separatamente considerato dalla sua forma espressiva, è – o, comunque, grazie proprio alla sua espressione diventa – di pubblico dominio<sup>65</sup>.

Malgrado gli sforzi ermeneutici profusi per dare senso alla dicotomia 'idea /espressione', questo schema, inteso in termini di pura contrapposizione logica, rimane di assai dubbio valore sul piano teorico, oltre che di non facile applicazione in pratica<sup>66</sup>. Senza, qui, scomodare i movimenti d'avanguardia che hanno attraversato il secolo scorso in campo artistico-letterario, fautori di atteggiamenti e orientamenti (il 'verso libero' del futurismo, l'astrattismo e il cubismo nella pittura, la dodecafonia nella musica) in cui l'espressività (creatività) vi si manifesta come tutt'uno con l'idea liberata da ogni vincolo di 'forma' (in senso classico), è sufficiente ritradurre tale schema nell'omologa contrapposizione tra ciò che è e ciò che appare, ossia tra 'sostanza' e 'forma', per obiettare, alla maniera di una nota massima di saggezza confuciana, peraltro universalmente riscontrabile come dato di buon senso comune, che «forma è sostanza e sostanza è forma»<sup>67</sup>.

Invero, più che sul piano della distinzione tra la componente riferibile all'apporto personale dell'autore e quella riferibile al patrimonio comune di conoscenze, le forme

<sup>64</sup> Cfr., con riguardo al mondo di *common law*, ma con valore estensibile pure ad altri ordinamenti, W.J. GORDON, *Touring the Certainties of Property and Restitution: A Journey to Copyright and Parody*, WP 13/99 (Nov. 1999), consultabile all'indirizzo <http://www.oiprc.ox.ac.uk/EJWP1399.pdf> (data ult. cons., luglio 2010), 21-22.

<sup>65</sup> In tal senso, non manca chi, muovendo da posizioni di critica alla natura 'proprietary' del *copyright* (o diritto d'autore che sia), si dichiara a favore del riconoscimento del ruolo autoriale della collettività e, quindi, dell'attribuzione di un «property right for the public in every copyrighted enterprise»: così, ad es., L. ZEMER, *The Idea of Authorship in Copyright*, Aldershot, 2007, VII, peraltro da un punto di vista più di filosofia (teoria) del diritto.

<sup>66</sup> Il problema riguardante l'ambito oggettivo della tutela autoriale, esaminato alla luce dei cosiddetti 'criteri interni' di individuazione dei prodotti intellettuali meritevoli di tutela, quali il criterio (di un grado minimo) di 'originalità' ('creatività') espressiva, oppure quello della 'personalità' dell'autore riflessa nell'opera dell'ingegno (come elemento, statisticamente computabile, di 'unicità' dell'opera stessa, per cui è altamente improbabile, ad esempio, che un medesimo paesaggio possa mai essere dipinto nel medesimo modo da due diversi pittori), o altri criteri ancora di tipo più pragmatico, viene discusso, mettendo a confronto varie opinioni dottrinali e giurisprudenziali tratte, rispettivamente, dal mondo di *civil law* e di *common law*, da S. STRÖMHOLM, *Copyright - Comparison of Laws*, cit., n. 15 ss., il quale osserva che tale problema, di solito ridotto nei termini suddetti della distinzione-contrapposizione tra 'forma' (come espressione) e 'sostanza' o 'contenuto' (come idea ispiratrice a base) del lavoro intellettuale e, quindi, della connessa questione se oggetto di tutela sia solo la forma oppure siano la forma e il contenuto insieme, andrebbe posto diversamente, nel senso che: «la linea divisoria non dovrebbe essere tracciata tra 'forma' (oggetto di tutela) e 'contenuto' (parzialmente o totalmente escluso dalla tutela), ma piuttosto tra gli elementi di un dato prodotto intellettuale che rappresentano il contributo individuale dell'autore, siano essi di 'forma' o di 'sostanza', e quelli che sono presi dal patrimonio comune di idee, esperienza, motivi, fatti storici, che come tali non possono ragionevolmente essere oggetto di appropriazione da parte di alcun autore» (*ivi*, n. 18, con riferimenti ad un esteso panorama di letteratura in argomento, sia di *civil law* che di *common law*).

<sup>67</sup> CONFUCIO, *Dialoghi*, XII, 8, massima citata e commentata nel mio, *Il diritto in Cina*, cit., 164.

e modalità espressive di un'idea rilevano – nella logica di mercato sottesa alla proprietà intellettuale nel suo complesso – sul piano, piuttosto, della distinzione di un'opera artistico-letteraria o scientifica da un'altra; al fine, cioè, di verificare (*a posteriori*) se sia stato commesso o non un plagio. Non fosse, infatti, che per le infinite possibilità di combinazioni espressive di forma e sostanza, nemmeno vi sarebbe 'mercato' (commercio) delle idee; come quello sul quale, oggigiorno, sono basati interi settori produttivi (musicale, cinematografico, editoriale e altri ancora).

Più in generale, ne deriva, secondo questa logica pragmatica (utilitarista) che: in tanto il valore di una 'idea' sta nella 'forma' che assume ad opera dell'autore (e produttore, inteso come soggetto imprenditoriale che sempre più spesso si affianca o sostituisce all'autore nella diffusione-commercializzazione della sua opera), in quanto (secondo una massima giurisprudenziale inglese, anch'essa di pratico buon senso comunemente riscontrabile) «ciò che vale esser copiato, è all'evidenza meritevole di esser protetto (*what is worth copying is prima facie worth protecting*)»<sup>68</sup>.

Al di là o, meglio, al di sotto della soglia di tutela del diritto d'autore costituita – in linea di principio – dalla 'creatività' espressiva (degli autori individualmente considerati), con il corredo di ulteriori criteri di apprezzamento (originalità, personalità)<sup>69</sup>, quel che di fatto rileva o, meglio, è divenuto via via sempre più rilevante a proposito del rapporto tra l'idea e la sua espressione, e la sua traducibilità in termini di valore patrimoniale come oggetto ('bene') suscettibile di utilizzazione economica e, pertanto, meritevole di essere giuridicamente protetto. In tal senso, a dispetto della sua originaria vocazione (premiata o incentivante dello sforzo creativo in campo artistico-letterario o scientifico), la dilatazione «fino allo snaturamento» della tutela autoriale si pone in stretto rapporto con l'obiettivo di estenderne l'ambito anche a «tipologie o effetti dell'informazione» pura e semplice, che hanno però assunto, nel mondo d'oggi, «importanza a fini dello sfruttamento industriale o commerciale»<sup>70</sup>.

Nel caso dei brevetti per invenzioni, la stessa esigenza di fissare una linea di confine a salvaguardia delle conoscenze di pubblico dominio porta a ritenere, in maniera analoga, che oggetto di tutela siano, anziché le idee (in senso astratto), le loro applicazioni pratiche, ovvero i risultati conseguibili in campo tecnico-industriale. Per inciso, è opportuno ricordare che la nozione di 'brevetto' (in questo meglio resa dal termine inglese *patent*) si contrappone a quella di 'segreto' (industriale), in quanto la condizione per il suo ottenimento, al pari della finalità per la sua concessione, è proprio quella di rendere 'patente', cioè di divulgare, l'idea inventiva, per impedire che venga contraffatta: cioè, che altri, successivamente alla concessione del brevetto e senza autorizzazione (licenza) dell'inventore (o di colui a cui sia stata ceduta l'esclusiva di attuare l'invenzione e di trarne profitto), possa farne applicazione.

Ma, di nuovo, come nell'ipotesi di tutela autoriale, riesce difficile distinguere le applicazioni (il 'trovato') dall'idea che ne è alla base. Posto che ogni 'invenzione' altro non è che una soluzione a un problema tecnico, sul presupposto che uno stesso problema può essere risolto in vario modo, in base a una varietà di idee inventive, ne consegue – a rigore – che si brevetta non uno specifico oggetto (macchinario, composto chimico o procedimento che sia), quanto piuttosto l'idea inventiva connessa con una

<sup>68</sup> *University of London Press Ltd. v. University Tutorial Press Ltd.* [1916] 2 Ch. 601, per Petersen, J.

<sup>69</sup> V. quanto detto *supra*, a nota 66.

<sup>70</sup> R. PARDOLESI - M. GRANERI, *Proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., 206, e riferimenti *ivi*.

certa funzionalità del trovato a venire impiegato per qualcosa, appunto, che non sarebbe possibile, prima o fuori della sua stessa ideazione inventiva<sup>71</sup>. Fermo restando, d'altro canto, che le invenzioni, ancor più delle creazioni artistico-letterarie legate a forme di fruizione puramente intellettuale, dovrebbero essere distinte, in quanto aventi natura e destinazione tecnico-industriale, dal patrimonio di conoscenze di carattere teorico e, in genere, astratto, tra cui le scoperte scientifiche, a tutti accessibili.

Senonché, riguardo a questa tradizionale linea di confine tra 'scoperte' (scientifiche, non brevettabili) e 'invenzioni' (brevettabili), è appena il caso di osservare che essa si dimostra, oggigiorno, sempre più tenue e incerta, sotto la spinta di interessi competitivi che fanno sentire il loro peso sugli ambienti della ricerca scientifica, come pure sugli uffici brevetti, al fine di ottenere protezione sempre più ampia, in particolare nei settori della techno-scienza a più alto tasso di investimento e di innovazione, attraverso un progressivo slittamento dalla ricerca applicata a quella di base. Con la conseguenza, altresì, che l'attività di ricerca dedicata al solo progresso scientifico risente, molto più che in passato, di una proliferazione indiscriminata della protezione brevettuale e, comunque, di altre forme di proprietà intellettuale che gravano sulla strumentazione tecnico-scientifica (nonché sulla documentazione: accesso a riviste specializzate e database) necessaria per svolgere tale ricerca<sup>72</sup>.

C'è poi aggiungere che questa proliferazione pure si pone come effetto indotto dalla globalizzazione dei mercati, con riguardo in particolare alla competizione tra paesi più sviluppati, a misura dell'esigenza di tutelare, in determinati settori industriali, posizioni di vantaggio commerciale e negoziale, mediante un ricorso diffuso alla brevettazione, per finalità sostanzialmente anti-concorrenziali<sup>73</sup>.

Il punto, però, su cui vale fermare l'attenzione, riguarda, dal lato della commistione tra scoperte e invenzioni, nonché dal lato del legame sempre più stretto tra invenzioni e tecnologie informatiche e comunicative digitalizzate, la tendenza all'ampliamento dei beni oggetto di tutela brevettuale<sup>74</sup>. Ciò nella prospettiva della 'deriva protezionistica' – com'è stata criticamente etichettata – che negli ultimi decenni ha caratterizzato il sistema dei diritti di proprietà intellettuale<sup>75</sup>. Ma, più in generale, a misura e in ragione della segnalata tendenza a fare dell'informazione la principale risorsa dell'attuale modello di sviluppo economico-sociale, attraverso una sempre più estesa 'mercificazione' (*commodification*) della stessa, che presuppone e, insieme, alimenta una vera e propria escalation sul piano della tutela brevettuale di ogni forma di conoscenza che sia apprezzabile (*valuable*) sul piano delle sue applicazioni e utilizzazioni in campo produttivo e commerciale.

<sup>71</sup> Da noi v., ad es. la sentenza della Corte di Cassazione, 9 settembre 2005, n. 17993, in *Foro it.*, 2006, I, 114: «essendo la invenzione il risultato di una trasposizione di leggi della natura dentro un congegno destinato a risolvere un problema [che è di] ostacolo alla realizzazione [...] di una funzione industriale [...] l'invenzione è l'idea che consente di realizzare questa funzione superando, appunto, il problema» (corsivo aggiunto).

<sup>72</sup> Cfr., per una rapida panoramica in proposito, P. JASZI, *Rights in Basic Information: A general perspective*, draft (2004), e riferimenti ivi, consultabile all'indirizzo [http://www.iprsonline.org/unctadictsd/bellagio/docs/Jaszi\\_Bellagio4.pdf](http://www.iprsonline.org/unctadictsd/bellagio/docs/Jaszi_Bellagio4.pdf) (data ult. cons., luglio 2010).

<sup>73</sup> Cfr., per spunti e riferimenti al riguardo, R. PARDOLESI - M. GRANERI, *Proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., 209-210.

<sup>74</sup> G. GHIDINI, *Prospettive protezionistiche nel diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 1995, I, 73 ss.

<sup>75</sup> M. RICOLFI, *La tutela della proprietà intellettuale: fra incentivo all'innovazione e scambio ineguale*, in *Riv. dir. ind.*, 2002, I, 485 ss.

Difatti, al di là dei 'trovati' intesi come congegni meccanici, manufatti, composti di sostanze o come procedimenti di lavorazione-fabbricazione degli stessi, si è avuta, a partire dagli ultimi decenni dello scorso secolo, una progressiva espansione-trasformazione di questo tradizionale ambito delle tipologie inventive (di prodotto e di processo), in direzione sia di materiali biologici (organismi viventi) artificialmente prodotti mediante procedimenti di biotecnologia e ingegneria genetica (biotech), sia di metodi commerciali (*business methods*) in particolare attuati mediante apparati computerizzati o, comunque, programmabili ('metodi commerciali elettronici': *e-business methods*), nel novero della più ampia categoria delle cosiddette 'invenzioni attuate a mezzo di elaboratore elettronico' (*computer-implemented inventions* o CIIs, dette anche *computer-related inventions*<sup>1</sup>).

Senza poter qui entrare in dettagli di sorta, ci si può limitare a osservare, per quanto concerne i metodi commerciali per la gestione (in forma computerizzata e in specie via *internet*) di tecniche contabili, contrattuali, di vendita, organizzative e pubblicitarie, l'emergere di una propensione alla brevettabilità di tali metodi, tradizionalmente esclusi da questa tutela, pur con differenze di orientamento tra sistema statunitense (più favorevole), dove il fenomeno ha preso a manifestarsi<sup>76</sup>, e sistema europeo (più restrittivo), dove invano si è cercato di dare corpo a una disciplina uniforme in tema di brevettabilità dei programmi per elaboratori elettronici (*software*)<sup>77</sup>. Con l'ag-

<sup>76</sup> Il riferimento è alla decisione (della U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit: CAFC) *State Street Bank v. Signature Financial Group*, 149 F.3d 1368 (Fed. Cir. 1998), con la quale veniva stabilito che un 'procedimento' (*process*), nel senso anche di 'metodo', è brevettabile, non solo quando è attuato mediante uno specifico apparato (macchinario) o si concretizza nella trasformazione fisica di un prodotto (*machine-or-transformation test*), ma anche quando l'effetto con esso conseguibile consiste, più semplicemente, in un «risultato utile, concreto e tangibile (*useful, concrete and tangible result*)». Benché in seguito *overruled* dalla decisione (resa dalla stessa CAFC *en banc*, 'a sezioni unite') *In re Bilski* 545 F.3d 943 (Fed. Cir. 2008), con la quale veniva ri-stabilito il primato del *machine-or-transformation test* (in pratica, del requisito di 'industrialità' dell'invenzione), peraltro inteso come il 'solo' applicabile, la U.S. Supreme Court è a sua volta intervenuta, in sede di impugnazione (*certiorari*), riguardo a quest'ultima decisione (*Bilski v. Kappos*, 561 U.S., 2010: [www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-964.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-964.pdf)), confermandone il dispositivo (di annullamento del brevetto nel caso di specie), ma precisando che, in linea di principio, il *machine-or-transformation test* «is not the sole test», lasciando quindi aperta la strada per la brevettabilità di un procedimento (o metodo, inclusi i *business methods*) sulla base di ulteriori criteri intesi ad accertarne l'innovatività-utilità («The Court is unaware of any ordinary, contemporary, common meaning of 'process' that would require it to be tied to a machine or the transformation of an article [...] Similarly Section 101 [Titolo 35 del *Patent Act*, U.S. Code, recante l'indicazione delle categorie di oggetti brevettabili e dei relativi criteri] precludes a reading of the term 'process' that would categorically exclude business methods. The term 'method' [...] may include at least some methods of doing business. The Court is unaware of any argument that the 'ordinary, contemporary, common meaning' [...] of 'method' excludes business methods»).

<sup>77</sup> Il riferimento è al fallito tentativo di adozione della proposta di *Direttiva relativa alla brevettabilità delle invenzioni attuate per mezzo di elaboratori elettronici* del 2002 (COM (2002), 92 def.), il cui testo è consultabile all'indirizzo [www.dirittodautore.it/page.asp?mode=Articoli&IDQ=16](http://www.dirittodautore.it/page.asp?mode=Articoli&IDQ=16) (data ult. cons., luglio 2010). Ciò, nel quadro del più ampio dibattito intorno alla brevettabilità delle invenzioni di *software* (di cui si dirà nel § seguente), fortemente influenzato, ancora, dall'idea della natura – tipicamente, quanto tradizionalmente – 'tecnica' (industriale) delle invenzioni (brevettabili). Più in generale, si lamenta l'assenza, al livello di ordinamento dell'Unione Europea, di una disciplina che dia corpo a un sistema unico di rilascio di brevetti validi su tutto il territorio dell'Unione (già Comunità) Europea: come, a suo tempo, proposto dalla Commissione Europea (già con un *Libro verde sul brevetto comunitario e sul sistema dei brevetti in Europa*, del gennaio 1998, e successivamente con una comunicazione del 1999, intitolata *Il seguito da dare al Libro verde sul brevetto comunitario e sul sistema dei brevetti in Europa*: COM (1999), 42 def.); e come pure realizzato, invece, per altri tipi di privativa industriale (ad esempio, il 'marchio comu-

giunta, però, di una doverosa segnalazione riguardante il ruolo dell'Ufficio Europeo Brevetti sul piano della prassi, per quanto concerne le decisioni assunte dai suoi organi competenti in sede contenziosa (ossia di ricorso contro l'esclusione dalla tutela brevettuale): decisioni che hanno portato all'elaborazione di criteri in favore della brevettabilità anche di metodi commerciali associati ad apparati o procedimenti governati o programmati mediante elaboratori elettronici (*software*)<sup>78</sup>; secondo un approccio interpretativo (della normativa dettata dalla CBE) sostanzialmente in linea con la tendenza inaugurata dalla giurisprudenza statunitense, nel senso di ampliare l'area di oggetti brevettabili<sup>79</sup>.

Nel caso delle biotecnologie, i contraccolpi del progresso tecnico-scientifico sui tradizionali parametri di brevettabilità investono, oltre che il piano giuridico della distinzione scoperta/invenzione<sup>80</sup>, quello etico-politico delle questioni-implicazioni relative alla (ammissibilità della) inclusione della 'materia vivente', tra gli oggetti suscettibili di tutela brevettuale.

Ancora una volta, senza poter qui entrare in dettagli di sorta, ci si può limitare a osservare come, dagli anni Settanta del '900<sup>81</sup>, la richiesta crescente di 'brevetti (di materiali) biologici' (in luogo dei più tradizionali brevetti per prodotti meccanici e composti chimici) abbia aperto un vero e proprio fronte, sul piano delle scelte normative

---

nitario', istituito con Regolamento n. 40/94 del Consiglio CE). Nondimeno, una tendenza armonizzatrice di alcuni dei principali aspetti della materia (in particolare concernenti requisiti e limiti di brevettabilità) si è venuta sviluppando per effetto della già citata Convenzione sul Brevetto Europeo (CBE) del 1973 e dell'azione di adattamento interpretativo svolta dalla giurisprudenza dell'Ufficio Europeo Brevetti (UEB) e riflessa nelle Linee guida periodicamente stilate e aggiornate dal medesimo Ufficio (*infra*, nota seguente).

<sup>78</sup> Come stabilito dall'UEB, o *European Patent Office* (EPO), con sede a Monaco, istituito in base alla CBE, che esclude dagli oggetti per i quali è possibile richiedere il 'brevetto europeo', tra gli altri, «i piani, principi e metodi per attività [...] commerciali, come pure i programmi informatici» (art. 52, 2 lett. C), peraltro con l'aggiunta che tali piani, principi e metodi (nonché i programmi per elaboratori elettronici) sono esclusi dalla brevettabilità solo in quanto «considerati come tali» (art. 52, 3), nelle Linee guida per l'esame delle richieste di brevetti presso lo stesso Ufficio, *Guidelines for Examination in the European Patent Office* (edizione aggiornata all'aprile 2010, consultabile all'indirizzo [www.epo.org/patents/law/legaltexts/guidelines.html](http://www.epo.org/patents/law/legaltexts/guidelines.html)), Part C, Chapter IV-4, n. 2.3.5, si precisa che, stante la non brevettabilità – di regola – dei *methods of doing business* in sé considerati (in quanto, cioè, aventi carattere puramente astratto o speculativo), ove oggetto di rivendicazione sia, invece, un metodo associato a un apparato o procedimento tecnico per l'implementazione in tutto o in parte di esso, tale metodo e l'apparato o procedimento devono essere esaminati nel 'loro insieme' («as a whole»). In particolare, ove la rivendicazione riguarda un elaboratore elettronico o reti di elaboratori o altri tipi convenzionali di apparati programmabili o un programma ad essi relativo, per l'esecuzione di almeno alcune fasi di implementazione del metodo, questo dovrà essere considerato ed esaminato nell'insieme dell'apparato o procedimento che ne risulta in complesso.

<sup>79</sup> Cfr., sull'argomento, E. AREZZO, *La brevettabilità del software e dei metodi commerciali elettronici nella giurisprudenza dell'Ufficio Europeo Brevetti*, in "Assonime", Note e Studi, 12/2009, 37, consultabile all'indirizzo [www.tuttocamere.it/files/studi/2009\\_12\\_Assonime.pdf](http://www.tuttocamere.it/files/studi/2009_12_Assonime.pdf) (data ult. cons., luglio 2010).

<sup>80</sup> Cfr. J. DAVIS, *Intellectual Property Law*, cit., 29-30, con riguardo al caso della scoperta della sequenza genetica di una proteina con proprietà anti-coagulanti, richiamando in punto la Direttiva della Comunità europea 44/98, su cui v. *infra*, nel testo.

<sup>81</sup> È del 1973 la prima applicazione dell'idea di trasferire materiale genetico da un organismo all'altro, attuata sperimentalmente da S. Cohen (della Stanford University) ed Herbert Boyer (della University of California), dando così vita a un organismo geneticamente modificato (ogm); mentre è del 1977 uno dei primi casi giudiziari (*In re Bergy*), deciso dalla U.S. Court of Customs and Patents (563 F.2d 1031), di determinazione della liceità-ammissibilità della tutela brevettuale di microrganismi artificialmente prodotti.

(legislative, giurisprudenziali), prassi (degli uffici brevetti) e opinioni (a vario titolo espresse), in merito alla brevettabilità di organismi viventi.

La situazione può essere, molto schematicamente, riassunta in termini di oscillazioni tra orientamenti che, come testé detto, divergono su aspetti di ordine più etico-politico, che non tecnico-giuridico, circa l'opportunità di concedere brevetti biotech. Un orientamento favorevole è quello della giurisprudenza statunitense, manifestatosi soprattutto con la decisione della Corte Suprema nel caso *Diamond v. Chakrabarty* del 1980, nella quale si afferma la brevettabilità di materiali organici<sup>82</sup>. Ciò in ossequio a una cultura tradizionalmente incline a includere nel novero degli oggetti brevettabili qualunque prodotto dell'ingegno umano («anything under the sun that is made by man») <sup>83</sup>, che ha portato a riconoscere la brevettabilità anche di organismi complessi, con la concessione, nel 1988, alla Harvard Medical School del brevetto su un topo geneticamente modificato per sviluppare un carcinoma mammario (il cosiddetto *Oncomouse*), sì da farne strumento per ricerche sul cancro. Un orientamento di segno opposto è stato espresso dalla giurisprudenza canadese che, investita a sua volta della questione del riconoscimento del brevetto su l'*Oncomouse*, si è pronunciata, con decisione della Corte Suprema del Canada del 5 settembre 2002, in senso contrario a tale riconoscimento, ritenendo che la questione, assai opinabile sul piano strettamente giuridico, della assimilabilità dei brevetti biotech ai più tradizionali tipi di brevetto su invenzioni meccaniche o chimiche, debba essere rimessa alla competenza del legislatore e disciplinata, al di là di una pretesa 'neutralità morale' di scienza e diritto (in rapporto di reciproca interazione), sulla base piuttosto di scelte etico-politiche, riguardanti valori e interessi implicati<sup>84</sup>.

Al livello europeo, nel solco aperto dalla giurisprudenza statunitense e dietro la preoccupazione di non lasciare margini di vantaggio alla concorrenza interna zionale nel campo dello sviluppo tecnologico in importanti settori industriali, nonché in esecuzione del già ricordato l'*Accordo sugli aspetti dei Diritti di Proprietà Intellettuale atinenti al Commercio* (ADPIC o *TRIPS Agreement*)<sup>85</sup>, è stata intrapresa una strada che, tra difficoltà e contrasti, ha portato all'adozione della Direttiva n. 44 del 6 luglio 1998, relativa alla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche. La direttiva si apre, non a caso, con l'affermazione che «la biotecnologia e l'ingegneria genetica stanno acquisendo una funzione crescente in una vasta gamma di attività industriali», sicché «la protezione delle invenzioni biotecnologiche assumerà indubbiamente un'importanza fondamentale per lo sviluppo industriale»<sup>86</sup>. Il principio generale a cui si ispira la normativa comunitaria, con l'avallo successivamente intervenuto della Corte di giustizia delle Comunità Europee (CGCE)<sup>87</sup>, chiamata a pronunciarsi sul ricorso proposto dal-

<sup>82</sup> 447 U.S. 303 (1980).

<sup>83</sup> *Ibid.*, con riferimento all'intenzione del Congresso USA di avallare la più ampia interpretazione della legislazione in materia di brevetti.

<sup>84</sup> Cfr. M. TALLACCHINI, *La trappola e il topo: la brevettabilità della materia vivente*, in A. SANTOSUOSSO (cur.), *Le tecniche della biologia e gli arnesi del diritto*, Pavia, 2003, 203 ss., e v., *amplius*, M. TALLACCHINI - F. TERRAGNI, *Le biotecnologie: aspetti etici, sociali, ambientali*, Milano, 2004.

<sup>85</sup> L'allora Comunità europea, assieme ai paesi membri, è stata tra i sottoscrittori dell'accordo ADPIC/TRIPS, dove si prevede che la tutela brevettuale per prodotti e procedimenti sia garantita in tutti i campi della tecnologia (fatti salvi eventuali limiti per motivi di ordine pubblico, moralità pubblica, per la salute dell'uomo, di animali o vegetali, e per evitare gravi danni ambientali).

<sup>86</sup> Direttiva 98/44/CE, considerando 1.

<sup>87</sup> CGCE, Caso C-377/98, 9 ottobre 2001.

l'Olanda (con il sostegno dell'Italia) contro le istituzioni europee in ordine all'adozione di tale direttiva, è che – posto il divieto (ivi stabilito) di brevettazione del corpo umano «nei vari stadi della sua costituzione e del suo sviluppo»<sup>88</sup>, così come escluso che possano essere di per sé brevettabili elementi del corpo umano – sono invece brevettabili «soltanto le invenzioni che associno un elemento naturale a un processo tecnico che consenta di isolarlo o produrlo a fini di un suo sfruttamento industriale»; per cui «un elemento del corpo umano può far parte di un prodotto tutelabile mediante brevetto, ma non può, nel suo ambiente naturale, essere oggetto di nessuna appropriazione»<sup>89</sup>.

Una diversità di fondo del brevetto biologico, rispetto ai più tradizionali tipi di brevetto, riguarda il cosiddetto 'principio di esaurimento'. In virtù di tale principio, nel caso appunto dei normali (tradizionali) brevetti, il diritto del titolare si esaurisce con il primo atto legittimo di messa in commercio dell'invenzione, senza che sia possibile quindi controllare i passaggi successivi della sua circolazione. Nel caso, invece, di invenzioni biotecnologiche, aventi ad oggetto organismi viventi in grado, cioè, di riprodursi, appare evidente l'inapplicabilità di detto principio. La normativa comunitaria ha pertanto previsto due significative correzioni-integrazioni del regime brevettuale. In primo luogo, la tutela brevettuale di un prodotto biotecnologico o del relativo procedimento di produzione si estende a tutti i materiali biologici da esso derivati «mediante riproduzione o moltiplicazione in forma identica o differenziata e dotato delle stesse proprietà»<sup>90</sup>. Inoltre, la tutela brevettuale di un prodotto «contenente o consistente in una informazione genetica si estende a qualsiasi materiale nel quale il prodotto è incorporato e nel quale l'informazione genetica è contenuta e svolge la sua funzione»<sup>91</sup>.

Ne deriva, così, a motivo della autoriproducibilità dell'oggetto (organismo) di tutela brevettuale, un effetto a cascata, che moltiplica enormemente l'incidenza del *know how* biotecnologico (brevettabile) sul piano delle sue applicazioni e utilizzazioni industriali e commerciali.

In definitiva, trova conferma la tendenza – riconducibile alla dimensione competitiva e, più precisamente, a quella del mercato globale – per cui la proprietà intellettuale è chiamata ad assolvere un compito sempre meno legato all'incentivazione-promozione delle conoscenze e, viceversa, sempre più sensibile agli interessi economico-finanziari delle imprese (quelle grandi, anzi, di dimensione multinazionale), come pure alle influenze politico-istituzionali esercitate dalle autorità governative dei paesi rap-

<sup>88</sup> Divieto (di cui all'art. 5, n. 1, della citata direttiva), altresì rafforzato dalla esplicita menzione tra le invenzioni non brevettabili per contrarietà all'ordine pubblico o al buon costume dei procedimenti di clonazione umana, di quelli di modificazione dell'identità genetica germinale dell'essere umano, nonché delle utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali (art. 6, n. 2).

<sup>89</sup> CGCE, *ibid.*, nn. 71-73. In particolare, la Corte prosegue sul punto, osservando (n. 74) che, nel caso di attività di ricerca concernenti la sequenza (anche parziale) del patrimonio genetico umano, i «risultati di tali attività possono comportare il rilascio di un brevetto solo se la domanda sia accompagnata, da un lato, da una descrizione del metodo originale di mappatura che ne ha permesso l'invenzione e, dall'altro, da una indicazione dell'applicazione industriale cui sono finalizzate tali attività»; sicché (n. 75) «la protezione prevista dalla direttiva riguarda solo il risultato di un'attività di lavoro inventiva, scientifica o tecnica, e arriva a comprendere dati biologici esistenti allo stato di natura nell'essere umano solo in quanto necessari alla realizzazione e allo sfruttamento di una specifica applicazione industriale».

<sup>90</sup> Direttiva 98/44/CE, art. 8.

<sup>91</sup> *Ibid.*, art. 9.

presentati in seno agli organismi internazionali operanti in questo settore, anch'esse portatrici di rilevanti interessi.

Un indicatore ulteriore di questa tendenza, di cui vale qui far menzione, riguarda il cospicuo incremento dei termini di durata e, più in generale, della copertura della tutela autoriale e brevettuale. Difatti, nel caso del diritto d'autore (*copyright*), tale copertura, non solo risulta estesa ai cosiddetti diritti connessi (o 'vicini'), ma essa, pur con differenze tra singoli ordinamenti, è accordata per un termine standard di durata che va ben al di là della vita dell'autore (fino a 70 anni dopo la sua morte). Mentre termini lunghi, in genere fino a 20 anni, a decorrere dal rilascio del brevetto, accompagnano la copertura delle privative industriali.

Va da sé che la sottrazione all'uso libero di contenuti ideativi e informativi per tempi così lunghi può costituire e spesso costituisce un serio fattore di limitazione dell'accrescimento e avanzamento socio-culturale e tecnico-scientifico, tanto più in una società come quella odierna il cui sviluppo, oltre che condizionato dall'accesso alla conoscenza, risulta scandito da un forte dinamismo dei processi produttivi e ritmi di vita, con un elevato tasso di obsolescenza di prodotti il cui valore è dato, appunto, da tali contenuti (immateriali) e dalla possibilità di trasformarli, adattarli, riproporli, piuttosto che riprodurli semplicemente.

In proposito è da osservare che standard elevati di protezione del diritto d'autore (*copyright*) e dei diritti connessi, altresì assistiti da sanzioni di tipo penale, pure alimentano effetti distorsivi, per cui il loro sfruttamento monopolistico rischia di tradursi, talvolta, in forme – per così dire – di 'censura privata', cioè esercitate da soggetti (imprese editoriali, discografiche o cinematografiche) che detengono tali diritti e hanno interesse a controllare il mercato dei prodotti che ne formano oggetto, impedendone non solo le contraffazioni, ma anche certi adattamenti e rifacimenti palesi, suscettibili bensì di rientrare tra le libere utilizzazioni, ma che potrebbero a loro volta divenire prodotti commercialmente competitivi rispetto agli originali (e danneggiarne, quindi, il mercato).

Un potenziale uso distorto è inoltre ravvisabile in materia di tutela brevettuale, per via della stessa logica monopolistica che ne è alla base: stante che le finalità tipiche (ideali) di questa forma di tutela, costituite dall'incentivazione a mettere a frutto per il pubblico vantaggio invenzioni e scoperte, possono essere intralciate o addirittura invertite, nel senso di bloccare le applicazioni di nuovi brevetti, dall'interesse economico-finanziario dell'impresa titolare della situazione monopolistica, in considerazione dei tempi lunghi di copertura, a renderne remunerativo l'investimento per tutta la durata della copertura stessa, mediante l'acquisto della titolarità di altri brevetti che, ove suscettibili di favorire un miglioramento dei prodotti in commercio, possano danneggiare tale interesse e investimento di mercato<sup>92</sup>.

## 6. *I beni informatici come nuovi oggetti di proprietà intellettuale*

La dimensione planetaria assunta dalla proprietà intellettuale, assecondando una tendenza espansiva da tempo in atto, tanto più rileva, oggi, nella prospettiva – in precedenza segnalata – delle innovazioni tecnologiche che hanno portato a travol-

<sup>92</sup> Cfr., per un'analisi ancora attuale del fenomeno, R. DUNFORD, *The Suppression of Technology as a Strategy for Controlling Resource Dependence*, in *Administrative Science Quarterly*, vol. 32, 1987, 512 ss.

gere, in sede di tutela delle opere dell'ingegno, i tradizionali riferimenti connessi con il mondo 'reale', in cui questa forma di appartenenza si era venuta affacciando e consolidando sul presupposto della produzione e circolazione di oggetti materiali<sup>93</sup>.

Difatti, accanto ai beni 'immateriali' in senso classico o, per dir meglio, metaforico, l'avvento della 'rivoluzione informatica' (*e-revolution*) ha determinato una tendenza espansionistica ad alto tasso di criticità del tradizionale assetto della proprietà intellettuale, con riguardo in genere a tutto ciò che si estrinseca in una forma espressiva elettronica; ossia in entità (dati) che, senza assumere la veste tridimensionale degli atomi che compongono gli oggetti (cose) del mondo reale, si manifestano in quella virtuale di impulsi: i *bit* (acronimo di *Binary digiT*) o cifre binarie (insiemi, come vengono convenzionalmente definiti, di 0 e 1) dei codici di istruzioni a base del funzionamento dei *computer* e, più in generale, di tutti gli apparati (elettronici) che sfruttano le cosiddette *tecnologie digitali*<sup>94</sup>.

In tal senso, per effetto di questa «seconda rivoluzione industriale» dell'epoca moderna, la quale si presenta allo stato dei «bits d'un flusso d'informazione che corre sui circuiti sotto forma d'impulsi elettronici»<sup>95</sup>, la proprietà intellettuale ha visto e vede crescere sempre più i suoi possibili 'oggetti', in quanto prodotti 'virtuali', esistenti cioè in veste elettronica, aventi nondimeno valore di beni suscettibili di commercializzazione, secondo modalità, anzi, enormemente potenziate dalla rete di interconnessioni telematiche al livello mondiale: *internet* (o 'rete delle reti'), di cui il *world wide web* (o *web*, semplicemente) costituisce una delle strutture portanti per il collegamento di dati (documenti e materiali multimediali) al livello planetario.

Sicché lo sviluppo, negli ultimi decenni, delle tecnologie informatiche, mentre ha ulteriormente accresciuto i livelli di astrattezza della categoria dei beni (immateriali), ne ha accentuato insieme i risvolti problematici relativi all'apparizione di nuove specie di tali beni e alla loro inclusione sotto le figure già definite di diritti di proprietà intellettuale o in qualche ulteriore figura di carattere proprio (*sui generis*).

## 6.1. Software

È il caso, innanzitutto, dei programmi per elaboratori elettronici (*software*)<sup>96</sup>, a proposito dei quali è apparsa subito incerta e controversa la loro qualificazione. Se:

<sup>93</sup> *Supra*, § 4.

<sup>94</sup> Come chiarisce N. NEGROPONTE, *Essere digitali* (trad. di F. e G. Filippazzi dall'originale *Being Digital*), Milano, 1995, 3: «Il bit non ha colore, dimensioni o peso, e può viaggiare alla velocità della luce. È il più piccolo elemento atomico del DNA dell'informazione. È un modo di essere: sì o no, vero o falso, su o giù, dentro o fuori, nero o bianco. Per praticità noi diciamo che un bit è 1 o 0».

<sup>95</sup> Così I. CALVINO, *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*, Milano, 1988, nella lezione dedicata alla *Leggerezza*, 10 che fa dell'informatica (*software*) a base di questa seconda rivoluzione industriale, diversamente dalla prima con le sue «immagini schiaccianti quali presse di laminatoi o colate d'acciaio», un esempio, appunto, di 'leggerezza'.

<sup>96</sup> In quanto utile ai fini del discorso, per *software* si suole intendere un programma costituito da un insieme di istruzioni-informazioni (algoritmi e dati) sotto forma di simboli (alfabetici e/o numerici): tali istruzioni-informazioni, a seguito della loro trasformazione in un linguaggio apposito vengono 'stampate' su un supporto magnetico (nastro, disco), per essere lette ed eseguite, mediante una unità di elaborazione centrale (*Central Processing Unit* [CPU] o semplicemente processore), dalla macchina (*hardware*), per svolgere determinate operazioni e funzioni. Si parla, più precisamente, di 'codice sorgente' (*source code*) o, anche, di 'programma sorgente', per indicare le istruzioni espresse in un linguaggio (cd. di 'alto livello') comprensibile al programmatore. Come detto, le istruzioni così espresse (in uno qualsiasi dei linguaggi di programmazione) sono destinate a essere codificate (da un apposito programma denominato 'compila-

d'invenzioni brevettabili, pur trattandosi di un 'trovato' di per sé privo di natura tecnica e, comunque, non propriamente riferibile né alla categoria delle invenzioni di prodotto, né a quella delle invenzioni di procedimento; oppure di oggetti tutelabili alla stregua di opere letterarie, sotto la figura quindi del diritto d'autore (*copyright*), sebbene in via di estensione e, anzi, di alterazione dei connotati tipici di tale figura. In proposito si registra, tuttora, una varietà di opinioni<sup>97</sup>.

Sul piano legislativo, la soluzione divenuta di gran lunga prevalente, anche se per nulla pacifica dal lato teorico-interpretativo e nemmeno capace, in pratica, di dare sufficiente copertura ai problemi di protezione giuridica del *software*, è nel senso di considerare questi prodotti alla stregua di opere letterarie oggetto di tutela autoriale. Ciò che sembra, però, rappresentare un ardito salto logico, che – come testé accennato – rischia di portare a uno snaturamento della figura. Quando appena si pensi che le 'opere' in questione sono elaborate (al livello di 'programma sorgente') non per essere pubblicate come tali, cioè diffuse allo scopo di comunicare idee, emozioni e sentimenti, alla maniera delle normali e più tradizionali opere letterarie, ma per essere, invece, installate (al livello di programma o 'codice macchina', mediante trascrizione su un supporto magnetico) e così utilizzate ('lette') all'interno di un *computer*, a sua volta inteso come apparato strumentale (*hardware*) predisposto per l'esecuzione di operazioni, funzioni e compiti<sup>98</sup>.

Questa soluzione, già adombrata – sia pure in negativo – a seguito dell'esclusione della brevettabilità dei «programmi per computers... come tali» sancita dalla Convenzione di Monaco sul Brevetto Europeo [CBE] del 1973<sup>99</sup>, è stata adottata dapprima negli USA; con una legge federale (*Computer Software Protection Act*) del 1980, introdotta a mo' di disciplina specifica, ma con finalità più ampie di modifica della norma-

---

tole', mediante la loro trasformazione in linguaggio cd. di 'basso livello') per poter essere a loro volta lette ed eseguite dal *computer*, prendendo pertanto forma di programma o 'codice macchina' (detto anche programma o 'codice oggetto'), cioè comprensibile solo dalla macchina. Per queste notizie v., ad es., il sito [www.dizionarioinformatico.com](http://www.dizionarioinformatico.com).

<sup>97</sup> Per una disamina dei termini della questione relativa alla tutela giuridica del *software*, sia in senso tecnico che sotto il profilo delle implicazioni giuridiche, può vedersi, da noi, R. BORRUSO, *Computer e diritto*, t. II, *Problemi giuridici dell'informatica*, Milano, 1988, 389 ss. Più di recente e a conferma, tra l'altro, del perdurare della questione, v. G. GHIDINI, E. AREZZO, C. DE RASIS, P. ERRICO, *Il software fra brevetto e diritto d'autore. Primi appunti sulla proposta di direttiva comunitaria sulle invenzioni attuate per mezzo di un elaboratore elettronico*, in *Riv. dir. ind.*, I, 2005, 46 ss.

<sup>98</sup> Come osserva, ad es., R. BORRUSO, *Computer e diritto*, cit., 395, a sostegno della tesi della brevettabilità dei programmi per *computer*: «il *software* – pur apparendo, al livello di programma sorgente, un semplice foglio scritto – non è scritto per l'uomo, ma per una macchina [...] con l'avvento del computer, il destinatario di uno scritto e del suo contenuto di scienza e volontà non è più necessariamente soltanto l'uomo: può esserlo anche una macchina o – come nel caso del *software* – esclusivamente una macchina».

<sup>99</sup> CBE, art. 52, 2c. La norma, a sua volta modellata su una legge francese del 1968, art. 7, all'epoca l'unica a vietare espressamente la brevettabilità dei programmi per elaboratore (*programmes d'ordinateurs*), è stata recepita da noi con d.P.R. 22 giugno 1979, n. 338, che ha modificato l'art. 12 r.d. n. 1127 del 1939, stabilendo la non brevettabilità dei programmi per elaboratore «in quanto tali»; esclusione del pari accolta, sotto l'influenza della Convenzione stessa, dalle legislazioni di altri paesi europei. In aggiunta si possono ricordare le «Disposizioni-tipo sulla protezione dei programmi per elaboratore» (*Model Provisions for the Protection of Computer Software*) del 1978, elaborate in sede OMPI, a cura di un comitato internazionale di esperti, con l'intento bensì di fissare una soluzione intermedia o, meglio, mista, basata pure su elementi di tutela brevettuale dei programmi (durata minore della protezione rispetto a quella del diritto d'autore e divieto di utilizzazione dell'opera da parte di terzi non autorizzati, anziché solo di riproduzione e diffusione al pubblico), ma tendenzialmente incline ad applicare al riguardo la forma di tutela del *copyright*.

tiva generale in materia (all'epoca dettata dal *Copyright Act* del 1976). La definizione ivi stabilita di *computer program*, quale «insieme di indicazioni o istruzioni che debbono essere direttamente o indirettamente utilizzate in un computer per produrre un certo risultato», lascia chiaramente intendere la portata 'innovativa' dell'equiparazione alle più tradizionali opere letterarie tutelate dal *copyright* di 'opere' del genere, frutto bensì dell'ingegno umano, ma destinate – nella loro versione codificata – a una macchina per il suo funzionamento, anziché all'uomo per il suo godimento. Com'è stato in proposito osservato, detta soluzione, senza troppo preoccuparsi della sua coerenza logica, è risultata tuttavia essere la più rispondente alle esigenze dei principali paesi produttori di tecnologia informatica, a cominciare dagli stessi Stati Uniti, e delle imprese di settore, le più proiettate verso il mercato mondiale e, insieme, le più interessate a contrastare il fenomeno della cosiddetta 'pirateria informatica' (abusiva riproduzione e commercializzazione di programmi, resa possibile dalla estrema facilità di copiatura degli stessi); consentendo in tal modo di ottenere (facendo leva, del resto, sulla Convenzione di Berna e la sua collaudata normativa in materia): «una protezione praticamente universale dalla data di creazione del programma e senza il requisito oneroso della registrazione in ogni singolo paese (come nel caso dei brevetti e degli altri diritti di proprietà industriale)»<sup>100</sup>. Si spiega, in questo contesto, l'adesione alla soluzione medesima da parte dei paesi europei, sulla base di leggi ivi introdotte nel corso degli anni '80 del secolo scorso<sup>101</sup>; quindi il suo accoglimento in sede comunitaria, con una direttiva del 1991 (che definisce, appunto, i programmi per elaboratore «come opere letterarie») <sup>102</sup>; e, da ultimo, il suo definitivo consolidamento, al livello mondiale, con l'Accordo TRIPS del 1994<sup>103</sup>, nonché con il Trattato sul diritto d'autore promosso dall'OMPI (o *WIPO Copyright Treaty, WCT*) del 1996<sup>104</sup>.

<sup>100</sup> Così M. CORREA, *The TRIPS Agreement and Information Technologies: Implication for Developing Countries*, in *Info. & Comm. Tech. L.*, 1996, 133 ss., in un brano riportato da F. RONCONI, *Trapianto e rielaborazione del modello normativo statunitense: il diritto d'autore di fronte alla sfida digitale*, in G. PASCUZZI e R. CASO (cur.), *I diritti sulle opere digitali. Copyright statunitense e diritto d'autore italiano*, Padova, 2002, 204 nota 36.

<sup>101</sup> Cfr., da noi, V. ZENO-ZENCOVICH, *Le leggi sulla tutela dei programmi per elaboratore in Italia e nel mondo*, Padova, 1990; D. CORAPI (cur.), *Il diritto d'autore di fronte alle nuove tecnologie*, Napoli, 1994.

<sup>102</sup> Dir. 1991/250/CEE del 14 maggio 1991 (in *GUCE*, l. 122, 17 maggio 1991), art. 1: «Conformemente alle disposizioni della presente direttiva, gli Stati membri tutelano i programmi per elaboratore, mediante diritto d'autore, come opere letterarie [...] Ai fini della presente direttiva, il termine 'programma per elaboratore' comprende il materiale preparatorio per la progettazione di un programma».

<sup>103</sup> Art. 10 (1): «Computer programs, whether in source or object code, shall be protected as literary works under the Berne Convention (1971)». C'è da precisare, tuttavia, che l'Accordo TRIPS non esclude, in linea di principio, la brevettabilità dei programmi per elaboratore; stante che vi si prevede, al successivo art. 27, 1° co., la brevettabilità genericamente di «any inventions, whether products or processes, in all fields of technology».

<sup>104</sup> Art. 4: «Computer programs are protected as literary works within the meaning of Article 2 of the Berne Convention. Such protection applies to computer programs, whatever may be the mode or form of their expression». Questa precisazione finale sembrerebbe estendere, come taluni ritengono, la tutela così accordata anche alla progettazione delle stesse componenti fisiche della macchina (*computer*), sotto forma di disegno (topografia o *layout-design*) dei circuiti elettronici (chip, schede) che formano le unità di elaborazione (processori) e di memoria attraverso cui ne avviene il funzionamento per impieghi che si avvalgono poi dei programmi (*software*) installati. Ma si tratta di opinione contrastante con la tendenza universalmente seguita a ricondurre tali prodotti di microelettronica sotto la tutela brevettuale, come viene fatto osservare con riguardo in particolare all'Accordo TRIPS (artt. 35-38), nonché alla normativa comunitaria (Direttiva CEE n. 54 del 16 dicembre 1986): cfr., ad es., F. Ronconi, *Trapianto e rielaborazione*, ecc., cit., 209.

Appare sin troppo evidente la particolarità-diversità, rispetto alle opere artistico-letterarie (e scientifiche), tradizionalmente oggetto di tutela autoriale, dell'oggetto della tutela – a questo medesimo titolo – offerta nel caso, invece, dei programmi di *software*: una particolarità che riverbera sul piano teorico-interpretativo, in quanto incidente sulla 'forma espressiva': quella, come detto, del linguaggio codificato in un 'programma' comprensibile solo dalla macchina; così introducendosi una palese limitazione al principio generale della espressività-percettibilità esterna dell'opera dell'ingegno. Senza nemmeno trascurare, poi, di notare, sempre da un punto di vista di alterazione concettuale della figura, il rilievo marginale, se non del tutto insignificante, che assume il requisito della 'originalità' nel caso dei programmi di *software*; in quanto opere di natura tecnica caratterizzate soprattutto, se non esclusivamente, dalla loro funzionalità, ossia dai risultati conseguibili in sede di loro utilizzazione. Al punto da ritenersi che oggetto della tutela, nel caso del *software*, sia il contenuto (in termini di funzioni e risultati), più che l'originalità della forma espressiva: quest'ultima essendo, peraltro, fortemente dipendente dagli sviluppi della tecnica informatica e vincolata a standard tanto più cogenti, sotto il profilo dell'uniformità di codifica, anche per motivi di compatibilità tecnica, quanto più artificiale è il relativo linguaggio. Per cui ne deriva che tali programmi sono sempre più prodotti in via semplicemente di adeguamento e perfezionamento di altri programmi simili o addirittura identici. Ciò che ha trovato e trova riscontro, presso alcuni ordinamenti, in una tendenza giurisprudenziale incline ad affermare che un programma possa essere considerato ugualmente meritevole di tutela, pur non essendo formalmente diverso da altri, ossia a prescindere dal requisito dell'originalità della sua forma espressiva, in quanto però consenta di ottenere risultati nuovi<sup>105</sup>.

In aggiunta a queste particolarità-diversità del *software*, che ne rendono oltremodo problematica e controversa l'equiparabilità (e tanto più l'assimilabilità) alle opere letterarie, c'è da osservare un altro dato di diversità e, anzi, di anomalia, tale da risultare persino incompatibile rispetto all'idea di opera creativa più tradizionalmente e normalmente intesa quale espressione dell'intelletto (ovvero dello spirito) umano. Vi sono infatti ordinamenti, come quello inglese, dove, in maniera del resto rispondente a una più generale esigenza di tutela degli investimenti produttivi nel settore dell'industria informatica, si ammette (a differenza, tuttavia, dalla normativa comunitaria e di altri paesi che richiedono la provenienza umana del *software*) la tutelabilità anche dei programmi che siano invece creati artificialmente, cioè dalla macchina stessa (*computer-generated works*): in questo caso attribuendosi la titolarità del diritto corrispondente alla persona (fisica o giuridica) da parte della quale sono stati messi in opera i mezzi finanziari ed organizzativi necessari per la realizzazione di tale prodotto<sup>106</sup>.

A rimarcare, d'altronde, le peculiarità e, comunque, le difficoltà di inquadramento della materia in esame, va ancora detto del 'doppio volto' della tutela giuridica del *software*: nel senso del porsi, accanto alla tutela autoriale e, se del caso, in maniera complementare ad essa, di una tutela pure brevettuale dei programmi; sebbene, almeno per quanto riguarda l'ambito europeo, non 'in quanto tali' (come dispone la citata Convenzione di Monaco sul brevetto europeo), ma quali componenti di un pro-

<sup>105</sup> Cfr. R. RISTUCCIA e V. ZENO-ZENCOVICH, *Il software nella dottrina e nella giurisprudenza e nel d.lgs. 518/92*, Padova, 1993, e riferimenti ivi.

<sup>106</sup> V. *Copyright, Designs and Patents Act*, 1988 (sect. 9 (3) e 12 (7)), nonché sect. 178 (recante la definizione di tali opere).

cedimento tecnico-applicativo o, comunque, di un'invenzione le cui caratteristiche funzionali siano realizzate a mezzo di un *software* (*computer - implemented inventions*). Ciò secondo un orientamento, diano segnalato, affermatosi in particolare al livello di prassi (giurisprudenziale) dell'Ufficio Europeo Brevetti, sul presupposto del carattere tecnico che anche un programma per elaboratore possiede in quanto capace potenzialmente di produrre un determinato effetto tecnico (cd. effetto tecnico potenziale o indiretto)<sup>107</sup>.

## 6.2. Database e 'nomi di dominio'

Un altro caso di dilatazione dell'ambito oggettivo dei diritti di proprietà intellettuale, dalle importanti e problematiche ricadute sul terreno delle opzioni interpretative e delle scelte di politica legislativa in merito al tipo e ai limiti della tutela giuridica da accordare, è quello riguardante le cosiddette 'banche di dati' (*database*).

Invero, il contenuto patrimonialmente rilevante e, quindi, la natura di beni dei dati informativi può dirsi un concetto oramai acquisito, sviluppatosi di riflesso a quello di 'segreto commerciale': per quanto, a differenza di quest'ultimo, il bene protetto, mediante l'esclusiva riconosciuta su dati informativi (*data exclusivity*), non è certo la segretezza, ma il controllo dell'accesso a tali dati da parte del pubblico. Grazie – di nuovo – allo sviluppo delle tecnologie informatiche, questi beni hanno assunto rilievo sempre maggiore, nella specie di compilazioni o raccolte digitalizzate di informazioni (banche di dati, *database*)<sup>108</sup>, per dar vita alle quali conta molto spesso, assai più di qualunque attività creativa (originalità), l'investimento e connesso sforzo produttivo destinato al reperimento e allestimento in modalità elettronica delle informazioni stesse, per renderne disponibile la consultazione in rete (*online database*). Va da sé che, nell'odierna società dell'informazione, tali raccolte costituiscono un'importante risorsa di valore economico-sociale, in termini appunto di reperibilità di dati conoscitivi per finalità produttive e commerciali, oppure di ricerca e divulgazione scientifica<sup>109</sup>. Si da rendere pressante la domanda di tutela dei diritti di esclusiva circa l'utilizzo da parte del pubblico di *database*<sup>110</sup>.

In termini generali e dal punto di vista – ancora una volta – dei beni oggetto di proprietà intellettuale<sup>111</sup>, si osserva che l'esclusiva su dati informativi rappresenta una

<sup>107</sup> *Supra*, § 5; in argomento cfr. E. AREZZO, *La brevettabilità del software*, ecc., cit., specie 29 ss. Senza, poi, dimenticare le prassi di concessione di brevetti per *software* da parte pure dei competenti uffici di Stati membri della Comunità (Unione) Europea, in quanto fenomeno che aveva indotto la Commissione europea a proporre l'adozione di un atto normativo in materia: proposta dettata, oltre che da esigenze di competitività sul piano internazionale, per finalità appunto di armonizzazione giuridica, a fronte di tali prassi; ma che, come già detto (*supra*, a nota 77), non ha trovato il necessario consenso.

<sup>108</sup> Secondo una definizione normativa: «per 'banca di dati' si intende una raccolta di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili grazie a mezzi elettronici o in altro modo» (Direttiva 96/9 CE, art. 1, n. 2).

<sup>109</sup> Cfr., ad es., P. DRAHOS, *The Universality*, ecc., cit., n. 1 (testo e nota 4), a proposito dell'importanza assunta dal controllo delle informazioni genetiche nel settore agricolo e dell'industria alimentare, e riferimenti *ivi*.

<sup>110</sup> Per un approccio bensì settoriale (dal punto di vista della tutela di diritto penale), svolto in chiave comparativa, avendo di mira un interesse teorico generale, v., ad es., D. FISCH NIGRI, *Theft of Information and the Concept of Property in the Information Age*, in J.W. HARRIS (ed.), *Property Problems. From Genes to Pension Funds*, London-The Hague-Boston, 1997, 48 ss.

<sup>111</sup> *Supra*, § 4.

nuova forma di tutela, dettata da esigenze di mercato relative alla protezione degli investimenti produttivi implicati, che si traduce però in una distorsione di caratteri (requisiti) salienti della nozione di proprietà intellettuale, nella misura in cui non è richiesto alcun livello di attività inventiva o creativa da parte del soggetto che gode della tutela medesima<sup>112</sup>.

Al riguardo, importa richiamare la normativa comunitaria, di cui alla Direttiva 11 marzo 1996, secondo la quale: «le banche di dati che per la scelta o la disposizione del materiale costituiscono una creazione dell'ingegno propria del loro autore sono tutelate in quanto tali dal diritto d'autore»<sup>113</sup>. Principio ugualmente presente nella normativa internazionale, in sede di Accordo TRIPS (1994)<sup>114</sup>, ripreso dal *WIPO Copyright Treaty* (1996, o Trattato OMPI sul diritto d'autore)<sup>115</sup>, e che pure trova corrispondenza nella normativa statunitense, dove (giusta la definizione legislativa di *compilation*) sono considerate suscettibili di essere oggetto di *copyright* le opere caratterizzate da un'attività di scelta o disposizione di dati, tale da costituire un 'lavoro originale di creazione' («original work of authorship»)<sup>116</sup>.

Senonché, in aggiunta e indipendentemente dal carattere (requisito) della creatività, la Direttiva precitata pure ha introdotto nella normativa europea e, di conseguenza, in quella degli ordinamenti nazionali facenti parte della Comunità (Unione) europea una figura di «diritto sui generis», ivi così denominata e contemplata: «Gli Stati membri attribuiscono al costituente di una banca di dati il diritto di vietare operazioni di estrazione e/o reimpiego della totalità o di una parte sostanziale del contenuto della stessa, valutata in termini qualitativi o quantitativi, qualora il conseguimento, la verifica e la presentazione di tale contenuto attestino un investimento rilevante sotto il profilo qualitativo o quantitativo»<sup>117</sup>.

Si tratta, infatti, di un *unicum* nel panorama internazionale<sup>118</sup>: la cui spiegazione viene esplicitata alla luce di considerazioni che chiaramente ne pongono in evidenza il legame con interessi non solo e tanto di tutela 'proprietaria' del *database* come opera dell'ingegno, quanto piuttosto (come sempre più avviene, del resto, per tutti i beni oggetto di tutela autoriale), di remunerazione dei capitali investiti nella sua costi-

<sup>112</sup> Così, ad es., P. JASZI, *Rights in Basic Information*, cit., 7.

<sup>113</sup> Dir. 1996/9 CE, art. 3, 1 (dove si precisa, n. 2. che: «La tutela delle banche di dati in base al diritto d'autore prevista dalla presente direttiva non si estende al loro contenuto e lascia impregiudicati i diritti esistenti su tale contenuto»). Tale normativa è stata da noi recepita con d.lgs. 6 maggio 1999, n. 169.

<sup>114</sup> Art. 10 (2): «Compilations of data or other material, whether in machine readable or other form, which by reason of the selection or arrangement of their contents constitute intellectual creations shall be protected as such. Such protection, which shall not extend to the data or material itself, shall be without prejudice to any copyright subsisting in the data or material itself».

<sup>115</sup> Art. 5: «Compilations of data or other material, in any form, which by reason of the selection or arrangement of their contents constitute intellectual creations, are protected as such. This protection does not extend to the data or the material itself and is without prejudice to any copyright subsisting in the data or material contained in the compilation».

<sup>116</sup> 17 U.S.C. § 101 (2000). Il cardine in tal senso della tutela, sul presupposto di una assimilazione di tali opere (*database*) al genere delle compilazioni (*compilations*), è costituito dalla originalità-creatività della selezione-raccolta di materiali preesistenti o dati informativi, come a suo tempo stabilito dalla Corte Suprema statunitense nella decisione *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340, 1991.

<sup>117</sup> Dir. 96/9, art. 7, 1.

<sup>118</sup> PH. J. CARDINALE, *Sui Generis Data Base Protection: second thoughts in the European Union and What it Means for the United States*, in *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property*, 2007, 158.

tuzione<sup>119</sup>, a vantaggio della persona «che prende l'iniziativa e si assume il rischio di effettuare gli investimenti», alla quale viene assicurata, mediante l'esclusiva, la possibilità di commercializzare tale prodotto/servizio, impedendo ad altri di farne utilizzo (cioè, di estrarne e/o reimpiegarne in tutto o in parte i contenuti), se non autorizzati<sup>120</sup>.

Con l'occhio rivolto sempre alle innovazioni tecnologiche della *e-revolution* e delle connesse trasformazioni in campo economico (*new economy*), per quanto concerne in particolare il settore del commercio elettronico (*e-commerce*), si può inoltre ricordare il caso dei cosiddetti 'nomi di dominio' (*domain names*), come altra specie ancora di beni 'immateriali' dell'era digitale; anch'essi suscettibili di tutela, sotto la rubrica in particolare della 'proprietà industriale', secondo un orientamento interpretativo – che sembra essere oramai largamente condiviso – consistente nell'ammetterne l'equiparabilità ai marchi commerciali e, in genere, ai segni distintivi di più tradizionale accezione<sup>121</sup>.

### 7. *Problemi applicativi della tutela della proprietà intellettuale: la sfida della tecnologia digitale e la conoscenza come 'bene comune'*

Come ulteriore sviluppo della traccia di discorso fin qui seguita, vale osservare che l'espansione dell'ambito oggettivo della proprietà intellettuale avviene in un contesto, il cosiddetto 'ambiente digitale', tale da accrescere le difficoltà applicative delle relative tutele, con riguardo in particolare ai diritti d'autore, assunti nel loro più tradizionale assetto di diritti derivanti (mediante appropriazione dei relativi benefici economici) dalla produzione e commercializzazione di oggetti 'materiali', in determinati ambiti 'territoriali'. Laddove, per contro, ambedue queste condizioni di applicazione e

<sup>119</sup> Dir. 96/9, considerando (40): «oggetto del diritto "sui generis" è di assicurare la tutela di un investimento effettuato per costituire, verificare o presentare il contenuto di una banca di dati per la durata limitata del diritto; che tale investimento può consistere nell'impegnare mezzi finanziari e/o tempo, lavoro ed energia».

<sup>120</sup> *Ivi*, considerando (41). In questi termini, è appena il caso di precisare, che vari tentativi di introdurre negli USA, per via legislativa, questa figura di diritto *sui generis* sono naufragati sullo scoglio costituito dalla natura di 'creazione intellettuale' dell'opera oggetto di *copyright*, in quanto requisito direttamente riconducibile, secondo la giurisprudenza (caso Feist, cit. *supra*, a nota 116), alla previsione costituzionale di tutela della proprietà intellettuale (*intellectual property clause*): cfr. PH. J. CARDINALE, *Sui Generis Data Base Protection*, ecc., cit., 161 ss.

<sup>121</sup> I *domain names*, ossia gli 'indirizzi', espressi in forma di codici alfanumerici debitamente registrati, ai quali corrisponde una postazione (indirizzo o sito) in internet e che come tali pure valgono ad identificare, per gli utenti della rete, oltre al titolare del sito stesso, i prodotti o servizi che vi siano commercializzati, rappresentano, per il commercio elettronico (*e-business*), l'equivalente dei segni distintivi usati dalle aziende per il commercio tradizionale. Sui problemi di qualificazione ad essi relativi, nel senso soprattutto degli interrogativi riguardanti la possibilità di applicare all'ambiente telematico il «tradizionale strumentario di protezione dell'interesse all'uso esclusivo del marchio», v., da noi, P. SPADA, *Domain names e dominio dei nomi*, cit., 716 ss., nonché G. COMANDÉ, *Problemi di intellectual property e copyright*, in G. Comandé e S. Sica, *Il commercio elettronico. Profili giuridici*, Torino, 2001, 171 ss., con ampi riferimenti bibliografici. Per una analisi al livello internazionale delle problematiche riguardanti la natura e il riconoscimento di tali segni distintivi, nonché la definizione di prassi uniformi relative alle tutele e alle procedure di risoluzione dei conflitti circa l'esclusività del loro uso in rete, v. l'ampio studio, elaborato in sede WIPO, dal titolo, *The Recognition of Rights and the Use of Names in the Internet Domain Name System* (Report of the Second WIPO Internet Domain Name Process, Sept. 3, 2001), consultabile all'indirizzo: <http://www.wipo.int/amc/en/processes/process2/report/html/report.html> (data ult. cons., luglio 2010).

tutela dei diritti medesimi appaiono sgretolarsi sotto l'impatto delle tecnologie informatiche<sup>122</sup>.

Il riferimento è, ovviamente, al *web*: a quel mondo in formato elettronico (de-materializzato), quasi un doppiante del mondo reale, che vi si avvolge intorno e sempre più vi si sovrappone per assorbirlo in sé, nella rete di interconnessioni e comunicazioni digitali (*internet*), dove una massa di prodotti e servizi informatici e telematici si sviluppa su scala globale, con evidenti problemi relativi alla disciplina (circa la titolarità, la tutela e le responsabilità connesse con lo scambio di) tali prodotti e servizi, così offerti nell'ambito di uno 'spazio' artificialmente costruito (ciberspazio), che si pone al di là e al di fuori della sfera, a base territoriale (fisica), di sovranità dei singoli Stati, con le loro leggi e giurisdizioni ancorate a un mondo di cose reali.

Di qui l'emergere di difficoltà sul piano interpretativo e di politica legislativa essenzialmente determinate da un cambio di paradigma socio-culturale, che vede il mondo 'di una volta' trasformarsi, da una dimensione materiale di staticità-territorialità, in una immateriale (o, se si preferisce, de-materializzata) di mobilità-globalità di oggetti solo elettronicamente esistenti allo stato di 'processo', cioè di entità fluide, suscettibili di continua mutazione<sup>123</sup>. Difficoltà sintetizzabili, dunque, nell'interrogativo: se, nel mondo globale (svincolato sempre più da riferimenti territoriali) e virtuale (rispetto a beni scissi da un supporto materiale), possano applicarsi categorie e regole nate e pensate per un mondo fatto, invece, di materia.

Come già sappiamo, una risposta di segno positivo è quella che viene sollecitata – anzi, dettata – dall'azione di enti e organizzazioni internazionali, mediante la diffusione di prassi e l'elaborazione di trattati, accordi e altri testi di rilievo normativo. In questa prospettiva, che rispecchia la tendenza da tempo in atto verso una crescente armonizzazione-uniformazione e, però, estensione al livello internazionale della disciplina e della portata dei diritti di proprietà intellettuale, oltre al già citato *TRIPs Agreement* del 1994, meritano di essere richiamati i già menzionati trattati del 1996, conclusi per iniziativa OMPI, in materia – rispettivamente – di diritto d'autore e di interpretazioni, esecuzioni e riproduzioni fonografiche: i quali sono appunto intervenuti per aggiornare la protezione internazionale del diritto d'autore e dei diritti connessi, specificamente nel settore del digitale (cosiddetta *digital agenda*), al fine di perfezionare e rafforzare i mezzi per combattere le violazioni di tali diritti in ambiente digitale (la cd. 'pirateria informatica').

Al livello nazionale si devono poi segnalare gli interventi legislativi di attuazione degli stessi accordi internazionali.

In particolare, va fatta qui menzione della legge statunitense sul *copyright* digitale, dal titolo altisonante di *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA), del 1998, caratterizzata da uno spiccato regime sanzionatorio, di carattere penale, per adeguare la tu-

<sup>122</sup> Per un approccio al tema cfr., J. LITMAN, *Digital Copyright: Protecting Intellectual Property on the Internet* (2000), paperback ed. Amherst, N.Y. 2006; da noi, G. PASCUZZI, *Il diritto nell'era digitale*, Bologna, 2010, cap. VIII.

<sup>123</sup> Sull'idea di 'processo' come chiave interpretativa della cd. 'rivoluzione digitale' cfr. M.J. RADIN, *Proprietà e ciberspazio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 93, dove si osserva che: «un testo elettronico è un processo, con il carattere della fluidità. Il mutamento dalla staticità alla fluidità appare denso di implicazioni per la proprietà intellettuale. La ragione è che il nostro concetto di proprietà è profondamente radicato in quello di oggetto statico. La proprietà insiste su di una cosa che rimane quella che è, e non su un processo in continua mutazione».

tela del diritto d'autore all'ambiente digitale, insieme contrastando il fenomeno della 'pirateria', ossia della riproduzione e diffusione abusiva di opere immesse nelle reti telematiche. La normativa prevede sanzioni per reprimere la diffusione (produzione e fornitura) di prodotti *software*, dispositivi o servizi informatici, che (anche solo indirettamente o potenzialmente) siano in grado di eludere le misure tecnologiche di protezione (codici, chiavi di accesso, sistemi di crittazione-decrittazione, ecc.) delle opere disponibili in ambiente digitale, consentendone così l'accesso non autorizzato o la loro riproduzione non autorizzata, in violazione dei diritti di proprietà intellettuale su di esse. Si tratta, com'è evidente, di una significativa quanto assai criticata e criticabile estensione del raggio d'azione della tutela di tali diritti: la cui portata – comprensiva pure della protezione delle misure tecnologiche dirette a impedirne o limitarne le violazioni nel contesto digitale (*digital rights management*) – viene ad essere così ampliata fino a invadere ('criminalizzare') le attività scientifiche (di ricerca pura) nel campo degli studi di crittografia, per il progresso delle tecniche di crittazione-decrittazione; oltre a rendere, al livello di utilizzatori (singoli, associazioni o enti senza scopo di lucro) della rete, precario il confine tra casi di 'accesso' (illecito) e casi di 'copia' (lecita) per uso personale o comunque senza fini di sfruttamento di opere digitali<sup>124</sup>.

In questo quadro di ampliamento delle tutele dei diritti di proprietà intellettuale sulle opere digitali (e relative misure tecnologiche di restrizione di atti non autorizzati di utilizzo delle stesse), un ruolo molto attivo – anzi, da taluno criticamente additato persino come troppo attivo – è stato assunto dall'Unione (già Comunità) europea, per iniziativa soprattutto della Commissione europea. Ciò con intenti apertamente dichiarati di accrescimento dei livelli di competitività del 'sistema Europa' nel mercato globale, orientati a tutelare gli investimenti produttivi del settore informatico, attraverso l'adozione di una serie di misure di armonizzazione: tra cui la Direttiva sulla protezione dei programmi per elaboratore (del 1991) e la Direttiva sulla protezione dei *database* (del 1996), in precedenza citate. Mentre una particolare menzione merita, altresì, la Direttiva sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, con cui l'Unione europea, a sua volta firmataria – è il caso di precisare – degli accordi OMPI/WIPO sopra citati, è intervenuta, nel 2001, per dare attuazione a tali accordi, stabilendo un quadro comune di regole e principi per adeguare la disciplina in materia allo sviluppo delle tecnologie informatiche.

Dal punto di vista in esame, i passaggi salienti di questa Direttiva, che ne delineano la filosofia di fondo, possono riassumersi nei seguenti, tratti da alcuni dei motivi a base della stessa. La questione della tutelabilità del diritto d'autore e dei diritti connessi nei casi in cui la comunicazione al pubblico di opere così protette avviene per via elettronica (nel ciberspazio) è vista in termini analoghi a quella dei casi in genere di atti coi quali opere protette sono – mediante trasmissione o ritrasmissione su filo o senza filo – messe «a disposizione del pubblico non presente nel luogo in cui hanno origine tali atti»: per intendere che, se è vero che «lo sviluppo tecnologico ha moltiplicato e diversificato i vettori della creazione, della produzione e dello sfruttamento

<sup>124</sup> Secondo la distinzione tra misure tecnologiche che prevengono l'accesso non autorizzato e misure che prevengono la copia (con riferimento, in senso ampio, alle varie modalità di utilizzazione dell'opera), il DMCA sanziona senz'altro la violazione delle prime, ma non delle seconde, in ragione del principio dell'uso ragionevole (*fair use*), e sul presupposto, naturalmente, che ne ricorrano le condizioni.

delle opere dell'ingegno», tuttavia «non sono necessari nuovi concetti in materia di protezione della proprietà intellettuale»; essendo invece necessario – in nome del «buon funzionamento del mercato interno» – ovviare «all'incertezza giuridica relativa alla natura e al grado di protezione degli atti di trasmissione su richiesta, su rete, di opere protette [...] prevedendo una protezione armonizzata a livello comunitario». Sul presupposto, quindi, che i titolari di diritti di esclusiva su opere dell'ingegno possono rendere accessibili al pubblico tali opere in forma digitale, ossia «mediante trasmissioni interattive su richiesta (*on-demand*) [...] caratterizzate dal fatto che i componenti del pubblico possono accedervi dal luogo e nel momento da essi individualmente scelto», ne consegue che, diversamente dal caso di comunicazione al pubblico mediante supporti (quali *compact disc* e simili), in cui «la proprietà intellettuale è incorporata in un supporto materiale, cioè in un bene, ogni servizio 'on-line' è di fatto un atto che dovrà essere sottoposto ad autorizzazione»; sì da richiedere, a garanzia del diritto d'autore e diritti connessi, la protezione delle misure tecnologiche dirette a impedire o limitare, in mancanza della dovuta autorizzazione, l'accesso alle opere protette (rese disponibili al pubblico in forma di *file* di testo, audio e immagini). Di qui, l'ulteriore e connessa esigenza di contrastare le «attività illegali intese a rendere possibile o a facilitare l'elusione della protezione tecnica offerta da tali misure»; risultando, a tal fine, di nuovo necessario «prevedere una protezione giuridica armonizzata contro l'elusione», onde «evitare soluzioni legislative frammentarie che potrebbero ostacolare il funzionamento del mercato interno». Infine, il paradigma del 'buon funzionamento del mercato' torna ancora ad affacciarsi, in maniera opinabile, riguardo al problema del «giusto equilibrio» tra interessi in gioco: quelli – rispettivamente – delle varie categorie di titolari di diritti esclusivi e degli utenti dei materiali protetti (disponibili in rete); in risposta al quale, stante che le eccezioni e limitazioni in generale disposte dalle singole legislazioni nazionali alla tutela del diritto d'autore e diritti connessi differiscono e che tali differenze hanno un'incidenza negativa sul mercato interno, tanto più nella prospettiva dello sviluppo crescente delle attività transfrontaliere di utilizzazione di opere protette, se ne conclude che tali eccezioni e limitazioni non solo «devono essere riesaminate alla luce del nuovo ambiente elettronico», ma che esse «dovrebbero essere definite in modo più uniforme», nel senso che «il grado di armonizzazione di dette eccezioni dovrebbe dipendere dal loro impatto sul corretto funzionamento del mercato interno»<sup>125</sup>.

Esemplare di questa tendenza verso l'accentuazione degli aspetti legati alla 'comercializzazione' (*commodification*) e, quindi, all'appropriazione – in forma di diritti di esclusiva sullo sfruttamento – dei contenuti ideativi/informativi immessi nella rete digitale interattiva, è la posizione della Camera Internazionale di Commercio, la quale, in un suo documento del 1998, dedicato a un'indagine conoscitiva in tema di commercio elettronico, ha riconosciuto l'esistenza oramai di una sorta di emergente *lex mercatoria* del cibernazio, per assonanza denominata *lex cybertoria*, costituita appunto dall'insieme di norme sul commercio internazionale per via elettronica: esprimendo, al riguardo, l'avviso che «nel cibernazio *tutti i beni sono intangibili* e possono essere classificati come [oggetti di] *proprietà intellettuale*»<sup>126</sup>.

<sup>125</sup> Direttiva 2001/29, *considerando* n. 5, 7, 23-25, 29, 31 e 47.

<sup>126</sup> Il brano, tratto dal citato documento intitolato *E-commerce Roles, Rules and Responsibilities: A Roadmap*, si trova così riportato da P. DRAHOS, *The Universality*, ecc., cit., n. 2 (corsivo aggiunto).

8. *Cenni finali: il 'libero accesso' (open access) alla conoscenza come 'bene comune' in alternativa alla 'proprietà intellettuale'*

In chiusura e a complemento dell'esposizione che precede, incentrata sulle problematiche riguardanti il fenomeno dell'espansione della proprietà intellettuale nel mondo contemporaneo, per quanto concerne sia la standardizzazione – al livello internazionale, europeo e dei singoli ordinamenti nazionali – della sua disciplina, sia la dilatazione (e alterazione concettuale) del suo più tradizionale ambito di applicazione (dal punto di vista, cioè, dei nuovi 'beni' che ne formano oggetto), conviene svolgere alcune considerazioni che riprendono i cenni iniziali fatti a proposito di tendenze e iniziative rivolte, invece, a controbilanciare e contrastare tale fenomeno.

Invero, lo stesso sviluppo tecnologico che ha reso estremamente agevole – così nelle modalità (assai versatili), come nei costi (assai modesti) – la diffusione e riproduzione (in un numero indefinito di esemplari, esattamente identici all'originale) di materiali a contenuto ideativo o informativo (testi, suoni, immagini) in qualunque parte del mondo e per una moltitudine di soggetti contemporaneamente<sup>127</sup>, al pari delle rilevanti acquisizioni tecnico-scientifiche in particolare nel campo della microbiologia e dell'ingegneria genetica, mentre hanno dato luogo, per un verso, a difficoltà e contraddizioni circa la tutela autoriale dei prodotti/servizi disponibili nel ciberspazio e quella brevettuale di organismi viventi, pure rappresentano, per altro verso, una grande risorsa e, insieme, un'opportunità di progresso sociale e culturale.

Con ciò a dire che, sul piano giuridico, una estrema facilità di riproduzione e circolazione dei prodotti immessi nello spazio di *internet* (in particolare nel *web*), così come il conseguimento di risultati d'avanguardia, ad esempio, in campo bio-medico, farmaceutico o agro-alimentare per quanto riguarda brevetti bio-tech su organismi geneticamente modificati, anziché costituire un problema, riguardato solo in termini di logica proprietaria (tutela dei diritti di esclusiva), si pone anche come sfida per un ripensamento circa limiti e alternative alla stessa 'proprietà intellettuale'.

In tal senso, il punto di criticità che vale sottolineare, sul piano sia giuridico che socio-culturale, è rappresentato dal contrasto – ma anche dalla possibilità, anzi, dalla necessità di mediazione – tra l'interesse privato a sviluppare la tutela proprietaria, e connesso carattere di esclusività dei diritti relativi a contenuti creativi o inventivi (ideativi), nel contesto delle nuove tecnologie incardinate sul paradigma (a base della società e dell'economia) dell'informazione, da un lato, e, dall'altro, l'interesse pubblico a sviluppare la tutela del patrimonio comune delle conoscenze, e connesso carattere di accessibilità delle idee, che di tutte le cose del mondo sono quelle meno suscettibili di esclusiva proprietà, per dirla alla maniera di Thomas Jefferson, in quanto, dal momento che vengono divulgate, esse sono (possono essere) da tutti possedute<sup>128</sup>. Ciò che risulta tanto più vero, oggi, nel contesto, appunto, di una società che, proprio attraverso le nuove tecnologie, sembra favorire l'ideale di una (più) libera circolazione delle idee, al livello globale.

Molto sinteticamente, sono ravvisabili due contrastanti esigenze e relative tendenze.

Una, all'insegna della vocazione dettata dall'interesse privato o, più propriamente capitalistico (e speculativo) a fare della 'proprietà intellettuale' una forma di 'proprietà

<sup>127</sup> Cfr., ad es., N. NEGROPONTE, *Essere digitali*, cit., 55.

<sup>128</sup> *Supra*, § 4, testo e nota 55.

globale'. Essa consiste nell'esigenza di adeguare e ampliare la disciplina e la portata dei diritti di esclusiva, a fronte dello sviluppo delle nuove tecnologie, traducendosi nella tendenza, attuata da autorità e organizzazioni nazionali e internazionali (inclusa la stessa Unione Europea), sotto la spinta delle istanze lobbiste rappresentative degli interessi del mercato, a rafforzare e aumentare le misure protettive in materia.

L'altra, all'insegna della vocazione dettata dall'interesse pubblico a fare della conoscenza un 'bene comune' da diffondere e condividere come tale. Essa consiste nell'esigenza di favorire l'accesso aperto (libero) ai contenuti ideativi, a fronte soprattutto dello sviluppo delle tecnologie digitali (che hanno rivoluzionato, attraverso la rete di interconnessioni telematiche, condizioni e mezzi tradizionali di distribuzione dei prodotti intellettuali), traducendosi nella tendenza a promuovere obiettivi (almeno di ordine ideale) e realizzare strumenti (almeno in termini di prassi, ad esempio contrattuali) all'insegna di una maggiore libertà di accesso riguardo a tali prodotti, in particolar modo quelli scientifici e, in genere, costitutivi di un sapere avente carattere di patrimonio comune di conoscenze.

Questa tendenza 'alternativa' ha preso corpo in un vasto fronte di gruppi e movimenti d'opinione, filoni di pensiero e di letteratura, dove si manifestano ragioni e prese di posizione, a sfondo etico-politico-sociale e, non per ultimo, economico, di critica – se non di condanna – della logica proprietaria a base dei diritti di esclusiva (in specie del diritto d'autore o *copyright*), in termini sia assoluti (ovvero di principio), sia relativi all'applicazione di tale logica alle più specifiche problematiche di disciplina dei contenuti in ambiente digitale<sup>129</sup>.

A quest'ultimo proposito, in relazione alla nuova frontiera rappresentata dalla dilatazione al livello planetario dello spazio di diffusione di prodotti e servizi *online*, è stata invocata l'idea secondo cui questo spazio e l'accesso a questi beni (informatici), quasi come una sorta di *res communes* di nuova concezione, potrebbero essere meglio disciplinati in virtù di un regime di autonomia, ossia affidato agli stessi utilizzatori della rete (*net*), mediante regole di comportamento auto-imposte a mo' di 'etica della rete' (o *netiquette*).

Senza entrare in dettagli di sorta, si possono semplicemente menzionare alcuni esempi di prassi o movimenti che si ispirano a tale idea: come il movimento del cosiddetto 'software libero', o *free software*, inteso come *software* che nasce per essere utilizzato liberamente, rendendone disponibile il codice sorgente, di modo che possa essere copiato, modificato (o utilizzato in parte in altri programmi) e ridistribuito, in forma gratuita o anche a pagamento, ma sempre alla condizione di sottrarlo al *copy-*

<sup>129</sup> Il fronte degli 'oppositori', per così dire, della proprietà intellettuale e, comunque, di coloro che esprimono posizioni di critica nei confronti della deriva protezionistica in materia, si registrano tra le voci più note quelle di: J. BOYLE, con il suo *Shamans, Software & Spleens*, cit. (*supra*, nt. 47), cui *adde*, in particolare, Id., *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, in *Law & Contemp. Probs.* 2003, 33 ss.; L. LESSIG, *Code and the Commons. Draft 2* (1999), consultabile all'indirizzo <http://cyber.law.harvard.edu/works/lessig/fordham.pdf>; Id., *The Future of Ideas. The Fate of the Commons in a Connected World*, New York, 2001 (anche in ed. it., *Il futuro delle idee*, Milano, 2006); E. OSTROM, autrice tra le più prolifiche in materia, di cui v. in particolare *Private and Common Property Rights*, in BOUCKAERT, BOUDEWIJN and DE GEEST, GERRIT (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, cit. (*supra*, nt. 45), 332 ss., cui *adde* il volume collettaneo a cura di C. HESS e E. OSTROM, *Understanding Knowledge as a Commons*, MIT Press, 2007 (anche in ed. it. *La conoscenza come bene comune. Dalla teorica alla pratica*, Milano, 2009. ed ivi ampia bibliografia ragionata); R.M. STALLMAN, *The Free Universal Encyclopedia and Learning Resource*, in C. WERRY e M. MOBAY (eds.), *Online Communities: Commerce, Community Action and the Virtual University*, Upper Saddle River, N.J., 2001.

*right*: movimento che ha trovato espressione nelle cosiddette *creative commons*<sup>130</sup>, licenze d'uso basate sul principio (opposto al *copyright*) del cosiddetto *copyleft*, ovvero di 'libertà di copia', sebbene con diversi gradi di utilizzo libero (di cui uno dei primi e maggiori esempi è GNU<sup>131</sup>). Sono inoltre da ricordare le prassi di scambio/condivisione di conoscenze ed esperienze in ambiente digitale per creare ulteriore conoscenza (con l'esempio, oramai classico, di *Wikipedia*); a cui altre prassi si affiancano, lungo una linea incerta quanto sottile di confine tra liceità-illiceità di condotte (il *file sharing*) divenute, tuttavia, assai diffuse di duplicazione e condivisione contenuti (testi, suoni, immagini) distribuiti nel *web*.

Avuto, poi, riguardo alla massa incontrollata e incontrollabile di contenuti presenti in rete, vale precisare che l'idea di una 'etica della rete' è stata invocata pure in un altro senso: per ribadire la centralità dei valori della persona umana e, quindi, l'esigenza di un uso responsabile e consapevole dei mezzi informatici, contro i pericoli insiti in una tecnologia che privilegia la quantità, quasi infinita, la velocità e continuità dei flussi di informazioni (notizie, immagini), «molte delle quali durano solo un attimo», che possono attingersi da *internet*, dando così vita a «una cultura che si nutre dell'effimero», dove cessa o si attenua «lo stimolo a un pensiero e a una riflessione più profondi», per cui la dignità degli esseri umani risulta minacciata e offesa non solo dai «modi degradanti e dannosi di utilizzare Internet», ma più in generale da un uso contrastante con il «bisogno vitale di tempo e di tranquillità interiore», da parte degli esseri umani, «per acquisire gradualmente un maturo dominio di sé e del mondo che li circonda»<sup>132</sup>.

Ad ogni buon conto, ciò che importa osservare è che sul fronte delle opinioni intese a contrastare l'applicazione delle regole e tutele proprietarie nel cberspazio, tali opinioni si trovano espresse per lo più in termini di *no-copy*, ovvero di pura e semplice negazione e abolizione dell'idea di proprietà intellettuale, in nome dell'affermazione di un generico diritto di 'libertà di copia' (*copyleft*).

Tale posizione si fonda, in particolare, sul presupposto che il modello tradizionale di tutela proprietaria delle creazioni intellettuali, così come sviluppatosi nel mondo 'fisico', perde o, meglio, perderebbe di significato, allorquando l'opera stessa perde di fisicità; nel senso di non esser più incorporata in un supporto materiale, per assumere invece carattere 'virtuale' (di *bit*) nell'ambiente digitale della rete: «luogo dell'immaterialità per eccellenza, dove l'informazione non è altro che una serie di numeri, ricopiati continuamente alla velocità della luce in supporti come hard disk e schede di memo-

<sup>130</sup> L. LESSIG, *The Creative Commons*, in *Florida Law Rev.*, 2003, 763 ss.

<sup>131</sup> «The GNU General Public License is a free, copyleft license for software and other kinds of works»: definizione reperibile sul sito ufficiale di questo movimento <http://www.gnu.org/licenses/gpl.html>; e v. R.M. STALLMAN (ideatore di questo tipo di licenza), *The GNU Operating System and the Free Software Movement*, in C. DI BONA, S. OCKMAN e M. STONE (eds.), *Open Sources. Voices from the Open Source Revolution*, Sebastopol (Cal.), 1999.

<sup>132</sup> G. CORASANITI, *Diritti nella rete. Valori umani, regole, interazione tecnologica globale*, Milano, 2006, 163-164, con riferimento al messaggio di Giovanni Paolo II, intitolato *Internet: un nuovo Forum per proclamare il Vangelo* (del 12 maggio 2002, in occasione della 36 giornata mondiale delle comunicazioni sociali, documento), insieme con altri documenti, dove l'idea di rete come «nuova frontiera» del mondo globale vi si trova espressa, da un lato, con preoccupazione riguardo ai rischi di questa come di ogni nuova tecnologia in altre epoche della storia dell'umanità; ma, dall'altro, anche con una propensione a coglierne, piuttosto, le 'promesse', insieme con le sfide, in una visione prospettica «non priva di quel senso di avventura che ha caratterizzato altri grandi periodi di cambiamento».

ria ram sparsi spesso in tutto il mondo, al punto che non è né facile né realmente significativo individuarne l'esatta posizione per vietarne la duplicazione»<sup>133</sup>.

Ciò che si scontra, però, sul versante degli interessi in gioco, con la concezione secondo cui anche le più artificiali e sofisticate tecnologie, per quanto in grado di travalicare i convenzionali riferimenti materiali e territoriali che presiedono tradizionalmente all'applicazione delle leggi, fanno ugualmente parte del mondo reale delle relazioni tra soggetti, dove esse producono effetti e danno luogo a situazioni di rilievo sia personale che patrimoniale, suscettibili di formare oggetto di regole e tutele in particolare di tipo proprietario, corredate da sanzioni civili e penali<sup>134</sup>.

Un terreno più acconco di confronto – tra opinioni in favore della libertà di copia e quelle più tradizionali in difesa dell'esclusività – sembra ravvisabile sul piano politico-economico, oltre che giuridico, con riguardo piuttosto all'esigenza di bilanciamento – che rappresenta, oltretutto, una costante del discorso proprietario in generale – tra interessi privati e della collettività.

La problematica così evocata rispecchia, per un verso, la tensione dialettica che accompagna e circonda le forme di appartenenza privata, quali che ne siano i relativi beni (materiali o immateriali), a fronte di forme di comunanza o condivisione, ovvero di appartenenza collettiva. Per altro verso, essa sollecita, al di là di ricorrenti (tanto ingenua, a volte, quanto pericolose) tentazioni utopistiche, un impegno in chiave di adeguamento-rinnovamento di tradizionali schemi concettuali e normativi, verso soluzioni di tipo 'aperto', cioè capaci di garantire, a vantaggio del pubblico di utenti della rete, la libera circolazione e diffusione di idee e informazioni in funzione dello stesso progresso scientifico-culturale.

Si può menzionare, come significativo esempio di tendenza verso la creazione, attraverso la rete, di uno spazio di libera condivisione del sapere, all'interno di un movimento d'opinione promosso e sostenuto al livello internazionale dall'azione di istanze rappresentative della società civile nei vari ambiti nazionali, locali e settoriali interessati, l'iniziativa sfociata nella cosiddetta *Dichiarazione di Berlino* del 2003 sull'accesso aperto (*open access*) alla conoscenza nelle discipline scientifiche e umanistiche (che ha visto, da noi, l'adesione della maggior parte degli atenei, ufficialmente sottoscritta a Messina l'anno seguente). Tra gli obiettivi spicca quello del sostegno a «nuove possibilità di disseminazione della conoscenza, non solo attraverso le modalità tradizionali ma anche e sempre più attraverso il paradigma dell'accesso aperto via Internet». Ciò, si legge ancora nella stessa Dichiarazione, attraverso «l'impegno attivo di ogni e ciascun produttore individuale di conoscenza scientifica e di ciascun depositario del patrimonio culturale», di mettere a disposizione della comunità scientifica «contributi ad accesso aperto» (pubblicazioni originali, dati grezzi, grafici e materiali multimediali in genere). Un 'contributo ad accesso aperto' è così definito, quando: *a*) i soggetti autori o comunque detentori dei relativi diritti «garantiscono a tutti gli uti-

<sup>133</sup> Per questa sintetica quanto suggestiva rappresentazione del web v. G. PIRÒ, *La Pirateria e il valore della Conoscenza*, consultabile all'indirizzo [www.camminandoscalzi.it/wordpress/la-pirateria-e-il-valore-della-conoscenza.html](http://www.camminandoscalzi.it/wordpress/la-pirateria-e-il-valore-della-conoscenza.html) (data ult. cons., luglio 2010).

<sup>134</sup> Cfr., ad es., il rapporto stilato, nel 1995, dal *Working Group on Intellectual Property Rights* per conto della *Information Infrastructure Task Force* (IITF) all'epoca costituita presso la Casa Bianca, e intitolato *Intellectual Property and the National Information Infrastructure*, consultabile (nella sua versione definitiva del settembre 1995) all'indirizzo [www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii](http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii), 16 del documento (data ult. cons., luglio 2010).

lizzatori il diritto di accesso gratuito, irrevocabile e universale e l'autorizzazione a riprodurlo, utilizzarlo, distribuirlo, trasmetterlo e mostrarlo pubblicamente e a produrre e distribuire lavoro da esso derivati in ogni formato digitale per ogni scopo responsabile, soggetto all'attribuzione autentica della paternità intellettuale [...] nonché il diritto di riprodurne una quantità limitata di copie stampate per il proprio uso personale»; *b*) «una versione del contributo e di tutti i materiali che lo corredano, inclusa una copia dell'autorizzazione come sopra indicato, in un formato elettronico secondo uno standard appropriato, è depositata (e dunque pubblicata) in almeno un archivio in linea che impieghi standard tecnici adeguati (come le definizioni degli *Open Archives*) e che sia supportato e mantenuto da un'istituzione accademica, una società scientifica, un'agenzia governativa o ogni altra organizzazione riconosciuta che persegua gli obiettivi dell'accesso aperto, della distribuzione illimitata, dell'interoperabilità e dell'archiviazione a lungo termine»<sup>135</sup>.

Tra altre iniziative similari, animate cioè da un medesimo spirito di 'accesso aperto' (*open access*) ai contenuti disponibili in rete, può essere qui segnalata quella della *Public Library of Science* (banca dati in campo biologico, medico e genetico)<sup>136</sup>.

In un'epoca, com'è stato detto, che appare ossessionata dalla proprietà (*property obsessed era*)<sup>137</sup>, il ruolo cui sono chiamate, sul terreno della proprietà intellettuale, le istituzioni culturali (quelle universitarie in particolare) può, quindi, assumere un importante rilievo di fattore capace di operare a favore della elaborazione e promozione di progetti e strumenti, nonché di prassi comportamentali, che hanno di mira l'obiettivo della condivisione, almeno in campo scientifico, delle conoscenze come bene comune, da coltivare e sviluppare al riparo da invasive tutele proprietarie.

Oltre a ciò, sono da menzionare le iniziative assunte, ad esempio, in sede OMPI/WIPO, di studio e proposta per un collegamento tematico e bilanciamento normativo tra tutele proprietarie delle creazioni intellettuali e diritti umani<sup>138</sup>, risultanti nell'adozione di una serie di raccomandazioni per una più equilibrata disciplina in materia, a fronte delle esigenze dello sviluppo (la cosiddetta *WIPO Development Agenda*)<sup>139</sup>; nonché, sul fronte della società civile, l'iniziativa – promossa, nel 2004, da un centinaio di organizzazioni non governative, scienziati, accademici e altre personalità – di sollecitazione e sensibilizzazione della stessa organizzazione verso le problematiche di costo sociale delle scelte normative in tema estensione e rafforzamento dei diritti di proprietà intellettuale, appunto sfociata nell'adozione delle raccomanda-

<sup>135</sup> Dichiarazione di Berlino, trad. di S. Mornati e P. Gargiulo, consultabile all'indirizzo [www.aepic.it/docs/OA/dichiarazione\\_it.html](http://www.aepic.it/docs/OA/dichiarazione_it.html) (data ult. cons., luglio 2010).

<sup>136</sup> Notizie consultabili sul sito [www.plos.org](http://www.plos.org).

<sup>137</sup> «We live in a property obsessed era – a time when we've come to believe that all progress, at root, comes from its alignment with property»: L. LESSIG, *Code and the Commons (Draft 2)*, cit., 2.

<sup>138</sup> Si veda il *Policy Brief on Intellectual Property, Development and Human Rights: How Human Rights Can Support Proposals for a World Property Intellectual Organization (WIPO) Development Agenda*, Policy Brief 2, February 2006, dedicato ai problemi d'impatto nel mondo di oggi dominato dalla tecnologia dei diritti di proprietà intellettuale sui paesi emergenti per quanto concerne politiche di sviluppo, diritti fondamentali della persona e altri interessi e obiettivi di rilievo pubblico.

<sup>139</sup> Si veda la risoluzione dell'Assemblea generale dell'OMPI/WIPO (2007), contenente un elenco di 45 raccomandazioni di indirizzo dell'attività della stessa organizzazione, dove spicca in particolare la serie di raccomandazioni (24-32) relative a *Technology Transfer, Information and Communication Technologies (ICT) and Access to Knowledge*: testo consultabile all'indirizzo [www.wipo.int/ip-development/en/agenda/recommendations.html](http://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/recommendations.html) (data ult. cons., luglio 2010).

zioni suddette<sup>140</sup>. E ancora, le iniziative promosse dall'*Internet Governance Forum* (IGF)<sup>141</sup>.

In definitiva, per le stesse ragioni per cui la tendenza espansionistica e, insieme, protezionistica della proprietà intellettuale, soprattutto negli ultimi decenni, ha potuto avere dalla sua il sostegno a livello internazionale di un quadro istituzionale e normativo che ha contribuito a favorire questa tendenza<sup>142</sup>, la tendenza 'alternativa' (se non opposta), all'insegna della limitazione-riduzione dell'ambito applicativo e delle tutele della proprietà intellettuale o, comunque, di un maggiore e migliore bilanciamento tra interessi privati, da un lato, e di cura del pubblico dominio delle idee, dall'altro, non può mancare essa stessa di assumere rilievo al livello 'globale', attraverso l'azione delle organizzazioni internazionali competenti<sup>143</sup>, e più in generale di movimenti d'opinione attivi al medesimo livello, capaci di convogliare l'attenzione sulle questioni e risposte possibili riguardanti un assetto più equo della disciplina dei diritti e delle tutele in materia di proprietà intellettuale.

---

<sup>140</sup> Si tratta della *dichiarazione di Ginevra sul futuro dell'organizzazione mondiale per la proprietà intellettuale*.

<sup>141</sup> Si tratta di organismo istituito nel 2006, per volontà dell'allora Segretario Generale dell'ONU, a seguito di una raccomandazione in tal senso del "Summit Mondiale sulla Società dell'Informazione" (WSIS), svoltosi a Tunisi nel 2005, e promosso dalla stessa ONU. Per notizie ulteriori riguardo alle attività dell'IGF si rinvia al sito [www.intgovforum.org](http://www.intgovforum.org).

<sup>142</sup> *Supra*, § 2.

<sup>143</sup> Cfr., ad es., F. GURRY, *Intellectual property, knowledge policy and globalization*, cit., specie 46 ss.

