

III ALTRI STUDI

MARIO LIBERTINI

Tutela e promozione delle creazioni intellettuali e limiti funzionali della proprietà intellettuale (*)

SOMMARIO: 1. La tutela e la promozione delle creazioni intellettuali nelle diverse fasi storiche. – 1.1. La creazione intellettuale come bene comune. – 1.2. Il monopolio temporaneo (“privativa”) come premio-incentivo per la creatività individuale e per l’avvio di nuove produzioni. – 1.3. La privativa da privilegio sovrano a “normale” diritto di proprietà individuale sui frutti del proprio lavoro. – 1.4. I diritti di proprietà intellettuale come strumenti di sostegno dell’investimento imprenditoriale e come capitolo del diritto dell’impresa. – 1.5. L’innovazione come processo collettivo: il ruolo indispensabile e complementare dell’investimento imprenditoriale e della domanda pubblica. – 2. Eterogeneità e contraddittorietà degli “ancoraggi apicali” della proprietà intellettuale, stratificatisi nel tempo. Opportunità di un riesame che prescindia da assunti giusnaturalistici. Insufficienza dei risultati raggiunti, in materia, dall’analisi economica del diritto. – 3. Le tesi abolizioniste in materia di proprietà intellettuale: sono inaccettabili in quanto tali, ma spesso denunciano efficacemente fenomeni di overprotection. – 4. I principi costituzionali e la proprietà intellettuale. La protezione della proprietà intellettuale nell’art. 17.2 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea. – 5. Protezione della proprietà intellettuale e tutela della concorrenza. La protezione della p.i. come componente della materia costituzionale “tutela della concorrenza”. – 6. Profili di politica legislativa in materia di DPI, alla luce della concezione funzionalistica accolta. – 6.1. I segni distintivi. – 6.2. I brevetti per invenzione. – 6.3. Le informazioni aziendali riservate. – 6.4. Il diritto d’autore. – 7. Conclusioni.

1. Per affrontare un tema così impegnativo, come quello (espresso nel titolo (1)) che mi è stato affidato per il convegno 2013 di A.I.D.A., credo che sia opportuno – oltre che affidarsi alla benevola comprensione del lettore - muovere da un inquadramento storico del tema (dando al momento per scontato che abbia ancora

(*) Questo scritto ha ricevuto un giudizio positivo di un referee.

(1) In realtà, il titolo della relazione affidatami dal prof. Ubertazzi, organizzatore del convegno annuale pavese di diritto industriale 2013, era “*Funzioni e ancoraggi apicali della proprietà intellettuale*” [con questo titolo una prima versione di questo scritto è stata presentata anche, come *paper*, al convegno annuale (febbraio 2014) dell’associazione “Orizzonti del diritto commerciale”, ed è consultabile sul sito dell’associazione]. Per le ragioni del cambiamento del titolo v. la nota successiva.

un senso parlare, in un contesto unitario, di “proprietà intellettuale” (2) con riferimento ad una materia giuridica che tradizionalmente comprende i segni distintivi e la tutela delle creazioni intellettuali in senso proprio: invenzioni e “opere dell’ingegno”, e figure affini). Un inquadramento storico volto a tentare di mettere in evidenza non solo, e non tanto, l’evolversi delle norme e delle istituzioni che si sono storicamente formate intorno al fenomeno della “creazione intellettuale”, quanto piuttosto le idee fondamentali che si sono stratificate intorno ad esso e che, come spesso accade nei fatti sociali e culturali, spesso coesistono nell’attualità in modo non coerente, senza che si abbia chiara consapevolezza di tale incoerenza.

Credo che, nella storia delle idee “apicali” in materia di creazioni intellettuali (quindi in una prospettiva che comprende la “proprietà intellettuale” [p.i.], ma non si esaurisce in essa) si possano distinguere cinque fasi (3).

1.1. Nella fase più antica (che, peraltro, copre secoli di civiltà) la conoscenza (la “cultura”) è vista come un bene comune (e spesso anche come un dono divino). Non solo i prodotti culturali, ma lo stesso insegnamento era considerato, nell’antichità, un’arte destinata a svolgersi fuori mercato, anche se, già nella civiltà greca, le polemiche contro i sofisti ci mostrano una realtà sociale in cui si ammetteva largamente che potesse essere pagato l’insegnamento (4); fatto divenuto normale, secoli dopo, con l’avvento delle università medievali. E’ stato poi, da tempo memorabile, ceduto a titolo oneroso anche il prodotto dell’artista figurativo (che è stato sempre un po’ anche “artigiano”). Tuttavia, per secoli non si concepiva neanche l’idea della possibilità di un diritto esclusivo sulle idee e sulle creazioni intellettuali intese nella loro portata conoscitiva e ideativa (i.e. sul prodotto culturale come oggi è inteso).

In sostanza, l’idea che il prodotto culturale, per quanto frutto dell’illuminazione di ingegni eletti, sia bene comune (i.e. naturalmente messo a disposizione di tutti), ha fatto sì che l’attività culturale fosse per secoli finanziata e sostenuta dal mecenatismo, che poteva essere privato, ma era spesso anche di parte pubblica (così in un’epoca d’oro della storia della cultura, nella Grecia antica (5)). Per esempio, nel

(2) Non sono pochi coloro che ritengono che l’uso del termine generale “proprietà intellettuale”, mosso dall’area linguistica inglese e rafforzatosi con la costituzione, nel 1967, della W.I.P.O., sia fuorviante, perché i problemi presentati da marchi, brevetti e diritto d’autore, sono fra loro molto diversi, ed anche perché il termine “proprietà” ha in sé una carica ideologica, per l’inevitabile analogia che presenta con la proprietà dei beni materiali. V., p.e., M. STALLMANN, *Did You Say “Intellectual Property”? It’s a Seductive Mirage*, in *GNU Operating System* [sito telematico; l’a. è uno dei leader del movimento per il *free software*].

Queste osservazioni mi sembrano abbastanza fondate (come meglio si vedrà dallo sviluppo della trattazione). Da qui il cambiamento di titolo, di cui si parla nella nota precedente.

(3) Una periodizzazione simile, che però distingue solo tre fasi (corrispondenti alla terza, quarta e quinta di quelle elencate nel testo) può leggersi nell’importante saggio di M. RICOLFI, *IP Limitations and Exceptions and Competition: a Normative Assessment*, in *AIDA*, 2013, §5.

(4) V., in proposito, la bella trattazione di G. CAMBIANO, *I filosofi in Grecia e a Roma. Quando pensare era un modo di vivere*, Il Mulino, Bologna, 2013.

(5) V., p.e., i cospicui premi che la città di Atene erogava ai musicisti che si classificavano nelle migliori posizioni negli agoni annuali (cfr. B. GENTILI, *Poesia e pubblico nella Grecia antica. Da Omero al V secolo* [1983], ed.agg., Feltrinelli, Milano, 2006, 262).

Rinascimento – per ricordare quella che, per sentire comune, fu un'altra “età dell'oro” della produzione culturale - la cultura si sviluppava soprattutto mediante un meccanismo di competizione fra corti diverse, ciascuna mirante ad arricchire il proprio prestigio anche mediante opere d'arte e conquiste tecnico-scientifiche (6).

Questa modalità di organizzazione della produzione culturale, fondata sulla domanda pubblica in senso lato, ha ancora oggi – come torneremo a dire più avanti – un'importanza vitale. In proposito, le più attente analisi economiche hanno portato ad affermare che i sussidi pubblici (*patronage*) e la domanda pubblica (*procurement*) possono essere strumenti efficaci per incentivare la produzione culturale, alla stessa stregua in cui può esserlo il riconoscimento di un *property right* a favore dell'autore/inventore (7); sicché il problema politico principale in materia, oggi, può essere quello di realizzare un giusto mix di questi tre strumenti.

In sostanza, credo che dalla prima fase storica della vicenda in esame siano rimaste in retaggio due linee di pensiero:

(i) quella, mai completamente sopita, che si oppone radicalmente agli istituti della proprietà intellettuale e rivendica il carattere di bene comune per tutte le creazioni intellettuali (anche se oggi le opposizioni si ammantano spesso di argomenti economici, le radici ideologiche, consistenti nell'antica idea per cui la cultura è, per natura, un bene comune – i.e. non si può concepire uno *ius excludendi* su una entità immateriale, condivisibile da parte di un numero indefinito di soggetti - sono sempre ben presenti nel dibattito);

(ii) quella, a cui si è già sopra accennato, che, pur considerando i diritti di proprietà intellettuale (“DPI”) strumenti legittimi ed utili, ritiene anche che un'efficiente politica di incentivazione della produzione culturale debba comprendere, oltre agli istituti di p.i., anche una buona dose di interventi di *patronage* e di *procurement*.

Su ambedue i ponti sopra elencati si dovrà tornare brevemente più avanti.

1.2. Una seconda fase, che potremmo dire intermedia, della storia della p.i., è

(6) Cfr. l'importante trattazione di L.RUSSO – E.SANTONI, *Ingegni minuti. Una storia della scienza in Italia*, Feltrinelli, Milano, 2010; v. anche, a livello divulgativo, P.REDONDI, *Breve storia del mecenatismo scientifico*, in *Il ritorno del Golem – L'indispensabile* (rivista telematica), 1 marzo 2003.

(7) P.A.DAVID, *Intellectual Property Institutions and the Panda's Thumb: Patents, Copyrights, and Trade Secrets in Economic Theory and History*, in *Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technology*, M.B.WALLERSTEIN–M.E.MOGEE–R.A.SCHOEN, eds., National Academy Press, Washington (D.C.), 1993, 19 ss. Lo scritto di D. muove dall'analisi economica ortodossa (su cui si tornerà più avanti, nel testo), secondo cui le creazioni intellettuali hanno caratteristiche proprie dei “beni comuni” (in senso economico): alto costo di produzione, bassissimo costo di commercializzazione/riproduzione, possibilità di possesso non-rivale da parte di un insieme indefinito di persone; per beni di questo tipo – si osserva – i normali mercati concorrenziali non sono in grado di realizzare risultati di efficienza allocativa, per cui si richiede un intervento pubblico, correttivo della *market failure*. L'originalità del contributo di questo a. sta nella dimostrazione che questo intervento pubblico, per essere efficace, non può esaurirsi nella previsione di *property rights* su beni immateriali, ma può richiedere la riproposizione di strumenti storicamente più antichi, quali il *patronage* e il *procurement*.

quella che vede emergere, insieme con l'affermazione dello stato sovrano moderno, l'idea che l'attribuzione, da parte dello Stato, di un certo monopolio di produzione ad un certo soggetto può stimolare lo sviluppo dell'economia nazionale. In questa prospettiva si viene a giustificare, dunque, la concessione discrezionale di diritti di "privativa" da parte del potere politico.

Per quanto le narrazioni standard della storia della p.i. si concentrino sulle discipline normative generali in materia di brevetti e di diritto d'autore (sicché fanno cominciare la storia con la legge veneziana del 1474, lo Statute of Monopolies del 1623 etc.), è anche ben noto che, prima che fossero emanate queste leggi generali, l'istituto della privativa era già diffuso in tutta Europa, sotto forma di concessione discrezionale proveniente dal potere sovrano (è fin troppo noto che sta in questa esperienza la radice dell'espressione patent, tuttora impiegata per designare i brevetti per invenzione nei paesi di lingua inglese) (8).

E' noto altresì che la storia originaria dei diritti di privativa vede sin dall'inizio affiancate due funzioni diverse: il premio-incentivo alla creatività individuale (il cannocchiale di Galileo etc.) e la garanzia di remunerazione di investimenti imprenditoriali innovativi per innovazioni di tipo commerciale (tipica delle concessioni di privative per l'importazione di nuovi beni o di nuove tecnologie) (9).

Da questa esperienza, radicata in quella fondamentale svolta della storia europea che portò ad abbandonare il secolare ideale di un ordine naturale statico delle cose, per sostituirvi un ideale di continuo sviluppo e progresso economico (10), sono rimaste in retaggio diverse linee di pensiero (fra loro contraddittorie, peraltro):

(i) l'idea che i DPI siano forme di monopolium, come tali eversive rispetto ad un ordine naturale della cose fatto di scambi volontari di uomini liberi (e quindi, siano istituti magari accettabili o tollerabili propter aliquam utilitatem, ma comunque estranei al normale funzionamento dei rapporti di scambio nel sistema economico); ad un certo punto, questa idea viene formalizzata nell'enunciazione della incompatibilità fra DPI e mercato di concorrenza perfetta;

(ii) l'idea – che traduce la precedente in termini giuridici – secondo cui le norme che prevedono DPI sono norme eccezionali (nel senso tecnico dell'art. 14 disp.prel.c.c.), sicché i DPI costituiscono un numero chiuso di situazioni soggettive, che possono essere fondate soltanto su una diretta previsione legislativa, senza possibilità di estensione analogica della previsioni esistenti;

(iii) ma anche, puntando in direzione opposta a quella sopra delineata, l'idea che la protezione degli investimenti per l'avvio di nuove iniziative imprenditoriali corrisponda comunque all'interesse generale e, come tale, meriti sempre, e "naturalmente", tutela giuridica (idea che, storicamente, ha ispirato larga parte della storia della concorrenza sleale e della disciplina dei cartelli nei principali paesi europei,

(8) Cfr., per tutti, G.SENA, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli di utilità*⁴, Giuffrè, Milano, 2011, 15 ss.; nonché L.RUSSO – E.SANTONI (nt. 6), 124 ss.

(9) V., p.e., F.D.PRAGER, *The Early Growth and Influence of Intellectual Property*, in 34 *Journal of Patent Office Society*, 117 ss. [1952].

(10) Cfr., per tutti, C.PERROTTA, *Paura dei beni. Da Esiodo a Adam Smith*, B.Mondadori, Milano, 2008.

prima della svolta derivante dalla costituzione della Comunità europea) (11).

Anche su questi punti si dovrà tornare brevemente più avanti.

1.3. La terza fase storica è quella che si può definire “classica” (e che, nel sentirsi di molti, esaurisce, riduttivamente, la storia delle idee nella nostra materia).

Essa si caratterizza – sul piano normativo e istituzionale - per il fatto che i DPI si trasformano da “privilegi” in “diritti” fondati su norme generali e astratte di legge. Questo fenomeno, che matura in tutto il mondo industrializzato nel corso del XIX secolo, viene concettualizzato, di solito, configurando le diverse esclusive non più come “privative” commerciali o monopoli, bensì come altrettanti diritti di proprietà su nuovi beni (12) (l’oggetto della p.i. è spesso, a sua volta, concettualizzato come “bene immateriale”).

Nella storia delle idee, il passaggio da una concezione del diritto di esclusiva sulla creazione intellettuale come privilegio sovrano ad una concezione dello stesso come “normale” diritto di proprietà – pur presentando una continuità con il periodo precedente, sul piano strettamente storico-economico (13) - ha avuto un’importanza centrale, come vero e proprio “mutamento di paradigma”, nella storia delle idee; importanza, peraltro, largamente valorizzata dalla letteratura in materia (14).

(11) Sulla tradizione protezionistica, nella storia del diritto della concorrenza in Europa, rinvio a M.LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc.dir. – Annali III*, Giuffrè, Milano, 2010, 205 ss. (e v. gli aa. ivi indicati: D.GERBER, G.GHIDINI).

Sulla forte presenza di queste correnti di pensiero anche nella giurisprudenza americana del XIX secolo, fino alla svolta rappresentata dalla sentenza della Corte Suprema *Charles River Bridge v. Warren Bridge*, 36 U.S. 420 (1837), v. R.S.R. KU, *Copyright, the Constitution & Progress*, in *Case Research Paper Series in Legal Studies – Working Paper 04-8*, June 2004.

Non va comunque dimenticato che anche le correnti di pensiero protezionistiche (o “garantiste”, per usare la terminologia di Ghidini) erano ispirate ad un’idea di sostegno dello sviluppo economico mediante la tutela degli investimenti imprenditoriali in quanto tali, e non ad un’idea di conservazione dell’esistente (come invece si è spesso inclini a pensare).

(12) E’ questa una storia troppo nota, che non richiede citazioni particolari. V., p.e., L.MOSCATI, *Il code civil e il destino della proprietà intellettuale in Europa*, in *Riv.dir.civ.*, 2008, I, 429 ss.

(13) Mi sembra convincente l’ampia elaborazione di C.A.NARD – A.P.MORRIS, *Constitutionalizing Patents: From Venice to Philadelphia*, in *2 Review of Law and Economics*, 223 ss. [2006], che leggono la storia delle privative industriali come un processo di progressivo rafforzamento del ruolo degli stati sovrani, nella direzione del processo economico, rispetto alle corporazioni (che, nei secoli precedenti, avevano controllato monopolisticamente anche le innovazioni che si realizzavano all’interno dei settori di pertinenza). In questo senso, le legislazioni generali sui brevetti rappresentano, più che una rottura con il passato, il completamento di questo processo di rafforzamento delle politiche protezionistiche, in un quadro (generalmente accettato, nella storia delle idee politiche, fino a gran parte del XX secolo) di competizione fra sistemi economici nazionali.

Gli aa. vedono, in questa storia della normativa sui brevetti, una coerente premessa per un’interpretazione funzionalistica delle norme costituzionali in materia di p.i., che deve portare, ancor oggi, ad inquadrare i relativi diritti come strumenti per l’incremento del benessere collettivo, più che come strumenti di remunerazione del lavoro individuale in quanto tale (v. *infra*, § 4).

(14) V., p.e., A.MASSOFF, *Rethinking the Development of Patents: An Intellectual Histo-*

L'insieme di idee, che ruota intorno a questa affermazione dell'istituto dei DPI, oscilla intorno a due poli:

- quello giusnaturalistico, per cui il diritto di esclusiva è visto come espressione del diritto naturale di ciascun individuo al godimento dei frutti del proprio lavoro (nella stessa linea si pone, peraltro, la concettualizzazione delle privative come diritti della personalità (15)), e

- quello utilitaristico, per cui il diritto di esclusiva viene ad essere giustificato come premio/incentivo alla creatività individuale (ma non più monopolium, perché ormai si tratta di un diritto risultante dall'applicazione di norme generali e astratte, riferibili a qualsiasi individuo di talento; e perché strumento socialmente utile, in quanto mirante a realizzare, come risultato finale, non solo il progresso economico e culturale, ma anche l'entrata in dominio pubblico delle idee innovative solo temporaneamente coperte da diritti di privativa).

In ogni caso, le dottrine "classiche" della p.i. si muovono in un orizzonte – che è proprio della cultura dominante nel XIX sec., e che sta alla base delle teorie della scienza economica neoclassica come della dottrina giuridica pandettistica – che vede la società come un insieme di individui portatori di libere volontà (16), ed incentra l'analisi dei fatti economici sul fenomeno dello "scambio". Cioè un orizzonte in cui ancora non sono visti come protagonisti "imprese" e "mercati", intesi come strutture istituzionalizzate.

Da questa esperienza storica (peraltro "fondativa" del moderno diritto della p.i.) sono rimaste in retaggio almeno due linee di pensiero:

(i) quella che – contrapponendosi all'opposta visione giusnaturalistica espressa nelle concezioni (I) e (II) sopra elencate – considera i DPI come rispondenti all'ordine naturale delle cose e quindi meritevoli di massima protezione, tendenzialmente alla stregua di diritti fondamentali della persona umana; questa idea è stata una potente forza legittimante (17) dell'imponente fenomeno di espansione del

ry, 1550-1800, in 55 *Hastings Law Journal*, 1255 ss. [2001].

(15) Nelle classificazioni correnti è invero frequente che la giustificazione in termini di diritto di proprietà sia contrapposta a quella in termini di diritto della personalità, ed ambedue siano contrapposte alla giustificazione "utilitaristica" (v., p.e., M.GRUENBERGER, *A Duty to Protect the Rights of Performers: Constitutional Foundations of Intellectual Property Right*, in 24 *Cardozo Art & Entertainment Law Journal*, 654-5 [2006]). In realtà, la dottrina del diritto della personalità è sempre servita da puntello per giustificare anche un diritto di esclusiva di natura dominicale sull'opera, e non mai per giustificare una tutela solo sul terreno dell'integrità morale e, senza necessari risvolti patrimoniali, dell'autore.

(16) In una prospettiva ancora più ampia, si può ricordare la celebre affermazione di M.FOUCAULT, *Que est-ce un auteur?*, in *Bulletin de la Société française de philosophie*, 1969, 73 ss., per cui la stessa "notion d'auteur constitue le moment fort de l'individualisation dans l'histoire des idées".

Questa "individualizzazione", nella concezione dei processi culturali, ha dato fondamento a quella tradizione storiografica – che, fra l'altro, ha segnato, per generazioni, la formazione scolastica nel nostro Paese - che ha ricostruito la storia della cultura (letteraria, filosofica, musicale etc.) sotto forma di serie di figure individuali di autori, succedutesi nel tempo, piuttosto che come storia delle idee e dell'evoluzione del "senso comune".

(17) Inquadra giustamente il fenomeno in quello più generale del *framing effect* nella formazione delle opinioni e delle decisioni G.RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus*

novero dei DPI (che hanno finito per coprire materie – come p.e. le nuove varietà vegetali, i farmaci etc. – che un giurista ottocentesco avrebbe considerato eternamente collocati nel campo del “dominio pubblico”), del rafforzamento/prolungamento della loro tutela, oltre che del rafforzamento dei rimedi giuridici posti a disposizione dei titolari dei diritti;

(ii) quella che – pur senza necessariamente aderire a concettualizzazioni giurisnaturalistiche – considera i DPI, in ogni caso, come strumenti essenziali, in passato come in futuro, per sostenere il progresso economico (idea che, mediante questo giudizio di valore politico, contribuisce anch'essa al trend generale di espansione/rafforzamento della p.i., che ha caratterizzato l'ultimo cinquantennio, nel diritto dei paesi industrializzati).

Anche su questi punti si dovrà tornare brevemente più avanti.

1.4. La quarta fase storica – che può dirsi quella oggi prevalente, anche se non appare sempre nettamente e consapevolmente teorizzata, anche nei ragionamenti dei cultori della materia – si caratterizza per l'innesto, sull'impianto della teoria “classica” (individualistica) dei beni immateriali, dell'idea per cui la p.i. tutela soprattutto le ragioni dell'investimento imprenditoriale volto a valorizzare innovazioni tecniche o culturali.

Questa linea di pensiero si esprime mediante diverse formulazioni (spesso presentate riduttivamente come semplici “variazioni su tema”, rispetto alla teoria classica). Mezzo secolo fa essa stava alla base della ripresa della teoria del “diritto di monopolio” da parte di R.Franceschelli (18). Essa si ritrova anche al fondo della teorizzazione ascarelliana, che, da un lato, riaffermava la prospettiva individualistica, dall'altro sottolineava però come il godimento del bene immateriale passi necessariamente dallo svolgimento di “un'attività economica con terzi” e come l'interesse tutelato sia quello alla “probabilità di guadagno” (19) (ciò che non è molto diverso dal sostenere la dottrina del diritto di monopolio imprenditoriale). A questa tesi si oppose, in una prospettiva rigorosamente individualistica, G.Oppo (1964) (20), ma quest'ultima prospettiva è stata – oserei dire - storicamente chiusa con il saggio di P.Spada (1997), che riafferma nettamente che l'interesse tutelato dai diritti di p.i. è quello alla valorizzazione dell'investimento imprenditoriale “nelle attività produttive che propiziano o condizionano l'innovazione tecnica o artistica” (21). Successivamente l'idea della stretta connessione funzionale tra p.i. e impresa è stata riproposta con decisione anche da Ghidini (22) ed è comunque ampiamente diffusa anche a li-

dei diritti esclusivi, in *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, a cura di G.RESTA, Utet, Torino, 2010, 15.

(18) R. FRANCESCHELLI, *Struttura monopolistica degli istituti del diritto industriale*, in *Riv.dir.ind.*, 1956, I, 137 (e in numerose opere successive).

(19) T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, Milano, 1961.

(20) G. OPPO, *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, in *Riv.dir.comm.*, 1964, I, 187 ss.

(21) P. SPADA, “*Creazione ed esclusiva*”, trent'anni dopo, in *Riv.dir.civ.*, 1997, I, 215 ss.

(22) G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale²*, Giuffrè, Milano, 2008, 8 ss. e *passim*.

vello comparatistico (23). Nello stesso senso ho anche espresso la mia opinione, qualche anno fa (24). Ho infatti ritenuto che una posizione, come quella espressa da Spada e Ghidini, debba costituire ormai un punto fermo di partenza delle riflessioni in materia. Queste devono dunque muovere dalla considerazione che, oggi, gran parte della ricerca tecnica e della produzione culturale è progettata ed attuata all'interno di organizzazioni imprenditoriali; e che il processo innovativo è divenuto, in larga parte, processo incrementale fondato sull'investimento in innovazione da parte di imprese (25).

Su queste basi ho anche sostenuto che la tesi del premio/incentivo, se considerata in funzione della creatività individuale, è storicamente infondata. La creatività individuale, infatti, è stata sempre elevata, anche in epoche storiche in cui la condizione sociale degli autori/inventori poteva essere diversa (e spesso, ma non necessariamente, più precaria) di quella delineatasi successivamente all'avvento della p.i. Per gli individui gli incentivi sono relativi, e non è detto che il rapporto fra l'individuo creativo e il "mecenate" sia meno soddisfacente del rapporto fra il medesimo individuo e l'editore/produttore/sviluppatore, che tradurrà l'idea individuale in prodotto commerciale. Ciò che ha bisogno di sostegno – riporto ancora le conclusioni di quel mio scritto del 2005 - è l'investimento per lo sviluppo e la commercializzazione/diffusione della creazione intellettuale.

La tutela della p.i. è dunque, in questa prospettiva, un capitolo della tutela della libertà d'impresa; è uno strumento di tutela della libertà d'impresa e della concorrenza dinamica nei mercati (26). La tutela della personalità individuale dell'autore/inventore può entrare in gioco solo come fondamento del diritto morale a questo attribuito (27).

Anche questa linea di pensiero comporta un mutamento di paradigma rispetto alle precedenti:

(i) comporta una rottura con la tradizione giusnaturalistica che, sia pure con esiti differenti, ha caratterizzato gran parte del dibattito tradizionale in materia di p.i.; il centro del problema diventa esclusivamente quello dell'utilità sociale, in termini di promozione del benessere collettivo, del riconoscimento (o meno) di diritti esclusivi su determinate creazioni intellettuali;

(ii) sposta l'attenzione da un'impostazione unitaria (sì/no) verso una imposta-

(23) V., p.e., C.ANN, *Die idealistische Wurzel des Schutzes geistiges Leistungen*, in *GRUR Int*, 2004, 597 ss.

(24) V. M.LIBERTINI, *Impresa, proprietà intellettuale e Costituzione*, in *AIDA*, 2005, 50 ss.; ID., *I centri di ricerca e le invenzioni dei dipendenti nel codice della proprietà industriale*, in *Riv.dir.ind.*, 2006, 49 ss.

(25) Fondamentale, in proposito, W.J.BAUMOL, *The Free-Market Innovation Machine*, Princeton University Press, 2002.

(26) Questa affermazione vale anche per il diritto d'autore: anch'esso si spiega funzionalmente come strumento di tutela dell'investimento industriale per la creazione di un prodotto commerciabile (stavolta, un prodotto culturale). Senza diritto d'autore non vi sarebbe stata un'industria culturale. Sul punto si tornerà brevemente *infra*, § 6.4.

(27) Anche qui con l'avvertenza che alcuni atti di disposizione del diritto morale individuale possono considerarsi validi quando giustificati da un legittimo interesse imprenditoriale (cfr. A.COGO, *I contratti di diritto d'autore nell'era digitale*, Giappichelli, Torino, 2010).

zione analitica dei problemi, che porta a ricercare soluzioni differenziate ed articolate per i diversi tipi di DPI (marchi, brevetti, diritti d'autore etc.) e, all'interno di ciascuna categoria, per diversi tipi di problemi.

1.5. La quinta fase storica – con la quale può provvisoriamente fermarsi il nostro tentativo di periodizzazione – si caratterizza per l'acquisizione dell'idea secondo cui l'innovazione culturale è sempre, necessariamente, un processo collettivo, in cui il talento individuale costituisce una sorta di materia prima indispensabile, ma è in grado di tradursi in creazioni intellettuali dotate di valore economico solo se l'apporto creativo individuale si inserisca in un ambiente, istituzionale e culturale, atto a stimolarlo e a valorizzarlo (28).

In questa prospettiva, l'innovazione (industriale e culturale) dev'essere vista non più come il risultato del talento individuale stimolato da norme generali e astratte, e neanche come il risultato lineare di una sequenza di investimenti in R&D da parte di imprese, ma come il risultato di complesse interazioni, in cui entra in gioco il funzionamento di sistemi territoriali e socioculturali, caratterizzati da pratiche collettive di know-how diffuso (29). Questa acquisizione porterebbe a spostare l'asse dell'attenzione sulla politica industriale (vista come insieme di strumenti di sostegno di processi innovativi diffusi nel territorio: sostegno di "distretti" e "reti d'impresa").

Su questa base si è poi innestata l'idea che l'interazione culturale non si attua soltanto mediante reti fisiche, bensì, oggi, soprattutto mediante reti virtuali (internet). L'impatto di questo fenomeno è stato letto da molti nel senso dell'instaurazione di un processo culturale innovativo in grado di alimentarsi ormai spontaneamente (modello "Wikipedia") (30).

Una riflessione più matura ha portato però ad affermare – a mio avviso in modo convincente - che l'innovazione è effettivamente frutto di un processo collettivo, ma di un processo caratterizzato da diverse dinamiche interne, nei diversi settori; un processo che, per alcuni comparti (non marginali) si caratterizza per il ruolo essenziale svolto dall'iniziativa pubblica, come committente e finanziatrice delle innovazioni fondamentali (fra cui il caso più importante è stato proprio Internet), rispetto alle quali l'innovazione imprenditoriale non ha forza sufficiente per realizzarsi ed

(28) Sui processi culturali e scientifici come fenomeni collettivi, sostenuti da una coerente base sociale ed organizzativa (e sul connesso rischio che si verifichino, come si sono effettivamente verificati nella storia, fenomeni di degrado collettivo delle conoscenze culturali e scientifiche presenti nella società), v. i fondamentali lavori di L.RUSSO, *La rivoluzione dimenticata. Il pensiero scientifico greco e la scienza moderna*, Feltrinelli, Milano, 2013; e di L.RUSSO – E.SANTONI (nt. 6).

(29) Cfr. C.ANTONELLI – P.P.PATRUCCO, *Il sentiero dell'innovazione*, Fondazione Agnelli, Torino, 2004; R.CAPPELLIN, *Le reti di conoscenza e innovazione e il knowledge management territoriale*, in *Innovazione, sviluppo e apprendimento nelle regioni dell'Europa mediterranea*, a cura di G.PACE, Angeli, Milano, 2003, 1 ss.; v. anche F.RAMELLA, *Sociologia dell'innovazione*, Il Mulino, Bologna, 2013 (ove anche una rassegna storica sulle teorie dell'innovazione nelle dottrine sociologiche ed economiche).

(30) V., p.e., I.TUOMI, *Networks of Innovation. Change and Meaning in the Age of the Internet*, Oxford University Press, 2002.

ha spesso carattere di innovazione derivata (31). Questo provvisorio punto di arrivo della riflessione in materia ci conferma, da un lato, il superamento della prospettiva individualistica della teoria ottocentesca dei beni immateriali, dall'altro la necessità di guardare alla proprietà intellettuale come ad uno strumento di politica economica, da valutare nella sua effettiva funzionalità rispetto allo scopo dell'incremento del benessere economico collettivo, e comunque non autosufficiente, al fine di sostenere un duraturo e "virtuoso" processo innovativo.

Da queste più recenti acquisizioni deriva la necessità di un approccio sistemico, e non più lineare, ai problemi della disciplina e del sostegno delle creazioni intellettuali.

2. Questo convegno fornisce l'occasione per sottoporre a riesame e, auspicabilmente, ad un tentativo di approfondimento queste idee.

A tale proposito è opportuno, anzitutto, muovere dalla constatazione che le idee ricevute, nella nostra materia, non possono essere ricostruite sotto forma di evoluzione lineare, né danno luogo ad una costruzione attuale coerente e stabilmente acquisita al senso comune.

L'incoerenza dei diversi "ancoraggi apicali" in materia di p.i., stratificatisi nella storia delle idee (e sopra sommariamente individuati, nel § 1), produce però oggi un pericolo di impasse del dibattito generale, come sempre accade quando gli interlocutori non muovono da premesse condivise. A riprova di ciò, basti solo pensare ai contrapposti assunti giusnaturalistici, presenti nel dibattito (conoscenza come bene comune vs. conoscenza come proprietà individuale).

Nel ragionamento che segue – con una scelta che do per acquisita, anche se dovrebbe essere adeguatamente argomentata (32) - questi approcci giusnaturalistici saranno considerati puramente ideologici e quindi irrilevanti e l'attenzione si concentrerà sull'utilità sociale dei DPI come (possibili) strumenti volti a realizzare il massimo benessere collettivo.

Ritengo anche – pur con tutti i rischi di una scelta sbrigativa – che uno scarso contributo possa ricavarsi dalla ricca letteratura sul tema "analisi economica del diritto e proprietà intellettuale"; letteratura che, come è stato osservato (33), non è

(31) In tal senso M.MAZZUCATO, *The Entrepreneurial State. Debunking Public Vs. Private Sector Myths*, Anthem Press, London, 2013 (trad.it., *Lo Stato innovatore*, Laterza, Bari-Roma, 2014).

(32) Dico questo perché l'impianto giusnaturalistico (pur nelle contrapposte visioni della "proprietà individuale" e della "proprietà collettiva" sulle creazioni intellettuali) ha avuto – e continua ad avere - un peso enorme nelle discussioni in materia. V., p.e., l'analisi della giurisprudenza costituzionale tedesca in materia di estensione del diritto d'autore, in T.BRAEGELMANN, *The constitutional scope and limits to copyright law in the United States in comparison with the scope and limits imposed by constitutional and European law on copyright law in Germany*, in 27 *Cardozo Law and Entertainment Law Journal*, 124 ss. [2009].

(33) P.AUTERI, *Diritto ed economia: l'analisi economica del diritto e la proprietà intellettuale*, Univ. di Pavia – Facoltà di economia, Quaderno di ricerca n. 3, feb. 2005.

Conclusioni scettiche, circa i possibili risultati normativi dell'EAL in questa materia, sono peraltro espresse negli scritti principali in materia (Machlup / Penrose, Landes / Posner, Easterbrook, Jaffe, Mahoney; per una rassegna recente v. J.M.BARNETT, *Property as Process: How Innovation Markets Select Innovation Regimes*, in 119 *Yale Law Journal*, 386 ss.

stata in grado di fornire indicazioni precise né di politica legislativa né di linee interpretative delle norme vigenti.

L'analisi economica corrente (34) ha, in effetti, maturato l'idea che, in materia di produzione culturale e scientifica, si verifichi un "fallimento del mercato". Ciò è dovuto ad una circostanza fondamentale: i costi di produzione della conoscenza sono sistematicamente superiori ai costi di trasmissione della stessa. La conoscenza tende dunque a divenire un "bene pubblico", non suscettibile di godimento esclusivo, sicché il produttore di conoscenze genera esternalità positive per l'intera società, ma non è in grado di trasformare interamente in profitto i risultati del proprio lavoro o investimento.

A ciò si aggiunge l'incertezza sui risultati della ricerca, che spesso sono diversi da quelli inizialmente perseguiti da chi svolge questa attività; ciò che rende difficile un normale rapporto di scambio fra chi finanzia il servizio di ricerca e chi lo svolge. Ancora, si deve considerare la rischiosità elevata di ogni investimento in materia (molti filoni di ricerca, anche se avviati in modo promettente, non raggiungono alcun risultato utile).

Alla ragione principale di questo c.d. fallimento del mercato si è risposto storicamente con l'istituzione del brevetto e dei DPI in genere; istituzione che ha avuto la dichiarata finalità di correggere l'insufficienza del mercato mediante la concessione artificiale di un monopolio temporaneo (a fronte di una pubblicazione dell'opera o, nel caso del brevetto, della descrizione pubblica del trovato, idonea a consentirne la riproduzione da parte dei tecnici del settore, una volta scaduto il termine di durata dell'esclusiva). In tal modo si è pensato (e l'idea è stata sostanzialmente confermata dall'esperienza storica) di potere stimolare un flusso di investimenti privati adeguato.

Questa linea di analisi rimane, nel suo nucleo essenziale, valida e condivisibile (almeno, come si vedrà meglio infra, per i brevetti industriali). Essa tuttavia giunge a risultati generici di giustificazione della proprietà intellettuale, ma non ci fornisce indicazioni precise né sul livello ottimale di protezione, né su possibili guadagni di efficienza che potrebbero provenire dalla sostituzione dello strumento di tutela dominante con altre forme di incentivazione dell'interesse allo svolgimento di attività di ricerca.

La modestia dei risultati specifici può avere una spiegazione, se si pensa che un'analisi della problematica in esame non può giovare di dati statistici numerosi e comparabili, idonei ai fini di un'approfondita indagine econometrica (35); e che,

[2009]).

V. anche I.LIANOS, *Introduction*, in *Competition law, intellectual property rights and dynamic analysis: Towards a new institutional "equilibrium"?*, in *Concurrences*, 4-2013, 11 ss., il quale nota come l'apporto dell'analisi economica abbia inciso molto più sul diritto generale antitrust che sul diritto della proprietà intellettuale.

(34) V., p.e., A.BONACCORSI, *La scienza come impresa. Contributi all'analisi economica della scienza e dei sistemi nazionali di ricerca*, Angeli, Milano, 2000. V. già *supra*, nt. 6.

(35) Qualche tentativo in tal senso (cfr. W.D.NORDHAUS, *Schumpeterian Profits in the American Economy: Theory and Measurement*, Cowles Foundation Discussion Paper n. 1457, April 2004) ha stimato che i produttori dell'invenzione riuscirebbero a "catturare" solo una percentuale minima (stimata nell'ordine di poco più del 2%) del valore aggiunto apportato

soprattutto, la microeconomia neoclassica, su cui si fonda il metodo dell'EAL, è focalizzata sulla ricerca degli equilibri statici ottimali del mercato e quindi non è particolarmente attrezzata ad affrontare il ruolo dell'impresa innovativa (e, ancor meno, delle politiche pubbliche di realizzazione diretta e di incentivo alla ricerca industriale o alla produzione culturale).

Da qui l'importanza centrale che, nell'affrontare la materia in esame, ha il metodo storico-sociologico (36), a cui cercheranno di attenersi le considerazioni qui svolte.

3. Per avviare il riesame programmato è opportuno soffermarsi, in primo luogo, sulle tesi abolizioniste, che vorrebbero l'eliminazione di tutte (o, talora, solo di alcune) forme di p.i.; tesi che sono state sempre presenti nel dibattito, anche se relegate da tempo ai margini di esso; ma che hanno avuto una certa ripresa in anni recenti.

Gli argomenti a sostegno di queste tesi sono di due tipi, molto diversi fra loro (almeno in apparenza).

Il primo tipo di argomenti rientra nel filone ideologico anarco-comunista, e si oppone alla p.i. come si oppone – più o meno esplicitamente – alla proprietà privata in generale. Questo filone di critiche è stato rinverdito dalla letteratura critica “apocalittica” contro l'economia globalizzata, che ha dato vita anche a qualche bestseller (37). Frammenti di questo pensiero emergono anche nel recente movimento di difesa/espansione dei “beni comuni”, ove non mancano gli accenti contrari alla brevettabilità di molti trovati (in particolare biotecnologie) e all'espansione del diritto d'autore (38).

Questo tipo di argomenti non merita – a mio avviso - particolare attenzione, neanche nella versione più recente, “benicomunista”: questa, nella sua variante estremistica (39), è puro pensiero desiderante (che immagina forme di coesione sociale spontanea oggi irrealizzabili, ed anche storicamente limitate, nel passato, a poche esperienze, legate a particolari condizioni ambientali); nella sua variante mode-

dall'invenzione stessa al mercato nel suo complesso.

(36) Per questo assunto (ed anche per i rilievi, riportati nel testo, circa i limiti dell'EAL standard nel fornire soluzioni valide ai problemi di “politica del diritto” riguardanti la p.i.), v. W.J.BAUMOL – R.J.STROM, “*Useful Knowledge*” of Entrepreneurship: Some Implications of the History, in *The Invention of Enterprise: Entrepreneurship from Ancient Mesopotamia to Modern Times*, ed. by D.S.Landes, J.Mokyr & W.J.Baumol, Princeton University Press, 2011, 528.

(37) Viene in mente, in primo luogo, N.KLEIN, *No logo* [2000], trad.it., Baldini & Castoldi, Milano, 2001.

(38) V., p.e., M.R.MARELLA, *Per un diritto dei beni comuni*, in *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Ombre corte, Verona, 2012, 9 ss.; U.MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Bari-Roma, 2011; A.LUCARELLI, *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica*, Dissensi ed., Viareggio, 2011.

Questo movimento di idee non è solo italiano. V., in particolare, M.HELLER, *The Gridlock Economy*, Basic Books, New York, 2010.

(39) Per l'individuazione di queste due divergenti ispirazioni nel pensiero “benicomunista” rinvio a M.BARBERIS, *Il comunismo dei beni comuni*, in *MicroMega – Il rasoio di Occam*, 30 aprile 2013.

rata, essa si traduce invece in proposte di espansione, talora ragionevoli, della disponibilità di beni pubblici (cioè di beni messi a disposizione di tutti, gratuitamente, da un'istituzione politica; ma per ciò stesso bisognosi di efficienti basi organizzative e finanziarie, per la loro produzione e fruizione). In quest'ultima prospettiva, cade anche ogni obiezione di principio alla p.i. in sé, ma il problema si sposta all'ambito, alla misura e all'intensità della tutela stessa.

Maggiore attenzione meritano le tesi abolizioniste di stampo liberista, che mostrano una certa vitalità, nel corso del tempo. La discussione fu molto accesa per tutto il corso del XIX secolo, in concomitanza con le discussioni politiche sull'introduzione di leggi nazionali sui brevetti e sul diritto d'autore. Il dibattito in materia di brevetti è stato, a suo tempo, analizzato in un classico saggio di F.Machlup ed E.Penrose (40); la discussione si svolse anche in Italia e vide come protagonista, su posizioni liberiste, l'economista Francesco Ferrara, rievocato nel 1940 da Luigi Einaudi (incline a riprenderne le posizioni, ma con impostazione più possibilista) (41). Il dibattito fu molto vivace anche in materia di diritto d'autore:

(40) F.MACHLUP – E.PENROSE, *The Patent Controversy in the Nineteenth Century*, in 10 *Journal of Economic History*, 1 ss. [1950].

Questo celebre scritto contiene anche una classificazione, ancor oggi valida, degli argomenti avanzati a favore del brevetto: (i) la proprietà dell'individuo sulle proprie idee è un diritto naturale; (ii) l'inventore rende un servizio alla società e perciò deve essere retribuito; la privativa costituisce il mezzo più semplice ed equo (perché privo di discrezionalità) per remunerare l'inventore; (iii) il brevetto è il più efficace premio e incentivo per stimolare il progresso tecnico; (iv) il brevetto induce l'inventore a comunicare le conoscenze tecniche che stanno alla base del brevetto, riducendo gli incentivi a tenere segreta l'invenzione.

A questi argomenti si oppone, rispettivamente, che: (i) la proprietà può essere considerata un diritto naturale sulle cose il cui possesso non può essere condiviso, ma questo non è il caso per le idee; (ii) ogni invenzione è frutto di sapere accumulato nei tempi passati, a cui l'inventore aggiunge un perfezionamento; (iii) si può stimolare il progresso tecnico con mezzi diversi, senza necessità di creare monopoli e di vietare ad altri di produrre e perfezionare i nuovi trovati; (iv) la possibilità di tenere segrete le innovazioni è limitata e comunque non è di fatto disincentivata – quando vi è un interesse in tal senso – dalle norme sui brevetti.

Come osservano gli aa. (p. 10), “*little, if anything, has been said for or against the patent system in the twentieth century that was not said equally well in the nineteenth*”.

In realtà, una differenza sta nel fatto che la discussione ottocentesca si svolgeva tutta in una prospettiva individualistica e trascurava il ruolo degli investimenti imprenditoriali: la circostanza che i benefici economici del brevetto potessero andare a vantaggio di un *exploiter*, piuttosto che dell'inventore come persona, era talora presente nel dibattito, ma piuttosto come argomento contro l'istituzione del brevetto (p. 25) e non certo come argomento volto a giustificare l'esclusiva come necessario incentivo all'investimento imprenditoriale.

(41) Per informazioni e bibliografia su questa discussione rinvio a G.RESTA (nt. 16), 9 ss. Posizioni analoghe erano comunque ben rappresentate nel dibattito italiano, anche prima di Ferrara. V. P.VERRI, *Meditazioni sulla Economia politica* [1772], rist., Destefanis, Milano, 1804, 93ss. (“*tutte le privative e tutti i privilegi esclusivi sono diametralmente contrari al bene di uno stato [...] Tolta all'artefice l'emulazione, assicurato che egli sia d'essere il solo venditore, gli manca lo stimolo a far bene [...] O l'introduttore della nuova arte la possiede a un grado da non tenere che alcun cittadino lo sorpassi, ovvero non è giunto a questo segno; nel primo caso il privilegio esclusivo è quasi inutile, poiché l'artefice porta già seco il migliore di tutti i privilegi, l'eccellenza; nel secondo caso poi sarebbe ingiustizia l'interdire l'esercizio dell'industria in quella parte ad ogni cittadino in favore di un mediocre manufattore*”).

dalle critiche al copyright svolte, alla fine del Settecento, dal naturalista Johann Reimarus, che polemizzava con Kant e Fichte (42), fino alle posizioni contemporanee di L.Lessig, J.Kinsella e altri, l'argomento principe – se si prescinde da alcune posizioni ideologiche anarcoindividualiste – è uno: la proprietà intellettuale ha un effetto incentivante modesto e un effetto monopolistico elevato; in altre parole, essa produce più danni che vantaggi economico-sociali. La semplice priorità temporale potrebbe fornire, all'autore o all'inventore, un vantaggio economico sufficiente a remunerarne il lavoro.

Su questa linea, un attacco a fondo è stato portato con il recente libro di Boldrin e Levine (43), che cerca di evitare le posizioni ideologiche libertarian, e di fondarsi piuttosto su argomenti strettamente economici (44). Anche per B. e L. il processo innovativo si alimenterebbe da sé e il premio di fatto fruibile dal first mover sarebbe più che sufficiente per sostenere il processo di innovazione e creatività individuale e imprenditoriale. Ciò perché anche l'imitazione ha un costo, e la libertà di imitazione non porta con sé la possibilità, per l'imitatore, di realizzare immediatamente e a costo bassissimo un prodotto sostitutivo di quello originale.

Si tratta – come è evidente – di idee non nuove in assoluto, che vengono oggi riproposte in modo aggressivo, così assecondando una diffusa reazione di senso comune, che avverte fenomeni di overprotection della p.i.

Ciò posto, si deve riconoscere che neanche il tentativo di B. e L. riesce a dimostrare che la p.i. sia inutile, o addirittura dannosa, al fine di sostenere l'innovazione e lo sviluppo. Si deve notare, peraltro, che l'argomentazione degli aa. non si avvale di analisi economiche, bensì di argomenti storico-sociologici (talora aneddotici), che lasciano spesso molte perplessità (aggravate dalla circostanza che il libro tratta in parallelo, senza alcun approfondimento analitico, il tema delle invenzioni e quello delle opere protette dal diritto d'autore).

Infatti, se si vuole trarre argomento dall'esperienza storica, è difficile negare che – almeno nel settore tecnico-industriale – la creatività individuale, pur sempre esistita, sia rimasta fine a se stessa, finché non si sono realizzate forme giuridiche di protezione dell'investimento volto a sviluppare l'idea inventiva, traducendola in un prodotto commerciabile (e quindi le grandi invenzioni di Archimede o di Leonardo o degli alchimisti cinesi sono rimaste nella storia della cultura e della scienza, e al massimo hanno stimolato investimenti pubblici di tipo militare e civile" (45), ma

(42) Traggio la notizia da F.MACALUSO, *E Mozart finì in una fossa comune. Vizi e virtù del copyright*, Egea, Milano, 2013, 49 ss.

(43) M.BOLDRIN – D.K.LEVINE, *Abolire la proprietà intellettuale* [2008], trad.it., Laterza, Bari-Roma, 2012.

(44) Questa caratteristica è segnalata, a merito del libro (in confronto con le posizioni puramente ideologiche di S.Kinsella e M.Rothbard), nella recensione favorevole di D.GORDON, in *The Mises Review*, 1/2009.

(45) L.RUSSO, *La rivoluzione dimenticata* (nt. 28), 283 ss., sostiene, con argomenti plausibili, che nei regni ellenistici si era avviato un importante processo di investimenti pubblici per la realizzazione di innovazioni tecnologiche (sistemi di irrigazione, fari marittimi, macchine militari etc.).

In ogni caso, nell'economia antica mancava l'impresa capitalistica disposta ad investire nella produzione industriale in serie e mancava un mercato dei capitali atto a sostenerne la co-

non sono diventate un capitolo di storia dell'industria). Certo, si può sempre sostenere che il mancato sviluppo industriale delle idee dei grandi inventori del passato non dipese dalla mancanza dei brevetti, bensì dalla mancanza di più generali condizioni socioculturali atte a favorire lo sviluppo dell'imprenditorialità. Questa supposizione potrebbe avere un fondo di verità, ma è difficile chiudere con essa il dibattito in modo definitivo.

Non è un caso, del resto, che il dibattito sulla giustificazione economica dei brevetti trovi, da mezzo secolo, il suo punto di arrivo nell'affermazione, apparentemente banale, di F.Machlup e E.Penrose secondo cui, se oggi i brevetti non esistessero, non ci sarebbero validi argomenti per introdurli, ma, dato che esistono e costituiscono una componente delle regole del gioco del processo industriale, non ci sono validi argomenti per abolirli (46).

Viceversa, le opere dell'ingegno di carattere letterario e artistico realizzate nei lunghi secoli precedenti l'affermazione del diritto d'autore costituiscono, ancor oggi, gran parte del patrimonio culturale mondiale (ed è molto ideologica la diffusa opinione secondo cui i vincoli del mecenatismo ponessero agli autori limiti più pesanti di quelli che possono oggi nascere dal mercato e dall'industria culturale (47)).

Però, anche qui, è difficile pensare allo sviluppo di un certo tipo di produzione culturale, cioè quella specificamente industriale (cinema, tv etc.), senza la presenza di una disciplina della proprietà intellettuale, atta a garantire i ritorni degli investimenti.

In ogni caso, la proposta sedicente abolizionista degli aa. di cui si tratta è debole anche perché gli aa., nella parte finale del loro lavoro, finiscono poi per sostenere che l'obiettivo più saggio è quello di "ridurre", anziché "abolire" tout court la p.i. Per di più gli stessi aa., con dubbia coerenza, richiedono un incremento della spesa pubblica a sostegno dell'innovazione, giungendo a sostenere che il costo degli esami clinici per nuovi farmaci dovrebbe essere interamente a carico dell'erario (48).

Malgrado i suoi gravi limiti, il libro di B. e L. dimostra comunque, a mio avviso, non che la tutela della p.i. sia ingiustificata in assoluto, bensì che si sono ormai verificati numerosi fenomeni di overprotection (49).

In altri termini: le tesi abolizioniste estreme non convincono, ma la percezione

stituzione e la crescita.

(46) V., p.e., J.M.BARNETT (nt. 33), 386: "*it is probably uncontroversial among most economicallt informed observers that Machlup's qualified statement still characterizes our current under standing of the net social value of the intellectual property system as a general matter*". Anche questo a. svolge poi un'approfondita analisi, incentrata sull'idea che "*too much property*" possa essere contraria alle funzioni di progresso della proprietà intellettuale.

(47) Cito un esempio di questo ideologismo, piuttosto superficiale: "*Grazie al mercato di libri e giornali, gli intellettuali possono guadagnarsi da vivere scrivendo liberamente per il vasto pubblico, invece che prostituirsi per ricchi mecenati*" (L.ZINGALES, *Manifesto capitalista. Una rivoluzione liberale contro un'economia corrotta*, Rizzoli, Milano, 2012, 15). Riesce difficile adattare questa sentenza alla vita di Dante, Shakespeare, Bach o di qualsiasi grande nome della cultura del passato.

(48) M.BOLDRIN – D.K.LEVINE (nt. 43), 210.

(49) Questo giudizio è comune a diversi commentatori del libro. V., p.e., A.TABARROK, in *Marginal Revolution* (rivista telematica), Aug. 12, 2008.

di squilibri e incoerenze nella disciplina complessiva dei DPI, oggi vigente, è ormai molto diffusa, e coinvolge anche i difensori più attenti del sistema ricevuto (50).

Da qui l'attualità della riflessione sugli "ancoraggi apicali" della disciplina delle creazioni intellettuali, al fine di ricostruire soluzioni equilibrate, che, senza rinunciare all'esigenza di strumenti giuridici di premio-incentivo alle innovazioni (i.e. senza aderire al postulato delle tesi abolizioniste, secondo cui il vantaggio di fatto del primo arrivato costituirebbe di per sé incentivo sufficiente), consentano di evitare quegli effetti di sovrapprotezione che il sistema tradizionale delle esclusive, per come è oggi strutturato, spesso produce.

4. Al fine di avviare la riflessione annunciata, sul terreno della costruzione normativa, mi sembra opportuno muovere dai dati normativi in materia di tutela costituzionale della proprietà intellettuale.

Secondo un'idea abbastanza diffusa, che di recente è stata oggetto di un'attenta riflessione monografica (51), la storia dei principi costituzionali in materia di proprietà intellettuale presenta due linee di sviluppo:

(i) da un lato l'impostazione utilitaristica e funzionalistica, propria della IP Clause della costituzione statunitense (Art. 1.8), che autorizza il legislatore a disporre diritti di esclusiva "To promote the Progress of Science and useful Arts";

(ii) dall'altro l'impostazione giusnaturalistica, che giustifica i diritti di proprietà intellettuale come remunerazione del lavoro personale del creatore o comunque come diritto delle personalità.

Questa seconda impostazione si ritrova nell'art. 27.2 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo, per cui "Ogni individuo ha diritto alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria e artistica di cui egli sia autore".

A differenza della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, la Convenzio-

(50) V., p.e., C.GALLI, *Introduzione – Il dibattito sulla proprietà intellettuale*, in J.V. DE LONG e aa., *La proprietà (intellettuale) è un furto?*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2006, 5 ss., il quale, muovendo dall'assunto (incontrovertibile) che le creazioni intellettuali hanno un costo ed hanno quindi bisogno di sostegno finanziario, afferma che "l'alternativa che si pone ai governi sembra essere quella tra il diretto finanziamento della ricerca e il sistema brevettuale, che, bene o male, risponde comunque ad una logica di mercato", ma poi si chiede se lo stesso sistema brevettuale possa essere gradualmente sostituito con sistemi di contrattazione di mercato più efficienti.

Il ragionamento di G. dovrebbe essere, a mio avviso, corretto nella parte in cui mette in alternativa finanziamento pubblico e remunerazione di mercato dell'innovazione (laddove il rapporto fra i due termini dovrebbe essere costruito come complementare: v. *infra*, § 7), ma è significativo dell'esistenza di una percezione diffusa in ordine alla necessità di approfondite revisioni *de iure condendo* dell'intero sistema.

V. anche, nello stesso volume in cui è pubblicato lo scritto di G., R.E.EPSTEIN, *La libertà contro la proprietà?* (p. 141 ss.), ove l'a., dopo una difesa dei DPI come strumenti atti a promuovere il benessere economico senza, al contempo, ostacolare la produzione di nuove innovazioni competitive, conclude poi per la necessità di riforme che riducano l'eccessiva durata, in particolare, del diritto d'autore.

(51) A.OTTOLIA, *The Public Interest and Intellectual Property Models*, Giappichelli, Torino, 2010.

ne Europea dei Diritti dell'uomo non menziona espressamente la proprietà intellettuale, ma l'interpretazione corrente della Corte Europea dei Diritti dell'uomo è nel senso che l'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1, che sancisce la protezione della proprietà, si riferisca anche alla proprietà intellettuale (52). L'interesse giuridicamente protetto sembra configurarsi, nel pensiero della Corte, come legittima aspettativa di guadagno. Nella pronuncia più recente, la Corte ha sancito la legittimità della prevalenza della protezione del diritto d'autore sulla libertà di offrire servizi di file-sharing su Internet (53).

L'art. 17.2 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea sancisce infine, lapidariamente, che "la proprietà intellettuale è protetta". Non ci dice come, perché e quanto (e, per la verità, neanche quali ne siano i confini). In dottrina si è ritenuto che questa norma sancisca l'accoglimento della concezione proprietaria (giusnaturalistica) contro quella funzionalistica (54) e si è perfino prospettato il dubbio che questa norma, non sancendo (a differenza della Costituzione americana) la necessità di limiti temporali alla p.i., possa legittimare (se non addirittura imporre) una regola di perpetuità della stessa (55).

Queste opinioni denotano la permanente forza della vecchia idea secondo cui "in realtà le ragioni per riconoscere la proprietà intellettuale sono le stesse per cui riconoscere le altre forme di proprietà" (56) (i.e. la remunerazione del lavoro personale, il rispetto di spazi di libertà e di autodeterminazione nell'esplicazione della personalità individuale).

Contro questa idea si deve tornare ad esprimere un radicale dissenso. Non solo per la ragione, tante volte ripetuta, per cui le idee innovative (a differenza dei beni materiali) non possono costituire oggetto di godimento esclusivo (57), ma sono

(52) Cfr. ECHR, Grande Chambre, 11 Jan. 2007, *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal* (Appl. N. 73049/01). Nel caso si trattava di una delle tappe della saga *Budweiser*, che ha visto, in questo caso, la società americana titolare del marchio soccombere, in Portogallo, di fronte alla denominazione d'origine protetta ceca, sulla base di un accordo internazionale bilaterale tra i due Stati interessati. La Corte non ha ravvisato in ciò una violazione censurabile del principio di protezione del diritto di proprietà sul marchio.

(53) ECHR, Sec. V, 19 Feb. 2013, *F.Neij a. P.Sunde Kolmisoppi v. Sweden* (Appl. N. 40397/12). Si trattava del noto caso della condanna penale contro gli ideatori del sito *Pirate Bay*.

(54) Così A.OTTOLIA (nt. 51).

(55) Cfr. T.BRAEGELMANN (nt. 32), 142.

(56) Così (ma esprimendo un sentire ancora diffuso) J.DE LONG, *In difesa della proprietà intellettuale*, in J.V. DE LONG e aa., *La proprietà (intellettuale) è un furto?* (nt. 50), 28.

(57) V., p.e., H.LEPAGE, *Proprietà industriale, proprietà intellettuale e teoria della proprietà*, in J.V. DE LONG e aa., *La proprietà (intellettuale) è un furto?* (nt. 50), 45 ss.; uno sviluppo di questa critica (T.G.PALMER, *Brevetti e diritto d'autore sono moralmente giustificabili? La filosofia dei diritti di proprietà e degli oggetti ideali*, *ivi*, 75 ss.) porta ad affermare che la pretesa di un diritto esclusivo sulle idee innovative si traduce in una pretesa di controllare l'esercizio della libertà personale di altri soggetti.

Questi ragionamenti (soprattutto se confrontati con quelli che sostengono che il diritto esclusivo sulle proprie creazioni intellettuali è "la più sacra delle proprietà") dimostrano solo l'inanità delle discussioni di politica legislativa in materia, quando si svolgono (come tradizionalmente è avvenuto) in una prospettiva individualistica e senza tener conto del ruolo centrale dell'impresa nello sviluppo commerciale delle creazioni intellettuali.

piuttosto destinate a diffondersi nei mercati e nei processi comunicativi, ma anche – e soprattutto – perché i diritti di esclusiva sulle utilizzazioni economiche delle idee innovative sono stati storicamente necessari – come si è già più volte ripetuto - non tanto per stimolare la creatività individuale, quanto per sostenere gli investimenti industriali necessari per lo sviluppo e la realizzazione commerciale delle idee innovative.

In realtà, nella prospettiva dei diritti fondamentali della persona, ciò che può avere rilievo – in relazione alle creazioni intellettuali - è solo la tutela del lavoro, da un lato, e, dall'altro, il diritto c.d. morale al riconoscimento della paternità delle idee innovative e al rispetto della loro configurazione (ciò che è solo un aspetto evoluto del diritto all'identità e alla reputazione personale).

Nella prospettiva dell'individuo i diritti esclusivi di utilizzazione economica non sono necessari, né sufficienti. Non sono necessari perché possono essere sostituiti da altre (e non meno efficaci) forme di incentivazione economica. Non sono sufficienti perché l'individuo creativo non ha, in molti casi, capitali e know-how adeguati per valorizzare l'idea, e quindi deve collaborare, per forza di cose, con imprese sviluppatrici (con i relativi rischi, tante volte verificatisi nella storia, di vedersi con ciò privato, per insufficiente abilità o potere negoziale, dei vantaggi economici derivanti dalla valorizzazione della propria idea).

Tutto ciò dovrebbe essere tenuto in considerazione nel dare significato, in via interpretativa, alla scelta anodina compiuta dal legislatore europeo.

Proprio la genericità del testo, accompagnata dalla debolezza e contraddittorietà delle argomentazioni giusnaturalistiche in materia, lascia aperte altre possibilità interpretative.

A tale proposito, si deve anche considerare che non può operare la regola di corrispondenza al contenuto dei diritti protetti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 52, c. 3, C.D.F.U.E.), perché la proprietà intellettuale, come tale, non è oggetto di protezione espressa nella Convenzione (il fatto che la Corte Europea dei Diritti dell'uomo inquadri la p.i. come una manifestazione della proprietà personale è frutto di un'operazione interpretativa, ideologica e discutibile, che non può essere a sua volta vincolante nell'interpretazione della C.D.F.U.E.). Non può operare neanche la regola del rispetto delle "tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri" (art. 52, c. 4, C.D.F.U.E.), perché mi sembra difficile riconoscere che esistano tali tradizioni comuni (p.e., la Costituzione italiana non contiene una esplicita presa di posizione in materia di p.i.). Ma, se queste tradizioni dovessero individuarsi nella storia delle idee giustificatrici della protezione della p.i., la concezione funzionalistica potrebbe essere legittimamente affermata come una delle idee presenti in tale storia, con pari dignità rispetto alla concezione giusnaturalistica e individualistica.

A mio avviso può dunque sostenersi che la scelta normativa anodina compiuta dal legislatore europeo non esprime precise scelte ideologiche in materia di p.i., né garantisce all'individuo creatore uno *ius utendi et abutendi* sulla sua creazione, ma si limita a dettare una "garanzia d'istituto", cioè a vietare la soppressione dell'istituto della p.i., così come storicamente formatosi, senza per ciò escludere la possibilità di riforme, anche radicali, purché queste non giungano a sopprimere qualsiasi tutela patrimoniale, oltre che morale, dell'autore della creazione intellettuale (fatto che non è comunque privo di rilevanza normativa).

Ciò, a prima vista, potrebbe indurre a pensare che la materia della p.i. sia sostanzialmente lasciata alle scelte politiche discrezionali degli Stati membri, sulla base della regola dell'art. 345 T.F.U.E. in tema di proprietà. Questa conclusione sarebbe tuttavia poco plausibile, se solo si considera – a parte la vocazione internazionale storicamente propria della disciplina della p.i. - l'impegno posto dal legislatore europeo per l'uniformazione delle discipline (nonché dell'organizzazione amministrativa e giurisdizionale) in materia.

Appare dunque preferibile volgersi verso un'interpretazione sistematica delle norme fondamentali europee, e ritenere che la protezione data dall'art. 17.2 C.D.F.U.E. alla p.i. tragga la propria giustificazione e la propria funzione dal riconoscimento che la p.i. è uno strumento, fra gli altri, per il raggiungimento dello scopo fondamentale (art. 3 T.U.E.) della costruzione di un mercato interno ispirato ai principi dello sviluppo sostenibile, della crescita economica equilibrata, dell'economia sociale di mercato altamente competitiva.

In altri termini, la protezione della proprietà intellettuale dev'essere intesa in senso funzionalistico, analogamente a quanto è sancito nella costituzione statunitense, ma senza i condizionamenti ideologici e testuali che hanno portato la Corte Suprema americana ad interpretare restrittivamente la IP clause, limitando i poteri del legislatore federale di dare vita a diritti di esclusiva non espressamente previsti nella Costituzione (58).

Si deve piuttosto ritenere, anche alla luce dell'evoluzione del diritto europeo, che la protezione della p.i. dell'art. 17.2 C.D.F.U.E., in quanto legittimata da una funzione di benessere generale:

- non costituisca uno strumento giuridico eccezionale, ma debba inquadrarsi in un più generale principio di tutela della valorizzazione economica delle idee e dei risultati innovativi, che può legittimare non solo il riconoscimento legislativo di new properties, se e in quanto giustificate da esigenze di sviluppo economico (p.e. sulle banche dati), ma anche lo sviluppo ulteriore di new properties, o di nuove liability rules, in via giurisprudenziale, in tutti i casi in cui l'innovazione crei nuovi mercati e consenta di soddisfare nuove domande, e la mancata tutela possa scoraggiare gli investimenti imprenditoriali in innovazione (si pensi invece alle difficoltà incontrate dalla giurisprudenza, dottrinale e applicata, nel trovare un fondamento sistematico alla tutela dei "diritti sportivi" (59));

- dia luogo – in riferimento ai casi in cui il diritto di p.i. è espressamente sancito dalla legge - ad un tipo di proprietà pienamente funzionalizzata al conseguimento di obiettivi di benessere generale, e quindi suscettibile di limiti penetranti (in termini

(58) Sul tema v. l'ampio saggio critico di T.B.NACHBAR, *Intellectual Property and Constitutional Norms*, in 104 *Columbia Law Rev.*, 272 ss. [2004], che sostiene la legittimità costituzionale dell'istituzione di diritti di esclusiva, giustificati da ragioni di benessere economico, ancorché non rientranti nelle strette previsioni testuali della *IP clause*.

Per le conseguenze della diversa impostazione (restrittiva) prevalentemente seguita dalla Suprema Corte, con la conseguenza, p.e., della mancanza di protezione costituzionale dei diritti degli interpreti ed esecutori (in confronto con l'opposta soluzione ricavabile dalla Costituzione tedesca), v. GRUENBERGER (nt. 15).

(59) Cfr. E.PODDIGHE, *"Diritti televisivi" e teoria dei beni*², Cedam, Padova, 2002.

soprattutto di “diritti di accesso” di terzi) al fine di realizzare la funzione sociale dell’istituto (60).

In questa prospettiva, l’ulteriore e decisivo passaggio, in termini di interpretazione sistematica, deve consistere, a mio avviso, nel collegamento tra la “protezione della proprietà intellettuale” dell’art. 17.2 e il “riconoscimento della libertà d’impresa” dell’art. 16 C.D.F.U.E.

In altri termini, i DPI sono uno strumento normale (e non eccezionale) di esercizio della libertà d’impresa, che come tale merita di essere protetta contro i comportamenti parassitari che possano avere come effetto di scoraggiare gli investimenti in innovazione; ma, al contempo, i DPI, in quanto strumenti di esercizio della libertà d’impresa, devono esercitarsi “conformemente al diritto dell’Unione e alle legislazioni e prassi nazionali” (art. 16 C.D.F.U.E.); formula che, per il giurista italiano, evoca immediatamente il divieto di esercizio in contrasto con l’utilità sociale, di cui all’art. 41 Cost.

In tal modo si giustificano tutti i possibili limiti normativi all’esercizio della p.i. che, senza giungere ad azzerare la chance di guadagno economico del titolare del diritto, siano ispirati all’intento di realizzare il massimo risultato in termini di sviluppo economico e di benessere collettivo.

In conclusione, può sostenersi la tesi che la concezione funzionalistica dei DPI e il collegamento degli stessi alla libertà d’impresa debbano ispirare l’intero processo interpretativo e ricostruttivo delle norme in materia.

In altri termini, la proprietà intellettuale ha come “ancoraggio apicale” costituzionale la libertà d’impresa e si giustifica – in base a un criterio di stretta funzionalità – come premio-incentivo atto a sostenere gli investimenti imprenditoriali in attività innovative.

Ciò non esclude che debbano sussistere anche strumenti di premio-incentivo alla creatività individuale (senza la quale gli investimenti imprenditoriali verrebbero a mancare della materia prima), ma questi si collocano piuttosto sul terreno della tutela del lavoro (autonomo e subordinato), nonché – per quanto attiene al profilo c.d. morale – sul terreno dei diritti fondamentali della persona umana. In questa prospettiva, le tradizionali norme sulle invenzioni dei dipendenti non devono essere viste come una eccezionale (e, forse, incostituzionale) deroga ad un preteso principio “naturale” che pone la proprietà intellettuale in capo all’individuo creativo, ma come espressione di un più generale principio di equilibrio fra interessi dell’impresa e interessi dell’individuo ricercatore, nella disciplina delle creazioni intellettuali.

5. Sulla scorta di quanto sostenuto nel § precedente, può essere brevemente af-

(60) In questo senso, sviluppando gli insegnamenti di S.Rodotà in materia di proprietà, F.MASCHIO, *Proprietà intellettuale. Principi costituzionali e fattispecie di conflitto*, Aracne, Roma, 2006, 101 ss.

In senso analogo v. anche L.SCHIUMA, *Diritto d’autore e normativa europea*, in *Trecan.it – XXI secolo* [2009]: “in virtù del limite costituzionale dell’utilità sociale, stimolare l’innovazione con l’attribuzione della privativa significa dare alla privativa un valore strumentale e non finale, non già limitare lo sviluppo del progresso a quello che si genera consentendo al titolare di trarre il massimo profitto dalla privativa”.

frontato – sempre sul terreno degli ancoraggi “apicali” - il tema “classico” dei rapporti fra tutela della p.i. e tutela della concorrenza. In proposito, com’è noto, la stratificazione di idee, che riguarda non solo le giustificazioni della p.i. (supra, § 1), ma anche le concezioni stesse della concorrenza economica e della sua funzione (61), ha portato a concepire questi rapporti in modi assolutamente contrastanti.

In un quadro di teoria economica ortodossa i diritti di p.i. esprimono fallimenti del mercato perché impediscono la realizzazione di un equilibrio di concorrenza perfetta (62). In questo modo la teoria economica ortodossa fornisce un sostegno alla concezione (arcaica, e tutt’altro che conforme ad una visione liberistica) per cui non è possibile un’appropriazione privata delle idee, e con ciò sostiene la conclusione per cui i DPI costituiscono un numero chiuso di figure eccezionali (eccezionali rispetto ad un quid, una sorta di “ordine naturale” dell’economia, che vede insieme, un po’ confusamente, la “concorrenza perfetta” e la cultura come “bene comune”).

In realtà, per l’economia ortodossa la p.i. è anche una sorta di male necessario, perché un mercato di concorrenza perfetta, equiparando i prezzi dei beni al costo marginale, costringerebbe il produttore innovatore a vendere in perdita (in quanto il costo marginale della nuova unità di prodotto non sarebbe in grado di incorporare i costi sopportati dall’innovatore nel processo di ricerca) (63); il che equivale a dire che la concorrenza perfetta ostacolerebbe l’innovazione e il progresso (che è la nota critica che Hayek e la scuola austriaca hanno mosso contro la teoria ortodossa) (64). Ma è evidente la debolezza teorica di una concezione che deve relegare al li-

(61) Cfr. M.LIBERTINI (nt. 9), 191 ss.

(62) “*La cosiddetta proprietà intellettuale consiste in una forma particolare di proprietà che per definizione impedisce la concorrenza*” (M.BOLDRIN – D.K.LEVINE [nt. 38], 124). “*I diritti di proprietà intellettuale e il diritto antitrust perseguono interessi opposti, la conflittualità fra le due discipline è sottesa alla logica del primo di creare monopoli ed alla funzione diametralmente opposta del secondo che tenta di eliminarli o quantomeno combatterli*” (P.MASTRELIA, *Standard, patent pool e gruppi d’acquisto di brevetti. Verso un nuovo modello di trasferimento di tecnologia nel settore hi-tech*, in *Dir.ind.*, 2013, 517-8).

(63) Cfr. E.W.KITCH, *Elementary and Persistent Errors in the Economic Analysis of Intellectual Property*, in 53 *Vanderbilt Law Rev.*, 1727 ss. [2000].

(64) E’ noto che a questa posizione si è contrapposta, nell’analisi economica ortodossa, la teoria di K.Arrow (1962), secondo cui l’incentivo all’innovazione sarebbe più alto in un mercato di concorrenza perfetta, perché in questo caso l’innovatore si approprierebbe dell’intero profitto derivante dall’innovazione; invece, in un mercato di concorrenza monopolistica, l’imprenditore sarebbe incline a valorizzare i prodotti che gli danno un certo potere di mercato e non a produrre innovazioni, che porterebbero a “cannibalizzare” (per usare il gergo aziendalistico) i prodotti già esistenti.

Dal mio limitato punto di osservazione questa teoria (su cui v. anche *infra*, nt. 74) fornisce un esempio insuperato dei limiti dell’analisi economica neoclassica, fondata su un modello di equilibrio statico e sul postulato della concorrenza di prezzo come modalità fondamentale di funzionamento dei mercati, oltre che sulla completa eliminazione di considerazioni storico-sociologiche.

L’insufficienza del quadro teorico mi sembra confermata dalla povertà del successivo dibattito su “innovazione e struttura di mercato ottimale”, che ha prodotto numerose analisi, caratterizzate da molto relativismo nei risultati finali (v., p.e., la rassegna di P.GIORDANI – L.ZAMPARELLI, *Innovazione e Ricerca nella Teoria Neoclassica*, Aprile 2007, in www.eui.eu).

Basta invece un minimo di considerazione della dinamica concreta dei mercati per ren-

vello di “male necessario”, senza poterne bene delineare i confini, il fenomeno centrale dell’economia degli ultimi secoli, qual è l’innovazione.

In una concezione più moderna della concorrenza (incentrata sull’idea di processo concorrenziale fondato sulla differenziazione dell’offerta e sull’innovazione, e quindi sul primato dell’efficienza dinamica dei mercati) i diritti di p.i. vengono ad essere concepiti, piuttosto, come strumenti essenziali per l’efficienza dei mercati. La tutela dell’innovazione imprenditoriale non appare più come un’eccezione ai principi, ma come un punto essenziale della disciplina dell’economia di mercato. Il problema centrale diviene quello di costruire regole di protezione appropriate ed efficienti, evitando il rischio di overprotection.

Tutela della p.i. e tutela della concorrenza (intesa in senso dinamico) diventano dunque due facce della stessa medaglia. Credo che possa dirsi che questo è, oggi, il modo di pensare prevalente nella dottrina giuridica (65).

In questa prospettiva mi sembra molto interessante, e condivisibile, la presa di posizione della nostra Corte costituzionale, che ha ritenuto che la disciplina della proprietà intellettuale rientri nella materia (costituzionale) della “tutela della concorrenza” e sia perciò di esclusiva competenza statale (66).

6. Una volta stabiliti, nel modo che si è cercato di esporre, gli “ancoraggi apica-

dersi conto che, in situazioni di contendibilità e di oligopolio, la spinta ad innovare diventa irreversibile (come ha ampiamente illustrato Baumol [nt. 25 e *infra* § 6.2]), anche se rimangono da comprendere e, se del caso, correggere, l’intensità e la direzione qualitativa dei processi.

(65) Rinvio a M.LIBERTINI (nt. 11), 242-3, e dottrina ivi citata (Ghidini, Curley, Bertani, Meli, Peritz, Drexl), a cui molte altre indicazioni potrebbero aggiungersi.

Un’acuta riflessione sul tema generale v., da ultimo, in F.DENOZZA, *Intellectual Property and Refusal to Deal: “Ad Hoc” versus “Categorical” Balancing*, in *Competition Law and Intellectual Property. An European Perspective*, ed. by G.Caggiano, G.Muscolo, M.Tavassi, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2012, 259 ss. D. sostiene che “*innovation cannot be considered as an objective as such.. and that consumers cannot be presumed to be all equally interested in innovation*” e che pertanto “*innovation is an objective contradictory in itself that requires the identification of an internal equilibrium point. ‘Maximize innovation’ is not a rational and coherent precept*”.

Queste osservazioni colgono bene le aporie che, su un piano etico-sociale, si connettono all’esaltazione del processo di “distruzione creatrice”, proprio dello sviluppo capitalistico e della concorrenza fra imprese capitalistiche (ancorché temperato dal controllo “democratico” fornito dalla “sovranità del consumatore” [in realtà sovranità della maggioranza dei consumatori, e sempre a condizione che vi sia un’effettiva libertà di scelta]).

Questo tipo di riflessioni ci porterebbe però troppo lontano, e può soltanto giustificare, al presente, una ripresa dell’idea – oggi fuori moda - della necessità di un ruolo correttivo del governo pubblico dell’economia (oggi inquadrabile nella dottrina dell’economia sociale di mercato): cfr. M.LIBERTINI, *Concorrenza e coesione sociale*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale* [rivista telematica], I, 2013.

Peraltro, le conclusioni dello stesso D., sul piano del diritto positivo, sono nella direzione di sostenere la continuità del processo innovativo, tendenzialmente fondato sulla competizione fra diverse imprese e non sulla difesa di sovraprofiti dell’impresa innovatrice (sul punto v. anche *infra*, § 6.2).

(66) Le norme sui segni distintivi d’impresa, secondo l’orientamento espresso dalla Corte costituzionale (Corte cost., 4 maggio 2005, n. 175, in *Foro it.*, 2005, I, 2278, con nota adesiva di R.ROMBOLI; Corte cost., 14 novembre 2008, n. 368) rientrano nella materia “tutela della concorrenza”, di competenza esclusiva dello Stato.

li" attuali della disciplina della proprietà intellettuale, occorre procedere in rapida rassegna i diversi istituti, anche al fine di mettere in evidenza le profonde differenze che intercorrono fra gli stessi.

A tale proposito sarà opportuno considerare (molto sommariamente), per ciascun istituto, i problemi di determinazione dell'ambito delle innovazioni tutelabili, quelli relativi ai confini della tutela nei confronti di utilizzazioni altrui dello stesso contenuto, quelli relativa alla necessità e/o sufficienza dell'attribuzione di un diritto esclusivo, ai fini della realizzazione della funzione economica di promozione dell'innovazione; ed infine l'eventuale essenzialità del ruolo svolto dalla spesa pubblica ai fini del sostegno dell'innovazione nei diversi settori.

Questo lavoro è, in buona parte, facilitato dalla possibilità di riferirsi ad alcune note e importanti riflessioni dottrinali (in primo luogo quelle di G.Ghidini e, più di recente, quelle di M.Ricolfi) che hanno affrontato l'intera tematica (67) in una prospettiva anche de iure condendo, ambedue ponendo in luce l'esigenza di superamento della concezione della proprietà intellettuale come diritto di esclusiva dominicale.

6.1. Rispetto al filone di riflessioni sopra esposto, la tutela del marchio e dei segni distintivi è, in buona parte, eccentrica. Non perché l'interesse tutelato dal diritto sui segni distintivi non sia di carattere imprenditoriale (anzi qui è proprio ovvio il contrario), ma perché il diritto soggettivo sul segno distintivo non tutela l'innovazione in quanto tale. Tutela però l'interesse imprenditoriale alla differenziazione dell'offerta (e, in questa prospettiva, l'istituto è anch'esso, ovviamente, uno strumento essenziale di sostegno del processo di concorrenza dinamica).

La storia dei marchi è peraltro diversa da quella generale, sopra sintetizzata (al § 1). Il marchio era il sigillo di appartenenza ad una corporazione e l'affermarsi del principio di libertà di commercio (unito all'ideale di concorrenza perfetta) ha portato in passato, per un periodo non breve, a guardare con qualche diffidenza alla tutela del marchio. Da qui l'idea, a lungo dominante, per cui questa tutela dovesse essere limitata alla funzione strettamente informativa.

Questa idea è ormai superata, a livello di diritto vigente. La tutela allargata del marchio, come frutto di investimento nella reputazione dell'impresa, può ritenersi pienamente giustificata in un quadro (realistico) di concorrenza imperfetta (68).

(67) Cfr. G.GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*², Giuffrè, Milano, 2008, le cui conclusioni sono in larga parte qui condivise (salvo, come si vedrà *infra*, quelle in materia di marchi). Le opinioni di G. sono da ultimo riassunte in G.GHIDINI, *The Bride and the Groom. On the Intersection between Intellectual Property and Antitrust Law*, in *Competition Law and Intellectual Property. An European Perspective*, ed. by G.Caggiano, G.Muscolo, M.Tavassi, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2012, 27 ss.

In buona parte le opinioni espresse nel prosieguo del testo sono anche conformi a quelle di M.RICOLFI (nt. 3), che svolge un brillante riesame delle funzioni attuali dei DPI, giungendo alla conclusione secondo cui "*exclusivity has become in the last twenty years a recessive feature, or gene, of IP protection*".

(68) Cfr. M.LIBERTINI, *The protection of business investments regarding the reputation of the trademark. The question of the trademark that has become generic*, in *Europa e diritto privato*, 2007, 757 ss.

Non esiste un interesse pubblico alla condivisione o alla volgarizzazione dei segni distintivi, perché in questo campo l'interesse pubblico è piuttosto quello alla chiara differenziazione, formale e sostanziale, delle offerte presenti nei mercati. Ciò giustifica oggi una ricostruzione restrittiva (rispetto a quelle prevalenti in passato) della nozione di "volgarizzazione", perché gli investimenti dell'impresa per mantenere elevata la propria reputazione sono complessi e costosi e gli investimenti per difendere la celebrità del marchio sono solo una componente della politica reputazionale dell'impresa, comunque non autosufficiente, se poi non è sostenuta da aspetti qualitativi più sostanziali, idonei a proteggere la reputazione stessa.

Tutto ciò non impedisce di riconoscere, con qualche larghezza, usi leciti del marchio altrui, quando il marchio si riferisca ad un prodotto nuovo, non definibile altrimenti se non con circonlocuzioni astruse, o quando il marchio venga usato nell'ambito di una corretta pubblicità comparativa (69). Ma tutto ciò non giustifica posizioni programmaticamente contrarie alla tutela allargata dei marchi celebri, visti come strumenti di ingiustificato potere di mercato (70).

In ogni caso, proprio il riconoscimento della protezione allargata del marchio richiede però una maggiore attenzione, rispetto al passato, in relazione al rischio di appropriazione di segni di uso comune (parole, nomi geografici etc.) da parte del titolare del marchio. La deterrenza nei confronti di comportamenti parassitari, cioè di acquisizione di "vantaggi indebiti" nella comunicazione commerciale riguarda tanto il profilo dell'imitazione di segni celebri, quanto quello dei tentativi di appropriazione, da parte di imprese interessate, di segni che, in un modo o nell'altro, sono in grado di offrire un vantaggio comunicativo che prescinde da criteri di competition on the merits.

Tuttavia, una volta riconosciuta la validità del titolo costitutivo del diritto, una protezione proprietaria allargata sembra ancora corrispondere all'interesse generale (71).

Inoltre, il settore dei segni distintivi presenta caratteristiche di autosufficienza dell'iniziativa imprenditoriale privata e non richiede particolari investimenti pubblici, salvo che nel settore dei marchi collettivi. Per questi ultimi l'esperienza dimostra l'insufficienza delle iniziative spontanee (eccezion fatta per il settore delle D.O.P. e I.G.P. nel settore agroalimentare, che soffre però di un fenomeno opposto di sovradimensionamento). E tuttavia anche un razionale sviluppo di segni distintivi indicatori di qualità o provenienza, quali sono i marchi collettivi, avrebbe un significato positivo, in termini di migliore informazione del consumatore e di efficienza dinamica complessiva dei mercati.

Da questo punto di vista la politica europea soffre, a mio avviso, di alcune de-

(69) Cfr. V.DI CATALDO, *The Trade Mark with a Reputation in EU Law – Some Remarks on the Negative Condition "Without Due Cause"*, in 42 *I.I.C.*, 833 ss. [2011].

(70) Mi riferisco, in particolare, ad alcune posizioni di G.Ghidini e P.Spada, criticate nello scritto sopra citato (nt. 68).

(71) E' significativo che anche le opinioni abolizioniste in materia di proprietà intellettuale non trovino alcunché a ridire circa la protezione giuridica dei marchi (cfr. M.BOLDRIN – D.K.LEVINE [nt. 43], 11), ravvisando come unico problema quello di non consentire l'appropriazione di segni di uso comune.

bolezze di impostazione. Per esempio, si vuole incentivare – giustamente – lo sviluppo di marchi di qualità ambientale, e si promuove il marchio “Ecolabel” (Reg. CE/66/2010), ma poi si confida nella spinta spontanea delle imprese a competere fra loro sul terreno della responsabilità sociale e ambientale e, anziché offrire incentivi a chi mostri di raggiungere i requisiti per l’accesso al marchio, si impone una tassa di accesso (che, per molte piccole imprese, può essere un disincentivo all’accesso al marchio di qualità ambientale). Sotto altro profilo, per una esagerata preoccupazione di reingresso di politiche protezionistiche locali, si è affermato un irrazionale divieto, per gli enti territoriali, di registrare marchi collettivi, anche quando questi possano fornire informazioni utili ai consumatori su provenienza e qualità dei prodotti (72). Infine, si consente una eccessiva crescita di D.O.P. e I.G.P. nel settore agroalimentare: qui la proliferazione dei segni è invece vista positivamente, dal legislatore europeo, in base alla formalistica considerazione per cui i soggetti titolari di tali segni sono ormai necessariamente organizzazioni private; ma con ciò si trascura la considerazione che l’eccessiva proliferazione di segni di questo tipo finisce per ridurne il valore effettivo (73).

6.2. Sulle innovazioni tecniche (brevetti per invenzione etc.) l’analisi economica ci ha proposto, nell’ultimo mezzo secolo, una “rivoluzione copernicana”. L’idea tradizionale era quella di mercati a tecnologia costante, nei quali l’invenzione e il brevetto si presentavano come evento traumatico occasionale (spesso frutto del “lambo di genio” individuale). Questa idea (che pure sta alla base della teoria “classica” della proprietà industriale) si riferisce, in realtà, ad un passato ormai remoto (74). Nell’economia contemporanea si è generalizzato quel tipo di concorrenza che, nel sec. XX, fu chiamata “imperfetta”, che è caratterizzata dalla ricerca costante della differenziazione di prodotto da parte delle imprese.

In questa prospettiva l’analisi dei processi innovativi presenta le seguenti caratteristiche (75):

(72) Per una critica al “tabù” europeo nei confronti dei marchi di qualità regionali, a cui si è pienamente adeguata la nostra Corte costituzionale, cfr. M.LIBERTINI, *Ancora sulla promozione di prodotti locali da parte delle Regioni e sui marchi di qualità regionali*, in *Giur.cost.*, 2013, 1020 ss.

(73) Anche su questo punto mi permetto di rinviare a M.LIBERTINI, *L’informazione sull’origine dei prodotti nella disciplina comunitaria*, in *Riv.dir.ind.*, 2010, I, 289 ss.

(74) “L’Ottocento è stato detto il ‘secolo delle invenzioni’: il progresso scientifico-tecnologico vi fu infatti abbastanza rapido da aprire un vasto ventaglio di potenziali applicazioni a metodi di produzione e prodotti innovativi e allo stesso tempo rimase a un livello di complessità abbastanza limitato da permettere e incoraggiare il contributo di ricerche individuali” [L.RUSSO – E.SANTONI (nt. 6), 336].

(75) V. *supra*, nt. 25 e 29. Altre indicazioni in V.FALCE, *Profili pro-concorrenziali dell’istituto brevettuale*, Giuffrè, Milano, 2008, 13 ss. (che però trascura proprio gli aa. citati alle nt. sopra richiamate). V. anche M.A.CARRIER, *Two Puzzles Resolved: Of the Schumpeter-Arrow Stalemate and Pharmaceutical Innovation Model*, in 93 *Iowa Law Rev.*, 393 ss. [2008]. Quest’ultimo a. si riferisce alla “classica” disputa tra l’idea di Schumpeter, secondo cui la grande dimensione imprenditoriale dà incentivo agli investimenti in innovazione, e l’opposta tesi di Arrow, secondo cui è invece proprio la situazione di concorrenza perfetta che fornirebbe il maggiore incentivo in tal senso, perché consentirebbe all’innovatore di appropriarsi per inte-

- l'innovazione (tecnica, oltre che commerciale) diviene una funzione essenziale dell'impresa contemporanea; gli investimenti in R&D rappresentano pertanto una funzione permanente dell'impresa (per lo meno dell'impresa medio-grande) e il flusso di innovazioni diviene continuo ed incrementale (76);

- nell'ultimo quarto di secolo il processo innovativo industriale ha subito un processo di decentramento, per cui le grandi imprese, prima ancora che investire in laboratori interni, hanno spesso preferito diventare committenti di progetti di ricerca, affidati ad Università o a piccole imprese esterne specializzate negli innovation markets (77); ma questo fenomeno di decentramento (a parte la considerazione che esso è comune a larga parte dell'attività produttiva delle imprese contemporanee) non fa venir meno la centralità dell'impresa, e la necessità di strategie innovative d'impresa, per la gran parte della ricerca industriale contemporanea;

- l'innovazione occasionale continua a presentarsi, ogni tanto, nella vita economica (e può provenire anche da piccole imprese e, qualche volta, anche da "garage inventors"); ma è eccezionale e, subito dopo il suo verificarsi, tende ad essere assorbita dal flusso di innovazioni routinarie ed incrementali;

- il processo innovativo è agevolato, e non ostacolato, dalla collaborazione, nella fruizione di innovazioni, fra imprese indipendenti (patent pool, distretti industriali).

Il problema diviene allora: in un mercato di concorrenza imperfetta, è ancora giustificato un premio/incentivo all'innovazione? Secondo l'opinione corrente, anche nella nuova prospettiva i brevetti continuano ad essere giustificati, come premio/incentivo agli investimenti in ricerca industriale, che sono, spesso, davvero ingenti. Ed invero non è decisivo l'argomento degli abolizionisti (v. supra, § 3) per cui anche l'imitazione ha un costo, sicché sarebbe premio sufficiente, per l'impresa innovatrice, il vantaggio di fatto del first mover. Invero è difficile convenire, sulla base dell'esperienza comune, sull'idea che il costo dell'imitazione – pur certo esistente - pareggi, di norma, quello della ricerca e sviluppo di nuovi prodotti (costo che comprende anche i tentativi di ricercare e sviluppare in direzioni che non riescono poi a tradursi in prodotti finiti).

Ciò posto, è anche vero che il premio/incentivo dato una tantum al primo innovatore è strumento coerente all'antica idea dell'invenzione come shock occasionale

ro del sovrapprofitto derivante dall'innovazione, senza dovere "cannibalizzare" altre proprie produzioni. Carrier nota giustamente che ambedue le tesi possono essere vere a seconda del tipo di innovazione di cui si parla (innovazione "drastica" o incrementale, innovazione di prodotto o di processo, etc.). Credo però che le teorie economiche lineari dell'innovazione, come quelle rappresentate dalle due posizioni "classiche" sopra richiamate, oggi possano ritenersi assorbite da quelle più complesse, sommariamente riassunte nel testo.

(76) In questa situazione si crea anche la nuova nozione di *innovation markets*, cioè di mercati della domanda ed offerta di servizi di ricerca e sviluppo per nuove innovazioni industriali. Sul punto (ed anche sulle correnti critiche circa la possibilità di delineare correttamente questa figura), oltre a M.CARRIER (nt. 75), v. M.GLADER, *Innovation Markets and Competition Analysis. EU Competition Law and US Antitrust Law*, Elgar, Cheltenham (UK), 2006.

(77) Cfr. M.B.W.GRAHAM, *Entrepreneurship in the United States, 1920-2000*, in *The Invention of Enterprise – Entrepreneurship from Ancient Mesopotamia to Modern Times*, D.S.Landes – J.Mokyr – W.J.Baumol, eds., Princeton University Press, 2010, 401 ss.

nel mercato, mentre può apparire incoerente con una realtà in cui sono numerosi i centri e le linee di ricerca industriale che competono, spesso su linee parallele e con ingenti investimenti (78). Da qui la complessità delle attuali scelte di politica legislativa: da un lato, per non scoraggiare gli investimenti, occorre che il possibile premio sia elevato e reso appetibile per l'impresa che, per prima, taglierà "in volata" il traguardo; dall'altro, occorre anche evitare un eccesso di investimenti di investimenti ripetitivi in ricerca industriale. Da qui anche la razionalità di una risposta politico-economica volta a favorire la cooperazione nell'attività inventiva e nello sviluppo di standard produttivi che mettano insieme serie di invenzioni fra loro complementari (79).

Il punto di equilibrio può essere dunque raggiunto non negando l'esclusiva, ma superando il paradigma proprietario tradizionale ed imponendo un'idea di proprietà/funzione (v. supra, § 4), che garantisca all'impresa innovatrice una chance di guadagno differenziale, ma imponga anche ampi obblighi di collaborazione fra titolari dei diritti di p.i. (sulla falsariga dell'art. 71 c.p.i., che andrebbe visto non più come norma eccezionale – come invece è chiaramente ancora concepita nell'art. 31 degli accordi TRIPS - bensì come norma esemplare di un principio-cardine di collaborazione fra imprese innovatrici (80)). In termini di diritto generale della concorrenza, ciò porta a sostenere una ripresa ed un uso allargato della dottrina delle essential facilities e del relativo obbligo del titolare di risorse di questo tipo (che non sono necessariamente materiali, ma possono essere anche immateriali, organizzative o virtuali, come tutti gli strumenti che danno luogo a networks effects) di collaborare con le imprese che di tali risorse hanno bisogno per potere con esse interoperare o per poterle sviluppare (81).

In questo senso si nota ormai, a livello comparatistico, una significativa convergenza fra proposte di applicazione estensiva delle norme antitrust a imprese titolari di diritti di brevetto importanti, e proposte di applicazione estensiva della dottrina

(78) E' questa la maggiore debolezza della disciplina tradizionale del brevetto, secondo C.GALLI (nt. 50).

La stessa idea è largamente rappresentata nel dibattito internazionale {v., per ulteriori informazioni, N.E.SOLOMON, *A Short History of the Intellectual Property Clause: A Review of 19th and 20th Century Landmark Patent Cases* [2009], disponibile in *S.R.R.N.* (ove è anche ricordata la diffusa replica, per cui il punto di debolezza sarebbe largamente superato dalla "democratizzazione" del sistema brevettuale, cioè dall'abbassamento della soglia di brevettabilità di nuovi prodotti, che consente la brevettazione anche di innovazioni incrementali e quindi dà spazio ad una pluralità di centri di innovazione)}.

(79) Cfr. G.COLANGELO, *Mercato e cooperazione tecnologica. I contratti di patent pooling*, Giuffrè, Milano, 2008; I.S.FORRESTER, *The Interplay between Standardization, IPR and Competition Law*, in *Competition Law and Intellectual Property. An European Perspective* (nt. 67), 113 ss.

(80) In tal senso v. P.A.FRASSI, *Innovazione derivata, brevetto dipendente e licenza obbligatoria*, in *Riv.dir.ind.*, 2006, I, 212 ss.; analogamente G.GHIDINI (nt. 67) e V.FALCE (nt. 75), 247 ss.

(81) Sul punto v., da ultimo, la riflessione di F.DENOZZA (nt. 65), che propone in materia un *balancing test* incentrato sull'idea che l'obbligo di licenza del titolare del diritto di esclusiva su una "risorsa essenziale" non debba essere esteso al punto da disincentivare gli sforzi innovativi autonomi dei concorrenti.

del patent misuse (82). Questo orientamento verso una tutela “debole” del brevetto corrisponde, come è stato di recente opportunamente sottolineato anche nella dottrina giuridica (83), agli orientamenti della dottrina economica evoluzionistica, particolarmente sensibile al profilo dell’efficienza dinamica dei mercati.

Naturalmente questo vale per le licenze che prevedano anche apporti incrementali del licenziatario, o del pool di appartenenza, non anche per le licenze pure e semplici o per i contratti di distribuzione commerciale, per i quali può tornare a prevalere il paradigma proprietario tradizionale, cioè la riespansione dello *ius excludendi* del titolare del brevetto.

Lo stesso tipo di ragionamento può farsi, in modo speculare, anche per altri profili di disciplina del brevetto (84), come quello relativo alle limitazioni del diritto (e in particolare all’eccezione di uso sperimentale, di cui all’art. 68 c.p.i. (85)).

Nella stessa prospettiva si pone anche il problema cruciale della durata stessa del brevetto. Questa è oggi fissata arbitrariamente, ma, d’altra parte, un correttivo legato all’avvenuto (presunto) raggiungimento della remunerazione dell’investimento non sarebbe razionale, perché questi investimenti costituiscono un flusso e quindi la remunerazione può giustificarsi, tipicamente, anche in funzione di investimenti successivi. Però sarebbe giusto che, superata una certa soglia di remunerazione,

(82) Cfr. T.KÄSEBERG, *Intellectual Property, Antitrust and Cumulative Innovation in the EU and in the US*, Hart, Oxford, 2012.

Un’accurata rassegna comparatistica (EU / USA) delle applicazioni delle norme antitrust contro possibili abusi dei diritti di p.i. (rifiuto di licenze di prodotti essenziali / frodi nell’acquisto o nel prolungamento della durata dei diritti / abuso dei mezzi di tutela / comportamenti scorretti nella gestione di *Standard Essential Patents* [p.e. comunicazione tardiva]/pretesa di *royalties* eccessive), v., da ultimo, in A.ARENA – B.BERGMANN – J.L.HIMES, *Two Bodies of Law Separated by a Common Mission: Unilateral Conduct by Dominant Firms at the IP/Antitrust Intersection in the EU and the US*, in *European Competition Journal*, 2013, 623 ss. (da cui risulta una tendenza europea ad un’applicazione più estensiva delle norme antitrust, che però gli aa. tendono a temperare nelle loro conclusioni).

I.LIANOS (nt. 33) prevede (ed anche auspica) un prossimo assorbimento (anche organizzativo) della materia della proprietà intellettuale (quanto meno per l’innovazione tecnica) nel diritto generale della concorrenza.

(83) Cfr. M.MAGGIOLINO, *Intellectual Property and Antitrust. A Comparative Economic Analysis of US and EU Law*, Elgar, Cheltenham (UK), 2011, 39 ss.

(84) Un apprezzabile tentativo di rilettura dell’intera disciplina brevettuale alla luce delle dottrine dell’innovazione di ispirazione pro-concorrenziale, anche in relazione a profili neanche accennati nel testo [onere di divulgazione, requisiti di brevettabilità (con proposta interpretativa di elevazione del requisito dell’altezza inventiva), ampiezza dell’esclusiva brevettuale (con proposta interpretativa restrittiva), libertà di uso sperimentale da parte di terzi etc.], è stato svolto da V.FALCE (nt. 75).

Analogamente, ma in prospettiva quasi esclusivamente *de iure condendo*, ed aperta anche alla riforma del diritto d’autore, M.A.CARRIER, *Innovation for the 21st Century. Harnessing the Power of Intellectual Property and Antitrust Law*, Oxford University Press, 2009 (in un quadro di riflessioni generali – condivise da chi scrive – sulla necessità di “riorientare” l’interpretazione delle norme antitrust in funzione del sostegno dei processi di efficienza dinamica dei mercati).

(85) Cfr. V.DI CATALDO, *The Experimental Use of the Patented Invention: A Free Use or an Infringing Use?*, in *Patents and Technological Progress in a Globalized World – Liber Amicorum Joseph Straus*, Springer, Berlin, 2009, 88 ss.

fosse stabilita, de iure condendo (ma forse anche il risultato potrebbe essere raggiunto de iure condito), una regola FRAND (86).

Tra i problemi “apicali” vi è poi quello dei confini alla serie potenziale di invenzioni tutelabili. Anche qui la soluzione si pone in termini di necessità o meno dell’incentivo all’investimento. Dovunque il risultato della ricerca possa tradursi in un trovato commerciabile e in fonte di profitto, la p.i. potrebbe pur giustificarsi, da un punto di vista strettamente economico, ma si devono riconoscere, per ragioni puramente politiche ma non per questo criticabili, alcune eccezioni:

a) ci sono filoni di ricerca da disincentivare o addirittura vietare per ragioni etiche (p.e. macchine di tortura);

b) ci sono altri filoni di ricerca da incentivare con spesa pubblica, perché non idonei a tradursi in trovati commerciabili e fonti di profitto, ma non per questo meno importanti (da qui, p.e., le diverse legislazioni speciali a sostegno della ricerca industriali sui c.d. farmaci orfani (87));

c) ci sono filoni di ricerca da incentivare con spesa pubblica, non perché manchino incentivi economici alla ricerca privata, ma perché, per ragioni etiche, si ritiene di far prevalere un giudizio di valore favorevole al dominio pubblico delle conoscenze trovate (come tutto ciò che porta alla “scoperta” pura) (88);

d) ci sono filoni di ricerca da incentivare con spesa pubblica perché la spinta degli investimenti privati, che è forte nella direzione della ricerca incrementale, ben difficilmente si spinge verso zone di frontiera, ad alto rischio immediato, ma destinate ad avere valenza strategica per il futuro dell’economia e della società (p.e. fonti di energie alternative) (89).

I punti più critici sono gli ultimi due.

Per quanto riguarda i limiti alla brevettabilità delle scoperte scientifiche la ragione della soluzione è di carattere etico-filosofico (permanenza della originaria concezione della conoscenza come “dono divino” e bene comune) e non attiene certo all’impossibilità di ricadute applicative della scoperta (come invece spesso si continua a dire (90)) e neanche nella attitudine alla “condivisione di idee e di espe-

(86) Cioè l’obbligo, convenzionalmente assunto, di norma, negli accordi di standardizzazione produttiva, di concedere licenze sugli *Standard Essential Patents* a condizioni *Fair, Reasonable and Non Discriminatory*.

(87) V., per tutti, F.FICICCHIA, *Malattie rare e farmaci orfani. Profili giuridici*, in *Contratto e impresa – Europa*, 2007, 428 ss.

(88) Il dibattito su quest’ultimo punto ha visto contrapporsi, per qualche decennio, una visione “americana” volta ad allargare i confini del brevetto anche alle scoperte di entità naturali, suscettibili di sfruttamento industriale (ciò al fine di incentivare gli investimenti privati in questa direzione) da una visione “europea” ferma al rispetto del “tabù” della proprietà comune delle entità naturali.

E’ noto tuttavia che questo contrasto è (forse) superato dalla recente decisione della Corte Suprema U.S.A. del 13 giugno 2013 [*Association for Molecular Pathology v. Myriad Genetics*, 569 U.S. 12-398 (2013)] che ha negato la brevettabilità del genoma umano.

Sul tema v. come più recente, con orientamento non espansivo verso l’applicazione della disciplina brevettuale, R.ROMANO, *Brevetti e artefatti biologici*, Giappichelli, Torino, 2012.

(89) Su questo punto v. il fondamentale lavoro di M.MAZZUCATO (nt. 31).

(90) Anche da parte di V.FALCE, *Profili pro-concorrenziali* (nt. 75), 129-130.

rienze”, che pur rimane caratteristica saliente della comunità scientifica (91) (questa condivisione non sarebbe di per sé ostacolata dal fatto che il trovato intellettuale, in quanto tale, fosse protetto da un diritto di brevetto e non [solo] dal diritto d'autore). La ragione della soluzione sta in un giudizio di valore, per il quale la disciplina della produzione di nuove conoscenze sulla natura in quanto tale non può essere governata, neanche nel campo delle innovazioni tecniche, esclusivamente da criteri di mercato.

Va da sé che questa scelta politica comporta il riconoscimento dell'essenzialità di una ricerca “di base” sostenuta soprattutto dalla spesa pubblica (o dal mecenatismo di fondazioni private), in coerenza con quella che è stata, tradizionalmente, l'idea fondamentale circa il ruolo della ricerca universitaria (e delle università pubbliche in particolare) (92). Questa idea è stata poi offuscata dal “mercatismo” degli anni '90, per cui si è affermata l'opposta idea che anche le università pubbliche dovessero competere, sul terreno della ricerca industriale, sullo stesso piano delle imprese, e dovessero mirare a brevettare e a valorizzare nel mercato i risultati delle proprie ricerche. In questa prospettiva il legislatore italiano ha voluto “primeggiare” (sul terreno di una sorta di liberismo individualistico), ma l'esperienza ha dimostrato come sia stata inefficace ed ingenua la sua scelta (art. 65 c.p.i.) di stimolare la ricerca universitaria con l'attribuzione del diritto di brevetto all'individuo ricercatore (93).

Di non minore importanza è il punto sopra segnalato sub d). L'ideologia liberista, che ha egemonizzato il modo di pensare nell'ultimo scorcio del XX secolo, ha fatto dimenticare la grande importanza che ha avuto, nella storia, la domanda pubblica di innovazione, ed ha pressoché censurato il fatto che la più grande ed “epocale” innovazione del tempo presente, cioè internet, sia venuta non dalla ricerca industriale (di solito incrementale) delle imprese, ma dalla domanda pubblica (militare, peraltro) statunitense, e da una illuminata scelta politica del governo americano di “collettivizzare” i relativi protocolli, attribuendoli ad un soggetto no-profit sotto controllo pubblico. E si tratta solo dell'esempio più grande di un fenomeno che investe molti altri settori e costituisce uno degli aspetti più significativa della politica

(91) Così ancora V.FALCE (nt. 75), 134.

(92) V. ancora (prima dell'ondata liberistica) R.ROTHWELL – W.ZEGWELD, *Industrial Innovation and Public Policy: Preparing for the 1980s and the 1990s*, Greenwood Press, Westport (Conn.), 1981.

In L.RUSSO – E.SANTONI (nt. 6) sono ricordati diversi casi di scienziati italiani del XIX secolo che si rifiutarono di brevettare i risultati delle loro ricerche, perché ritenevano la brevetazione incompatibile con la deontologia accademica. Gli autori sottolineano giustamente che questi fenomeni rappresentano anche un segno di arretratezza del sistema economico italiano e dell'insufficienza del dialogo fra scienza e industria nel nostro paese (la nobile scelta di quegli scienziati non impedì poi ad imprese straniere di brevettare invenzioni di perfeziamento e di ricavarne ampi profitti). Tuttavia, in un momento storico in cui la scelta del legislatore italiano è stata quella di spingere il ricercatore universitario a divenire imprenditore di sé stesso (v. l'art. 65 c.p.i., ed *infra* nel testo), senza peraltro ottenere i risultati sperati di incremento dei risultati della ricerca applicata universitaria, non si può evitare un senso di ammirata emozione per quel livello deontologico raggiunto, all'epoca, dal ceto dei docenti universitari italiani.

(93) Rinvio, sul punto, a M.LIBERTINI, *I centri di ricerca e le invenzioni dei dipendenti nel codice della proprietà industriale*, in *Riv.dir.ind.*, 2006, I, 49 ss.

economica statunitense (94). Negli ultimi anni anche la Commissione europea si è resa conto della grande importanza della domanda pubblica di innovazione, ed ha avviato una politica di sostegno dei Public Procurement for Innovation e dei Pre-Commercial Public Procurement (95). In ambedue i casi la domanda pubblica svolge una funzione diretta di individuazione di esigenze innovative a cui il mercato non è stato in grado di dare risposta ed offre un incentivo mirato alle imprese che siano disposte ad orientare i loro investimenti in tal senso (96).

In sostanza, l'esperienza degli ultimi decenni ci dimostra che i brevetti devono continuare ad essere uno strumento fondamentale per orientare gli investimenti delle imprese verso prodotti innovativi, ma – a parte la necessità di una revisione della disciplina dell'uso del brevetto in senso sempre più cooperativo, come sopra si è detto - la p.i. non può essere lo strumento esclusivo su cui si fonda la politica industriale. Se si vuole effettivamente incentivare la produzione di innovazione, anche quella suscettibile di ricadute di ordine tecnico, occorre che l'innovation market sia anche permanentemente sostenuto dalla domanda pubblica.

6.3. Circa la tutela dell'informazione aziendale riservata credo – contrariamente a quanto è stato sostenuto da molti (97) - che la scelta del c.p.i. di allargare la tutela di tali informazioni sia condivisibile, in una prospettiva di sostegno del dinamismo dei mercati.

In materia le idee prevalenti vanno – come si è detto - in direzione opposta, e sono probabilmente influenzate dalle preoccupazioni suscitate dal fenomeno della

(94) V. ancora M.MAZZUCATO (nt. 31).

(95) V. la Comunicazione della Commissione europea del 14 dicembre 2007 (COM 2007/799) intitolata "Appalti pre-commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa" [accompagnata dal documento esplicativo, pubblicato in pari data, SEC(2007) 1668].

(96) La differenza fra le due figure sta nel fatto che, con la prima (più tradizionale) il soggetto pubblico è committente di un risultato industriale innovativo di cui intende acquisire la disponibilità esclusiva (come è avvenuto con le commesse militari americane); con la seconda il soggetto pubblico propone alle imprese private una forma di condivisione dei rischi della ricerca, offrendo un premio a chi si impegna a trovare la soluzione di un certo problema, ma lasciando poi che la o le imprese premiate rimangano titolari dei DPI eventualmente acquisiti, condividendo però con il soggetto pubblico committente/finanziatore una parte dei vantaggi dell'utilizzazione commerciale del trovato.

Per una sintetica, ma efficace, rassegna degli strumenti di cui la parte pubblica può e deve avvalersi, al fine di promuovere la ricerca industriale (*Public procurement / Regulation / Research Institutions & Universities / Public R&D subsidies*), v. B.ASCHHOFF – W.SOFKA, *Innovation on Demand – Can Public Procurement Drive Market Success on Innovations?*, in Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung – *Discussion Paper* n. 08-052, July 2008.

(97) Cfr. G.GHIDINI – V.FALCE, *Upgrading Trade Secrets as IPRs: a recent breakthrough in Italian Ip Law*, in *Dir.aut.*, 2008, 117 ss.; R.ROMANO, *Brevi riflessioni in tema di diritti titolati e non titolati nel campo dell'innovazione tecnologica*, in *Studi in memoria di P.A.Frassi*, Giuffrè, Milano, 2010, 599 ss.; M.P.SIMPSON, *Future of Innovation Trade Secrets, Property Rights and Protectionism – an Age-Old Tale*, in 70 *Brooklyn Law Rev.*, 1121 ss. [2005].

Per l'orientamento difeso nel testo v. invece M.A.LEMLEY, *The Surprising Virtue of treating IP Secrets as IP Rights*, in 61 *Stanford Law Rev.*, 311 ss. [2008].

Big Science, cioè della ricerca industriale ad alto costo, finanziata da grandi imprese e caratterizzata da segretezza dei processi in corso. E' questo un fenomeno che incide negativamente (e gravemente) sulla circolazione delle informazioni scientifiche (98), ma che, sul piano del funzionamento dei mercati, incide essenzialmente sulle fasi prebrevettuali della ricerca (in altri termini, si tratta di espansione di segreti strumentali a futuri brevetti). Altra cosa sono i segreti suscettibili di diretta valorizzazione commerciale o industriale, oggi tutelati dall'art. 90 c.p.i. come oggetto di DPI.

Per quanto riguarda questi ultimi, ritengo che il segreto, per ciò che attiene all'innovazione tecnica, sia uno strumento di tutela appropriato solo per tre tipi di informazioni:

(i) quelle relative a innovazioni puntiformi, che possono essere tutelate anche per un periodo superiore alla durata ventennale della tutela brevettuale (come la formula segreta della Coca-Cola; ma per questo tipo di trovati l'incentivo economico a tenerli segreti è indifferente al livello, più o meno elevato, di tutela giuridica del segreto, concesso dall'ordinamento);

(ii) quelle relative ai segreti commerciali in senso stretto (clientela, contratti con fornitori etc.);

(iii) quelle relative al know-how (cioè ad un insieme di esperienze e tecniche operative, soprattutto commerciali, in larga parte non brevettabili).

In tutte e tre le situazioni sopra elencate la tutela rafforzata dell'informazione aziendale riservata mi sembra funzionale al buon funzionamento di mercati di concorrenza "imperfetta". Ciò vale soprattutto per la tutela del know-how, e per il contributo che esso dà al sostegno di un processo di concorrenza dinamica fondato sulla differenziazione delle offerte di mercato delle varie imprese (99).

(98) Cfr. L.RUSSO – E.SANTONI (nt. 6), 450 ss.

(99) Sul punto rinvio a M.LIBERTINI, *Le informazioni aziendali segrete come oggetto di diritti di proprietà industriale*, in *Riv.ital. scienze giuridiche*, 2011, 137 ss.

Come è detto nel testo, dissento dal confronto "lineare" fra brevettazione e secretazione (come se si trattasse di alternative normali e reali, per un'impresa che ha conseguito un qualche risultato innovativo), su cui si fonda la critica di coloro che avversano il rafforzamento della tutela dei segreti industriali.

A mio avviso, si deve ribadire che la tutela delle informazioni aziendali riservate, ex art. 98 c.p.i., riguarda, in realtà, quattro classi di informazioni diverse:

a) il segreto industriale "classico", relativo a qualche eccezionale particolarità del processo produttivo, rispetto alla quale il segreto può essere difeso per tempi molto lunghi (la formula della Coca Cola o dell'amaro Averna);

b) l'informazione relativa a progetti (ivi comprese le trattative negoziali) e programmi in corso, nell'attività d'impresa (informazioni di grandissimo interesse, ma di durata limitata nel tempo);

c) le informazioni "storiche" organizzate, di cui l'impresa è in possesso: liste di clienti, più o meno "profilati"; ricerche di mercato commissionate a terzi e via dicendo;

d) il *know-how*, inteso come complesso dinamico di informazioni (in parte pubbliche, in parte brevettate, in parte segrete), utilizzabili nel loro insieme (organico) per programmare una certa linea di comportamento sul mercato.

E' chiaro che il confronto con il brevetto può farsi solo per la classe a), mentre per le altre classi la tutela del segreto non è affatto alternativa al brevetto, perché le informazioni relative non sarebbero brevettabili. Ma proprio questo segnala l'eccezionalità del ricorso al segreto, da

6.4. Si è già detto che il diritto d'autore si è costruito, storicamente, in funzione delle esigenze delle imprese editoriali e culturali in genere (cinematografiche etc.). E' ben vero che spesso si afferma che il diritto d'autore, storicamente, "si lascia apprezzare come misura di contenimento della subalternità socioeconomica degli autori rispetto agli stampatori" (100). Ed è anche vero che, in un certo momento della storia, si è realizzato il passaggio fondamentale del riconoscimento del diritto in capo all'autore e non più in capo allo "stampatore". Ma è altrettanto vero che il riconoscimento del diritto esclusivo di utilizzazione economica in capo agli autori ha anche fornito la "materia prima", su cui si è costruita la moderna industria editoriale (e culturale in genere).

In realtà, l'interesse economico più forte è stato sempre quello dell'imprenditore (editore, impresario teatrale etc.) a non vedersi subito copiato il lavoro di successo. Che questa valorizzazione dell'opera abbia finito per incrementare i redditi degli autori di successo è sicuramente vero. Ma si può banalmente osservare che gli artisti di successo erano ricchi anche prima, e che gli autori deboli sono rimasti tali anche dopo l'affermazione storica del diritto d'autore. Storicamente, la "retorica" autoriale è stata certo sostenuta da letterati e musicisti (e poi dalle collecting societies), ma è stata ugualmente alleata, e non nemica, degli interessi degli editori affermati (101). Dire che il d.a. si è storicamente affermato per tutelare interessi an-

parte di un'impresa, in un'economia caratterizzata da flussi costanti di innovazione, come è quella attuale. La maggior parte delle innovazioni oggi si realizzano in campi e in direzioni in cui diversi centri di ricerca operano, in competizione fra loro, a livello mondiale. Ogni volta che un trovato ha superato un limite minimo di descrivibilità, l'interesse dell'impresa è quello di brevettare, per ottenere un effetto di prenotazione, e non di tenere segreto il risultato. Per i rari casi di innovazione isolata ("fuori dai flussi") la tutela potenzialmente *sine die* del segreto è un incentivo per elaborare "ricette inimitabili". La liceità del *reverse engineering* (e della libera utilizzazione dei risultati di tale processo) – risultato da sostenere in sede interpretativa - costituisce, a mio avviso, contrappeso sufficiente per far sì che la tutela del segreto non si traduca in eccesso di protezione, ma serva da stimolo per competere sulla qualità del prodotto.

Per quanto riguarda le classi di informazioni sub *b*, *c* e *d*, mentre il confronto con il brevetto non è più pertinente, viene in gioco il problema della tutela dell'interesse dell'impresa a caratterizzare e differenziare la propria offerta e la propria strategia di mercato.

Questa spinta alla differenziazione dell'offerta caratterizza i mercati di concorrenza "imperfetta", cioè i mercati reali, al cui buon funzionamento sono rivolte le norme del diritto industriale. La tutela rafforzata dei segreti ha l'effetto di incentivare l'impresa ad investire in tale attività di raccolta/elaborazione di informazioni (che non potrebbero essere brevettate, ma che contribuiscono anch'esse, e non poco, all'efficienza dinamica dei mercati). E in questo modo contribuisce, a mio avviso, all'efficienza dinamica dei mercati.

A ciò si aggiunga che le differenze normative fra tutela *erga omnes* e tutela "personale" mediante la disciplina della concorrenza sleale non sono radicali: a mio avviso c'è solo una diversa distribuzione dell'onere della prova e c'è la mancata tutela del terzo acquirente di buona fede a titolo derivativo (problema sostanzialmente libresco). Il riconoscimento del diritto non titolato comporta comunque qualche effetto sostanziale, a tutela del titolare del segreto (oltre ai vantaggi processuali del c.p.i.). Ma questo risultato può inquadrarsi coerentemente nel sistema.

(100) P.SPADA, *Parte generale*, in P.AUTERI e aa., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2012, 5.

(101) V., per ricche informazioni, U.Izzo, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore*, Carocci, Bari, 2010.

tagonistici a quelli dell'industria mi sembra dunque una forzatura (102). Anche lo stesso impatto socioeconomico sulla vita e sui redditi degli autori non è avvenuto allo stesso modo per tutti i settori della cultura: per il finanziamento delle opere architettoniche può dirsi che non è cambiato molto, attraverso i secoli; per quello delle opere letterarie e musicali il cambiamento è stato invece radicale, e ha consentito agli autori di godere di periodi di pausa nell'attività, che hanno inciso positivamente sul processo creativo (103). Per le pubblicazioni scientifiche il diritto esclusivo è, per l'autore, quasi inesistente in pratica. Le pubblicazioni didattiche sono interamente guidate dalle scelte strategiche degli editori etc. etc.

In questa situazione, anche chi, come la maggioranza degli osservatori, è convinto che il diritto d'autore "rimane il sistema migliore per garantire la sperimentazione artistica e l'innovazione culturale" (104), ritiene però che l'impostazione monolitica della disciplina e la relativa retorica autoriale nascondano, oggi, la complessità dei problemi; altrettanto diffusa è la convinzione che siano necessarie profonde riforme della disciplina attuale (105) (a cominciare dalla riduzione della durata della protezione, che appare oggi eccessiva a qualsiasi osservatore ragionevole (106)).

(102) Il fatto che una certa tradizione culturale (di cui l'ultimo esponente autorevole è stato A.Vanzetti) abbia considerato il d.a. materia estranea al "diritto industriale" si spiega – a mio avviso - non perché il d.a. sia nato contro gli interessi dell'industria editoriale (come afferma P.Spada [nt. 98]), bensì per un condizionamento culturale più antico, che collocava la creazione artistica e culturale al di fuori del fenomeno mercantile. Da qui un'esigenza ideologica di spingere il d.a. verso i diritti fondamentali della persona umana e di porre in secondo piano gli interessi imprenditoriali ad esso commisti.

(103) In proposito si può segnalare quello che a me sembra un errore grossolano, contenuto nel *pamphlet* di Boldrin e Levine contro la proprietà intellettuale (nt. 43). A p. 171-2 si osserva che Giuseppe Verdi fu il primo compositore italiano a sperimentare il regime di protezione del diritto d'autore e che, nel suo caso, "una più alta remunerazione attraverso lo sfruttamento pieno del sistema del copyright portò ad una palpabile diminuzione degli sforzi compositivi". Per chiunque ami la musica è aberrante pensare che possa considerarsi un male per l'arte musicale la pausa quindicennale di Verdi dopo la composizione dell'*Aida*; pausa che costituì un periodo di studio e di riflessione dopo il quale il compositore produsse tre capolavori assoluti, per di più riuscendo a rinnovare (in età ormai avanzata) il proprio stile compositivo. Peraltro, la "diminuzione degli sforzi compositivi" caratterizzò anche gli ultimi 40 anni della vita di Gioacchino Rossini, che visse in un'epoca precedente all'affermarsi del diritto d'autore, ma aveva ugualmente messo da parte notevoli ricchezze, fra cui il vitalizio concessogli da Carlo X.

(104) F.MACALUSO (nt. 42), 160.

(105) V. da ultimo una serie articolata di proposte di riforma in F.MACALUSO (nt. 42), 159 ss.

(106) L'attuale durata di settant'anni dopo la morte dell'a. è intuitivamente insensata, se concepita come incentivo alla creatività individuale, ma anche sproporzionata se concepita come premio-incentivo agli investimenti dell'industria editoriale. La Walt Disney Productions non fallirebbe – e non vedrebbe ridotte le sue capacità di immettere nel mercato nuove creazioni intellettuali - se il personaggio di Topolino (come un qualsiasi personaggio delle opere della letteratura classica) divenisse di dominio pubblico prima del 2023; così come la Lego non è fallita dopo la scadenza del brevetto, ma si è concentrata sulla difesa della qualità del prodotto originale e sul lancio di numerose varianti di fantasia del prodotto-base.

La proroga del termine di durata del diritto d'autore a 70 anni dopo la morte dell'autore ha dato luogo, negli Stati Uniti, ad una memorabile discussione. La Suprema Corte (*Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 [2003]) riconobbe che la proroga rientrasse nella discrezionalità poli-

Questa sensazione diffusa di crisi del sistema ha avuto, com'è noto, un'accelerazione impressionante con l'avvento di internet. Dal momento che la diffusione del prodotto culturale può oggi avvenire a basso costo e con estrema facilità mediante le reti telematiche, la disciplina del diritto d'autore, per rimanere fedele alla sua funzione storica di strumento destinato a favorire il progresso e la diffusione della cultura, dovrebbe essere riformata in modo tale da incentivare l'industria del prodotto culturale telematico e favorire – con potenzialità strabilianti rispetto a tutte le epoche precedenti della storia - l'accesso del pubblico al prodotto culturale (e a qualsiasi prodotto culturale: dai libri delle biblioteche alle opere d'arte figurativa dei musei, dai film alle rappresentazioni teatrali, alle registrazioni musicali etc.).

Nel nuovo contesto, il diritto d'autore tradizionale, costruito come un diritto di esclusiva dominicale, è sempre più diffusamente percepito come un ostacolo, e non più un incentivo alla diffusione della cultura, in confronto con le potenzialità enormi che sono fornite dalla comunicazione telematica (107). Le tesi abolizioniste hanno dunque avuto, in questo campo, maggior forza che in tutti gli altri settori della proprietà intellettuale (108), fino a divenire, in certa misura, movimento di massa (come tale, difficilmente frenabile con misure di comando/divieto (109)).

E tuttavia, l'avvento delle reti telematiche, nel momento stesso in cui facilita la riproduzione e la diffusione a basso costo dei prodotti culturali, impedisce anche di dare peso al principale argomento economico (il costo dell'imitazione) che, in materia di brevetti, viene addotto a sostegno delle tesi abolizioniste. In materia di opere culturali il costo dell'imitazione tradizionale è, invero, ben più alto che per le invenzioni tecniche (anzi l'imitazione non avrà quasi mai i pregi del prodotto originale), ma il costo di riproduzione telematica è bassissimo, e il rischio che il mercato non remunererà i costi e gli sforzi del produttore/autore (o del produttore/editore) è dunque molto elevato.

Essendo difficilmente contestabile l'affermazione precedente, le tesi abolizioniste sono anche riproposte, oggi, in una differente versione, che è quella dei diversi modelli di open access (110): il diritto d'autore non sarebbe abolito in assoluto, ma

tica del legislatore federale e non violasse la norma costituzionale che impone che la tutela dei diritti di p.i. sia circoscritta ad un tempo limitato. Per un ampio commento adesivo v. P.M.SCHWARTZ – W.M.TREANOR, *Eldred and Lochen: Copyright Term Extension and Intellectual Property as Constitutional Property*, in 112 *Yale Law Journal*, 2331 ss. [2003]. Per la tesi opposta, secondo cui la clausola costituzionale dev'essere letta in senso funzionalistico e non può tollerare estensioni ripetute ed esagerate dei termini di durata della protezione della p.i., v., p.e., R.P.MERGES – G.H.REYNOLDS, *The Proper Scope of Copyright and Patent Power*, in 37 *Harvard Journal on Legislation*, 45 ss. [2000].

(107) V., p.e., R.S.R. KU (nt. 11), 10 e *passim*; L.SCHIUMA (nt. 60).

(108) Oltre al più volte citato libro di Boldrin e Levine (nt. 43), nella stessa direzione v., fra i tanti, J.SMIERS – M. van SCHIJNDEL, *La fine del copyright* (trad.it.), Stampa Alternativa / Nuovi Equilibri, Viterbo, 2009 (anch'esso molto deludente nella parte propositiva; ancora più superficiali le scarse indicazioni abolizioniste relative agli altri diritti di p.i.).

(109) Ho già espresso questa opinione in M.LIBERTINI, *Contraffazione e pirateria*, in *AIDA*, 2007, 207 ss.

(110) Il modello gode oggi di larghi e comprensibili consensi, soprattutto per la letteratura scientifica. Per una testimonianza, fra le tante, v. S.SCALZINI, *Some Ideas from "Intellectual Property between Traditional Dogmas and Modern Challenges"* – *Scuola Superiore*

la riproduzione del prodotto culturale a scopo non lucrativo dovrebbe rientrare fra le utilizzazioni libere dell'opera dell'ingegno; con ciò rimarrebbero, come fonti di finanziamento del produttore (editore, gestore dell'archivio telematico), la pubblicità e la fornitura di servizi accessori.

Questa soluzione è certamente auspicabile, ed anche urgente, per la letteratura scientifica; in relazione alla quale, peraltro, il finanziamento dei costi di pubblicazione può rimanere in buona parte sovvenzionato dalla spesa pubblica.

Per altre pubblicazioni (letteratura, divulgazione, intrattenimento etc.), si deve però obiettare che una soluzione generalizzata di open access, imposta per legge, non sarebbe ottimale, perché provocherebbe una distorsione della domanda: la diffusione del contenuto culturale finirebbe per dipendere più dalla domanda dei servizi pubblicitari accessori che non da quella del prodotto culturale in sé.

La soluzione più saggia del problema sembra essere dunque quella di mantenere adeguati incentivi economici per gli autori e i produttori industriali di opere dell'ingegno riproducibili su reti telematiche, ma anche di sostituire il tradizionale diritto di esclusiva dominicale con un sistema generalizzato di pay-per-use o, se si vuole usare un termine più antico, di "dominio pubblico pagante" (111) (con l'essenziale precisazione che i pagamenti richiesti dovrebbero essere di misura molto ridotta, al fine di consentire la massima utilizzazione del prodotto riproducibile, contemporaneamente garantendo all'autore una tangibile remunerazione, direttamente proporzionata all'interesse che la sua opera suscita nel mercato).

La realizzazione di questa idea non è molto semplice sul piano tecnico, e neanche sul piano politico (richiederebbe, infatti, un accordo internazionale; non facile, non solo perché toccherebbe interessi costituiti, ma anche perché il mondo internet ha finora evitato di essere disciplinato da fonti di diritto tradizionali). Inoltre, esso porrebbe delicati problemi di prevenzione delle frodi. Ciò non toglie, però, che questa sia la direzione giusta verso cui dovrebbe muoversi l'industria culturale, che oggi si attarda, invece, nella difesa dei fortini del diritto di esclusiva dominicale (così prelevando un surplus eccessivo dal consumatore tradizionale e benpensante, e tollerando – per altro verso - l'estensione, di fatto, dei fenomeni di pirateria). Un'onesta retribuzione del prodotto divulgato telematicamente, senza diritti di esclusiva, costituirebbe probabilmente la soluzione del problema. Ciò vale anche per l'incentivo alla

Sant'Anna Seminar Series / March – April 2013, in *Opinio Juris in Comparatione*, 2013, 134 ss. (e, ivi riferite, le opinioni di M.C.Pievatolo e R.Caso).

(111) Tesi da anni presente nel dibattito. V., p.e., P.SPADA, *La proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, in *Riv.dir.civ.*, 1998, I, 215 ss.; P.A.DAVID, *The End of Copyright History?*, in *Review of Economic Research in Copyright Issues*, 1/2004, 5 ss.; L.SCHIUMA (nt. 60) [che tenta anche una coraggiosa interpretazione *de iure condito*, finalizzata ad accelerare il conseguimento del risultato].

F.MACALUSO (nt. 42), anch'egli favorevole a soluzioni di questo tipo, riferisce di indagini demoscopiche da cui risulta un largo favore del pubblico, anche giovanile, ad un sistema di micropagamenti per l'accesso ai contenuti culturali.

Sul tema v. anche l'ampia indagine socioeconomica di M.A.CARRIER, *Copyright and Innovation: The Untold Story*, in *Wisconsin Law Rev.*, 2012, 891 ss., il quale conclude nel senso che "Overaggressive copyright law and enforcement has substantially and adversely affect innovation".

formazione di banche dati telematiche e alla diffusione del video-on-demand.

Meno persuasiva mi sembra la diversa soluzione, pur presente nel dibattito (112), che auspica una generalizzazione del *levy system* (già presente nella discussa disciplina della “copia privata” (113)), per cui la remunerazione degli autori dovrebbe venire da un sistema di tassazione degli strumenti hardware utilizzabili per la riproduzione telematica e dalla equa redistribuzione dei proventi da parte delle *collecting societies*. Questo secondo sistema attribuirebbe un potere non necessario a queste organizzazioni e rinunciarebbe ad utilizzare le potenzialità del mezzo telematico al fine (tecnicamente possibile) di registrare pienamente le preferenze di accesso dei consumatori (114).

Fermo restando tutto ciò, la materia della produzione culturale pone peraltro, ancor più di quanto si è sopra notato per le innovazioni industriali, un’esigenza di presenza permanente della domanda pubblica (o, in via complementare, del “mecenatismo” privato) per la sopravvivenza di determinate produzioni culturali: dall’architettura ai musei, dal teatro d’opera e di prosa allo stesso cinema, gli economisti hanno trovato con facilità “fallimenti del mercato” (115). Dalla presenza di costi gravosi e di scarse possibilità di economie di scala, fino alla presenza di elevate esternalità positive legate alla ricchezza dell’offerta culturale, fino a scelte di valore più generale, troppe ragioni confluiscono nel giustificare la permanenza e l’insostituibilità della domanda pubblica di prodotti culturali, al fine di sostenere un efficiente processo innovativo.

7. Le riflessioni finora svolte ci consentono di riproporre, con maggiore convinzione, le conclusioni che già (supra, § 1) avevamo espresso provvisoriamente, a conclusione di una sommaria riflessione storica:

a) la prospettiva individualistica della teoria ottocentesca dei beni immateriali, e

(112) V. R.S.R. KU (nt. 11), 14.

(113) La materia è stata disciplinata prima dal D.Min. BB.CC.AA. 30 settembre 2009 ed ora dal D.Min. BB.CC.AA. L’uso dello strumento è legittimato dalla Dir. 2001/29/CE e, su di esso, si è pronunciata la Corte Giust. UE, sez. III, 21 ottobre 2010, C-467/08, *Padawan SL v. SGAE*, che ha sancito un limite di proporzionalità alla discrezionalità del regolatore nazionale (la tassa deve essere ragionevolmente commisurata al probabile uso tipico dello strumento venduto, al fine di realizzare copie private di opere protette dal diritto d’autore).

Tutta questa disciplina sconta un certo grado di ipocrisia, del momento che, sotto l’idea di un compenso forfetario per la “copia privata” (che, come tale, dovrebbe essere un’utilizzazione libera *tout court*, mentre la scelta legislativa europea la ha trasformata in una utilizzazione “libera” ma “onerosa”) si nasconde l’intento di stabilire un parziale compenso al dilagare delle utilizzazioni seriali (oggi illecite) della riproduzione telematica; cioè una sorta di palliativo a compenso della c.d. pirateria.

(114) Le preoccupazioni espresse da R.S.R. KU (nt. 11), 14, circa i pericoli che un sistema di micropagamenti diffuso, liquidati sul conto dell’*internet service provider*, presenterebbe per la *privacy* dei consumatori, non mi sembrano determinanti: questi pericoli, che pur ci sono, nascono già dal funzionamento della rete in sé, e dei motori di ricerca in particolare, e sarebbero compensati dalla trasparenza che il sistema di micro pagamenti presenterebbe, rispetto alla redistribuzione discrezionale dei proventi del *levy system*.

(115) V., per una sintesi, F.BENHAMOU, *L’economia della cultura* [2001], trad.it., Il Mulino, Bologna, 2005. V. anche *supra*, nt. 7.

l'idea della centralità dello schema concettuale della "proprietà" nella disciplina delle creazioni intellettuali (con le sue premesse giusnaturalistiche), devono considerarsi pienamente superate;

b) è necessario guardare alla proprietà intellettuale, come diritto esclusivo dominicale, come ad uno dei possibili strumenti di politica economica, utilizzabili al fine di sostenere la creatività intellettuale e l'innovazione; essa non merita di essere rimossa in assoluto, ma dev'essere valutata nella sua effettiva funzionalità rispetto allo scopo dell'incremento del benessere economico collettivo e del sostegno all'innovazione (in tutte le sue diverse manifestazioni);

c) in questo quadro, la proprietà intellettuale ha come ancoraggi apicali, al giorno d'oggi, la libertà d'impresa e la tutela della concorrenza, e dev'essere mantenuta e difesa (solo) nella misura in cui contribuisca effettivamente ad incrementare l'efficienza dinamica dei mercati e il benessere economico collettivo;

d) dato che il processo innovativo è sempre più incrementale e collettivo, la tutela dei DPI (con l'eccezione di quella relativa ai segni distintivi) tende a divenire una tutela "debole", largamente permeata da facoltà di accesso esterne e da doveri di collaborazione del titolare con possibili utilizzatori;

e) lo strumento dominicale (i.e. il diritto esclusivo dominicale) non è l'unico strumento giuridico in grado di fornire incentivi all'investimento imprenditoriale in innovazione: il "dominio pubblico pagante" costituisce una frontiera (non nuova, ma tornata attuale) della politica di sostegno delle creazioni intellettuali (questa è, però, una prospettiva de iure condendo);

f) in ogni caso, gli incentivi di mercato sono necessari ma non autosufficienti, al fine di sostenere un duraturo e "virtuoso" processo innovativo in materia di creazioni intellettuali: sia per la ricerca industriale, sia per la produzione culturale in senso stretto, rimane imprescindibile una presenza attiva e – in certi campi – insostituibile della domanda pubblica e delle pubbliche sovvenzioni.