

INNOVAZIONE GIURIDICA E DIRITTO TECNOLOGICO. L'IMPATTO DEL GIURISTA NEI MODELLI DI PROGRESSO SOCIALE E SCIENTIFICO.

(BREVI NOTE IN MATERIA DI TEORIA GENERALE DELLA PROPRIETÀ INTELLETTUALE)

Ramon Romano¹

¹ Department Human and social science, tourism and cultural heritage, 3D technology and augmented reality, I.E.ME.S.T., Palermo, Italy.

CORRESPONDENCE:

Ramon Romano

e-mail: ramonromano@iemest.eu

RECEIVED: DECEMBER 4TH, 2017

REVISED: DECEMBER 19TH, 2017

ACCEPTED: DECEMBER 20TH, 2017

Abstract

L'articolo percorre una riflessione di teoria generale del diritto intorno ad una coppia motrice oggi vivida nel diritto civile dell'innovazione: la brevettazione dei trovati e la legislazione pro-innovativa. Un binomio inestricabile per il progresso scientifico e sociale.

Da un lato ci si riferisce al ruolo conformativo dell'attività inventiva rispetto all'attività negoziale e legislativa che, per effetto del progresso scientifico, accede a schemi giuridici innovativi (es. accordi di patent pooling).

Dall'altro, si considera il ruolo del diritto vivente nelle prassi interpretative e – poi – nelle proposte legislative, nelle quali le norme svolgono una funzione di accelerazione dei processi innovativi industriali, giacché si è compreso che un apparato coordinato di tutele ed incentivi agevola la ricerca scientifica, sia essa di base che applicata (es. le agevolazioni fiscali del patent box).

Inaugurando un'indagine su questi temi si vuole aprire una weltanschauung giuridica che, probabilmente, può arricchire molto il dibattito privatistico e pubblicistico de *iure condendo*; se non anche dire qualcosa di trasversale a tutte le scienze: sociali, umane e naturali.

Introduzione

Occorre spesso a chi non ha familiarità con il Diritto di pensare che esso esista solo per regolare dei rapporti umani, ad evitare che la civile convivenza sfoci in illecito o in inefficienza economica. Un'analisi attenta ai correnti mutamenti sociali e scientifici permette, invece, di riconoscere al diritto un ruolo ulteriore; in particolare nell'innovazione tecnologica esso disvela una missione innovatrice, ossia l'attitudine ad essere d'impulso al progresso scientifico e – per osmosi – da esso ad essere innovato.

Di **innovazione giuridica**, quindi, può parlarsi sia con riferimento alla capacità che hanno gli strumenti giuridici - i contratti, le privative, etc... - di innescare uno sviluppo in un dato campo della scienza o della tecnica (es. gli accordi di patent pooling, dove più aziende si scambiano brevetti per accelerare l'innovazione dei rispettivi asset industriali e risultare, quindi, più competitive), sia in ordine al fatto che lo stesso progresso scientifico e sociale conformi il dettato normativo ad esigenze prima inesistenti (es. di licenze legali in ambito farmaceutico si comincia a parlare solo in epoca di industrializzazione e globalizzazione).

Nel primo caso il diritto acquisisce un carattere tecnologico, ossia la ulteriore capacità funzionale di essere strumento per la risoluzione di problemi pratici (si pensi alla rete di contratti e licenze che permette il funzionamento delle piattaforme digitali in cui si realizza la sharing economy: per lo scambio di case da remoto – es. Airbnb – sono stati ideati appositi contratti di ospitalità telematici, per il trasporto condiviso – es. BlaBlaCar – sono stati elaborati appositi contratti di trasporto, etc...).

Nel secondo caso il diritto muta per effetto del progresso scientifico, si adatta a regolare ipotesi nuove. Tra i giuristi c'è chi coglie icasticamente il momento: *"il comando non esiste nella immutabile astrattezza del suo enunciato, ma vive nello spazio e nel tempo in un inevitabile attrito con l'esperienza"*[1].

In altri termini, il fenomeno giuridico è fenomeno complesso che rivela come il Diritto sia strutturalmente impuro; esso è infatti a un tempo fenomeno sociale, fenomeno politico, fenomeno economico e soprattutto fenomeno storico, ossia esperienza contingente.

Nell'inevitabile scontro tra i due motori dell'innovazione - le forze del mercato e le forze del progresso scientifico[2] - duplice appare, allora, il compito del giurista come interprete.

Egli, da un lato, è chiamato ad adeguare la lettera della legge alle correnti esigenze sociali e, dall'altro, risulta vocato a sollecitare l'innovazione approntando norme che possano realizzare l'iniziativa economica, la ricerca scientifica, quindi la sempieterna necessità di "*progresso materiale e spirituale della società*" (art. 4 Cost.).

L'interprete mira dunque a rendere le leggi "*buone*", a fondamento della democrazia (Demostene) e come volano della crescita economica e sociale. L'assunto antico trova conferma nelle attuali linee programmatiche della Commissione Europea (Comunicato 30 Settembre 2013) secondo cui la possibilità di incidere su un dato regime brevettuale o autoriale, per esempio, può favorire l'innalzamento dell'occupazione e il soddisfacimento dei diritti alla salute o all'educazione[3].

Per quel che ci riguarda buone sono, però, anche quelle leggi che consentono al genio creativo ed all'ingegno scientifico di pervenire a soluzioni industriali che, ancorché d'interesse generale, siano remunerative; dal **riconoscimento premiale** di un vantaggio economico (es. un brevetto su una nuova varietà vegetale) discende, infatti, l'incentivo a migliorare lo stato dell'arte di quell'ambito determinato (es. dell'agricoltura).

Orbene appare così che, in concreto, il bilanciamento tra interesse generale e beneficio personale non sia giudizio di facile realizzazione. Qualsiasi **politica proinnovativa** ha, infatti, difficoltà ad essere ricompresa in una regola che bilanci *a priori* le opposte esigenze; una politica proinnovativa si risolve infatti a volte nel sacrificio di posizioni giuridiche assolute (es. proprietà), altre volte proprio nel suo contrario, cioè nell'attribuzione di esclusive su certe attività di sfruttamento dell'opera dell'ingegno.

Due opposte visioni della proprietà intellettuale

Di qui **due opposte visioni** della proprietà intellettuale.

Un primo orientamento, risalente sino a Le Cha-

pelier, essa sarebbe una proprietà (un vero e proprio *ius excludendi alios*, seppur vincolato a fini di interesse generale) data a premio dello sforzo inventivo[4].

Per altri invece, per favorire i c.d. processi di *innovazione sequenziale*, non sarebbe possibile ragionare in termini di esclusività dovendosi bensì consentire a tutti di accedere a quella risorsa essenziale che nel bene immateriale è ipostatizzata. Secondo posizioni sempre più accolte, la "proprietà intellettuale" sarebbe dunque una "non proprietà", e al massimo si tratterebbe di un diritto di credito sullo svolgimento di una determinata attività economica[5], peraltro non sempre disponibile (es. licenze obbligatorie).

Da tale doppia possibilità di qualificazione discende - come detto - l'eventualità che un esercizio del diritto dissimuli, appellandosi ad una delle due ragioni giustificatrici, scopi contrari all'altra; in proposito un criterio di ampio ricorso e recente fortuna è quello dell'argomento dell'abuso del diritto[6], criterio rende, in concreto, possibile una **reductio ad unitatem** in astratto irraggiungibile.

E lo fa, per il vero, smascherando entrambe le polarizzazioni perché se è indubbio che ogni riconoscimento di potere esclusivo su qualcosa ha il tratto della dominicalità è, altrettanto, vero che per i diritti su beni immateriali questa esclusività si risolve strutturalmente nella **relazione** con gli altri, nella fruizione diffusa[7].

In particolare, l'argomento dell'abuso dei diritti di proprietà intellettuale, riterrei, abbia il pregio di cogliere in un sol momento tutte le attuali difficoltà che il giurista incontra nel tentativo di armonizzare il diritto vigente con gli intenti che, ragionevolmente, la società intende realizzare. Davanti la lentezza legislativa l'interprete scopre nuovi diritti (es. *technology copyrights*) e nuove e più soddisfacenti modalità di esercizio di diritti preesistenti (es. *contratti della sharing economy*). Nell'innovazione si coglie, dunque, la sfida di temperare e difendere **la solidarietà civile** (artt. 2, 3 Cost.) ed il **lavoro** (artt. 1, 35, 41 Cost.) come supremi valori dell'Ordinamento dello Stato.

Quando questi sono effettivi si realizzano l'ordine sociale e l'ordine giuridico e si pongono le basi per lo sviluppo del progresso tecnologico, artistico e, quindi, civile della nazione (art. 4 Cost.). Un "positivista romantico" come Auguste Comte diceva: "*l'Amour pour principe et l'Ordre pour base, le progrès pour but*", ossia "*l'Amore come principio e l'Ordine come base, il Progresso come scopo*"[8].

Sin dalle c.d. *literae patentis*[9], d'altronde, il bre-

vetto è “privilegio” accordato per merito di un beneficio verso la collettività tramite un atto amministrativo (art. 53 CPI) e – ancor oggi - non diversa è la sua funzione di remunerare lo sforzo umano e finanziario che ha reso possibile l’invenzione, ossia la soluzione originale ad un riconosciuto problema tecnico.

Nondimeno deve considerarsi che a partire dagli anni '70, allorché i progressi tecnologici vengono portati su una **scala di massa**, accade che il baricentro normativo dei diritti di proprietà intellettuale si sposti dall’inventore all’impresa e cominci, così, una nuova competizione nella ricerca delle privative quali “beni aziendali” (art. 2555 c.c.) da cui ricavare i prodotti e i servizi da immettere, poi, nel mercato (art. 2082 c.c.) [10]. Così mutando il **modello di innovazione**, da *statico* a *dinamico*, da *individuale* a *collettivo*, alcuni limiti si pongono all’esercizio delle facoltà brevettuali e, per l’effetto, un’altra funzione – oltre a quella di incentivo premiale – si palesa per il brevetto.

Questa, che risponde marcatamente ad interessi pubblicistici, è la **funzione procompetitiva** per la quale l’esercizio di un brevetto deve essere tale da innovare, migliorare e perfezionare i prodotti e i servizi offerti senza mai ridursi alla petizione di una rendita di posizione, come invece è normale per la proprietà “vera e propria” [11].

Per comprendere meglio come la privativa acceda a scopi di interesse generale occorre fare riferimento ad alcune norme che bene lo esprimono; tra queste si possono considerare l’art. 69 CPI sull’onere di attuazione del trovato, l’art. 70 CPI relativo alla licenza obbligatoria per mancata o scarsa attuazione del trovato rispetto ai “bisogni del Paese” e, ancora, l’art. 71 CPI che statuisce l’obbligo di concedere la licenza brevettuale quando il trovato, normalmente esclusivo, sia necessario a realizzare un’invenzione dipendente funzionale ad un “importante progresso tecnico di considerevole rilevanza economica”.

In questa stessa direzione, col passare del tempo, dottrina e giurisprudenza sono giunte meglio definire l’oggetto della privativa; tale oggetto più che nel trovato in sé si riscontra nell’uso che di esso si può realizzare onde soddisfare un certo bisogno della collettività.

In tal senso si pensi alle formule chimiche brevettabili in funzione dell’uso del trovato, i.e. per uno specifico utilizzo – *rectius* utilità - sanitario o agricolo, restando dunque brevettabili tutte le altre, future e diverse, applicazioni di essa [12]. Per tale logica il premio, dato nella privativa, dovrebbe

essere proporzionale all’utilità sociale portata dall’innovazione.

In breve, per una stessa proteina si possono avere due distinti brevetti di procedimento (art. 67 CPI), perché due o più possono essere i metodi tramite cui ottenerla, e diversi per conseguenza saranno i benefici economici in ragione delle diverse attività svolte.

La logica cui si accede esplicitando i limiti all’esclusività su i trovati dell’intelletto è quella della c.d. “*innovazione sequenziale*” (**sequential innovation**), cioè quella per cui il progresso sia un continuo processo collettivo di crescenti rotture con i precedenti o prevedibili stati della conoscenza [13].

Quanto fin qui osservato testimonia come il passaggio dalla più tradizionale produzione industriale all’industria della proprietà intellettuale, oltre a segnare il paradigma evolutivo dell’economia capitalista, abbia segnato un cambiamento intorno al **modello di innovazione**, non più lineare ma variabile, dinamico.

Bisogna, infatti, evidenziare il superamento del riferito *modello lineare* – dalla ricerca alla produzione, all’offerta – per accedere a *modelli dinamici* che attuano l’innovazione, osmoticamente, come successione di attività funzionali interdipendenti. I moderni processi di innovazione, in particolare, si avvalgono di una serie di attività di ricerca.

La ricerca scientifica, che si pone a fondamento delle strategie commerciali dell’impresa, si scompone così in quattro fasi, ossia: ricerca di *base* o *pura* ove si formulano nuove teorie scientifiche, in ricerca *applicata* ove si sperimentano le correlate soluzioni (di cui le migliori vengono, di norma, brevettate), in quella di *sviluppo* ove le soluzioni prescelte vengono convogliate in un progetto industriale ed in quella di *mercato* ove il progetto industriale viene confrontato con la domanda di mercato per meglio attagliarsi ad essa e creare, per l’effetto, un maggior profitto.

Possiamo, dunque, distinguere il **modello lineare**, che prende in considerazione ciascuna ricerca – di base, applicata, di sviluppo e di mercato – come prodromica e all’altra (che dalla prima dipende), e quello **dinamico** che sposa invece una prospettiva di continua e reciproca influenza dei diversi momenti dello sviluppo tecnologico.

Con particolare riguardo alla relazione tra brevetto e innovazione, è da considerarsi come l’adesione al modello dinamico abbia avuto il merito di valorizzare il significato economico e sociale dei *brevetti*, in cui l’innovazione viene ipostatizzata

per definizione, ben oltre il momento iniziale della produzione.

Il brevetto gode, infatti, oggi non di un'indiscriminata esclusività per ogni possibile uso che può farsi dell'innovazione ma fruisce di una area di esclusività che è pari all'utilità che, dal brevetto, la generalità dei consociati può cogliere.

Ne consegue una circoscrizione dell'area brevettabile, di guisa che è abusivo lamentare lesioni della privativa per usi nuovi della cosa già brevettata.

Così si ha una *summa divisio* delle innovazioni, giacché accanto a quelle innovazioni utili al rinnovamento ed all'ingresso nel Mercato di nuovi prodotti (c.d. **innovazione di prodotto**) si ha il riconoscimento di privative per nuovi metodi di produzione e commercializzazione (c.d. **innovazione di processo**), volti a creare nuovi mercati rilevanti per imprese e consumatori[14].

Se nel vecchio sistema capitalista - per lo più a basso tasso tecnologico - l'attività di sviluppo e la ricerca applicata fruivano di conoscenze ataviche o, comunque, prodotte da una ricerca sganciata da un catalogo di privative, nel nuovo sistema l'*input* innovativo non è più individuabile in un *bene pubblico* ma, tendenzialmente, ricompreso in un *cluster* di diritti di esclusiva su opere dell'ingegno. In breve la transizione è da un sapere storico, libero, pubblico ad una vera e propria proprietà sul sapere.

Il rischio che consegue da tale propertizzazione del sapere è, però, quello che la privativa si atteggi a barriera egoistica e comporti un sottoutilizzo (**underuse**), negativo per i processi di innovazione cumulativa, delle risorse[15]; rischio - riterrei - assai più concreto di quello che si sventola contro la politica dei beni comuni, ossia quello dell'esaurimento (**overuse**) delle risorse ad opera della collettività[16].

Si comprende, allora, facilmente come tale nuovo corso influenzi la libertà negoziale dell'imprenditore che, sebbene non obbligato a mettere le proprie risorse a disposizione dei concorrenti, nemmeno può esercitare le proprie privative in misura egoistica. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea non ha mancato, al riguardo, di affermare i confini dei brevetti che, se *infrastrutture essenziali*, devono essere condivise con chi ne necessita per lo sviluppo delle proprie attività e, più in generale, per lo sviluppo procompetitivo del settore (CGUE C-89/205/CEE 21.12.1988 Magill TV guide vs. ITP/BBC/RTE).

Pertanto occorre evitare che l'affermazione di un

ordinamento della proprietà intellettuale celi il sorgere di un **nuovo "terribile diritto"**[17].

Lo spettro è che il brevetto - che è notoriamente il monopolio sullo sfruttamento economico dell'invenzione - possa facilmente condurre il suo titolare ad ignorare, forte di un basilare *ius excludendi alios*, gli interessi dei consociati sulla cosa; quando questo occorre si individua un uso distorto della privativa che, variamente, può palesare un abuso di posizione dominante, un abuso di dipendenza economica o un abuso del diritto *tout court*[18].

In ognuna di tali ipotesi la risposta che il giurista deve dare è quella più utile a non fermare il compiersi del progresso tecnologico; essa consisterà quindi nella privazione degli effetti divisati dal soggetto che egoisticamente ha distorto la funzione del brevetto, impedendo ad altri di competere ed introdurre nel Mercato migliori soluzioni tecniche.

Si pensi, al riguardo, alla **brevettazione strategica**, assai diffusa in ambito farmaceutico, in cui l'esercizio del brevetto *prima facie* risponde alla normativa brevettuale ma in realtà si pone contro quella *antitrust*; l'abuso è qui rivelato dall'intento di creare un'incertezza giuridica intorno alla reale durata ed estensione del brevetto, onde scoraggiare i concorrenti dall'entrare nel mercato.

La giurisprudenza[19] interrogata al riguardo non ha, infatti, esitato ad affermare che solo negando il brevetto potrà ripristinarsi la libera concorrenza ed il contagio innovativo, quella che in breve è intesa come *concorrenza dinamica*, competizione fondata sull'incessante miglioramento tecnologico dell'offerta[20].

Conclusioni

La complessità del sistema della proprietà intellettuale rivela un ordine in continua trasformazione, in cui non esiste una soluzione sempre valida per tutti gli interrogativi che gravano su chi promuove l'innovazione. Talvolta il bilanciamento di valori in gioco deporrà per il sacrificio della proprietà privata in favore di interessi generali, altre volte limiterà lo sviluppo scientifico perché liberista, disordinato o non conforme alla salvaguardia di beni primari, come la salute, la dignità morale o l'educazione.

Resta, quindi, sull'orizzonte un ponte tra due sponde.

La prima è quella dell'identità culturale e valoriale di una società che, talvolta diffidente, modella il progresso scientifico secondo la desiderata (ma

non necessariamente migliore) proiezione di sé. Di fronte vi è quella della volontà individuale di benessere che, se sottomessa dal profitto, mal tollera limiti etici nel suo sperimentare.

Su questo ponte in perenne costruzione cammina, incessantemente, la ricerca, portando a ciascuno quelle verità utili a progredire, a un tempo, come uomini e civiltà[21].

Bibliografia

- 1) N. Lipari, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, I, 2009, p. 479 ss..
- 2) S. J. Kline, N. Rosenberg, *An overview of Innovation*, in R. Landau, N. Rosenberg, *The positive sum strategy: harnessing technology for economic growth*, Washington, 1986, p. 275.
- 3) A. E. L. Brown, *Intellectual Property, Human Rights and Competition: Access to Essential Innovation and Technology*, Cheltenham (UK) - Northampton (USA), 2013.
- 4) J. C. Ginsburg, *A tale of two copyrights: literary property in revolutionary France and America*, in AA. VV., *Foundations of intellectual property* (a cura di R. P. Merges e J. C. Ginsburg), New York, 2004, p. 288 e ss..
- 5) M. Boldrin, D. K. Levine, *Abolire la proprietà intellettuale*, Roma-Bari, 2012.
- 6) G. Ghidini, G. Cavani, P. F. Piserà, *Abuso del diritto al brevetto e abuso di posizione dominante: il caso Pfizer*, in *Riv. It. Antitrust*, 2, 2015, p. 29 e ss..
- 7) P. Rescigno, Prefazione, in G. Ghidini, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano, 2015, p. VII-XIV.
- 8) G. Fornero, *Concetto e critica del romanticismo ottocentesco nel pensiero di Nicola Abbagnano*, in *Riv. di storia della filosofia*, XXXIX, 3, 1984, p. 551 e ss..
- 9) Ros. Romano, voce *Brevetti per invenzioni industriali*, in *Enc. Treccani XXI Secolo*, Roma 2009.
- 10) P. Drahos, *A philosophy of intellectual property*, Canberra, 1996, p. 111.
- 11) M. Libertini, *Impresa, proprietà intellettuale e Costituzione*, in *AIDA*, 2005, p. 50.
- 12) V. Di Cataldo, *Biotecnologie e diritto. Verso un nuovo diritto e verso un nuovo diritto dei brevetti*, in *Contratto e Impresa*, 2003, 2, p. 319 e ss..
- 13) J. Bessen, E. Maskin, *Sequential innovation, patents, and imitation*, in *RAND Journal of Economics*, 40, 4, 2009, pp. 611-635.
- 14) J. Schumpeter, *Teoria dello sviluppo economico*, Milano, 2002 (1911).
- 15) M. Heller, *The tragedy of the Anticommons: Property in the transition from Marx to Markets*, in *Harvard Law Review*, 111, 3, 1998, p. 621.
- 16) G. Hardin, *The tragedy of the Commons*, in *Science*, Dicembre 1968, p. 1243.
- 17) N. Abriani, *La proprietà come diritto dell'individuo: tra diritto internazionale, diritto comunitario e disciplina interna*, in *Giur. It.*, 10, 2010, p. 2226..
- 18) A. Pappalardo, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Torino, 2007, p. 481.
- 19) Cass. Civ., Sez. Un., ord. 25 novembre 2011, n. 24906, in *Giur. It.*, 2012, p. 2054 e ss..
- 20) M. Libertini, voce *Concorrenza*, in *Enc. Dir., Ann.*, III, Milano, 2010, p. 241.
- 21) G. Statera, voce *Scienza e Società*, in *Enc. Scienze Sociali Treccani*, Roma, 1997.