

Marco Ricolfi

La proprietà intellettuale e le libertà antagoniste

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Le libertà antagoniste – 3. La proprietà intellettuale come diritto fondamentale? – 4. Proprietà intellettuale v. diritti fondamentali – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Grazie innanzitutto ad Andrea Zoppini e a Giorgio Resta per avermi invitato a questo convegno così interessante. Il tema è quello della proprietà intellettuale e delle libertà antagoniste. Dico subito che quello che presumo vi interessi e che anche a me interessa di più è il secondo termine del rapporto, le libertà antagoniste. Mi interessa anche la proprietà intellettuale, ma come elemento di una relazione.

Tratterò tre profili, con una nota a piè di pagina. Il primo profilo è il catalogo, naturalmente doppio, dei diritti di proprietà intellettuale e delle libertà che vengono in conflitto. Il secondo punto è come avviene l'interfaccia tra gli uni e gli altri. Il terzo punto riguarda dei casi di bilanciamento, tre casi per la precisione: *Scarlet Extended* (Corte UE 24 novembre 2011 (Terza Sezione), causa C-70/10, *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs compositeurs et éditeurs (Sabam)* e nei confronti di *Belgian Entertainment Association Video ASBL (BEA Video)*, *Belgian Entertainment Association Music ASBL (BEA Music)* e *Internet Service Providers Association ASBL (ISPA)*, ECLI:EU:C:2011:771, caso «*Scarlet Extended*»), *Pro Musicae* (Corte di Giustizia 29 gennaio 2008 (Grande Sezione), causa C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae)* e *Telefónica de España SAU*, ECLI:EU:C:2008:54) e *ISCC* (Corte UE 18 dicembre 2014 (Grande Sezione), causa C-364/13, *International Stem Cell Corporation c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, ECLI:EU:C:2014:2451, caso «*ISCC*»). Infine, cercherò di gettare uno sguardo sul futuro con l'aiuto di quel grande scienziato della politica che è stato Alessandro Pizzorno: qui si sta delineando un'area di preclusione per i diritti fondamentali.

Partendo dall'inizio ho poco da dire sui diritti di proprietà intellettuale, se non per chiarire che con i diritti di proprietà intellettuale non parliamo soltanto di copyright o di diritto d'autore, ma anche di marchi, di brevetti, di design e di quell'ampia nebulosa dei diritti di proprietà intellettuale minore, che alla testa della cometa aggiungono una coda molto ampia. Questo è uno dei due termini della relazione.

Il secondo termine sono le libertà e qui forse vale la pena di parlare di queste libertà antagoniste; che qui sono quattro, ma poi ne vedremo altre due. La prima è la libertà di espressione, lasciati a questo proposito citare un bellissimo libro di David Bollier, "Brand name bullies", i prepotenti dei marchi e dei brand (D. BOLLIER, *Brand Name Bullies. The Quest to Own and Control Culture*, Wiley and Sons, Hoboken, N.J., 2005). La Barbie è un'icona del mondo americano, trapiantata anche da noi, che veicola una certa immagine di donna e di bambina. Quando la si critica, come la criticano gli Aqua con una canzone che fa vedere quanto c'è di consumismo, di sessismo, di conformazione, scatta il diritto d'autore per dire "non potete farlo", scatta il diritto dei marchi, abbiamo un contrasto tra un diritto di proprietà intellettuale e la libertà di espressione (v. la sentenza 24 luglio 2002 della *US Court of Appeals for the Ninth Circuit, Mattel Inc. c. Universal Music International Ltd. E altri e MCA Records*, 296 F.3d 894 (9th Cir. 2002), *cert. denied*, 123 S. Ct. 993 (2003), caso «Barbie Doll»).

Colgo uno spunto che è stato dato stamattina da Giorgio Resta: anch'io non parlerei più di *privacy*, ma di limiti alla sorveglianza totale. Anzi, dal punto di vista linguistico propongo di cambiare registro: come non si parla più tanto di fedecomesso o di stallatico, non parliamo di *privacy* che è diventato un tema noioso, non credibile. Prendiamo atto del fatto che siamo nell'epoca della sorveglianza totale e dobbiamo prenderla come un fatto della vita, perché la relazione è quella trilatera che oggi Giorgio Resta ci ha illustrato così bene e che quindi non riprendo. Piuttosto suggerisco che dobbiamo accettare che questo sia uno dei fatti della nostra vita e che dobbiamo chiederci quali sono i limiti a questa sorveglianza totale.

In questo elemento cosa c'entra la proprietà intellettuale? Uno degli elementi di sorveglianza totale è che quando si ha una violazione di un diritto d'autore, ad esempio, sono i titolari di questi contenuti che dicono: voglio sapere chi ha violato, quando, come si chiama l'autore dell'illecito, che così gli faccio causa; e se ci sono tre violazioni lo caccio fuori per sempre dalla rete, con l'aiuto di norme come la francese Hadopi. Qui la proprietà

intellettuale si pone come antagonista rispetto ai limiti della sorveglianza totale; e ciò è ovvio, perché la proprietà intellettuale è esclusiva, è monopolio ed ha come suo motto quello di "sorvegliare e punire".

In realtà non sempre e necessariamente vi è un conflitto fra il monopolio della proprietà intellettuale e la terza fra le libertà antagoniste (dopo la libertà di espressione e dalla sorveglianza totale), la libertà di concorrenza, perché fra proprietà intellettuale e libertà di concorrenza ci sono dei momenti di coordinamento e di sintonia, che però possono perdersi in un eccesso di protezione. Dobbiamo far molta attenzione all'eccesso di protezione della proprietà intellettuale perché, come troppo zucchero nel caffè fa diventare cattivo il caffè invece che migliorarlo, troppo monopolio a favore dei titolari di diritti di proprietà intellettuale non solo aumenta i prezzi, che è il minor problema, ma ha degli effetti riduttivi nella concorrenza a valle, le generazioni successive di innovatori e di creatori. Non dimentichiamo che noi abbiamo proprietà intellettuale solo da tre secoli circa; e tuttavia non possiamo dire – e non diciamo – che prima non c'è stata creatività, che prima non c'è stata innovazione tecnologica. Certo che c'è stata, soltanto gli strumenti per stimolare creatività ed innovazione erano diversi dal monopolio; e quindi i rapporti tra libertà concorrenziale e proprietà intellettuale vanno ridefiniti, quando la seconda rischia di comprimere eccessivamente la prima.

Poi c'è una cosa che può sembrare un richiamo un po' stucchevole a slogan di moda, cioè alla libertà di accesso alle informazioni, alla cultura, alla scienza, cui ci si riferisce quando si invocano "access to knowledge", "open access" e così via. Ma questa libertà, la quarta, non è soltanto questo; a questo riguardo voglio anche ricordare che siamo nell'epoca digitale e che, se in epoca analogica un libro cartaceo, materiale, una volta che era stato acquistato, vedeva esaurire il diritto d'autore, quindi circolava liberamente, nel caso dell'accessibilità digitale – non dico soltanto dei testi ma anche delle immagini e della musica – l'esaurimento non si produce. Le opere restano, come si è detto, opere "sotto chiave". Questo è gravissimo perché, come in passato le generazioni giovani imparavano sui libri e creavano, a partire dal dato cartaceo, i loro strumenti culturali, così oggi essi dovrebbero avere altrettanta libertà di accesso e di manipolazione in relazione ai testi digitali a fini scolastici, a fini di apprendimento e di esercizio della facoltà di critica. Questo però è diventato oggi molto difficile, anche perché l'accesso digitale comporta l'esclusione delle libere utilizzazioni e l'accettazione di termini contrattuali restrittivi.

Voi vedete dunque che di contrasti tra la proprietà intellettuale e queste quattro libertà ce ne sono tanti. Io ho parlato prima delle libertà

perché questo mi è stato chiesto, però volevo dire che si hanno anche degli importanti diritti che non sono propriamente di libertà eppure vengono anch'essi in contrasto con la proprietà intellettuale, in particolare il diritto alla salute, il diritto alla salvaguardia dell'ambiente e della biodiversità. Siccome il tempo corre, vorrei soltanto dire che anche la biodiversità e la salvaguarda dell'ambiente si pongono in termini potenzialmente antagonisti rispetto alla proprietà intellettuale (TEMMERMAN, *Intellectual Property and Biodiversity*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2012). Infatti nel momento in cui abbiamo poche varietà di riso, di mais, di altre componenti essenziali che sono brevettate e controllate dai titolari dei brevetti, questo riduce la diversità vegetale e aumenta il rischio di fame.

3. La proprietà intellettuale come diritto fondamentale?

Elementi di contrasto credo – e finiamo così il primo punto – ne abbiamo registrati parecchi. Dopodiché dobbiamo vedere l'interfaccia, come si incontrano i diritti di proprietà intellettuale e queste libertà antagoniste. Io posso ricordare che vent'anni fa l'amico Giorgio Florida mi disse: mi hanno fatto una richiesta strana, dei giuristi cattolici mi chiedono di parlare di proprietà intellettuale e diritti fondamentali. Vuoi farlo tu Marco? Gli ho risposto: non sono in grado, non saprei che cosa dire.

In realtà, se il tema a quell'epoca non aveva molto significato, abbiamo avuto poi importanti variazioni negli ultimi vent'anni che possono essere viste in due modi diversi. Il primo è il più ovvio ed è quello di dire che la proprietà intellettuale (come dicevo prima) dà esclusivo monopolio e questo talora crea dei conflitti con diritti di libertà e pretese a diritti fondamentali. In una prima prospettiva possiamo vedere la storia degli ultimi vent'anni come una storia in cui prima i titolari dei diritti di proprietà intellettuale hanno ottenuto una posizione molto forte, attraverso l'Organizzazione mondiale del commercio e i cosiddetti TRIPS, che sono gli accordi sulla proprietà intellettuale internazionale (D. GERVAIS, *The TRIPs Agreement. Drafting History and Analysis*, Thomson, 2008); e poi quello che è stato chiuso grazie al monopolio, grosso modo nel 1994, si riapre perché a premere in senso inverso c'è il diritto alla salute, c'è il diritto alla libertà di espressione, c'è una spinta verso la riapertura di quello che è stato chiuso.

Questa è una lettura ottimista. Ma ce n'è pure una seconda; e io penso che sia più interessante e più realistica quest'ultima, che non prende come

punto di partenza la metà degli anni '90, ma ci porta molto più indietro, fino alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1949. Il professor Zeno-Zencovich stamattina parlava di lobby e io mi sono appuntato di doverlo citare a questo proposito. Già nel 1949 era in agguato la lobby della proprietà intellettuale, che quando, nasce una delle carte dei diritti fondamentali e incomincia a mettere l'articolo 27, il cui primo comma riguarda l'accesso alla cultura, non perde l'occasione di far inserire un secondo comma, che riguarda la protezione degli interessi – notare: degli interessi, non ancora dei diritti – materiali e morali dei creatori.

Questo era il primo pezzettino della lunga marcia della proprietà intellettuale verso lo statuto di diritto fondamentale, mentre il secondo è stato messo, da un'abile manina, nel Patto del 1966, ovvero il Patto internazionale di New York, uno dei due, quello sui diritti economici, sociali e culturali. Al suo interno troviamo un articolo 15, primo paragrafo, lettera c), che di nuovo ci parla di interessi materiali e morali di scienziati e creatori, anch'essi tutelati. Notate bene che si parla però ancora di individui. Questo è stato un tema toccato da Iannarelli, per cui i primi passi per prenotare uno statuto di diritto fondamentale avvengono non ancora in nome delle persone giuridiche e delle imprese, ma in nome delle persone fisiche e degli individui.

Ho evocato la manina, perché il professor Torremans e il professor Chapman hanno notato che su questo Patto di New York la storia è andata così (TORREMANS, *Comment to Art. 17(2)*, in PEERS, HERVEY, KENNER, WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights*, Hart, Oxford, Portland (Oregon), 2014, p. 489 ss.). Ce ne sono state sette o otto edizioni diverse e tutte le volte le delegazioni dicevano: togliete questo riferimento agli interessi morali e materiali degli autori, che non c'entrano. Invece c'è sempre stata una manina che li ha rimessi, fino a quando poi è passato con la lettera c). C'era qualcuno che era preveggente.

Questo passaggio diventa importante quando arriviamo ai testi attuali, che sono qui soltanto enunciati, CEDU, Carta Europea (ma ne abbiamo parlato così tanto che non li ripeto), dove ormai le persone giuridiche e le imprese sono diventate titolari di diritti fondamentali umani, anche se umani non sono ma hanno titolarità di diritti come se fossero degli umani.

Tutto questo si solidifica nell'articolo 1 del protocollo CEDU, a livello europeo nell'articolo 6.2 del TUE, che contiene il richiamo alla CEDU. Io ricordo sempre anche l'art. 345 del TFUE, che è il correlativo dell'articolo 222 del Trattato del 1958 e che dice che sono imprejudicate le norme sulle proprietà degli Stati membri. È una previsione sulla quale potremmo vedere in sede di discussione, importante anche se sottovalutata. Io me ne rendo

forse particolarmente conto come studioso della proprietà intellettuale, perché questa norma me la sono vista citata dagli anni '70.

Poi l'ultimo colpo è quell'articolo 17, secondo comma della Carta, il cui testo, "laconico e sorprendente" (GRIFFITHS, McDONAGH, *Fundamental Rights and European IP law: the case of Art. 17(2) of the EU Charter*, in *and New Perspectives*, Edward Elgar, 2013, p. 75 ss.) dice che la proprietà intellettuale è protetta. Ci troviamo in una situazione nella quale la lunga marcia per la protezione dei diritti fondamentali non è a beneficio delle libertà antagoniste, ma della tutela della proprietà intellettuale. Come operi poi questa protezione della proprietà intellettuale ha detto molto bene e ampiamente il professor Iannarelli prima di me e quindi non sto a ripetere.

Vi dirò però che questo articolo 17, secondo comma, è stato utilizzato prima in versione CEDU e anche oggi in termini abbastanza limitati. Ad esempio noi sappiamo che abbiamo un Tocai italiano che è stato smobilizzato a vantaggio del Tocaj ungherese; e che perciò si è gridato all'espropriazione. I giudici di Strasburgo hanno però detto che non è un'espropriazione perché poi alla fine il marchio non è proprio un bene, nel senso che il vino lo vendi lo stesso, anche rinunciando al nome Tocai, purché lo chiami Sauvignonasse o Trebbianello. Ci sono stati 17 anni di periodo transitori per fare il cambiamento, quindi il periodo di interregno è sufficiente a riconvertirsi verso altri nomi.

Poi la norma della CEDU del protocollo aggiuntivo ha portato a qualcosa ma non a grandissime cose. *Smith Klime & French Lab. Ltd. c. Olanda*, App. n° 12633/87, in 66 *Eur. Comm. H.R. Dec. & Rep.* 70, 72/173 (1990) è un caso in cui si è data luce verde ad una licenza obbligatoria su un brevetto, dicendo che era fondamentale per consentire la ricerca a valle. Si è detto che poteva andare bene perché era sì un'interferenza, però era prevista nell'interesse pubblico, c'era il principio di legalità e così via.

4. Proprietà intellettuale v. diritti fondamentali

Questo è quanto succede quando si parla di proprietà intellettuale come diritto fondamentale esso stesso tutelato, ma a noi ora interessa non tanto questo, quanto il terzo punto che avevo preannunciato, e che concerne il conflitto, l'incontro con gli altri diritti fondamentali, quei 4 + 2 che abbiamo visto prima: libertà di espressione, salute e così via.

Qui il *locus* non è l'art. 17 secondo comma, ma la seconda parte - che oggi è stata evocata soprattutto la mattina - dell'articolo 52, primo comma, della Carta che ci dice in sostanza come si fa il bilanciamento. "Nel rispetto del principio di proporzionalità - sul quale professor Scaccia stamattina ha detto cose stupende - possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale, riconosciute dall'Unione, o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui".

Questo è il *locus* in cui è avvenuto il bilanciamento tra proprietà intellettuale da un lato e altre libertà antagonistiche. Sul meccanismo qui c'è una motivazione della Corte di giustizia, che in sintesi dice: sì, in questo caso abbiamo un diritto di proprietà intellettuale che è protetto, però questa protezione non è assoluta, essa può essere soggetta a delle limitazioni. Queste debbono avvenire secondo i principi del bilanciamento, quindi proporzionalità e le altre cose che abbiamo appena letto e che abbiamo visto stamattina, quindi si tratta di fare una ponderazione che è tipicamente caso per caso.

Questa è la ragione per cui, finito il secondo punto, io passo al terzo e vi faccio, molto brevemente, una esemplificazione di tre casi.

Scarlet Extended, era un caso di peer to peer, utenti che sono in grado di condividere la musica on-line, perché quello che è conservato (*stored*) sull'apparecchio di uno è messo a disposizione di tutti coloro che hanno scaricato un certo tipo di software. L'ente di gestione collettiva belga agisce in giudizio con questo argomento: tu, Scarlet sei l'*access provider*, quello che consente a questi giovanotti e signorine di condividere il file, devi mettere in piedi un sistema di filtraggio per cui sia possibile l'accesso soltanto per quei casi in cui si è avuta un'autorizzazione alla condivisione a priori dai titolari dei copyright. La Corte di giustizia dice: ma qui veramente non possiamo fare una cosa del genere, perché ci sono quattro diritti che competono fra di loro, che vengono reciprocamente in conflitto. Il primo è, in effetti, il *copyright*; ma abbiamo anche la libertà di impresa, perché Scarlet se deve mettere in piedi un sistema di filtraggio di questo tipo va a gambe all'aria, quindi finisce come azienda. Poi la *privacy* degli utenti, questo vuole dire che bisogna identificare i diversi utenti che accedono al sistema filtrato e anche questo è oggetto di bilanciamento. Infine vi è la libertà di concorrenza. Essendo questo il conflitto, la risposta è stata quella di dire: non è possibile ordinare alcunché alla Scarlet.

Promusicae: parliamo di musica e di Kazaa, un nome che forse non è più tanto attuale, lo era 10 anni fa, qui non abbiamo *peer to peer*, ma abbiamo un operatore che francamente è in violazione. La SGAE, l'ente di gestione

collettiva spagnolo dice: noi abbiamo i numeri di *IP protocol*, dateci i nomi di chi ha acceduto. La Corte di giustizia dice: non si può fare. Qui c'è tutto il discorso che ci ha fatto Giorgio Resta oggi, il *Bundesgerichtshof* dice che in realtà è possibile entro certi limiti, ma la cosa importante è che questa sentenza ci dice che ci deve essere un bilanciamento tra interessi confliggenti, alla salvaguardia dei dati degli utenti e alla protezione dei titolari di diritti d'autore.

Si tratta di salvaguardie non da poco: anche quando il provider dia i nomi degli utenti, questi non possono essere utilizzati per fare una *black list*, cioè si tratterà di un accertamento di una violazione che potrà dare luogo ad una inibizione, ad un risarcimento del danno, ma non per questo si può entrare dentro una *black list*, perché questo sarebbe contrario alle norme che, ahimè, chiamiamo ancora sulla *privacy* e che io preferisco chiamare limitative della sorveglianza totale.

Sull'ultimo caso ISCC, siccome non voglio andare oltre ai tempi, dico soltanto che è un'evoluzione del caso *Bristle* in materia di embrioni e che secondo me quel buono che aveva fatto Corte di giustizia nel caso *Bristle* viene disfatto per ragioni sulle quali possiamo tornare nel dibattito.

5. Considerazioni conclusive

Per terminare volevo dire che questo ci dimostra che sì, i diritti di proprietà intellettuale hanno fatto la loro lunga marcia per un riconoscimento (che trovo poco giustificato) di una posizione di diritto umano fondamentale. È vero altresì che i meccanismi per bilanciarli funzionano abbastanza bene e questo fa dispiacere ai titolari dei diritti. Questi ultimi già hanno palesato la loro strategia con il brevetto europeo con effetto unitario, di cui posso dirvi che era prevista la competenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea, ma poi si è sdoppiata in due regolamenti Cee e uno della Corte internazionale, perché le controversie in questo modo possono essere attribuite a un soggetto diverso dalla Corte di giustizia, che è avvertita come troppo garantista (ULLRICH, *Select from within the System: the European Patent with Unitary Effect*, in *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research*, paper no. 12-11).

Poi abbiamo il TPP (*Trans Pacific Partnership*) e il TTIP (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*), così finiamo con degli acronimi: sono i grandi accordi internazionali che stanno coprendo tutti i Paesi al di fuori

della Cina, che deve restare fuori perché troppo temuta. Questi accordi prevedono sostanzialmente che saranno degli arbitri a giudicare se si è avuto un pregiudizio o un'ablazione del diritto di proprietà intellettuale. Questi arbitri, evidentemente, sono collocati in un sistema che è immune dai diritti umani fondamentali. Questo è ciò che Alessandro Pizzorno aveva chiamato, molto bene, trent'anni fa in *Le radici della politica assoluta* (Feltrinelli, Milano, 1993), "zona di preclusione"; il potere è in grado di porre al riparo dalla deliberazione democratica le zone in cui esercita le sue prerogative.