

La conoscenza come bene comune: quale tutela?

Giorgio Resta

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Lo statuto della conoscenza e il secondo movimento delle recinzioni. 3. Ideologie e tecniche della proprietà intellettuale. 4. Le risposte sociali al processo di privatizzazione: l'emersione del discorso dei beni comuni. 5. Il problema della tutela dei beni non appropriabili: il caso del genoma umano. 6. Tra natura e artificio: la costruzione giuridica della realtà nella controversia *Myriad Genetics*. 7. Le sequenze di DNA sono un bene brevettabile? Il capovolgimento della logica tradizionale del numero chiuso dei diritti esclusivi. 8. I diritti fondamentali e i beni comuni virtuali: l'interazione tra "pubblico" e "comune".

1. *Introduzione.* – In questo scritto mi accosterò al problema dei beni comuni da un'angolazione particolare, quella della tutela giurisdizionale. Darò quindi per presupposti una serie di assunti ampiamente discussi dalla letteratura in materia, come la configurabilità della categoria dei beni comuni quale *tertium genus* tra i beni pubblici e i beni privati¹; la sua natura tendenzialmente aperta e storicamente condizionata²; la sua dimensione meta-statuale e meta-individuale; le principali caratteristiche del relativo statuto teorico³. Nell'ipotesi che su tali premesse possa raggiungersi un consenso allargato, resta comunque da verificare se ed entro quali limiti le suddette opzioni trovino un effettivo riscontro nelle regole di diritto positivo vigenti; ed, in secondo luogo, quali siano le strategie più adeguate per dare alle legittime rivendicazioni sociali in punto di accesso e salvaguardia dei beni comuni una specifica concretezza operativa.

A tal scopo prenderò in esame uno dei 'beni' oggi sempre più insistentemente ricondotti all'interno della categoria dei beni comuni: la conoscenza. Il caso della conoscenza è particolarmente rivelatore delle difficoltà, finanche dei paradossi, con i quali è destinata a confrontarsi la riflessione critica contemporanea. Quanto più ampia ed eterogenea è la schiera delle opinioni che rivendicano alla conoscenza il carattere di bene comune in senso proprio, tanto più le regole giuridiche di governo delle varie forme di informazione e sapere sembrano spingere in una direzione opposta: quella dell'appropriazione privata finalizzata allo scambio mercantile. Sicché si determina in quest'area una dissociazione profonda tra teoria e prassi dei beni comuni, la quale non soltanto è fonte di conflitti drammatici, atti ad incidere sui beni primari della persona, come la libertà, la salute e talora la vita, ma rischia di ipotecare le stesse prospettive future di sviluppo, economico ed umano⁴.

Per mostrare meglio quali siano le implicazioni di tali conflitti e quanto urgente sia l'esigenza di assicurare una salvaguardia effettiva dei beni comuni virtuali, soffermerò la mia attenzione sul problema dell'accesso alle informazioni genetiche coperte da brevetto biotecnologico. A tal scopo userò come laboratorio analitico la recente controversia *Myriad Genetics*: l'intento è quello di illustrare, con la vividezza del *case-study*, tanto i rischi insiti nell'adozione di un modello regolatorio che privilegia le "sfere di proprietà" a detrimento

¹ Sul punto cfr. M.R. Marella, *Il diritto dei beni comuni. Un invito alla discussione*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2011, 103, spec. 109.

² V. in particolare il contributo di P. Costa, *Democrazia e beni comuni*, di prossima pubblicazione nel volume *I beni comuni*, a cura di L. Pennacchi.

³ S. Rodotà, *The role of common goods in fostering shared responsibility, linking sustainable social cohesion to the reduction of inequalities*, in *Eur. J. Soc. Law*, 2011, 112.

⁴ In proposito si vedano sin d'ora le riflessioni di J.E. Stiglitz, *Knowledge as a Global Public Good*, in I. Kaul – I. Grunberg – M. Stern, a cura di, *Global Public Goods, International Cooperation in the 21st Century*, Oxford, 2003, 307, 314.

delle “sfere di libertà”, quanto le prospettive di carattere generale relative alla tutela giurisdizionale dei beni comuni.

L’analisi si articolerà in tre parti. In primo luogo si ripercorrerà in maniera sintetica il processo di “recinzione” dei beni immateriali, sottolineando la fragilità dell’impianto teorico sul quale esso poggia, nonché le conseguenze distorsive che ne derivano tanto sul piano dell’efficienza quanto su quello dell’equità (parr. 2-3). In secondo luogo si discuterà delle forme sociali di reazione a tale processo, guardando all’emersione del discorso dei beni comuni come ad una particolare ipotesi di ‘contromovimento’ finalizzato all’autoprotezione della società (par. 4); in quest’ottica si rifletterà sul caso *Myriad Genetics* come un esempio emblematico di ‘canalizzazione’ delle istanze meta-soggettive di tutela dei beni comuni all’interno del sistema delle corti (parr. 5-7). Infine, si svolgeranno alcune riflessioni conclusive sull’esigenza di promuovere un’interazione virtuosa tra “pubblico” e “comune”, radicando le pretese all’accesso ed alla salvaguardia dei beni comuni sul terreno dei diritti fondamentali, al fine di assicurarne una tutela rafforzata contro le derive esclusivistiche (par. 8).

2. *Lo statuto della conoscenza e il secondo movimento delle recinzioni.* – Poche metafore sono così ricorrenti nel dibattito contemporaneo sulla proprietà intellettuale, come quella dell’“*enclosure*”⁵. Nel lessico degli storici dell’economia tale espressione designa il fenomeno della recinzione dei terreni aperti, il quale, com’è noto, interessò l’Inghilterra a partire dal primo periodo Tudor e sino al compimento della rivoluzione industriale⁶. I giuristi parlano oggi di *enclosure* per descrivere un diverso processo in atto nel settore della proprietà intellettuale: quello della continua estensione della sfera dei diritti esclusivi e della riduzione degli spazi di libero accesso alle risorse immateriali. Parallelamente a quanto avvenuto, in precedenti fasi storiche, in relazione al regime d’accesso e godimento della terra, ci troveremmo attualmente al cospetto di un nuovo “movimento delle recinzioni”, avente ad oggetto questa volta il più importante tra i *commons* intangibili: la conoscenza⁷.

Sulla base della premessa per cui l’economia dell’informazione esalta il valore economico dell’immaterialità e ne richiede una protezione “elevata” (cfr. Direttiva 2004/48/CE, *Considerando* n. 10; Direttiva 2001/29/CE, *Considerando nn. 4 e 9*)⁸, pressoché tutti gli ordinamenti occidentali hanno perseguito, negli ultimi venti anni, una chiara strategia d’ampliamento in senso orizzontale e verticale dei diritti di privativa su beni incorporali⁹. Non è indispensabile capire se tale mutamento istituzionale costituisca

⁵ Cfr. C. May, *The Global Political Economy of Intellectual Property Rights. The New Enclosures*, London-New York, 2010, 12; J. Boyle, *Public Domain. Enclosing the Commons of the Mind*, New Haven, 2008, 42 ss.; Id., *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, in 66 *Law & Cont. Prob’s* 33, 37 (2003); Id., *Fencing Off Ideas*, in *Daedalus* 13 (2002); Id., *Enclosing the Genome: What Squabbles over Genetic Patents Could Teach Us*, in F. Scott Kieff, *Perspectives on Properties of the Human Genome Project*, San Diego, 2003, 97 ss.; N. Kranich, *Countering the Enclosure: Reclaiming the Knowledge Commons*, in C. Hess – E. Ostrom, *Understanding Knowledge as a Commons. From Theory to Practice*, Cambridge, 2007, 85 ss.; M. Cassier, *New ‘Enclosures’ and the Creation of New ‘Common Rights’ in the Genome and in Software*, in 15 *Contemporary European History* 255 (2006); H. Travis, *Pirates of the Information Infrastructure: Blackstonian Copyright and the First Amendment*, in 15 *Berkeley Tech. L.J.* 777, 785, 827 (2000).

⁶ J. A. Yelling, *Common Field and Enclosure in England 1450-1850*, Hamden, 1977; R. Kain – J. Chapman – R. Oliver, *The Enclosure Maps of England and Wales. 1595-1918*, Cambridge, 2004.

⁷ Per una descrizione sintetica, ma particolarmente puntuale, di tale fenomeno v. J. Boyle, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, cit., 33 ss.

⁸ Cfr. A. Peukert, *Güterzuordnung und Freiheitsschutz*, in R.M. Hilty – T. Jaeger – V. Kitz, a cura di, *Geistiges Eigentum. Herausforderung Durchsetzung*, Berlin - Heidelberg, 2008, 47 ss.

⁹ Per un’argomentazione più dettagliata e per i necessari riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, sia consentito rinviare a G. Resta, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, in G. Resta, a cura di, *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2010, 3 ss., 15.

una risposta razionale all'evoluzione del contesto sociale e tecnologico, oppure rappresenti uno dei tanti esempi di 'cattura' del regolatore da parte di pochi ed influenti attori economici in grado di imporsi nel mercato della legislazione nazionale e internazionale¹⁰. Probabilmente è entrambe le cose. Quel che è indubbio è che i confini tra 'pubblico' e 'privato' nella produzione e nella circolazione del sapere si sono notevolmente assottigliati, con una chiara tendenza al rafforzamento del "privato" a danno del "pubblico"¹¹. La conoscenza, in questo contesto, assume sempre più le caratteristiche di una "fictitious commodity".

Con quest'espressione Karl Polanyi definiva quelle entità, come la terra, il lavoro e la moneta, le quali, pur non avendo strutturalmente la forma di merci (non essendo, cioè, oggetti *prodotti* dall'uomo, come nel caso della terra, o *prodotti per la vendita*, come nel caso della forza lavorativa) sono acquisite e regolate come tali nel quadro del moderno sistema capitalistico¹². La 'finzione' in base alla quale la persona umana, la terra e la moneta sono assimilate a merci assunte storicamente un valore cruciale, in quanto soltanto grazie ad essa fu possibile organizzare mercati del lavoro, della terra e della moneta, i quali costituirono a loro volta i pilastri centrali del modello, emerso nel diciannovesimo secolo, del mercato auto-regolato¹³. Tale equiparazione rappresentò, dunque, il cardine del processo di autonomizzazione del sistema economico, sino a quel momento ignoto alla storia delle organizzazioni sociali¹⁴, e dell'inversione del rapporto tra economia e società: non più l'economia costitutivamente inserita nelle istituzioni sociali, religiose e politiche, ma le relazioni sociali integrate nel tessuto dei rapporti economici¹⁵.

Un'osservazione attenta della realtà circostante sembra avvalorare l'ipotesi che la conoscenza non rappresenti oggi soltanto uno dei principali fattori della produzione, ma tenda ad essere attratta in maniera sempre più assorbente nella sfera delle merci¹⁶. Ovviamente vi sono aspetti del regime dell'informazione e della conoscenza che giustificano una vera e propria equiparazione alla categoria della merce in senso stretto: ogniqualvolta essa costituisca il risultato di un processo lavorativo orientato alla vendita (si pensi ad esempio al *software*) tali caratteristiche potrebbero essere difficilmente negate. Ma vi sono molti altri casi nei quali la conoscenza o non viene prodotta per la vendita, o non viene affatto prodotta, in quanto essa già esiste in natura prima di acquisire uno specifico valore di scambio¹⁷. Ebbene, in queste ipotesi, l'applicazione di un regime

¹⁰ In tema v. P. Drahos, *The Global Governance of Knowledge. Patent Offices and their Clients*, Cambridge, 2010, 3 ss.; P. Drahos – J. Braithwaite, *Information Feudalism. Who Owns the Knowledge Economy?*, London, 2002, 14; J. Lapousterle, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes. Illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, Paris, 2009, 105-196; S. Levmore, *Property's Uneasy Path and Expanding Future*, in 70 *U. Chicago L. Rev.* 181, 190-194 (2003).

¹¹ C. May, *The Global Political Economy of Intellectual Property Rights*, cit., 69.

¹² K. Polanyi, *The Livelihood of Man*, New York, 1977, 10; Id., *La mentalité de marché est obsolète!*, trad. fr., in *Essais de Karl Polanyi*, Paris, 2008, 505 ss., 507.

¹³ K. Polanyi, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, trad. it., Torino, 1974, 94, 168.

¹⁴ Cfr. K. Polanyi, *The Economy as Instituted Process*, in K. Polanyi – C.M. Arensberg – A. W. Pearson, *Trade and Market in the Early Empires. Economies in History and Theory*, New York, 1957, 243 ss., 250.

¹⁵ K. Polanyi, *La grande trasformazione*, cit., 74; per un'attenta analisi di tale prospettiva interpretativa cfr. ora M. Cangiani, *Karl Polanyi's Institutional Theory: Market Society and Its 'Disembedded' Economy*, in 45 *J. Econ. Issues* 177 (2011).

¹⁶ Cfr. B. Jessop, *Knowledge as a Fictitious Commodity: Insights and Limits of a Polanyian Perspective*, in A. Bugra – K. Agartan, a cura di, *Reading Karl Polanyi for the Twenty-First Century. Market Economy as a Political Project*, New York, 2007, 115 ss.; e da T. MacNeill, *The End of Transformation? Culture as the Final Fictitious Commodity*, in 12 *Problématique. Journal of Political Studies* 17, 25 (2009).

¹⁷ Per queste distinzioni v. B. Jessop, *Knowledge as a Fictitious Commodity: Insights and Limits of a Polanyian Perspective*, cit., 118.

giuridico 'proprietario', preordinato alla commercializzazione e allo scambio mercantile, legittima la riconduzione di tale entità al novero delle "merci fittizie".

Se si analizzano con attenzione i processi istituzionali in atto, si vedrà come il loro effetto principale è quello di ritagliare porzioni sempre più ampie del parco collettivo di conoscenza ed assoggettarle alla logica dell'appropriazione esclusiva e dello sfruttamento di mercato. Ciò è particolarmente evidente ove si consideri l'ipotesi della conoscenza di base, o conoscenza *proposizionale*, che era tradizionalmente prodotta per la fruizione collettiva¹⁸; oggi, invece, essa è investita da un processo di *commodification* crescente¹⁹, emblematicamente inaugurato dal *Bay-Dohle Act* e da simili atti normativi volti ad incrementare l'accesso al brevetto da parte delle istituzioni universitarie pubbliche e il trasferimento di tecnologia ai privati²⁰. Ma lo stesso è a dirsi per molte altre ipotesi, ampiamente studiate, come l'introduzione di diritti esclusivi sulle compilazioni non creative di dati²¹, oppure – questione su cui si tornerà approfonditamente in seguito – la brevettazione delle sequenze di DNA umano²².

Le tecniche impiegate sono diverse, ma la tendenza complessiva, in tutti questi settori, è la medesima: per effetto di deliberate scelte istituzionali si introducono nuovi *property rights* in relazione a beni in precedenza soggetti ad un regime di libero accesso, o sottratti alla circolazione onerosa. Se ciò risulta possibile, è in larga parte grazie ad un processo di legittimazione culturale, incentrato sull'idea dell'*equiparazione della conoscenza ad una merce*.

3. *Ideologie e tecniche della proprietà intellettuale* – È legittimo chiedersi quale sia l'utilità del ricorso a categorie di formazione non prettamente giuridica, come quella dell'"*enclosure*", o della "fictitious commodity", ai fini della comprensione della disciplina della proprietà intellettuale e della sua più recente evoluzione.

A tale interrogativo possono darsi risposte diverse, a seconda delle peculiari prospettive metodologiche fatte proprie dall'interprete. Per quanto qui rileva, credo che si possa affermare che il principale guadagno conoscitivo derivante dall'impiego di un siffatto modello argomentativo sia quello di delineare un quadro critico, alternativo rispetto a quello offerto dalla lettura dominante, e capace di illuminare la reale natura degli interessi coinvolti nelle scelte che il giurista ama immaginare, o descrivere, come "meramente

¹⁸ La storia della rivoluzione industriale è stata riletta proprio alla luce dell'interazione tra l'ampliamento del parco della conoscenza proposizionale "ad accesso libero" e lo sviluppo di conoscenza tecnica, progressivamente soggetta a processi di appropriazione privata: cfr. J. Mokyr, *I doni di Atena. Le origini storiche dell'economia della conoscenza*, trad. it., Bologna, 2002, 17, 61.

¹⁹ Cfr. G. Irzik, *Commercialization of Science in a Neoliberal World*, in A. Bugra – K. Agartan, a cura di, *Reading Karl Polanyi for the Twenty-First Century. Market Economy as a Political Project*, cit., 135 ss.

²⁰ Cfr. A. Rai – R. Eisenberg, *Bayh-Dole Reform And The Progress Of Biomedicine*, in 66 *Law & Cont. Probs.* 289 (2003); B. Williams-Jones – V. Ozdemir, *Enclosing the 'Knowledge Commons': Patenting Genes for Disease Risk and Drug Response at the University – Industry Interface*, in C. Lenk – N. Hoppe – R. Andorno, *Ethics and Law of Intellectual Property. Current Problems in Politics, Science and Technology*, Aldershot, 2007, 137; R. Caso, a cura di, *Ricerca scientifica pubblica, trasferimento tecnologico e proprietà intellettuale*, Bologna, 2005.

²¹ In tema cfr. *ex multis* J.H. Reichman – P.F. Uhler, *A Contractually Reconstructed Research Commons for Scientific Data in a Highly Protectionist Intellectual Property Environment*, in 66 *Law & Cont. Prob's* 314, 361-461 (2003). Altro tema particolarmente rilevante è quello dei dati geospaziali e delle informazioni del settore pubblico: cfr. M. van Eechoud, *The Commercialization of Public Sector Information. Delineating the Issue*, in P.B. Hugenholtz – L. Guibault, *The Future of the Public Domain*, The Hague, 2006, 279; P. Weiss, *Borders in Cyberspace: Conflicting Government Information Policies and their Economic Impacts*, in *Open Access and the Public Domain in Digital Data and Information for Science: Proceedings of an International Symposium*, Washington, D.C, 2004, 69 ss.

²² Cfr. *infra*, parr.5-6.

tecniche”²³. Il pregiudizio positivisticò della nostra cultura giuridica impedisce di cogliere con esattezza la straordinaria importanza che l’apparato ideologico ha sempre svolto e continua a svolgere – tra i tanti settori²⁴ – in relazione alla disciplina dei beni immateriali²⁵. Di fatto, però, esso ha operato, sin dalle origini, quale fondamentale strumento di legittimazione e consolidamento – proprietà come *Kampfbegriff* – dei diritti di privativa, prima screditati dalla crisi del sistema dei privilegi di *Ancien Régime*²⁶, oggi minacciati dalla rapidità e dall’ambivalenza del progresso tecnologico, che se da un lato incrementa il rilievo economico delle informazioni, dall’altro ne riduce la controllabilità e la tutela rispetto a forme di sfruttamento abusivo²⁷.

Come già avvenuto all’epoca della rivoluzione industriale, quando le dottrine libero-scambiste si saldarono con le nuove condizioni di sviluppo prodotte dall’avvento dei grandi macchinari²⁸, anche oggi l’apparato ideologico si sovrappone, sottilmente, al substrato tecnologico per incrementare la pressione verso la privatizzazione della conoscenza²⁹. È importante, dunque, precisare quali siano i pilastri concettuali che sorreggono la politica dell’“elevata protezione” e del continuo ampliamento dei diritti di proprietà intellettuale.

Astraendo dalle specificità nazionali, è possibile osservare come il cardine dell’argomentazione sia generalmente rappresentato dall’idea della naturale inefficienza dei regimi di libero accesso e circolazione dell’informazione e del ricorso al sistema dei diritti esclusivi limitati nel tempo, come imprescindibile meccanismo di stimolo all’innovazione³⁰. Tale prospettiva, spinta all’estremo dalla cultura del neo-liberismo americano, ha un duplice fondamento teorico³¹.

Essa poggia, da un lato, sui postulati dell’analisi economica dell’informazione e, dall’altro, sulle tesi di stampo hayekiano circa la superiorità dei regimi di proprietà privata rispetto alle varie forme di regolamentazione pubblica³². Il punto d’intersezione tra i due

²³ V. in generale Du. Kennedy, *The Political Stakes in “Merely Technical” Issues of Contract Law*, in 1 *Eur. R. Priv. L.* 7 (2001); con specifico riferimento al dibattito sul metodo nel diritto comparato v. Dav. Kennedy, *The Politics and Methods of Comparative Law*, in P. Legrand – R. Munday, a cura di, *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, 2003, 345 ss.

²⁴ Il fattore cruciale svolto dall’apparato di legittimazione ideologica per l’evoluzione di un assetto istituzionale è posto in luce in maniera estremamente nitida dallo stesso F.A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà. Critica dell’economia pianificata*, trad. it., Milano, 2000, 89-90.

²⁵ Cfr. A. Kapczynski, *Access to Knowledge: A Conceptual Genealogy*, in G. Krikorian – A. Kapczynski, a cura di, *Access to Knowledge in the Age of Intellectual Property*, New York, 2010, 17 ss., 26 ss.; v. anche J. Boyle, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, cit., 51 ss.

²⁶ Cfr. V. Jänich, *Geistiges Eigentum – eine Komplementärserscheinung zum Sacheigentum?*, Tübingen, 2002, 183.

²⁷ J. Boyle, *The Public Domain*, cit., 54 ss.

²⁸ Cfr. K. Polanyi, *La grande trasformazione*, cit., 141-164; Id., *The machine and the discovery of society*, manoscritto del 24 aprile 1957, ora pubblicato in traduzione francese in *Essais de Karl Polanyi*, cit., 547; sul punto G. Dale, *Karl Polanyi*, cit., 52-58.

²⁹ Cfr. C. May, *The Global Political Economy of Intellectual Property Rights. The New Enclosures*, cit., 11; T. MacNeill, *The End of Transformation? Culture as the Final Fictitious Commodity*, cit., 28.

³⁰ Per una descrizione dei modelli teorici di riferimento v. P. Menell – S. Scotchmer, *Intellectual Property*, in A. Mitchell Polinsky – S. Shavell, *Handbook of Law & Economics*, II, Amsterdam, 2007, 1475 ss., 1482; W. Gordon, *Intellectual Property*, in P. Cane – M. Tushnet, *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford, 2003, 617 ss., 638.

³¹ Particolarmente istruttiva, per cogliere l’importanza in questo settore dei paradigmi culturali proposti dal movimento neo-liberale, è la lettura dei contributi raccolti nel volume curato da P. Mirowski – D. Plehwe, *The Road from Mont Pèlerin. The Making of the Neoliberal Thought Collective*, Cambridge-London, 2009, ed in particolare il saggio di R. Van Horn – P. Mirowski, *The Rise of the Chicago School of Economics and the Birth of Neoliberalism*, 139 ss., 167.

³² Si veda sul punto la limpida analisi di A. Kapczynski, *Access to Knowledge: A Conceptual Genealogy*, cit., 26 ss.

modelli teorici è rappresentato dal paradigma della tragedia dei *commons*, vividamente descritta dalle celebri pagine del biologo Garret Hardin ed adattata alle peculiari caratteristiche dei beni in questione³³.

Mentre nel campo dei beni materiali tale “tragedia” s’identificherebbe con l’eccessivo sfruttamento, e dunque con la definitiva consumazione delle risorse, nell’area dell’immaterialità, dati i caratteri di non escludibilità e non rivalità nel consumo dell’informazione, essa deriverebbe da un’insufficiente produzione di tali beni³⁴. Ovviamente sarebbe agevole obiettare che al problema della produzione di un livello sub-ottimale d’informazione potrebbe porsi rimedio attraverso strategie istituzionali diverse da quelle della costituzione di diritti di monopolio: ad esempio attraverso il sistema dei premi, dei sussidi, della ricerca finanziata tramite fondi pubblici, etc.³⁵ Ma è esattamente per contrastare tali obiezioni che la prospettiva dominante attinge alla teoria classica dei *property rights*³⁶ e, decantando le “virtù della decentralizzazione”, conclude nel senso della superiorità di un regime di stimolo all’innovazione incentrato sull’iniziativa privata rispetto ai meccanismi di programmazione centralizzata e regolamentazione pubblica³⁷.

Se questa è l’impalcatura teorica che fa da sfondo alla politica dell’“elevata protezione” dei diritti di proprietà intellettuale, è agevole comprendere come il raffronto con il primo movimento per le recinzioni risponda essenzialmente ad una finalità di “critica dell’ideologia”³⁸. Nelle pagine degli autori che, come Boyle, più hanno insistito su tale analogia, il riferimento alla vicenda della privatizzazione dei terreni aperti appare funzionale alla sottolineatura di due elementi di criticità del modello esclusivistico.

(i) Il primo è quello dell’impatto sociale e redistributivo del processo di privatizzazione della conoscenza³⁹. Il riferimento all’esperienza dell’*enclosure* si rivela a tal scopo particolarmente illuminante. Mentre la lettura tradizionale ha sempre posto l’accento sull’effetto pro-competitivo del movimento per le recinzioni, il quale – si sostiene – contribuì alla razionalizzazione dell’impiego della terra e rappresentò una premessa essenziale per il successivo sviluppo industriale⁴⁰, le ricerche condotte da Polanyi e da altri storici dell’economia hanno restituito una rappresentazione ben più articolata e meno apologetica del medesimo fenomeno⁴¹. In particolare tali studi ricordano come il mutamento del regime fondiario, asetticamente descritto in termini di miglioramento parietano, determinò in realtà il violento sradicamento di una larga parte della popolazione dal proprio territorio, lo sconvolgimento del tessuto sociale e un profondo degrado culturale, che nessuno sviluppo industriale fu mai più in grado di eliminare⁴². Quello che da molti fu raffigurato come “progresso”, per altri fu un’immensa calamità, una vera e propria “rivoluzione del ricco contro il povero”⁴³. Al pari di quanto avvenuto nel campo dei

³³ G. Hardin, *The Tragedy of the Commons*, in 162 *Science* 1243 (1968).

³⁴ R. Cooter – T. Ulen, *Law & Economics*, III ed., Reading-Menlo Park, 2000 ss., 126.

³⁵ P. Menell – S. Scotchmer, *Intellectual Property*, cit., 1530 ss.

³⁶ Cfr. U. Mattei, *Basic Principles of Property Law. A Comparative Legal and Economic Introduction*, Westport-London, 2000, 1 ss.

³⁷ P. Menell – S. Scotchmer, *Intellectual Property*, cit., 1477; J. Boyle, *Public Domain*, cit., 2.

³⁸ Come limpidamente emerge dalle pagine di J. Boyle, *Enclosing the Genome: What Squabbles over Genetic Patents Could Teach Us*, cit., 106 ss., spec. 113 ss.

³⁹ V. ancora J. Boyle, *Enclosing the Genome: What Squabbles over Genetic Patents Could Teach Us*, cit. 113.

⁴⁰ Per una discussione dei guadagni in termini di efficienza connessi al movimento per le recinzioni, v. D.N. McCloskey, *The Enclosure of Open Fields: Preface to a Study of Its Impact on the Efficiency of English Agriculture in the Eighteenth Century*, in 132 *J. Econ. History* 15 (1972).

⁴¹ Cfr. K. Polanyi, *La grande trasformazione*, cit., *passim*; v. anche R.C. Allen, *Enclosure and the Yeoman*, New York, 1992; Id., *The Efficiency and Distributional Consequences of Eighteenth Century Enclosures*, in 92 *Econ. J.* 937 (1982).

⁴² K. Polanyi, *La grande trasformazione*, cit., 45-56.

⁴³ K. Polanyi, *La grande trasformazione*, cit., 47.

beni corporali, anche il processo di 'privatizzazione' delle risorse immateriali viene correntemente giustificato in base al paradigma 'neutro' delle scelte razionali, ma presenta in realtà gravi implicazioni sociali e redistributive, che, come emblematicamente evidenzia la tematica dell'accesso ai farmaci antiretrovirali coperti da brevetto⁴⁴, non possono essere né sottovalutate, né sottaciute⁴⁵.

(ii) Il secondo elemento di criticità attiene al profilo dell'efficienza allocativa e concerne in particolare la questione della trasponibilità del teorema della tragedia dei *commons* al settore degli *intangibles*⁴⁶. Anche a prescindere dalle critiche che, già nel settore dei beni corporali, possono essere avanzate nei confronti di una siffatta impostazione (basti richiamare gli studi di Carol Rose e Elinor Ostrom)⁴⁷, si deve comunque tenere presente che, quando le risorse in questione non hanno carattere materiale, ma intangibile, non è dimostrato che un regime di libero accesso conduca necessariamente ad esiti 'tragici'. Il già ricordato problema della produzione di un ammontare sub-ottimale di informazione, in particolare, appare alquanto sopravvalutato, dal momento che in molti settori i fattori reputazionali e le regole sociali informali – come già metteva in luce, tra gli altri, Arnold Plant⁴⁸ – costituiscono spesso incentivi all'innovazione non meno efficaci della promessa di un monopolio sullo sfruttamento⁴⁹. Il limite intrinseco dell'approccio economicistico è, infatti, quello di elevare il paradigma delle scelte razionali dell'*homo oeconomicus* a criterio ordinante ed universalmente valido, precludendo così una più adeguata comprensione delle relazioni e dei modelli di comportamento non utilitaristici, come quelli ispirati alla reciprocità o alla redistribuzione⁵⁰. Le considerazioni in termini d'efficienza, peraltro, inducono ad esprimere serie preoccupazioni circa i rischi derivanti dall'introduzione di barriere troppo elevate alla circolazione dell'informazione. Proprio perché la conoscenza non è mai soltanto *output*, ma è anche *input* di qualsiasi processo produttivo, il ricorso alla tecnica dell'esclusiva si connota come intimamente problematico, in quanto, se non adeguatamente controllato, rischia di ipotecare le possibilità di sviluppo ed innovazione futura, neutralizzando i vantaggi derivanti dal progresso tecnologico e dall'accresciuta possibilità di condivisione delle informazioni⁵¹. Di qui un radicale ribaltamento dello scenario evocato da Hardin: non più la tragedia dei *commons*, come esito da evitare tramite il conferimento di *property rights*, ma la tragedia degli *anti-commons*, quale effetto controfinale dell'eccessiva proliferazione dei diritti esclusivi⁵². Si creano nuovi titoli

⁴⁴ V. L.R. Helfer – G.W. Austin, *Human Rights and Intellectual Property. Mapping the Global Interface*, Cambridge, 2011, 92 ss.; E. Botoy Ituku, *Propriété intellectuelle et droits de l'homme. L'impact des brevets pharmaceutiques sur le droit à la santé dans le contexte du VIH/SIDA en Afrique*, Genève – Zurich, 2007.

⁴⁵ Per uno sguardo critico sulla 'politica' della proprietà intellettuale negli ultimi decenni v. in particolare P. Drahos, "IP World" – *Made by TNC Inc.*, in G. Krikorian – A. Kapczynski, a cura di, *Access to Knowledge in the Age of Intellectual Property*, cit., 197 ss., spec. 205 ss.

⁴⁶ J. Boyle, *Public Domain*, cit., 47 ss.

⁴⁷ C. Rose, *The Comedy of the Commons: Custom, Commerce and Inherently Public Property*, in 53 *U. Chicago L. Rev.* 711 (1986); E. Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990.

⁴⁸ In luogo di molti mette conto ricordare gli studi di Arnold Plant, *The Economic Theory Concerning Patents for Inventions*, in 1 *Economica* 30 (1934); Id., *The Economic Aspects of Copyright in Books*, in 1 *Economica* 167 (1934).

⁴⁹ J. Boyle, *Public Domain*, cit., 3 ss.

⁵⁰ Cfr. K. Polanyi, *The Economy as Instituted Process*, cit., 243 ss.; e, sia pure in una diversa prospettiva, D.C. North, *Markets and Other Allocation Systems in History: The Challenge of Karl Polanyi*, in 6 *J. Eur. Econ. History* 703 (1977).

⁵¹ J. Boyle, *Public Domain. Enclosing the Commons of the Mind*, cit., 48 ss.; M. Boldrin – D.K. Levine, *Against Intellectual Monopoly*, Cambridge, 2008, 68 ss., 184 ss., 243.

⁵² M.A. Heller – R.S. Eisenberg, *Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*, in 280 *Science* 698 (1998).

da scambiare sul mercato come strumento di sviluppo e crescita economica, ma ci si ritrova, per un tipico fenomeno di eterogenesi dei fini, nel pieno centro di una *gridlock economy*⁵³.

4. *Le risposte sociali al processo di privatizzazione: l'emersione del discorso dei beni comuni* – La complessità e la rilevanza sociale delle questioni coinvolte nelle scelte in materia di proprietà intellettuale dovrebbero indurre a leggere la realtà operativa attraverso lenti diverse e più articolate di quelle suggerite dal laboratorio di Chicago. In particolare, una volta che si abbandoni il postulato della 'naturalità' dei modelli d'appartenenza di stampo proprietario, si dovrà riflettere con molta attenzione sulle implicazioni delle *scelte* istituzionali preordinate all'istituzione di mercati della conoscenza. Chi sono i 'vincenti' e i 'perdenti' di questo processo? E soprattutto: quali sono le sue conseguenze di lungo periodo?

Per riflettere in maniera critica su questi interrogativi può essere utile ripartire dall'analisi di Polanyi, andando però al di là della "parte prima", nella quale generalmente si esauriscono i richiami operati dagli studiosi della proprietà intellettuale⁵⁴.

La *Grande Trasformazione* non si limita a descrivere la genesi e l'affermazione del modello del mercato auto-regolato, una parabola all'interno della quale s'inscrive anche la già ricordata esperienza del movimento per le recinzioni. Tutta la seconda parte dell'opera è dedicata alla disamina dei complessi processi di adattamento e reazione, innescati dall'inversione del rapporto tra istituzioni economiche ed altre istituzioni sociali⁵⁵. La tesi fondamentale di Polanyi, com'è noto, è che l'utopia di una società organizzata e retta soltanto dalle logiche di mercato, nella quale terra, lavoro e moneta sono fittiziamente equiparati a merci, risulta nel lungo periodo foriera di contraddizioni insanabili ed è dunque insostenibile per qualsiasi comunità. Di qui la particolare interpretazione, proposta dall'autore ungherese, di una serie di fenomeni apparentemente eterogenei – come l'introduzione delle leggi sulle fabbriche e le discipline a tutela dei lavoratori, l'impiego di dazi e tariffe a tutela dell'agricoltura, l'istituzione di banche centrali e la regolazione del sistema monetario – ma che, letti congiuntamente, sarebbero espressione di un più generale contro-movimento, finalizzato alla difesa della società dalle tendenze distruttive del mercato autoregolantesi⁵⁶.

Tale contro-movimento, nella ricostruzione storica proposta da Polanyi, non si connota come politicamente univoco al suo interno⁵⁷, né si riduce banalmente all'introduzione di "alcune gocce di olio sociale" (come ebbe a dire Gierke) nel macchinario del mercato. Esso non prelude necessariamente all'armonia sociale, ma dà vita a nuove tensioni e laceranti conflitti, come le esperienze dei nazionalismi, del fascismo e le grandi crisi economiche ebbero chiaramente a dimostrare. Esso riflette il carattere impraticabile dell'utopia della società *di* mercato, ma non rappresenta, in quanto tale, la soluzione delle sue contraddizioni⁵⁸.

⁵³ M. Heller, *The Gridlock Economy. How Too Much Ownership Wrecks Markets, Stops Innovation, and Costs Lives*, New York, 2008, *passim*.

⁵⁴ V. a titolo esemplificativo J. Boyle, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, cit., 33 ss.

⁵⁵ K. Polanyi, *La grande trasformazione*, cit., 167-278.

⁵⁶ K. Polanyi, *La grande trasformazione*, cit., 98.

⁵⁷ Sul punto v. R. Stanfield, *The Institutional Economics of Karl Polanyi*, in 14 *J. Econ. Issues* 593, 607 (1980).

⁵⁸ Sulla tesi polanyiana del 'doppio movimento' v. M. Cangiani, *Economia e democrazia. Saggio su Karl Polanyi*, Padova, 1998, 58 ss.; G. Berthoud, *Repenser le 'double mouvement'*, in M. Servet – J. Macourant – A. Tiran, a cura di, *La modernité de Karl Polanyi*, Paris, 1998, 363 ss.

Benché elaborata in relazione ad una specifica fase del capitalismo e non immune da critiche⁵⁹, la riflessione di Polanyi sembra tuttora offrire alcune chiavi interpretative utili alla comprensione dei processi in atto nelle società contemporanee. Il paradigma del “doppio movimento”, in particolare, è stato richiamato da molti autori – tra i quali Habermas⁶⁰ – per illuminare le dinamiche della globalizzazione dei mercati e ripensare gli effetti complessivi delle riforme dettate dal neo-liberismo degli anni Ottanta⁶¹. Se adeguatamente storicizzato ed inteso come griglia analitica di riferimento, piuttosto che come vero e proprio modello predittivo di comportamenti, lo schema pendolare ricostruito da Polanyi può essere proficuamente impiegato per rileggere criticamente alcuni degli sviluppi intervenuti sul terreno dell’accesso alla conoscenza a partire dagli accordi TRIPS⁶².

Fin qui si è parlato del processo d’espansione dei diritti esclusivi come uno dei tasselli essenziali – unitamente ad altri fattori, tra i quali la riforma dei mercati del lavoro e la crescente privatizzazione del sistema della ricerca pubblica⁶³ – del capitalismo cognitivo contemporaneo. Questa, però, rappresenta soltanto una parte della storia e non esaurisce il quadro dei fenomeni rilevanti nel settore della proprietà intellettuale. Se è vero che sul terreno dell’accesso alla conoscenza si delineano alcuni dei nodi essenziali della ‘questione proprietaria’ odierna⁶⁴, non può stupire come proprio in relazione ad alcuni di questi temi abbiano iniziato ad aggregarsi prima riflessioni critiche, poi fenomeni individuali di dissenso, ed infine movimenti d’opinione organizzati, i quali rivendicano l’esigenza di riorganizzare i regimi di stimolo all’innovazione intorno alla categoria dei beni comuni e ai modelli di interazione di natura cooperativa (quali quelli ispirati alla logica dell’*open access*)⁶⁵. Di questi uno dei più noti è il movimento A2K, acronimo che sta per “access to knowledge”⁶⁶. Ad esso fanno capo e si ispirano idealmente giuristi, rappresentanti di organizzazioni non governative, attivisti e *leader* politici provenienti da varie parti del

⁵⁹ In proposito cfr. G. Dale, *Karl Polanyi. The Limits of the Market*, Cambridge, 2010, 72-88.

⁶⁰ J. Habermas, *The Postnational Constellation and the Future of Democracy*, in Id., *The Postnational Constellation. Political Essays*, translated by M. Pensky, Cambridge, 2001, 58 ss., 84-85.

⁶¹ Cfr. ad es. A. Bugra, *Polanyi’s Concept of Double Movement and Politics in the Contemporary Market Society*, in A. Bugra – K. Agartan, a cura di, *Reading Karl Polanyi for the Twenty-First Century*, cit., 173 ss.; M. Bienefeld, *Suppressing the Double Movement to Secure the Dictatorship of Finance*, ivi, 13 ss.; F. Block, *Polanyi’s Double Movement and the Reconstruction of Critical Theory*, in 38 *Rev. Interventions économiques [En ligne]*, 38 (2008); B.J. Silver – G. Arrighi, *Polanyi’s « Double Movement » : The Belle Époques of British and U.S. Hegemony Compared*, in 31 *Politics & Society* 325 (2003).

⁶² Sui TRIPS come vero e proprio spartiacque per l’evoluzione dell’esperienza in tema di proprietà intellettuale v. L. Helfer, *Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking*, in 29 *Yale J. Int. L.* 1 (2004); G. Krikorian, *Free-Trade Agreements and Neoliberalism: How to Derail the Political Rationales that Impose Strong Intellectual Property Protection*, in G. Krikorian – A. Kapczynski, a cura di, *Access to Knowledge in the Age of Intellectual Property*, cit., 293 ss.

⁶³ Utili riferimenti in proposito possono trarsi da A. Supiot, *L’esprit de Philadelphie: la justice sociale face au marché total*, Paris, 2010; G. Standing, *Labor Recommodification in the Global Transformation*, in A. Bugra – K. Agartan, a cura di, *Reading Karl Polanyi for the Twenty-First Century. Market Economy as a Political Project*, cit., 67 ss.; G. Irzik, *Commercialization of Science in a Neoliberal World*, cit., 135 ss.

⁶⁴ V. in generale le riflessioni di S. Rodotà, *Proprietà: una parola controversa*, in *ParoleChiave*, 2003, 1 ss.

⁶⁵ Cfr. N. Kranich, *Countering the Enclosure: Reclaiming the Knowledge Commons*, cit., 94 ss.; P. Levine, *Collective Action, Civic Engagement, and the Knowledge Commons*, in C. Hess – E. Ostrom, *Understanding Knowledge as a Commons*, cit., 247 ss.; P. Suber, *Creating and Intellectual Commons through Open Access*, ivi, 171 ss.

⁶⁶ A. Kapczynski, *The Access to Knowledge Mobilization and the New Politics of Intellectual Property*, in 117 *Yale L. J.* 804 (2008).

mondo, ed in particolare dai paesi in via di sviluppo, impegnati nel contrasto alle derive ‘neo-protezionistiche’ e nell’affermazione di una diversa ‘ecologia’ dell’informazione⁶⁷.

Il progetto orientato alla tutela della conoscenza come “bene comune” – assumendo tale formula come riassuntiva di un regime di disciplina connotato dalla sottrazione a processi di appropriazione esclusiva finalizzata allo sfruttamento in contesti di mercato concorrenziale – non si è soltanto imposto stabilmente nel dibattito pubblico, ma ha trovato i primi riscontri operativi in alcuni importanti atti normativi e documenti programmatici adottati nell’ambito delle istituzioni competenti in materia di proprietà intellettuale e diritti umani. Tra questi, sarà qui sufficiente ricordare la Dichiarazione di Doha del 2001 e la Decisione del General Council (WTO) del 2003 sull’accesso ai farmaci protetti da brevetto⁶⁸; o l’approvazione nel 2007 della c.d. *WIPO Development Agenda*, promossa da un’ampia coalizione di paesi in via di sviluppo⁶⁹. Inoltre la medesima linea di politica legislativa sembra avere direttamente ispirato le posizioni assunte dal Parlamento europeo al momento della discussione della proposta di direttiva (poi respinta) sulla brevettazione del *software*⁷⁰.

Sono questi segnali premonitori di una più ampia reazione di auto-difesa della società dai pericoli dell’estensione delle logiche di mercato a beni e rapporti cruciali per lo sviluppo umano? Rispondere a tale quesito non è affatto agevole. Tuttavia, non è neanche indispensabile, almeno là dove si rinunzi a vedere nel paradigma del doppio movimento un modello predittivo di comportamenti. È sufficiente, e forse più utile, fermarsi a riflettere sulle modalità che tali strategie di protezionismo sociale possono concretamente assumere e sulle conseguenze che ne discendono per la ricostruzione del complessivo sistema di disciplina della conoscenza.

Mi limiterò qui a svolgere alcune considerazioni sul primo aspetto, il quale assume una valenza cruciale per la riflessione contemporanea sulla categoria dei beni comuni. La questione principale consiste nel capire quali siano i circuiti istituzionali attraverso cui le suddette istanze collettive possano trovare più agevolmente emersione ed effettiva rappresentanza.

L’ipotesi più ovvia è quella del processo politico e dell’iniziativa parlamentare (o referendaria)⁷¹. Ad una considerazione retrospettiva, questa appare come la strada più comunemente percorsa – la recente esperienza italiana del referendum sull’acqua ne offre un esempio paradigmatico – e non di rado la più diretta. Tuttavia sarebbe miope ignorare le obiettive limitazioni che tale strategia incontra nell’attuale assetto istituzionale, connotato da una forte decentralizzazione del sistema delle fonti⁷², da una costante

⁶⁷ Per i necessari riferimenti v. in particolare Y. Benkler, *The Idea of Access to Knowledge and the Information Commons: Long-Term Trends and Basic Elements*, in G. Krikorian – A. Kapczynski, a cura di, *Access to Knowledge in the Age of Intellectual Property*, cit., 217 ss.; G. Krikorian, *Access to Knowledge as a Field of Activism*, ivi, 57 ss.; Id., *Free-Trade Agreements and Neoliberalism: How to Derail the Political Rationales that Impose Strong Intellectual Property Protection*, cit., 314 ss.; A. Abdel Latif, *The Emergence of the A2K Movement: Reminiscences and Reflections of a Developing-Country Delegate*, ivi, 99 ss.

⁶⁸ In tema cfr. S. Shashikant, *The Doha Declaration on TRIPS and Public Health: An Impetus for Access to Medicines*, in G. Krikorian – A. Kapczynski, a cura di, *Access to Knowledge in the Age of Intellectual Property*, cit., 141 ss.

⁶⁹ A questo riguardo si veda V. Muñoz Tellez – S. Musungu, *A2K at WIPO: The Development Agenda and the Debate on the Proposed Broadcasting Treaty*, in G. Krikorian – A. Kapczynski, a cura di, *Access to Knowledge in the Age of Intellectual Property*, cit., 175 ss.

⁷⁰ Cfr. P. Aigrin, *An Uncertain Victory: The 2005 Rejection of Software Patents by the European Parliament*, in G. Krikorian – A. Kapczynski, a cura di, *Access to Knowledge in the Age of Intellectual Property*, cit., 161 ss.

⁷¹ Cfr. ad es. F. Block, *Polanyi’s Double Movement and the Reconstruction of Critical Theory*, cit., 5-6.

⁷² Cfr. U. Breccia, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 2006, 361; N. Lipari, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008.

pressione della competizione regolatoria⁷³ e da un'estrema rapidità del mutamento tecnologico. A ciò si aggiunga la profonda asimmetria nelle capacità di incidenza politica, la quale connota tutti i settori – e quello della proprietà intellettuale ne rappresenta l'esempio paradigmatico – nei quali pochi *repeat players*, dotati di ampio potere economico e interessi omogenei, fronteggiano una massa diffusa e piuttosto disorganica di potenziali controinteressati⁷⁴.

Date le caratteristiche di contesto, mi pare che il sistema delle corti possa rappresentare un'alternativa importante e, benché insufficientemente considerata sul piano teorico, di fatto destinata ad assumere un rilievo crescente. Specie là dove il concreto assetto istituzionale di un sistema favorisca l'accesso alla giustizia e permetta di configurare i suddetti interessi oppositivi in termini di pretese costituzionalmente garantite (v. *infra*, par. 8), il circuito giurisdizionale può offrire un valido canale d'emersione del retroterra non proprietario, congiuntamente al (o in supplenza del) tradizionale processo politico.

5. *Il problema della tutela dei beni non appropriabili: il caso del genoma umano* – Per illustrare i pregi ed i limiti del sistema delle corti rispetto al tema della salvaguardia dei beni comuni della conoscenza, poche vicende sono così istruttive come quella che si è svolta negli ultimi mesi (e non si è ancora definitivamente conclusa) di fronte ai tribunali federali statunitensi, là dove è stato frontalmente contestato uno dei principi cardini della teologia proprietaria contemporanea: il principio della brevettabilità delle sequenze di DNA umano⁷⁵.

La controversia ha ad oggetto, in particolare, la validità dei brevetti rilasciati alla società Myriad Genetics alle sequenze dei geni oncosoppressori BRCA1 e BRCA2 (dalle cui mutazioni deriva la predisposizione al carcinoma mammario e a quello ovarico) e relativi test diagnostici. Essa è stata definita da due opposte decisioni rese, rispettivamente, nel marzo 2010 dalla U.S. District Court per il Southern District di New York⁷⁶, e, nel luglio 2011, dalla U.S. Court of Appeals per il Federal Circuit⁷⁷. Tali decisioni non possono ancora essere considerate conclusive, in quanto è stato presentato ricorso in *certiorari* presso la Corte Suprema USA, che non si è ancora pronunciata in proposito⁷⁸.

La vicenda *Myriad Genetics* è ben nota ed è stata più volte raccontata nei dettagli⁷⁹. Tuttavia, per meglio comprendere il significato e l'importanza delle decisioni in oggetto è opportuno richiamare alcune delle premesse di fatto, dalle quali essa ha tratto origine.

⁷³ Cfr. A. Zoppini, a cura di, *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004.

⁷⁴ S. Levmore, *Property's Uneasy Path and Expanding Future*, cit., 190-194.

⁷⁵ Tale principio è accolto da numerosi ordinamenti giuridici e supportato dagli accordi TRIPS: cfr. G. Van Overwalle, *Biotechnology and Patents: Global Standards, European Approaches and National Accents*, in D. Wüger – T. Cottier, *Genetic Engineering and the World Trade System*, Cambridge, 1998, 91 ss.; C.A. Fowler, *Ending Genetic Monopolies: How the TRIPS Agreement's Failure to Exclude Gene Patents Thwarts Innovation and Hurts Consumers Worldwide*, in 25 *Am. U. Int'l L. Rev.* 1073 (2010); L. Andrews, *Genes and patent policy: rethinking intellectual property rights*, in 3 *Nature Genetics* 803 (2002).

⁷⁶ *Association for Molecular Pathology v. United States Patent and Trademark Office*, No. 09 Civ. 4515 (S.D.N.Y., Mar. 29, 2010).

⁷⁷ *Association for Molecular Pathology v. United States Patent and Trademark Office*, 653 F.3d 1329 (Fed. Cir. 2011).

⁷⁸ Il docket n. 11-725 può essere confrontato all'indirizzo <http://www.supremecourt.gov/Search.aspx?FileName=/docketfiles/11-725.htm>.

⁷⁹ Cfr. R. Gold – J. Carbone, *Myriad Genetics. In the Eye of the Policy Storm*, in 12 *Genetics in Medicine* 39 (2010); B. Williams-Jones, *History of a Gene Patent: Tracing the Development and Application of Commercial BRCA Testing*, in 10 *Health L. J.* 123 (2002). Il resoconto che segue è in larga parte basato su questi scritti.

La società *Myriad Genetics* fu costituita nel 1991 dal genetista Mark Skolnick e dal Prof. Walter Gilbert, Premio Nobel per la chimica per i suoi lavori sul sequenziamento dell'acido nucleico. All'epoca Skolnick era a capo di uno dei più importanti gruppi di ricerca, a livello internazionale, impegnati nell'identificazione dei geni coinvolti nell'insorgenza del tumore al seno. Tale gruppo, avvalendosi anche della collaborazione di alcuni ricercatori del *National Institute of Health*, aveva intrapreso uno studio ad ampio raggio sul profilo genetico del gruppo dei Mormoni. A tal scopo ebbe un'importanza fondamentale la disponibilità di un *database* costituito dallo stesso Skolnick negli anni '70 presso il *Center for Cancer Genetics Epidemiology* della *University of Utah* e contenente informazioni su 200.000 famiglie e la maggior parte dei 1.6 milioni di discendenti degli originari 10.000 coloni stabilitisi nello Utah⁸⁰. Tale *database* fu incrociato con il registro dei malati di cancro dello Utah (contenente più di 100.000 files), dando vita ad un campione di 40.000 profili genetici altamente rappresentativo, sul quale si concentrarono le ulteriori ricerche di Skolnick. È in questo quadro che si colloca la costituzione di *Myriad*: tale società fu creata come *spin off* del suddetto Centro al fine di attrarre il capitale di rischio necessario al completamento della ricerca⁸¹. *Myriad* disponeva già di cospicui finanziamenti pubblici specificamente destinati alla ricerca sul gene BRCA1 dal *National Insitute of Health* (tra i 2 e i 5 milioni di dollari, equivalenti a circa un terzo dei finanziamenti necessari per condurre a termine la ricerca)⁸² e dal *National Cancer Institute of Canada*, ma questi erano evidentemente insufficienti per conseguire gli obiettivi prefissi. Un accordo fu ben presto raggiunto con l'impresa farmaceutica *Eli Lilly & Co.*, la quale erogò un cospicuo finanziamento in cambio della promessa di una licenza esclusiva per la commercializzazione di ogni prodotto terapeutico sviluppato in relazione al gene BRCA1⁸³. Il gene BRCA1 fu in fine clonato e sequenziato dal gruppo di Skolnick nel 1994. Nell'agosto dello stesso anno *Myriad* depositò la prima di una lunga serie di domande di brevetto, relativa a 47 mutazioni del gene BRCA1. Questo fu rilasciato dal *U.S. Patent and Trademark Office* nel 1997. Ad esso se ne aggiunsero ben presto altri, relativi specificamente ai metodi diagnostici per l'identificazione delle mutazioni, ai metodi per analizzare il gene e, soprattutto, nel 1998, all'intera sequenza del gene BRCA1⁸⁴. Gli esiti della ricerca furono pubblicati su *Science* nell'Ottobre del 1994, qualche mese dopo il deposito della prima domanda di brevetto⁸⁵.

I risultati conseguiti sul terreno del gene BRCA1 operarono come volano per la ricerca di altri geni oncosoppressori coinvolti nel carcinoma mammario. Dopo che nel cromosoma 13 fu individuata la sede di un secondo gene correlato al cancro al seno, il BRCA2, si riaprì la corsa al sequenziamento. *Myriad* iniziò una collaborazione con il *team* internazionale coordinato dal genetista inglese Michael Stratton, presso l'*Institute of Cancer Research* in Inghilterra, il quale nel 1995 aveva identificato una mutazione in quello che sarebbe poi stato denominato il gene BRCA2. Tale collaborazione fu interrotta non appena Stratton apprese dell'intenzione di *Myriad* di brevettare la sequenza del gene. Il gruppo inglese riuscì per primo a conseguire l'obiettivo del sequenziamento⁸⁶ e pubblicò

⁸⁰ B. Williams-Jones, *History of a Gene Patent: Tracing the Development and Application of Commercial BRCA Testing*, cit., 129.

⁸¹ R. Gold – J. Carbone, *Myriad Genetics. In the Eye of the Policy Storm*, cit., 41.

⁸² B. Williams-Jones, *History of a Gene Patent: Tracing the Development and Application of Commercial BRCA Testing*, cit., 131; *Association for Molecular Pathology v. United States Patent and Trademark Office*, cit., p. 51.

⁸³ R. Gold – J. Carbone, *Myriad Genetics. In the Eye of the Policy Storm*, cit., 41.

⁸⁴ Per i dettagli v. R. Gold – J. Carbone, *Myriad Genetics. In the Eye of the Policy Storm*, cit., 41.

⁸⁵ Cfr. Y.Miki *et al.*, *A Strong Candidate for the Breast and Ovarian Cancer Suceptibility Gene BRCA1*, in 266 *Science* 66 (1994).

⁸⁶ Cfr. *Association for Molecular Pathology v. United States Patent and Trademark Office*, cit., 53.

la sequenza in *Nature* del Dicembre 1995⁸⁷. Tuttavia, il giorno prima della pubblicazione dell'articolo, *Myriad* annunciò a sua volta di avere completato il sequenziamento e depositò una domanda di brevetto per le invenzioni biotecnologiche relative alla sequenza del gene BRCA2, alle sue mutazioni e ai relativi metodi diagnostici. Tali brevetti – osteggiati a questo punto da una larga parte della comunità scientifica – furono accordati dal *U.S. Patent and Trademark Office* nel 1998 e nel 2000⁸⁸.

Le privative conferite a *Myriad* attribuirono a tale società un monopolio *ex lege* sull'analisi dei geni BRCA1 e BRCA2, sulle rispettive mutazioni, nonché sull'uso dei test diagnostici⁸⁹. *Myriad* scelse di non concedere licenze d'uso a terzi, ma entrò direttamente nel mercato diagnostico, investendo 30 milioni di dollari nell'apertura di un proprio laboratorio specializzato con sede a Salt Lake City⁹⁰. Dopo un primo tentativo di commercializzazione di un kit diagnostico BRCA1, fallito anche per l'opposizione della comunità medica, ostile alla liberalizzazione dell'accesso al test senza appropriata consulenza genetica⁹¹, *Myriad* iniziò ad offrire un servizio d'analisi "in-house", differenziando per prezzo e comprensività tre test principali (il test standard, denominato *Comprehensive BRCAAnalysis*, aveva nel 2009 un prezzo di 3.150 \$). Per consolidare la propria quota di mercato e massimizzare i profitti, *Myriad* adottò un'aggressiva politica di *marketing*, ricorrendo alla pubblicità diretta ai consumatori⁹² e costruendo una fitta rete commerciale con gli operatori sanitari, i centri diagnostici e gli assicuratori (si ricordi il ruolo fondamentale che le assicurazioni private svolgono in un sistema sostanzialmente privo di assistenza sanitaria pubblica)⁹³. Non soltanto *Myriad* impose a tutti i laboratori collegati di inviare per posta i campioni di DNA al proprio centro di Salt Lake City (anche perché in tal modo *Myriad* avrebbe potuto costituire nel medio periodo un ampio *database* di dati clinici, prezioso per lo svolgimento di ulteriori studi sulle varie forme di tumori con base genetica)⁹⁴. *Myriad* si spinse anche a minacciare di azione legale qualsiasi centro diagnostico che effettuasse test sui geni BRCA1 e 2 senza esser stato a ciò espressamente autorizzato. Tra questi, peraltro, non v'erano soltanto istituti privati, ma anche enti universitari, come il laboratorio di genetica diagnostica della *University of Pennsylvania* o il *Yale DNA Diagnostic Laboratory*, che avevano già sviluppato in maniera autonoma altri test di suscettibilità al tumore al seno⁹⁵.

Tale strategia di *enforcement* (sia pur vincente sul piano finanziario) contribuì a creare una tensione crescente con l'etica delle professioni mediche e il mondo della ricerca scientifica, spingendo diversi enti non profit e autorevoli genetisti a prendere pubblicamente posizione contro l'operato di *Myriad*, denunciando l'effetto di blocco sulla ricerca scientifica e il freno allo sviluppo di test più attendibili di quelli commercializzati da

⁸⁷ R. Wooster – G. Bignell et al., *Identification of the Breast Cancer Susceptibility Gene BRCA2*, in 378 *Nature* 789 (1995).

⁸⁸ R. Gold – J. Carbone, *Myriad Genetics. In the Eye of the Policy Storm*, cit., 42.

⁸⁹ Cfr. J. Murray, *Owning Genes: Disputes Involving DNA Sequence Patents*, in 75 *Chicago Kent L. Rev.* 231, 249 (1999).

⁹⁰ Per maggiori dettagli cfr. R. Gold – J. Carbone, *Myriad Genetics. In the Eye of the Policy Storm*, cit., 42.

⁹¹ B. Williams-Jones, *History of a Gene Patent: Tracing the Development and Application of Commercial BRCA Testing*, cit., 133.

⁹² Per un'attenta descrizione ed una valutazione critica delle implicazioni di tale strategia di marketing applicata ai test genetici, v. B. Williams-Jones, *'Be ready against cancer, now': direct-to-consumer advertising for genetic testing*, in 25 *New Genetics and Society*, 89, 93 (2006).

⁹³ R. Gold – J. Carbone, *Myriad Genetics. In the Eye of the Policy Storm*, cit., 42-44.

⁹⁴ Questa fu una delle varie obiezioni avanzate dalla comunità scientifica, e in particolare dal dr. Stoppa-Lyonnet dell'Istituto Curie, al modello imprenditoriale di *Myriad* (R. Gold – J. Carbone, *Myriad Genetics. In the Eye of the Policy Storm*, cit., 45).

⁹⁵ B. Williams-Jones, *History of a Gene Patent: Tracing the Development and Application of Commercial BRCA Testing*, cit., 134.

tale società⁹⁶. Mentre negli Stati Uniti l'attitudine che prevalse per molti anni fu di acquiescenza nei confronti delle pretese di *Myriad*, in Europa la tensione tra logica della ricerca e logica del profitto raggiunse una massa critica molto prima⁹⁷. In un contesto nel quale le prassi scientifiche, tradizionalmente informate a criteri di 'apertura' e reciprocità, si saldano con un sistema sanitario retto dal paradigma della solidarietà pubblica, piuttosto che da quello della competizione *for profit*, il tasso di 'compatibilità' con il modello di *business* perseguito da *Myriad* risultava evidentemente bassissimo⁹⁸. Ciò contribuì a determinare il 'rigetto' del trapianto. Nel 2001 un'ampia schiera di genetisti molecolari e clinici, oncologi ed altri ricercatori, guidata da Dominique Stoppa-Lyonnet dell'Istituto Curie di Parigi, coadiuvati in seguito da diversi governi nazionali ed altri enti non profit (come *Greenpeace* o il Partito socialdemocratico svizzero), promossero la prima di una serie di procedure d'opposizione contro le privative concesse a favore di *Myriad* dall'Ufficio europeo brevetti⁹⁹. Il brevetto sui test diagnostici relativi al gene BRCA1 fu revocato dall'*Opposition Division* (per ragioni formali correlate a vizi della domanda) nel 2004. Anche gli altri brevetti furono in seguito ridotti o revocati, con decisioni definitivamente confermate dal *Board of Appeals*¹⁰⁰.

Il sistema brevettuale statunitense non contempla una procedura di opposizione *post-grant* comparabile con quella prevista dagli artt. 99 e ss. della Convenzione europea sui brevetti del 1973¹⁰¹. L'effetto preclusivo, che discende *ex lege* dal rigetto della domanda di riesame, dissuade generalmente dall'intraprendere tale via e rende l'ordinario procedimento contenzioso di fronte alle corti distrettuali federali l'opzione generalmente prescelta da chi intenda contestare la validità di una privativa¹⁰². È per questa ragione che l'annosa controversia sui brevetti relativi ai geni BRCA1 e BRCA2 è infine approdata di fronte ad una corte federale.

Dopo quasi 15 anni dalla concessione del primo brevetto, il conflitto tra la logica dominicale e la tutela della salute aveva raggiunto evidentemente un punto di non ritorno, testimoniato anche dalla particolare attenzione critica prestata alla vicenda dal sistema dei *mass media*¹⁰³. Esso è quindi sfociato in un'azione giudiziaria promossa, il 12 maggio 2009, da alcune delle principali associazioni di categoria, rappresentative di più di 15000 genetisti, oncologi e biologi molecolari¹⁰⁴, da diversi medici, ricercatori universitari e

⁹⁶ American College of Medical Genetics, *Position Statement on Gene Patents and Accessibility of Gene Testing*, 2 August 1999. Per ulteriori riferimenti v. B. Williams-Jones, *History of a Gene Patent: Tracing the Development and Application of Commercial BRCA Testing*, cit., 137.

⁹⁷ A.S. Kesselheim – M.M. Mello, *Gene Patenting. Is the Pendulum Swinging Back?*, in 362 *N. Eng. J. Med.* 1855 (2010).

⁹⁸ R. Gold – J. Carbone, *Myriad Genetics. In the Eye of the Policy Storm*, cit., 49 ss., 54 ss., 62 ss., 66.

⁹⁹ Cfr. G. Matthijs, *The European opposition against the BRCA gene patents*, in 5 *Familial Cancer* 95 (2006).

¹⁰⁰ R. Gold – J. Carbone, *Myriad Genetics. In the Eye of the Policy Storm*, cit., 45; G. Matthijs, *The European opposition against the BRCA gene patents*, cit., 99 ss.; B. Verbeure – G. Matthijs – G. Van Overwalle, *Analysing DNA patents in relation with diagnostic genetic testing*, in 14 *European J. Human Genetics* 26, 30 (2006).

¹⁰¹ Si veda P. Drahos, *The Global Governance of Knowledge. Patent Offices and their Clients*, cit., 148 ss.

¹⁰² P. Drahos, *The Global Governance of Knowledge*, cit., 149; v. anche American Intellectual Property Law Association, *Comments on the Equities of Inter Partes Reexamination Proceedings in Response to the Notice and Invitation Published at 68 Fed. Reg. 75217* (December 30, 2003), in www.aipla.org.

¹⁰³ Cfr. T. Caulfield et al., *Myriad and the Mass Media: The Coverage of a Gene Patent Controversy*, in 9 *Genetics in Medicine* 850 (2007).

¹⁰⁴ Precisamente: l'Association for Molecular Pathology; l'American College for Medical Genetics; l'American Society for Clinical Pathology; il College of American Pathologists.

pazienti, coadiuvati da una lunga lista di *amici curiae*¹⁰⁵ e patrocinati dall'*American Civil Liberties Association*, l'ente da sempre impegnato in prima fila nelle più importanti battaglie per i diritti civili negli Stati Uniti. In posizione di convenuti figurano la società *Myriad Genetics*, l'*University of Utah Research Foundation* (in qualità di co-titolari e licenziatari esclusivi dei brevetti) e l'Ufficio brevetti e marchi statunitense, a loro volta supportati da diversi *amici curiae*, tra cui l'organizzazione di vertice delle imprese biotech statunitensi e alcune associazioni professionali, come quella degli avvocati di brevetto di Boston.

6. *Tra natura e artificio: la costruzione giuridica della realtà nella controversia Myriad Genetics* – Gli interessi vantati dagli attori sono, all'evidenza, relativi a posizioni di rilievo costituzionale: in particolare il diritto alla salute, alla ricerca scientifica, all'accesso alle informazioni relative alla propria configurazione genetica¹⁰⁶. Sul piano giuridico, tali interessi venivano fatti valere attraverso un'azione di nullità di 7 dei complessivi 23 brevetti sui geni BRCA1 e BRCA2 conferiti a *Myriad*. In particolare, le censure degli attori si appuntavano su due principali categorie di rivendicazioni: (a) la prima, per brevetto di prodotto, avente ad oggetto molecole di DNA isolato contenenti le sequenze dei geni BRCA1 e BRCA2, con e senza mutazioni; (b) la seconda, per brevetto di procedimento, relativa ai metodi per "comparare" o "analizzare" i geni BRCA1 e BRCA2 al fine di verificare la presenza di mutazioni responsabili della predisposizione al carcinoma mammario e ovarico. La tesi della nullità era fondata, tecnicamente, sulle seguenti considerazioni:

- i) violazione del § 101 del U.S. Patent Act, concernente i requisiti di brevettabilità del trovato;
- ii) contrarietà con l'art. 1, sez. 8, comma 8 della Costituzione USA, in quanto i brevetti in esame avrebbero impedito, piuttosto che promosso "the progress of science and the useful arts";
- iii) violazione del Primo e del Quattordicesimo Emendamento alla Costituzione USA, in quanto tali brevetti darebbero vita ad una forma di monopolio "di idee astratte e conoscenza di base" incompatibile con le garanzie della libertà di parola e informazione (segnatamente con il "diritto a essere informato" in ordine alla propria salute) di cui al *First Amendment*.

È ragionevole ritenere che gli argomenti sub *ii*) e *iii*) fossero stati avanzati prevalentemente al fine di giustificare la chiamata in giudizio del *U.S. Patent and Trademark Office*. Si deve notare, infatti, che questo è il primo, o comunque uno dei pochissimi casi, in cui l'Ufficio brevetti sia stato direttamente citato di fronte ad una corte federale in una controversia in materia di nullità del brevetto¹⁰⁷. Trattandosi di una tipica *public interest litigation*, fortemente voluta e promossa dall'*American Civil Liberties Association* (per la prima volta parte in causa in materia di brevetti), era interesse degli attori non soltanto invalidare il brevetto di *Myriad*, ma anche ottenere una declaratoria di violazione dei principi costituzionali, la quale vincolasse *pro futuro* il comportamento del *U.S. Patent and Trademark Office*. Ciò che si intendeva contestare, in ultima analisi, era la prassi adottata da tale agenzia a partire dalla metà degli anni Ottanta – e cristallizzata nelle

¹⁰⁵ Basti ricordare, tra i molti, l'*American Medical Association* e l'*American Society of Human Genetics*

¹⁰⁶ M. Geller, *Every Woman Deserves Her Own Pair of Genes: The Constitutionality of Patenting the BRCA Genes in Association for Molecular Pathology v. U.S. Patent & Trademark Office* 765, in 34 *Nova L. Rev.* 776 (2010); v. anche K. Kauble, *Patenting Everything Under the Sun: Invoking the First Amendment to Limit the Use of Gene Patents*, in 58 *UCLA L. Rev.* 1123 (2011).

¹⁰⁷ Cfr. L.M. Dunne, "Come, Let Us Return to Reason": *Association of Molecular Pathology v. USPTO*, in 20 *DePaul J. Art Tech. & Intell. Prop. L.* 473, 488 (2010) (nota 87 e testo corrispondente).

Utility Examination Guidelines del 2001¹⁰⁸ – consistente nel rilascio di brevetti aventi ad oggetto, oltre alle molecole di DNA sintetico, anche le sequenze di DNA isolato e purificato (ma non altrimenti modificato). Tale strategia era, tuttavia, destinata a scontrarsi con l'obiezione secondo cui, per costante prassi interpretativa seguita dalle corti federali, le questioni costituzionali, in linea di principio, devono essere accantonate ogniqualvolta una controversia possa essere decisa in base alla normativa ordinaria (*doctrine of constitutional avoidance*)¹⁰⁹.

Non sorprende, pertanto, che, sin dalla decisione di primo grado, il giudice Sweet abbia rigettato le suddette censure di natura costituzionale, pur lasciandole impregiudicate nel merito, impostando l'intera decisione in termini di interpretazione del § 101 del *Patent Act*¹¹⁰. Il *thema decidendum* può quindi essere agevolmente ridotto all'interrogativo se, alla luce dei criteri prefissati dalla suddetta norma, i frammenti isolati di DNA e le tecniche di comparazione delle rispettive sequenze costituiscano “a new and useful [...] manufacture or composition of matter”. Si tratta, cioè, di vere e proprie *invenzioni*, situate all'interno della frontiera dell'“anything under the sun that is made by man”¹¹¹, oppure di semplici “prodotti della natura”, semplicemente *scoperti* dall'uomo e, quindi, non brevettabili al pari delle “leggi di natura, fenomeni naturali e idee astratte”¹¹².

Probabilmente non v'è migliore testimonianza di quella offerta dal caso *Association of Molecular Pathology v. USPTO* di quanto il lessico delle “interpretazioni”, solitamente preferito dai giuristi, celi al suo interno la logica delle “decisioni”¹¹³. Stabilire se un gene isolato costituisca “un nuovo artefatto” oppure un “prodotto della natura” è tutto, fuorché una semplice interpretazione di un testo¹¹⁴. Si tratta, invece, di una vera e propria decisione, nel senso originario delle espressioni *de-caedere* e *nemein*, cioè di tagliare, dividere (per poi assegnare)¹¹⁵. Le posizioni radicalmente alternative, tra le quali i giudici erano chiamati a scegliere, erano le seguenti: a) il DNA è un composto chimico, tecnicamente un acido deossiribonucleico, il quale, una volta estratto dal suo ambiente naturale e separato dalle altre sostanze alle quali era originariamente associato (proteine, altri nucleotidi, etc.), assume una connotazione strutturalmente diversa da quella

¹⁰⁸ Cfr. USPTO, *Utility Examination Guidelines*, 66 Fed. Reg. 1092 (5 Jan. 2001), documento accessibile all'indirizzo <http://www.uspto.gov/web/offices/com/sol/notices/utilexmguide.pdf> (consultato il 5 luglio 2011): “A patent claim directed to an isolated and purified DNA molecule could cover, e.g., a gene excised from a natural chromosome or a synthesized DNA molecule. An isolated and purified DNA molecule that has the same sequence as a naturally occurring gene is eligible for a patent because (1) an excised gene is eligible for a patent as a composition of matter or as an article of manufacture because that DNA molecule does not occur in that isolated form in nature, or (2) synthetic DNA preparations are eligible for patents because their purified state is different from the naturally occurring compound” (p. 1093).

¹⁰⁹ Cfr. *Memorandum of Law in Support of Defendant United States Patent and Trademark Office's Motion for Judgment on the Pleadings and in Opposition to Plaintiff's Motion for Summary Judgment*, 4.

¹¹⁰ *Association for Molecular Pathology v. United States Patent and Trademark Office*, cit., 149 ss.

¹¹¹ *Diamond v. Diehr*, 450 U.S. 175, 182 (1981).

¹¹² Cfr. *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980), ove si afferma che la distinzione giuridicamente rilevante è tra “products of nature, whether living or not, and human-made inventions”; *Bilski v. Kappos*, 130 S. Ct. 3218, 3225 (2010), che esclude dalla brevettabilità: “laws of nature, physical phenomena, and abstract ideas”. Sulla dottrina dei “products of nature” v. J.M. Conley, *Gene Patents and the Product of Nature Doctrine*, in 84 *Ch.-Kent L. Rev.* 109, 112 (2009); J.M. Conley – R. Makowski, *Back to the Future: Rethinking the Product of Nature Doctrine as a Barrier to Biotechnology Patents*, II, in 85 *J. Pat. Trad. Off. Soc.* 371 (2003).

¹¹³ In proposito v. ad es. P.G. Monateri, voce *Interpretazione del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., X, Torino, 1993, 32 ss.

¹¹⁴ Per un'analisi attenta dei problemi sottostanti v. R. Gold, *Patenting of Genes: Discoveries or Inventions?*, in *E.L.S.*, 2005, 1.

¹¹⁵ C. Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, II ed., Berlin, 1974, 39.

preesistente¹¹⁶; b) il DNA rappresenta una sequenza di acidi nucleici con una spiccata valenza informazionale, la quale non viene alterata dalle attività di purificazione ed isolamento, cosicché il DNA isolato non può ritenersi funzionalmente diverso dal DNA nel suo stato naturale¹¹⁷.

Come evidenziato da un'ampia letteratura, validi argomenti potrebbero essere addotti a sostegno di ciascuna di queste due tesi, le quali differiscono, fundamentalmente, per l'angolo visuale da cui si accostano al fenomeno osservato: la prima insiste sul criterio dell'identità chimica delle sostanze in oggetto; la seconda su un parametro di ordine funzionale¹¹⁸. La prima intende trasporre alla genetica i principi elaborati nel campo della chimica organica; la seconda suggerisce di impostare il diritto dell'era biotecnologica su basi rinnovate ed incentrate sulla valenza informazionale del DNA¹¹⁹. Il problema è delicato e, si diceva, ciascuna delle due prospettive ha un proprio fondamento, in quanto la peculiarità del DNA rispetto alle altre sostanze è che esso è al contempo un composto chimico e un vettore di informazioni.

Non a caso, l'Ufficio brevetti e marchi statunitense ha sin qui operato in base all'assunto che una molecola di DNA isolata e purificata, avendo caratteristiche chimiche fundamentalmente diverse da quelle naturali (se non altro per l'assenza delle proteine e delle altre sequenze di nucleotidi presenti nell'ambiente naturale) deve ritenersi una *differente* entità, prodotta dall'uomo con ingegno e dispendio di mezzi, quindi brevettabile¹²⁰. Questa stessa idea fa da sfondo alla direttiva 98/44/CE sulla protezione delle invenzioni biotecnologiche¹²¹, alla pronuncia della Corte di Giustizia del 2001 nel caso *Regno dei Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio*¹²², nonché all'orientamento dell'Ufficio europeo brevetti¹²³. Di tutt'altro segno, invece, l'opinione espressa da molti genetisti e biologi molecolari, secondo i quali le attività d'isolamento e purificazione – attività ormai di *routine*, compiute quotidianamente da qualsiasi laboratorio specializzato – non determinerebbero alcuna significativa alterazione nella struttura chimica o nel contenuto informazionale del DNA¹²⁴, come pure dimostrano i progressi raggiunti attraverso le tecniche di terapia genetica, le quali permettono di estrarre e reinserire nei cromosomi molecole di DNA, mantenendone integra la funzione originaria¹²⁵.

La questione, tuttavia, non consiste tanto nello stabilire quale sia il criterio in astratto più attendibile sul piano scientifico, quanto nel capire quali siano le principali

¹¹⁶ Cfr. *Plaintiff's Memorandum of Law in Support of Motion for Summary Judgement*, 19-29.

¹¹⁷ Cfr. *Myriad Defendants' Memorandum of Law (1) in Support of Their Motion for Summary Judgement and (2) in Opposition to Plaintiff's Motion for Summary Judgement*, 20-34.

¹¹⁸ Sul punto, recentemente, J. Calvert – P.B. Joly, *How did the gene become a chemical compound? The ontology of the gene and the patenting of DNA*, in 50 *Social Science Information* 157 (2011).

¹¹⁹ Per una discussione dei due approcci v. R.S. Eisenberg, *How Can You Patent Genes?*, in 2 *Am. J. Biotech.* 3, 4 (2002); A.K. Rai, *Intellectual Property Rights in Biotechnology: Addressing New Technology*, in 34 *Wake Forest L. Rev.* 827 (1999); L.M. Dunne, "Come, Let Us Return to Reason": Association of Molecular Pathology v. USPTO, cit., 495 ss.

¹²⁰ Cfr. USPTO, *Utility Examination Guidelines*, cit., 1092-1093; L.M. Dunne, "Come, Let Us Return to Reason": Association of Molecular Pathology v. USPTO, cit., 485.

¹²¹ Cfr. art. 5, c. 2 e *Considerando* n. 21 (in dottrina G. Van Overwalle, *Legal and Ethical Aspects of Bio-Patenting: Critical Analysis of the EU Biotechnology Directive*, in P. Drahos, a cura di, *Death of Patents*, London, 2005, 212 ss., 219-221).

¹²² Corte di giustizia delle comunità europee, 9-10-2001, C-377/98, *Regno dei Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio*, in *Foro it.*, 2002, IV, 25.

¹²³ Per ampi riferimenti v. N. Hawkins, *Human Gene Patents and Genetic Testing in Europe: A Reappraisal*, in 7 *SCRIPTed* 453, 456 (2010).

¹²⁴ Cfr. J.A. Boughman – K.M. Brown, *The Geneticist's Approach to Bilski*, in 6 *J. Bus. & Tech. L.* 59, 76 (2011).

¹²⁵ Cfr. E.H. Kaji – J.M. Leiden, *Gene and Stem Cell Therapies*, in 285 *J. Am. Med. Ass.* 545 (2001).

conseguenze operative dell'adozione dell'una o dell'altra tesi. La realtà fattuale non è mai recepita in quanto tale dal diritto, ma è sempre filtrata attraverso una valutazione di tipo normativo¹²⁶. Qualsiasi conclusione possa essere raggiunta sul piano delle scienze naturali dovrà comunque essere inquadrata all'interno delle categorie giuridiche, tradotta nel relativo lessico e quindi collegata alla fattispecie astrattamente rilevante in modo da determinarne lo specifico trattamento. Queste operazioni, com'è ben noto, aprono ampi spazi per l'esercizio della discrezionalità giudiziale. Ascrivere le sequenze di DNA isolato alla categoria degli "artefatti umani" o a quella dei "prodotti naturali" non costituisce un'operazione intellettuale che possa essere compiuta in maniera a-valutativa, ma rappresenta a tutti gli effetti l'esercizio di un'attività decisionale, la quale non può essere compresa indipendentemente dalle sottostanti considerazioni di *policy*.

7. *Le sequenze di DNA sono un bene brevettabile? Il capovolgimento della logica tradizionale del numero chiuso dei diritti esclusivi* – Le decisioni di primo grado e d'appello offrono una testimonianza inequivocabile di quanto appena osservato. La conclusione cui perviene la Corte distrettuale è nel senso dell'invalidità dei brevetti per contrasto con il § 101 del *Patent Act* ed in particolare con la regola (di formazione giurisprudenziale) di non brevettabilità dei "prodotti di natura" e delle "idee astratte"¹²⁷. Quanto alla prima categoria di rivendicazioni, la motivazione proposta è che il trovato in esame, pur configurato come composto chimico ("an acid – a tangible chemical compound"), non costituisce un'entità "markedly different" rispetto a quella presente in natura¹²⁸. Enfatizzando le peculiarità del DNA in quanto vettore di informazioni ("physical embodiment of information"), la corte esclude che le differenze di struttura conseguenti all'attività di purificazione ed isolamento siano tali da giustificare un giudizio di "alterità": la sequenza di nucleotidi, elemento cruciale sia per la funzione biologica originaria sia per l'utilità delle molecole di DNA isolato, rimarrebbe comunque del tutto invariata¹²⁹. Anche per la seconda categoria l'esito è analogo: i brevetti attinenti ai metodi per comparare o analizzare i geni BRCA1 e BRCA2 sono invalidi, in quanto consistono in processi mentali astratti esclusi, come tali, da brevettabilità.

Opposta, invece, almeno in relazione alla prima categoria di rivendicazioni¹³⁰, la conclusione raggiunta dalla Corte d'Appello federale. Con una decisione a maggioranza (2:1), il collegio ha cassato la decisione di primo grado, ritenendo che le molecole di DNA isolate siano suscettibili di costituire invenzioni brevettabili. Secondo la Corte, il DNA sottoposto ad un processo artificiale di isolamento è connotato da una struttura chimica differente rispetto a quella presente nel DNA al suo stato naturale: "BRCA 1 e BRCA 2 nel loro stato isolato non sono le stesse molecole di DNA quali esistenti nel corpo umano"¹³¹; per effetto dell'alterazione del legame con gli altri materiali presenti in natura le molecole risultanti non potrebbero avere la medesima identità chimica di quelle contenute nel corpo umano. Decisiva, dunque, è la lettura ispirata alla chimica organica adottata dalla Corte, la quale ridimensiona espressamente l'importanza del fattore informativo del DNA: "è la

¹²⁶ Cfr. in generale Y. Thomas, *La vérité, le temps, le juge et l'historien*, in *Le débat*, 1998, 17 ss., 22.

¹²⁷ Per un'attenta analisi v. J.D. Jackson, *Something Like the Sun: Why Even "Isolated and Purified" Genes Are Still Products of Nature*, in 89 *Texas L. Rev.* 1453, 1463 (2011).

¹²⁸ *Association for Molecular Pathology v. United States Patent and Trademark Office*, cit., pp. 121-135.

¹²⁹ *Association for Molecular Pathology v. United States Patent and Trademark Office*, cit., p. 132: "[t]his conclusion is driven by the overriding importance of DNA's nucleotide sequence to both its natural biological function as well as the utility associated with DNA in its isolated form".

¹³⁰ In relazione alla seconda categoria (metodi per comparare i geni con e senza mutazioni) è stata invece riaffermata l'invalidità dei brevetti, in quanto procedimenti.

¹³¹ *Association for Molecular Pathology v. United States Patent and Trademark Office*, 653 F.3d 1329 (Fed. Cir. 2011).

peculiare natura delle molecole di DNA come *compositions of matter* isolati che determina la loro idoneità a costituire oggetto di brevetto, piuttosto che il loro uso fisiologico o il relativo beneficio. [...] La brevettabilità del DNA isolato non è esclusa dal fatto che esso abbia caratteristiche informazionali simili ad un materiale naturale differente, e più complesso, che lo contenga”¹³².

Entrambe le argomentazioni sono coerenti con le relative opzioni teoriche di fondo (rispettivamente modello “genetico” e modello “chimico”) e sono supportate da adeguati riferimenti alla letteratura medico-scientifica ed all’esperienza in campo brevettuale. Il linguaggio utilizzato, si diceva, è piuttosto quello della *statutory interpretation*, che non quello consequenzialista¹³³. Tuttavia, da una lettura in controtuce delle due decisioni si comprende chiaramente come le ragioni ultime delle soluzioni adottate non risiedano soltanto nell’adesione ad una determinata lettura scientifica, ma anche (e forse soprattutto) nella considerazione degli effetti sociali di un monopolio sul genoma umano conferito ad attori quali *Myriad Genetics*.

Come emerso dalle memorie di parte, e da indagini indipendenti pubblicate prima del 2009, la presenza della privativa e, soprattutto le concrete modalità del suo esercizio, hanno sortito effetti altamente distorsivi sia sul piano clinico, sia su quello della ricerca¹³⁴. Il modello di *business* perseguito da *Myriad*, ad esempio, ha prodotto come effetto l’impossibilità per i pazienti di rivolgersi ad altre strutture per avere conferma dei risultati evidenziati dal test *BRCAAnalysis*, o per usufruire di test alternativi più accessibili sul piano economico (alcuni degli attori lamentavano che anche la polizza assicurativa pubblica *Medicaid* non fosse accettata da *Myriad*, rendendo per loro troppo oneroso l’accesso al test) e/o più efficienti. Inoltre, l’adozione di una politica aggressiva di tutela dei brevetti anche nei confronti di centri universitari e laboratori di ricerca *non profit* ha creato una situazione di forte disagio presso la comunità medica e scientifica, finendo persino, talvolta, per ostacolare lo sviluppo di nuovi test genetici e la prosecuzione di ricerche sulle malattie ereditarie multigeniche.

Del pari, su un piano più generale, diversi studi empirici hanno concluso – invero in maniera non incontrastata¹³⁵ – che la presenza di un elevato numero di brevetti *upstream* rappresenta concretamente un fattore ostativo per l’innovazione e la ricerca biomedica¹³⁶. Il problema fondamentale del progresso in ambito biotecnologico è rappresentato dal fatto che, una volta concesso un brevetto su un gene, risulta

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Association for Molecular Pathology v. United States Patent and Trademark Office*, cit., p. 79: “[t]here exists a sharp dispute concerning the impact of patents directed to isolated DNA on genetic research and consequently the health of society. As with the dispute concerning the effect of the patents-in-suit on *BRCA1/2* genetic testing, the resolution of these disputes of fact and policy are not possible within the context of these motions”.

¹³⁴ Cfr. R. Gold – J. Carbone, *Myriad Genetics. In the Eye of the Policy Storm*, cit., 43-57; J.D. Jackson, *Something Like the Sun: Why Even “Isolated and Purified” Genes Are Still Products of Nature*, cit., 1480.

¹³⁵ Per un panorama degli studi empirici più rilevanti v. R. Gold – W. Kaplan et al., *Are Patents Impeding Medical Care and Innovation?*, in 7 *PLoS Medicine* 1 (2009); K. Skeehan et al., *Impact of gene patents and licensing practices on access to genetic testing for Alzheimer disease*, in 12 *Gent. Med.* 71 (2010); S. Chandrasekharan et al., *Impact of gene patents and licensing practices on access to genetic testing for cystic fibrosis*, in 12 *Genetics in Medicine* 194 (2010); T. Caulfield, *Human Gene Patents: Proof of Problems?*, in 84 *Chi.-Kent L. Rev.* 133 (2009); M. Cho et al., *Effects of patents and licenses on the provision of clinical genetic testing services*, in 5 *J. Mol. Diag.* 3 (2003).

¹³⁶ Secretary’s Advisory Committee on Genetics, Health and Society, *Gene Patent and Licensing Practices and Their Impact on Patient Access to Genetic Test*, 2010; National Academy of Sciences, *Reaping the Benefits of Genomic and Proteomic Research: Intellectual Property Rights, Innovation, and Public Health*, 2005; Nuffield Council on Bioethics, *The Ethics of Patenting DNA: A Discussion Paper*, 2002.

estremamente difficile aggirare tale privativa¹³⁷: un test genetico che non prenda in considerazione un gene potenzialmente rilevante per una malattia risulterà per definizione inattendibile. Si tratta dunque di una vera e propria barriera ‘a monte’, la quale rischia di divenire tanto più grave, quanto più la ricerca e l’attività diagnostica tendono a concentrarsi sulle malattie a carattere multigenico¹³⁸. In questi casi la presenza di più brevetti rischia di dare vita al classico problema dei *patent thickets* (rispetto al quale la soluzione “di mercato” dei *patent pools* si è rivelata sin qui ineffettiva), creando difficoltà di coordinamento e costi di transazione tali da ostacolare in maniera significativa sia l’elaborazione sia la messa a punto di nuovi prodotti utili per la diagnosi e la cura delle patologie ereditarie¹³⁹.

La consapevolezza dell’insostenibilità sociale di un assetto regolatorio di questo tipo fa chiaramente da sfondo alla coraggiosa decisione di prima istanza, ove, non ha caso, non si sono avuti dubbi nell’affermare la legittimazione processuale di tutti i pazienti e le associazioni di categoria direttamente o indirettamente coinvolti dai brevetti di Myriad. Un simile ordine di considerazioni appare sotteso, altresì, alla memoria in supporto della decisione di primo grado presentata, in qualità di *amicus curiae*, dal governo degli Stati Uniti (sotto l’amministrazione democratica)¹⁴⁰. La tesi fondamentale espressa in questo documento è che “isolated but otherwise unaltered genomic DNA is not patent-eligible subject matter under 35 U.S.C. § 101”¹⁴¹; pertanto la prassi seguita dal *United States Patent and Trademark Office* negli ultimi vent’anni, la quale ha condotto alla privatizzazione di circa il 20% del genoma umano¹⁴², risulterebbe fundamentalmente errata e dovrebbe essere immediatamente modificata. Il genoma, conformemente a questo modello, dovrebbe dunque essere considerato – secondo la ben nota formula contenuta nella Dichiarazione Universale sul genoma e i diritti umani – un “patrimonio comune dell’umanità”¹⁴³.

Opposta, invece, è la valutazione compiuta dalla Corte d’Appello per il Federal Circuit. Questa è una corte notoriamente *patent-friendly* e vi sono diversi studi empirici che dimostrano il notevole impatto avuto dall’istituzione di un tribunale specializzato sul

¹³⁷ Cfr. T. Caulfield et al., *Evidence and Anecdotes: An Analysis of Human Gene Patenting Controversies*, in 24 *Nature Biotechnology* 1091 (2006); I. Huys et al., *Legal Uncertainty in the Area of Genetic Diagnostic Testing*, 27 *Nature Biotechnology* 903 (2009); N. Hawkins, *Human Gene Patents and Genetic Testing in Europe: A Reappraisal*, cit., 471.

¹³⁸ M. Cho, *Patently unpatentable: implications of the Myriad court decision on genetic diagnostics*, in 28 *Trends in Biotechnology* 548, 551 (2010).

¹³⁹ N. Hawkins, *Human Gene Patents and Genetic Testing in Europe: A Reappraisal*, cit., 472: “[v]ertical patent thickets arise where there is a broad patent granted over the gene-disease link, and later additional patents on specific mutations within that gene. Horizontal thickets arise where a disorder is caused by multiple genes, either independently or cooperatively, and multiple genes need to be examined in a test”.

¹⁴⁰ *Brief for the United States as Amicus Curiae in Support of Neither Party*, in <http://www.aclu.org/free-speech-womens-rights/brca-brief-united-states-amicus-curiae-support-neither-party> (consultato il 5 luglio 2011).

¹⁴¹ *Brief for the United States as Amicus Curiae in Support of Neither Party*, p. 18.

¹⁴² Ciò secondo le stime illustrate da K. Jensen – F. Murray, *Intellectual Property Landscape of the Human Genome*, in 310 *Science* 239 (2005); v. però, per una diversa opinione, C.M. Holman, *Debunking the myth that whole-genome sequencing infringes thousands of gene patents*, in 30 *Nature Biotechnology* 240 (2012).

¹⁴³ UNESCO, *Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights* (1998), art. 1: “The human genome underlies the fundamental unity of all members of the human family, as well as the recognition of their inherent dignity and diversity. In a symbolic sense, it is the heritage of humanity”. Per una riflessione critica sull’idea del genoma come patrimonio comune dell’umanità v. P.N. Ossorio, *The Human Genome as Common Heritage: Common Sense or Legal Nonsense?*, in 35 *Journ. L. Med. & Ethics* 425 (2007).

numero dei brevetti ritenuti validi in sede contenziosa¹⁴⁴. Tale orientamento giuspolitico sembra costituire la chiave per la comprensione delle scelte compiute nella decisione in esame. Non soltanto la corte ha sensibilmente circoscritto la sfera dei soggetti legittimati *ad litem*, incrinando notevolmente gli stessi presupposti di una *public interest litigation* in questa materia. La legittimazione processuale è stata infatti riconosciuta esclusivamente ad uno degli attori, un medico intenzionato a svolgere attività diagnostica attraverso test concorrenti con quelli sviluppati da Myriad, in ragione del carattere concreto ed immediato del pregiudizio sofferto per effetto del comportamento di Myriad. Soprattutto, nelle argomentazioni delle opinioni di maggioranza si coglie chiaramente la riluttanza della corte ad interferire con il sistema consolidato dei *property rights* e il relativo circuito (reale o presunto tale) conferimento di diritti esclusivi/accesso al capitale di rischio/investimenti/innovazione tecnologica.

Nell'opinione concorrente del giudice Moore (di nomina repubblicana, come l'altro giudice di maggioranza), in particolare, sono apertamente espresse le considerazioni di *policy* che hanno indotto la corte a ribaltare la decisione di prima istanza, confermando la validità dei brevetti biotecnologici. La premessa da cui essa muove è che "le aspettative consolidate dell'industria biotecnologica – senza menzionare le migliaia di brevetti già rilasciati – non possono essere prese alla leggera e meritano rispetto". La presenza di un ampio numero di *property rights* coinvolti, in altri termini, depone per una sorta di presunzione di validità del brevetto, tanto più che la costituzione di tali diritti esclusivi è direttamente riconducibile ad una decisione delle autorità pubbliche, ed in particolare dell'Ufficio brevetti e marchi. Quest'ultimo, ricorda la corte, ha rilasciato i primi brevetti sulle sequenze di DNA successivamente alla decisione della Corte Suprema *Diamond v. Chakrabarty*¹⁴⁵ ed ha costantemente uniformato le proprie prassi operative alla tesi della diversità strutturale tra il DNA allo stato naturale e il DNA isolato. Benché la memoria depositata dal governo federale sostenga che tali prassi si fondino su presupposti erronei e debbano essere modificate, un simile passo compiuto in via giudiziale avrebbe conseguenze disastrose per l'intero assetto dell'industria biotecnologica ed equivarrebbe – fa intendere il giudice Moore – ad una vera e propria espropriazione senza indennizzo dei diritti di proprietà intellettuale garantiti ai privati.

Questo passaggio logico è cruciale e merita di essere rimarcato, poiché rivela nitidamente le distorsioni alle quali conduce l'ideologia neo-liberale applicata al terreno dei beni immateriali. Il modello tradizionale intorno a cui è stata costruita la moderna disciplina della proprietà intellettuale si basava su due pilastri fondamentali¹⁴⁶. Il primo consisteva nell'assunto per cui il regime 'naturale' di governo giuridico dell'informazione è quello ispirato ai principi di libertà nell'accesso, circolazione e sfruttamento: dunque un regime di *commons* in senso proprio¹⁴⁷. Il secondo era costituito dall'idea del numero chiuso dei diritti esclusivi: se il regime ordinario è quello di libertà, la sua restrizione presuppone uno specifico intervento legislativo, sicché non è possibile riconoscere una tutela privativa a beni non previamente oggetto di un'apposita qualificazione normativa. Corollario di questo assunto è uno specifico riparto di competenze tra potere legislativo e potere giudiziario: al primo, e non al secondo, sarebbe riservata la creazione di nuovi diritti esclusivi, stante l'esigenza di bilanciamento degli interessi contrapposti e di rappresentanza democratica nei processi di restrizione dei diritti di libertà. Limpidamente

¹⁴⁴ A. Rai – R. Eisenberg, *Bayh-Dole Reform And The Progress Of Biomedicine*, cit., 290; R. Cooper Dreyfuss, *Patents and human rights: where is the paradox?*, in W. Grosheide, a cura di, *Intellectual Property and Human Rights. A Paradox*, Cheltenham, 2010, 72, 86.

¹⁴⁵ *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980).

¹⁴⁶ In proposito cfr. A. Peukert, *Güterzuordnung als Rechtsprinzip*, Tübingen, 2008, 730 ss.

¹⁴⁷ Come osservava il giudice Brandeis nel caso *Int'l News Service v. Ass. Press*, 248 U.S. 215, (1918), "the noblest of human productions -- knowledge, truths ascertained, conceptions, and ideas -- became, after voluntary communication to others, free as the air to common use".

espressa nella cultura giuridica continentale¹⁴⁸, tale tesi non era estranea neanche alle esperienze di *common law*¹⁴⁹.

La lettura proposta dal Federal Circuit ribalta totalmente tale modello. I giudici richiamano infatti la decisione della Corte Suprema *Diamond v. Chakrabarty*¹⁵⁰ come punto di partenza fondamentale del processo di riconoscimento dei brevetti biotecnologici. Ad esso fece seguito una prassi espansiva ormai più che trentennale dell'Ufficio statunitense brevetti e marchi. L'intera argomentazione della corte si regge sull'assunto per cui, una volta creati nuovi *property rights*, questi non possono essere posti nel nulla, se non in base ad uno specifico mandato legislativo: "c'è una chiara differenza tra il concedere una protezione brevettuale addizionale dove prima nessuna esisteva e il negare tale protezione decadi (o secoli) dopo il fatto, con ciò eliminando un ampio numero di *property rights*. [...] *Chakrabarty*, muovendo da una formula legislativa ampia, concesse nuovi brevetti dove prima non ne esisteva alcuno. Qui il *Solicitor General* [il riferimento è al *brief amicus curiae* presentato dal Governo degli Stati Uniti] suggerisce di annientare i *property rights* esistenti sulla base di un'eccezione creata in via giudiziale a quella stessa formula legislativa. Questo è un passo drammatico che, a mio avviso, è preferibile rimettere al legislatore"¹⁵¹.

Come si vede, lo schema è esattamente invertito rispetto al modello tradizionale: secondo l'interpretazione odierna, alle corti sarebbe permesso di creare nuovi *property rights* dove prima non ne esisteva alcuno (caso *Diamond*), e dunque restringere discrezionalmente il parco di conoscenza liberamente accessibile e fruibile; per contro, sarebbe ad esse inibito, in quanto attribuzione esclusiva del legislatore, eliminare i *property rights* così riconosciuti, violando le aspettative dell'industria e del mercato.

Siamo quindi in presenza di un radicale ribaltamento della logica intrinseca del *numerus clausus*: il riparto di competenze tra legislatore e giudice non opera più a favore della conoscenza come bene comune, bensì ad esclusivo vantaggio dei *property rights*, ai quali, una volta venuti ad esistenza, viene indirettamente concessa una protezione rafforzata.

8. *I diritti fondamentali e i beni comuni virtuali: l'interazione tra "pubblico" e "comune"* – Il capovolgimento della logica intrinseca del numero chiuso dei diritti esclusivi è senza dubbio figlio dei tempi, ma riflette anche il particolare contesto politico ed istituzionale che fa da sfondo al *legal process* americano. La stessa drammaticità della controversia *Myriad Genetics* non può essere compresa prescindendo dal particolare assetto regolatorio statunitense, che ha finito per esaltare il peso dell'esclusiva senza

¹⁴⁸ Cfr. T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Istituzioni di diritto industriale*, Milano, 1960, 307; P. Auteri, *Diritti esclusivi sulle manifestazioni sportive e libertà di informazione*, in *AIDA*, 2003, 183 ss., 190; F. Zenati-Castaing – T. Revet, *Les biens*, Paris, III ed., 2008, 114; A. Ohly, *Gibt es einen Numerus clausus der Immaterialgüterrecht?*, in *Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag*, München, 2005, 105 ss..

¹⁴⁹ Basti ricordare quanto osservava il giudice Brandeis in *Int'l News Service v. Ass. Press*, 248 U.S. 215, 262-267 (1918), notevando che la creazione di nuovi *property rights* sull'informazione, per le complesse scelte coinvolte, dovesse ritenersi riservata al legislatore: "Courts are ill equipped to make the investigations which should precede a determination of the limitations which should be set upon any property right in news or of the circumstances under which news gathered by a private agency should be deemed affected with a public interest. Courts would be powerless to prescribe the detailed regulations essential to full enjoyment of the rights conferred or to introduce the machinery required for enforcement of such regulations. Considerations such as these should lead us to decline to establish a new rule of law in the effort to redress a newly disclosed wrong, although the propriety of some remedy appears to be clear". In tema, per ulteriori riferimenti, v. T.W. Merrill – H. E. Smith, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, in 110 *Yale L. J.* 1, 19-20 (2000).

¹⁵⁰ *Diamond v. Chakrabarty*, cit.

¹⁵¹ *Association for Molecular Pathology v. United States Patent and Trademark Office*, 653 F.3d 1329 (Fed. Cir. 2011), per J. Moore (conc.).

disporre di adeguati meccanismi di bilanciamento. Tra i principali fattori di criticità di tale modello debbono essere annoverati: la ristrettezza dell'eccezione d'uso sperimentale in ambito brevettuale¹⁵²; il mancato utilizzo dello strumento della licenza obbligatoria¹⁵³; l'ampiezza con la quale è stata sin qui concessa la tutela privativa, indipendentemente dalla specifica indicazione della funzione concretamente svolta dalla molecola di DNA nella domanda di brevetto biotecnologico¹⁵⁴ (principio, quello del *zweckgebundener Schutz*, espressamente previsto dalle più recenti leggi europee in materia, tra cui quella tedesca e quella italiana)¹⁵⁵. Sotto il profilo delle caratteristiche istituzionali si devono altresì menzionare la sostanziale assenza di un sistema di assistenza sanitaria universale¹⁵⁶, nonché l'impatto altamente distorsivo del *Bay-Dohle Act* sul comportamento degli enti universitari di ricerca, incentivati a competere in maniera aggressiva nel mercato dell'innovazione e a inseguire, attraverso la corsa ai brevetti, quei canali di finanziamento resi necessari dalla riduzione del supporto pubblico¹⁵⁷.

Considerati congiuntamente, questi elementi offrono, per un verso, una fotografia estremamente nitida dei rischi insiti nell'applicazione delle logiche del profitto ad istituzioni non economiche, come il sistema dell'assistenza sanitaria e la ricerca scientifica di base. Per altro verso, essi indicano che una revisione dell'assetto regolatorio della conoscenza informata al paradigma dei beni comuni è tanto più urgente quanto più il quadro istituzionale tende ad evolversi nel senso della privatizzazione e della crescente applicazione dei modelli mercantili. Da questo punto di vista la controversia *Myriad Genetics* costituisce la spia di un problema sistemico ed è doppiamente significativa, perché da un lato riproduce il cortocircuito sociale a cui dà vita l'applicazione di un sistema

¹⁵² Cfr. Secretary's Advisory Committee on Genetics, Health and Society, *Gene Patent and Licensing Practices and Their Impact on Patient Access to Genetic Test*, cit., 54 ss.; K.J. Strandburg, *What Does the Public Get? Experimental Use and the Patent Bargain*, 2004 *Wis. L. Rev.* 81 (2004); per una comparazione con il differente approccio europeo, N. Hawkins, *Human Gene Patents and Genetic Testing in Europe: A Reappraisal*, cit., 470; G. van Overwalle et al., *Models for Facilitating Access to Patents on Genetic Inventions*, in 7 *Nature Rev. Genetics* 143 (2006).

¹⁵³ Sulle differenti soluzioni adottate da alcuni ordinamenti europei v. G. Van Overwalle, *The Implementation of the Biotechnology Directive in Belgium and its Aftereffects. The Introduction of a New Research Exemption and a Compulsory License for Public Health*, in *IIC*, 2006, 889 ss., 908.

¹⁵⁴ R. Gold – J. Carbone, *Myriad Genetics. In the Eye of the Policy Storm. Appendix b: detailed legal analysis of gene patents, competition law and privacy law*, Montreal, 2008, 5 ss.

¹⁵⁵ Art. 81 *quater* lett. d) and art. 81 *quinquies*, d.lgs. 10-2-2005, n. 30 (su cui R. Romano, *Brevettabilità del vivente e "artificializzazione"*, in *Trattato di Biodiritto*, S. Rodotà - P. Zatti eds., vol. I, *Ambito e fonti del biodiritto*, Milan, 2010, 589). Cfr. per la Germania il § 1a *Patentgesetz* (su cui C. Kilger – J. Feldges – H.R. Jaenichen, *The Erosion Of Compound Protection In Germany: Implementation Of The EU Directive On The Legal Protection Of Biotechnological Inventions. The German Way*, in 87 *J. Pat. & Trademark Off. Soc'y* 571 [2005]).

¹⁵⁶ A proposito dei diversi modelli di sicurezza sociale e il loro impatto sul caso *Myriad v. R. Gold – J. Carbone*, *Myriad Genetics. In the Eye of the Policy Storm*, cit., 49 ss.; più in generale è utile consultare P.C. Guillot, *Le modèle européen de société*, in L. Burgorgue-Larsen, a cura di, *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, Bruxelles, 2005, 387.

¹⁵⁷ J. Carbone – R. Gold et al., *DNA patents and Diagnostics: Not a Pretty Picture*, cit., 785-786: "[m]any concerns originate in the following context: currently, universities frequently seek patents over early stage inventions and license patents exclusively half the time. [...] These case studies strongly suggest both that universities are often not managing research and patents in a way that promotes dissemination and that companies deploy their patents or exclusive licenses to remove academic health center genetic testing laboratories and low margin national reference laboratories from the market. This is demonstrably a viable business model, or at least it has proven to be until recently, but is it good national policy, and does it add value to the national health system?". Per un'analisi critica del modello di *policy* al quale risponde il *Bayh-Dole Act* si veda A. Rai – R. Eisenberg, *Bayh-Dole Reform And The Progress Of Biomedicine*, cit., 290 ss.; G. Irzik, *Commercialization of Science in a Neoliberal World*, in A. Bugra – K. Agartan, a cura di, *Reading Karl Polanyi for the Twenty-First Century. Market Economy as a Political Project*, 135 ss.; cfr. anche l'opinione dissenziente del Giudice Breyer in *Board Of Trustees of Leland Stanford Junior Univ. v. Roche Molecular Systems, Inc.* (U.S. Supreme Court, 6 giugno 2011).

incontrollato di *property rights* su un tessuto privo di molte delle reti di protezione tradizionalmente presenti nel contesto europeo (benché soggette oggi ad un processo di erosione costante)¹⁵⁸; dall'altro evidenzia le prospettive ed i limiti di una soluzione giudiziaria al problema della salvaguardia dei beni comuni.

Non può, innanzitutto, sottacersi l'importanza che assume una controversia promossa secondo i parametri della *public interest litigation* nella materia brevettuale. Considerata generalmente una materia ad alto contenuto tecnico e rilevante soprattutto sul piano dei rapporti concorrenziali, essa appare oggi costellata da nuovi *stakeholders* ed inediti attori istituzionali¹⁵⁹. Se un tempo i suoi principali protagonisti erano costituiti dal legislatore, dagli uffici brevetti, dagli studi legali (spesso legati professionalmente agli accademici esperti della materia), nonché dalle corti specializzate¹⁶⁰, oggi i soggetti che rivendicano un autonomo spazio nel processo di regolazione sono molto più numerosi ed eterogenei. Tra questi rientrano organizzazioni sovranazionali, enti non profit, associazioni scientifiche, gruppi di studiosi indipendenti, movimenti, partiti politici: tutti soggetti direttamente o indirettamente coinvolti dall'espansione dei diritti di privativa e portatori di interessi antagonisti (come quelli alla libera informazione, alla ricerca, alla salute)¹⁶¹. Un fenomeno simile, peraltro, si ripropone anche in relazione ad altri poli della proprietà intellettuale, come ad esempio il diritto d'autore¹⁶². Ne deriva una tensione crescente tra le regole di governo dell'innovazione e il retroterra non proprietario, la quale non trova spesso migliori stanze di compensazione del circuito giurisdizionale, che viene così investito di una tipologia di questioni un tempo estranee al diritto della concorrenza e della proprietà intellettuale. Se questo rappresenta in molti casi un percorso obbligato, stante la vischiosità del processo parlamentare in una materia fortemente condizionata dall'influenza dei gruppi di interesse, un ricorso fruttuoso al sistema delle corti in funzione di tutela dei beni comuni non appropriabili implica alcune precondizioni, la cui importanza si desume, di riflesso, proprio dal caso *Myriad*.

Se, con un esercizio un po' avventato, la decisione *Myriad* fosse posta a confronto con il recente intervento della Corte Giustizia (Grande Sezione) nel caso *Brüstle c. Greenpeace*¹⁶³ (relativo al problema della validità dei brevetti concernenti cellule progenitrici neurali e procedimenti per la loro produzione a partire da cellule staminali embrionali), risalterebbero immediatamente, oltre ai punti di contatto, anche alcune diversità di fondo, le quali offrono alcuni utili spunti di riflessione. Comune ad entrambe le vicende è l'apertura delle controversie in materia brevettuale a questioni di interesse generale e a soggetti operanti per scopi non di profitto: nel caso *Myriad* le migliaia di medici, ricercatori e pazienti rappresentati in giudizio dall'*American Civil Liberties Association*; nel caso *Brüstle* l'associazione non profit *Greenpeace*. Diversa, invece, è la lettura che si propone dei lineamenti e dell'autonomia del diritto dei brevetti. Mentre nella sentenza *Myriad* l'argomento costituzionale è rimasto nell'ombra e sono state poste a fondamento della decisione considerazioni quasi esclusivamente interne alla disciplina brevettuale, nel caso *Brüstle* è stato dato ampio spazio ai valori di dignità e di rispetto dell'essere umano e si è insistito molto sul legame tra etica dell'innovazione e etica del

¹⁵⁸ V. ancora R. Gold – J. Carbone, *Myriad Genetics. In the Eye of the Policy Storm*, cit., 49 ss.

¹⁵⁹ Sul punto è istruttiva la lettura del saggio di K.N. Murray – E. van Zimmeren, *Dynamic Patent Governance in Europe and the United States: The Myriad Example*, 19 *Cardozo J. Int. Comp. L.* 287 (2011).

¹⁶⁰ Su questi aspetti e in particolare sul rilievo degli uffici brevetti, merita di essere confrontato il bel libro di P. Drahos, *The Global Governance of Knowledge. Patent Offices and their Clients*, cit., *passim*.

¹⁶¹ Cfr. K.N. Murray – E. van Zimmeren, *Dynamic Patent Governance in Europe and the United States: The Myriad Example*, cit., 310 ss.

¹⁶² In tema v. anche J. Boyle, *Cultural Environmentalism and Beyond*, in 70 *Law & Cont. Prob's* 5 (2007).

¹⁶³ CGCE, Gr. Sez., 18 ottobre 2011, Causa C-34/10, *Brüstle c. Greenpeace*.

brevetto. La Corte, in particolare, ha escluso la brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche, la cui attuazione presupponga il compimento di attività configgenti con il precetto di tutela della dignità umana (nella specie: l'utilizzazione di cellule staminali embrionali umane per ricerca). Indipendentemente dalle obiezioni mosse da più parti alla nozione di "embrione" accolta dal collegio, è assai rilevante che la Corte abbia recisamente smentito la tesi della diversità di piani tra giudizio di liceità dell'innovazione e giudizio di validità del brevetto¹⁶⁴, con ciò ponendo le premesse per una più stretta comunicazione tra diritti di proprietà intellettuale e principi costituzionali.

L'impiego dei diritti fondamentali in funzione conformativa dei diritti di proprietà intellettuale costituisce probabilmente il passaggio più rilevante della riflessione teorico-pratica dell'ultimo decennio e dischiude prospettive importanti proprio per la tematica dei beni comuni¹⁶⁵.

Mentre la lettura tradizionale tendeva a risolvere il rapporto tra le due categorie secondo un ideale armonico di mutuo rafforzamento, soprattutto nel senso che la garanzia della proprietà intellettuale rappresenterebbe l'espressione di un diritto umano, l'esperienza applicativa sta oggi dimostrando che l'ipotesi più realistica è quella del contrasto¹⁶⁶. Quanto più i regimi d'esclusiva tendono ad espandersi a beni e servizi rilevanti per lo sviluppo umano, tanto più sui diritti fondamentali viene a gravare un indispensabile compito di bilanciamento e neutralizzazione degli effetti distorsivi dei dispositivi dominicali¹⁶⁷. L'attenzione delle corti e dell'opinione pubblica è venuta sin qui prevalentemente ad appuntarsi su una peculiare tipologia di conflitto: quella tra il regime di sfruttamento delle privative e il precetto di protezione dei diritti umani. Il caso emblematico è ovviamente quello dell'accesso ai farmaci antiretrovirali coperti da brevetto¹⁶⁸, ma vi sono molte altre fattispecie rilevanti, come quella del contrasto tra tutela del diritto d'autore in Internet e *privacy*¹⁶⁹ o tra *copyright* e libertà d'informazione¹⁷⁰. In

¹⁶⁴ Per cui v. P. Spada, *Liceità dell'invenzione brevettabile ed esorcismo dell'innovazione*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 5 ss., 13; R. Romano, *Brevettabilità del vivente e "artificializzazione"*, cit., 586.

¹⁶⁵ L.R. Helfer – G.W. Austin, *Human Rights and Intellectual Property. Mapping the Global Interface*, cit., 1 ss.; P.L.C. Torremans, *Intellectual Property and Human Rights*, Alphen aan den Rijn, 2008, *passim*; W. Grosheide, a cura di, *Intellectual Property and Human Rights. A Paradox*, cit., *passim*.

¹⁶⁶ L. R. Helfer, *Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Coexistence?*, in 5 *Minn. Int. Prop. Rev.* 47 (2003); nonché, volendo, G. Resta, *Proprietà intellettuale e diritti fondamentali: una relazione ambigua*, in *Persona, Derecho y Libertad – Nuevas Perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, Lima, 2009, 787 ss.

¹⁶⁷ Cfr. i saggi raccolti nel volume curato da T. Wong – G. Dutfield, *Intellectual Property and Human Development. Current Trends and Future Scenarios*, Cambridge, 2011; J.R. Thomas, *On Proprietary Rights and Personal Liberties: Constitutional Responses to Post-Industrial Patenting*, in P. Drahos, a cura di, *Death of Patents*, London, 2005, 110 ss.; C. Geiger, *'Constitutionalising' Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union*, in *IIC*, 2006, 371; utili spunti sul fenomeno della 'costituzionalizzazione' del diritto della proprietà intellettuale si traggono anche da M.A. Lemley, *The Constitutionalization of Technology Law*, in 15 *Berkeley Tech. L.J.* 529 (2000).

¹⁶⁸ Cfr. ad es. E. Botoy Ituku, *Propriété intellectuelle et droits de l'homme. L'impact des brevets pharmaceutiques sur le droit à la santé dans le contexte du VIH/SIDA en Afrique*, Genève – Zurich, 2007.

¹⁶⁹ Cfr. CGCE, 29 gennaio 2008, causa C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) v. Telefónica de España SAU*; CGCE, 24 novembre 2011, causa C-70/10, *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*; in tema R. Caso, *Il conflitto tra copyright e privacy nelle reti Peer to Peer: il caso Peppermint – Profili di diritto comparato*, in *Dir. Internet*, 2007, 471; J.E. Cohen, *DRM and Privacy*, in 18 *Berk. Tech. L. J.* 575 (2003); S.K. Katyal, *Privacy v. Piracy*, in 7 *Yale J. Law & Tech.* 222 (2004).

¹⁷⁰ In proposito cfr. A. Strowel – F. Tulkens, *Freedom of Expression and Copyright under Civil Law: Of Balance, Adaptation and Access*, in J. Griffiths – U. Suthersanen, a cura di, *Copyright and Free Speech. Comparative and International Analyses*, Oxford, 2008, 287 ss., 296; B. Hugenholtz, *Copyright and Freedom of Expression in Europe*, in R.C. Dreyfuss – D.L. Zimmerman – H. First, *Expanding the Boundaries of Intellectual Property*, Oxford, 2001, 346 ss.

tutti questi casi i diritti fondamentali sono stati invocati in funzione di *limiti esterni* dei diritti di proprietà intellettuale, al fine di ricondurre l'esercizio dell'esclusiva all'interno dei binari della legalità costituzionale (generalmente attraverso un'interpretazione flessibile degli strumenti interni allo stesso diritto industriale, come la licenza obbligatoria del diritto dei brevetti o le cause di libera utilizzazione del diritto d'autore)¹⁷¹.

Ma la frontiera oggi maggiormente rilevante è un'altra ed attiene, segnatamente, alla c.d. *Offenhaltungsfunktion* dei diritti fondamentali, ossia al loro impiego come strumenti di salvaguardia dei beni comuni della conoscenza e al relativo statuto 'aperto'¹⁷². Tali devono intendersi – precisazione forse non inopportuna, data la tendenza all'uso inflattivo della formula "beni comuni" – non tutte le forme di sapere, bensì soltanto quelle che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti umani. Tale non sarebbe, ad esempio, un'informazione prodotta per la vendita e destinata alla circolazione di mercato¹⁷³; né una conoscenza utile legittimamente protetta attraverso la tecnica del segreto¹⁷⁴. Altro è a dirsi, invece, per le forme di conoscenza diffusa relative ad idee astratte e fenomeni naturali¹⁷⁵, a terapie mediche o saperi tramandati dalla tradizione¹⁷⁶, a risultati della ricerca scientifica pubblica¹⁷⁷, finanche a paesaggi e immagini di beni culturali situati in luoghi pubblici¹⁷⁸. In tutte queste ipotesi siamo in presenza di segmenti di informazione rilevanti per lo sviluppo umano e il libero esercizio dei diritti fondamentali, che i poteri pubblici dovrebbero non soltanto contribuire a produrre (si pensi alla ricerca scientifica di base)¹⁷⁹, ma anche preservare in una condizione di libera accessibilità a tutti. Se tali forme di sapere fossero oggetto di controllo esclusivo da parte di uno o più "monopolisti" della conoscenza, infatti, diverse libertà fondamentali verrebbero private del loro stesso contenuto applicativo: tra queste la libertà d'informazione (nella sua dimensione positiva e negativa), la libertà di comunicazione, la libertà di ricerca scientifica, il diritto alla salute, la libera produzione artistica e culturale.

La disciplina tradizionale del diritto dei brevetti e del diritto d'autore, com'è noto, non ignora il problema in oggetto e contiene un sistema di regole preordinate a sottrarre determinate categorie di beni immateriali alla tutela privativa (cfr. ad es. art. 45 Cod. prop. ind.; art. 5 l.d.a.). Del pari, il principio del *numerus clausus* dovrebbe svolgere un'analogia funzione, rappresentando una rete di contenimento esterna rispetto al riconoscimento su base contrattuale o giurisprudenziale di nuovi diritti esclusivi¹⁸⁰. Sta di

¹⁷¹ In tema si veda il bel saggio di G. Van Overwalle, *Human rights' limitations in patent law*, in W. Groscheide, a cura di, *Intellectual Property and Human Rights. A Paradox* cit., 238 ss.; C. Geiger, *Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law?*, in IIC, 2004, 268 ss.

¹⁷² Discorre di una *Offenhaltungsfunktion* D. Wielsch, *Zugangsregeln. Die Rechtsverfassung der Wissensteilung*, Tübingen, 2008, 8.

¹⁷³ Per queste distinzioni v. B. Jessop, *Knowledge as a Fictitious Commodity: Insights and Limits of a Polanyian Perspective*, cit., 118.

¹⁷⁴ V. ad es. F. Dessemontet, *Protection of Trade Secrets and Confidential Information*, in C. Correa – A. Yusuf, a cura di, *Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement*, Austin-Boston-Chicago, 2008.

¹⁷⁵ V., in relazione al caso *Myriad Genetics*, K. Kauble, *Patenting Everything Under the Sun: Invoking the First Amendment to Limit the Use of Gene Patents*, in 58 *UCLA L. Rev.* 1123 (2011).

¹⁷⁶ S. Munzer, *The Uneasy Case for Intellectual Property Rights in Traditional Knowledge*, 27 *Cardozo Arts & Ent L.J.* 37 (2009).

¹⁷⁷ Cfr. G. Irzik, *Commercialization of Science in a Neoliberal World*, cit.

¹⁷⁸ Cfr. G. Resta, *Chi è proprietario delle Piramidi? L'immagine dei beni tra property e commons*, in *Pol. Dir.*, 2009, 567 ss.

¹⁷⁹ È bene infatti non dimenticare gli aspetti di *public good* in senso economico della conoscenza, che richiedono in diversi casi un intervento proattivo dei poteri pubblici per sussidiare la sua produzione: cfr. J.E. Stiglitz, *Knowledge as a Global Public Good*, cit., 307 ss.

¹⁸⁰ Si confrontino in proposito le riflessioni di A. Peukert, *Güterzuordnung und Freiheitsschutz*, in R.M. Hilty – T. Jaeger – V. Kitz, a cura di, *Geistiges Eigentum. Herausforderung, Durchsetzung*, Berlin - Heidelberg, 2008, 47 ss.

fatto, tuttavia, che per effetto della sinergia tra vari fattori, di natura tecnologica, sociale ed economica, le suddette barriere, un tempo efficaci, hanno iniziato ad incrinarsi e non appaiono più in grado di assicurare un equilibrato bilanciamento tra “sfere di proprietà” e “sfere di libertà”.

È per questa ragione che risulta indispensabile consolidare una lettura costituzionalmente orientata del sistema dei limiti all'appropriazione nel campo dei beni immateriali. Il discorso dei beni comuni della conoscenza, in altri termini, deve saldarsi con quello dei diritti umani, enfatizzando il rapporto strumentale che intercorre tra la persistenza di un ampio parco di *commons* virtuali inappropriabili e l'esercizio delle libertà fondamentali della persona. Questo è un passaggio ineludibile, specialmente se si considera che nelle più recenti dichiarazioni internazionali dei diritti si sta manifestando la pericolosa tendenza consistente nell'ascrivere al diritto di proprietà, e segnatamente alla proprietà intellettuale, lo *status* di “diritto fondamentale”¹⁸¹.

Si prenda ad esempio la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. La garanzia espressamente accordata alla proprietà intellettuale – da una norma, l'art. 17, c. 2, che rappresenta una “novità assoluta nel panorama delle fonti europee dedicate ai diritti dell'uomo”¹⁸² – non deve indurre ad oscurare la presenza di principi antagonisti (ed assiologicamente sovraordinati) rispetto alla logica dominicale¹⁸³. Tra questi debbono essere annoverati il principio della libertà d'informazione, di cui all'art. 11; la libertà delle arti e della ricerca scientifica, di cui all'art. 13; il diritto all'istruzione, di cui all'art. 14; nonché, in termini più generali, il principio dell'inviolabilità della dignità umana (art. 1), che costituisce il cardine intorno a cui ruota l'intero sistema dei valori presupposti dalla Carta dei Diritti. In particolare, la regola dell'art. 11, secondo cui a ciascuno è garantita la “libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee”¹⁸⁴, sembra fissare un paradigma antitetico rispetto a quello iscritto nell'art. 17 c. 2 e suscettibile di svolgere – se adeguatamente valorizzato – una funzione di “apertura” del regime di accesso alla conoscenza, come già testimoniato dall'ormai celebre decisione della Corte costituzionale francese del maggio 2009, che ha configurato l'accesso ad Internet come posizione di rilievo costituzionale, riconducibile alla libertà d'informazione¹⁸⁵. Come si è visto, peraltro,

¹⁸¹ In tema v. anche L. R. Helfer, *The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights*, in 49 *Harv. Int. L. J.* 1 (2008).

¹⁸² R. Mastroianni, *Proprietà intellettuale e costituzioni europee*, in *AIDA*, 2005, 9 ss., 16.

¹⁸³ Cfr. S. Rodotà, *Il progetto della Carta europea e l'art. 42 Cost.*, in *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali. Atti del convegno di studi organizzato presso l'Università degli Studi di Siena, Siena 18-19 Ottobre 2002*, a cura di M. Comporti, Milano, 2005, 155, 165 ss.

¹⁸⁴ In tema v. S. Sporn, *Das Grundrecht der Meinungs- und Informationsfreiheit in einer Europäischen Grundrechtscharta*, in *ZUM*, 2000, 537; sull'art. 10 della CEDU, che costituisce l'archetipo di tale previsione, R. Grote – N. Wenzel, *Die Meinungsfreiheit*, in R. Grote – T. Marauhn, a cura di, *EMRK/GG. Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, Tübingen, 2006, 895 ss.

¹⁸⁵ Conseil const., 10 giugno 2009, n. 2009-580 DC, in *Foro it.*, 2009, IV, c. 472, con nota di P. Passaglia, *L'accesso ad Internet è un diritto (il Conseil constitutionnel francese dichiara l'incostituzionalità di parte della c.d. «legge anti file-sharing»)*; in *Riv. dir. ind.*, 2009, II, 404, con nota di V. Franceschelli, *Libertà in internet: per fortuna c'è la Corte Costituzionale francese!* La pronuncia ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge “Création et Internet” (Loi n° 2009-669 del 12 giugno 2009 *favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*) nella parte relativa all'istituzione di un'autorità amministrativa, indicata con l'acronimo HADOPI, alla quale veniva conferito il potere di ordinare il distacco dalla rete Internet degli utenti che si fossero resi responsabili di sistematiche violazioni degli altrui diritti di proprietà intellettuale. La Corte ha stabilito che tale meccanismo, benché preordinato alla salvaguardia di interessi di rango costituzionale, e segnatamente alla tutela del diritto di proprietà, risulterebbe in contrasto con l'art. 11 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, che garantisce la libertà di manifestazione del pensiero e delle opinioni. Alla luce dell'attuale sviluppo dei sistemi di comunicazione ed in particolare della rilevanza assunta dalla rete Internet per la partecipazione alla vita democratica e per la divulgazione di idee ed opinioni, ha osservato il *Conseil*, la libertà di comunicazione deve intendersi come comprensiva della libertà di accesso ai servizi Internet (sul punto v. L. Marino, *Le droit d'accès à internet, nouveau droit fondamental*, in *D.*, 2009, 2045).

nello stesso ricorso presentato dalla *ACLU* nel caso *Myriad Genetics*, uno dei principali fondamenti costituzionali dell'azione era costituito proprio dal *First Amendment*¹⁸⁶.

Questi principi debbono dunque essere posti in correlazione dall'interprete e costruiti come nodi di una rete di protezione rafforzata della sfera della conoscenza non appropriabile. Su questa base è possibile promuovere un'interazione virtuosa tra le dimensioni del "pubblico", del "privato" e del "comune": compito non facile, ma ineludibile per una cultura giuridica davvero consapevole del suo ruolo e delle sue responsabilità.

¹⁸⁶ Cfr. K. Kauble, *Patenting Everything Under the Sun: Invoking the First Amendment to Limit the Use of Gene Patents*, cit.