

CARLA ROMANO

ON THE HISTORY OF COPYRIGHT BETWEEN ITALY AND CHINA

Brevettabilità fra EPO e CPO

Ai Prof.ri L. De Giovanni, M. De Pascale e C. Vano

“La storia è un racconto che arrossisce, che si nega a primo impatto; bisogna parlarci a lungo, abbassare le sue difese, è guardando con occhi nuovi attraverso gli squarci delle esistenze passate che essa ci permette di intravedere, spiare e capire le ragioni più profonde della modernità e dei suoi sviluppi itineranti fra iniziativa privata e istanze costituzionali”.



ON THE HISTORY OF
COPYRIGHT BETWEEN
ITALY AND CHINA

Brevettabilità fra EPO e CPO



CARLA ROMANO*

Indice

L'autore	6
Abstract	7
Parte Prima <i>Breve excursus sulla normativa italiana del brevetto</i>	8
Parte Seconda <i>Il binomio scienza-diritto</i>	11
Parte Terza <i>L'art. 2585 e il Decreto Legislativo 30/2005</i>	13
Parte Quarta <i>Quid est bios? Quid est iuris? ...Che cosa si può brevettare?</i>	15
Parte Quinta <i>China Patent&Trademark</i>	21
Parte Sesta <i>Il principio di brevettabilità tra passato, presente e futuro</i>	27

Parte Settima	
<i>Un diritto nel diritto, la cristallizzazione della proprietà intellettuale tra i diritti fondamentali e nella Costituzione italiana</i>	31
BIBLIOGRAFIA	34
SITOGRAFIA	38

L' Autore



CARLA ROMANO

LAUREANDA

ON THE HISTORY OF COPYRIGHT BETWEEN ITALY AND CHINA

Brevettabilità fra EPO e CPO

Carla Romano, laureanda presso “Università degli Studi di Napoli Federico II”.

Dal 2014 inizia un’attività di ricerca in relazione ai processi di costruzione della scienza giuridica nella modernità in rapporto con le

istituzioni formative europee ed extraeuropee, aderendo all’idea promossa dal “Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca” di adeguare progresso tecnologico e ricerca scientifica anche in ambito giuridico.

Oltre all’attività di ricerca, è autrice in materia tributaria e penalistica di articoli pubblicati su “Diritto & Diritti”.

Nel 2013 è tra i vincitori assoluti, con una campagna promossa contro il femminicidio, del premio “Wilde”, patrocinato dall’OPE.

Abstract

La modernità muta l'agire umano e le nuove generazioni propongono un dibattito sempre più fitto e interessante a mano a mano che scompaiono le certezze improntate sullo sviluppo di un asservimento solo tecnologico.

Si è parlato “dell'euforia del sogno faustiano”. Muovendo da questa diagnosi sociale il diritto deve prendere le sue precauzioni, fino a che punto può spingersi l'idea di progresso? E come il diritto può conciliarsi con questo continuo divenire tecnologico? In un panorama così dinamico si è sempre sentita la necessità di sancire un diritto d'autore e non tutte le epoche così come non tutte le culture hanno dato la stessa risposta alle esigenze di tutela della proprietà intellettuale, Cina e Italia hanno non a caso legislazioni molto diverse in materia.

Il diritto Internazionale è anche un diritto “storico” e come tale mette in evidenza le motivazioni che hanno portato nel corso del tempo a così tante quanto diverse soluzioni in materia di “COPYRIGHT” fra EPO (European Patent Office), di cui fa parte anche l'Italia, e CPO (Chinese Patent Office). In questa pubblicazione sono presenti traduzioni di articoli integrali tratti dal “Patent Law of the People's Republic of China” (vd. “China Patent&Trademark”, pagg. 21-26), attualmente presenti solo in lingua cinese sul sito della SIPO, “State Intellectual Property Office”, (vd. Nota*) oppure in inglese sul sito europeo EPO (vd. Nota**).



Breve excursus sulla normativa italiana del brevetto:

Non tutto si può esigere da principio e l'idea che ci siamo fatti di diritti e doveri è alquanto fuorviante oltre a non essere soddisfatto dall'idea tradizionale: l'idea per cui il mio dovere è fondato sulla “contro-reciprocità di un obbligo” che si configura come l'inverso di diritto altrui non basta a giustificare certi fondamenti di diritto né tanto meno a promuoverli. Per quello che ci attende questo schema non funziona.

Il concetto di “auctore” ha viaggiato nel tempo e nelle varie forme attraverso cui poteva essere modellato ha raggiunto anche la forma di titolo. Un inventore ha diritto di essere considerato tale: il brevetto nasce come titolo giuridico per dare all'inventore un monopolio esclusivo di sfruttamento della propria invenzione limitato nel tempo e territorialmente. Una tutela in omaggio al “mondo delle idee”, ma ogni idea è tutelabile? E soprattutto, tutte le invenzioni sono realmente brevettabili? Ovviamente no. Si devono rispettare innanzitutto determinati requisiti: NOVITÀ, LICEITÀ, ORIGINALITÀ, INDUSTRIALITÀ, SUFFICIENZA DI DESCRIZIONE. L'invenzione si considera nuova se non è compresa nello stato della tecnica (art. 46 cod. pr. ind.): “2. Lo stato della tecnica è costituito da tutto ciò che è stato reso accessibile al pubblico nel territorio dello Stato o all'estero prima della data del deposito della domanda di brevetto, mediante una descrizione scritta od orale, una utilizzazione o un qualsiasi altro mezzo. 3. È pure considerato come compreso nello stato della tecnica il contenuto delle domande di brevetto nazionale o di domande di brevetto europeo o ancora internazionali designanti e aventi effetto per l'Italia, così come sono state depositate, che abbiano una data di deposito anteriore a quella menzionata nel comma 2 e che siano state pubblicate o rese accessibili al pubblico anche in questa data o più tardi. 4. Le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 non escludono la brevettabilità di una sostanza o di una composizione di sostanze già compresa nello stato della tecnica, purché in funzione di una nuova utilizzazione”¹.

La liceità è il requisito che non permette la brevettazione di tutto ciò che sia contrario all'ordine pubblico e al buon costume (art. 50 cod. pr. ind.): “1. Non

possono costituire oggetto di brevetto le invenzioni la cui attuazione è contraria all'ordine pubblico o al buon costume. 2. L'attuazione di un'invenzione non può essere considerata contraria all'ordine pubblico o al buon costume per il solo fatto di essere vietata da una disposizione di legge o amministrativa². L'attività inventiva è il requisito attinente all'originalità dell'invenzione (art. 48 cod. pr. ind.): "1. Un'invenzione è considerata come implicante un'attività inventiva se, per una persona esperta del ramo, essa non risulta in modo evidente dallo stato della tecnica. Se lo stato della tecnica comprende documenti di cui al comma 3, dell'articolo 46, questi documenti non sono presi in considerazione per l'apprezzamento dell'attività inventiva"³. L'industrialità è, infine, definita nell'art. 49 cod. pr. ind., secondo cui "Un'invenzione è considerata atta ad avere un'applicazione industriale se il suo oggetto può essere fabbricato o utilizzato in qualsiasi genere di industria, compresa quella agricola"⁴. La mancanza di uno solo di questi requisiti comporta la nullità del brevetto, ma non ci sono solamente queste ipotesi. L'art. 76 cod. pr. ind. ne menziona altre tre: "1. Il brevetto è nullo:

- a) se l'invenzione non è brevettabile ai sensi degli articoli 45, 46, 48, 49, e 50;
- b) se, ai sensi dell'articolo 51, l'invenzione non è descritta in modo sufficientemente chiaro e completo da consentire a persona esperta di attuarla;
- c) se l'oggetto del brevetto si estende oltre il contenuto della domanda iniziale;
- d) se il titolare del brevetto non aveva diritto di ottenerlo e l'avente diritto non si sia valso delle facoltà accordategli dall'articolo 118.

2. Se le cause di nullità colpiscono solo parzialmente il brevetto, la relativa sentenza di nullità parziale comporta una corrispondente limitazione del brevetto stesso.

3. Il brevetto nullo può produrre gli effetti di un diverso brevetto del quale contenga i requisiti di validità e che sarebbe stato voluto dal richiedente, qualora questi ne avesse conosciuto la nullità. La domanda di conversione può essere proposta in ogni stato e grado del giudizio. La sentenza che accerta i requisiti per la validità del diverso brevetto dispone la conversione del brevetto nullo.

Il titolare del brevetto convertito, entro sei mesi dal passaggio in giudicato della sentenza di conversione, presenta domanda di correzione del testo del brevetto. L'Ufficio, verificata la corrispondenza del testo alla sentenza, lo rende accessibile al pubblico.

4. Qualora la conversione comporti il prolungamento della durata originaria del brevetto nullo, i licenziatari e coloro che in vista della prossima scadenza

avevano compiuto investimenti seri ed effettivi per utilizzare l'oggetto del brevetto hanno diritto di ottenere licenza obbligatoria e gratuita non esclusiva per il periodo di maggior durata.

5. Il brevetto europeo può essere dichiarato nullo per l'Italia ai sensi del presente articolo ed, altresì, quando la protezione conferita dal brevetto è stata estesa”⁵. Dunque, sono cause di nullità anche l'insufficiente descrizione e l'estensione brevettuale oltre il contenuto originario della domanda, il che può accadere quando il richiedente si avvalga dell'art. 172 cod. pr. ind. e l'Ufficio ne conceda erroneamente il brevetto, (art 172 cod. pr. ind.).



Il binomio scienza-diritto

Il diritto cerca di dare disciplina a un campo, come quello dell'invenzione, in costante ascesa, del resto viviamo ancora nel secolo in cui "Il Prometeo irresistibilmente scatenato, al quale la scienza conferisce forze dinamiche, senza precedenti e l'economia imprime un impulso incessante, esige un'etica che mediante auto-restrizioni impedisca alla sua potenza di diventare una sventura per l'uomo" ⁶, dunque il binomio scienza-diritto deve imbrigliare questo "Προμηθεύς δεσμώτης", per dare la possibilità alla tecnica di andare avanti e migliorare se stessa, portando con sé benefici che abbiano anche carattere di socialità.

Antonio Guarino era solito dire "Ogni società muta nel tempo e così il *ius* che ne è la sovrastruttura"; un *ius* che cambia a seconda della società, un *ius* che rispecchia le esigenze di "questa o quella" società e dunque muove da pretesa.

Ma chi può pretendere? Per pretendere bisogna essere: io sono, dunque esisto *ergo* pretendo. Ogni vita pretende e questa forma di pretesa se comune o necessaria può trovare un'applicazione *de facto*, costringendo lo schema-logico di diritto a recepire. La pretesa nasce nell'essere e in esso si sviluppa pur non essendo ancora ovvero pur non essendo esistente; e allora come divenire? Fermo restando che nel diritto il divenire è un contesto che si sviluppa nella misura in cui è possibile la trasformazione di una società non è possibile surrogare una soluzione alla mera pretesa, è il ragionamento ad essere garante della possibilità di quella pretesa di venire ad esistenza. L'imperativo bioetico ci fa capire che tutti gli esseri viventi hanno diritto al rispetto e devono essere trattati non come mezzi che giustificano lo scopo, vecchia massima di origine machiavellica, ma come fine in se stessi, ed è lo stesso Fritz Jahr che deve averne tenuto conto nella coniazione del termine⁷.

Pretesa e fine sono concetti fondamentali nel binomio diritto-bioetica; il diritto come pretesa e gli esseri viventi come fine rendono qualunque forma di ragionamento tanto tortuoso quanto instabile, oltre che potenzialmente insoddisfacente. L'intenzione umana o l'intenzione in senso stretto non bastano a fare diritto, dunque non basta una mera pretesa e non basta un mero fine (in bioe-

tica avremmo detto “non si può parlare di vita nel semplice vivere”). Abbiamo bisogno di qualcosa in più.

L'essenza dell'essere uomo in quanto tale porta all'ascesa verso il progresso e inevitabilmente ci conduce nel mondo delle possibilità dove tecnica e scienza si uniscono per dare voce a una progressione a cui la scienza fornisce forze senza precedenti e l'economia imprime un impulso incessante; questa progressione raggiunge il suo massimo culmine nell'invenzione e cioè un'ideazione tecnica esterna che contempla la modellazione della realtà materiale con il compito di determinare il soddisfacimento di bisogni umani. In forma stereotipata potremmo dire che è una soluzione di un problema tecnico non ancora risolto, ma risolvibile e si badi non è una soluzione “alternativa” ma una soluzione che determina una progressione, un “andare avanti” rispetto alle altre soluzioni prospettate in precedenza. Deve dirsi come innovazione tecnico-funzionale.

Dunque, tutto si può pretendere in ragione della tecnica? Ci sembra che la risposta debba essere negativa. Del resto molti filosofi, pur non preoccupandosi del diritto, hanno avanzato le peggiori ipotesi nell'eventualità in cui non si riuscisse ad imbrigliare nelle maglie della ragione il “Prométhéus desmótes”:
“La sottomissione della natura finalizzata alla felicità umana ha lanciato col suo smisurato successo, che coinvolge ora anche la natura stessa dell'uomo, la più grande sfida che sia mai venuta all'essere umano dal suo stesso agire”⁸.



L'art. 2585 e il Decreto Legislativo 30/2005

L'art. 2585 dispone che “Possono costituire oggetto di brevetto le nuove invenzioni atte ad avere un'applicazione industriale, quali un metodo o un processo di lavorazione industriale, una macchina, uno strumento, un utensile o un dispositivo meccanico, un prodotto o un risultato industriale e l'applicazione tecnica di un principio scientifico, purché essa dia immediati risultati industriali. In quest'ultimo caso il brevetto è limitato ai soli risultati indicati dall'inventore”⁹.

Secondo i commi 2, 3, 4 e 5 dell'art. 45 D.Lgs. 30/2005 non sono brevettabili:

2. Non sono considerate come invenzioni ai sensi del comma 1 in particolare:

- a) le scoperte, le teorie scientifiche e i metodi matematici;
- b) i piani, i principi ed i metodi per attività intellettuali, per gioco o per attività commerciale ed i programmi di elaboratore;
- c) le presentazioni di informazioni.

3. Le disposizioni del comma 2 escludono la brevettabilità di ciò che in esse è nominato solo nella misura in cui la domanda di brevetto o il brevetto concerna scoperte, teorie, piani, principi, metodi, programmi e presentazioni di informazioni considerati in quanto tali.

4. Non sono considerati come invenzioni ai sensi del comma 1 i metodi per il trattamento chirurgico o terapeutico del corpo umano o animale e i metodi di diagnosi applicati al corpo umano o animale. Questa disposizione non si applica ai prodotti, in particolare alle sostanze o alle miscele di sostanze, per l'attuazione di uno dei metodi nominati.

5. Non possono costituire oggetto di brevetto le razze animali ed i procedimenti essenzialmente biologici per l'ottenimento delle stesse. Questa disposizione non si applica ai procedimenti microbiologici ed ai prodotti ottenuti mediante questi procedimenti¹⁰.

La prima volta che si parlò di brevetti fu il 19 marzo 1474 a Venezia, «*L'andarà parte che per auctorità de questo Conseio, cha da un che farà in questa Cità algun*

nuovo et ingegnoso artificio, non facto per avanti nel dominio nostro, reducto chel sarà a perfection, siche el se possi usar, et exercitar, sia tegnudo darlo in nota al officio di nostri provveditori de Comun. Siando prohibito a chadaun altro in alguna terra e luogo nostro, far algun altro artificio, ad immagine et similitudine di quello, senza consentimento et licentia del auctor, fino ad anni 9» ¹¹. È nell’Inghilterra di Giacomo I che i brevetti cominciarono ad essere concessi per volontà regia, in un periodo compreso nei quattordici anni, attraverso “*litterae patentes*”, da qui la denominazione anglosassone di “Patent”.

L’European Patent Organisation, EPO o EPOrg è un’organizzazione pubblica internazionale creatasi con la Convenzione europea dei brevetti (in inglese Convention on the Grant of European Patents, abbreviato EPC) che ha lo scopo di rilasciare un unico brevetto valido per tutti i Paesi sottoscriventi.



Quid est bios? Quid est iuris?...Che cosa si può brevettare?

Quid est bios? Quid est iuris? Cosa riguardo al diritto e cosa riguardo la vita... un corpo, ad esempio, è brevettabile? Fin dove può spingersi la scienza?

L'Europa ha dato per prima la risposta: per i Verdi europei è "direttiva Frankenstein". Per il premio Nobel Dario Fo si potrebbe definire "una schiacciante vittoria delle multinazionali", per molti parlamentari europei "la speranza". La direttiva europea sui brevetti delle invenzioni biotecnologiche ha cercato di armonizzare le varie posizioni naturali, ma il tutto è stato trasposto in una chiave totalmente nuova che mai ci si sarebbe aspettati.

L'articolo più controverso della direttiva è quello relativo alla brevettabilità di materiale biologico di origine umana, ma nonostante questo l'Europa rimane fermamente legata al principio di rispetto "dell'essere in quanto tale" e lo dimostra il fatto che non sono brevettabili: varietà vegetali, razze animali o processi biologici (Direttiva 44/98/CE*). Si è aperto di seguito un vivace dibattito sulla possibilità di brevettare il "corpo umano". Dal contesto in cui ci siamo mossi è ovvio che l'indirizzo europeo e più in generale quello del diritto si muove in una situazione di diniego, ma si potrebbe anche essere più precisi, precludendo qualunque spiraglio, dicendo che l'art. 5 della direttiva 44/98/CE* prevede espressamente che "il corpo umano, nei vari stadi della sua costituzione e del suo sviluppo, nonché la mera scoperta di uno dei suoi elementi, ivi compresa la sequenza o la sequenza parziale di un gene, non possono costituire invenzioni brevettabili".

Se si guarda a Stati più permissivi viene quasi da chiedersi se sia possibile e in che misura una fuga di cervelli in tali Paesi come Giappone, Cina, America del sud per poter procedere a esperimenti altrimenti qui vietati. Improbabile ma non del tutto impossibile: si è parlato di "computerizzazione dell'uomo brevettabile" concetto alquanto pericoloso e fuorviante per la comunità europea; si è parlato di possibilità di duplicazione del corpo umano in quanto parte lesa o danneggiata suscettibile di sostituzione (in una visione alquanto "ultraterrena

dell'essere", l'essere può guarire se stesso e autorigenerarsi senza essere soggetto a un proprio ciclo vitale). Tutto questo porta a chiedersi fino a che punto ci si potrà spingere nella speranza che diritto e ragione abbiano la meglio.

Vediamo un possibile ragionamento tecnico che ha potuto influenzare ragione giuridiche ed etiche.

Possiamo quindi sostenere con sicurezza che l'ambito della pretesa è luogo di determinazione reale mediante scopi e fini che sono attuati oggettivamente dai medesimi individui che li accolgono poi soggettivamente. Ciò implica che l'efficace degli scopi non è legata al concetto razionale alla riflessione o dal libero arbitrio dell'uomo e sempre per ragionamento potremmo dire che è "assoluta", cioè svincolata dall'uomo. Allora è possibile usare, nella misura in cui sia lecito, questo ragionamento a copertura di ogni richiesta dell'essente? Ovviamente no. L'efficacia è vincolata a quella che potremmo definire una qualche "occasione di coscienza", ma se è così allora nel manifestarsi della piena volontà sussiste ed è operante una sorta di "scopo". Ed è proprio su questo scopo che si fonda l'analisi ontologica del valore e quindi la decisione vincolante sul piano etico per cui il mondo e la modernità possono muovere pregiudizi contro proposte di scienza mediante "produzione" di diritto. Ma questa è solo una possibile soluzione, né potremmo definire molte altre. Supponiamo di confutare una concezione del sé relativa alla soggettività. Questo sé in quanto tale rivendicherà un'azione in quanto tale ovvero un'agire determinato del soggetto che si chiamerà scopo, ma se è determinato in quel soggetto di per sé relativo allora lo scopo è da ricercarsi solo in una vita che è cosciente ossia solo per le forme di vita che sono dotate di coscienza ovvero quelle volontarie (vd. Art. 1 codice civile*, "Articolo 1. La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita. I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita (462, 687, 715, 784). (3° comma abrogato)". Vd. Art 42 codice penale*, "Art. 42. Responsabilità per dolo o per colpa o per delitto preterintenzionale. Responsabilità obiettiva. Nessuno può essere punito per un'azione od omissione prevista (corsivo nostro) dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà. Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo, salvi i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge. La legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente, come conseguenza della sua azione od omissione. Nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione cosciente e volontaria sia essa dolosa o colposa". Con la comparsa di soggettività del tutto svincolate dal normale concetto di creazione farebbe il

suo ingresso un nuovo principio di azione del tutto nuovo ed eterogeneo e si instaurerebbe una differenza radicale, anche se graduale, non soltanto fra creature che sono accumulate da questo principio di coscienza e quelle che non lo sono, ma anche tra queste stesse creature sottoposte al principio universale della nascita e la porzione molto meno ampia (futura) di chi non vi sarà sottoposto. È dunque un principio estraneo a natura “l’essere predisposto in altro modo e non per quello scopo”. Ora potremmo notare che se non sei predisposto inevitabilmente sei inadeguato e potremmo anche supporre in base al grado di inadeguatezza può emergere nella natura “un’occasione”, emerge un’occasione dalla natura giunta a quello stadio per via dell’alternativa di coscienza proposta dall’uomo. Un’obiezione del genere è nella sua gradualità di transazioni irrilevante agli inizi dell’evoluzione con lo stesso livello di trascendenza che potrebbe avere una ameba o qualunque essere da cui potrebbe iniziare un nuovo concetto di “sensibilità”. Ma questa teoria di infusione azzardata sul piano ontologico potrebbe manifestare nel corso dell’evoluzione una soggettività che non costituisce si badi un salto evolutivo dello stadio precedente poiché questo è sottostante a una non contaminata attribuzione dello scopo che appartiene solo ad uno stadio nuovo. Quindi in tale caso l’agire sarebbe orientato verso uno scopo proprio, è orientato come la nostra generazione e proprio come lo sono state le altre, mentre questo principio verrebbe del tutto a mancare se la funzione organica inconscia proponesse un salto qualitativo completamente estraneo alla legge di natura.

Non risulta essere compatibile l’idea per cui si aggiunge qualcosa di nuovo ad una generazione che precede senza modificarne realmente nessun aspetto biologico o neurologico, come manifestazione supplementare dello stadio raggiunto. Una semplice qualità non può fare questo senza che si apportino modifiche al profilo causale, cioè ci devono essere delle forme in cui si esprimono fattori diversi in questo stesso sistema. Poniamo un’altra soluzione, più semplice: se io creo un essente o meglio un potenziale tale questo essendo una novità emergente, se non vuole essere del tutto arbitrario e quindi irrazionale deve porsi in un rapporto temperato dalla continuità sostanziale e non formale, ma sappiamo per legge di natura tutto ciò che è di grado superiore modifica e qualifica ciò che è di grado inferiore, dunque questo essente sarà comunque soggetto a cambiamenti di natura che svilupperanno potenzialità preesistenti anche per il nuovo organismo che dunque non sarà totalmente nuovo configurandosi come qualcosa che è e al tempo stesso non è e questo equivale a un “*non datur*”.

Una volta viste queste tre soluzioni possiamo capire meglio come e perché la

giurisprudenza si muova in un certo modo nei confronti della suddetta argomentazione, facendosi spalleggiare da un'etica di rigetto che risulta logicamente sostenibile per via delle sue categorie esplicative che poi si appoggiano ad una morale che non possiamo definire moderna o cieca, ma che al contrario ha sempre caratterizzato e caratterizzerà lo spirito dell'umanità volto a soddisfare non un dato esteriore ma una prassi fisica che ha come scopo principale il non cadere nella tentazione di una metafisica riduzionista che si fa forte sull'evidenza artificiale. Una tentazione che va nell'opposta direzione dell'antropomorfismo. Ma supponiamo che l'etica abbia dato il suo benestare, è possibile brevettare? È possibile sottoporre a brevetto un essere umano? (Caso tra l'altro verificatosi in Cina, dove da poco tempo il Governo ha considerato questo genere di "ricerche" reato a tutti gli effetti punibile con dieci anni di reclusione più eventuali pene accessorie). Lasciando da parte (e tra l'altro già largamente esauriti le motivazioni filosofico-giuridiche che hanno portato la maggior parte dei Paesi a scartare ufficialmente queste ipotesi di brevetto) passiamo a una nuova soluzione (la quarta) più tecnica che si rifà alla legge italiana sui brevetti.

Può questo "essente" soddisfare il primo requisito? L'essere umano non è un'attività inventiva o una novità intrinseca o novità originale né passo inventivo né tanto meno nuova soluzione tecnica a un problema lasciato irrisolto, potremmo fare appello alla nostra 3° soluzione, ovvero sia qualcosa che si configura a metà tra essere e non essere non può configurarsi come nuovo essere né tanto meno come "essere in quanto tale" visto che non trova soluzione in natura per cui possiamo parlare di un "*non datur*", se non è dato non può che non essere; sdrammatizzando potremmo dire che tra le varie cose per cui non "è", non è nemmeno originale; non può essere soddisfatto nemmeno il secondo requisito ovvero quello della industrialità e nelle nostre prime due soluzioni abbiamo fatto chiaramente appello a un concetto di coscienza e scopo; la liceità viene meno nel momento in cui (3° soluzione) si muovono i passi in modo decisamente opposto all'antropomorfismo; la sufficienza di descrizione è qui una problematica secondaria.

Proviamo però ad esaurire la necessaria nozione di brevettabilità con un principio non di "nuovo essente" ma di rigenerazione o meglio riparazione di ciò che già è. È il caso ad esempio delle cellule staminali che in alcuni casi sono state determinanti nella risoluzione di malattie (è il caso francese di una coppia che decide di avere un altro figlio per poter "curare" la primogenita affetta da una grave malattia degenerativa; si è parlato di bambino nato "allo scopo", uso indebito di maternità, "bimbo guaritore", di che se ne possa dire entrambi i bambini

oggi sono in salute).

Indagare sullo “scopo” della nascita quando questa rimane soggetta alla metafisica immanente non avrebbe senso perchè rappresenterebbe solo un'accusa etica difficilmente conciliabile in diritto. Potremmo dire un'accusa etica “di negazione sull'affermazione”, una coppia vuole un figlio per un dato scopo (salvare la primogenita tramite conservazione del cordone da cui è possibile reperire cellule in grado di poter guarire la bambina) negazione dell'affermazione, ovverosia pregiudizio etico. Ma un pregiudizio etico non è condizione necessaria né tanto meno sufficiente a sminuire l'affermazione, c'è lo scopo, c'è la coscienza, c'è l'arbitrio senza lasciare fuori la tradizionale idea di partogenesi, allora cosa? Cosa potrebbe essere così destabilizzante per lo scopo? La possibilità. La possibilità di una metafisica razionale a patto che la razionalità non venga esclusivamente determinata dalle percentuali di scienza positiva, accompagnata da una consapevole coscienza, è tollerabile nella misura in cui si sappia che lo scopo è possibile così come potrebbe non essere possibile.

La mera scienza non basta come pretesa per ergersi a diritto ma deve essere accompagnata da soggettività e quindi arbitrio nella visione però di una possibilità, ammettendo dunque che sussiste anche la possibilità contraria e che il realizzarsi della seconda non comporti poi il sopperire della coscienza conformatasi in un certo modo.

Il requisito che manca in questo contesto non è l'utilità o la novità (novità elemento che rende tale un brevetto e comunque l'utilità è una condizione imprescindibile per poter riconoscere come tale l'“invenzione industriale”), ma la European Patent Office ha stabilito che le linee di Staminali non possano essere brevettate.

Il fatto è che non è possibile pensare al brevetto di cellule al di fuori di un ambito medico circoscritto; si deve tenere poi in considerazione che nel nostro sistema è possibile il brevetto di un test per scoprire il cancro ma non del gene associato al cancro; la domanda è spontanea: “E se in quel gene malato ci fosse “possibilità” di trovare la cura?”. Le soluzioni giuridiche rimangono controverse, fatto sta che non si è mai trovati una vera soluzione. Tralasciando il concetto di “possibilità” può accadere che il potenziale possibile venga sovrasviluppato perché la scienza esprime forze senza precedenti che una volta innescate non possono essere controllate (e nemmeno potrebbero a livello giuridico se vengono innescati certi cicli attivi dei sistemi di produzione) alimentati dall'economia che imprime loro un impulso incessante, si cadrebbe quindi nei vortici di fallimento indicati nelle quattro soluzioni precedenti (questo potrebbe spiegare perché le posizioni a tor-

to siano maggiori di quelle a favore e lo stallo giurisdizionale creatosi) .
Detto ciò il pericolo potrebbe essere rappresentato (e in larga parte lo è già) dal carattere troppo permissivo che alcuni Paesi e in particolar modo la Cina hanno dimostrato di avere nei confronti di questo tipo di brevetti.

Note: art. 5 della direttiva 44/98/CE*, art. 1 codice civile*, art. 42 codice penale*



China Patent&Trademark

Il medesimo ruolo che in sostanza l'European Patent Office (EPO) ricopre per i Paesi dell'Unione in Cina è ricoperto dal China Patent&Trademark Office (CPO). Ma come funziona la disciplina cinese? Per certi versi è simile all'esperienza europea, per altri se ne distacca in modo deciso. L'art. 10 del Patent Law of the People's Republic of China disciplina la materia di trasferibilità dei diritti: "Se un individuo intende trasferire il diritto di richiedere un brevetto o i diritti sul brevetto stesso a uno straniero, un'impresa straniera o altra organizzazione straniera, deve eseguire le procedure in conformità con le disposizioni di leggi e regolamenti amministrativi. Per il trasferimento del diritto di richiedere un brevetto o di diritti di brevetto, le parti interessate devono stipulare un contratto scritto e file per la registrazione presso il dipartimento di amministrazione dei brevetti sotto il Consiglio di Stato, e quest'ultimo deve fare un annuncio del trasferimento. Il trasferimento del diritto di richiedere un brevetto o di diritti di brevetto avrà effetto a partire dalla data di registrazione"¹². Anche in Cina come in Europa tutto ciò che è contrario all'ordine pubblico (qui specificamente si fa menzione di "interessi") non può costituire oggetto di brevettazione, articolo 5: "I brevetti non sono concessi per invenzione-creazioni che violano la legge o etica sociale, o danneggiano gli interessi pubblici. I diritti di brevetto non sono concessi per le invenzioni che vengono compiute basandosi su risorse genetiche che si ottengono o sono utilizzati in violazione delle disposizioni di legge e regolamenti amministrativi"¹³. Il riconoscimento in merito alla notorietà del marchio avviene a seguito della richiesta del titolare (art. 5 e 45 del Regolamento sui marchi)¹⁴. L'art. 14 del medesimo Reg. disciplina i fattori di utilizzazione di brevetti di grande importanza: "Se un brevetto d'invenzione di un'impresa statale o istituzione è di grande importanza per gli interessi nazionali o pubblici, previa approvazione da parte del Consiglio di Stato, dipartimento competente sotto il Consiglio di Stato o di governo del popolo della provincia, regione autonoma, o del comune direttamente sotto il governo centrale può decidere di avere il brevetto ampiamente applicato entro un ambito approvato e consentire alle unità designate di sfruttare il brevetto, e dette unità pagheranno royalties

al titolare del brevetto in conformità con le norme dello Stato”¹⁵. “Dopo che la domanda di brevetto viene pubblicata, il richiedente può richiedere all’unità o ai singoli che sfruttano tale brevetto di pagare una quantità appropriata di royalties” (art. 13)¹⁶. Il dipartimento di amministrazione dei brevetti nell’ambito del Consiglio di Stato stabilisce un comitato che ha lo scopo di revisionare il brevetto “se un candidato al brevetto è insoddisfatto con la decisione presa dal Dipartimento di amministrazione dei brevetti nell’ambito del Consiglio di Stato sul rigetto della domanda, egli può, entro tre mesi dalla data di ricevimento della notifica, presentare una richiesta con il comitato di revisione del brevetto per la revisione. Dopo la revisione, il Patent Review Board deve prendere una decisione e notifica al richiedente del brevetto della stessa. Se il richiedente brevetto è soddisfatto della decisione di revisione da parte del comitato di revisione del brevetto, può adire le vie legali in tribunale del popolo entro tre mesi dalla data di ricevimento della notifica”¹⁷. L’art. 45 continua dicendo “A partire dalla data in cui il dipartimento di amministrazione dei brevetti sotto il Consiglio di Stato ha annunciato la concessione di un diritto di brevetto, se una unità o individuo ritiene che tale concessione non è conforme alle pertinenti disposizioni della presente legge, può chiedere che il brevetto sia invalidato”¹⁸. “La licenza obbligatoria è legata alla fornitura del mercato nazionale, fatta eccezione (art. 53) per la licenza obbligatoria concessa in conformità con le disposizioni del paragrafo (2) dell’articolo 48 o dell’articolo 50 della presente legge”¹⁹.

La legge sul diritto d’autore del 1991, emendata nel 2001 accorda la protezione dei diritti d’autore anche a stranieri e apolidi purché: il paese natio abbia stipulato un trattato bilaterale e/o un trattato multilaterale e/o di accordo internazionale con la Cina in materia di diritti d’autore oppure che l’opera sia stata ab origine pubblicata in Cina²⁰. La medesima legge stabilisce come interesse prioritario quello pubblico²¹. Il diritto di autore comprende i diritti morali e patrimoniali²². Nell’ambito dei diritti morali, sulla base della Convenzione di Berna (art. 6-*bis*), si riconoscono quattro diritti paternità, pubblicazione, revisione e d’integrità²³.

La durata del brevetto è, come nella maggior parte dei Paesi dell’UE, di vent’anni, art. 42 (Patent Law of the People’s Republic of China) e stabilisce che: “La durata del brevetto dell’invenzione diritto è 20 anni e quella del diritto di brevetto per modello di utilità e del brevetto di disegno a destra è di dieci anni rispettivamente, tutto a partire dalla data di applicazione”²⁴. Il primo emendamento della legge sui brevetti datata 1992 ha reso brevettabili composti e preparati farmaceutici in Cina²⁵. La legge italiana si premura di entrare nello speci-

fico, invece, nella declinazione di “medicinale”: ogni sostanza o associazione di sostanze presentata come avente proprietà curative o profilattiche delle malattie umane, ogni sostanza o associazione di sostanze che può essere utilizzata sull’uomo o somministrata all’uomo allo scopo di ripristinare, correggere o modificare funzioni fisiologiche, esercitando un’azione farmacologica considerata con efficacia (efficacia da intendere nel senso “positivo” del termine, escludendo quindi un’attenzione eccessiva verso gli effetti collaterali che pure potrebbero verificarsi nel caso di assunzione di farmaci), immunologica o metabolica, ovvero di stabilire una diagnosi medica, medicinale immunologico, medicinale omeopatico, radiofarmaco, medicinali derivati dal sangue o dal plasma umani (Art. 1 D.Lgs. 219/2006)²⁶. La legge sui brevetti cinese ne tutela “procedimenti di preparazione ed usi”²⁷. Nel Titolo II del D.Lgs. 219/2006 all’art. 2 “Campo di applicazione; prevalenza della disciplina dei medicinali su altre discipline” si stabilisce che “Il presente decreto si applica ai medicinali per uso umano, preparati industrialmente o nella cui produzione interviene un processo industriale, destinati ad essere immessi in commercio sul territorio nazionale, fatto salvo il disposto del comma 3”, ovverosia “I medicinali destinati esclusivamente all’esportazione e i prodotti intermedi sono soggetti soltanto alle disposizioni del titolo IV del presente decreto”²⁸. Per la legislazione cinese il titolare ha potere esclusivo nei confronti dei prodotti coperti da brevetto²⁹. Il D.Lgs. 219/2006 sembra preoccuparsi di definire maggiormente obblighi che non doveri, chiarendo che “Il rilascio dell’autorizzazione non esclude la responsabilità anche penale del produttore e del titolare dell’AIC”³⁰. Nell’ambito farmaceutico cinese le sostanze naturali possono essere protette in qualità di brevetto se i loro parametri chimico-fisici risultano ancora estranei, se esse possono essere definite e se possono essere sfruttate³¹.

In Italia premesso che “1. Nessun medicinale può essere immesso in commercio sul territorio nazionale senza aver ottenuto un’autorizzazione dell’AIFA o un’autorizzazione comunitaria a norma del regolamento (CE) n. 726/2004”³² rientrano in campo di brevettazione anche i medicinali omeopatici, il D.Lgs. 219/2006 l’art. 1 in analisi definisce omeopatico “ogni medicinale ottenuto a partire da sostanze denominate materiali di partenza per preparazioni omeopatiche o ceppi omeopatici, secondo un processo di produzione omeopatico descritto dalla farmacopea europea o, in assenza di tale descrizione, dalle farmacopee utilizzate ufficialmente negli Stati membri della Comunità europea; un medicinale omeopatico può contenere più sostanze”³³. Anche nella legislazione cinese in materia di brevettazione si fa chiaramente riferimento a una “descrizio-

ne chiara” e si rende necessario il riferimento ad almeno uno dei relativi usi³⁵. Esempi e dati proposti devono essere convincenti. Uno dei requisiti basilari è l’osservanza delle leggi, soprattutto se si cade in una materia molto delicata come quella delle “risorse genetiche” art. 5 della presente legge³⁶. E così in Italia e in generale nei Paesi dell’UE il rispetto dell’ordine pubblico, del buon costume e il rispetto della legge sono degli assunti fondamentali che non potevano rimanere estranei alla materia industriale. Un netto distacco è invece presente in materia di trattazione delle risorse genetiche, non ci sembra questa la sede giusta per approfondire, ma poniamo qui dei punti su cui è necessario soffermarci per capire a fondo il significato di questo distacco. L’art. 5 della direttiva 44/98/CE prevede espressamente che “il corpo umano, nei vari stadi della sua costituzione e del suo sviluppo, nonché la mera scoperta di uno dei suoi elementi, ivi compresa la sequenza o la sequenza parziale di un gene, non possono costituire invenzioni brevettabili”³⁷. Articolo assai significativo nella misura in cui predetermina l’indirizzo europeo, dunque anche dell’Italia, in relazione a tale argomentazione. Al seguente art. 6 della medesima direttiva si fa riferimento a un elenco non tassativo di ipotesi escluse dalla possibilità di brevettazione per contrarietà all’ordine pubblico e al buon costume: “i procedimenti di clonazione di esseri umani; i procedimenti di modificazione dell’identità genetica germinale dell’essere umano; le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali”³⁸. La normativa cinese pone in questo senso, un grande problema giurisprudenziale: l’art. 5 della legge in materia (Legge sui brevetti 1992) stabilisce che non è possibile brevettare ciò che è “contrario alla legge” il che fa presupporre un rimando ad un’ulteriore normativa, rimando a cui la medesima non fa esplicito riferimento³⁹. La normativa cinese fa inoltre riferimento alla necessità di esplicitare la provenienza del materiale genetico e se esistono cause tali da impossibilitare questo requisito è necessario darne ragione⁴⁰. In Italia “Per interpretare i principi e le linee guida delle norme di buona fabbricazione, i produttori e le autorità competenti tengono conto delle linee guida dettagliate di cui all’articolo 47, secondo paragrafo, della direttiva 2001/83/CE, pubblicate dalla Commissione nella “Guida alle buone prassi di fabbricazione dei medicinali e dei medicinali in fase di sperimentazione”⁴¹. Una sostanza già conosciuta non può essere brevettata neanche qualora se ne proponesse un nuovo uso⁴². In Italia il brevetto di indicazione protegge un nuovo uso di un composto già conosciuto. Per la legge cinese sui brevetti possibile instaurare un procedimento di revisione entro tre mesi dalla data della notifica del rigetto⁴³. L’art. 40 del Patent Law of the People’s Republic of China stabilisce che se non

ci sono motivi di rigetto “il dipartimento di amministrazione dei brevetti sotto il Consiglio di Stato deve prendere una decisione sulla concessione del modello di utilità o design diritto di brevetto, rilasciare un certificato di brevetto relativo, e intanto provvedere alla registrazione e annunciare la medesima”⁴⁴. Cosa accade se, in caso di rigetto, non si è d’accordo? “Il dipartimento amministrazione dei brevetti nell’ambito del Consiglio di Stato istituisce un comitato di revisione del brevetto. Se un candidato brevetto è insoddisfatto della decisione presa dal Dipartimento di amministrazione dei brevetti nell’ambito del Consiglio di Stato sul rigetto della domanda, egli può, entro tre mesi dalla data di ricevimento della notifica, presentare una richiesta ... di revisione”⁴⁵. I brevetti possono essere sottoposti anche per questa legislazione a procedure di annullamento: “Se un individuo ritiene che tale concessione non è conforme alle pertinenti disposizioni della presente legge può chiedere che il brevetto sia non valido”⁴⁶. La decisione viene annunciata e registrata dal dipartimento di amministrazione dei brevetti nell’ambito del Consiglio di Stato, restando invariata la possibilità di adire in giudizio davanti al tribunale del popolo, entro tre mesi dalla data di ricevimento della notifica⁴⁷. Ci sembra ora di avere i mezzi necessari per poter parlare della problematicità legata alla brevettabilità dei farmaci, fenomeno molto più complesso di quanto si possa pensare. In realtà non basta sottolineare la necessità di un “ricorso alla legge” visto che ci sono delle ipotesi in cui nella normativa cinese la violazione è esclusa: l’art. 69 sembra essere sprovvisto di una base giuridica solida nella misura in cui determina la possibilità che prodotti già brevettati e/o procedimenti già brevettati venduti dal titolare del medesimo diritto o dall’unità o dall’organizzazione/individuo autorizzato (che cioè ne ha acquistato i diritti dal precedente titolare per sostituirlo nell’ “uso” del brevetto e dunque nel lucro sui diritti) in assenza di violazione⁴⁸. Quest’ultimo caso è legato alla questione dei farmaci generici. In Italia abbiamo il sistema di controllo EMEA (European Medicines Agency): istituita dal regolamento (CE) n. 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004⁴⁹. Essa “istituisce procedure comunitarie per l’autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario, e che istituisce l’agenzia europea per i medicinali, di seguito denominato”: “regolamento (CE) n. 726/2004”⁵⁰. In Europa, come abbiamo visto, vengono spesso imposti ai Paesi componenti l’Unione determinati standard di applicazione e diverse limitazioni, che se non presenti nella *lex fori* vengono immesse nella stessa attraverso l’utilizzazione della immediata applicazione come quella derivante da direttive e regolamenti (questo punto di vista normativo introduce una realtà simile a quella “federale”). La normativa cinese dimostra

di avere molte “*vacatio*” dal punto di vista normativo, nella Legge sui brevetti si rimanda ad altre leggi non bene specificate, il che porta ad “riciclo normativo” di dubbia attendibilità dal punto di vista sociale (un simile processo può essere giustificato solo dal fatto che la Cina intenda mantenere vario, eterogeneo e versatile il concetto “brevetto”).



Il principio di brevettabilità tra passato, presente e futuro

Non esistono notizie chiare dei brevetti in epoche antiche, dando uno sguardo all'Italia del V° secolo troviamo uno scorcio nell'area archeologica di Sibari (Cosenza), si è parlato di monopolio, termine non molto corretto dal punto di vista giuridico visto che trova un ben più ampio riscontro in ambito economico, in realtà si tratta di una ricetta che gli storici Filarco e Ateneo di Naucrati riportano essere “sotto sfruttamento esclusivo”⁵¹. Filarco ci informa che nell'antica città calabrese fu concesso “un monopolio esclusivo di dodici mesi” e scrisse: “a chi per primo l'abbia inventata sia riservato trarne profitto durante il suddetto periodo e gli altri, dandosi da fare essi stessi, si segnalino per invenzioni di tal genere”.

Si parte dunque dalla buona cucina ed è un po' quello che accade anche in Cina agli albori, ma mentre l'Europa nel suo costruirsi e divenire Unione sente il bisogno di stabile regole dotate di tassatività ed estrema chiarezza (come è possibile infatti pretendere di realizzare un'Unione senza che le regole siano chiare e dunque efficaci per tutti i cittadini europei, la chiarezza di una norma inficia la sua efficacia *ab origine* ed è presupposto questo che tutti i legislatori devono tenere bene a mente se non vogliono minare la certezza del diritto) la Cina un interesse tanto sporadico quanto duttile nel fare chiarezza sulle norme anche rispetto alla sua storia passata, questo perché il suo sistema di produzione è cambiato e se è vero quello che abbiamo assunto in precedenza e cioè che “ogni società muta con il tempo” sarà anche vero che questo processo di cambiamento trova le sue ragioni più profonde nel Diritto Internazionale storico, inteso come storia dei popoli, popoli che vivono e si stabilizzano all'interno di “*limes*” ben precisi e che a causa di rapporti commerciali sono capaci di influenzarsi in maniera profonda ma anche di distinguersi in modo da porsi nettamente in contrasto, in fondo, l'economia insegna, tutti mirano a massimizzare il profitto al minimo dei costi, ma tutto questo è sempre un male? Gli antichi parlano di “monopolio”, non a caso tale parola che oggi usiamo con un significato del tutto diverso ha origine

greca, “μόνος πωλεῖν” tradotto alla lettera vuol dire “solo e vendere”, in pratica solamente una persona può vendere quel determinato prodotto, o come nel caso riportato da Filarco una ricetta culinaria, il tutto scandito entro un certo limite di tempo, che nell’esempio storico sopra riportato ammontava a non più di dodici mesi. Oggi con la parola monopolio noi intendiamo una forma di mercato ed il brevetto è solo una delle molteplici cause che porta alla formazione di quello che viene definito monopolio legale, cioè risultato di leggi e regolamentazioni. Nell’antichità l’uomo non sentiva il bisogno di esercitare un diritto d’autore, copiare veniva considerata una forma d’arte, un elogio *cum laude* a chi aveva creato per primo, a chi aveva ideato, ma non si sentiva il bisogno di ergersi al di sopra del gruppo, inventare e copiare erano considerate forme univoche di una stessa forma di apprendimento che mirava alla formazione della collettività; quando un personaggio illustre di una collettività mostrava agli altri una sua invenzione questi veniva considerato maestro e dunque saggio, si imparava da lui molto di più di quanto si potesse verbalmente insegnare, questi diventava mito e poi leggenda, ma non gli si riconosceva un diritto d’autore perché ciò che il saggio sapeva doveva essere devoluto come eredità alla società intera.

Capito questo concetto è facile comprendere perché ignoriamo quasi tutto di un autore come Omero, non sappiamo nemmeno se entrambe le opere sono attribuibili a lui, se davvero fosse cieco e in merito si leggono molti più articoli di quanti se ne possano citare in questo contesto, come ad esempio, per ricordarne uno estremamente bizzarro, “E se Omero fosse Omera?”⁵². Come il sigillo fu noto fin dalla sua invenzione (IV millennio a.C., civiltà mesopotamica) come strumento di garanzia ed efficacia, così l’autore/saggio venne considerato dai suoi pari un simbolo di garanzia per il gruppo, un’entità in cui era possibile riflettere se stessi e conformarvisi per questioni di vantaggio e progresso, di utilità e di successo. Il bene della società e l’educazione collettiva spiegano il mancato conseguimento in giovani età storiche del diritto di autore ma anche il perché nella Magna Grecia si cominciò a parlare di monopoli sebbene di durata annuale e riferiti ad ambiti estremamente ristretti, come la cucina.

La stabilizzazione della popolazione greca o di una buona parte di essa nel sud Italia aveva comportato una ripresa economico-culturale che fu direttamente causa di quei cambiamenti geografici così radicali, il conseguente sviluppo commerciale che ne derivò si estese oltre i confini del sud fino agli Etruschi passando per Roma. Avere un brevetto vuol dire avere un diritto di sfruttamento esclusivo ed è il motore principale del monopolio. I Greci abitanti di Sibari furono i primi a riconoscere ai cuochi in forma velata e da un punto di vista strettamente più

economico questa prima forma di diritto, tanto velata da risultarne una prima approssimazione, ma è anche vero che questo tipo di risultato è assai discutibile in un mondo dove non esiste uno Stato ma soltanto organizzazioni assimilabili a vere e proprie poleis greche costruite a immagine e somiglianza di un modello fortemente organicista, un modello di vita che privilegia la collettività rispetto al singolo (ecco spiegata la durata di un anno del “monopolio culinario”).

Gli economisti ci dicono che in un monopolio la curva di domanda è inclinata negativamente fino all’elasticità, mentre in concorrenza perfetta dove i più offrono il medesimo servizio si fronteggia una curva di domanda ad elasticità infinita⁵³. Orbene, da qui la conclusione che su un modello di vita basato sulla collettività e sul commercio di beni non c’è spazio per il monopolio e dunque non ci sono nemmeno le basi per il riconoscimento del diritto di “auctore”, il suo riconoscimento infatti limiterebbe troppo le economie ora nascenti e in via di sviluppo.

Il diritto di autore sta vivendo una sua prima fase: viene intuito ma non riconosciuto ancora, per arrivare a questo punto serve un cambiamento drastico del quadro economico-sociale, serve che si approdi al concetto di “individualismo”. Quest’ultimo si considerava come un atteggiamento che violava le regole poste alla base della pacifica convivenza, della logica societaria. Ogni azione personale doveva essere orientata verso il gruppo, e in questa prima fase ogni conoscenza o invenzione da essa derivante viene riconosciuta come appartenente alla collettività, possiamo qui parlare in via generale di una prima funzione del diritto di autore che chiameremo funzione organicistica nella misura in cui trattiamo il diritto d’autore rispetto al terzo beneficiario (la collettività) che in una prima fase storica ha solo un debito morale ma non economico rispetto al suo inventore con il quale la società medesima si identifica. Nella prima fase è la pluralità dei consociati a usufruire gratuitamente del bene invenzione in quanto il suo autore è figlio di quella cultura comune dalla quale non è libero di autodeterminarsi. Con la nascita della stampa ci si appresta a una fase del tutto nuova, nasce il bisogno di distogliersi rispetto a un modello societario troppo limitato e di raccogliere consensi attorno ai progetti che favoriscano i principi cardine di certi poteri, è lo stesso motivo per cui a Brunelleschi fu concesso il brevetto per tre anni per una chiatta con sollevamento e Galilei abiurò, epoche diverse ma fino alla Rivoluzione francese fu una questione di conformazione al volere dell’ordinamento.

Dalla fine del 1300 agli inizi del ‘400 il diritto di autore attraversa fino agli albori della Rivoluzione francese una fase individualistica nella misura in cui tale

esercizio fosse confacente alle esigenze del potere di turno, tale considerazione del diritto appare inadeguata perché non rispetta l'individuo e la sua libertà di espressione, appare pertanto irrazionale sul piano ontologico tale funzione, basata solo sul quanto questa o quell'idea fosse idonea a creare consenso popolare attorno alle monarchie illuminate o attorno alla figura del Papa. Secondo alcuni autori autorevoli di fine Settecento questi limiti al diritto erano limiti insormontabili. Il progresso diede loro torto e quando il sapere umano cominciò ad esplorare campi come la medicina e la tecnica ci si rese conto che per potere parlare di diritto bisognava costruirlo in modo da rappresentare una categoria contenente elementi oggettivi e soggettivi, che fosse teleologicamente orientata verso un principio generale di libertà di espressione senza per questo contrastare i principi fondamentali dell'ordinamento e dello *ius gentium* e che soprattutto rispettasse un generale richiamo all'uguaglianza.



Un diritto nel diritto, la cristallizzazione della proprietà intellettuale tra i diritti fondamentali e nella Costituzione italiana

Il principio generale di libertà di espressione è l'elemento fondante, cuore del problema sulla "protezione intellettuale" che sta alla base del riconoscimento del diritto d'autore, non è un caso se sono tanti gli articoli che lo tengono bene a mente e molti di rango costituzionale, non a caso: tra i primi a dovere essere elencati troviamo la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948: Art. 19: "Ogni individuo ha il diritto alla libertà di opinione e di espressione, incluso il diritto di non essere molestato per la propria opinione e quello di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo e senza riguardo a frontiere"⁵⁴; art. 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali "Ogni individuo ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera"⁵⁵; il Primo emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, l'art. 21 della Costituzione recita: "Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione.

La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure. Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescriva per l'indicazione dei responsabili. In tali casi, quando vi sia assoluta urgenza e non sia possibile il tempestivo intervento dell'autorità giudiziaria, il sequestro della stampa periodica può essere eseguito da ufficiali di polizia giudiziaria, che devono immediatamente, e non mai oltre ventiquattro ore, fare denuncia all'autorità giudiziaria. Se questa non

lo convalida nelle ventiquattro ore successive, il sequestro s'intende revocato e privo di ogni effetto.

La legge può stabilire, con norme di carattere generale, che siano resi noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica. Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni"⁵⁶, l'art. 33, comma 1, afferma che: "L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento"⁵⁷, Articolo 10 CEDU "Ogni persona ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza ingerenza alcuna da parte delle autorità pubbliche, e senza considerazione di frontiera"⁵⁸, Art. 6-7 TUE, Articolo 11 - Carta di Nizza "Ogni individuo ha diritto alla libertà di espressione.

Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera ... la libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati"⁵⁹.

Un diritto nel diritto, nulla è il diritto d'autore senza il bene costituzionale riconosciuto "libertà di espressione".

La società non è esclusa dal contesto di idoneità e utilità dell'invenzione, anzi, ecco perché si necessita di un diritto che abbia in sé elementi oggettivi su cui basarsi, la società fa delle scelte di valore all'interno dell'ordinamento e allora il diritto di autore si concede ad alcuni beni con determinate caratteristiche e non a tutti i beni se pure giuridicamente rilevanti; in materia sono importanti tanto gli elementi oggettivi sopracitati quanto quelli soggettivi e non a caso senza l'elemento essenziale "novità" non si può parlare di diritto d'autore o di concessione di brevetto, ciò implica un lavoro di creazione e d'espressione tutelato dalla nostra Costituzione.

Oggi come oggi il diritto di autore ha perso il richiamo al principio d'uguaglianza aprendo le porte a una nuova fase, che chiameremo "fase di pressione". Il nuovo assetto sociale in Italia privilegia certi gruppi bene organizzati, trattasi dei "gruppi di pressione", dedicati alla promozione di interessi individuali spesso per motivi di matrice economica fortemente in contrasto con quelli generali, in questi casi i benefici sono molto concentrati e i costi molto dispersi, inoltre i gruppi che risultano poco numerosi hanno maggiore possibilità di coordinarsi facilmente e se è vero che in relazione al rapporto brevetto/monopolio la concessione del brevetto determina un monopolio legale è il brevetto stesso a divenire un'arma di ricatto a favore di determinati gruppi di pressione, ricatto

che diventa molto forte quando si toccano tematiche delicate come la salute, è il caso della brevettabilità dei farmaci.

Nota* <http://english.sipo.gov.cn/>

Nota** <https://www.epo.org/index.html>

Bibliografia

¹ Art. 46 cod. pr. ind.

² Art. 50 cod. pr. ind.

³ Art. 48 cod. pr. ind.

⁴ Art. 49 cod. pr. ind.

⁵ Art. 76 cod. pr. ind.

⁶ H. JONAS, *Il principio responsabilità*, 1979 pp. 1-2

⁷ Articolo Bio-ethik of Fritz Jahr

⁸ H. JONAS, *Il principio responsabilità*, 1979 pp. 1-2

⁹ Art. 2585 c.c.

¹⁰ Commi 2, 3, 4 e 5 dell'art. 45 D.Lgs. 30/2005

¹¹ Archivio di Stato di Venezia, Senato terra, registro 7, carta 32

¹² Patent Law of the People's Republic of China Article 10 The right to apply for a patent and patent rights may be transferred. If a Chinese unit or individual intends to transfer the right to apply for a patent or patent rights to a foreigner, foreign enterprise or other foreign organization, it or he shall perform the procedures in accordance with the provisions of relevant laws and administrative regulations. For the transfer of the right to apply for a patent or of patent rights, the parties concerned shall conclude a written contract and file for registration at the patent administration department under the State Council, and the latter shall make an announcement thereof. The transfer of the right to apply for a patent or of patent rights shall become effective as of the registration date.

¹³ Patent Law of the People's Republic of China Article 5 Patent rights shall not be granted for invention-creations that violate the law or social ethics, or harm public interests. Patent rights shall not be granted for inventions that are accomplished by relying on genetic resources which are obtained or used in violation of the provisions of laws and administrative regulations.

¹⁴ Art. 5 e 45 del Regolamento sui marchi

¹⁵ Patent Law of the People's Republic of China Article 14 If an invention patent of a State-owned enterprise or institution is of great significance to national or public interests, upon approval by the State Council, the relevant competent department under the State Council

or the people's government of the province, autonomous region, or municipality directly under the Central Government may decide to have the patent widely applied within an approved scope and allow the designated units to exploit the patent, and the said units shall pay royalties to the patentee in accordance with the regulations of the State.

¹⁶ Patent Law of the People's Republic of China Article 13 After the application for an invention patent is published, the applicant may require the unit or individual that exploits the said patent to pay an appropriate amount of royalties.

¹⁷ Patent Law of the People's Republic of China Article 41 The patent administration department under the State Council shall establish a patent review board. If a patent applicant is dissatisfied with the decision made by the Patent Administration Department under the State Council on rejecting of the application, he may, within three months from the date of receipt of the notification, file a request with the patent review board for review. After review, the Patent Review Board shall make a decision and notify the patent applicant of the same. If the patent applicant is dissatisfied with the review decision made by the patent review board, he may take legal action before the people's court within three months from the date of receipt of the notification.

¹⁸ Patent Law of the People's Republic of China Article 45 Beginning from the date the patent administration department under the State Council announces the grant of a patent right, if a unit or individual believes that such grant does not conform to the relevant provisions of this Law, it or he may request that the patent review board declare the said patent right invalid.

¹⁹ Patent Law of the People's Republic of China Article 53 Except for the compulsory license granted in accordance with the provisions of Subparagraph (2) of Article 48 or Article 50 of this Law, compulsory license shall mainly be exercised for the supply to the domestic market.

²⁰ Legge cinese sul diritto d'autore del 2001

²¹ Legge cinese sul diritto d'autore del 2001

²² Legge cinese sul diritto d'autore del 2001

²³ Legge cinese sul diritto d'autore del 2001, Convenzione di Berna (art. 6-*bis*)

²⁴ Patent Law of the People's Republic of China Article 42 The duration of the invention patent right shall be 20 years and that of the utility model patent right and of the design patent right shall be ten years respectively, all commencing from the date of application.

²⁵ Legge sui brevetti, 1 emendamento, 1992

²⁶ Art. 1 D.Lgs. 219/2006

²⁷ Legge cinese sui brevetti 1992

²⁸ Art. 2 D.Lgs. 219/2006

²⁹ Legge cinese sui brevetti 1992

³⁰ Art. 39 D.Lgs. 219/2006

³¹ Legge cinese sui brevetti 1992

³² TITOLO III Capo I Art. 6. D.Lgs. 219/2006

³³ Art. 1 D.Lgs. 219/2006 lett. d)

³⁴ Legge cinese sui brevetti 1992

³⁵ Legge cinese sui brevetti 1992

³⁶ Legge cinese sui brevetti 1992

³⁷ Art. 5 della direttiva 44/98/CE

³⁸ Art. 6 della direttiva 44/98/CE

³⁹ Art. 5 Legge cinese sui brevetti 1992

⁴⁰ Art. 26 Legge cinese sui brevetti 1992

⁴¹ Art. 60 D.Lgs. 219/2006

⁴² Legge cinese sui brevetti 1992

⁴³ Legge cinese sui brevetti 1992

⁴⁴ Patent Law of the People's Republic of China Article 40 If no reason for rejection is discerned after preliminary examination of a utility model or design patent application, the patent administration department under the State Council shall make a decision on granting of the utility model or design patent right, issue a corresponding patent certificate, and meanwhile register and announce the same. The utility model patent right and the design patent right shall become effective as of the date of announcement.

⁴⁵ Patent Law of the People's Republic of China Article 41

⁴⁶ Patent Law of the People's Republic of China Article 45

⁴⁷ Patent Law of the People's Republic of China Article 46 The patent review board shall examine the request for declaring a patent right invalid and make a decision in a timely manner and notify the requesting person and the patentee of its decision. The decision on declaring a patent right invalid shall be registered and announced by the patent administration department under the State Council. A person that is dissatisfied with the patent review board's decision on declaring a patent right invalid or its decision on affirming the patent right may take legal action before a people's court, within three months from the date of receipt of the notification. The people's court shall notify the opposite party in the invalidation procedure to participate in the litigation as a third party.

⁴⁸ Patent Law of the People's Republic of China Article 69 The following shall not be deemed to be patent right infringement:

- 1) After a patented product or a product directly obtained by using the patented method is sold by the patentee or sold by any unit or individual with the permission of the patentee, any other person uses, offers to sell, sells or imports that product;
- 2) Before the date of patent application, any other person has already manufactured identical products, used identical method or has made necessary preparations for the manufacture or use and continues to manufacture the products or use the method within the original scope;
- 3) With respect to any foreign means of transportation that temporarily passes through the territory, territorial waters, or territorial airspace of China, the relevant patent is used in the devices and installations for its own needs, in accordance with the agreement concluded between the country it belong to and China, or in accordance with any international treaty to which both countries have acceded, or on the principle of mutual benefit;
- 4) Any person uses the relevant patent specially for the purpose of scientific research and experimentation;
- 5) Any person produces, uses, or imports patented drugs or patented medical apparatus and instruments, for the purpose of providing information required for administrative examination and approval, or produces or any other person imports patented drugs or

patented medical apparatus and instruments especially for that person.

⁴⁹ Regolamento (CE) n. 726/2004

⁵⁰ Art. 1 D.Lgs. 219/2006 lett. ff)

Sitografia

⁵¹www.famedisud.it/il-piu-antico-brevetto-della-storia-fu-sancito-a-sibari-e-riguardo-una-ricetta-di-gastronomia-parola-dello-storico-filarco-di-atene/

⁵²www.corriere.it/Primo_Piano/Spettacoli/2006/12_Dicembre/13/omero_donna.shtml

⁵³www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/dse/didattica/corsi_a_.a/corsi-10-11/clec-1/capitolo-12.pdf

⁵⁴www.dirittodellainformazione.it/materiale%20di%20ricerca/testi%20costituzionali.htm

⁵⁵www.dirittodellainformazione.it/materiale%20di%20ricerca/testi%20costituzionali.htm#Convenzione_europea_per_la_tutela_dei_d

⁵⁶www.senato.it/1025?sezione=121&articolo_numero_articolo=21

⁵⁷www.senato.it/1025?sezione=121&articolo_numero_articolo=33

⁵⁸www.dirittodellainformazione.it/materiale%20di%20ricerca/testi%20costituzionali.htm

⁵⁹www.dirittodellainformazione.it/materiale%20di%20ricerca/testi%20costituzionali.htm

⁵²www.corriere.it/Primo_Piano/Spettacoli/2006/12_Dicembre/13/omero_donna.shtml

⁵³www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/dse/didattica/corsi_a_.a/corsi-10-11/clec-1/capitolo-12.pdf

⁵⁴www.dirittodellainformazione.it/materiale%20di%20ricerca/testi%20costituzionali.htm

⁵⁵www.dirittodellainformazione.it/materiale%20di%20ricerca/testi%20costituzionali.htm#Convenzione_europea_per_la_tutela_dei_d

⁵⁶www.senato.it/1025?sezione=121&articolo_numero_articolo=21

⁵⁷www.senato.it/1025?sezione=121&articolo_numero_articolo=33

⁵⁸www.dirittodellainformazione.it/materiale%20di%20ricerca/testi%20costituzionali.htm

⁵⁹www.dirittodellainformazione.it/materiale%20di%20ricerca/testi%20costituzionali.htm

