

Brevettabilità del software

di **valentina frediani**

Pubblicato il 31 maggio 2005

Il Fatto

L'8 marzo 2005, il Consiglio dei Ministri UE ha adottato la direttiva sulla brevettabilità delle invenzioni attuate per mezzo di elaboratori elettronici; tale pronuncia è il penultimo passo dell'iter legislativo della direttiva, prima della pronuncia del Parlamento Europeo, che potrebbe, in ultima istanza, opporsi con maggioranza qualificata. In caso contrario, la direttiva diverrebbe applicabile negli stati membri che dovrebbero recepirla entro due anni.

Per comprendere pienamente come e perché si è giunti a questa decisione, e per quale motivo essa abbia originato un acceso dibattito in ambito politico, economico ed informatico, è necessario, dopo aver brevemente descritto l'attuale tutela giuridica riservata al software, delineare un quadro storico dell'evoluzione della disciplina brevettuale dei programmi per elaboratori nei paesi occidentali.

L'attuale tutela giuridica dei software e principali differenze fra Copyright e Brevetti

La tutela giuridica attualmente riservata ai programmi per elaboratore (materia disciplinata dalle direttive CEE **91/250** e **2001/29**) è il Diritto d'Autore o **Copyright**; il codice sorgente (in linguaggio di programmazione) e il codice eseguibile (codice sorgente "compilato" in linguaggio binario), se sono creazioni intellettuali dell'autore, sono protetti come opera letteraria (come ad esempio un romanzo) fino alla morte dell'autore e per settanta anni dopo la sua morte. Le idee e i principi alla base di qualsiasi elemento di un programma per elaboratore, compresi quelli alla base delle sue interfacce, non sono invece tutelati. Il diritto d'autore vieta una copia sostanziale del codice fonte o del codice eseguibile ma non preclude i molti altri modi possibili di esprimere le stesse idee e gli stessi principi in diversi codici. La tutela per il diritto d'autore non è necessariamente onerosa.

Invece, il **brevetto** instaura un monopolio legale dell'autore anche sulle idee, i principi alla base degli elementi del programma, le porzioni di codice oggetto della rivendicazione. La durata è di venti anni, trascorsi i quali l'accurata descrizione dell'invenzione rivendicata diviene di dominio pubblico. Il conseguimento del brevetto è possibile solo mediante il versamento di un cospicuo corrispettivo all'ufficio preposto.

Prima di varare la direttiva 91/250 vi fu una discussione su quale tutela fosse più opportuno riservare ai software: copyright o brevetti; invece di operare la scelta di una tutela specifica, ci troviamo oggi davanti alla probabilità che le due tutele risultino compresenti e cumulabili; il medesimo software sarebbe così tutelato a livello letterale dal copyright e, a livello di principi di base, dal brevetto.

Occorre però precisare che vi sono delle **incompatibilità** tra i due tipi di tutela, che, in caso di adozione del regime brevettuale per i software, andrebbero espressamente regolate: ad esempio, la direttiva 2001/29 pone degli *"obblighi relativi alle misure tecnologiche"* (sostanzialmente restrizioni sull'analisi del codice sorgente ed eseguibile) che mal si conciliano sia con l'obbligo di completa pubblicità dell'invenzione proprio del regime brevettuale, sia con il diritto di decompilazione del programma al fine di interoperabilità previsto dalla 91/250 sul Copyright.

Cenni storici sulla disciplina brevettuale in Europa

1973: a Monaco viene approvata la Convenzione europea sui brevetti (CBE), di cui, ai fini della presente relazione, è utile evidenziare la disciplina della *"brevettabilità"* e delle *"esclusioni dalla brevettabilità"*.

- l'art 52.1 definisce brevettabile ogni invenzione suscettibile di applicazione industriale, e che presenti caratteri di novità (estraneità dall'attuale stato dell'arte) e attività inventiva (guardando allo stato dell'arte, l'invenzione in questione non deve apparire di ovvia applicazione ad una persona esperta del settore)

- il comma 2 vieta espressamente la brevettabilità, ai sensi del comma

precedente, di scoperte, teorie scientifiche, procedimenti matematici, presentazioni di informazioni, creazioni estetiche, metodi per attuare procedimenti mentali, attività ludiche o per fare affari e ... **programmi per computer.**

- Il comma 3 specifica che la brevettabilità è esclusa per le materie di cui al comma 2, solo se la domanda di tutela brevettuale è riferita esclusivamente ad uno di tali elementi ed **in quanto tali.**

Fu nei **primi anni '80**, che lo **U.S. Patent & Trademark Office** (USPTO), nonostante alcune decisioni della Corte Suprema in senso opposto, iniziò a concedere brevetti sui software (ad oggi negli USA ve ne sono più di 100.000). L'Ufficio Europeo Brevetti di Monaco (UEB), sulla scia della giurisprudenza statunitense, pose in essere una prassi di interpretazione estensiva del 52, II e III della CBE utilizzando le parole "*in quanto tali*" per concedere brevetti a software che presentassero carattere di "**tecnicità**", e che non fossero quindi fini a sé stessi, ma suscettibili di applicazione; tale requisito tecnico (elemento elaborato in quegli anni anche dalla dottrina dei vari stati membri), seppur non menzionato nella CBE, farebbe rientrare il programma per computer nella previsione dell'art 51.1, e quindi lo renderebbe "invenzione brevettabile".

I brevetti europei, una volta rilasciati, sono soggetti alle leggi nazionali in materia di brevetti di ciascun paese in cui essi hanno efficacia. Inoltre, l'interpretazione delle norme nazionali in materia di brevettabilità è di competenza dei tribunali nazionali, i quali non sono vincolati dalle decisioni degli organi di ricorso dell'UEB [la giurisprudenza dell'UEB si divide in due momenti: il primo costituito dall'insieme delle decisioni di accoglimento di richieste di tutele brevettuali su software da parte dell'UEB stesso; il secondo composto dall'insieme delle decisioni della Camera di Ricorso dell'UEB sulle istanze di opposizione eventualmente presentate entro 9 mesi dalla concessione del brevetto] e in caso di conflitto diretto, possono non aver altra scelta che attenersi a precedenti vincolanti (Common Law) o fortemente indicativi (autorevolezza dei tribunali di ultima istanza nei paesi di Civil Law, come la Cassazione e il BGH), nel rispetto delle proprie tradizioni giurisprudenziali. Questo ha determinato, divergenze nell'interpretazione della Convenzione sul brevetto europeo, in particolare riguardo alla disciplina delle "*esclusioni dalla brevettabilità*" e dei "*requisiti della brevettabilità*", e di conseguenza nell'ambito della tutela riconosciuta a talune categorie di invenzioni.

Diverse tendenze giurisprudenziali in Europa

Il **Regno Unito** ratificò la CBE nel 1977, accogliendo il dettato della convenzione. La “sezione 1.2” riproduce l’elenco delle categorie escluse della CBE dopo un’introduzione piuttosto controversa che dichiara che *“ciò che segue (tra le altre cose) non sono invenzioni per il proposito di questa legge, ovvero, qualunque cosa che consista in - [...] (c) uno schema, regola o metodo per eseguire un’attività mentale, giocare un gioco o condurre affari, o un programma per computer”* specificando però che il dettato precedente esclude la brevettabilità di ciò che in esso è nominato *“solo nella misura in cui un brevetto o una domanda di brevetto si riferisca a questa cosa come tale”*.

Tale complessa formulazione, che il legislatore inglese ha posto prima del catalogo delle esclusioni, indica che la lista statutaria non è da considerarsi esaustiva e in particolare che le eccezioni concernono oggetti rivendicati i quali *includono* uno o più degli elementi menzionati nell’elenco *come tali*.

Questo linguaggio risulta molto **più restrittivo** rispetto a quello contenuto nella CBE.

La prima sentenza, successiva alla ratifica, avente ad oggetto una “computer implemented invention” fu **“Merrill Lynch’s Application”** del 1989. Merrill Lynch rivendicava la tutela brevettuale di *“un sistema basato sull’elaborazione di dati per implementare un mercato automatizzato per uno o più titoli, che permetteva ai clienti di comprare e vendere valori mobiliari; nonché un perfezionato apparecchio di elaborazione dati per istituire una borsa valori automatizzata e un sistema per qualificare ed eseguire ordini per le transazioni di titoli e un apparecchio controllato da un programma che monitora la posizione di portafoglio titoli dell’intermediario finanziario”*. La corte si trovava a dover attuare non solo una decisione giuridica, ma una valutazione politica sulla determinazione della portata delle eccezioni alla tutela brevettuale, in quanto scelta fondamentale nell’ottica della concessione, o meno, di tutela brevettuale ad invenzioni basate su software.

La Corte d’appello osservò che *“non può essere ammissibile brevettare un oggetto escluso dalla sezione 1(2) con la parvenza di una cosa che contiene tale oggetto - ovvero, nel caso di un programma per computer, la brevettazione di un computer convenzionale che racchiuda questo programma. Un qualcosa di aggiuntivo è necessario.”* E stabilì infine che *“affinché un computer convenzionale contenente un programma inventivo, di per sé escluso, possa essere brevettabile, è necessario un progresso tecnico nella forma di un risultato nuovo”*. Se tale risultato però alla fine consiste in un qualcosa di per sé escluso dalla brevettabilità, allora niente, neanche la presenza di un effetto tecnico, può salvarla da essere respinta. Nel presente

caso, qualunque sia il progresso tecnico, il sistema di elaborazione dati in sostanza serve per condurre in maniera specifica un metodo di attività commerciale espressamente escluso dalla brevettabilità.

Si può concludere che indipendentemente dal fatto che il sistema venga attuato tramite un programma per computer o eseguito manualmente o in forma scritta e **nonostante l'eventuale presenza di un effetto tecnico**, esso risulterebbe escluso dalla brevettabilità dato che il suo risultato finale si colloca in una categoria eccettuata dalla legge.

Tale interpretazione piuttosto restrittiva si attiene strettamente al mandato del legislatore indicando l'intenzione della giurisprudenza inglese di dare piena efficacia alle eccezioni.

Nella **Gale's application**, il tribunale di prima istanza ritenne che *"un programma per elaboratore integrato in un chip ROM fosse un manufatto modificato durante il processo produttivo così da eseguire la funzione designata dal metodo rivendicato"*, mentre lo stesso programma memorizzato su un disco magnetico non sarebbe brevettabile.

La Corte d'Appello criticò tale approccio, ribadendo la **prevalenza della sostanza** (l'invenzione consta sostanzialmente in un software) **sulla forma** (il supporto di memorizzazione); determinante per la concessione della tutela brevettuale deve essere il **"contenuto globale"** dell'invenzione, non la forma della rivendicazione.

Si può quindi evidenziare, partendo dall'analisi di queste e altre sentenze, che la giurisprudenza britannica è orientata verso il non concedere la brevettabilità ad un programma per elaboratore che consista in un'attività intellettuale o in un metodo per attività commerciali (*business method*), anche se può esservi riconosciuto un contributo tecnico, tendenza contrastante con quella tedesca.

Difatti, in **Germania**, nell'evoluzione degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali circa la distinzione fra attività inventive brevettabili e non, è sempre stato di centrale importanza l'elemento della **"tecnicità"**.

Addirittura un **primo orientamento** giurisprudenziale, pur successivo alla ratifica della CBE, metteva in primo piano l'analisi di tale requisito rispetto alla disciplina delle esclusioni per determinare la brevettabilità.

Nelle "Linee guida per l'esame di domande di brevetto contenenti programmi per l'elaborazione dati" pubblicate dall'ufficio brevetti tedesco nel 1986, si legge infatti che *"le invenzioni sono ugualmente eleggibili per protezione brevettuale se includono un programma di elaborazione dati, una regola computazionale o organizzativa, altri aspetti software o processi di tipo programmatico"* enfatizzando *"che un prerequisito è comunque che le invenzioni siano di carattere tecnico"*, affermazione con cui si fa salva l'esclusione di programmi per elaboratori "in quanto tali".

Tale posizione è confermata e sviluppata nella sentenza "**Controllo di avvolgibile**" del 1989, dove si afferma: *"l'interazione tra il programma (software) con un'apparecchiatura di elaborazione dati (hardware) costituisce un insegnamento tecnico se, per risolvere un problema tecnico, l'elaboratore elettronico è controllato dal programma in maniera tale da ottenere un risultato tecnico. Questo effetto tecnico può essere causato come conseguenza immediata soltanto dal programma che controlla l'elaboratore elettronico. Tale interazione inseparabile tra il programma e l'elaboratore elettronico rappresenta l'impiego di forze naturali controllabili (caratteristico dell'invenzione)"*

La recente sentenza "**Dispositivo per analisi linguistica**" segna la tendenza della BGH (Corte suprema tedesca) a considerare la tecnicità addirittura un attributo intrinseco di un *"dispositivo quale un elaboratore elettronico convenzionale caricato con un programma specifico"*; le invenzioni attuate mediante elaboratore sarebbero così TUTTE potenzialmente abbracciate dalla tutela brevettuale; l'asse della decisione è solo spostato sull'analisi degli altri requisiti della brevettabilità, cioè novità e creatività.

Si può affermare che il requisito della tecnicità fosse diventato unica condizione per la brevettabilità e imponesse un'analisi valutativa dell'oggetto rivendicato senza preoccuparsi della sua eventuale appartenenza ad una categoria esclusa.

Si può riscontrare invece un'inversione di tendenza nel caso "**Ricerca per serie di caratteri scorretti**", in cui la Corte parla esplicitamente del divieto di brevettare programmi per computer come tali e riconduce il criterio di tecnicità dalle semplici considerazioni tecniche a un problema tecnico concreto per il quale il software rivendicato deve trovare una soluzione. Ciò significa che la corte non focalizza più l'attenzione esclusivamente sulla tecnicità dell'oggetto rivendicato ma fa riferimento anche alla lista delle esclusioni riducendo lievemente la

preminenza del requisito di carattere tecnico che aveva condotto a una visione troppo ampia della portata della legge sui brevetti in Germania.

Il BGH afferma, contrastando la sua precedente opinione (vedi “Dispositivo per analisi linguistica”), che un *“insegnamento non può essere brevettabile semplicemente perché la rivendicazione è diretta verso [...] un oggetto concreto (dispositivo, hardware).”*

La decisione della **Camera di ricorso dell’UEB** sul caso **Vicom** (*metodo ed apparecchio per una migliore elaborazione delle immagini digitali*) segna l’inizio dell’applicazione del concetto di “contributo tecnico” da parte della giurisprudenza a livello europeo come modo per valutare l’eleggibilità alla protezione brevettuale di invenzioni software rivendicate sotto forma di un computer appropriatamente programmato. Nel caso in questione si dimostrò che l’oggetto rivendicato era suscettibile di applicazione industriale, e che quindi forniva un contributo tecnico, ponendo in luce come *“un’invenzione brevettabile in conformità con i criteri convenzionali per la brevettabilità, non deve essere esclusa dalla protezione per il semplice fatto che nella sua implementazione vengono utilizzati dei moderni mezzi tecnici sotto forma di un programma per computer.”*

La sentenza di Vicom assume un’importanza fondamentale perché apre la strada ad una costante e continua evoluzione della giurisprudenza europea in senso favorevole alla brevettabilità delle invenzioni attuate tramite elaboratori elettronici dovuta alla sua analisi particolare dell’espressione *“come tali”* in congiunzione con il *“carattere tecnico”*.

La più recente (2000) sentenza di fondamentale valore e pesante incidenza sull’attuale orientamento giurisprudenziale europeo è **“Controlling Pension Benefits System”** (metodo, e dispositivo attuante il metodo, per amministrare mediante software un fondo pensioni stipulando delle assicurazioni sulla vita per i dipendenti). Considerando in primo luogo la rivendicazione del metodo, la camera di ricorso dell’UEB affermò che si trattava di un procedimento per attività commerciale, e quindi non invenzione, ai sensi del 52.1 CBE. Non mantenne però questa restrittiva linea interpretativa della CBE nell’analisi riguardo alla rivendicazione del dispositivo attuante il metodo annunciando che *“un dispositivo, che costituisce un’entità fisica oppure un prodotto concreto, rappresenta un’invenzione ai sensi dell’articolo 52(1) CBE, anche se è idoneo ad eseguire o promuovere un’attività economica.”* La categoria “dispositivo” non è infatti menzionata nelle esclusioni della CBE e quindi ricondurre l’attuazione di un metodo o di un procedimento, o di un programma per computer, pur escludibili “in quanto tali”, al funzionamento di tale entità, porta quasi automaticamente a

considerare l'oggetto invenzione potenzialmente (bisogna comunque verificarne novità e creatività) brevettabile.

La svolta segnata da questa sentenza, si esplica nel fatto che, mentre nelle precedenti decisioni giurisprudenziali non era mai stato attribuito un carattere tecnico ad un programma per computer per il mero fatto che il programma era destinato all'utilizzo in un apparecchio tecnico, un hardware convenzionale come un computer, ora invece *"tutti i programmi funzionanti su un elaboratore sono per definizione tecnici (perché un elaboratore è una macchina) e possono quindi essere considerati un "invenzione brevettabile."*

Cenni sulle differenze con le altre potenze occidentali

In **Giappone**, perché sia brevettabile, l'invenzione deve consistere in una concezione estremamente avanzata di nozioni tecniche fondate su una legge naturale.

Negli **Stati Uniti** è sufficiente che l'invenzione si collochi all'interno di una tecnologia e non è necessario un contributo tecnico. Il semplice fatto che l'invenzione utilizzi un elaboratore od un software la rende partecipe di una tecnologia se essa fornisce anche un *"risultato utile, concreto e tangibile"*. Il fatto che gli Stati Uniti non esigano che l'invenzione fornisca un contributo tecnico significa che le restrizioni sui brevetti di metodi commerciali e programmi per computer (a parte i requisiti della novità e dell'inventività) sono trascurabili. Ciò, unitamente alla leggerezza con cui l'USPTO concede brevetti (secondo alcuni esponenti del mondo giuridico e informatico la concessione di brevetti da parte dell'USPTO sarebbe ormai una mera formalità subordinata solo al corrispettivo da versare all'Ufficio) ha portato a casi come quello, noto, di **Amazon**, che riuscendo ad ottenere un brevetto su tecnologie addirittura già note come link e cookies legate al pagamento con carta di credito online (il *"one click buy"*), ha costretto l'azienda rivale Barnes & Nobles a ridimensionare notevolmente la sua attività.

Motivi e obiettivi della proposta di direttiva

La proposta (presentata nel Febbraio 2002 dalla Commissione con relatrice Arlene McCarthy) della direttiva "relativa alla brevettabilità delle invenzioni attuate per mezzo di elaboratori elettronici" si propone di:

- **armonizzare** le legislazioni nazionali in materia, rendendo trasparenti le condizioni di brevettabilità, evitando così mutamenti repentini della posizione giuridica, per regolamentare la pratica dell'UEB in modo tale da evitare che ad un medesimo oggetto brevettato dall'ufficio europeo fosse riconosciuta tutela in uno stato membro e non in un altro;
- **evitare** un'estensione della **brevettabilità** ai **programmi** per elaboratori "in quanto **tali**" (si parla infatti di invenzioni *attuate per mezzo di...*), per far sì che i brevetti di invenzioni attuate per mezzo di elaboratori elettronici abbiano nella Comunità un effetto positivo sull'innovazione e sulle imprese europee e non costituiscano un freno sleale alla concorrenza.
- creare **condizioni** economiche **concorrenziali paritarie** tra Europa, Stati Uniti e Giappone.

Brevettabilità delle *computer implemented inventions*, pareri favorevoli e contrari

In seguito all'iniziativa della Commissione Europea, si è sviluppato un acceso dibattito intorno all'opportunità di concedere o meno la brevettabilità alle invenzioni attuate per mezzo di elaboratori elettronici.

Argomenti a favore:

- La commissione europea afferma che l'accresciuta certezza giuridica circa la brevettabilità delle suddette invenzioni, dovrebbe indurre le PMI e gli sviluppatori individuali ad

utilizzare maggiormente i brevetti per tutelare le idee e i principi alla base delle invenzioni da loro attuate per mezzo di elaboratori elettronici contro l'appropriazione da parte delle grandi imprese; questo, meccanismo osservato negli USA, permetterebbe loro di divenire imprese di maggiori dimensioni grazie ai proventi delle concessioni di utilizzo derivanti dal brevetto. La Commissione basa questa opinione su uno studio da lei stessa richiesto all'Institute of Intellectual Property di Londra.

- **Velocizzazione della ricerca** di nuove tecnologie e nuove metodologie implementate attraverso il software; ciò sarebbe dovuto al rischio di potenziale violazione di un preesistente brevetto, con conseguenti oneri risarcitori o pagamento di royalties, che renderebbe preferibile e conveniente una ricerca radicalmente innovativa.

- **Incentivo** per nuove imprese **ad entrare** nel mercato e a realizzare nuove invenzioni, in vista dei possibili proventi derivanti dalla pratica brevettuale.

- La Comunità e gli Stati membri sono obbligati, dalla Convenzione **TRIPS** art 27 (o ADPIC, accordo sugli Aspetti dei Diritti di Proprietà Intellettuale relativi al Commercio) - approvata dal Consiglio nel '94 - a *concedere brevetti senza discriminazione quanto al campo di applicazione tecnologica*. TRIPS si applica quindi alle invenzioni effettuate con elaboratore elettronico

- Necessità di armonizzare le discipline nazionali tra loro e con la disciplina statunitense, per non distorcere il sistema concorrenziale.

Argomenti contrari:

- Il testo della direttiva (artt. 3 e 4) così come presentato dalla Commissione e adottato dal Consiglio giunge sillogisticamente ad affermare che il software è brevettabile anche in quanto tale, poiché il contributo tecnico, necessario a questo fine, si esplica con le funzionalità che tale programma sviluppa nell'elaboratore elettronico cui è destinato.

- Concedere la brevettabilità dei programmi per computer significa **disapplicare l'art 52**

della CBE che vieta espressamente tale pratica.

- Brevettare un software pone sotto tutela le porzioni di codice e quindi i **singoli algoritmi** che lo compongono; essi non hanno applicazione industriale specifica, in quanto svolgono le normali micro-operazioni necessarie alla maggior parte dei software applicativi. Questa forzata estensione della tutela brevettuale potrebbe dar vita a centinaia di cause di violazione di brevetti. La **ricerca di brevetti preesistenti** è molto **difficoltosa**, costosa e spesso infruttuosa; non vi è modo di prendere visione delle domande pendenti, che se accolte dall'ufficio brevetti avrebbero valore dal momento della richiesta. Le PMI, prive, nella maggior parte dei casi, dei fondi necessari sia per ottenere un brevetto, sia per individuare tutele brevettuali pregresse sulle loro invenzioni (o presunte tali), saranno costrette o ad uscire dal mercato informatico, o a vedersi relegate in nicchie di mercato, o ad accettare l'assorbimento da parte delle grandi software house (o il pagamento di pesanti royalties in favore di esse) che hanno i mezzi per brevettare il più e il prima possibile (anche idee altrui o tecnologie già note, non necessariamente inventate da loro come il famoso brevetto concesso negli USA sulla "progress bar") e che detenendo grandi portafogli di brevetti possono attuare cross-licensing, ottenere cioè brevetti allo scopo di attuare una politica di scambi con altre houses, o semplicemente per avere uno strumento di "battaglia legale" a scopo intimidatorio verso i potenziali "attaccanti".

- Il CESE (Comitato Economico Sociale Europeo) ritiene che l'entrata in vigore di una siffatta direttiva determinerebbe: un ostacolo all'innovazione e all'interoperabilità, un rischio di segmentazione di Internet con un aumento dei costi di accesso e la fine dello sviluppo dei cosiddetti software liberi.

- Il sistema brevettuale applicato al software non incentiva lo sviluppo: una ricerca del **MIT** dimostra che le società che possiedono il maggiore numero di brevetti sono anche quelle che investono meno in ricerca e sviluppo. I fondi vengono spostati dalla R&S a reclutamento e remunerazione dei migliori team di avvocati brevettisti. Inoltre la dettagliata descrizione dell'invenzione, resa pubblica dopo 20 anni non avrebbe nessuna utilità data la **rapidissima obsolescenza dei software**. Infine, la ridotta concorrenza dovuta all'accresciuto potere delle grandi software house comporterebbe un sempre più **lento sviluppo qualitativo** dei sistemi operativi dominanti il mercato.

- La pratica degli uffici brevetti (in particolar modo quello statunitense alle cui decisioni sembra destinata ad uniformarsi la disciplina europea) è caratterizzata da una decrescente qualità dell'analisi dei requisiti per la brevettabilità degli oggetti rivendicati: USPTO e UEB concederebbero, secondo i sostenitori di questa posizione, brevetti principalmente allo scopo di finanziarsi.

- L'accordo internazionale sugli ADPIC non comporta nessun obbligo per l'Europa a concedere la brevettabilità delle invenzioni attuate per mezzo di elaboratore elettronico, salvo rari casi in cui esse sono interconnesse con altre invenzioni (ad es sistemi computerizzati di frenata, controllori trazione e rotazione in una automobile); anche gli ADPIC, ad un'attenta lettura, fanno salva la non brevettabilità del software in quanto tale, poiché anche l'art 27 parla di applicazione industriale, e i singoli algoritmi, le porzioni di codice, non hanno una applicazione industriale, ma sono indispensabili a tutti i software in tutti gli ambiti, anche non industriali.
- Concedere tale ampia brevettabilità ai software, imitando il modello americano, è azione fortemente contraria agli interessi dell'Unione Europea; tale azione viola i principi della "**governance**" espressi nel "*Libro Bianco*" della Commissione Europea nel 2001, e i presupposti stessi dell'istituzione dell'Unione, secondo i quali l'Europa Unita deve tutelare gli interessi dei propri cittadini e dei propri Stati membri. Il contenuto normativo della direttiva, non è espressione delle esigenze economiche e politiche interne all'Unione, ma è frutto delle pressioni diplomatiche degli USA, dove vige un sistema di brevettabilità pressoché indiscriminata, grazie al quale le software house americane detengono ora migliaia di brevetti su software di ogni tipo. Se la tutela di questi brevetti fosse riconosciuta anche in Europa, le imprese europee si troverebbero in una posizione di grande svantaggio rispetto a quelle d'oltreoceano, che vanterebbero un potere contrattuale molto maggiore.
- Concedere la brevettabilità al software in Europa, in questo momento, segna una scelta errata dal punto di vista della storia dell'uso dell'istituto del brevetto. Infatti, secondo una teoria economica, prima di concedere tutela brevettuale su un determinato ambito di oggetti, conviene attendere che, nel proprio paese, vi sia una produzione di tali oggetti quantitativamente e qualitativamente competitiva con i paesi in cui già esiste una tutela brevettuale di quel tipo; fino al raggiungimento di quel livello, è conveniente poter "copiare" idee già brevettate negli altri paesi, per sviluppare internamente quel settore economico. L'avv. N.W. Palmieri, convinto contestatore della direttiva della Commissione, scrive su Interlex: "*nella metà del diciannovesimo secolo, la Germania esclude inizialmente i prodotti chimici da brevettabilità, e lo fece per non inibire l'industria chimica nascente tedesca dal copiare le invenzioni francesi e inglesi. Quando l'industria chimica tedesca passò al dominio dei mercati chimici, la Germania cambiò la sua legge e ammise la brevettabilità dei prodotti chimici[...]per evitare che altri facessero a lei quello che lei aveva fatto agli altri*". L'Europa, in cui il settore informatico è molto meno sviluppato che negli USA, "*non ha ragione di favorire gli inventori di software americani, finché l'Europa non avrà una sostanza di software almeno pari a quella dell'America. Anzi, avrebbe tutto l'interesse a lasciare che gli americani copino le poche invenzioni di software europee, e che gli europei copino le molte invenzioni di software americane*". Solo in un regime di parità, il sistema brevettuale garantirebbe (almeno in potenza) condizioni effettivamente paritarie di concorrenza.

Il controverso iter della direttiva - Peso politico della questione “Brevettabilità del software”

La questione “brevettabilità del software” rischia di avere effetti (negativi) non solo sul mondo dell’informatica, dell’informazione, dell’economia, ma anche sulla credibilità delle istituzioni Europee e sulla fiducia dei cittadini europei verso di esse.

Si legge su un quotidiano on line: *“La brevettabilità del software è ormai divenuto un caso ben più importante dei problemi del software, anche perché (per come è stato gestito) certamente **distrugge in molti una qualsiasi fiducia nelle istituzioni** europee e rischia di trasformarsi in un dramma collettivo”* (da Punto Informatico: “Brevetti – Gabbato l’Europarlamento?”)

La primigenia proposta di direttiva del 2002, anche in seguito ai pareri contrari della maggioranza del mondo accademico, del governo francese, di personalità politiche di ogni schieramento, della Commissione tedesca dei monopoli, del Comitato delle Regioni e, naturalmente, di EuroLinux e della *Foundation for a Free Information Infrastructure* (FFII), oltre che della Free Software Foundation, era stata significativamente **modificata dal parlamento** nel 2003 , con una serie di emendamenti, che insistevano, inter alia, sulla non-brevettabilità del software in quanto tale.

Appena successivamente, una **comunicazione degli USA** avvertiva il parlamento europeo che il testo così modificato violava l’art 27 TRIPS.

Nel maggio 2004, in prossimità delle nuove elezioni del parlamento europeo, il Consiglio (sotto presidenza irlandese) approvò la direttiva nel **testo originale**, senza emendamenti, suscitando le **proteste unanimi** di diversi gruppi politici (anche, e questo è significativo, di ideologie politiche contrastanti) componenti il parlamento che parlarono di *“mancanza di rispetto della democrazia in Europa”*.

Questo è solo un esempio delle pressioni diplomatiche che gli USA esercitano sull’Europa, in favore della brevettabilità dei software; pressioni generate dagli interessi della Business Software Alliance (associazione che cura gli interessi delle più importanti software house mondiali), più che da una sincera brama statunitense di armonizzazione legislativa mondiale.

Le istituzioni europee, però, invece di essere unite nell'intento di disciplinare la materia nei modi e tempi più confacenti alle esigenze dell'Europa, resistendo a influssi per forza di cose tutt'altro che disinteressati, sembrano prestare molta più attenzione del dovuto a questi interessi esterni, in nome dei quali appaiono disposte a **minare** la loro **integrità interna**, a **perdere credibilità** di fronte ai propri parlamentari, ai governi nazionali, ai cittadini e ad **ignorare** le opinioni di un organo importante e rappresentativo come il **Parlamento** Europeo. Questo è ciò che si percepisce leggendo di come il Consiglio abbia in ogni modo cercato di ignorare tutte le opposizioni alla direttiva, adducendo motivazioni di "diritto internazionale" come l'adempimento del trattato TRIPS e di funzionamento interno ("*non si vuole permettere ad una prassi ostruzionistica del parlamento nei confronti del Consiglio di prendere piede*") insoddisfacenti e poco convincenti. A questo punto sembra più plausibile la notizia di un'agenzia stampa, secondo la quale Gates avrebbe minacciato pesanti disinvestimenti in Europa in caso di blocco della direttiva sulla brevettabilità software...

Nel **luglio 2004** la nuova presidenza olandese confermò l'intenzione di passare velocemente la direttiva nel testo originale del 2002; perché però la direttiva passasse senza obbligo di nuova votazione (in gergo *Punto A*) era necessaria una maggioranza qualificata, che venne a mancare grazie al voto della Polonia (novembre 2004) che chiese di passarla come *punto B*, cioè da sottoporsi a discussione e votazione.

Il Consiglio d'Europa, invece di valutare le motivazioni alla base dell'istanza della Polonia (sostenuta dal suo governo e dalla propria industria), decise di non tenerne conto a causa dell'insussistenza di alcuni requisiti procedurali per la validità del voto polacco; annunciò così che avrebbe inserito la direttiva come "Punto A" nell'ultima riunione del Consiglio fissata per Dicembre, tra l'altro, dedicata alla "pesca"(!).

Grazie però all'opposizione personale del ministro polacco Marcinko la direttiva fu bloccata sia a Dicembre 2004 che a Gennaio 2005.

La direttiva, con le dovute pressioni diplomatiche sulla Polonia, sarebbe dovuta passare a Febbraio, ma la conferenza dei presidenti di gruppo del Parlamento europeo adottò la risoluzione del comitato legislativo (JURI) del Parlamento, il quale aveva votato, pressoché all'unanimità, di rimandare a capo tutto il processo, di **azzerare l'iter** della direttiva per una più ampia e ragionata discussione su un argomento tanto delicato.

La Direzione generale del Mercato interno, struttura della Commissione responsabile per la Direttiva sui brevetti software, **non** ha però **accolto** tale **richiesta** e l'8 marzo 2005 il Consiglio ha così adottato la direttiva, nonostante il voto contrario di Spagna, Danimarca, Polonia e

Portogallo, l'astensione dell'Italia, le due pronunce in senso contrario del Parlamento e nonostante l'opinione contraria della maggior parte delle PMI, dei più alti esponenti del mondo open-source e free-software, del mondo accademico e di molte personalità politiche nazionali (tra cui il nostro ministro Stanca: *"Una direttiva contraria non solo agli interessi tipici italiani e delle piccole e medie imprese del settore informatico [...] crediamo che più si consente il ricorso al brevetto nel software e più si limita il suo sviluppo"*). Probabilmente questi "particolari atti procedurali" posti in essere dal Consiglio hanno importanti motivazioni istituzionali e politiche, frutto di scelte pesanti, difficili e comprensibili solo agli intranei, ai più direttamente coinvolti; agli "estranei", ai cittadini, ai consumatori, agli utenti, non resta che sperare che l'Unione Europea persegua veramente i **"suoi valori e interessi nelle relazioni con il resto del mondo"** come si legge nella **Costituzione Europea sottoscritta il 29 Ottobre 2004**.

Copyright © 2020 - Riproduzione riservata Commercialista Telematico s.r.l

