

ROBERTO PARDOLESI • CINZIA MOTTI

« L'IDEA È MIA! »: LUSINGHE E MISFATTI DELL'ECONOMICS OF INFORMATION

SOMMARIO 1. Informazione e nuove forme di ricchezza. — 2. Domanda, offerta e mercato dell'informazione. — 3. Le vicende dell'« insider trading ». — 4. Scarsità e valore riferiti all'informazione. — 5. Le notizie e l'esclusiva su di esse. — 6. Le informazioni commerciali e i suoi costi di produzione. — 7. Autoprotezione, obsolescenza e autodistruzione dell'informazione. — 8. Il caso dei programmi per elaboratore. — 9. La protezione delle banche di dati. — 10. Conclusioni.

1. INFORMAZIONE E NUOVE FORME DI RICCHEZZA.

Nell'ambito di una riflessione sulle *new properties*, è lecito assumere che l'informazione rivendichi, sia pure confusamente, un ruolo tutt'altro che marginale. Senza troppo forzare la mano, possiamo addirittura prefigurare un'ipotesi di lavoro, che — facendo leva su un diffuso sentire, talora supportato da precise prese di posizione — collochi l'informazione a pieno titolo fra le nuove e più promettenti forme di ricchezza, postulandone la natura di bene (in senso giuridico) e prospettando la relativa, delicata, dinamica di appropriazione.

Proposito degli appunti che seguono è quello di vagliare la « tenuta » di una siffatta impostazione nella prospettiva dell'analisi economica del diritto (che, per quanto attiene a questa materia, può far tesoro di una sofisticata elaborazione, tenuta a battesimo da pagine famose di George STIGLER e arricchitasi, per strada, di contributi di grande incisività; c'è, tuttavia, chi, dall'interno, nutre riserve sulla loro costruttività e non esita a replicare, polemicamente, che « economists know almost nothing about the effect on social welfare of the patent system or of other systems of intellectual property »: è la voce, che non potrebbe comunque esser passata sotto silenzio, di George PRIEST, *What Economists Can Tell Lawyers About Intellectual Pro-*

* Il presente scritto rielabora e aggiorna la relazione presentata al convegno « L'informazione come bene » organizzato dal Centro

di iniziativa giuridica Piero Calamandrei e svoltosi a S. Margherita Ligure i giorni 6 e 7 ottobre 1989.

perty, in *The Economics of Patents and Copyrights*, a cura di I. PALMER and R. ZERBE, 1986, 19, 21). Si avrà, così, modo di verificare come l'ipotesi di lavoro testé delineata abbia un'astratta validità, che deve, però, misurarsi con difficoltà pratiche, scoscese quanto basta perché appaia miglior partito ripiegare su proposizioni assai più dimesse ed in linea con le coordinate giuridiche ortodosse: salvo, in sede di conclusione, interrogarsi sull'idoneità del bagaglio giuridico tradizionale — in particolare, dello strumento costituito dalla disciplina del diritto d'autore, ed affini — a governare le molte sollecitazioni innescate dall'ascesa rampante delle nuove tecnologie informatiche.

2. DOMANDA, OFFERTA E MERCATO DELL'INFORMAZIONE.

L'economista non ha riserve a reificare l'informazione a mo' di *commodity*, a condizione, però, di riconoscerle caratteristiche affatto peculiari. Consideriamole più da presso.

Sul versante della domanda, occorre richiamare l'attenzione sull'incertezza che affligge la condotta dei consumatori, ai quali riesce alquanto difficile determinare l'utilità dell'informazione « al buio ». In altre parole: non si sa quanto vale, e lo si apprende solo dopo aver pagato. Guai, d'altro canto, a comunicarla in anticipo, affinché il potenziale destinatario/acquirente possa apprezzarla compiutamente: l'affare rischia seriamente di sfumare, per l'ovvia spinta a comportamenti opportunistici. Il primo nodo si risolve, dunque, in un circolo vizioso, simile a quello che connota ogni *transaction* pensata nel vuoto di diritto (chi non ricorda la graffiante descrizione del momento in cui il denaro trapassa da una mano all'altra, senza esser più dell'un paciscente e non ancora acquisito a controparte, momento magico in cui si raccomanda l'intervento, magari rapinoso, del giurista...?), ma reso più intrigante dall'estrema facilità di appropriazione, in punto di fatto, del bene in questione. Inoltre, come ci ricordano i depositari del sapere informatico, il valore dell'informazione è correlato alla sua diffusione: varia, cioè, da un massimo ad un minimo secondo che sia trasferita ad un solo soggetto o ad una pluralità di persone (concorrenti). Tutto ovvio in linea teorica, quanto sfuggente sul piano pratico del monitoraggio: per l'acquirente è difficile accertare l'ambito di diffusione, quella già intervenuta e quella che potrebbe seguire, non foss'altro perché la vendita non « spoglia » l'alienante del bene (a meno di non estirpargli il cervello).

Queste osservazioni, pur superficiali, sono sufficienti a suffragare una morale spicciola, quanto condizionante: vale a dire, che le transazioni in materia di informazione sono assai problematiche.

Del resto, le difficoltà sul versante dell'offerta non sono meno formidabili. Riesce estremamente arduo, a chi ha prodotto informa-

zione con investimento di risorse, catturare il suo valore mercé alienazione. Nel momento stesso della vendita, l'acquirente diventa potenziale concorrente in qualità di « produttore secondario », dati i bassi costi di trasmissione (caratteristica, questa, esacerbata dagli straordinari progressi tecnici sortiti in ambito riproduttivo: v., per una ricognizione ad un tempo vibrante e suggestiva, R.P. ADELSTEIN e S.I. PERETZ, *The Competition of Technologies in Market for Ideas: Copyright and Fair Use in Evolutionary Perspective*, 5 *Int'l Rev. L. & Econ.* 209 (1985)). La conseguenza è allarmante: i consumatori sono fortemente allettati dalla tentazione di diventare *free riders*, propensi a non pagare nulla più dei ridottissimi oneri di trasmissione. A chi obietti che il salto è troppo lungo verrebbe fatto di replicare, non senza malizia, con la provocazione evangelica della prima pietra: la scagli, dunque, chi non ha mai duplicato disinvoltamente un supporto magnetico, dischetto, nastro o videotape che fosse...

Per tagliar corto. All'informazione vanno ascritti i due fondamentali attributi di quelli che gli economisti sogliono chiamare *public goods* (ma, avverte M.C. SUCHMAN, *Invention and Ritual: Notes on the Interrelation of Magic and Intellectual Property*, 89 *Colum. L. Rev.* 1264, 1267 ss. (1989)): per essa, non diversamente da quanto accade per gli esempi da manuale (faro, giardini, difesa, e via dicendo), non sussiste rivalità a livello di consumo, poiché è concepibile un numero illimitato di fruitori senza che nessuno abbia a dolersi dell'uso degli altri, e risultano estremamente elevati, dal punto di vista del fornitore, i costi necessari per escludere dal godimento i beneficiari che non paghino. Tali attributi, che si è soliti sussumere nell'idea di « inappropriabilità », innescano, di regola, una *market failure*. Quanto dire che i produttori eviteranno di spingere l'*output* sino al punto ottimale, quello in cui il costo sociale marginale (a loro carico) eguaglia il beneficio sociale marginale, ripartito in buona parte fra terzi. Insomma, si va all'abbondanza di esternalità positive, i vagheggiati (o aborriti) *spillovers*, destinata a tradursi in sottoproduzione reale.

Questa, *per summa capita*, la teoria convenzionalmente ricevuta. Occorrerebbe, naturalmente, precisare ch'essa non va presa in termini assolutizzanti; che, per dirla con J. HIRSCHLEIFER, *The Private and Social Value of Information and the Reward to Innovation Activity*, 61 *Am. Econ. Rev.* 561 (1971), sono date possibilità alternative, meno dirette della vendita, per sfruttare l'informazione (chi abbia la ventura di metter insieme un sistema infallibile per vincere alla roulette potrebbe trarne profitto bazzicando per tavoli verdi); e, ancora (il monito viene, tra gli altri, da R.A. POSNER, *The Social Cost of Monopoly and Regulation*, 83 *J. Pol. Econ.* 807 (1975); ma v. R.S. EISENBERG, *Patents and the Progress of Science: Exclusive Rights and Experimental Use*, 56 *U. Chi. L. Rev.* 1017, 1063 (1989)), che si profila il pericolo opposto di sovrapproduzione da sforzi duplicativi — basti pensare alle ricerche per trovare una cura per l'AIDS

—, sovrapproduzione che potrebbe essere arginata soltanto mettendo mano ad una tassonomia dell'informazione, allo stato inesistente. Ma, anche tenendo conto di siffatte puntualizzazioni, è sensato ritenere che l'ipotesi della sottoproduzione tenga normalmente banco, al punto da propiziare una ricetta, a base di strategie alternative, anch'essa consegnata al folklore della materia. Eccola:

- rimettere alla mano pubblica la produzione d'informazione;
- assicurare sussidi, con fondi pubblici, a chi produca informazione;
- concedergli speciali diritti (di monopolio).

Di fatto, queste tre traiettorie vengono, sotto ogni cielo o quasi, perseguite di conserva. A noi, comunque, interessa la terza (anche se la logica d'incentivazione che la trascorre non è unanimemente condivisa: cfr., ad es., W.J. GORDON, *An Inquiry into the Merits of Copyrights: The Challenges of Consistency, Consent, and Encouragement Theory*, 41 *Stan. L. Rev.* 1343, 1435 ss. (1989)). In particolare, ci preme verificare se essa si presti ad esser generalizzata; se, in altre parole, sia concepibile, e praticabile, un sistema che dispensa diritti di monopolio a chi crei ed elabori qualunque aggregazione di dati; se, in ultima analisi, l'informazione possa ragionevolmente aspirare al ruolo di laboratorio, o addirittura terra promessa, per la categoria economicistica dei *property rights* (che, schematizzando, s'articola intorno al solo *ius excludendi* e vanta, quindi, un compasso assai più allargato della categoria giuridica dominicale).

3. LE VICENDE DELL'« INSIDER TRADING ».

La risposta positiva è men che implausibile. Non soltanto perché la difende, anzi la propaganda, da anni, uno studioso di valore quale Pierre CATALA (*Ebauche d'une théorie juridique de l'information*, in *Informatica e diritto*, 1983, 15; *La protection juridique des productions immatérielles*, in *L'appropriation de l'information*, Paris, 1986, 84 ss.), ma anche perché si candida come provocazione per la rilettura di problemi che, sugli altri versanti, ancor oggi riesce difficile governare. L'esempio più notevole è costituito, nemmeno a dirlo, dalla spinosa — e, per tanti versi, irrisolta — questione dell'*insider trading*, che, almeno a detta di Richard MORGAN, *Insider Trading and the Infringement of Property Rights*, 48 *Ohio St. L.J.* 79 (1987), potrebbe trovare, nella direzione che si è appena prospettata, una composizione soddisfacente.

Vediamo, sia pure fuggacemente, perché. Proviamo, cioè, ad immaginare che l'informazione, ogni informazione, sia un *asset*, con tanto di titolarità in capo a chi la crea, possibilità di trasferimento a terzi ed ovvio, connesso profitto per chi provvede all'alienazione, almeno sin tanto che l'informazione stessa rimane ignota. Nel caso di società, la creazione « fisica » dell'informazione passa, *ça va*

sans dire, attraverso persone fisiche, ma la titolarità pertiene, nondimeno, alla persona giuridica, che sola può decidere se divulgarla, « soffiarla » o tenerla riservata, in vista dei « best interests of the corporation », cui s'ispira il *fiduciary duty* a base della funzione manageriale.

Se accettiamo un siffatto complesso di premesse, le conseguenze sono obbligate, e tutte in sintonia con l'ottimismo à la Henry Manne. L'*enforcement*, rimesso al titolare (quindi, alla società), garantisce l'incentivo a produrre informazione; il mercato vien fatto muovere nella direzione corretta; si salvaguarda la possibilità di usare l'*insider trading* come forma impropria di retribuzione; si elide (in senso affatto contrario a quello che connota l'« Insider Trading and Securities Fraud Act » del 1988, con cui si è esteso il diritto di azione a chiunque agisca contemporaneamente sul mercato nella stessa classe di *securities*, spianando gli argini che erano stati elevati dall'ormai celeberrimo caso *Chiarella*) il falso problema della tutela degli investitori in generale, che non hanno ragione di lagnarsi perché: 1) stante la regola normalmente ricevuta (« disclose or refrain ») e la possibilità di osservarla attenendosi ad un comportamento soltanto astensivo, i partecipanti al mercato non possono dirsi danneggiati dall'*insider*, perché avrebbero operato anche se questi avesse rispettato la regola astenendosi da ogni transazione; 2) gli investitori *at large* sono favoriti dall'attività dell'*insider*, dacché se questi compra, i prezzi tendono a salire, consentendo al venditore di spuntare margini migliori, e viceversa.

L'approccio è certamente stimolante; né ci sembra valga a metterlo irreversibilmente in crisi il complesso di riserve, di ordine pragmatico, delineato da A. BARTALENA, *L'abuso di informazioni privilegiate*, Milano, 1989, 15 ss., non foss'altro perché puntano nella direzione di una probabile inadeguatezza dell'armamentario giuridico esistente, senza intaccare il nitore della sottesa ipotesi teorica (e condividendone, anzi, la conclusione più significativa circa l'opportunità di circoscrivere la tutela alla società — secondo i casi, emittente i titoli o offerente — cui l'*insider* è contrattualmente legato). Semmai, occorre guardarsi da eccessi di sicurezza, magari ricordando come tale impostazione finisca col porsi in rotta di collisione con quella, non meno stimolante ma di diverso orientamento, divisata da Anthony KRONMANN, *Errore e informazione nell'analisi economica del diritto contrattuale*, in AA.VV., *Interpretazione giuridica e analisi economica*, Milano, 1982, 332. A conferma, se ve n'era bisogno, di quanto resti da fare nella nostra materia.

4. SCARSITÀ E VALORE RIFERITI ALL'INFORMAZIONE.

Dopo questa divagazione (intesa a mostrare quali prospettive si possano schiudere, ma scopertamente preoccupata di non lasciarsi irretire nel dettaglio di una problematica specifica), conviene passare alla ricostruzione in positivo, prendendo provvisoriamente per buona la direttiva — abbozzata da Edmund KITCH, *The Law and Economics of Rights in Valuable Information*, 9, *J. Legal Stud.* 683, 709 (1980) — secondo cui, in linea teorica, « i sistemi di proprietà industriale dovrebbero essere estesi al di là degli àmbiti limitati del brevetto e del *copyright* per abbracciare ogni informazione... ». La sfida sta proprio qui, nel chiedersi se l'esistente giuridico non risulti, già per il fatto di non riuscire a governare in termini corretti l'informazione, sottodimensionato e bisognoso di esser arricchito, anche a costo d'infrangere sclerotiche simmetrie, con l'introduzione di nuove forme e tecniche di tutela.

Senonché, non appena si entri in quest'ordine di idee (che, sia detto per inciso, presuppone un concetto d'informazione dai confini estremamente vaghi, sino a ricomprendere — per prendere a prestito il gergo informatico — qualunque sommatoria elaborata di elementi semplici), ci s'imbatte in difficoltà enormi, a dispetto della banalità degli esempi che saranno impiegati a mo' d'illustrazione.

Possono darsi circostanze in cui l'informazione è preziosa senza essere scarsa. Non v'è nulla di magico (se non una punta di cortesia, auspicabilmente routinaria), nel rispondere a chi ti chiede l'ora e dove sia ubicata la stazione. Ma neppure occorre troppa fantasia per rendersi conto di quanto siano importanti queste notizie per chi rischi di perdere l'ultimo treno della notte. In siffatte circostanze, comunque, il costo per produrre l'informazione è irrilevante, perché essa è normale *by-product* di altre attività. Impossibile, dunque, disegnare una curva dell'offerta ed organizzare un mercato.

Alla stessa conclusione, con qualche variante argomentativa, potremmo approdare per un tipo d'informazione più organizzata (si pensi all'orario ferroviario, o all'elenco telefonico), che tende ad essere disseminata con la massima larghezza — sino a farne *res communis omnium* — al fine di propiziare l'attività che vi è sottesa. Date le premesse, infatti, l'appropriazione è esclusa *in thesi*. Si obietterà, a ragione, che il discorso cambia sol che si consideri, tanto per intenderci, l'acquisto dell'orario ferroviario. A veder bene, però, la differenza consiste nel fatto che qui viene in emersione il profilo del servizio, che sposta radicalmente l'angolo di osservazione ed apre un nuovo fronte, interessante, sì, ma estraneo alla nostra riflessione.

In alternativa, l'informazione può rivelarsi scarsa senza risultare preziosa. L'esempio non sarà meno corrico del solito, ma questa volta ci rimbalza dalle pagine di un autore celebre e celebrato quale Richard POSNER, *Free Speech in an Economic Perspective*, 20 *Suffolk U.L. Rev.* 1, 12 (1980): « If I tell you that tomorrow I'm going for a walk... ». A tutto concedere, l'informazione ha un valore limi-

tato (ancorché non negativo), perché circoscritta è l'*audience*, effettiva e potenziale. In altre parole, anche qui viene a mancare un mercato di cui valga la pena di occuparsi.

C'è spazio anche per una sottopotesi: informazione scarsa e, in assoluto, non preziosa, ma resa tale dalla creazione artificiosa di un mercato *ad hoc*. È presumibile che, di norma, non si spasimi più di tanto per conoscere il numero esatto di lenticchie contenute in una giara. Ma se questo è il meccanismo su cui si articola un giuoco televisivo che per mesi ingorga le linee interurbane, questa informazione diviene oggetto di brame. Resta il fatto che l'intera situazione è caricata ad arte di valenze che, altrimenti, le sarebbero estranee. Inutile darsene carico.

Sin qui, dunque, il problema svapora pregiudizialmente. E bisogna volgersi all'informazione il cui valore si realizza mercé propalazione allargata, quella che si veicola, commercializza e monetizza nel segno dei *mass media*.

5. LE NOTIZIE E L'ESCLUSIVA SU DI ESSE.

Su questo versante, a dispetto di chi lamenta lo *stress* da esubero d'informazione (salvo, poi, correggere il tiro e lasciar intendere come il vero punto dolente sia quello qualitativo, che rischia di tradursi in disinformazione), il problema della sottoproduzione è acuto, vuoi perché i concorrenti possono copiare in tempi ormai rapidissimi, vuoi perché la domanda privata è inevitabilmente più debole di quella sociale.

La soluzione consistente nella creazione di estemporanei « property rights in news » fu delineata in *International News Serv. Co. v. Associated Press*, 248 U.S. 215, 236 (1918) (la prima società, che faceva capo al disinvolto nonno di Patricia Hearst, piratava selvaggiamente le notizie assemblate dalla seconda). Ma di questa causa famosa tutti ricordano la *dissenting opinion* di HOLMES (e forse quella di BRANDEIS), mentre sembra essersi persa la memoria storica della decisione di maggioranza, stesa da PEETNEY. Non a caso, perché la traccia di HOLMES è transitata di peso nell'art. 101 l. autore; l'altra, invece, si è sgretolata per via. La ragione di una così diversa fortuna può darsi discenda, in parte, dall'odiosità di un diritto esclusivo, e correlati comportamenti, in un'area che, presidiata dalla garanzia dell'art. 21 Cost., esige la tendenziale elisione di qualsivoglia ostacolo alla libera circolazione delle idee; in parte, dal timore che, per questa via, si elevi a dismisura il costo per produrre l'informazione, a causa delle onerose ricerche necessarie per accertare se altri (chissà dove e quando) l'abbia creata autonomamente in precedenza, sino a lasciar intravedere il paradosso di misure di rafforzamento della protezione che, lungi dal propiziare un aumento dell'*output*, si risolvono in una sua brusca contrazione (la riflessione più inquietante, al riguardo, è quella svolta recentemente da W.M. LANDES e

R.A. POSNER, *An Economic Analysis of Copyright Law*, 18 *J. Legal Stud.* 325 (1989).

Non sorprende allora — o, quanto meno, non appare neppure troppo maliziosa l'idea — che la correzione degli inconvenienti sia stata ricercata altrove. Segnatamente, nell'esternalizzazione (se si preferisce, proiezione all'esterno) di taluni costi di produzione, attuata per il tramite di una ridotta tutela per chi subisca pregiudizio a livello di diffamazione, falsa luce agli occhi del pubblico (ovvero: identità personale), *privacy* in senso stretto. Se Sidis, ex bambino prodigio ritiratosi in scontrosa mediocrità, non poté difendersi dallo *scoop* con cui il « New Yorker » lo portò alla ribalta dopo anni di silenzio, la ragione potrebbe risiedere nel disegno di permettere a giornali e dintorni di riequilibrare la situazione lasciando taluni danni « là dove cadono ». Non che questo *trade-off* sia davvero appagante. Per rispondere all'interrogativo « perché il diritto non ha riconosciuto un *property right* sulla notizia? » (R.A. POSNER, *Economics of Justice*, Cambridge, Mass., London, 1981, 263), bisognerebbe tener conto da un lato degli *spillovers* positivi a fronte di costi egualmente proiettati all'esterno, dall'altro dei vantaggi ed oneri connessi ad un sistema di *property rights*. Operazione, questa, di enorme complessità e risultati incerti, mentre, si sa, i Sidis muoiono presto, e senza far troppo rumore.

6. LE INFORMAZIONI COMMERCIALI E I SUOI COSTI DI PRODUZIONE.

Per salti regressivi, in obbedienza — se volete — ad un'impostazione assai più tradizionale, il cerchio si stringe intorno ad un concetto meno olistico di informazione, ossia alle sole informazioni monetizzabili o, come suol dirsi, alle « informazioni commerciali ». La domanda iniziale può allora essere riformulata nel senso di chiedersi se valga la pena, per le informazioni di tale sorta, estendere la tutela oltre i confini già garantiti dal brevetto per invenzioni industriali e dintorni, dal diritto di autore (o *copyright*, secondo la versione di *common law*) e dal *trade secret* (che, come ognuno sa, non rappresenta un *property right* in senso stretto, ma può fungere da surrogato). Senonché, in un sistema siffatto diventa difficile immaginare persino come definire i *property rights*. « Si supponga », ancora una volta nella scia di KITCH, cit., 709, « che un'impresa intuisca che la fornitura di *hamburger fast food* sia un mercato assai proficuo. Si supponga inoltre (ma siamo davvero nell'improbabile) che sia la sola impresa ad aver raggiunto tale conclusione. Le va riconosciuto un diritto esclusivo a sfruttare ogni futura espansione del mercato del *fast food*? Per quanto tempo? ». Insomma, come determinare ambito e misura della violazione? Già a fronte di questa raffica d'interrogativi, vien fatto di gettare la spugna. Ma c'è dell'altro.

Il secondo assunto di Kitch nasconde un *trick* quanto mai intrigante, perché dà per scontata la soluzione di un problema che altri (LANDES e POSNER, cit.) ha considerato pressoché insolubile: come risalire all'origine dell'idea? Come accertarsi che altri non abbia avuto la stessa folgorazione? Come assegnare la titolarità? La verità è che, se ci lasciassimo tentare da questo tipo di impostazione (imbrigliata, nell'ambito del diritto d'autore, dalla dicotomia forma/contenuto, in forza della quale si protegge la prima, ma non il secondo), arriveremmo al paradosso devastante di una crescita esponenziale dei costi di produzione dell'informazione. Un esubero di protezione, evidentemente, favorisce il primo produttore di informazione, ma eleva enormemente i costi del produttore successivo. Risulterebbe incoraggiata la ricerca di posizioni di rendita, con tanto d'incentivazione alla corsa selvaggia a « lanciare » idee e chiederne la registrazione (ammesso che si riesca a trovare uno strumento di registrazione a fini di protezione). Dovremmo misurarci con costi amministrativi, specie giudiziari (come definire l'idea, riconoscerne i confini, stabilire in quale misura si sovrappone all'idea di altri? e via di questo passo), assolutamente intollerabile. Alle corte: il sistema si rivelerebbe ingestibile.

7. AUTOPROTEZIONE, OBSOLESCENZA E AUTODISTRUZIONE DELL'INFORMAZIONE.

Nondimeno, è un fatto che a Silicon Valley non ci sono i reticolati. La California, lo stato dove si compendia presumibilmente il massimo precipitato di ricerca ed applicazioni *high tech*, nega esecuzione coattiva ai patti di limitazione della concorrenza in capo al prestatore di lavoro per il periodo successivo alla cessazione del rapporto. Eppure, è risaputo che la trasmigrazione dei lavoratori rappresenta l'ipotesi tipica di traslazione (non sempre autorizzata) di idee, di *human capital*. A meno di non volersi abbandonare al gusto dell'irrazionale, questi dati non si prestano ad esser liquidati come l'ennesima stranezza americana, e californiana in particolare. Occorre prima cercare una spiegazione logica; e non è escluso che, per trovarla, non sia neppure necessario scavare lontano.

L'informazione è — più di quanto siamo solitamente propensi a credere — *self protecting*, sa difendersi da sé. Ne è ben conscio il relatore che, arrivato a metà della sua conferenza, deriva, dagli occhi estenuati, o semplicemente sperduti del pubblico, la frustrante certezza di non essere riuscito a trasmettere il suo messaggio. Lo ha sperimentato tante volte il professore universitario che, alla fine del corso, non ritrova, nei suoi pur volenterosi esaminandi, l'unica idea che si era affaticato ad instillare. Eppure, quelle cennate sono ipotesi tipiche in cui viene compiuto uno sforzo mirato proprio all'obiettivo di propagare conoscenza; figuriamoci cosa succede quante volte l'informazione è conoscibile solo in veste disaggregata e disorganica, e può esser carpita soltanto in questa forma brutta!

Secondo rilievo. Di norma, non vi è alcun interesse a sottrarre informazione a causa del suo livello di obsolescenza, della sua rapida e (quasi) ineluttabile deperibilità. Si comprende, allora, perché è difficile organizzare il mercato delle « informazioni rubate »: come garantire l'acquirente che l'informazione carpita è ancora « buona »?

Terzo: il valore dell'informazione si autodistrugge, in virtù della competizione fra originatore e incauto acquirente. Questo problema, ben noto agli economisti, va sotto il nome di interdipendenza dei comportamenti, ed è stato studiato in particolare rispetto alle situazioni di oligopolio. Nel nostro caso gli interessati finirebbero con il *pitting away*, cioè con l'elidere attraverso la reciproca concorrenza, il vantaggio competitivo derivante dal possesso dell'informazione; posto che entrambi ne sono consapevoli fin dall'inizio, viene a mancare l'interesse a procacciarsi (mercé pratiche più o meno rischiose, ma comunque costose) i segreti dell'altro.

Tirando le somme, ci si avvede che il quadro di riferimento fin qui adottato, il *mainframe* dei *property rights*, mal si attaglia alle unità commerciali in concorrenza. Con ogni probabilità, altre istituzioni, segnatamente le organizzazioni aziendali ed il mercato, si incaricano di fornire una cornice di riferimento più promettente a chi voglia comprendere i modi in cui la concorrenza produce e trasmette informazioni.

8. IL CASO DEI PROGRAMMI PER ELABORATORE.

L'ipotesi da cui siamo partiti, imperniata sul concetto di informazione come bene, non è smentita in astratto dall'analisi economica del diritto. Sarebbe, anzi, oltremodo seducente da coltivare; ma la penalizza in termini brutali la sua impraticabilità, denunciata dalla ragionevole previsione che il tentativo di creare un nuovo filone di *property rights*, atti ad assicurare la protezione delle informazioni, s'infranga contro l'esuberanza dei costi transattivi implicati da sistemi di tal fatta. Ironia della sorte, i costi transattivi sono per la più parte costituiti da costi di informazione.

Qualcuno obietterà che siamo alle solite, a quel « reale-razionale » che caratterizza tanta parte dell'analisi economica del diritto (ossia, l'approccio « positivo » caro alla scuola di Chicago). Ma va subito replicato che confutare la praticabilità — allo stato — dell'ipotesi teorica non significa punto negare l'esigenza che vi è sottesa. È assai probabile, anzi, che la recente e diffusa attenzione al problema dell'informazione come bene stia a segnalare, specie nei nuovi contesti tecnologici, non già la necessità di tenere a battesimo *new properties* e nuovi *property rights*, bensì quella di adattare lo strumentario di cui disponiamo. In altre parole, si può pensare a correzioni endogene al sistema, piuttosto che a sue dilatazioni.

Di esempi se ne potrebbero fare a bizzeffe, a cominciare da quello (ovvio, ma di discutibile interpretazione) delle topografie per i semi-

conduttori; mi limiterò a due fra i più dibattuti, *software* e banche dati.

Come è noto, marcia verso l'*imprimatur* (nonostante il proliferare dei dissensi: vale qui la pena di segnalare, anche per la vivacità dei toni polemici, V. ZENO-ZENCOVICH, *L'apprendista stregone: il legislatore comunitario e la proposta di direttiva sui programmi per elaboratore*, in questa *Rivista*, 1990) un progetto di direttiva comunitaria in tema di tutela del *software*, approvato dalla Commissione nel gennaio 1989 (doc. COM (88) 816: *id.*, 1989, 619), che non lascia adito a dubbi sulle scelte di fondo. La deriva transnazionale è inarrestabile; la *pax americana*, imposta con l'emendamento al *Copyright Act* del 1980, incombe su tutti noi. Avremo un *software* tutelato dal diritto d'autore, mentre si è appena schivato un esito aberrante a livello di tutela del *microcode*, cioè di quelle istruzioni elementari che servono a trasmettere indicazioni binarie alla CPU del computer (in *Nec Corp. v. Intel Corp.*, la società convenuta si è servita della tutela da *copyright* — riferita, si badi bene, alle istruzioni elementari, « apri/chiedi », del microcodice — per cercare di arginare la sgradita concorrenza del Nec V 20, un processore compatibile che andava a scremare il più lucroso mercato degli anni ottanta, l'eldorado dei *personal computer*) e sembrano decongestionarsi le avvisaglie di tempesta profilatesi nel caso *Apple Corp. v. Microsoft Corp. and Hewlett Packard Corp.*, dove la partita va a giocarsi addirittura sulla tutelabilità, a livello d'interfaccia, di icone sovrapposte e spaginate, meglio, sfalsate (v., dopo una prima decisione interlocutoria — 709 F. Supp. 925 (N.D. Cal. 1989) —, la più rassicurante « partial summary adjudication » resa in data 25 luglio 1989, 717 F. Supp. 1428 (N.D. Cal.)).

Ebbene, quella scelta di fondo è, a dir poco, infelice. Nell'impossibilità di por mano, in questa sede, ad una diffusa confutazione degli esili argomenti addotti a sostegno dell'opinione contraria, ci si contenterà di alcune osservazioni telegrafiche. A partire dal rilievo, banale quanto incontestabile, che i programmi, di là dai vituosismi verbali, costituiscono la tecnologia d'uso dei computers. Il fatto ch'essi siano scritti mercé rappresentazioni simboliche (linguaggi evoluti), come tali comprensibili per l'uomo, non toglie che, in questa versione, essi restino pur sempre rappresentazioni formali, di uso affatto secondario rispetto a quello, essenziale, di impartire alla macchina gli impulsi necessari per farle compiere le operazioni desiderate. In chiaro: l'essenza del programma sta nella sua capacità, tecnologica, di governare fisicamente l'elaboratore, mentre la sua proiezione simbolica serve soltanto a fini di implementazione o manutenzione. Quanto dire che l'analogia con l'opera letteraria è, nella migliore delle ipotesi, sterile, e, più probabilmente, fuorviante. Inoltre, non va trascurato che i programmi implicano efficienze tecnologiche; e che, come in ogni altra branca della tecnologia, l'innovazione avviene tramite miglioramenti sequenziali cumulativi. I programmatori non reinventano ogni volta la ruota — ci mancherebbe altro! —,

ma fanno tesoro delle esperienze pregresse: meccanismo che una tutela da diritto d'autore metterebbe in gravissima crisi, elevando drasticamente i costi di creazione di nuovi prodotti. A veder bene, la vera differenza rispetto ad altri contesti tecnologici è costituita dalla facilità ed istantaneità della duplicazione, che non solo non richiede *reverse-engineering*, ma neppure che si abbia una pallida idea del contenuto del programma. Se, dunque, ha senso dar ingresso ad una tutela differenziata del *software* rispetto ad altre espressioni tecnologiche, la sua *ratio* sta tutta nella deterrenza alla pirateria, che elide il normale vantaggio temporale del creatore e rende visibili i costi del produttore secondario. In questi limiti, una deviazione dal *mainstream* può rivelarsi accettabile. Guai, però, a perder di vista il reale obiettivo! In particolare, tenendo a mente che il diritto d'autore non ha mai coperto elementi funzionali indispensabili per l'operatività di una macchina, appare in massimo grado difficile a giustificarsi la pretesa di estendere la tutela da *copyright* a programmi operativi, interfacce utenti e microcodici (cfr., per i primi ragguagli, P.S. MENELL, *Tailoring Legal Protection for Computer Software*, 39 *Stan. L. Rev.* 1329 (1987), nonché *An Analysis of the Scope of Copyright Protection for Application Programs*, 41 *Stan. L. Rev.* 1045 (1989); D.S. KARJALA, *Copyright, Computer Software, and the New Protectionism*, 28 *Jurimetrics J.* 33 (1988); Ph. GAUDRAT, *La protection des logiciels par le droit d'auteur*, in *Rev. int. dr. aut.*, 139 (1989), 77; R. STEINBERG, *Microcode-Idea or Expression?*, 9 *Computer/Law J.* 61 (1989); J.M. MUELLER, *Determining the Scope of Copyright Protection for Computer/User Interface*, 9 *Computer/Law J.* 37 (1989); R. PARDOLESI, « *Software* » di base e diritto d'autore: una tutela cripto-brevettuale?, in *Foro it.*, 1988, I, 3066), non foss'altro per i delicati interrogativi ch'essi lasciano intravedere in chiave di standardizzazione (e qui occorrerebbe aprire un importante inciso sul problema, poco studiato, degli *standards*, che propiziano economie di scala, comprimono i costi transattivi smussando le asimmetrie informative, esaltano le economie di rete, ma che minacciano altresì di ostacolare lo sviluppo tecnologico per effetto del *lock-up* da base installata: nell'impossibilità di farlo, è opportuno il rinvio all'analisi di N. BELLINI, *Regolazione del prodotto e concorrenza*, ne *L'industria*, 1988, 379, ove un serio monito sulla necessità che la mano pubblica contri la tendenza a consentire che lo standard di fatto acquisisca natura « proprietaria » o di « club good », ripristinando la sua natura di bene pubblico).

Proposte alternative, rispetto al modello che sembra destinato ad imporsi contro ogni logica — che non sia quella, di respiro assai corto, delle *lobbies* di settore —, non mancano. Ma qui possiamo limitarci a segnalare la vieppiù diffusa insofferenza rispetto ad una soluzione che, transitata surrettiziamente nel segno dell'emergenza, svisa la matrice di riferimento, ignora le licenze obbligatorie e concede tutela per lassi di tempo inconcepibili in vista dell'accentuato

tasso di obsolescenza della tecnologia in discorso. Quel che davvero preme è rendersi conto che il diritto d'autore non è l'ultima spiaggia.

9. LA PROTEZIONE DELLE BANCHE DI DATI.

Altro esempio eclatante: il tormentato regime delle *databanks*, le raccolte di dati digitizzati e resi accessibili per via elettronica. Naturalmente, il problema inizia là dove vien meno l'*easy case*, quello delle raccolte organizzate secondo un criterio di sicura originalità, per le quali si ha tutela piena da diritto d'autore, riferita però alla struttura compilativa e non ai singoli dati discretizzati (arg. *ex artt.* 2, 65, 66, 101 l.a.). Ma chi provasse ad immaginare quante basi di dati possano integrare un requisito così impegnativo, avrebbe ragione di fare stime men che trionfistiche. Per quanto se ne sa, il nostro universo informatico pullula di banche dati a limitato valore aggiunto (e, quindi, ridottissimo livello di originalità), tanto da far toccare con mano il pericolo che, ben al di là della portata e capacità di deterrenza della disciplina sulle opere dell'ingegno, il loro contenuto sia appropriato e duplicato per intero (c.d. *downloading*) ovvero, nel caso dianzi cennato di raccolte protette (per quel che concerne la struttura organizzativa), appropriato quanto a materiale informativo e ristrutturato secondo altri criteri. Insomma, la minaccia è quella, ben nota agli economisti, del *free ride* sull'altrui intraprendenza, minaccia che, se non adeguatamente arginata, rischia di scoraggiare l'onerosa trafila che porta alla creazione della raccolta computerizzata.

A fronte di una siffatta esigenza di tutela, si registrano, in chiave comparativa, risposte alquanto dislocate: riassuntivamente, si potrebbe parlare di una sorta di *slippery slope*, china scivolosa, che va dall'appiattimento (quando non dal completo svuotamento) dei presupposti del diritto d'autore al suo totale e dichiarato superamento.

Così, nella BDR, la soglia elevata di originalità, richiesta dalla pronunzia *Inkassoprogramme* (BGH 9 maggio 1985, *BB*, 1985, 1747) per il *software*, è tolta dal giro quando sono in giuoco opere di modesto valore: ciò che induce la dottrina, con un *non sequitur* rimarchevole, a ritenere che, nella nostra materia, anche conati assai flebili di non stare nel mucchio facciano scattare la rete di protezione. Quanto agli U.S., per le raccolte « *sweat of the brow* » le corti non hanno avuto remore ad ammettere, con ruvido pragmatismo, che, se non si tutela lo sforzo di raccolta e collazione, non resta nulla da difendere: di qui, la scelta consapevole di stravolgere il *copyright* rispetto alla sua matrice originaria, sino a trasformarlo — ne è riprova emblematica la giurisprudenza copiosa, e sconcertante, in materia di *directories* telefoniche: cfr., riassuntivamente, *Bellsouth Advertising & Publishing Corp. v. Dounelly Information Publishing*

Inc., 719 F. Supp. 1551 (S.D. Fla. 1988) — in uno schema generale *anti-misappropriation* (scelta obbligata, stante il progressivo declino del *rational* espresso, a suo tempo, dal già menzionato caso *International News*). Nel Regno Unito, col Copyright, Design and Patents Act del 1988, in vigore dal 1° agosto scorso, si è dato ingresso, con le sec. da 16 a 21, e 24, ad una tutela contro il « downloading of substantial parts ».

Già per la discesa, incontriamo ancora la Danimarca (ed i paesi scandinavi), che, con l'art. 49 della legge sul diritto d'autore, introduce una tutela *a latere*, da diritto vicino, di durata decennale; e via sino all'Olanda, ove l'art. 10 (1) (1) della legge del 1912 assicura, con maggior candore, un qualche presidio per « non original writings ».

A dispetto della frantumazione del quadro complessivo, sembra di capire che l'obiettivo comune (e corretto) è quello di scongiurare l'approfittamento dell'altrui lavoro: obiettivo che potrebbe esser sortito, senza stravolgere e ferire a morte una disciplina pensata in funzione di Shakespeare & Co., con un'oculata applicazione della normativa in materia di concorrenza sleale. Questo, infatti, sembra essere il segno della decisione resa da BGH 10 dicembre 1987, *Informationsdienst* (GRUR, 1988, 308), che, in circostanze fattuali assai prossime a quelle di *International News* — anche qui si trattava di notizie riprese di peso da una pubblicazione concorrente —, ha sancito la contrarietà ai *Gute Sitten* (par 1 UWG) dell'uso di un prodotto risultante dallo sforzo altrui, a condizione che detto sforzo sia degno di tutela, abbia un proprio valore concorrenziale, e sussistano altri aspetti d'immoralità, quali l'integralità dell'appropriazione, l'identità dei destinatari, la rilevanza del risparmio di costi ottenuto mercé lo « scippo » delle informazioni, il pericolo economico per l'imprenditore che lo subisce. Nella stessa direzione muove la dottrina francese, sondando la via, « aperta ma pericolosa », degli *agissements parasitaires* (cfr., per una ricognizione d'insieme, J.M. MOUSSERON, *Banques de données, parasitisme et responsabilité civile*, in corso di pubblicazione). E la prospettiva sarebbe allettante anche in Italia, se la tutela contro l'imitazione servile non confusoria, a suo tempo sostenuta con vigore da M. ROTONDI, *Studi di diritto industriale*, Padova, 1957, 387 ss., non fosse stata disattesa e sconfessata da dottrina e giurisprudenza prevalenti.

10. CONCLUSIONI.

Va da sé che l'analisi abbozzata nei due ultimi paragrafi potrebbe esser riletta con intento assai diverso. Nell'opportunità di dar corso ad una terza via, una disciplina *sui generis* per i programmi da elaboratore, e nell'eventuale necessità di por mano ad un intervento normativo per aver ragione delle resistenze all'applicazione della clausola sulla concorrenza sleale alla pratica di *downloading* delle banche dati, potrebbero esser ravvisati gli indizi del profilarsi di *new proper-*

ties. Ma una siffatta curvatura del discorso saprebbe, da lontano, di forzatura: nuove e dirompenti sono le tecnologie, datati gli strumenti giuridici a disposizione. Con l'individuare l'impronta di una teorica di nuovo conio — l'informazione come bene — in quello che resta, pur sempre, un *restyling*, un doveroso adattamento a nuove esigenze di fatto, si precipiterebbe una conclusione che ha bisogno di esser ben altrimenti suffragata, proprio sul piano dell'effettività: come ci illudiamo di aver dimostrato nelle pagine che precedono.