

UNA NUOVA “RAZIONALITÀ”: I VACCINI E LA PROMESSA CHE RIPOSA NEI BENI COMUNI PER LA SALUTE.

| 750 Di Angela Vivarelli

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. *Lineamenti generali del mercato del farmaco e brevetto farmaceutico.* – 3. *Il farmaco nella teoria dei beni: la transizione dal valore di scambio al valore d’uso. L’emersione della dimensione costituzionale della funzione sociale della proprietà.* – 4. *Il diritto di accesso ai farmaci e la logica inclusiva della proprietà.* – 5. *La privatizzazione della conoscenza e la “tragedia” degli anti-commons.* – 6. *Il paradigma dei beni comuni: dalle categorie tradizionali ad una nuova “razionalità”.* – 7. *La promessa dei beni comuni per la salute.* – 8. *I “Diritti trans-soggettivi” (Transsubjektive Rechte) tra potenza e atto.*

ABSTRACT. *Le sfide aperte dalla contemporaneità e le complesse dinamiche del mercato farmaceutico sollecitano la riflessione sul bene farmaco, nella species i vaccini, quale res in senso giuridico e punto di intersezione del trinomio: diritti di proprietà intellettuale, diritto della concorrenza e diritto di accesso ai farmaci. Come tale, il farmaco mette in crisi il criterio ordinante dell’appartenenza e le categorie della titolarità e del godimento, a fronte del diverso modo di conformarsi della relazione tra valore d’uso e valore di scambio e dell’emersione della dimensione costituzionale della funzione sociale. A partire dal rilievo accordato a quest’ultima, i vaccini consegnano alla riflessione giuridica l’appiglio per un suo inquadramento nella controversa teorica dei beni comuni. Da questo punto di vista, uno schema teorico di grande interesse è rappresentato dai c.dd. «diritti trans-soggettivi» (Transsubjektive Rechte), costruito con un impatto dirompente sullo statuto giuridico dei beni, sul relativo regime di appartenenza e, non ultimo, sulle relative modalità di circolazione.*

Starting from the challenges of contemporaneity and the complexity of the pharmaceutical market, the paper analyzes drugs, especially ‘vaccines’, as legal goods in the intersection between intellectual property rights, antitrust law and the right of access to medicines. Drugs upset the ordering criterion of ownership and the relation between the ‘use value’ and the ‘exchange value’. The emersion of the constitutional social function of ownership leads the reflection towards the theory of ‘commons’. From this point of view, a theoretical scheme of great interest is represented by the so-called “trans-subjective rights” (Transsubjektive Rechte), a construct with a deep impact on the theory of legal goods and on the statute of ownership.



1. Introduzione.

La tutela e il rafforzamento dei beni comuni per la salute deve considerarsi una questione di fondo dell'esperienza giuridica contemporanea, che travalica lo spazio circoscritto di un determinato Stato ed è essenzialmente legata alle attuali condizioni dello sviluppo capitalistico, in particolare alla complessa natura del rapporto intercorrente tra economia e politica. Attuale è il dibattito che vi ruota intorno, in considerazione altresì del travaglio intellettuale che, ancora oggi, connota la riflessione sui beni comuni.¹ Tentando di evitare retoriche e sterili replicazioni di quanto già sostenuto in letteratura, si proverà, in questa sede, ad indagare la complessa fenomenologia dalla prospettiva – privilegiata e, al contempo,

problematica – offerta dall'attualità.² Gli scenari aperti dalla contemporaneità e, in modo ancor più dirompente, dalla pandemia, sollecitano una riflessione sulla tenuta delle categorie giuridiche tradizionali. Pertanto, l'attenzione si appunterà sul bene farmaco, nella *species* i vaccini, quale *res* in senso giuridico e punto di intersezione del trinomio: diritti di proprietà intellettuale, diritto della concorrenza e diritto di accesso ai farmaci. Le assai complesse dinamiche che imperversano nel mercato di riferimento hanno, come si vedrà, un impatto dirompente sullo statuto giuridico di tale bene, sul relativo regime di appartenenza e, non ultimo, sulle sue successive modalità di circolazione. In via preliminare, risulta essenziale tracciare gli aspetti fondamentali del mercato del farmaco, nonché accennare alla situazione proprietaria sottesa al brevetto farmaceutico. Come bene, il farmaco mette in crisi il criterio ordinante dell'appartenenza e, del pari, le categorie della titolarità e del godimento, a fronte, da un canto, del diverso modo di conformarsi della relazione tra valore d'uso e valore di scambio e, dall'altro, dall'emersione della dimensione costituzionale della funzione sociale. A partire dal rilievo accordato a quest'ultima, i vaccini evocano la nota "tragedia" di 'hardiniana' memoria, consegnando così alla riflessione giuridica l'appiglio per un suo inquadramento nella teorica dei beni comuni. È nel nesso con la tutela della salute collettiva e nel controverso diritto di accesso ai farmaci che si intravede la 'promessa' che riposa nei c.dd. beni comuni per la salute. Su tale versante, uno schema teorico di grande fascino e interesse è rappresentato dai c.dd. «diritti transoggettivi» (*Transsubjektive Rechte*), costruito in grado di evocare «[quel]la dimensione del "potrebbe essere" che stimola il sogno e la fantasia collettiva e per questo sol fatto cambia il mondo».³

¹ A partire dagli studi economici di G. Hardin (G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 1968, 1243 ss. e del premio Nobel per l'economia E. Ostrom (E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 1990), attraverso poi le battaglie per l'acqua, l'università, la scuola pubblica, l'informazione critica e contro la privatizzazione della rete Internet, i beni comuni implementano una prospettiva mobile che guarda all'essere in una dimensione intergenerazionale, secondo la quale «*the commons are not concessions. They are resources that belong to the people as a matter of life necessity. Everybody has a right of an equal share of the commons and must be empowered by law to claim equal and direct access to it*»: in questi termini e con lucida chiarezza, si esprime U. MATTEI, *First thoughts for a phenomenology of the commons*, in *The Wealth of the Commons*, a cura di David Bollier e Silke Helfrich, 2013, disponibile all'URL <http://wealthofthecommons.org/essay/first-thoughts-phenomenology-commons>. Il 'fervore' che, da sempre, accompagna il dibattito ha consentito che l'istituto assumesse rilievo verso contesti emergenti (*commons* urbani, *data commons*, *intellectual commons*). Si rinvia alle riflessioni di cui al paragrafo 5 (vedi *infra*). Per un primo inquadramento giuridico della questione si rinvia alle riflessioni di S. RODOTA, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e sui beni comuni*, 3^a ed., Bologna, 2013, 107 e U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011; ID., *Having, Being, and the Commons*, in *Co-Designing Economies in Transition*, a cura di V.M.B. Giorgino e Z. Walsh, New York, 2018, 61 ss.; U. MATTEI, *Il benicomunismo e i suoi nemici*, Torino, 2015; ID., *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011; M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, Ombre corte, Verona, 2012; P. GROSSI, *I beni: itinerari tra "moderno" e "pos-moderno"*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 4/2012, 1059 ss.; A. QUARTA e M. SPANÒ (a cura di), *Beni comuni 2.0. Contro-egemonia e nuove istituzioni*, Mimesis, Milano-Udine, 2016; L. NIVARRA, *Quattro usi di "beni comuni" per una buona discussione*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2016, 43-64; ID., *La funzione sociale della proprietà: dalla strategia alla tattica*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 4/2013, 503 ss. Propongono una riconduzione a "sistema" del pluralismo di fenomenologie ricomprese sotto il nome « *communis* », « *biens communs* », « *patrimoines communs* », « *choses communes* », come forme evolutive di pratiche sociali M. CORNU, F. ORSI e J. ROCHFELD, *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Presses Universitaires de France, 2021.

² È recente la pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo [*Vavrička and Others v. the Czech Republic*] dell'8 aprile 2021, secondo la quale l'obbligo vaccinale va considerato "necessario in una società democratica". La sentenza è legata al ricorso di alcune famiglie contro lo Stato della Repubblica Ceca, in cui vige l'obbligo di immunizzare i bambini contro nove malattie. I giudici di Strasburgo hanno rilevato la "pressante necessità sociale di proteggere la salute individuale e pubblica dalle malattie in questione e di salvaguardare contro ogni tendenza al ribasso del tasso di vaccinazione tra i bambini", riguardo ai quali "il loro interesse deve essere di primaria importanza. Per quanto riguarda l'immunizzazione, l'obiettivo deve essere che ogni bambino sia protetto contro le malattie gravi, attraverso la vaccinazione o in virtù dell'immunità di gregge". [disponibile all'indirizzo <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22:%5B%22003-6989051-9414707%22%7D%7B%7D>]. È verosimile che tale pronunciamento possa avere ricadute significative ed implicazioni per qualsiasi politica di vaccinazione obbligatoria.

³ Letteralmente, U. MATTEI, *I beni comuni fra economia, diritto e filosofia*, in *Spazio filosofico*, 2013, 114.



2. Lineamenti generali del mercato del farmaco e brevetto farmaceutico.

Il settore del farmaco si denota per un'intricata, inestricabile e congenita complessità sistemica, dove l'intreccio di interessi eterogenei giustifica la necessità di regolamentazione: da un lato, la necessità costante del genere umano di medicinali nuovi ed innovativi; dall'altro, l'esigenza che questi siano sicuri e non nocivi; infine, il bisogno che questa risorsa scarsa, ma al contempo essenziale sia quanto più disponibile per i consociati, a piena soddisfazione del loro inviolabile diritto alla salute.

Il mercato farmaceutico rappresenta il contesto di riferimento nel quale opera l'industria del farmaco, la cui importanza strategica nel contesto geoeconomico (e politico) esistente è indubbia. Un'industria, frutto di un indotto e di una serie di strategie commerciali, talvolta destabilizzanti per l'equilibrio ed il benessere della società, «i cui straordinari sviluppi [tuttavia] in termini di prevenzione, cura e lenimento delle sofferenze rappresentano a tutti gli effetti una delle più significative conquiste collettive dell'umanità».⁴ Al netto delle differenze che connotano il decorso dei suoi svariati segmenti, la complessiva rilevanza economica del settore farmacologico si mostra significativa e, soprattutto, in crescita parallelamente ad una serie di processi, interazioni e relazioni tra imprese che, di fatto, hanno progressivamente ridotto il numero complessivo di *players*. Da qui il suo carattere fortemente oligopolistico, che si declina nella presenza di ristretti gruppi internazionali con una pluralità di stabilimenti disseminati tra i vari Stati, operanti in un contesto generale contrassegnato da una forte complessità delle esclusive commerciali e da una tenace tendenza alla concentrazione industriale.⁵ Al

⁴ L. ARNAUDO e G. PITRUZZELLA (a cura di), *La cura della concorrenza*, Roma, 2019, 14; D. DANIELI, *The Eu Pharmaceutical Market: Crossing Paths Between Regulation, Competition Law and Free Movement*, Napoli, 2020; D. Josef e L. Nari (a cura di), *Pharmaceutical innovation, competition and patent law: a trilateral perspective*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013; B. MERCURIO e D. KIM (a cura di), *Contemporary Issues in Pharmaceutical Patent Law*, Abingdon-Thames, Routledge, 2017; V. CERULLI IRELLI e V. BELLUCCI, *Antitrust e Proprietà Intellettuale*, Milano, 2019, 23 ss.

⁵ In un'ottica di struttura industriale risultano individuabili una decina di grandi imprese multinazionali, riunite nella ricorrente denominazione *Big Pharma*, alle quali sono riconducibili circa i 9/10 del fatturato complessivo dell'industria a livello mondiale. L. ARNAUDO e G. PITRUZZELLA, *La cura della concorrenza*, cit., 46. Si v., al riguardo, la Comunicazione della Commissione 8 luglio 2009, *Sintesi della relazione relativa all'indagine sul settore farmaceutico*, in *ec.europa.eu*, 8, secondo la quale «il settore farmaceutico è caratterizzato dall'intensa attività di

carattere fortemente oligopolistico si accompagna la dimensione globale del mercato farmaceutico che si connota sul piano della complessità per l'emersione di fenomeni di *corporate supremacy*, per cui le condizioni contrattuali delle imprese farmaceutiche, in uno alla valenza transnazionale dei processi di ricerca e sviluppo, esercitano un potere di fatto, non controllabile, né sanzionabile sulla base del solo diritto statale o territoriale.⁶ Il fenomeno che si registra è quello di trasformazione degli impianti normativi preesistenti, in concomitanza con l'affermarsi di uno «spazio giuridico globale», dove per la formazione delle norme non concorre unicamente il formante legislativo statale, ma si assiste all'emersione di «sottosistemi sociali» quali centri multipli di produzione di regole, con la fisiologica – ma comunque preoccupante – conseguenza di uno spostamento del «baricentro della produzione normativa» dagli Stati ai «regolamenti privati».⁷ Nello

ricerca e sviluppo e contraddistinto da un elevato livello di regolamentazione»; più recentemente, Comunicazione della Commissione, 28 gennaio 2019, *Applicazione delle norme sulla concorrenza nel settore farmaceutico (2009-2017)*, *ivi*, pp. 7 e 11.

⁶ Belle le suggestioni di U. MATTEI, *I beni comuni fra economia, diritto e filosofia*, in *Spazio filosofico*, 2013, p. 111 ss. quando osserva «la corporation, *homo oeconomicus* artificiale più potente e agile degli Stati, riesce ad abbattere il diritto statale che potenzialmente potrebbe limitarne l'agire. Le corporation determinano così una giuridicità globale funzionale alle proprie esigenze di predazione che rende impossibile l'esercizio della sovranità economica statale, quand'anche questa volesse essere esercitata» (p. 113). Propongono una profonda e visionaria riconcettualizzazione delle basi stesse del sistema giuridico occidentale, F. CAPRA e U. MATTEI, *The Ecology of Law*, Oakland, Berrett-Koehler Publishers, 2015. Illuminante è, in tale direzione, il contributo di K. PISTOR, *The Code of Capital. How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton-New Jersey, Princeton University Press, 2019, nel dimostrare come il sistema di globalizzazione della protezione brevettuale sottenda una codifica giuridica tale da trasformare in ricchezza una risorsa (l'invenzione). In tale prospettiva, l'a. sostiene come gli attori economici dominanti (sempre con l'ausilio dei propri avvocati) abbiano spinto nella direzione di una globalizzazione dei brevetti, imponendo accordi *Trips* ritagliati su loro misura. Tale meccanismo è uno di quelli – l'a. richiama anche l'esperienza del *trust* e quella delle criptovalute – che, generandosi da fonti *extra-ordinem* (ovvero le prassi dei potenti studi legali statunitensi), assecondando interessi particolaristici di *players* dominanti, contribuiscono a creare profonde e diffuse disuguaglianze a livello globale.

⁷ «L'evoluzione tecnologica dei sistemi telematici e la globalizzazione dei mercati sembrerebbero aver restaurato il «pluralismo giuridico» di un *new medievalism* che si affermerebbe sulla scena mondiale, senza la mediazione degli Stati, come fonte di produzione normativa di ordinamenti privati, sovrani e originari»: si v. al riguardo l'importante contributo di G. TEUBNER, *Regimi privati globali. Nuovo diritto spontaneo e costituzione duale nelle sfere autonome della società globale*, in *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, in Id. G. Teubner a cura di, trad. it. di R. Prandini, Roma, 2005, 8; Id., *Transnational Eco-*



scenario tracciato, si afferma il brevetto farmaceutico, quale punto di intersezione della relazione tra il titolare del diritto di proprietà intellettuale e l'esito del processo creativo, ovvero il trovato farmaceutico.⁸ Sul piano delle categorie giuridiche, il brevetto si presenta come declinazione dell'unitario diritto di proprietà. Discorrere di proprietà vuol dire non confinarla nelle anguste strettoie delle categorie 'tradizionali'⁹, legate alla disciplina dei beni mobili ed immobili; ma, volgere lo sguardo a nuove forme proprietarie, in considerazione della moderna eco-

nomia.¹⁰ Ne consegue che le caratteristiche di pienezza, autonomia ed esclusività sono comuni tanto alle discipline del libro terzo del codice civile, tanto ai diversi statuti della proprietà intellettuale. Come, dunque, il proprietario ha il diritto di godere in modo pieno ed esclusivo, così il titolare del diritto di proprietà intellettuale ha il diritto di escludere i terzi dallo sfruttamento della creazione,¹¹ non senza però la presenza di limiti al suo esercizio.¹² In tema di brevetto, poteri e facoltà attribuiti al titolare del diritto di proprietà intellettuale si evincono da un

conomic Constitutionalism in the Varieties of Capitalism, in *The Italian Law Journal*, 2, 2015, 219 ss.

⁸ In chiave diacronica, la «brevettabilità dei farmaci» è introdotta in Italia dalla sentenza 20 marzo 1978, n. 20 con la quale la Corte costituzionale dichiarò l'incostituzionalità dell'art. 14, comma 1, r.d. 29 giugno 1939, n. 1127 (c.d. legge invenzioni). Con la detta pronuncia, la Consulta escluse che la brevettabilità dei farmaci potesse costituire violazione del diritto alla salute, garantito dall'art. 32 cost., dal momento che, con il sistema delle licenze obbligatorie e dei prezzi amministrati, comunque si garantiva il diritto di accesso ai farmaci. Considerò, addirittura, la non brevettabilità pregiudizievole per la promozione della ricerca scientifica, tutelata dall'art. 9 cost. Corte cost., 20 marzo 1978, n. 20, in *Giur. cost.*, 1978, 446 ss., con nota di C. CHIOLA, *La brevettabilità dei medicinali: dagli speciali alle multinazionali*. G. FLORIDIA, *L'invenzione farmaceutica nel sistema italiano dei brevetti*, Milano, 1985, 12, rileva come la pronuncia della Corte costituzionale precedette di poco l'abrogazione per via legislativa dell'art. 14 («legge invenzioni») ad opera del d.P.R. 338/79. L'a. evidenzia le ricadute negative connesse a tale circostanza per cui «la Corte Costituzionale non avendo il potere di regolare le situazioni transitorie derivanti dalla invalidità della norma dichiarata illegittima, ha dovuto limitarsi a fornire dei suggerimenti pur non mancando di sottolineare l'urgenza di provvedere in una materia così delicata ed importante e così intensamente scossa nei suoi tradizionali equilibri dalla pronuncia di incostituzionalità»; ID., *Il diritto di brevetto*, in *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, G. Olivieri et al. a cura di, 4ª ed., Torino, 2012; ID., *La gestione dei brevetti farmaceutici*, in *Dir. ind.*, 2009, 5 ss.; C.M. GALLI, *La proprietà industriale tra diritto internazionale e diritti naturali*, in *L'incidenza del diritto internazionale sul diritto civile*, Atti del V Convegno 2004 nazionale SISDIC, Capri, 25-27.3.2010, Napoli, 2011; M. Libertini, *Lezioni di diritto industriale*, Napoli, 2016. Sollecita sull'opportunità di recuperare il significato originale e più autentico dei principi indicati dalla giurisprudenza costituzionale, proprio al fine di favorire un «controllo efficace ed una effettiva limitazione del potere (anche) economico allo scopo di tutelare e promuovere il fondamentale diritto alla salute»: C. CASONATO, *I farmaci, tra speculazione e logiche costituzionali*, in *Rivista AIC*, 4, 2017, consultabile al seguente link https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4_2017_Casonato.pdf.

⁹ Sull'incapienza dell'art. 832 c.c. ad esaurire il fenomeno proprietario si rinvia a U. MATTEI, *La proprietà*, 2ª ed., Torino, 2015, 80 che evidenzia come «una seria tassonomia proprietaria debba essere in grado di dar finalmente contenuto alla c.d. "commercializzazione del diritto civile", sforzandosi di enucleare principi autonomi, comuni al diritto dei beni mobili. Soltanto in questo modo, la proprietà civilistica può uscire dall'asfittica struttura del libro terzo, per rientrare finalmente fra quelle grandi categorie ordinanti, indispensabili per un discorso giuridico al passo con i tempi».

¹⁰ Nel nostro ordinamento giuridico, la riflessione sul tema prende avvio dell'intuizione di Salvatore Pugliatti nel riconoscimento di una pluralità di statuti proprietari, differenziati sulla scorta di una diversità funzionale e non solo strutturale dei vari «tipi» proprietari. (S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto civile*, a cura di S. Pugliatti, Milano, 1954). Il processo di funzionalizzazione dell'istituto proprietario si è indirizzato verso una lettura costituzionalmente orientata della proprietà, valorizzando la portata della c.d. «funzione sociale». In tale direzione, P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, 1970, 65, il quale evidenzia come alla luce «di un'interpretazione sistematica ed unitaria dell'ordinamento, dove il dato costituzionale è parte integrante e dominante», si debba accogliere una concezione unitaria della proprietà, che non può considerarsi un diritto soggettivo *tout court*, piuttosto una situazione giuridica soggettiva complessa, comprensiva di situazioni attive di vantaggio – serie di facoltà nell'interesse del proprietario – e di situazioni passive per lo stesso proprietario – cioè «limiti, limitazioni, vincoli, obblighi» (70). P. PERLINGIERI, *Salvatore Pugliatti ed il «principio della massima attuazione della Costituzione»*, in *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2006, 295 ss.; più recentemente, sempre in suo ricordo, ID., «Funzione sociale della proprietà e sua attualità, in Salvatore Pugliatti, a cura di S. Ciccariello, A. Gorassini e R. Tommasini, Napoli, 2016, 187 ss.; nonché, A. GAMBARO, *Salvatore Pugliatti e la proprietà moderna*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 640 ss.; L. NIVARRA, *La funzione sociale della proprietà*, cit., 503 ss.; La rilettura «personalistica» della funzione sociale della proprietà, inoltre, è stata favorita rispetto ai beni immateriali da P. RESCIGNO nel suo noto saggio: *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, 56 ss., che ha teorizzato la ricostruzione dei beni immateriali attraverso la protezione dei diritti della personalità. Di pregevole rilievo è la riconcettualizzazione proposta da A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, Torino, 2017; ID., *I beni*, Torino, 2012. Secondo l'a., «è evidente che la critica novecentesca alla tradizione proprietaria comporta che una rinnovata teoria della proprietà può partire solo da una solida ontologia dei beni e che rispetto a questa fondazione i discorsi relativi alla pluralità di situazioni proprietarie non hanno una vera autonomia, poiché implicano la medesima necessità senza però andare alla radice del tema»; così, ID., *Ontologia dei beni e jus excludendi*, in *Comparazione e diritto civile*, 2010, 2, consultabile al seguente indirizzo http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/rav_gambaro_ontologia.pdf.

¹¹ Con riguardo alla proprietà intellettuale, U. MATTEI, *La proprietà*, cit., 87 parla di «creazione artificiale di scarsità» per evidenziare come escludere i soggetti terzi sembra complesso quando si discorre di idee, creazioni del pensiero che, per intrinseca natura, nascerebbero al fine di essere diffuse e condivise; A. GAMBARO, *op. loc. ult. cit.*

¹² Vedi *infra* paragrafo 4



complesso e composito quadro normativo, regolamentare e convenzionale.¹³ Volgendo lo sguardo più specificamente alla disciplina interna e, dunque, agli artt. 2584 c.c. e 66 cod. prop. ind., il tratto caratteristico del diritto di privativa industriale è l'*esclusività*, ovvero la possibilità per il suo titolare di vietare a soggetti terzi di compiere ogni attività di attuazione e disposizione dell'invenzione, a pena di incorrere in contraffazione. Da qui, consegue la facoltà di attuare e trarre profitto dall'invenzione: il titolare ha, infatti, diritto di sfruttamento, diretto o indiretto in relazione alle caratteristiche del trovato e l'esclusiva abbraccia produzione, vendita ed importazione (art. 66, comma 2, cod. prop. ind.). Tale facoltà di sfruttamento esclusivo può essere esercitata dal titolare, tuttavia, «entro i limiti e alle condizioni stabilite dalla legge» (art. 2584 c.c.),¹⁴ dovendosi precisare che la durata dell'esclusiva è fissata in venti anni (art. 60, cod. prop. ind.). A questa disciplina di fonte interna, occorre aggiungere l'art. 64, Convenzione di Monaco sul Brevetto europeo del 5 ottobre 1973 (CBE) e l'art. 28, Accordo TRIPs (*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*), sottoscritto a Marrakech il 15 aprile 1994 (il cui contenuto richiama l'anzidetto art. 66 cod. propr. ind.).¹⁵

3. Il farmaco nella teoria dei beni: la transizione dal valore di scambio al valore d'uso. L'emersione della dimensione costituzionale della funzione sociale della proprietà.

¹³ La cornice normativa si compone di una pluralità di disposizioni: dal combinato disposto art. 2584 c.c. e art. 66 cod. prop. ind. Alla disciplina interna, si aggiungono: l'art. 64, Convenzione di Monaco sul Brevetto Europeo del 5 ottobre 1973 (CBE) e l'art. 28 Accordo TRIPs. Oltre questo gruppo di norme, in tema di «brevetto europeo» si tenga conto dei Regolamenti CE 17 dicembre 2012, n. 1257 e 17 dicembre 2012, n. 1260; nonché dall'Accordo sul Tribunale unificato dei brevetti (ATUB) dell'11 gennaio 2013, ratificato con legge 3 novembre 2016, n. 214. Il diritto dei Trattati europei non prevede una disciplina specifica ma si rinviene un rinvio all'art. 36 T.F.U.E., in materia di divieto di restrizione alle importazioni e alle esportazioni. Con il d. lgs. 19 febbraio 2019 n. 18 viene adeguata la normativa nazionale al regolamento sulla cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria, e alle disposizioni dell'Accordo su un tribunale unificato dei brevetti, ratificato con l. 214/2016 con l'introduzione di un nuovo brevetto europeo con effetto unitario che resta convalidato automatico in tutti i Paesi dell'Unione Europea con giurisdizione comune.

¹⁴ Nello stesso senso, anche art. 66 cod. prop. ind., che discorre di «limiti e condizioni nel presente codice».

¹⁵ Oltre questo gruppo di norme, deve inoltre considerarsi lo statuto del «brevetto europeo» recato: dai Regolamenti CE 17 dicembre 2012, n. 1257 e 17 dicembre 2012, n. 1260; l'Accordo sul Tribunale unificato dei brevetti (ATUB) dell'11 gennaio 2013, ratificato con legge 3 novembre 2016, n. 214.

Seguendo questa traccia e assumendo, a fini qualificatori (delle “res” come bene giuridico) il criterio ordinante dell’“*appartenenza*”, emerge la scelta dell’ordinamento di legare la qualificazione di un’entità alla sua attribuzione ad un soggetto titolare: è in tal guisa che si atteggia dunque la relazione tra titolare del brevetto e trovato farmaceutico. A partire da tale presupposto è possibile osservare come «la qualificazione formale di una entità come bene giuridico e la creazione della correlativa situazione giuridica di appartenenza mettono in moto un processo di attribuzione delle risorse tendenzialmente connotato dalla esclusività, accompagnato dalla definizione di specifiche modalità di uso e fruizione delle stesse, nonché [...] dalla creazione di un mercato di tali entità, spesso a carattere specifico e riservato ai soggetti nei confronti dei quali si crea la situazione giuridica di appartenenza».¹⁶ Invero,

¹⁶ Sul piano disciplinare, l'art. 810 c.c. si pone come disciplina generale che «può sciogliersi in un contesto di significati [eterogenei] con riguardo al suo contenuto minimo richiamando modelli esclusivi per l'attribuzione o appropriazione delle entità immateriali consistenti nelle opere dell'ingegno e nelle invenzioni industriali (artt. 2575 e 2576 c.c.)», testualmente, C. CAMARDI, *Cose, beni e nuovi beni, tra diritto europeo e diritto interno*, in *Eur./Dir. Priv.*, 2018, 955-1019. Si tratta, invero, del modello di oggettivazione tradizionale, che procede alla costruzione del bene a partire dalla relazione soggetto-oggetto, riconducendo quel bene al suo valore di scambio e soggiogandolo al dominio della volontà. In realtà, la predetta osservazione riassume un intenso dibattito dottrinario, sorto a fronte della vaghezza semantica propria dell'art. 810 c.c., costringendo così più di un interprete ad interrogarsi, da un punto di vista logico, quale fosse il criterio normativo, in virtù del quale si attua il passaggio di un'entità oggettiva della realtà economico-sociale (cosa) a quel del diritto (bene). Orbene, detto criterio – che asseconda chiaramente un processo di oggettivazione giuridica – si sostanzia, secondo taluna dottrina, nell'apprestamento di quella forma di protezione dell'interesse che si traduce in una situazione soggettiva assoluta, mediante la quale l'ordinamento effettua l'attribuzione fondamentale di una data entità ad un soggetto (pienezza ed esclusività). Si riconosce, in siffatta impostazione, la posizione di O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982, 128 ss., che afferma come il diritto di proprietà sia finito per coincidere in sede teorica con la generica nozione di appartenenza e titolarità del diritto. Tale precisazione viene a collocarsi nel quadro generale di una dottrina che concepisce i beni giuridici come categoria non rigidamente chiuse da valutazioni normative nominate (S. PUGLIATTI, *Beni (Teoria Generale)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1962, 27 ss.), ricomprendendo nel suo orizzonte anche la controversa categoria dei beni immateriali, D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporeali*, Milano, 1970, 106 ss.). Alla detta impostazione si affianca quell'alternativa teorica secondo cui il principio attributivo che qualifica il bene come giuridico non si esaurisce nell'esistenza di una situazione assoluta ma può essere legato anche a tecniche contrattualistiche, nelle quali trovino formalizzazione i valori dello scambio e del mercato (M. BARCELLONA, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quadrimestre*, 1987, 607-663). Come pure, F. ALCARO, *Riflessioni 'vecchie' e 'nuove' in tema di beni*





tale posizione implementa un modello preciso di ripartizione della ricchezza e opta per una scelta di politica del diritto che non è affatto neutra, in quanto struttura i rapporti fra gli uomini nel senso della garanzia del godimento esclusivo e dello scambio oneroso.¹⁷ Ci si apre così all'interrogativo se il paradigma di individualismo proprietario descritto si attagli al "bene-farmaco" e alla relazione con il titolare del relativo diritto. Questione che si prospetta tanto più dilemmatica in considerazione delle peculiarità del settore d'indagine e della *ratio* propria dei limiti posti alla natura piena ed esclusiva del diritto sul trovato farmaceutico, il cui fondamento è rinvenibile nel cercare di mediare tra il diritto del titolare allo sfruttamento pieno ed esclusivo della creazione e le esigenze della collettività di godere dei vantaggi derivanti dalla condivisione dello stesso.

La letteratura giuridica non fornisce una qualificazione univoca del bene «farmaco»¹⁸ e, con molta probabilità, ciò dipende dalla varietà di tipologie di farmaci che compongono la categoria. Tuttavia, il legislatore interno, sotto la spinta di quello comunitario, riconosce come «medicinale» ogni sostanza o associazione di sostanze presentata come avente proprietà curative o profilattiche delle malattie umane e quella che può essere utilizzata sull'uomo o somministrata all'uomo allo scopo di ripristinare, correggere o modificare funzioni fisiologiche, esercitando un'azione farmacologica, immunologica o metabolica, ovvero di stabilire una diagnosi medica.¹⁹ Sul piano della natura giuridica il farmaco, in

quanto accessibile sul mercato in regime di libera circolazione delle merci, rileva, tanto nella sua accezione materiale, tanto in quella immateriale, come punto di intersezione tra il diritto di proprietà e quello della concorrenza.²⁰ Con specifico riguardo

ed antidoto, cura e malattia, legge e violenza, si rimanda a E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Bari, 2002, 97 ss.

²⁰ Sul punto, la letteratura è sterminata. Il dibattito intorno al rapporto tra proprietà intellettuale (*IPRs*) e concorrenza (*antitrust*) è particolarmente dibattuto e si avvicinano posizioni eterogenee in dottrina. Una prima impostazione postula una parziale incompatibilità tra discipline ritenendo che la proprietà intellettuale vada protetta e garantita, in nome della garanzia alla remunerazione degli investimenti e dell'iniziativa economica privata. Favorevole a detta impostazione è G. SENA, *I diritti sulle invenzioni e i modelli di utilità*, Milano, 2011, 23; Id., *Beni materiali, beni immateriali e prodotti industriali: il complesso intreccio delle diverse proprietà*, in *Riv. dir. ind.*, 2004, I, 58 sottolinea come «il problema, insomma, non è quello della relazione fra proprietà e godimento, ma piuttosto quello della relazione tra proprietà e sistema produttivo»; C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, Bologna, 2004, 200; H. HOVENKAMP, *IP and Antitrust: Errands into the Wilderness*, University of Iowa, Iowa City, 2009, 16. Una seconda impostazione guarda al rapporto tra *IPRs* e *antitrust* in una logica di naturale ed intrinseca conflittualità, affermando una tendenziale prevalenza della disciplina della concorrenza, a fronte dell'importanza ricoperta dal c.d. benessere dei consumatori (G. GHIDINI, *On The 'Intersection' Ip/Competition*, in *Antitrust & Public Policies*, 2019, in *a-p-review.com/article/view/12889/11665*; Id., *Collisione? Integrazione? Appunti sulla intersection fra diritti di proprietà intellettuale e disciplina(e) della concorrenza*, in *Merc. conc. regole*, 2005, 247; G. PITRUZZELLA, *Proprietà intellettuale e concorrenza*, Napoli, 2016.) Questa linea di pensiero è avallata dall'impegno delle istituzioni europee, che in più occasioni evidenziano tale impostazione: v. Comunicazione della Commissione 8 luglio 2009, *Sintesi della relazione relativa all'indagine sul settore farmaceutico*, in *ec.europa.eu*, e Comunicazione della Commissione, 28 gennaio 2019, *Applicazione delle norme sulla concorrenza nel settore farmaceutico (2009-2017)*, *ivi*. Un terzo orientamento ritiene che i due sistemi di norme non siano in conflitto tra loro, propugnando una loro integrazione volta a proteggere e promuovere l'innovazione. Questa posizione "olistica" presuppone chi il tutto sia diverso dalla somma delle singole parti, per cui il diritto di proprietà intellettuale reca in sé già gli elementi per favorire la concorrenza. S. MARULLO DI CONDOJANNI, *Abuso del diritto e proprietà industriale: il mercato farmaceutico*, Napoli, 128; M. MAGGIOLINO, *Intellectual property and antitrust. A comparative economic analysis of US and EU law*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar Publishing, 2011, 153; R. PARDOLESI e M. GRANIERI, *Proprietà intellettuale e concorrenza: convergenza finalistica e «liaisons dangereuses»*, in *Foro it.*, 2003, 193 ss. Sui rapporti tra l'interesse del titolare dell'IP e quello dei consumatori allo sviluppo della libera concorrenza si v., come *leading case*, Corte Gius., IMS Health GmbH & Co. OHG, C-418/01, 29 aprile 2004, in www.curia.europa.eu. Inoltre, occorre considerare che le riferite posizioni in letteratura non esauriscono le possibili declinazioni di questo rapporto. In tal senso, una posizione di particolare interesse è quella rivolta a cogliere interazioni tra le norme di diverse famiglie giuridiche e il ruolo dei diritti umani nello sviluppo di un quadro giuridico equilibrato della proprietà intellettuale. In modo particolare questo dibattito è stato dominato dalle preoccupazioni sulle implicazioni dei prodotti farma-

immateriali. Il diritto d'autore nell'era digitale, in *Rass. dir. civ.*, 2006, 899 ss., spec. 901, il quale rileva che «l'art. 810 c.c. evoca, nel riferimento alle cose, l'idea statica del bene, colto nel suo valore d'uso, una visione invece dinamica del bene ne sposta l'attenzione verso il 'valore' di scambio, verso il profilo patrimoniale (ex art. 2740 c.c.)». Tali ricostruzioni dottrinarie partono da una prospettiva "ontologica", incentrata sull'oggettività, ovvero sulla circostanza che i beni siano identificati dall'ordinamento «in ragione della loro potenzialità e non del loro sfruttamento», così, A. GAMBARO, *I beni*, Milano, 2012, 67 ss.; concordemente e più recentemente, F. PIRAINO, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 459.

¹⁷ C. CAMARDI, *Cose, beni e nuovi beni*, cit., 967.

¹⁸ Sulla nozione di farmaco e sulla classificazione delle varie tipologie di farmaci, su tutti, si v. G.F. FERRARI e F. MASSIMINO, *Diritto del farmaco. Medicinali, diritto alla salute, politiche sanitarie*, Bari, 2015, 11 ss. e M.P. GENESIN, *La disciplina dei farmaci*, in *Salute e sanità*, in *Trattato di biodiritto* Rodotà e Zatti (diretto da), a cura di R. Ferrara, Milano, 2010, 626 ss.

¹⁹ La circolazione del farmaco è disciplinata dalla dir. CE/83/2001, recante il Codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, recepito nel nostro ordinamento con d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219 (Codice Comunitario medicinali uso umano), il quale all'art. 1, comma 1, lett. a) fornisce la definizione di «medicinale». Si noti come la normativa usi il concetto di medicinale e non di farmaco: sull'ambivalenza del concetto platonico di *pharmakon*, inteso ad un tempo come veleno

poi ai vaccini, questo tipo di medicinale è ricompreso nell'ambito di quelli immunologici e, in modo particolare, insieme a tossine e sieri, comprende gli agenti impiegati allo scopo di indurre un'immunità attiva o un'immunità passiva e gli agenti impiegati allo scopo di diagnosticare lo stato d'immunità.²¹ All'interno del settore farmaceutico, invero, il comparto vaccinale è caratterizzato da una serie di peculiarità. In punto di profittabilità delle imprese, è lontano il tempo in cui i vaccini rappresentavano l'anello debole della catena farmaceutica: oggi più che mai, si tratta in realtà del segmento con la più alta redditività nell'industria del farmaco e dalle dimensioni in crescita progressiva.²² Nei vaccini di nuova generazione agli elevati livelli di complessità brevettuale (con coperture che, oltre al principio attivo, possono riguardare anche una pluralità di elementi coadiuvanti o relative a modalità di somministrazione), si accompagna la mancanza di percorsi prestabiliti da parte delle autorità competenti per la «genericazione» dei vaccini e da fenomeni di differenziazione di prodotti in base a ceppi e/o sierotipi, da cui potrebbe conseguire la non sostituibilità tra loro di vaccini destinati alla prevenzione di una medesima tipologia.²³ È di palese evidenza che simili peculiarità contribuiscano a rendere particolarmente difficile lo sviluppo di una concorrenza tra prodotti, in particolare in quella tra produttori di farmaci originari e le loro versioni equivalenti (c.d. generici).²⁴ Tali considerazioni in-

ceutici protetti da brevetti e dagli effetti negativi, di esclusione, che possono risultare in termini di accesso ai medicinali e di diritto alla salute come conseguenza dei diritti conferiti al proprietario di un brevetto: a tal proposito si rinvia D. MATTHEWS, *The Right to Health and Patents*, in *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, a cura di C. Geiger, Cheltenham UK, Edward Elgar Publishing, 2015, 496 ss.; J. WILLS, *Intellectual Property, the Right to Health and the Global Access to Medicines Campaign*, in *Contesting World Order?: Socioeconomic Rights and Global Justice Movements*, a cura di J. Wills, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 151-195.

²¹ Si veda, al riguardo, l'art. 1, comma 1, lett. c) d. lgs. 24 aprile 2006, n. 219, in tema di «Attuazione della direttiva 2001/83/CE (e successive direttive di modifica) relativa ad un codice comunitario concernente i medicinali per uso umano, nonché della direttiva 2003/94/CE». In dottrina, si rinvia alla riflessione al riguardo di G. PITRUZZELLA e L. ARNAUDO, *Vaccini, mercati farmaceutici e concorrenza, in una prospettiva (anche) di diritti umani*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 1 ss.

²² Nel periodo compreso tra maggio 2015 e maggio 2016, l'AGCM ha condotto l'indagine *IC50-Mercati di vaccini per uso umano* [<https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2016/5/alias-8252>]. La ricerca – che non ha riguardato i vaccini antiinfluenzali – è stata indotta dalla percezione che, il settore farmaceutico sia attraversato da una complessa convergenza tra dinamiche industriali di portata internazionale e politiche sanitarie nazionali.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Il rapporto tra produttori di farmaci originari e produttori di farmaci generici è affrontato con un'attenzione dettagliata alla

casistica nella Comunicazione della Commissione, 8 luglio 2009, *Sintesi della relazione relativa all'indagine sul settore farmaceutico*, cit.; v., altresì, Comunicazione della Commissione 28 gennaio 2019, *Applicazione delle norme sulla concorrenza nel settore farmaceutico (2009-2017)*, cit. Si rileva, in punto di progressione della disciplina normativa che dal 1 luglio 2019 è in vigore il Regolamento UE n. 933/2019 che introduce la cosiddetta «SPC manufacturing waiver» ovvero l'eccezione che consentirà ai produttori di farmaci generici di fabbricare prodotti brevettati durante la validità dei certificati protettivi complementari, manifestando in tal senso una posizione favorevole a garantire l'accesso al mercato ai produttori di farmaci generici.

ducono a riflettere sull'opportunità di una operazione tassonomica sui farmaci che manifesta una diversa rilevanza dei vaccini o anche di farmaci innovativi (*blockbusters*) o salva-vita rispetto ad altre classi di farmaci (come farmaci da banco): per questa classe di medicinali, evidentemente, gli interessi emergenti sono direttamente riconducibili a condizioni basilari di salute e di prosecuzione stessa della vita. È lapalissiano come siffatta affermazione abbia ricadute dirompenti in punto di qualificazione giuridica dei vaccini come beni. Sul piano delle categorie giuridiche, questa classe di medicinali immunologici esige un inquadramento che, ragionando in termini di titolarità e godimento, privilegi la destinazione del bene rispetto alle caratteristiche materiali della cosa. In tal senso, al fondo del procedimento di qualificazione giuridica residuano gli interessi che funzionalizzano la disciplina e la destinazione impressa al bene.²⁵ Ciò che cambia è propriamente la rilevanza della titolarità di questi interessi che se prima era relativa soprattutto alle situazioni di tipo proprietario, oggi supera il rapporto di titolarità per far prevalere il potere di godimento che può essere legittimamente riconosciuto e garantito anche a soggetti che proprietari non sono, ma che

casistica nella Comunicazione della Commissione, 8 luglio 2009, *Sintesi della relazione relativa all'indagine sul settore farmaceutico*, cit.; v., altresì, Comunicazione della Commissione 28 gennaio 2019, *Applicazione delle norme sulla concorrenza nel settore farmaceutico (2009-2017)*, cit. Si rileva, in punto di progressione della disciplina normativa che dal 1 luglio 2019 è in vigore il Regolamento UE n. 933/2019 che introduce la cosiddetta «SPC manufacturing waiver» ovvero l'eccezione che consentirà ai produttori di farmaci generici di fabbricare prodotti brevettati durante la validità dei certificati protettivi complementari, manifestando in tal senso una posizione favorevole a garantire l'accesso al mercato ai produttori di farmaci generici.

²⁵ «Per effetto di siffatti interessi si è così approdato, ad una definizione di bene giuridico che si discosta dalla interpretazione letterale dell'art. 810 c.c. assegnando un ruolo centrale al concetto di interesse: si è cioè capovolta la definizione considerando bene giuridico qualunque entità che soddisfi un interesse meritevole di tutela. Ciò perché, si è osservato, la stessa cosa può essere punto di riferimento oggettivo di interessi differenti cioè può rappresentare il sostrato materiale di diversi beni giuridici e, di conseguenza, la disciplina di essi può essere diversificata». Tale è il risultato concettuale a cui giunge A.C. NAZZARO, *Nuovi beni tra funzione e dogma*, in *Cont. impr.*, 2013, 1014 ss., spec. 1018, dedicando una parte dello scritto a chiarire come i mutamenti della realtà sociale abbiano contribuito sensibilmente a tale cambio di prospettiva. Precedentemente, non manca infatti di rilevare P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 333 ss. come «beni in senso giuridico sono anche quelle cose non suscettibili di acquisto le quali, pur essendo *extra commercium*, sono comunque punti di riferimento oggettivo di più di una situazione giuridica – non necessariamente diritto soggettivo – anche di tipo non patrimoniale».



hanno un interesse qualificato.²⁶ Posto che il godimento del bene può e deve essere garantito anche a terzi soggetti, i poteri del proprietario risultano così conformati al fine di garantire la possibilità di esercizio diffuso del potere stesso. In effetti, si tratta di un modo di intendere la proprietà e i beni in maniera funzionale, rispetto al quale emerge l'idea di una «cristallizzazione del valore d'uso» e di una «conseguente stabilizzazione funzionale apprezzabile in termini di destinazione in senso tecnico».²⁷ La disciplina, pertanto, muta non in ragione della cosa ma in ragione degli interessi che l'utilizzazione della cosa è destinata a soddisfare.²⁸

Si assiste così ad una transizione da una visione *esclusiva* della proprietà, che presiede la logica sottesa al processo di brevettazione e di tutela dei diritti di proprietà intellettuale, ad una visione fortemente *inclusiva* della stessa, che in questa accezione rileva in termini di valore d'uso e non semplicemente in termini di valore di scambio. In questo senso acquistano rilievo i beni e la loro qualificazione non per i poteri che il proprietario (sia esso pubblico o privato) può esercitare su di essi (secondo il modello tradizionale di oggettivazione, come sottoposizione alla volontà e quindi riduzione al valore di scambio)²⁹, ma per l'emersione di logiche di valorizzazione di quella risorsa che, entrando in conflitto tra loro, consentono che assurga a bene

giuridico. Va condivisa pertanto, a fronte di tale premessa, quell'impostazione che riconosce nel processo di valorizzazione discorsiva un nuovo livello di astrazione, in grado di comprendere il campo del conflitto sistemico (di logiche distinte).³⁰ La strategia di valorizzazione è dipendente dalla tipizzazione degli usi di quella stessa risorsa, che consente la qualificazione della stessa quale bene giuridicamente rilevante, contribuendo altresì, in maniera sostanziale, alla complessità dell'intera situazione giuridica soggettiva, anche nella previsione di limitazioni intrinseche al potere di disposizione.

Le suindicate logiche di valorizzazione sottendono interessi qualificati³¹ che rilevano evidentemente non nell'ottica individualista della signoria del proprietario, quanto in una prospettiva di attuazione della «funzione sociale» del diritto richiesta dall'art. 42 cost., che di fatto «esprime proprio l'orientamento della disciplina dell'appartenenza e dell'utilizzazione dei beni allo sviluppo della persona»³². In tal senso, allora, il bene farmaco, in *specie* i vaccini, non si limitano a farsene portatori, ma diventano essi stessi *funzione sociale*, contribuendo ad attuare il disposto normativo di cui al richiamato art. 42, comma 2 cost., letto necessariamente in combinato con gli artt. 2-3-32 cost. in tema di tutela della persona, dell'eguaglianza sostanziale e della salute, intesa in senso collettivo. Si insiste, così, sul carattere strumentale dei vaccini col diritto fondamentale al quale risultano collegati funzionalmente, a fronte del loro essere «necessari per garantire alle

²⁶ Afferma che la proprietà (e i diritti reali in genere) non esauriscono tutte le forme di appartenenza P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, 1970, 102 ss.

²⁷ Benchè su un problema diverso, devono considerarsi i rilievi di R. DI RAIMO, *La «proprietà» pubblica degli enti privati senza scopo di lucro: intestazione e gestione dei beni culturali*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 1101 ss., spec. 1109 s., il quale rileva che «le cose in maggioranza nascono tutte come beni ordinari, ovvero come beni mercantili. Nel tempo, è impossibile individuare un momento preciso, il bene cambia: con l'uso, non in conseguenza di un atto puntuale. A cambiare non è ovviamente la cosa – che è sempre la stessa – ma l'interesse collocato ad epicentro della situazione giuridica della quale il bene è terminale oggettivo. La nuova qualificazione (non opera ma) presuppone il riconoscimento di una cristallizzazione del valore d'uso e una conseguente stabilizzazione funzionale del bene apprezzabile in termini di destinazione in senso tecnico». Si tengano in particolare considerazione le riflessioni di A. GAMBARO, *Ontologia dei beni e jus excludendi*, cit., 16-17 quando evidenzia come «la conformazione dei diritti dominicali da parte dell'ordinamento muove certamente nella direzione di massimizzare l'interesse generale, ma tale impegno presuppone una razionalità delle scelte pubbliche che può realizzarsi solo coniugando l'analisi delle utilità che i beni, materiali o immateriali, possono generare, con il vantaggio di interessi che appaiono degni di tutela secondo una scala di valori, la quale, a sua volta, non può altro che essere tratta dalla carta costituzionale».

²⁸ A.C. NAZZARO, *Nuovi beni*, cit., 1019; ancora, ID., *Oggettività giuridica dei beni produttivi – Contributo allo studio dei rapporti di affitto*, Napoli, 2002.

²⁹ V. *retro* nota 16.

³⁰ Metodologicamente illuminante in tal senso la riflessione di P. FEMIA, *Il campione biologico come oggetto di diritti. Bene giuridico e processi di valorizzazione*, in *Lo statuto etico-giuridico dei campioni biologici umani*, a cura di D. Farace, Atti del Convegno, Università di Roma "Tor Vergata", 07.07.2016, 187 ss. che opportunamente chiarisce come siffatto «paradigma [...] offre il vantaggio di collocare dialetticamente il momento teorico generale entro lo stesso processo conflittuale che aspira a regolare. [...] Identificare una serie di utilizzazioni giuridicamente lecite e costituire il loro complesso come valorizzazione di un bene. Il punto di incidenza di queste utilizzazioni diviene bene giuridico proprio in conseguenza del processo di valorizzazione; e la valorizzazione e il momento di confluenza di un conflitto: quello, appunto, tra diverse logiche» (200-201).

³¹ «È l'interesse, non la cosa, definisce la disciplina» lapidaria è l'affermazione di A.C. NAZZARO, *Nuovi beni*, cit., 1018.

³² G. CARAPEZZA FIGLIA, *Premesse ricostruttive del concetto di beni comuni nella civilistica italiana degli anni Settanta*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 1080 ss. Coerentemente, con la detta convinzione, non può, a tale riguardo, non richiamarsi la posizione di S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., 240, ove si ravvisa proprio nella funzione sociale «l'elemento che modifica la struttura tradizionalmente riconosciuta alla proprietà». La linea evolutiva della «funzione sociale della proprietà» è tracciata utilmente da A. IANNARELLI, *Funzione sociale della proprietà e disciplina dei beni*, in *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, a cura di F. Macario e M. N. Minetti, 2017, 33 ss.



persone il godimento dei diritti fondamentali e per individuare gli interessi collettivi, le modalità di uso e di gestione dei beni stessi».³³

Questa classe di farmaci, ancor più degli altri e tanto più nell'attuale momento storico di emergenza sanitaria mondiale, è strumentalmente connessa al diritto alla salute collettiva e alla vita stessa, al punto che l'accesso ad essi non solo rappresenta un diritto fondamentale della persona ma, in una logica di preminenza della categoria dell'«essere» a quella dell'«avere»,³⁴ necessita la loro sottrazione a condotte lucrative speculative da parte delle imprese farmaceutiche.

4. Il diritto di accesso ai farmaci e la logica inclusiva della proprietà.

Assumendo il farmaco come risorsa posta a crocevia di usi che nel loro complesso – tipizzandosi – contribuiscono al momento di valorizzazione, emerge la strumentalità del diritto di accesso al farmaco alla realizzazione di interessi meritevoli di protezione. Ciò si incontra/scontra con la circostanza che il farmaco è, al contempo, oggetto di rapporti economici, intorno ai quali ruotano ingenti capitali ed interessi lucrativi. La prospettiva evocata consente così di cogliere l'importanza del sistema di regolazione del mercato farmaceutico e la necessità che la produzione e la distribuzione dei farmaci – e così, anche dei vaccini – debbano essere regolate alla luce della loro funzione sociale.

Come diritto, l'accesso si presenta comprensivo di una pluralità di prospettive, intorno alle quali gravitano molteplici interessi. Abbraccia, invero, la tutela del diritto alla concorrenza, quando si declina nella garanzia all'accesso di produttori di farmaci generici nel mercato; la tutela del diritto all'innovazione, nella libertà di ricerca e nella ga-

ranzia degli investimenti e dei sistemi produttivi, ma, sopra ogni cosa, è nel collegamento col diritto alla vita e alla salute (anche collettiva) che assume rilievo fondamentale.³⁵ Diviene così indispensabile accordare tutela al diritto di accesso a farmaci essenziali o salva-vita; garantire incentivi per lo sviluppo di farmaci orfani; regolare la disponibilità di vaccini, tanto più nell'attuale momento di emergenza sanitaria dove prioritario è consentire l'accesso equo e solidale al vaccino Covid-19.³⁶ Volgendo lo

³⁵ Cfr. P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, 105 secondo il quale «la salute ha rilievo anche nei rapporti intersoggettivi, quale parametro della liceità e della illiceità dei comportamenti e della meritevolezza dell'attività in senso lato dell'uomo. Essa è nozione esprimibile non soltanto dal punto di vista strettamente sanitario, ma anche da quello comportamentale, sociale ed ambientale». La spiccata valenza teleologico-funzionale del diritto di accesso al farmaco non si riduce alle strutture giuridiche in cui pure si declina e si attua, ma allarga l'orizzonte conoscitivo del giurista verso «un'immagine di legalità aperta, una legalità che favorisca l'accesso all'esperienza metastrutturale», ovvero quell'«esperienza della protesta come formazione umana mediante diritti fondamentali»: propone la riflessione in siffatti termini, P. FEMIA, *Una finestra sul cortile. Internet e il diritto all'esperienza metastrutturale*, in *Internet e diritto civile*, a cura di L. Ruggeri e C. Perlingieri, Napoli, 2015, 71, anche quando afferma che «si accede esigendo un diritto fondamentale, esperienza della protesta come formazione umana mediante diritti fondamentali; si accede, allora, al sogno dell'esperienza meta-strutturale, all'impossibile evasione dalle strutture che produce, proprio perché impossibile, la forza che quelle strutture continuamente cambia. E nel loro cambiamento crea non la libertà, ma la liberazione». Sollecita, con particolare premura, i civilisti a rimeditare in termini di «salute collettiva», P. FEMIA, quando opportunamente sostiene come «il pubblico quale organizzazione della domanda privata di salute ha finito per corrompere l'immagine giuridica del diritto soggettivo: la salute, costruita unicamente nella prospettiva della richiesta del paziente di terapie e farmaci, ha generato un modello iper-privatistico, dominato dal mercato sanitario», disponibile all'URL <https://tinyurl.com/9j38477c>.

³⁶ È in tal senso, peraltro, che si diffondono nei documenti sovranazionali proclamazioni importanti. Lo sforzo di leggere il fenomeno in siffatta dimensione si pone in linea con la normativa europea e con quella internazionale applicabile in materia di salute della persona, nella sua dimensione collettiva. Nel primo caso, si tratta dell'art. 2 (che prevede la prevalenza dell'essere umano sul solo interesse della società o della scienza) e dell'art. 3 (che stabilisce l'impegno degli Stati membri di adottare ogni misura necessaria per poter garantire un equo accesso alle terapie) della Convenzione di Oviedo sulla Biomedicina e sui Diritti Umani del 1997. Nel secondo, il riferimento è all'art. 12, commi 1 e 2, lett. d), del Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali. Secondo tali disposizioni (che costituiscono lo sviluppo dei principi presenti nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948), è necessario che ciascuno Stato fornisca l'assistenza medica in riferimento ad ogni tipologia di affezione. Ciò, in relazione all'obbligo, in capo allo stesso, di assicurare il più alto standard di salute che sia possibile conseguire. Nel contesto del relativo adempimento, lo Stato deve tener conto tanto della fissazione del prezzo di ogni tipologia di farmaco, tanto della possibilità di prevedere esenzioni. Nell'ordine internazionale, peraltro, la lettura dell'Accordo TRIPs rivela la pre-

³³ S. RODOTÀ *op. ult. cit.* 468. Belle, inoltre, le suggestioni di L. NIVARRA, *La funzione sociale della proprietà*, cit., 503 ss.

³⁴ Sull'importanza del necessario connubio tra le regole del mercato e i valori su cui si fonda la nostra Repubblica vedasi P. PERLINGIERI (a cura di), *La tutela del consumatore tra liberalismo e solidarismo*, in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, 305 ss., il quale critica l'impostazione mercatoria del diritto a favore di una concezione del mercato che tenga conto della socialità e della solidarietà. L'a. osserva, infatti, che «una concezione contrattualistica o pancontrattualistica dei consumi non realizza la tutela dei soggetti deboli, si ché accanto ad un'impostazione mercatoria del diritto vi deve essere una prospettiva di depatrimonializzazione dei rapporti privati. Il consumatore non è categoria che possa avere autonoma rilevanza e dunque non si può avere una società fondata esclusivamente sui consumi». Il mercato non ha solo le *sue* regole e questo è confermato dall'art. 41 cost. che al secondo e al terzo comma parla di utilità sociale e di rispetto della sicurezza, della libertà e della dignità umana.



sguardo al formante giurisprudenziale, l'esperienza delle Corti annovera precedenti in tal senso illuminanti.³⁷ Ad esempio, nel 2013, la Corte Suprema dell'India ha risolto una controversia riguardante il diritto di una casa farmaceutica di fissare liberamente il prezzo di un farmaco nel senso di assicurare che la tutela del diritto fondamentale alla salute prevalesse sull'interesse proprietario alla tutela del brevetto. Più specificamente, ha stabilito che, dopo il termine di scadenza del brevetto, il principio attivo di un medicinale antitumorale (il Glivec) dovesse cadere nel *public domain* e non potesse essere nuovamente monopolizzato per effetto di marginali miglioramenti operati dal detentore della privativa.³⁸ Ancor prima, si registra la tristemente nota vicenda "Hazel Tau vs Glaxo and Boehringer".³⁹ Du-

rante la disastrosa epidemia di AIDS degli anni '90, il Sudafrica ha registrato un numero immane di morti per il virus. Nell'ottobre 2003, la Commissione antimonopoli fu chiamata a decidere se coloro che agivano in giudizio contro le industrie Glaxo-SmithKline fossero titolari di un effettivo diritto di accesso alle cure mediche per l'HIV. Gli attori fondavano le loro rivendicazioni sul fatto che le suddette case farmaceutiche, avendo aumentato in modo eccessivo il prezzo dei farmaci antiretrovirali a danno dei consumatori, avevano violato l'art. 8 del *Competition Act* del 1998. Si accusavano, così, le imprese farmaceutiche di aver violato i diritti umani, in quanto il prezzo eccessivo dei farmaci antiretrovirali fu causa della morte prematura, prevedibile ed evitabile delle persone affette da HIV/AIDS, sia adulti che bambini. Con un esito inaspettato, pur riconoscendo alle imprese l'ammortizzazione dei costi per la ricerca scientifica, la causa venne vinta dai pazienti affetti da AIDS.⁴⁰ I casi richiamati, a titolo del tutto esemplificativo, contribuiscono a far emergere il legame intercorrente tra la possibilità di accedere liberamente ed in condizioni di eguaglianza a determinati beni primari (nel caso, farmaci salvavita) e lo sviluppo della persona, in considerazione della circostanza che i farmaci, letti nella più ambiziosa prospettiva dei 'beni comuni', rappresentano elemento costitutivo di quel grande bene individuale e collettivo che è la salute. Se, allora, un bene esprime utilità funzionali all'esercizio di diritti fondamentali, la sua fruizione collettiva deve essere assicurata, indipendentemente dal profilo della titolarità formale e dalla sussistenza di specifici *property rights* su di esso. Si profila, in tal senso, una nuova accezione di 'accesso', che asseconda una logica inclusiva della proprietà⁴¹ e risulta finalizzata alla realizzazione della fruizione collettiva della *res*.⁴²

senza di deroghe che consentono di rinvenire elementi favorevoli all'accessibilità ai farmaci, facilitata dal sistema delle eccezioni generali (art. 30 Accordo TRIPs) e dalle c.dd. "flessibilità" aperte agli Stati membri dell'OMC (art. 31 Accordo TRIPs). Nello stesso senso si iscrivono i negoziati dei membri dell'OMC: prima tra tutti, la Conferenza di Doha. Per una riflessione più approfondita sia consentito il riferimento a A. VIVARELLI, *Il diritto di accesso al farmaco tra persona e mercato*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 1/2020, 104 ss. e Id., *Vaccini e 'beni comuni per la salute': utopia o distopia?*, in *Norme giuridiche e prassi sanitaria. Diritto internazionale e diritto interno alla prova del Covid-19*, S. Angioi e S. Cappabianca (a cura di), Napoli, 2021, pp. 229-252 ed ivi ampi riferimenti bibliografici. E. YAMIN, *Not just a tragedy: Access to Medications as a Right Under International Law*, in *Boston International Law Journal*, 2003, 440, dove si sottolinea che il paradigma del diritto umano deve essere rilevante per la questione del diritto di accesso al farmaco. La legge dovrebbe limitare la restrizione dell'accesso al farmaco attraverso l'aumento dei prezzi, lo Stato dovrebbe fornire rimedi alle pratiche anticompetitive contro gli abusi del brevetto e l'accesso al farmaco generico dovrebbe garantire ad un maggior numero di persone l'accesso al farmaco. Il concetto di diritto umano viene utilizzato nel senso generalmente attribuito ai diritti fondamentali. In una prospettiva pubblicistica che propugna la necessità di un sistema premiale dei prezzi in base all'innovazione quello strumento per favorire l'accesso ai farmaci, v. A. CAUDURO, *L'accesso al farmaco*, Torino, 2017.

³⁷ Oltre ai casi richiamati, si veda anche <https://www.medicisenzafrotiere.it/news-e-storie/news/il-brasil-respinge-la-richiesta-di-brevetto-un-farmaco-essenziale-contro-l'hiv-aids/>; [cameara.it/temi/ap/t/news/post-OCD15-12883](https://www.cameara.it/temi/ap/t/news/post-OCD15-12883)

³⁸ Su questa vicenda si vedano le considerazioni di G. MORGESE, *Accordo Trips ed esclusione dalla brevettabilità di alcune invenzioni farmaceutiche in India: osservazioni in margine al caso Novartis*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2/2013, 453 ss.

³⁹ Nel campo dei beni immateriali, sulle ripetute manifestazioni di protesta contro la politica delle multinazionali farmaceutiche in merito ai farmaci antiretrovirali, poi sfociate nella revisione del regime TRIPs, v. E. HOEN, *The Revised Drug Strategy: Access to Essential Medicines, Intellectual Property, and the World Health Organization*, in *Access to Knowledge in the Age of Intellectual Property*, a cura di G. Krikorian e A. Kapczynski, 2010, 127 ss. Cfr. M.D. VARELLA, *WTO, Intellectual Property and Aids: Case Studies from Brazil and South Africa*, in *Journal of World Intellectual Property*, 2004, 523-549. «On the challenges of making medicines affordable to all and of the

complexity of the movements that influence this access, exemplify the fluid boundaries of legal tools and their effects», si veda l'approfondita riflessione – articolata secondo l'approccio 'factual-based' (nello specifico con riguardo al Djibouti e al Ghana); E. CLOATRE, *Pills for the Poorest an Exploration of TRIPs and Access to Medication in Sub-Saharan Africa*, New York, 2013.

⁴⁰ H. KLUG, *Pharmaceutical production and access to essential medicines in South Africa*, in *Intellectual Property, Pharmaceuticals and Public Health*, a cura di K.C. Shadlen et al., Northampton, 2011, 52.

⁴¹ A. QUARTA, *Non-proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni*, Napoli, 2016.

⁴² S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., 468. L'a. rileva come l'accesso, anche in relazione al diritto al farmaco, sia da declinarsi come diritto fondamentale della persona, come tramite necessario tra diritti e beni, sottratto al paradigma proprietario. Nel complesso dibattito internazionale bellissime le suggestioni di B. MERCURIO, *Challenging Coerced Conformity in Pharmaceutical Patent Law: Promoting a Holistic Review*, in [International Review of Intellectual Property and Competition Law](https://www.internationalreviewofintellectualpropertyandcompetitionlaw.com/), 2020, 330 ss., il quale sollecita le giurisdizioni ad adottare un



5. La privatizzazione della conoscenza e la “tragedia” degli *anti-commons*.

| 760

Traghettondo il rilievo accordato alla funzione sociale impressa ai vaccini – come beni – emerge sul piano dell’attualità del dibattito giuridico l’imprescindibile rilevanza riservata ai c.dd. *commons*, non prima e non senza, tuttavia, aver analizzato l’impatto del processo di privatizzazione su un bene, come la conoscenza, e la reazione che, nel campo della teoria economica, esso provoca.

In una prospettiva epistemologica ampia, l’osservazione attenta della realtà circostante pare avvalorare l’ipotesi che la conoscenza⁴³, intesa in senso volutamente ampio, non rappresenti solo uno dei principali fattori della produzione, ma tenda ad essere sempre più attratta in un processo di mercificazione. Sul piano del diritto propriamente industriale, a questo progressivo processo di *commodification* si accompagna quello di *privatizzazione*. Si ché, per scelta istituzionale si introducono nuovi *property rights* in relazione a beni tendenzialmente soggetti ad un regime di libero accesso o comunque sottratti alla circolazione onerosa, secondo un meccanismo di legittimazione incentrato sull’equiparazione della conoscenza ad una merce.⁴⁴

approccio olistico alla legge sui brevetti farmaceutici invece di guardarla semplicemente dalla lente della legge sui brevetti e a respingere il sistema di “conformità forzata” che semplicemente trapianta le misure massimaliste della PI nella legge locale senza nemmeno tentare di adattare le misure alle priorità o alla struttura locale. Un tale approccio porrebbe meglio le giurisdizioni a bilanciare efficacemente obblighi, efficienza, costi e accesso ai farmaci per la popolazione.

⁴³ In una logica di ricomprensione della conoscenza nel novero dei beni comuni si vedano le considerazioni di J. YAKOWITZ, *The tragedy of data commons*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 25, 2011, 1-68; come pure, J.E. STIGLITZ, *Knowledge as a Global Public Good*, in *Global Public Goods, International Cooperation in the 21st Century*, a cura di I. Kaul, I. Grunberg e M. Stern, Oxford, 2003, 307, 314; C. HESS e E. OSTROM, *Ideas, Artifacts, and Facilities: Information as a Common-Pool Resource*, in *Law & Contemporary Problems*, 2003, 114 ss. Nel dibattito interno, uno delle voci dottrinali più sensibili al tema è di G. RESTA, *La conoscenza come bene comune: quale tutela?*, in *personaedanno.it*, 8 Novembre 2012; ID., *La privatizzazione della conoscenza e la promessa dei beni comuni: riflessioni sul caso “Myriad Genetics”*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 283.

⁴⁴ Sulla base della premessa per cui l’economia dell’informazione esalta il valore economico dell’immaterialità e ne richiede una protezione “elevata” (cfr. Direttiva 2004/48/CE, *Considerando* n. 10; Direttiva 2001/29/CE, *Considerando* nn. 4 e 9)8, pressoché tutti gli ordinamenti occidentali hanno perseguito, negli ultimi venti anni, una chiara strategia d’ampliamento in senso orizzontale e verticale dei diritti di privativa su beni incorporeali. Per i necessari riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, si v. la riflessione di ampio respiro di G. RESTA (a cura di), *Nuovi beni immateriali e numerus*

Ove si assuma la *conoscenza farmacologica* in termini di *bene*, siffatto meccanismo sintetizza, sul piano della fenomenologia nel settore farmaceutico, il processo di brevettazione dei trovati. Tanto è giustificato dall’esigenza di remunerazione degli investimenti fatti dal titolare del diritto di privativa, ad assolvimento del principio di iniziativa economica privata, in considerazione della naturale inefficienza dei regimi di libero accesso all’informazione e del ricorso al sistema dei diritti esclusivi limitati nel tempo, come imprescindibile meccanismo di stimolo all’innovazione.⁴⁵ Ripercorsa in siffatti termini, la questione riporta il fulcro della riflessione sul paradigma della *tragedia* dei *commons*, vividamente descritta nelle celebri pagine del biologo Garret Hardin,⁴⁶ dovendosi tuttavia adattare alle peculiari caratteristiche dei beni in questione. Mentre, infatti, nell’ambito dei beni materiali tale «tragedia» s’identificherebbe con l’eccessivo sfruttamento e, dunque, con la completa consumazione delle risorse; nel campo dei beni immateriali, dati i caratteri di non escludibilità e non rivalità nel consumo dell’informazione, la scarsità deriverebbe da un’insufficiente produzione di tali beni. Più propriamente la tragedia relativa agli *anti-commons* si presenta quando «una moltitudine di proprietari sono dotati del diritto di escludere altri dall’utilizzo della risorsa scarsa» e questo mancato sfruttamento di fatto lede il benessere di altri individui o quello sociale⁴⁷. Al riguardo, è stato autorevolmente osservato come «il processo di ‘privatizzazione’ delle risorse immateriali viene correntemente giustificato in base al paradigma ‘neutro’ delle scelte razionali, ma presenta in realtà gravi implicazioni sociali e re-

clausus dei diritti esclusivi, in *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2010, 3 ss., 15; ID., *La privatizzazione della conoscenza*, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁵ Cfr., per tutti, gli studi di H. HOVENKAMP, *IP and Antitrust*, cit., 16.

⁴⁶ G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, cit., 1968 ss.

⁴⁷ «We have millennia of practice in spotting tragedies of overuse. When too many people fish, fisheries are depleted. When too many people pollute, we choke on dirty air. Then, we spring into action with market-based, cooperative, and legislative solutions. But underuse caused by multiple owners is unfamiliar. The affected resource is hard to spot. Our language is new. Even though a tragedy of the anti-commons may be as costly to society as the more familiar forms of resource misuse, we have never noticed, debated, or learned how to fix underuse. As a first step, we need to name the phenomenon: the tragedy of the anti-commons should join our lexicon»: letteralmente, M.A. HELLER, *The tragedy of the anticommmons*, in *The Wealth of the Commons*, a cura di David Bollier e Silke Helfrich, 2013, disponibile all’indirizzo <http://wealthofthecommons.org/essay/tragedy-anticommmons>;

ID., *The Tragedy of the Anticommmons: Property in the Transition from Marx to Markets*, in *Harvard Law Review*, 111, 1998, 621 ss.; ID. (a cura di), *Commons and Anticommmons*, London, 2010.



distributive che, come emblematicamente evidenzia la tematica dell'accesso ai farmaci anti-retrovirali coperti da brevetto, non possono essere né sottovolute, né sottaciute». ⁴⁸ L'applicazione del criterio dell'efficienza, propria degli studi di analisi economica del diritto, induce ad esprimere serie preoccupazioni rispetto ai rischi dell'introduzione di barriere troppo elevate in ordine alla circolazione di tali beni. In questo frangente, il ricorso alla tecnica dell'esclusiva, che nel mercato del farmaco assiste il diritto del titolare della privativa, si presenta intimamente problematico, dal momento che se non adeguatamente controllato «rischia di ipotecare le possibilità di sviluppo ed innovazione futura, neutralizzando i vantaggi derivanti dal progresso tecnologico e dall'accresciuta possibilità di condivisione di informazioni». ⁴⁹ Si prospetta, così, un ribaltamento del pensiero di Hardin: non si tratta più della tragedia dei *commons*, come esito da evitare con la concessione di *property rights*, ma della tragedia degli *anti-commons*, «quale effetto controfinale dell'eccessiva proliferazione di diritti esclusivi. Si creano nuovi titoli da scambiare sul mercato come strumento di sviluppo e crescita economica, ma ci si ritrova, per un tipico fenomeno di eterogenesi dei fini, nel pieno centro di una *gridlock economy*». ⁵⁰

6. Il paradigma dei beni comuni: dalle categorie tradizionali ad una nuova “razionalità”.

Al netto del contributo della teoria economica, la riflessione esige un'estensione dell'orizzonte conoscitivo per abbracciare la dibattuta e attuale tematica dei beni comuni. L'attenzione alla teorica sui beni comuni, come questione rilevante in termini politico-istituzionali appare, infatti, suscettibile di produrre un impatto innovativo e trasformativo laddove, consegnando la riflessione al dibattito giuridico, intende superare il tradizionale binarismo della proprietà pubblica/privata e riportare l'attenzione sulle concrete modalità di una loro fruizione collettiva. ⁵¹

⁴⁸ Testualmente, G. RESTA, *La privatizzazione della conoscenza*, cit., p. 287.

⁴⁹ G. RESTA, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁰ G. RESTA, *op. loc. ult. cit.*

⁵¹ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., 107 e U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, cit.; ID., *Having, Being, and the Commons*, in *Co-Designing Economies in Transition*, a cura di V.M.B. Giorgino e Z. Walsh, New York, 2018, 61 ss. Occorre precisare che, in tempi non sospetti, la stessa Corte costituzionale nella nota sentenza 20 marzo 1978, n. 20, cit. osserva come «la peculiarità della categoria dei beni immateriali, suscettibili di simultaneo e plurimo godimento (del resto lo stato di *res communis omnium* è quello definitivo di tutte le invenzioni, siano esse brevettabili o meno), sconsiglia ogni meccanica inserzione negli schemi della proprietà privata o pubblica ex art.

La tematica è assai complessa in quanto in essa convogliano implicazioni di varia natura, ad un tempo giuridiche, politiche, ideologiche e filosofiche. Nonostante la trasversalità di saperi che vi ruotano intorno, irriducibile è tuttavia la consapevolezza che il paradigma “beni comuni” non ha soltanto avuto il merito di sostanziare la rottura degli argini che separavano pubblico e privato, ma ha connesso lo studio dell'appartenenza all'analisi dei bisogni (umani e non). ⁵² Appartenenza collettiva e sottrazione a logiche di mercato e concorrenziali, rendono *comuni* quei beni materiali ed immateriali indispensabili per l'effettività dei diritti fondamentali, per il libero sviluppo della persona e per la loro conservazione nell'interesse delle generazioni future. La loro amministrazione esige che avvenga muovendo dal principio di solidarietà, ⁵³ per incorporare la dimensione del futuro in una logica di “sostenibilità inter-generazionale”. ⁵⁴ L'inclusione di un bene all'interno della categoria dei *commons* implica il suo assoggettamento ad una serie di vincoli e limiti, che in qualche modo possono essere ricondotti, dal

42, comma 1, cost. anche se per taluni aspetti l'assimilazione è possibile».

⁵² La letteratura è sempre più nutrita e il dibattito italiano è sicuramente il più fecondo. Si vedano le riflessioni che hanno fatto da apripista, S. RODOTÀ, *op. loc. ult. cit.*; U. Mattei, *Il benicomunismo e i suoi nemici*, cit.; ID., *Beni comuni. Un manifesto*, cit.; ID., *Having, Being, and the Commons*, cit., 61 ss.; M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, cit.; P. GROSSI, *I beni: itinerari tra “moderno” e “pos-moderno”*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 4/2012, 1059 ss.; A. QUARTA e M. SPANÒ (a cura di), *Beni comuni 2.0. Contro-egemonia e nuove istituzioni*, cit.; L. NIVARRA, *Quattro usi di “beni comuni”*, cit., 43-64; ID., *La funzione sociale della proprietà*, cit., 503 ss.

⁵³ Con riguardo ai meccanismi della solidarietà cosmopolita, si rinvia a S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014. Bellissime ed attuali le suggestioni di P. FEMIA, *Il dialogo Habermas-Günther riletto dalla cultura giuridica italiana. I civilisti (parte seconda): R. Natoli intervista Francesco Denozza e Pasquale Femia*, in *Giustizia insieme*, 2020 (online), quando afferma «tra i pochi fatti di felicità dell'intelletto di questo orrendo periodo dobbiamo ricordare la diffusa civile solidarietà della popolazione: il pericolo del contagio non ha prodotto la devastazione distopica, l'anarchica sopraffazione, che tanta narrativa aveva immaginato quale esito della modernità. Si è scoperta una nuova dimensione, nella quale l'attenzione al prossimo è data dalla distanza: una solidarietà, [...], introversa eppure forte. [...] La conseguenza giuridica immediata dell'introversione della solidarietà nella distanza è, per converso, il riemergere della dimensione collettiva della salute»: intervista all'a. disponibile all'URL <https://tinyurl.com/9j38477c>.

⁵⁴ V. S. RODOTÀ, *Verso i beni comuni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, 505-506. La proiezione “inter-generazionale” rappresenta il criterio che differenzia i beni comuni dai beni pubblici *tout court*, con i quali, secondo la logica sottesa ai lavori che hanno animato la Commissione Rodotà, condivide il criterio sostanziale del “fascio di utilità”, come valorizzazione del profilo teleologico ed elemento funzionale all'individuazione del regime giuridico più appropriato.



punto di vista della giustificazione gius-politica, entro il cono d'ombra della già evocata funzione sociale della proprietà (art. 42, comma 2 cost.).⁵⁵ Nel panorama giuridico, la riferita ricostruzione appare profondamente in sintonia con le sentenze gemelle, c.dd. di San Valentino, grazie alle quali la nozione di “beni comuni” – nella celeberrima definizione data dalla Commissione Rodotà⁵⁶ – è oggi parte integrante del dibattito giuridico italiano.⁵⁷ L'esito del percorso interpretativo della Cassazione è noto: «là dove un bene immobile, indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico, destinato alla realizzazione dello Stato sociale [...], detto bene è da ritenersi, al di fuori dell'ormai datata prospettiva del *dominium* romanistico e della proprietà codici-

stica, “comune” vale a dire, prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini». ⁵⁸ Si ché, il concetto di bene comune diviene la chiave di lettura per guardare ai beni oltre una visione prettamente dominicale per approdare, invece, ad una prospettiva personale-collettivistica.⁵⁹ In realtà, non si tratta semplicemente della rivisitazione di categorie giuridiche tradizionali, quanto dell'emergere di una nuova “razionalità” – testimoniata dalla presenza di figure di “commons” emergenti,⁶⁰ come nel caso dei c.d. *commons* urbani⁶¹ – che rinviene il suo fondamento nella connessione sempre più profonda tra persone e mondo esterno, ovvero tra interessi collettivi e retroterra non proprietario. In questa prospettiva, il rinvio alla funzione sociale istituisce un di-

⁵⁵ Sul rapporto intrattenuto dai “beni comuni” con l'art. 42 Cost. e, in particolare, con la funzione sociale, si rinvia allo scritto di L. NIVARRA, *I beni comuni uni e trini ed il capitalismo proprietario*, in *Jus Civile*, 2013, 599; ID., *Quattro usi di «beni comuni» per una buona discussione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, 43 ss. Sul legame che avvince la riflessione sui *commons* alla “funzione sociale della proprietà”, si v. M.R. MARELLA, *La funzione sociale oltre la proprietà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 4, 2013, 551 ss.; U. MATTEI, *Una primavera di movimento per la “funzione sociale della proprietà”*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 4, 2013, 531 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Premesse ricostruttive del concetto di beni comuni*, cit., 1071: «è segnata, in tal modo una tappa essenziale in una storia delle idee che recupera il legame fra proprietà e persona, senza disancorarsi dalla funzione sociale, la quale esprime proprio l'orientamento della disciplina dell'appartenenza e dell'utilizzazione dei beni allo sviluppo della persona».

⁵⁶ La *Commissione Rodotà* - secondo cui, come noto, sono beni comuni le «cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona» (art. 1, comma 3 lett. c), aveva fornito, nella sua proposta di schema di legge delega per la riforma della parte dedicata ai beni pubblici nel codice civile (artt. 822-830), un elenco di natura non tassativa di beni comuni; si trattava perlopiù di beni facenti parte del patrimonio naturale e culturale (ne fanno parte i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi; le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; i beni archeologici, culturali, ambientali e le altre zone paesaggistiche tutelate). Con riguardo alla relazione di accompagnamento predisposta dalla commissione la sua consultazione online è possibile al seguente indirizzo:

[https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?facetNode_1=0_10&facetNode_2=0_10_21&previsiou_sPage=mg_1_12&contentId=SPS47617\(ultimo accesso 08/04/2021\)](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?facetNode_1=0_10&facetNode_2=0_10_21&previsiou_sPage=mg_1_12&contentId=SPS47617(ultimo accesso 08/04/2021)). Per una disamina più puntuale si rinvia a Per maggiori ragguagli v. U. MATTEI, E. REVIGLIO e S. RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, 2007; EID. (a cura di), *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile*, Roma, 2010.

⁵⁷ Cass., Sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 524 ss., con nota di G. Carapezza Figlia, *Proprietà e funzione sociale*. La problematica dei beni comuni nella giurisprudenza delle Sezioni Unite.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ È quanto emerge sempre nella evocata pronuncia (Cass., Sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665, cit.): la Corte di Cassazione definisce «personale-collettivistica» la proprietà pubblica e, così, la logica dominicale sottesa sbiadisce a vantaggio di un collegamento strumentale con la realizzazione di interessi fondamentali di tutti i cittadini. Sul punto, belle le suggestioni di G. CARAPEZZA FIGLIA, *Proprietà e funzione sociale*, cit., 524 ss. Cfr., altresì, ID., *Ambiente e beni comuni*, in *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, a cura di M. Pennasilico, Napoli, 2014, 86, secondo il quale, nella prospettiva accolta dalla giurisprudenza, la nozione di beni comuni «trascende la dimensione statica dell'appartenenza, sì da comprendere sia beni pubblici sia beni privati. Si tratta di una sorta di “proprietà di terzo grado” [...]. Il titolo di proprietà resta sullo sfondo, poiché viene in rilievo un'ulteriore e più alta funzione del bene destinato [...] alla conservazione e alla fruizione collettiva». Pertanto, «momento unificante della qualificazione giuridica dei beni comuni è la funzione sociale, che esprime l'orientamento della disciplina dell'appartenenza e dell'uso dei beni alla promozione della personalità umana». Ulteriori spunti di analisi relativi alla sentenza in nota si rinviengono nel contributo di I. Garaci, *Lo statuto giuridico dei «nuovi beni» immateriali: fra proprietà privata e beni comuni*. Riflessioni su recenti interventi giurisprudenziali e normativi, ivi, 2015, p. 448 ss. Propone, invece, una ricostruzione in chiave storico-evolutiva della giurisprudenza, proprio a partire dalla pronuncia in questione, R. A. ALBANESE, *Dai beni comuni all'uso pubblico e ritorno. Itinerari di giurisprudenza e strumenti di tutela*, in *Questione giustizia*, 2, 2017, 104 ss.

⁶⁰ Oltre al *commoning* urbano (vedi infra nota 51), nella più recente letteratura l'istituto dei *commons* estende il suo raggio d'azione verso il tema della proprietà intellettuale, facendo così discorrere di “intellectual commons”: per tutti, si v. le riflessioni di A. BROUMAS, *Intellectual Commons and the Law: A Normative Theory for Commons-Based Peer Production*, London, University of Westminster Press, 2020.

⁶¹ Per una disamina su convergenze e divergenze tra *commoning* e *commoning* ‘urbano’, si rinvia a C. CREA, «Spigolando» tra *biens communaux*, *usi civici* e *beni comuni urbani*, in *Pol. dir.*, 3, 2020, 448 ss.; U. MATTEI e A. QUARTA, *Right to the City or Urban Commoning? Thoughts on the Generative Transformation of Property Law*, in *The Italian Law Journal*, 2, 2015, 303 ss.; M.R. MARELLA, *L'uso dello spazio urbano fra questione proprietaria e accesso alla giustizia*, in *Questione giustizia*, 2, 2017, 79 ss.; S.R. FOSTER e C. IAIONE, *The City as a Common*, in *Yale Law & Policy Review*, 2, 2016, 281 ss.



retto legame tra uso del bene e sua attitudine a rendere effettivi i diritti fondamentali, aprendosi così alla dimensione dell'*accessibilità*.⁶² La trama, dunque, che ridefinisce l'approccio ad una lettura funzionale della proprietà si fonda proprio sul trinomio: beni comuni, accesso e diritti fondamentali in un costante interscambio teso ad esaurire la complessità e l'intreccio di interessi sotteso al più ampio rapporto persone/beni.⁶³ Alla luce del quadro tracciato, allora, le maggiori criticità emergono proprio quando le condizioni materiali di accesso a determinati beni iniziano a mutare, per la sinergia di due fattori. Da un canto, infatti, il progresso scientifico e tecnologico rende possibili forme di utilizzazione e di esclusione altrimenti precluse, incrementando la scarsità relativa e il valore economico di determinati beni; dall'altro, il modello produttivo e di sviluppo, affermatosi nei paesi con un capitalismo avanzato, induce ad uno sfruttamento dissennato e distruttivo dell'ambiente circostante.⁶⁴ La letteratura riconduce siffatta deriva nel c.d. fenomeno del «secondo movimento delle recinzioni» per cui, per scelta istituzionale, si chiudono i canali di accesso e fruizione di tali beni e sui medesimi si innestano mercati, sempre più liberi nel loro funzionamento.⁶⁵ Tale processo ha evidentemente risvolti dilemmatici, in quanto non fa altro che rafforzare le disuguaglianze anche con l'introduzione di filtri monetari per l'accesso a beni essenziali.⁶⁶

⁶² Con riguardo al proposito di ripensare la proprietà a partire dall'accesso, si rinvia alle riflessioni di A. QUARTA, *Non-proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni*, Napoli, 2016, 283.

⁶³ Di particolare interesse, in questa direzione è la proposta in letteratura di U. MATTEI, R.A. ALBANESE e R.J. FISHER, *Commons as possessions: The path to protection of the commons in the ECHR system*, in *European Law Journal*, 3, 2019, 230 ss.

⁶⁴ In tal senso, propongono un'interpretazione di istituti fondamentali del diritto privato in una prospettiva ecologica e di promozione della logica sottesa ai "beni comuni": U. MATTEI e A. QUARTA, *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato. Dal capitale ai beni comuni*, Sansepolcro (AR), 2018, *passim*.

⁶⁵ Questo "nuovo movimento delle recinzioni" ha ad oggetto la conoscenza, intesa come bene epistemico comune. In tal senso si rinvia a J. BOYLE, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, in 66 *Law & Cont. Prob' s*, 2003, 37 ss.

⁶⁶ Non può tuttavia sottacersi che, di fronte a siffatto scenario, «c'è un legame indissolubile tra beni comuni, diritti che devono essere soddisfatti e possibilità per la persona di accedere ai primi in modo tale da non essere sottoposta alle regole di una scarsità reale o artificiale e sostanzialmente ad una logica di mercato». S. RODOTA, *Beni comuni e categorie giuridiche. Una rivisitazione necessaria*, in *Questione Giustizia*, 5, 2011, 237 ss. Si veda, altresì, M.J. SANDEL, *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Market*, New York, Penguin, 2012.

7. La promessa dei beni comuni per la salute.

Nell'attuale momento storico, come non mai, forte è la necessità di sollecitare con maggiore vigore una riflessione sulla salute globale. È acclarata la strumentalità della nozione di bene pubblico globale⁶⁷ rispetto alla promozione della salute collettiva. L'interrelazione è funzionale all'identificazione di aree del globo in cui è necessaria un'azione collettiva, al fine di colmare situazioni di svantaggio, deprivazione e vulnerabilità.⁶⁸ A partire da questa consapevolezza, occorre pertanto ridimensionare la c.d. paranoia proprietaria che da sempre ispira le politiche di *privativa* in campo farmaceutico, e che rappresenta un potente ostacolo alla realizzazione di un accesso alle cure mediche in condizione di eguaglianza. Impostare la qualificazione giuridica in siffatti termini, vuol dire portare il discorso relativo ai beni comuni per la salute sul piano della trascendenza per farli assurgere a presupposto volto a fronteggiare, nell'immediato, l'emergenza sanitaria e, in un orizzonte temporale più esteso, a garantire un accesso equo e solidale a cure e vaccini.

Orientarsi in questa direzione significa procedere verso una lettura depatrimonializzata del diritto sui brevetti industriali, funzionale ad orientare la disciplina giuridica sottesa alla tutela dei diritti fondamentali, senza con questo mortificare istanze di tutela dell'innovazione e dell'iniziativa economica privata, in una complessiva logica di «inclusione delle questioni sanitarie all'interno della razionalità economica».⁶⁹

⁶⁷ Nel più ampio dibattito sulla salute globale la teoria economica consegna alla riflessione giuridica il rilievo accordato a questa classe di beni economici che, in considerazione del loro consumo che non è competitivo, né esclusivo, quanto accessibile a numerosi gruppi di Paesi e ad un ampio spettro di attori socio-economici della popolazione di tali Paesi, alle generazioni presenti e future, si presentano non escludibili, né rivali (beni pubblici puri). I beni pubblici puri, dunque, sono di solito entità non rivali e non escludibili: si rinvia, al riguardo a, S. MOON, J.A. RÖTTINGEN e J. FRENK, *Global public goods for health: weaknesses and opportunities in the global health system*, *Policy and Law*, 2017, 195 ss.; F. STEIN e D. SRIDHAR, *Health as a 'Global Public Good': Creating a Market for Pandemic Risk*, 2017, disponibile al seguente indirizzo <https://www.bmj.com/content/358/bmj.j3397>; R. SMITH e L. MACKELLAR, *Global Public Goods and the Global Health Agenda: Problems, Priorities and Potential*, in *Globalization and Health*, 2007, p. 112 ss.; D. GARTNER, *Global Public Goods and Global Health*, in *Duke JICL*, 2012, 303-318.

⁶⁸ Cfr. A. SOUCAT, *Financing Common Goods for Health: Fundamental for Health, the Foundation for UHC*, in *Health Systems & Reform*, 2019, 263- 267; R. SMITH e L. MACKELLAR, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁹ G. TEUBNER, *La matrice anonima. Quando "privati" attori transnazionali violano i diritti dell'uomo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 9-37. Riconduce le logiche sottese al funzionamento del mercato farmaceutico ad un intreccio di razionalità,



Tanto è auspicabile – e ancor più necessario – per porre le basi ad una rivisitazione del sistema delle flessibilità e delle licenze obbligatorie previste dall’Accordo TRIPS al fine di bilanciare i costi di sviluppo di un vaccino efficace o di un trattamento, con il vantaggio di diffondere in modo efficiente i prodotti farmaceutici in tutti i Paesi che ne hanno bisogno.⁷⁰ Come noto, con la Dichiarazione di Doha del 14 novembre 2001, gli Stati membri dell’Organizzazione Mondiale del Commercio riconoscono la prerogativa di usare tutte le flessibilità e rendere effettivo il sistema delle licenze obbligatorie (artt. 31 e 31-*bis* Accordo TRIPS) per rispondere alle necessità di salute pubblica (emergenza nazionale e/o estrema urgenza), in deroga alla tutela concessa con i brevetti farmaceutici al titolare,⁷¹ contribuendo così ad evitare difficoltà nell’accesso ai farmaci per la cura delle fasce più vulnerabili della popolazione.⁷² Ciò legittimerebbe senz’altro gli Sta-

ti Membri ad autorizzare la concessione di licenze obbligatorie intese a consentire la produzione e l’esportazione anche su vasta scala di farmaci e vaccini brevettati o in corso di brevettazione, in particolare alla volta di Stati privi della capacità necessaria per produrli localmente, anche senza il previo consenso del titolare del monopolio.⁷³ Tale concessione potrebbe avvenire in ottemperanza ai principi di ragionevolezza e proporzionalità, per il tempo strettamente necessario al raggiungimento dell’immunità di gregge su scala mondiale: con questo assicurando comunque la remunerazione degli investimenti per la ricerca, lo sviluppo e la commercializzazione dei trovati. Coerentemente le più recenti iniziative europee esortano la Commissione Europea a prendere in considerazione, nel contesto della sua prossima strategia farmaceutica, la possibilità di norme armonizzate sulla concessione di licenze obbligatorie per i medicinali, come i vaccini, che consentirebbero agli Stati membri di rispondere più rapidamente e in modo più efficace a future crisi sanitarie, nonché a garantire che la protezione dei brevetti non interferisca con il diritto alla salute, né contribuire ad accrescere il divario tra i cittadini più ricchi e quelli più poveri in termini di accesso ai medicinali.⁷⁴

M. FRANCESCA, “*Uno studio in rosso*”. *Sicurezza, sistemi e alterità artificiali*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 14, 2021, 54-83. In particolare, l’a. sostiene, avvalendosi di una lucida riflessione supportata da un’ampia casistica giurisprudenziale, che se «l’autonomia privata incide con regole di mercato sulla misura di tutela del fondamentale diritto alla vita, gli anticorpi rimediali vanno riconosciuti nel medesimo sistema e generalizzati in ragione della tutela del bene primario» (p. 75).

⁷⁰ In tal senso, ad esempio, si annovera la scelta di politica sanitaria adottata in Brasile, la quale per contrastare il monopolio delle industrie *originators* dei farmaci antiretrovirali (AVRs), sono stati fissati prezzi vantaggiosi per due diversi farmaci (*Tenofovir* e *Kaletra*), in quanto le autorità hanno negato la richiesta di brevetto presentata dall’azienda farmaceutica e i laboratori pubblici hanno deciso di produrlo a livello locale. Sul punto, si rinvia a M. FLYNN, *Corporate power and state resistance: Brazil’s use of TRIPS flexibilities for its National AIDS Program*, in *Intellectual Property, Pharmaceuticals and Public Health*, a cura di K.C. Shadlen et al., Northampton, Edward Elgar Publishing 2011, 169.

⁷¹ Ai sensi della lettera f) dell’articolo 31, infatti, le licenze obbligatorie nel settore farmaceutico possono essere concesse “prevalentemente per l’approvvigionamento del mercato interno del membro che lo autorizza”. Questa disposizione, di per sé considerata, potrebbe impedire ad uno Stato in difficoltà, che non dispone di impianti di produzione propri, di importare medicinali più convenienti prodotti tramite licenza obbligatoria da uno Stato con le capacità necessarie. Le difficoltà degli Stati con capacità produttive locali assenti o insufficienti erano state poi riconosciute al paragrafo 6 della Dichiarazione di Doha. A seguito dell’approvazione del Protocollo che modifica l’Accordo TRIPS14 e dei relativi Annessi, venne così introdotto l’articolo 31-*bis* che consente ad uno Stato esportatore di non applicare gli obblighi di cui all’articolo 31, lettera f), qualora venga concessa una licenza obbligatoria ai fini della fabbricazione e dell’esportazione di un prodotto farmaceutico verso un “membro importatore ammissibile”.

⁷² Garantire un equo e solidale accesso ai farmaci rientra tra le priorità della strategia farmaceutica dell’UE intervenuta con la Risoluzione del Parlamento europeo del 17 settembre 2020 sulla penuria di medicinali. (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0228_IT.html), che è altresì ispirata dalla precedente Risoluzione del 2 marzo 2017 sulle opzioni dell’UE per un miglior

8. I “Diritti trans-soggettivi” (*Transsubjektive Rechte*) tra potenza e atto.

In termini di rinforzo positivo con l’evocato sistema delle revisioni delle flessibilità e delle licenze obbligatorie si afferma uno schema teorico di gran-

accesso ai medicinali (GU C 263 del 25.7.2018, pag. 4). Inoltre, meritevole di attenzione è anche l’impegno assunto dalle istituzioni europee per promuovere la solidarietà digitale affinché i dati e la tecnologia funzionino per tutti i cittadini europei, soprattutto per i più vulnerabili (*Data for the public good: Building a healthier digital future*) 25 gennaio 2021. https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/events/data-public-good-building-healthier-digital-future_en.

⁷³ A.H. FARQUHAR, *Redefining the Trips Agreement to Accommodate en Masse Compulsory Licensing of Vaccines and Other Pharmaceuticals for the Treatment of Covid-19*, in *North Carolina Journal of Law & Technology*, 2020, 259-292; E. URIAS e S.V. RAMANI, *Access to medicines after TRIPS: Is compulsory licensing an effective mechanism to lower drug prices? A review of the existing evidence*, in *J Int Bus Policy*, 2020, 1-18.

⁷⁴ In tal senso, si pone la Risoluzione del Parlamento europeo del 17 settembre 2020 sulla penuria di medicinali, nella si osserva, con viva preoccupazione come la mancanza di accesso ai medicinali ha avuto gravi ricadute sui gruppi più vulnerabili ed emarginati, tra cui le donne, i minori, le persone affette da HIV e altre patologie croniche, i migranti, i profughi e gli sfollati interni, gli anziani e le persone con disabilità. (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0228_IT.html)





de fascino: ovvero quello dei c.dd. diritti trans-soggettivi (*Transsubjektive Rechte*). Si tratta di figure di conio recente che si affermano contestualmente all'emergere di una nuova razionalità, che riflette le dinamiche di un mondo globalizzato e transnazionale. In siffatta prospettiva, la logica trans-soggettiva trascende «lo schermo isolante della soggettività, poiché il soggetto umano attore (*plaintiff*) chiede al diritto oggettivo di superare la cornice nella quale l'ordinamento si colloca come sistema degli uomini». ⁷⁵ Pertanto, ciò di cui si impone il superamento è proprio la categoria del "diritto soggettivo": ⁷⁶ *locus naturalis* al quale, ancora oggi, si insiste nel ricondurre la rivendicazione soggettiva di una pretesa, frutto di un processo di *subiettivazione necessaria*. Tale la premessa a fronte della quale, viene autorevolmente definito *binarismo*, quella formula costitutiva del giuridico che esaurisce la complessità sociale sistemico-discorsiva nel bisogno di specificazione: «quale attore per quale convenuto», ovvero una legittimazione attiva determinata, o quanto meno determinabile, a fronte di un'altrettanta legittimazione passiva. Si tratta, tuttavia, di una costruzione che estromette dal suo *registro* dimensioni giuridico-valoriali complesse e conflitti politici, che generalmente per il loro essere indeterminabili sono confinati nell'extragiuridico in quanto non suscettibili di essere binarizzati. Per superare tale frattura, occorre considerare tali dimensioni, la cui legittimazione ad agire (quale contenuto dell'esercizio della situazione soggettiva) non può esaurirsi nel soggetto, ma deve essere condivisa, in considerazione di una «soggettività costitutivamente trascesa». ⁷⁷

⁷⁵ Superando la nota allegoria preclusiva sostenuta da Jhering nello *Spirito del diritto romano* (R. JHERING, *Der Geist des römischen Rechts*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1865), riconosce la precisa necessità «catturare le nuvole in un sacco» P. FEMIA, *Transsubjektive (Gegen)Rechte, oder die Notwendigkeit die Wolken in einen Sack zu fangen*, in *Gegenrechte. Rechte jenseits des Subjekts*, a cura di A. Fischer-Lescano, H. Franzki e J. Horst, Tübingen, 2018, 343. Si vedano altresì le riflessioni di G. TEUBNER, *Zum transsubjektiven Potential subjektiver Rechte*, in *Gegenrechte*, a cura di A. FISCHER-LESCANO, H. FRANZKI e J. HORST, cit., 357 ss.

⁷⁶ A. FISCHER-LESCANO, *Subjektlose Rechte*, in *Kritische Justiz*, 2017, 475 ss., spec. 475.

⁷⁷ Utilmente le riflessioni di P. FEMIA, *Il civile senso dell'autonomia*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2019, 1, 1 ss., spec. 7, quando afferma «lo strumento principale della depoliticizzazione della società civile e dell'autonomia privata è la binarizzazione. Non è un termine elegante: 'binarizzare' significa trasformare il conflitto politico – complesso e multilaterale – in un conflitto giuridico binario tra attore e convenuto, tra creditore e debitore, tra titolare del diritto reale e soggetto tenuto all'osservanza. Il soggetto è una funzione del rapporto giuridico, non il contrario. Nella genesi ideale viene prima il rapporto, poi il soggetto: il rapporto è ciò che costituisce il soggetto [...]. Questa è la binarizzazione: la coazione nella forma

Il passo è, dunque, brevissimo verso il superamento del diritto soggettivo e il conformarsi dei diritti trans-soggettivi come «contro-diritti di resistenza», ⁷⁸ che – una volta emersi – aprono il discorso giuridico alle modalità con cui le forme di vita scelgono di vivere e/o di produrre ricchezza insieme, «[r]-accogliendo il multiplo, il collettivo, il comune, senza ridurlo ad "uno"», giungendo così a superare la tradizionale "topologia moderna" che tutto riconduce alla dicotomia pubblico-privato e al sistema "dipolare" soggettivo/oggettivo, per accedere ad una dimensione che «li taglia sagittalmente, li esaurisce e li apre a un uso diverso che contempli la dimensione del "multiplo", del "collettivo", del "comune"». ⁷⁹

Dunque, la trans-soggettività si presenta come *design* giuridico nel quale implementare quei diritti, evocativi di forze contro-egemoniche all'espandersi di tendenze totalitarie di talune razionalità. Chi agisce, infatti, non lo farebbe per la tutela di un proprio diritto individuale (secondo la tipica struttura binaria del giuridico), quanto per il riaffermarsi di contro-diritti di resistenza allo squilibrio sistemico-discorsivo, figlio della c.d. "matrice anonima" di un *medium* comunicativo che si è autonomizzato. ⁸⁰

Traghetando la riferita costruzione teorica verso la dinamica complessa del mercato farmaceutico, il diritto ad un accesso equo e solidale ai farmaci – *rectius* vaccini –, ove implementato nel nuovo *design* trans-soggettivo, potrebbe essere utilmente azionato a prescindere da un *ideal plaintiff* (titolare di un determinato diritto soggettivo e perciò legittimato ad agire). Si accede, invero, all'azionabilità di un diritto in realtà trasceso dalla singola soggettività e condiviso in nome di una *ratio* ispirata dalla consapevolezza che il diritto di accesso ai farmaci è parte di un patrimonio intellegibile, comune, non confinabile qual è la salute collettiva e la vita. È in questa transizione prospettica – ed evidentemente metodologica – che si afferma l'inevitabile connes-

binaria del rapporto giuridico civile della pluralità della composizione dei rapporti sociali politici».

⁷⁸ Il riferimento è alla teoria dei contro-diritti di C. MENKE, *Kritik der Rechte*, Berlin, Suhrkamp, 2015 (trad. inglese: *Critique of rights*, Cambridge, 2020).

⁷⁹ Sul punto, in tempi più recenti si richiamano anche le riflessioni di M. SPANÒ, *Más Allá Del Derecho Subjetivo. El Derecho Civil Y La Política De Los Modernos*, in *Soft Power. Revista euro-americana de teoría e historia de la política y del derecho*, 1, 2020, 195, spec. 212 [*Lo colectivo (común, múltiple, trans-subjetivo) las corta sagitalmente, las agota y las abre a un uso diferente. Separando lo privado de lo subjetivo y de lo individual, y exonerando lo público de lo objetivo y de lo general, exhibe la posibilidad de un derecho genuinamente «común»*]; ID., *Making the Multiple: Toward a Trans-Subjective Private Law*, in *South Atlantic Quarterly*, 4, 2019, 839-855.

⁸⁰ Sul punto, sempre G. TEUBNER, *La matrice anonima*, cit., 9 ss.



sione (anche sul piano processuale) con la teorica dei beni comuni. Si ch , tutto il coacervo di azioni di contrasto al sopraffare della logica di profittabilit  delle imprese farmaceutiche sulla garanzia di un equo e solidale accesso ai farmaci convogliano in sua serie di strategie, processuali e non, che conducono all’affermarsi di questa nuova razionalit .

La prospettiva solidale e condivisa⁸¹ dunque estende il suo orizzonte dalla cooperazione internazionale⁸² – governi, organizzazioni sanitarie globali,

⁸¹ “Per produrre solidariet , serve un ambiente «abilitante», considerato dal punto di vista delle condizioni e degli strumenti istituzionali, piuttosto che la ricerca di modalit  d’azione che portino genericamente verso un rafforzamento di propensioni individuali alla cooperazione”: la bella suggestione   di S. RODOT , *Solidariet *, cit., 100. Di ‘ambiente abilitante’ parla esplicitamente G. RESTA, *Gratuit  e solidariet : fondamenti emotivi e irrazionali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, 39-74; si veda, in particolare, 70; come pure, C. SARACENO nella sua riflessione *Il welfare come bene comune?* all’edizione 2014 dei *Dialoghi sull’uomo* di Pistoia, disponibile al seguente URL <http://www.dialoghisulluomo.it/saraceno/il-welfare-come-bene-comune>. Inoltre, garantire «l’accesso dei pazienti ai medicinali   una responsabilit  condivisa di tutti gli attori del sistema sanitario»:   quanto riportato dalla Relazione del Parlamento Europeo sulle opzioni dell’UE per un miglior accesso ai medicinali del 14 febbraio 2017, cit. Nella prospettiva tracciata, occorre dare atto di iniziative come il Covax (<https://www.gavi.org/vaccineswork/covax-explained>) che rappresenta uno dei tre pilastri dell’acceleratore *Access to Covid-19 Tools* (ACT), lanciato ad aprile dall’Organizzazione mondiale della sanit  (OMS), dalla Commissione europea e dalla Francia in risposta a questa pandemia. Tuttavia, Non proprio confortarti risultano le dichiarazioni del Professore Dale Fisher, presidente della rete di allerta e risposta alle epidemie dell’Oms, che in un’intervista televisiva ha mostrato forte scetticismo al raggiungimento, in tempi ragionevoli, dell’immunit  di gregge, annoverando tra gli ostacoli maggiori proprio l’accesso limitato al vaccino per i Paesi pi  poveri. <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-global-vaccines-idUSKBN29G0TY> (11 gennaio 2021). Come pure, genera polemiche e desta preoccupazioni l’assoluta mancanza di trasparenza sulla natura e sulle clausole dei contratti fra le case farmaceutiche e la Commissione Ue sulla fornitura dei vaccini. (<https://ilmanifesto.it/case-farmaceutiche-e-ue-la-segretezza-dei-contratti-e-un-insulto-alla-democrazia/>) (21 gennaio 2021). Di recente in tale direzione anche l’interessante riflessione di R. CASO, *La scienza non sar  pi  la stessa. Pi  condivisione, cooperazione e solidariet  dopo il Covid-19?*, in *Trento LawTech Research Papers*, nr. 39, Trento, Universit  degli studi di Trento, 2020, *BioLaw Journal*, 2020, 617-622.

⁸² In tal senso valga al riguardo la *ratio* che ispira la riflessione di C. CREA, «*Spigolando*» tra biens communaux, usi civici e beni comuni urbani, cit., 458, quando afferma che «la cooperazione   il frutto di condotte ripetute; non pu  essere costituita n  creata da regole giuridiche, perch  si fonda sulla fiducia e la alimenta, secondo itinerari spontanei di mutualismo e di comunanza di interessi che connotano tradizionalmente il concetto di attivit , quale complesso di atti eterogenei diretti a uno scopo comune, non di profitto, che si modula sulla durata e sulla effettivit  ma anche, giuridicamente parlando, sulla liceit  e meritevolezza delle azioni degli attori sociali.   il *commoning* ecologico, non egoista, non sovranista, non proprietario, ma espressione di solidarismo e personalismo, di partecipazione concretamente democratica, a rendere tali strutture beni davvero co-

produttori, scienziati, settore privato, societ  civile e filantropia – all’auspicabile impegno delle Corti Internazionali in tale direzione (tanto nell’accoglimento di azioni volte a far valere le flessibilit , come a concedere licenze obbligatorie, tanto in quelle risarcitorie con eventuale etero-destinazione dei risultati).

Si giunge in ogni caso alla consapevolezza che di fronte alla necessit  di tutelare la vita delle persone, assicurandone la salute, la logica di mercato non pu  certo prevalere. L’orizzonte riflessivo, invero, contempla la convergenza di pi  strategie di valorizzazione su quella risorsa, qual   il vaccino, il quale in forza di quello stesso conflitto tra le varie ‘*rationes*’ assurge a bene giuridicamente rilevante.⁸³ In siffatta prospettiva, nello strumento della licenza, come nelle flessibilit  e in ogni azione di contrasto convoglia il potenziale di valorizzazione controegemonica all’affermarsi di una razionalit  prettamente economica, diventando cos  confinamento del suo contenuto appropriativo entro una sfera che non contrasti con l’evocata funzione sociale e con il diritto alla salute collettiva. Si ch , nel carattere obbligatorio della licenza si coglierebbe il superamento della logica meramente espropriativa dello strumento, con il riconoscimento nella sua intrinseca conformazione di paradigma protettivo di ridefinizione del fascio di utilit  concesse in appropriazione esclusiva al titolare del brevetto farmaceutico.

  cos , allora, che «cade – [o, almeno, dovrebbe] – il mito, il tab , del brevetto intoccabile, in forza di una gerarchia tra i beni che non pu  essere demandata alla misura dell’economia».⁸⁴

muni, funzionali alla tutela e valorizzazione della persona e dei diritti umani».

⁸³ Valga al riguardo l’impostazione metodologica di P. FEMIA, *Il campione biologico come oggetto di diritti*, cit., 187 ss., ribadendo ancora una volta, con le parole dell’a., come «il bene conteso   esso stesso luogo del conflitto tra distinte logiche di valorizzazione. Non si tratta di una controversia proprietaria, ma della soluzione (tipicamente di merito) di un conflitto inteso ad individuare il miglior luogo di valorizzazione della risorsa, costruita quale bene giuridico.» (200-201).

⁸⁴ S. RODOT , *Beni comuni e categorie giuridiche. Una rivisitazione necessaria*, cit., 237-247.