

LIBERA UNIVERSITÀ INTERNAZIONALE DEGLI STUDI SOCIALI GUIDO CARLI

FACOLTÀ DI ECONOMIA

DOTTORATO IN DIRITTO ED ECONOMIA – XXIII CICLO

1. ANTITRUST E PROPRIETÀ INTELLETTUALE NELL'ERA DIGITALE:
IL CASO GOOGLE BOOK SEARCH

2. LUCI ED OMBRE DEL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE:
IL CASO DELLE NANO-TECNOLOGIE

3. COME TOGLIERE DAL GIRO I DANNI NON PATRIMONIALI:
NOTE IN MARGINE ALLA "TEORIA DELL'ASSICURAZIONE"

TUTOR:
Prof. Roberto Pardolesi

CANDIDATO:
Irene Lincesso

RIASSUNTO

Questa tesi è il risultato di tre anni di ricerca effettuata all'interno del dottorato in Diritto ed Economia presso l'università Luiss Guido Carli e di nove mesi di studio all'estero condotti presso le università di Rotterdam, Ghent ed Amburgo all'interno dell'European Master in Law and Economics. Il lavoro si compone di tre articoli separati focalizzati su tre diversi argomenti del campo della Law and Economics, articoli che hanno beneficiato di indicazioni e consigli di prestigiosi accademici e sono stati pubblicati su riviste gius-economiche.

In tutti e tre gli articoli l'analisi è stata svolta in modo comparativo, sia in termini dottrinari che giurisprudenziali, tra sistemi di civil law and common law per contestualizzare al meglio le specifiche problematiche e cogliere eventuali legami ed influenze al di qua e al di là dell'Atlantico. Nello specifico l'analisi economica è stata applicata a diverse branche nel diritto per esaminare scottanti casi di attualità: il caso Google Book Search è stato studiato in termini di antitrust e diritto d'autore; per il problema delle nano-tecnologie si è cercato il miglior approccio in termini di responsabilità civile; la compensazione dei danni non patrimoniali è stata discussa con riferimento alle teorie dell'assicurazione e della prevenzione.

1. ANTITRUST E PROPRIETÀ INTELLETTUALE NELL'ERA DIGITALE: IL CASO GOOGLE BOOK SEARCH. L'articolo analizza le molteplici sfaccettature del progetto *Google Books Search* che, lanciato, nel 2005, dal motore di ricerca Google e diventato subito oggetto di feroci dispute, è sfociato, dopo una complessa trattativa, in un accordo transattivo siglato a fine 2008 tra Google, l'Association of American Publishers e l'Authors Guild of America e poi modificato, un anno dopo, a seguito delle preoccupazioni manifestate dal Dipartimento di Giustizia statunitense e dalla Federal Trade Commission. In merito alla valutazione della *fairness* dell'accordo emendato il giudice Denny Chin della corte distrettuale di New York non si è ancora espresso e il risultato è tutt'altro che prevedibile. In ogni caso va sottolineato come, tra le varie questioni legali, il progetto di Google non si sia fermato ma, piuttosto, rafforzato grazie alla partecipazione, negli ultimi quattro anni, di nuove biblioteche, editori e paesi ed alle ininterrotte operazioni di acquisizione e scannerizzazione dei testi.

Dal primo momento in cui il *Google Book Settlement* è stato annunciato, si sono sollevate molte voci critiche, verso ciò che è stato definito come il maggiore accordo di licenza di copyright nella storia degli Stati Uniti. L'argomento critico di fondo espresso, tra gli altri, da Microsoft, diverse ONG e docenti universitari, è che l'accordo garantirebbe a Google una posizione dominante nel settore, potenzialmente molto remunerativo, dell'editoria elettronica. Fra i punti più controversi, i quali saranno singolarmente trattati, c'è il meccanismo di gestione

di una particolare categoria di libri coinvolta, i così detti libri orfani -testi rispetto ai quali non è possibile stabilire o reperire chi detenga i diritti- che offrirebbe a Google un sorta di monopolio *de facto* sulla loro gestione, posto che per altri operatori sarebbe difficile ed oneroso competere con Google tramite la creazione di collezioni alternative di contenuti. Nonostante siano state apportate modifiche al fine di rendere l'accordo più in linea con la legge antitrust, le regole sulla *class action*, e la disciplina sul copyright, anche questa nuova versione, l'*Amended Settlement Agreement*, ha incontrato resistenze. D'altro canto, le parti coinvolte nella transazione hanno difeso e continuano a difendere con fermezza l'accordo (in entrambe le sue versioni) sostenendo che la scansione dei libri rientra nella piena legalità di quanto stabilito dalla clausola di *fair use*, che nulla nel *settlement* preclude ai concorrenti la possibilità di seguire le orme di Google ed ottenere simili licenze su lavori orfani, che esso fornirebbe agli autori ed editori nuove possibilità di guadagno in relazione alle copie digitali dei loro libri e che, inoltre, beneficerebbe il pubblico rendendo ampiamente disponibili on-line copie di libri fuori stampa che altrimenti sarebbe difficile (se non impossibile) rintracciare.

In una prima fase, entrambe le versioni dell'accordo vengono presentate ed analizzate nelle loro sfumature, anche alla luce del dibattito dottrinario esistente, per poter capire la consistenza delle critiche e rivendicazioni da più parti sollevate. Chiarita l'onerosità e complessità ma soprattutto l'importanza, culturale ed economica, della digitalizzazione libraria, nella seconda parte dell'articolo viene cercata una spiegazione diversa, più convincente, per l'esistenza di resistenze e critiche così forti ad un progetto che porterebbe notevoli benefici: l'idea è che, al di là di quelle comunemente espresse, siano altre le preoccupazioni reali che fomentano i dissidenti. Un paio d'anni fa Geoff Ramsey, Chief Executive Office e co-fondatore dell'e-Marketer, ha coniato l'acronimo FoG -Fear of Google- per esprimere il timore che l'azienda di Mountain View possa diventare un monopolista della conoscenza. Tale timore nasconde due maggiori preoccupazioni. Da un lato, una preoccupazione, diffusa e radicata nelle imprese così come nei governi, legata alla crescita inarrestabile di Google nel mercato mondiale della ricerca di dati e informazioni e al suo ingresso in nuovi mercati; dall'altro, una preoccupazione che attanaglia la categoria degli editori in merito al fatto che l'editoria scientifica è un potente strumento di controllo politico delle gerarchie accademiche sulla diffusione delle conoscenze, sì che consentire agli studiosi di tutto il mondo (anche quelli che si trovano nei paesi più poveri, privi dei mezzi per effettuare ricerche indipendenti) di accedere liberamente a determinati contenuti comporterebbe una rivoluzione (densa di incognite e rischi, dal loro punto di vista) nelle modalità di diffusione e fruizione della conoscenza. Infine, verrà posta l'attenzione sui tentativi fatti, sul versante europeo, per cercare di arrestare l'avanzata di

Google, tentativi che, per mancanza di risorse e capacità, stentano a produrre risultati sostanziali nella gara alla digitalizzazione del patrimonio culturale.

La conclusione è che Google fa paura, per molti è una presenza scomoda ma, al tempo stesso, è un soggetto necessario perché si possa avere un “rinascimento” digitale; non è un caso che su più fronti in Europa si stia cedendo alla sua avanzata: valga per tutti l'accordo concluso a marzo 2010 fra Google e il Ministero delle Attività Culturali italiano.

2. LUCI ED OMBRE DEL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE: IL CASO DELLE NANO-TECNOLOGIE. I progressi tecnici e tecnologici inducono sin troppo spesso a parlare di rivoluzione, perché contribuiscono a stravolgere modalità organizzative della vita sociale che apparivano sino a ieri consolidate.

Negli ultimi anni stiamo assistendo ad una vera e propria corsa mondiale alle nano-tecnologie, centinaia di prodotti contengono nano-materiali (*nanoscale chemicals*) o sono realizzati tramite l'utilizzo di nano-tecnologie e, scienziati ed esperti studiano la possibilità di loro nuove applicazioni in diversi settori. La crescente importanza assunta, negli ultimi anni, dalle nano-tecnologie ha fatto sorgere non pochi interrogativi riguardo al loro impatto sull'ambiente, da un lato, e sulla salute e sicurezza delle persone, dall'altro. A tal proposito, nel 2007, varie organizzazioni non governative hanno sottoscritto i *Principles for the Oversight of Nanotechnologies and Nanomaterials* -principi pensati per fungere da guida nella supervisione e valutazione dell'impatto delle nano-tecnologie in termini di salute, ambiente, etica, società-.

Il primo di questi otto principi, “A Precautionary Foundation”, richiama l'importanza e la necessità di un regime basato sul principio di precauzione che includa il divieto di introdurre in commercio nano-materiali (o loro applicazioni) non testati o non sicuri e richieda ai produttori e distributori di farsi carico dell'onere della prova: “*no health and safety data, no market*”. All'indiscussa utilità ed importanza delle proprietà fisiche, chimiche e biologiche delle nano-tecnologie, viene, infatti, contrapposto l'elevato rischio di tossicità dipendente dalle loro elevate reattività e mobilità unite alla piccola dimensione.

L'aspetto critico è che l'applicazione del principio di precauzione -che ha trovato e continua a trovare terreno fertile in molteplici ambiti, tra cui quello, appunto, delle nano-tecnologie- porta con sé seri limiti e problematiche che non possono essere tralasciati. Se, inizialmente la motivazione alla base dell'utilizzo del principio di precauzione era quella di controbilanciare la riluttanza a prendere misure protettive, sia in termini ambientali che di salute pubblica, nei casi in cui non ci fosse una prova assoluta di danni causati da determinati prodotti o processi -avere un' *absolute proof of harm* equivale a domandare l'impossibile-, portato all'estremo, il

principio di precauzione va nel senso di bloccare una determinata azione ogni qual volta è possibile identificarvi la presenza di un rischio per la salute, l'ambiente o entrambi e, dal momento che ogni azione implica sempre un qualche livello di incertezza -un'*absolute proof of safety* è, a sua volta, impossibile da ottenere-, il risultato è quello del mantenimento dello *status quo*, quindi, inazione e paralisi. A ciò va aggiunta un'ulteriore considerazione: anche l'inazione comporta dei rischi, rischi che potrebbero anche essere maggiori di quelli relativi all'azione; oltre al fatto che nessun'altra soluzione potrebbe essere trovata per determinati problemi pressanti, la mancanza di conoscenza di una particolare tecnologia lascia il mondo equipaggiato in modo inadeguato in caso diventi necessario un suo immediato utilizzo futuro. In altre parole, anche se potrebbe sembrare controintuitivo, non bisogna puntare ad una condizione di sicurezza totale ma, piuttosto, ad un tollerabile livello di insicurezza; e ciò si traduce nello scegliere la meno rischiosa tra possibili alternative.

Il maggiore problema legato alle nano-tecnologie è il deficit informativo che caratterizza sia il consumatore che il produttore/innovatore, la mancanza di un adeguato livello di ricerca e di conoscenza dei rischi. *Ex post*, dopo che un incidente si è verificato, è relativamente facile stabilire quali precauzioni si sarebbero dovute adottare per evitare o limitare i danni ed è ugualmente facile avere rimpianti. Ma le decisioni su come agire vanno prese *ex ante*, in condizioni di incertezza, quando i rischi sono solo potenziali. Se, da un lato, gli sforzi dei produttori nel fare studi, test, analisi sui prodotti e i loro possibili effetti negativi sono proporzionali alla probabilità che, in mancanza di tale fase di ricerca, venga loro imputata responsabilità per il danno causato dai loro prodotti, dall'altro, le decisioni di consumo ed utilizzo dei consumatori sono influenzate dalle loro percezioni sulle informazioni disponibili. Tutto ciò comporta che la prima decisione da prendere, in termini di responsabilità, è se un produttore debba essere responsabile solo per i rischi che avrebbe dovuto ragionevolmente conoscere al momento dell'introduzione del prodotto sul mercato o anche per i rischi che non avrebbe potuto ragionevolmente prevedere. A ciò vanno aggiunte considerazioni sul livello e l'adeguatezza delle informazioni date dal produttore.

Nel 1985, in collaborazione con Klevorick, Guido Calabresi ha pubblicato "Four Tests for Liability in Torts", lavoro nel quale riprende la sua precedente analisi delle regole di *negligence* e *strict liability* introducendo la variabile temporale e analizzandone le implicazioni in termini di conoscenza del rischio e investimenti in precauzioni. Con specifico riferimento al famoso Learned Hand test, il test *ex post* si differenzia da quello tradizionale *ex ante* dal momento che esso viene effettuato al seguito del verificarsi di un incidente e non è incentrato sulla ragionevolezza del comportamento tenuto *ex ante* dal danneggiante quanto sulla sua

correttezza alla luce del senno di poi; in altre parole, le informazioni e i fatti presi in considerazione per effettuare il bilanciamento non sono quelli disponibili (o che sarebbero dovuti esserlo) al danneggiante nel momento in cui ha deciso di agire in un determinato modo ma, piuttosto, tutti quelli venuti alla luce da quel momento in poi. Un soggetto viene, quindi, ritenuto responsabile non perché avrebbe dovuto usare più precauzioni al momento in cui ha agito ma perché, a seguito dell'incidente, l'azione intrapresa risulta troppo costosa se confrontata con i rischi ad essa correlati.

Se il dibattito attuale sul problema delle nano-tecnologie vede scontrarsi i sostenitori di un approccio precauzionale con coloro che, al contrario, rivendicano una maggiore libertà di azione, il proposito di questo articolo è quello di dimostrare come entrambe queste posizioni estreme siano inadeguate e pericolose sia in termini di progresso scientifico e tecnologico che di salute umana e sicurezza ambientale: per poi suggerire, passando dal c.d. principio di pro-azione -riassumibile in termini di *learning-by-acting*- e con il supporto delle riflessioni di Calabresi e Klevorick, una “terza via” d'intervento per mediare, appunto, tra l'importanza per l'innovazione tecnologica di avere continui stimoli e la necessità di tutelare gli esseri umani e l'ambiente.

3. COME TOGLIERE DAL GIRO I DANNI NON PATRIMONIALI: NOTE IN MARGINE ALLA “TEORIA DELL’ASSICURAZIONE”. L'articolo si concentra sul problema della compensazione dei danni non patrimoniali, questione notoriamente oggetto di un acceso dibattito che vede confrontarsi e scontrarsi due principali teorie: la teoria della prevenzione e la teoria dell'assicurazione. In letteratura i danni non patrimoniali sono definiti come perdite insuscettibili di valorizzazione nel mercato. Il punto è che, per gli individui che le subiscono, tali perdite sono, tuttavia, reali. Se si guarda alla responsabilità civile in termini economici, ossia in chiave di efficienza, è giocoforza riconoscere che il suo compito precipuo è quello di comprimere i costi totali degli incidenti -ridurre i costi primari e secondari fino al punto in cui tale processo comporta un incremento nei costi terziari superiore al risparmio ottenuto-; con specifico riferimento ai costi primari, la loro riduzione si ottiene tramite la prevenzione degli incidenti. Per essere effettivamente incentivati ad adottare misure precauzionali, i danneggianti dovrebbero essere chiamati a pagare per tutti i danni che causano, ciò implica che essi dovrebbero pagare anche per la componente non patrimoniale di tali danni.

L'indicazione, del tutto scontata secondo una prospettiva meramente precauzionale, è stata messa in discussione, e viene tutt'ora contestata ferocemente, dai sostenitori della teoria dell'assicurazione. Tale teoria, con il suo focus sul livello “adeguato” di compensazione,

sostiene che la vittima non dovrebbe ricevere ristoro per i danni non patrimoniali in quanto, nel contesto pre-incidente, un soggetto razionale non si sarebbe procurato copertura assicurativa, se disponibile, in relazione a tali danni, dato che le loro conseguenze non possono essere eliminate con denaro dopo l'occorrenza dell' incidente.

Evidentemente, l'applicazione della teoria dell'assicurazione comporta un problema di sotto-compensazione (risarcimento riconosciuto solo per le perdite patrimoniali) della vittima da parte del danneggiante e, di conseguenza, un risultato inefficiente in termini di riduzione dei costi primari degli incidenti.

Dopo una prima analisi teorica dei danni non patrimoniali, un breve excursus tra vari ordinamenti giuridici mostrerà che in ognuno di essi il risarcimento delle perdite non patrimoniali è, seppur con diverse sfumature, stabilito nei codici e/o garantito dalle corti. Non solo, il riconoscimento e la sempre maggior consapevolezza dell'importanza dei danni non patrimoniali hanno portato, nel corso del tempo, ad una marcata dilatazione dell'ambito della tutela. E' vero che la definizione delle perdite non economiche presenta varie sfumature e che le finalità attribuite al sistema di responsabilità civile e, quindi, al risarcimento dei danni sono oggetto di dibattito; ma è fuori discussione che per raggiungere lo scopo, qualunque esso sia, i danni non patrimoniali devono essere riconosciuti.

A valle di questa ricognizione, verranno descritte e messe a confronto le due teorie citate per farne emergere i punti di conflitto; in particolare, una volta ricostruita la teoria dell'assicurazione nei suoi aspetti salienti, ne verranno scrutinate le rivendicazioni alla luce dell'analisi relativa ai diversi effetti dei danni patrimoniali e non. Ciò permetterà di delineare, alla luce del dibattito dottrinario, i punti di forza e di debolezza della teoria, sino a concludere ch'essa non può davvero supportare un atteggiamento di chiusura nei confronti dei danni non patrimoniali, essendo fortemente inficiata da premesse incomplete e stringenti. La teoria assume come riferimento il comportamento di un soggetto razionale, il c.d. *homo oeconomicus*; ma ipotesi quali perfetta razionalità e perfetta informazione non possono essere considerate realistiche.

La riflessione critica induce ad avallare un ritorno alla centralità per l'obiettivo di prevenzione e, quindi, di efficienza economica.