

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 27 - giugno 2023

I BENI INTANGIBILI E I PROBLEMI DELLA MERCIFICAZIONE

Francesco Denozza

I BENI INTANGIBILI E I PROBLEMI DELLA MERCIFICAZIONE[°]

Francesco Denozza

*Professore Emerito di Diritto Commerciale
Università degli Studi di Milano*

Un'impostazione, variamente presente nella New Institutional Economics e un po' in tutto il pensiero neoliberale, ritiene che il successo di un sistema economico dipenda, in rilevante misura, dalla presenza di istituzioni adeguate. Gli autori più sensibili agli aspetti storico-evolutivi, sottolineano anche che l'economia cambia e che le caratteristiche delle istituzioni di cui ha bisogno per funzionare adeguatamente, cambiano con essa. L'avvento e la diffusione degli intangibles richiedono, in questa prospettiva, un peculiare adattamento delle istituzioni che, secondo autori come Haskel e Westlake, non si sarebbe verificato in misura soddisfacente, con conseguenze economico-sociali negative particolarmente gravi. Questo lavoro intende dimostrare che la situazione è in realtà un po' più complicata. Non esiste solo l'ambito delle forze produttive (l'"economia") con le sue tendenze ed esigenze, ma esistono anche i rapporti di produzione, la cui rilevanza testimonia che il problema non è definito solo e tanto dalla presenza degli intangibles, ma dal fatto che gli intangibles devono inserirsi nei rapporti di produzione caratteristici di una economia di mercato al fine di circolarvi come "merci". La principale tesi del saggio è che la possibilità di circolare come merci, e lo stesso valore mercantile degli intangibles (o della parte più importante di essi), dipendono in definitiva più da fattori istituzionali e sociali, che da fattori oggettivi (il costo marginale, la scarsità, il lavoro necessario a produrli, ecc.). Il diritto, e le istituzioni in genere, non si limitano a definire le condizioni favorevoli allo sviluppo delle potenzialità mercantili di tali peculiari "merci". L'intervento istituzionale incide sulla determinazione del valore stesso di queste. In tal modo esso produce effetti non solo, e non tanto, allocativi, ma tipicamente distributivi e, in definitiva, sociali, sicché gli assetti istituzionali che ignorano questa realtà sono tutti destinati allo squilibrio.

One approach, variously found in New Institutional Economics and somewhat across all the neoliberal thought, holds that the success of an economic system depends, to a relevant extent, on the presence of appropriate institutions. Those authors more sensitive to historical-evolutionary aspects also point out that the economy changes and that the attributes of the institutions it needs to function properly change with it. The advent and proliferation of intangibles require, in this perspective, a peculiar adaptation of institutions, which – according to authors such as Haskel and Westlake – would not have occurred to a satisfactory extent, with serious socio-economic consequences. This paper aims to show that the situation is more complicated than this. This paper aims to show that the situation is slightly more complicated. There is not only the sphere of productive forces (the "economy") with its tendencies and requirements, but there are also production relations, whose relevance shows that the problem is not defined solely by the presence of intangibles, rather by the circumstance that intangibles must fit into the relations of production characteristic of a market economy in order to circulate as "commodities". The main thesis of the essay is that the possibility of circulating as commodities, and the mercantile value of intangibles (or the most important part of them), ultimately depend more on institutional and social factors than on objective ones (marginal cost, scarcity, labour required to produce them, etc.). Law, and institutions in general, do not merely define the favourable conditions for the development of the mercantile potential of such peculiar "commodities"; rather, the institutional intervention affects the very determination of their value. Thus, it produces not only, and not so much, allocative effects, but typically distributive and ultimately social ones, so institutional arrangements that ignore this reality are all doomed to disequilibrium.

[°] Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

Sommario:

1. Istituzioni e sistema economico: la favola della c.d. tragedia dei comuni
2. Gli intangibili: risorse artificialmente trasformate in merci
3. I problemi della mercificazione in un caso esemplare: le invenzioni e i brevetti
4. Non tutto ciò che luccica è oro: protezione degli intangibili e protezione della rendita
5. Un problema ineludibile: chi paga i costi dell'innovazione?
6. Conclusioni

1. Istituzioni e sistema economico: la favola della c.d. tragedia dei comuni

Con riguardo all'economia degli intangibili, porre l'accento sull'appropriazione privata significa cogliere un punto importante¹. Credo però che possa essere utile inquadrare i vari problemi, compreso quello dell'appropriazione privata, in una prospettiva più generale, quella che chiamerei della *mercificazione*.

Intendo con mercificazione il processo attraverso cui un bene, nel nostro caso un bene intangibile, non solo viene reso possibile oggetto di appropriazione privata, ma viene, più in generale, immesso nel sistema di accumulazione-circolazione che caratterizza, nei sistemi capitalistici, il trattamento delle merci.

Vorrei partire, nell'illustrazione della rilevanza di questa prospettiva, dall'analisi di un punto che è centrale nel pensiero neo-istituzionale contemporaneo e che in qualche modo ispira anche l'impostazione del lavoro di HASKEL e WESTLAKE². Si tratta della convinzione, progressivamente affermatasi nella dottrina economica e oggi variamente presente nella c.d. NIE (*New Institutional Economics*) e un po' in tutto il pensiero neoliberale, per cui il successo di un sistema economico dipende anche, e, talora, in misura rilevante, dalla presenza di istituzioni adeguate³.

Gli autori più sensibili agli aspetti storico-evolutivi sottolineano anche che l'economia cambia e che le caratteristiche delle istituzioni di cui essa ha bisogno per funzionare adeguatamente cambiano in conseguenza. L'avvento e la diffusione degli *intangibles* richiedono, in questa prospettiva, un peculiare adattamento delle istituzioni (che secondo HASKEL e WESTLAKE non si sarebbe verificato in misura soddisfacente, con gravi conseguenze economico-sociali negative)⁴.

Queste visioni sembrano essere ispirate da una netta separazione. Da una parte esiste una realtà (l'"economia") in cui sono presenti tendenze allo sviluppo e alla crescita, e dall'altra esistono le istituzioni, che, spontaneamente formate, o coscientemente rimodellate, dovrebbero accompagnare e, dove necessario, facilitare queste tendenze. Il prototipo di questo modo di impostare i problemi è rappresentato dalla favola intitolata "tragedia dei beni comuni" (cui pure HASKEL e WESTLAKE fanno riferimento, ispirandosi peraltro più alla narrazione di DEMSETZ⁵, che a quella di HARDIN⁶).

In questa favola viene presentata una realtà produttiva, ad es. un territorio di caccia (o di pesca, o di allevamento, ecc.), che viene poi confrontata con diversi modelli istituzionali. Viene confrontata, ad es., con un modello istituzionale per

¹ Cfr. il contributo di PAGANO, in questo fascicolo.

² HASKEL - WESTLAKE, *Restarting the future*, Princeton, 2022.

³ Mi sono occupato di un aspetto del modo in cui la NIE affronta il problema delle istituzioni in DENOZZA, *Prima della tempesta. Equilibrio, mercato e potere privato in uno degli ultimi saggi di Tullio Ascarelli*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2022, 43.

⁴ HASKEL - WESTLAKE, *Restarting*, 82.

⁵ DEMSETZ, *Toward a Theory of Property Rights*, in *57 Amer. Econ. Rev.*, 1967, 347.

⁶ HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *162 Science*, 1243,1248

così dire primitivo, che prevede la proprietà collettiva della risorsa. Viene allora scoperto che, se i membri della collettività cacciano ciascuno per conto proprio e nessuno si preoccupa del ripopolamento, prima o poi la riserva di animali presenti sul territorio diminuirà sino ad esaurirsi. Così tutta la storia volgerà in tragedia.

Cosa occorre fare per evitare tutto ciò? Risposta: un cambiamento degli assetti istituzionali e in particolare un'ignizione di proprietà privata. Se a ciascun cacciatore viene assegnata in proprietà una certa zona in cui solo lui potrà cacciare, egli sarà costretto, se non vuole morire, prima o poi, di fame, a preoccuparsi del ripopolamento. Alla fine, il complessivo sistema economico basato sullo sfruttamento della risorsa produttiva in questione, ristrutturato da frazionamenti e privatizzazioni, raggiungerà il suo ottimale equilibrio.

La situazione è in realtà alquanto più complicata.

Ripartiamo da una distinzione familiare, soprattutto ai marxisti, quella tra forze produttive e rapporti di produzione. Senza entrare nel risalente dibattito sul preciso significato dell'una e dell'altra nozione, quello su cui la favola dei beni comuni ci invita a riflettere, non è la superiorità dell'istituzione proprietà privata sulla proprietà comune, ma è una possibile asimmetria (una "contraddizione", per dirla in linguaggio hegel-marxista) tra forze produttive e rapporti di produzione.

Se ci si pone in questa prospettiva (contraddizione tra forze produttive e rapporti di produzione) non si tarda a scoprire che la proprietà collettiva dei territori di caccia è perfettamente coerente con una organizzazione sociale in cui la caccia avviene in comune e il prodotto della stessa è diviso tra tutti secondo regole tradizionali prestabilite. Ciò che manda in crisi questo equilibrio, molto prima di qualsiasi sviluppo delle forze produttive (cioè, dei mezzi tecnici di caccia), è l'arrivo del cacciatore con spirito europeo, il cacciatore, cioè, che si appropria personalmente di tutto il prodotto della sua caccia e, soprattutto, che caccia non per mangiare e vestirsi, ma per vendere le pelli, in una prospettiva di accumulazione che oramai non ha più limiti.

È a questo punto, e per questa ragione, che la proprietà comune non funziona più. Un'economia caratterizzata da appropriazione privata, e accumulazione senza freni, non è compatibile con la proprietà comune della terra.

Se ora torniamo al tema degli intangibili, e partiamo dalla riconosciuta rilevanza dei rapporti di produzione, scopriamo facilmente che il problema non è definito solo e tanto dalla presenza degli *intangibles*, e dalla opportunità di trovare accorgimenti istituzionali atti a facilitarne la produzione e l'utilizzazione, ma dal fatto che gli *intangibles* devono inserirsi nei rapporti di produzione caratteristici di una economia capitalistica. Devono, in una parola, circolare come merci. Cosa che può rivelarsi molto problematica perché molte risorse intangibili hanno, sul piano fattuale, caratteristiche che, come ora vedremo, ne rendono decisamente problematica la circolazione come merci⁷.

⁷ Hanno, come già notoriamente succede anche a quei beni (natura, lavoro, moneta) che POLANYI (*The Great Transformation*, New York, 2001) chiamava "*fictitious commodities*"

2. Gli intangibili: risorse artificialmente trasformate in merci

Chiamo merce un bene che viene prodotto allo scopo di essere venduto sul mercato. Per mercificazione intendo il processo per cui ad ogni bene viene assegnato dal mercato un prezzo, ed il prezzo diventa il principale fattore condizionante l'andamento di tutte le relazioni sociali in cui il bene in questione è coinvolto.

La mia opinione è che i processi di mercificazione sono diventati, soprattutto nell'ultimo mezzo secolo, sempre più importanti e delicati e che la necessità di governarli adeguatamente ha influenzato un certo sviluppo delle teorie giuridiche⁸, ed ha prodotto una tendenza ad intensificare, e approfondire, l'imposizione ad ogni genere di rapporto di una logica mercantile⁹, soprattutto attraverso la estensione della c.d. teoria dei prezzi¹⁰.

Questo processo non ha proceduto, e non procede, senza difficoltà. Si tratta di difficoltà che possono riguardare in misura diversa tutti i beni, e che sono però particolarmente gravi con riferimento a certi beni. Tra questi rientrano sicuramente quelle che POLANYI definiva, come abbiamo appena ricordato, *fictitious commodities*, e cioè la terra, il lavoro e la moneta, risorse che non sono prodotte per essere vendute, che non possono essere prodotte a volontà, e il cui

caratteristiche che li rendono diversi dalle merci "reali". Sul punto tornerò tra un attimo, nel prossimo paragrafo.

⁸ Il dichiarato scopo di un movimento di grande successo come l'analisi economica del diritto è proprio l'applicazione della teoria dei prezzi allo studio della giurisprudenza. Cfr. DENOZZA, *Law and the social limits to pricing*, di prossima pubblicazione nella rivista *History of Economic Ideas*, 2023.

⁹ La disciplina della società per azioni può da sola fornire qualche significativo esempio. A partire dalla posizione dei soci nella società, posizione una volta assimilata a quella di (indiretti) proprietari, e oggi assimilata, invece, a quella di fornitori di una merce (il capitale), interessati non al miglior uso complessivo della loro proprietà, ma ad una controprestazione (i dividendi) che deve essere loro fornita da altri venditori di merci (i *manager*) anch' essi immaginati come esclusivamente interessati a vendere, al più caro prezzo possibile, i loro servizi. La stessa logica di mercificazione è sottesa all'adozione del criterio contabile c.d. del *fair value*, un criterio che, come è noto, impone il ricorso a criteri contabili di valutazione che tendono a calcolare il valore dei cespiti attribuendo un ruolo centrale alla somma di denaro che potrebbero fare incassare all'impresa in caso di vendita, piuttosto che alla somma di denaro che potrebbe essere ricavata dal loro sfruttamento all'interno dell'impresa stessa. Una prevalenza, si potrebbe dire, del valore di scambio sul valore d'uso produttivo, che riflette una concezione delle imprese come entità la cui principale caratteristica non è quella di essere produttive, ma di essere comprate e vendute. Volendo generalizzare il punto, l'intuizione alla base del celebrato lavoro di COASE (*The Problem of Social Cost*, in 3 *J. L. & Econ.*, 1960, 1), fondamento di buona parte della teoria giuridica neoliberale, può essere in fondo descritta facendo proprio riferimento alla mercificazione. L'idea fondamentale è quella per cui possono essere ridotte a merci, che si comprano e si vendono sul mercato, tutte le posizioni di potere che costringono altri a sopportare gli effetti delle proprie azioni, così come possono essere comprati e venduti, come qualsiasi altra merce, tutti gli effetti, tangibili ed intangibili, che possono derivare da un'azione umana.

¹⁰ Cfr. BECKER, *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago, 1976. Più in generale sulla storia di questa tendenza teorica, cfr. MALECKA, *Economics Imperialism in Law and Economics*, in MARCIANO - RAMELLO (eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, New York, 2019.

assoggettamento alle fluttuazioni imposte dai meccanismi di mercato più avvenire solo al prezzo di pesanti effetti negativi collaterali. L'imposizione della forma di merce a risorse di questo tipo è un processo artificioso, che fa in certo senso violenza alla loro natura, e comporta gravi conseguenze sul piano sociale¹¹.

Anche i beni intangibili (o almeno molti di loro) appartengono a mio avviso ad un tipo di beni la cui mercificazione presenta problemi, magari non identici a quelli delle *fictitious commodities*, ma sicuramente altrettanto rilevanti¹².

Il dato di partenza è il fatto che gli intangibili non si presentano, per così dire, spontaneamente come merci, cioè come beni in grado di circolare su un mercato che dà loro un prezzo. Solo una particolare protezione giuridica, e una particolare modellizzazione dei profili istituzionali che li riguardano, riescono ad attribuire loro le caratteristiche da cui dipende l'acquisizione da parte loro della natura di merci, e da cui finisce per dipendere anche, elemento ovviamente importantissimo, il loro stesso valore.

Ciò è particolarmente evidente quando si riflette sugli intangibili come beni connessi, in un modo o nell'altro, alla circolazione di conoscenze tecniche. Qui è particolarmente evidente che il modo in cui possono, o non possono, circolare certe conoscenze, e, come ho detto, il loro stesso valore, dipendono sostanzialmente dalla disciplina applicabile all'informazione che quelle conoscenze veicola.

La serie di discipline rilevanti che si possono citare al riguardo è nutrita. Viene subito alla mente la disciplina del brevetto per invenzione (su cui tornerò nel prossimo paragrafo) dove è evidente per chiunque che il modo in cui si definisce

¹¹ Diciamo che la polanyiana categoria delle *fictitious commodities* in senso proprio (come abbiamo detto: la terra, il lavoro, la moneta) tende a dilatarsi ed a comprendere altre risorse la cui produzione e messa in circolazione non è governata da quei meccanismi "spontanei" che, in una società capitalistica, regolano il flusso delle merci in senso proprio. Oltre agli intangibili, e in genere a tutti beni il cui valore dipende dal modo in cui sono governate le informazioni che veicolano, o che comunque li riguardano, un'altra importante, peculiare, categoria è quella dei prodotti finanziari, su cui cfr. la nt. seg.

¹² Come ho anticipato alla nt. prec., un'altra importantissima categoria di merci *sui generis* è quella dei prodotti finanziari, che non si comportano spontaneamente come merci. Sul piano generale della circolazione, è facile constatare, infatti, che la legge basilare dei mercati, quella della domanda e dell'offerta, non opera qui nella maniera costante e meccanica, che la rende altrove un punto di riferimento fondamentale. È infatti possibile e frequente che la diminuzione del prezzo di un prodotto finanziario non solo non determini un'automatica crescita della domanda, ma ne determini addirittura una riduzione, in tutti quei casi in cui la diminuzione del prezzo viene interpretata come correzione di una precedente sopravvalutazione provocata da una qualche bolla speculativa. Analogamente, inverso, fenomeno può notoriamente verificarsi in caso di aumento del prezzo. Su un altro piano, è ben noto che molti mercati di prodotti finanziari (sicuramente, ad es., il mercato delle azioni) sono soggetti a fenomeni, le c.d. asimmetrie informative, simili a quelli che AKERLOF (*The Market for "Lemons": Qualitative Uncertainty and The Market Mechanism*, in 84 *Q. J. Econ.*, 1970, 488 ss.) illustrava con riferimento al mercato delle auto usate. L'esistenza di asimmetrie informative tra l'emittente (o chi ha confezionato il prodotto finanziario) e i potenziali acquirenti è fenomeno diffuso ed idoneo, se non contrastato, a produrre effetti distruttivi del mercato simili a quelli descritti con riferimento al mercato delle auto usate.

la conoscenza che può essere oggetto di brevetto, e quello in cui si definiscono i diritti che spettano al titolare, condizionano pesantemente le probabilità che una certa conoscenza ha di essere appropriata e di poter essere comprata, e venduta, con maggiori o minori rischi.

Altrettanto importanti sono però anche molte altre discipline, come quella relativa al modo in cui è tutelato il segreto su conoscenze che non sono state né brevettate né divulgate, o come quella relativa alla possibilità e ai limiti della lecita introduzione di clausole di non concorrenza nei contratti di lavoro, clausole che a volte sono allo stesso tempo essenziali per difendere il controllo di certe conoscenze, e oppressive nei confronti dei lavoratori ad esse vincolati¹³. O, ancora, come quella relativa ai limiti di validità delle clausole contrattuali, contenute nelle licenze, e persino nei contratti di vendita del prodotto brevettato, che limitano gli usi leciti possibili, o quella relativa al riconoscimento della liceità degli accorgimenti tecnici con cui spesso la possibilità di uso del prodotto viene di fatto limitata, ecc.

Tutte queste discipline variamente tentano di sopperire alle difficoltà che l'informazione incontra nel circolare come merce, ad essere, cioè, comprata e venduta su un aperto mercato. In assenza totale di ogni tipo di disciplina protettiva delle conoscenze, la maggior parte di esse non riuscirebbe a circolare sul mercato, o avrebbe, nella sua vita come merce, un destino assolutamente precario, legato alle possibilità pratiche di mantenere l'effettiva segretezza della conoscenza stessa.

Allo stesso tempo, come ho già anticipato, la scelta dei concreti contenuti delle discipline in questione incide non solo sulla facilità della circolazione di questi beni, ma anche sul valore stesso della merce, artificiosamente creata. Quest'ultima non è una peculiarità assoluta ed esclusiva dei beni in questione, posto che il modo in cui sono disciplinati i diritti di proprietà può ovviamente incidere sul valore di tutti i beni¹⁴.

Resta però una differenza fondamentale¹⁵ dovuta al fatto che la possibilità di godere senza interferenze di un bene tangibile ha un suo valore in termini di utilità per il titolare del relativo potere, e rappresenta un naturale punto di riferimento per ogni disciplina dei diritti sul bene in questione. Un legislatore che intenda istituzionalizzare un regime di proprietà privata su beni tangibili, ad es. su terreni o su edifici, può assumere come punto di partenza il sistema di regole che sono

¹³ Sugli eccessi nel ricorso a tali clausole e sui loro effetti negativi per i lavoratori, cfr. VAHEESAN - BUCK, *Non-Competes and Other Contracts of Dispossession*, in *Mich. St. L. Rev.*, 2022, 113 ss.

¹⁴ Lo studio dell'incidenza che il diritto può avere nel determinare il reciproco valore di molti beni è il filo conduttore del lavoro di PISTOR, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton, 2019.

¹⁵ EPSTEIN, *What Is So Special About Intangible Property? The Case for Intelligent Carryovers*, L. & Econ. Olin Working Paper No. 524, 2010, ritiene invece che non vi sia alcuna difficoltà ad estendere agli intangibili lo stesso tipo di protezione proprietaria riservata ai beni tangibili. In realtà la prospettiva ideologica in cui si muove l'autore gli impedisce di rilevare tutte le differenze e le difficoltà di cui si parla qui nel testo.

necessarie per garantire il proprietario contro altrui interferenze nel godimento e nella disponibilità del bene in questione, e identificare così i diritti e i doveri che devono essere attribuiti ai vari soggetti. Il nucleo centrale di questo insieme di diritti e doveri risulta facilmente identificabile ove si mantenga come punto di partenza l'indicata funzione di garantire il proprietario contro interferenze di terzi che possano diminuire l'utilità del godimento del bene.

Ovviamente non si tratta di determinismi assoluti e precisi. Nulla di sorprendente quindi nel fatto che ogni ipotetico legislatore ben possa decidere di spingere questo nucleo primario di diritti e obblighi nella direzione di una maggiore tutela del proprietario (ad es., vietando non solo gli atti che effettivamente turbano il godimento, ma anche quelli che sono idonei a creare soltanto un pericolo) oppure nella direzione di una maggiore soddisfazione degli interessi dei non proprietari (ad es., moltiplicando le eccezioni in cui è consentito di interferire con il godimento del proprietario). In ogni caso, ripeto, l'esigenza di prevenire altrui interferenze nella possibilità per il proprietario di godere, e di disporre, del bene, fornisce un sicuro orientamento per qualsiasi disciplina della proprietà privata.

Con riferimento ad un bene come la conoscenza, e lo stesso vale per molti altri beni intangibili, la situazione è radicalmente diversa ed è resa molto più complessa dal fatto che il valore di una conoscenza dipende, in una società capitalistica, non solo, e non tanto, dal fatto di poterla usare senza interferenze, ma dalla natura e dalla entità dei divieti e dei vincoli che il "proprietario" può imporre all'uso da parte di terzi.

La possibilità assicurata al "proprietario" di usare e disporre senza interferenze della "sua" conoscenza rappresenta un bene economico che spesso può non essere gran che significativo. Il bene economico realmente significativo è in genere costituito, invece, dalla possibilità di impedire ad altri o di entrare in possesso della conoscenza in questione o, comunque, di utilizzarla anche quando l'avessero legittimamente acquisita.

È allora ovvio che viene in questa prospettiva a mancare il punto di riferimento che nel caso dei beni tangibili è rappresentato dalla garanzia del godimento del bene da parte del titolare. Dato che il punto essenziale non è ciò che si deve consentire al titolare, ma ciò che si deve impedire ai terzi, l'insieme delle scelte possibili diventa amplissimo e privo di un qualsiasi baricentro. Si possono immaginare una infinità di regimi diversi sia per quanto attiene all'oggetto del divieto (è interdetto solo l'uso di conoscenze identiche a quelle oggetto del diritto che si intende proteggere, o anche conoscenze in qualche modo e in qualche misura variamente simili?), alle finalità dell'uso (privato, sperimentale, commerciale, ecc.), alle modalità di rimozione del divieto (solo il consenso del titolare può rimuovere il divieto o esistono situazioni nelle quali è possibile imporre licenze obbligatorie, fino al caso estremo del c.d. dominio pubblico pagante?), alle modalità di protezione (risarcimenti, inibitorie, estensione dei diritti sui beni tangibili prodotti con l'utilizzazione abusiva della conoscenza, ecc.), ai poteri del titolare di limitare la libertà d'azione di colui che ha comprato

il diritto di usare la conoscenza (ad es., i ben noti problemi di diritto *antitrust* connessi alla legittimità delle restrizioni territoriali, di uso, ecc.).

Concludendo, la mia opinione è che i processi con cui un bene viene assoggettato ad un regime di appropriazione e di circolazione mercantile presentano sempre difficoltà e comportano sempre la necessità di compiere delicate scelte discrezionali, di tipo politico. Il fatto però è che nel caso degli intangibili queste difficoltà sono particolarmente accentuate e rilevanti, dato che gli intangibili non possiedono “naturalmente” la qualità di merci. Essi diventano merci solo in forza di un intervento legislativo il cui orientamento (i contenuti delle norme che vengono dettate) incide sulla maggiore o minore loro capacità di circolare come merci ed anche sul loro potenziale valore.

3. I problemi della mercificazione in un caso esemplare: le invenzioni e i brevetti

Credo che, a questo punto, il discorso generale relativo a tutti gli intangibili corra il rischio di risultare eccessivamente generico e superficiale. Cercherò allora di concentrare l'attenzione sul tema della protezione giuridica del più importante, e, in un certo senso, prototipico, intangibile, e cioè l'invenzione, e sull'istituto, il brevetto, che più specificamente protegge gli inventori.

Possiamo cominciare sgombrando il campo da un equivoco. Una invenzione non è un bene analogo ad un meteorite d'oro caduto dal cielo, che qualcuno ha cercato, trovato, magari estratto faticosamente dal suolo, e di cui questo qualcuno ben può appropriarsi, senza che ciò tolga niente a nessuno. Un'invenzione è una tappa di un processo di sviluppo della conoscenza collettiva, che, da una parte, si basa su quello che altri, diversi dall'inventore, hanno fatto prima di lui, e, dall'altra, incide su quello che altri, diversi dall'inventore, potranno fare dopo di lui.

Nel momento in cui la legge vuole trasformare le invenzioni in merci, e renderne possibile un certo tipo di appropriazione e di circolazione, deve strutturare, in una maniera decisa dalla legge stessa e, quindi, in questo senso, artificiale, i rapporti con il “prima” e con il “dopo”. Deve, cioè, definire, da una parte, il livello di originalità che l'invenzione deve avere per meritare la concessione di un brevetto, e, dall'altra, l'estensione e il contenuto dei diritti che spetteranno al brevettante nei confronti di chi abbia ad usare conoscenze che si assumono simili a quelle oggetto della privativa.

Come ho già rilevato in via generale al paragrafo precedente, quest'opera di definizione caratterizza un bene intangibile, come l'invenzione, rispetto ai beni materiali tangibili. Mentre nel caso dei beni materiali tangibili il bene preesiste all'intervento legislativo che fissa le regole relative alla possibilità di usarne e disporne, nel caso dell'invenzione, invece, le regole che fissano i diritti e divieti concorrono a creare il bene e a definirne i confini.

L'assenza di un preciso punto di riferimento nella realtà concorre a spiegare le ragioni per cui la protezione delle invenzioni è stato tradizionalmente oggetto di discussioni e incertezze che hanno storicamente riguardato sia la legittimità dell'intervento in sé considerato, sia la convenienza di adottare l'uno o l'altro tipo di regole¹⁶.

Quanto al tema della legittimità in sé dell'intervento, va considerato che attraverso l'istituto del brevetto viene introdotto un diritto di uso esclusivo di un bene che ben potrebbe essere invece usato, senza pratiche interferenze reciproche, da più persone. Viene in sostanza attribuito al brevettante un potere di tipo monopolistico, un potere che in generale non sarebbe considerato meritevole di essere né creato, né protetto.

In effetti i brevetti riuscirono a sfuggire alla radicalità, eversiva del vecchio ordine, che era presente tra gli artefici della rivoluzione francese, presentandosi con una maschera che ancora oggi riesce ad ingannare, e cioè quella della proprietà privata¹⁷. Negli Stati Uniti si avvertì la necessità di mettere nella Costituzione una norma che attribuisce al legislatore la facoltà (non l'obbligo) di introdurre i brevetti, la cui esistenza, perciò, contrariamente a quanto a volte vien lasciato intendere, non è imposta dalla Costituzione, che si limita invece ad autorizzarne l'istituzione, nei limiti, per di più, dalla norma stessa desumibili¹⁸.

Quanto ai dubbi relativi a quali siano le caratteristiche dell'istituto che possono metterlo in grado di funzionare al meglio¹⁹, è indubbio che in tempi e luoghi diversi

¹⁶ Cfr. DI CATALDO, *La questione brevettuale all'inizio del XXI secolo*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, I, 3.

¹⁷ Basta al riguardo leggere il *Rapport* del BOUFFLERS all'Assemblea Nazionale in data 30 dicembre 1790, e la *Réponse* dello stesso BOUFFLERS alle obiezioni sollevate contro la legge del 7 gennaio 1791. Nella prima si trovano, sin dall'esordio, una serie di affermazioni retoriche sul fatto che quella sulle proprie idee e pensieri sarebbe la più sacra forma di proprietà. Nella seconda, in replica a chi aveva obiettato invocando la libertà di commercio, si trova la famosa affermazione secondo cui «La liberté suffit mais avec la propriété, et la propriété de l'inventeur est son invention» (entrambi i documenti sono riportati in C.P. MOLARD, *Description des machines et procédés spécifiés dans les brevets d'invention, de perfectionnement et d'importation dont la durée est expirée*, Paris, 1811). Cfr. anche GALVEZ-BEHAR, *L'invention de la propriété intellectuelle et les frontières mouvantes de la création*, in BAUDRY *et al.*, *Produire du nouveau ? Arts – Techniques – Sciences en Europe (1400-1900)*, CNRS éditions, 2022, 21. Ancora oggi capita di leggere che «Property rights are the foundation for flourishing societies and economic growth. This is equally true for patents, which are property rights in new and useful inventions», MOSSOFF, *Congress Should Reform Patent Eligibility Doctrine to Preserve the US Innovation Economy*, The Heritage Foundation, Legal Memorandum n. 257, 8 gennaio 2020.

¹⁸ WALTERSCHEID, *Within the Limits of the Constitutional Grant: Constitutional Limitations on the Patent Power*, in 9 *J. Intell. Prop. L.*, 2001, 291.

¹⁹ Cfr. DOSI *et al.*, *The Role of Intellectual Property Rights in the Development Process, with Some Lessons from Developed Countries: An Introduction*, in CIMOLI *et al.* (eds), *Intellectual Property Rights: Legal and Economic Challenges for Development*, Oxford, 2014, 3, i quali affermano che «The impact of IPR on welfare and innovation depends on details of the IPR regime and the nature of the sector-institutional details matter», e criticano il fatto che «Advocates of IPR in advanced industrial countries have not only focused excessively on IPR. They have also typically argued that the better and stronger intellectual property rights are, the more innovative the economy will be»; idea quest'ultima che, come vedremo anche nel prossimo paragrafo, non corrisponde affatto alla realtà.

si sono affermate soluzioni diverse, soprattutto con riferimento ad alcuni aspetti chiave della disciplina dell'istituto, come quello relativo alla scelta delle categorie di invenzioni potenzialmente brevettabili o assolutamente insuscettibili di brevettazione, oppure quello relativo alla definizione del livello di originalità richiesto per giustificare la concessione del brevetto, o anche, come è ovvio, a quello relativo alla definizione dei diritti spettanti al titolare del brevetto e dei loro limiti²⁰.

Senza ripercorrere qui la lunga e intensa storia delle controversie in ordine alle più opportune politiche brevettuali, basterà dare conto di qualche aspetto delle più recenti metamorfosi della disciplina.

Una svolta importante inizia negli anni '80 del secolo scorso e riguarda la selezione delle invenzioni brevettabili. Il requisito della novità che prima alcuni ritenevano dovesse implicare un risultato sorprendente viene progressivamente annacquato²¹. Così nel 1999 si arriva, negli Stati Uniti, alla concessione ad Amazon del famigerato brevetto chiamato "one click"²².

Nel frattempo, vengono anche accantonati alcuni principi che ponevano barriere assolute alla brevettabilità. Nel 1980, nel caso *Diamond v. Chakrabarty*²³ la Corte Suprema degli Stati Uniti afferma la brevettabilità di un microorganismo. Nel 1981 nel caso *Diamond v. Diehr*,²⁴ la stessa Corte pone le basi per la brevettabilità del *software* e per l'affermazione della possibilità, che verrà sancita alcuni anni più tardi nel 1998, di rilasciare i c.d. *business process patents* (particolarmente importanti in ambito finanziario)²⁵.

Il risultato complessivo di questi sviluppi è stato quello di una crescita esponenziale del numero dei brevetti rilasciati. In America i brevetti rilasciati

²⁰ Per un recente esame critico di vari aspetti della legislazione brevettuale cfr. PEUKERT, *The Threefold Fictitiousness of Intellectual Property*, in BRUNN *et al.* (eds), *Transition and Coherence in Intellectual Property Law. Essays in Honour of Annette Kur*, Cambridge, 2021, 224. Cfr. anche KAPCZYNSKI, *The Cost of Price: Why and How to Get Beyond Intellectual Property Internalism*, in 59 *UCLA L. Rev.*, 2012, 970.

²¹ Negli Stati Uniti questa vicenda è segnata dalla sostituzione del famoso criterio del *flash of creative genius* (cfr. *Cuno Engineering Corp. v. Automatic Devices Corp.*, 314 U.S. 1941, 84, 91: «[T]he new device, however useful it may be, must reveal the flash of creative genius, not merely the skill of the calling») con il criterio della non-ovvietà. In argomento cfr., tra i tanti, ISRAEL, *The Flash of Genius: Defining Invention in The Era of Corporate Research*, paper presentato alla The ConTexts of Invention Conference, Cleveland, 2006.

²² Da qui inizia una polemica e anche una battaglia legale che durerà circa un decennio (una sorta di guerra dei "click") su cui cfr. BRANDT, *One click: Jeff Bezos and the rise of Amazon.Com*, London, 2011.

²³ 447 U.S. 303.

²⁴ 450 U.S. 175.

²⁵ *State Street Bank and Trust Company v. Signature Financial Group, Inc.*, 149 F.3d 1368 (Fed. Cir. 1998). Cfr. anche *Bilski v. Kappos*, 561 U.S. 593 (2010). Una inversione di tendenza si manifesta con la sentenza nel caso *Alice Corp. v. CLS Bank International*, 573 U.S. 208 (2014), destinata ad innestare una serie di polemiche su cui cfr., tra i tanti, DUAN, *Examining Patent Eligibility*, disponibile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=4388598>.

dallo *US Patent and Trademark Office* passano da 61.982 nel 1983, a 388,900 nel 2020. In Europa, passano da 65.655 nel 2012 a 133,715 nel 2020.

La storia più recente registra il moltiplicarsi di acquisizioni fatte al solo scopo di accaparrarsi migliaia di brevetti²⁶, nonché la comparsa dei c.d. *patent trolls*, imprese che non producono nulla e si limitano ad acquistare brevetti per disturbare i produttori e costringerli a pagare *royalties* o risarcimenti²⁷.

È ovvio che le scelte di cui si è dato conto e che hanno condotto alla presente situazione, come tante altre scelte in materia di disciplina dei brevetti, non sono scelte riconducibili a nessun evidente principio, e non hanno nessuna possibilità di presentarsi come il riconoscimento del naturale diritto di un soggetto su una cosa (a tacer d'altro, il fatto è che qui, come abbiamo più volte ripetuto, la "cosa" non preesiste alla regola, ma è invece creata dall'intervento legislativo che definisce cosa è una invenzione e cosa non lo è).

Siamo perciò in presenza di discrezionali scelte politiche, ispirate da una logica complessiva difficile da intravedere e definire²⁸.

4. Non tutto ciò che luccica è oro: protezione degli intangibili e protezione della rendita

Il punto cui abbiamo accennato alla fine del paragrafo precedente, e cioè che non esiste alcun preciso criterio in grado di fornire indicazioni in ordine alle ragioni e ai limiti dei diritti che è opportuno assegnare ai "proprietari" di beni intangibili, merita di essere approfondito perché qui emerge un aspetto inquietante della problematica relativa agli intangibili, un'altra faccia della luna, per così dire, che non viene in genere problematizzata adeguatamente.

Partiamo dalla giustificazione della privativa brevettuale oggi più diffusamente addotta, quella che fa riferimento all'opportunità di premiare le imprese più innovative attraverso un meccanismo che può assicurare loro guadagni in grado

²⁶ CUNNINGHAM *et al.*, *Killer acquisitions*, in 129 *J. Polit. Econ.*, 2021, 649.

²⁷ KAMDAR *et al.*, *Defend Innovation: How to Fix Our Broken Patent System*, Electronic Frontier Foundation, 2015: «The patent system is in crisis. Patents – particularly software patents – have become a tool for intimidation and expensive litigation, chilling the very innovation the patent system was supposed to encourage».

²⁸ Non sorprende allora l'entità delle somme che le imprese più innovative spendono in attività di *lobby*. Nel 2019 Amazon e Facebook risultano avere speso circa 17 milioni ciascuna, mentre le più grandi imprese tecnologiche risultano avere speso negli ultimi dieci anni circa mezzo miliardo, cfr. ROMM, *Tech giants led by Amazon, Facebook and Google spent nearly half a billion on lobbying over the past decade, new data shows*, in *The Washington Post*, January 22, 2020. Questi dati confermano un fatto ovvio, e cioè che le imprese sono le prime a rendersi conto di quanto i loro guadagni dipendono dal tipo di protezione accordato ai beni immateriali che esse controllano e anche di quanto l'entità di questa protezione possa variare in rapporto a scelte contingenti e in ampia misura suscettibili di essere di volta in volta influenzate.

di fungere da incentivi, e anche da fonti di finanziamento, per la ricerca di ulteriori invenzioni.

Ammesso che la scelta di mettere il destino dell'innovazione e dello sviluppo nelle mani di meccanismi puramente privati e mercantili sia effettivamente una scelta saggia, un rilevante problema comunque si pone. Questa filosofia dell'incentivazione tramite riconoscimento di monopoli (filosofia che negli ultimi decenni ha finito per permeare anche tutto il diritto *antitrust*²⁹) è in grado di produrre una sensata teoria che possa guidare le scelte politiche, e giuridiche, di legislatori e interpreti?

Volendo partire da un'osservazione strettamente teorica, si potrebbe anzitutto rilevare una certa contraddittorietà presente nel tentativo di stimolare una concorrenza dinamica, proiettata verso il futuro e l'innovazione, ricorrendo ad un tipico strumento della concorrenza statica, quale è la rendita di monopolio.

Su un piano più concreto, rilevanti problemi nascono anzitutto dal fatto che non esiste nessuna possibilità di misurare, neanche approssimativamente, i costi e i benefici delle singole scelte con cui si decide di aumentare, o diminuire, la protezione legale di cui godono i titolari dei brevetti³⁰. Ciò dipende anzitutto dall'impossibilità di misurare i vantaggi delle maggiori innovazioni che si spera possano conseguire all'aumento dell'incentivo, maggiori innovazioni la cui entità e qualità è ovviamente del tutto incerta. Ancor meno è possibile confrontare questi, ipotetici, vantaggi, con gli svantaggi in termini di riduzione della concorrenza statica, di creazione di situazioni monopolistiche e di conseguenti aumenti dei prezzi, che possono conseguire ad un potenziamento dei diritti dei titolari di brevetto³¹.

Un'osservazione più radicale ci dice che in fondo non è neanche possibile presumere che alla concessione di maggiori diritti ai titolari di brevetti consegua necessariamente un qualche, pur non misurabile, ma comunque sicuramente positivo, aumento dell'innovazione³². Non è infatti per nulla dimostrato che esista

²⁹ Sulla evoluzione del diritto *antitrust* in epoca neoliberale (l'ultimo mezzo secolo, all'incirca) cfr. DENOZZA, *Consumer welfare e shareholder value: due teorie neoliberali al tramonto?*, di prossima pubblicazione in *Orizz. dir. comm.*

³⁰ Il problema di cui mi occupo in prosieguo nel testo viene in genere trattato dagli economisti dal punto di vista del c.d. allineamento tra il compenso accordato all'inventore e il contributo ricevuto dalla società., cfr. ad es. SHAPIRO, *Patent Reform: Aligning Reward and Contribution*, NBER, Working Paper No. 13141, 2007; SCOTT MORTON - C. SHAPIRO, *Patent Assertions: Are We Any Closer to Aligning Reward to Contribution?*, in 16 *Innov. Policy Econ.*, 2016, 89.

³¹ Anche nelle più rigide impostazioni "schumpeteriane", e anche a volere privilegiare il solo punto di vista dell'incentivo alla innovazione (lasciando quindi da parte altre importanti questioni a cominciare da quelle distributive), gli effetti positivi sull'innovazione che possono essere prodotti dalla protezione (tramite brevetti o in altro modo) dell'impresa innovatrice dalla concorrenza, devono essere confrontati con gli effetti positivi che, sempre sull'innovazione, possono essere prodotti da una intensa concorrenza. Cfr. AGHION, *Innovation and Growth from a Schumpeterian Perspective*, in 128 *Rev. Econ. Polit.*, 2018, 693.

³² Il punto è vigorosamente sottolineato da DOSI *et al.*, *The Role of Intellectual Property Rights*, quando rilevano che «Most broadly, the link between stronger IPR and innovation is ambiguous at best».

un rapporto lineare tra l'entità della protezione giuridica dei brevetti e il ritmo di crescita del progresso tecnico. Non solo non si è in grado di stabilire un rapporto in qualche modo misurabile tra entità della protezione delle idee innovative ed entità dell'innovazione, ma non è neppure certo che l'intensificazione della protezione giuridica delle posizioni di mercato conquistate dalle imprese innovative produca una intensificazione del ritmo di crescita dell'innovazione. La ragione, abbastanza evidente, è infatti che una protezione giuridica delle innovazioni spinta al di là di un certo livello finisce inevitabilmente per scoraggiare l'innovazione concorrente, con la conseguenza che andranno perdute, prima di tutto, le innovazioni che i concorrenti del primo innovatore avrebbero potuto fare se non fossero stati scoraggiati dall'eccessiva protezione al primo innovatore accordata dalla titolarità del brevetto. Andranno poi perdute anche le ulteriori innovazioni che il primo innovatore sarebbe stato incentivato a perseguire se adeguatamente pungolato dalla concorrenza di altre imprese.

In conclusione, considerato che il monopolio brevettuale inevitabilmente blocca l'uso anche di conoscenze che sono di dominio pubblico, considerato che esso può avere effetti anche su prodotti non brevettati³³, considerato infine che un certo livello di innovazione si avrebbe anche senza la concessione di monopoli (per secoli l'umanità ha inventato anche senza i brevetti), la domanda relativa a quanto monopolio dobbiamo concedere, e quindi quanto dobbiamo sacrificare in termini di concorrenza statica, per ottenere un livello di concorrenza dinamica che assicuri la quantità di innovazione che vogliamo ottenere, risulta priva di ogni possibile risposta ragionevolmente fondata³⁴.

Il risultato di tutto ciò è un inestricabile intreccio tra profitto – inteso come parte della remunerazione necessaria ad indurre l'afflusso della risorsa al mercato – e rendita – intesa come la parte della remunerazione che l'offerente riesce a fare pagare in più³⁵. Nel caso delle invenzioni, come abbiamo appena detto, nessuno è in grado di definire la remunerazione necessaria per indurre gli inventori ad

³³ KARAKILIC, *Rentierism and the commons: A critical contribution to Brett Christophers' Rentier Capitalism*, in 54 *Environment and Planning A: Economy and Space*, 2022, 422; BUCKLEY *et al.*, *Rent appropriation in global value chains: The past, present, and future of intangible assets*, in 12 *Glob. Strategy J.*, 2022, 679.

³⁴ Un'autorevole opinione (cfr. BAKER *et al.*, *Innovation, intellectual property, and development: A better set of approaches for the 21st century*, CEPR, 2017, 70) ritiene che «Intellectual Property rights are becoming increasingly badly configured in the developed world, leading to a stifling of innovation, distortions in the direction of innovation, and a reduction in the benefits which accrue from any innovation that occurs. Many of these failures arise because there is, especially under currently prevalent IPR regimes, no clear relationship between the social returns to innovation and the private returns». Cfr. anche DOSI *et al.*, *The Role of Intellectual Property Rights*, dove si osserva che «In general, the private returns to innovation with intellectual property are not well-aligned with social returns».

³⁵ La contrapposizione operata nel testo riecheggia definizioni abbastanza diffuse nei trattati di economia, cfr. ad es. VARIAN, *Intermediate microeconomics: a modern approach*, 5th ed., New York, 1999, 403, che definisce le *economic rent* «as those payments to a factor of production that are in excess of the minimum payment necessary to have that factor supplied». Quella di rendita è però una delle nozioni anche storicamente più incerte e controverse, cfr. ad es. FINE, *The Historical Theory of Rent and Price Reconsidered*, in 22 *Australian Econ. Papers*, 1983, 132.

inventare, ed a portare le loro invenzioni sul mercato. L'artificiosa mercificazione delle invenzioni, e degli *intangibles* più in generale, comporta perciò, come ho detto, una insolubile confusione tra profitto e rendita³⁶.

In definitiva, il modello dominante che afferma la necessità di premiare con profitti di tipo monopolistico l'attitudine innovativa delle imprese, accetta esplicitamente la possibilità che le imprese in questione ottengano remunerazioni superiori a quelle corrispondenti al costo di produzione o al costo opportunità. Se questo modello viene esteso, come è spesso accaduto di recente nel diritto antitrust, alla valutazione di tutti i rapporti concorrenziali, l'intreccio tra rendita e profitto finisce per diventare una caratteristica dell'intero sistema³⁷.

5. Un problema ineludibile: chi paga i costi dell'innovazione?

Un ultimo rilievo riguarda il modo in cui viene di solito impostato il problema del rapporto tra progresso tecnico e protezione brevettuale delle invenzioni. Nella corrente impostazione del problema il contrasto tra l'esigenza di non compromettere eccessivamente il processo concorrenziale, e l'esigenza di incentivare il progresso tecnico concedendo monopoli agli inventori, viene presentato (quando viene riconosciuto esistente) come una sorta di "naturale" ed inevitabile *trade-off*, che riguarda la società nel suo complesso, come se la società fosse un singolo individuo. Il problema viene perciò focalizzato sul calcolo dell'utilità complessiva che può essere ricavata dall'una o dall'altra scelta. Alla fine, sembra che si tratti solo di stabilire se i vantaggi in termini di progresso tecnico assicurati da una più intensa protezione del monopolio brevettuale sono superiori agli svantaggi che derivano dalla corrispondente diminuzione della concorrenza, o se è vera l'ipotesi contraria.

Presentato in questo modo, il problema finisce per apparire simile a quelli che un soggetto incontra in una infinità di situazioni in cui per ottenere qualcosa deve

³⁶ Con più anodino linguaggio è stato osservato che «the conceptual distinction between monopoly rents and the factor share of intangibles may be hard to disentangle». Così CROUZET *et al.*, *The Economics of Intangible Capital*, in 36 *J. Econ. Perspect.*, 2022, 43.

³⁷ Molte decisioni (ad es., quelle che applicano il c.d. "*as efficient competitor test*", cfr. in argomento DENOZZA, *Consumer welfare e shareholder value*) con la scusa di premiare l'efficienza, finiscono in realtà per assicurare alle imprese dominanti una vera e propria rendita a scapito dei consumatori. Ad es., la possibilità di praticare sconti di fedeltà, con conseguente induzione delle imprese intermedie, a rifornirsi solo dal fornitore che applica sconti, assicura a quest'ultimo la possibilità di consolidare il suo dominio e fa sì che i consumatori siano privati della possibilità di scegliere tra prodotti finali con componenti del produttore che applica gli sconti e componenti di altre marche. Nessuno vuole impedire riduzioni generalizzate dei prezzi. Non si vede invece perché si debba pagare una rendita consentendo al produttore presunto maggiore efficiente, di fare sconti di fedeltà solo a chi si rifornisce in esclusiva da lui. Con riferimento al noto caso *Intel*, cfr. COLE, *There is no "more economic approach"*, disponibile all'indirizzo https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4199620.

rinunciare a qualcosa d'altro (ad es. se ho solo una sera libera, devo scegliere dove andare e, per andare a teatro, devo rinunciare ad andare al cinema).

La questione delle decisioni in materia di protezione dei diritti in materia di invenzioni è in realtà molto più complessa, e non assomiglia affatto all'infinità di scelte che un individuo può trovarsi a dover fare tra alternative incompatibili. La ragione è che le scelte compiute a livello di legislazione brevettuale (non meno di quelle compiute a livello di legislazione *antitrust*) non incidono in maniera uniforme su tutti gli individui che compongono la società³⁸.

Ciò è del tutto evidente se si considera in primo luogo il rapporto tra potenziali innovatori e potenziali utilizzatori dell'innovazione. Come abbiamo visto nel paragrafo precedente, la questione si pone in sostanza nei termini di un semplice interrogativo: quanto è necessario pagare alle imprese innovatrici, in termini di diritti di monopolio riconosciuti sulle loro invenzioni, per indurle a continuare ad innovare? Posta così la questione, è evidente che la scelta di aumentare la protezione delle imprese innovatrici, aumenta anche il rischio che aumenti inutilmente la rendita di cui queste imprese possono usufruire. Si tratta in sostanza di una tassa che i consumatori devono pagare alle imprese innovatrici in cambio della possibilità di usufruire dei prodotti che incorporano le loro invenzioni.

Nel paragrafo precedente ho esaminato le ragioni che ostacolano una appropriata definizione del livello di questa tassa. Qui possiamo rilevare che la tassa ha anche ovvi e complessi effetti distributivi non solo nei rapporti tra imprese innovatrici e consumatori, ma anche negli stessi rapporti tra le varie categorie di consumatori. Uscendo dalla metafora fiscale, possiamo constatare agevolmente, quanto ai rapporti tra imprese e consumatori, che se la protezione brevettuale viene estesa eccessivamente, al di là di quanto sarebbe strettamente necessario per remunerare gli innovatori, i titolari dei brevetti potranno sfruttare la maggiore protezione contro la concorrenza di terzi assicurata loro dal brevetto, per pretendere compensi maggiori, con conseguente loro maggiore arricchimento, e conseguente impoverimento degli utilizzatori.

A ciò si può aggiungere, peraltro, che oltre al potenziale conflitto tra imprese e consumatori in generale, un altro conflitto di tipo distributivo esiste anche all'interno della categoria dei consumatori stessi. Non è difficile immaginare infatti che i consumatori possono avere diversi interessi e diverse preferenze relativamente a quale sia il livello più opportuno di incentivazione che deve essere stabilito per le imprese. Venendo al nocciolo del problema, ben possono esistere consumatori che preferiscono un regime in cui una ridotta protezione degli

³⁸ Come ho cercato di sottolineare in più occasioni: cfr., ad es., DENOZZA, *The future of antitrust: concern for the real interests at stake, or etiquette for oligopolists?* in *Orizz. dir. comm.*, 2017, 1; e già prima ID., *Intellectual Property and Refusal to Deal: "Ad Hoc" v. "Categorical" Balancing*, in CAGGIANO *et al.* (eds), *Competition Law and Intellectual Property*, Deventer, 2012, 259; ID., *Aggregazioni arbitrarie v. "tipi" protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 1057.

inventori fa sì che si produca minore innovazione, che una maggiore concorrenza rende però disponibile in misura più larga e a prezzi inferiori, mentre altri preferiscono la maggiore, e più cara, innovazione che può essere incentivata da una maggiore protezione degli inventori.

Il tentativo di presentare il problema come se si trattasse del “neutrale” riconoscimento di un compenso, di entità oggettivamente determinabile, che deve essere riconosciuto alle imprese innovatrici meritevoli, si scontra in realtà, come abbiamo appena visto, con una realtà completamente diversa. Quelle relative alla disciplina dei brevetti non sono scelte tecniche neutrali, ma sono scelte politiche gravide di conseguenze anche distributive.

Non va sottaciuto, infine, che oggi molti beni intangibili (si pensi alle banche dati e al loro possibile sfruttamento da parte delle piattaforme) possono essere usati come strumenti che consentono, o facilitano, pratiche discriminatorie, come nel tipico caso delle banche dati, e degli algoritmi, con cui le imprese profilano i loro attuali e potenziali clienti, o manipolatorie³⁹ Il che accentua la gravità dei problemi distributivi che, come abbiamo visto in questo paragrafo, affliggono tutte le scelte in tema di protezione degli intangibili.

6. Conclusioni

In conclusione, credo che il tema dello sviluppo e della valorizzazione degli intangibili non evochi un semplice problema di ingegneria istituzionale tecnicamente solubile con l'individuazione del tipo di protezione in assoluto più efficiente. Questa è l'immagine falsa offerta dalla favola dei comuni.

La realtà è molto più complessa e pone di fronte a complicati problemi di coerenza tra i rapporti di produzione dominanti e le protezioni giuridiche attribuite ai singoli beni, e alla necessità di procedere a scelte che sono tipicamente politiche.

È infatti una decisione politica quella che assume che gli incentivi alla produzione di intangibili debbano derivare dalla loro circolazione come merci, invece che da una loro amministrazione come beni comuni, o anche da un loro modellamento come beni privati, che però non circolano come merci (ad es., nel caso dei brevetti, un sistema di c.d. dominio pubblico pagante) o in altro modo⁴⁰. È anche una decisione politica quella che costituisce un intangibile in un bene privato e ne fissa la natura, il livello di protezione e i fattori che ne potranno determinare il prezzo. È infine una scelta politica anche quella che decide quale prezzo in cambio dell'innovazione si debba pagare all'inventore, e come debba essere distribuito il costo.

³⁹ PATERSON *et al.*, *The Hidden Harms of Targeted Advertising by Algorithms and Interventions from the Consumer Protection Toolkit*, in 9 *IJCLP*, 2021, 1.

⁴⁰ Una breve rassegna di varie alternative istituzionali in DAVIDSON - J. POTTS, *A New Institutional Approach to Innovation Policy*, in 49 *Australian Econ. Rev.*, 2016, 200.

In questa prospettiva il problema non è, come pensano molti teorici neoliberali, la lentezza del diritto a rendersi compatibile con tutte queste innovazioni, la lentezza per esempio a creare un ambiente istituzionale adeguato alla produzione e alla circolazione degli *intangibles*.

Dal punto di vista delle istituzioni, e del diritto, il problema è piuttosto quello della oggettiva difficoltà di gestire le dinamiche sociali messe in moto da questa pretesa di fare circolare come merce quasi qualsiasi bene. Non si tratta perciò di un “semplice” problema di ottimizzazione nella produzione di intangibili e di innovazione. Si tratta di operare complesse scelte relative a chi deve pagare, per quali tipi di innovazioni, in che modo, e secondo quali criteri.

