

AIDA

ANNALI ITALIANI DEL DIRITTO D'AUTORE
DELLA CULTURA E DELLO SPETTACOLO

Anno XXII

2013

(Estratto)

LUCA NIVARRA

Anticommons and legal standards



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE

Anticommons and legal standards (*)

SOMMARIO: 1. Da Polanyi a Heller: commedia dei commons o tragedia degli anticommons. – 2. Le possibili risposte normative al rompicapo degli anticommons e lo strumento di cooperazione imprenditoriale. – 3. Comunismo anarchico e capitalismo perfettamente concorrenziale: due paradigmi teorici applicati al modello anticommons.

1. Giuseppe Ferrari, nel lontano 1851, scriveva che “ogni essere è per se stesso contraddittorio [...]; nella matematica come nella fisica, il tutto combatte le parti, mentre le parti combattono il tutto” (1). E, del resto, non v'è chi non veda come le tragedie dei commons e degli anticommons non siano altro che il prodotto di un'intrinseca contraddizione, la frazione a somma zero di due numeratori di quel comune denominatore rappresentato dalla mercificazione delle entità che, pur non possedendo la struttura di merci, ne hanno acquisito lo statuto ontologico nel contesto del moderno sistema capitalistico.

In altre parole, la tragedia degli anticommons non sarebbe ri(emersa) con l'attuale virulenza se non fosse stata avviata, all'inizio degli anni Novanta, l'opera di riscatto dei commons dal Tartaro in cui li aveva relegati la letteratura accademica dominante a partire dal celeberrimo saggio del biologo Hardin apparso nel lontano 1968 (2). Ed infatti, la tragedia degli anticommons non germoglia dal terreno normativo e giurisprudenziale della proprietà intellettuale (ove, semmai, indubbiamente si consuma la sua esasperazione). Non è un caso, peraltro, che il noto studio di Heller (3) che ha riacceso la fiamma del dibattito sulla deleteria proliferazione dei property rights prenda le mosse dall'eccessiva frammentazione di diritti di esclusiva su beni materiali (quali sono le bancarelle del centro moscovita) e non su beni immateriali, non-prodotti e, pertanto, puri (come l'informazione).

L'equivoco a partire dal quale sono state gettate le fondamenta ideologiche delle più brutali opere di recinzione (enclosures) della storia trova la sua ragion d'essere in una teoria normativa della proprietà avente lo scopo precipuo di limitare

(*) Questo scritto ha ricevuto un giudizio positivo di un referee.

(1) Cfr. G. FERRARI, *Filosofia della rivoluzione*, Londra, 1851, 12.

(2) Cfr. G. HARDIN, *Tragedy of the commons*, in *Science*, 1968, 1243, il quale, riesumando una tema letterario già presente in Malthus e Ricardo, riscuote uno straordinario successo per un'idea che, in realtà, non propone, almeno non nei termini stringenti nei quali essa è stata successivamente presentata, ossia una teoria normativa della proprietà fondata sull'estrazione e sulla conseguente privatizzazione delle risorse naturali, idea che, invece, costituirà, appunto, il vessillo dell'ortodossia accademica liberista statunitense. Su Hardin, nel quadro di una discussione sui beni comuni, mi permetto di rinviare a L. NIVARRA, *Alcune riflessioni sul rapporto tra pubblico e comune*, in *Oltre il pubblico e il privato* (a cura di M.R. Marrella), Verona, 2012, 69 ss.

(3) Cfr. M. HELLER, *Tragedy of the anticommons: property in the transition from Marx to market*, in *HLR*, 1998, 622.

una tragedia, quella dei commons, che precede quella degli anticommons, con la quale, inevitabilmente, finisce per porsi in rapporto di causa-effetto.

Il corollario di tale teoria pretende che le risorse presenti in natura, scarse e limitate, possano essere governate attraverso il meccanismo della privatizzazione, ossia mediante un congegno eminentemente e squisitamente estrattivo che rintraccia la sua più compiuta teorizzazione moderna nel secondo dei due Trattati lockiani sul governo (4). Il gonfalone politico nel quale si avvolge questa ideologia dominante è quello del riformismo neoliberale, forma istituzionale del capitalismo che ha legittimato l'ossessione proprietaria ed individualista estendendone i confini sino al terreno dei beni immateriali (conoscenza, informazione) (5).

La grande trasformazione cui allude suggestivamente Polanyi non è altro che la sublimazione di un processo che, partendo dal saccheggio di tutte quelle entità naturali in linea di principio scarse e limitate, si è inevitabilmente spinto sino alla "nuova colonizzazione" di beni immateriali che non sono prodotti dall'uomo (e che dunque non sono destinati alla vendita) e che da quest'ultimo vengono recitati e, conseguentemente, artificialmente trasformati in entità limitate ed escludibili (6).

Il percorso ha una sua logica: non si spiegherebbe, difatti, sulla base di quale principio "recitare" beni e risorse scarsi in natura (acqua, terreni, foreste) e mantenere "comuni, liberi e gratuiti" beni immateriali come l'informazione e i servizi che attraverso questi stessi beni possono essere erogati e garantiti. La furia estrattiva, insomma, non può che "mercificare" anche entità ontologicamente non escludibili e non rivali che non costituiscono soltanto output ma anche e soprattutto input di un processo produttivo. L'esito è fin troppo scontato, anche alla luce di un'analisi sociologica, se è vero- come è stato puntualmente dimostrato dalle ricerche di Plant (7) prima e dello stesso Polanyi in seguito- il ricorso alla tecnica estrattiva è stato sempre utilizzato in chiave teleologica e, specificamente, al servizio dello sviluppo tecnologico ed industriale.

Il consolidamento dei diritti proprietari è servente all'obiettivo dell'accumulazione del capitale. E, del resto, la funzione principale del brevetto è proprio quella di garantire al detentore del bene un pieno diritto di proprietà dominicale e, in definitiva, una rendita, rispetto alla quale l'incentivo alla ricerca, in cui alcuni si sforzano di individuare l'interesse generale sotteso all'esclusiva accordata dall'ordinamento (8), si configura, al più, alla stregua di una mera esternalità positiva funzionale

(4) Cfr. J. LOCKE, *Secondo Trattato sul governo*, trad. it., Milano, 2009, V.

(5) Per cui si rinvia, più diffusamente, a U. MATTEI, *Contro riforme*, Torino, 2013, *passim*.

(6) Cfr. K. POLANYI, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, trad. it., Torino, 1974, in cui si allude suggestivamente alla nefasta metamorfosi della conoscenza in *fictional commodity*, entità che pur non partecipando della natura di merci sono omologate ed acquisite come tali dal sistema capitalistico.

(7) Cfr. H. PLANT, *The Economic Theory Concerning Patents for Inventions*, in *Economica* (New Series), 1934, 30.

(8) V., al riguardo, A. PLAIA, *Rimedi civilistici, risarcitori e restitutori nel sistema speciale della proprietà intellettuale*, in *Diritto civile e diritti speciali* (a cura di Plaia), Milano, 2008, 99, il quale, dal canto suo, rispetto all'innovazione individua quattro interessi meritevoli di tu-

alla formazione dell'extraprofitto.

L'inarrestabile movimento che va sotto il nome di enclosures affonda le sue radici in tempi ben più remoti di quelli individuati dalla storiografia moderna (l'Inghilterra elisabettiana). La recinzione, almeno nell'Europa occidentale, prende avvio con la conquista romana delle terre germaniche nelle quali, come limpidamente e densamente raccontato da Engels nel suo studio sull'origine della famiglia (9), della proprietà privata e dello Stato, si era sino a quel momento sviluppata la più alta forma organizzativa del "comune" che sia stata documentata. La civiltà romana, avvezza alla recinzione delle terre giustificata essenzialmente dalla necessità di foraggiare la classe militare su cui si fondava la sua fortuna e per il cui scopo aveva persino creato una magistratura ad hoc, sprigionò una furia estrattiva e privatizzatrice in grado di neutralizzare e spazzar via dalla faccia della terra (e della storiografia moderna sino ad Engels) il funzionamento della Marca tedesca, basato su un meccanismo di condivisione delle risorse naturali che escludeva recisamente il rischio di ogni conflitto distributivo.

L'inesorabile processo si sviluppò parallelamente al rafforzamento delle autorità politiche centralizzate e, pertanto, all'affermazione dello Stato sovrano (non è un caso, difatti, che l'altra feroce ondata di recinzione dell'Europa occidentale si consumò durante il consolidamento della monarchia merovingia a seguito dell'annientamento della stirpe ripuana per mano di quella salica) sino ad approdare al più conosciuto fenomeno di enclosure dei terreni aperti in Inghilterra che calpestò uno dei più rilevanti documenti costituzionali della civiltà europea moderna, la Charter of forest, testimonianza del fatto che la "terzietà" del common rispetto al bene pubblico ed al bene privato non è tanto il frutto di un'astrazione teorica quanto il risultato di una precisa scelta politica storicamente documentata (10).

Cionondimeno, la santa alleanza fra Stato e proprietà privata nell'assalto ai commons fu talmente vorace e pervasiva che ciò che in natura è inesauribile (come l'informazione) venne comunque reso limitato (attraverso il riconoscimento della privativa).

Ed infatti, mentre nel perimetro dei beni materiali la tragedia dei commons sarebbe identificabile con l'eccessivo sfruttamento delle risorse e, dunque, con l'inevitabile esaurimento delle stesse (il che giustificherebbe, per l'appunto, l'applicazione indiscriminata del regime dominicale), nel contesto dei beni immateriali la tragedia si declina nei termini di un'insufficiente produzione di tali beni,

tela: l'interesse morale dell'autore, l'interesse ad una remunerazione adeguata del lavoro intellettuale, l'interesse alla remunerazione delle risorse finanziarie convogliate nella ricerca (coincidente con il precedente soltanto nell'ipotesi in cui l'inventore sia il finanziatore della ricerca), e- infine- l'interesse collettivo alla crescita del patrimonio tecnico, scientifico e culturale della comunità.

(9) Cfr. F. ENGELS, *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato*, trad. it., Roma, 2005.

(10) K. MARX, *Il Capitale*, I, trad. it. di A. Macchioro e B. Maffi, UTET, Torino, 2009 (I ed.1974), pp. 896 – 953.

stanti i caratteri di non escludibilità e non rivalità dell'informazione (11).

L'informazione, invero, non è un bene scarso ab origine: la sua scarsità è il diretto effetto del diritto di proprietà che grava su di essa. Inoltre, l'informazione, in quanto bene pubblico puro (né rivale né facilmente escludibile) genera principalmente esternalità positive, per cui non si porrebbe neanche il problema, che concerne la maggior parte delle res corporales, di escogitare un congegno (quello del riconoscimento del diritto di proprietà) in grado di addivenire ad una compensazione fra esternalità positive ed esternalità negative (che vengono internalizzate dal titolare del diritto) e, in ultima istanza, ad evitare il cd. free riding, tipico risolto fenomeno della tragedia dei commons (12).

Riconoscere un diritto dominicale sull'informazione modellato sul paradigma giuridico dei codici moderni equivale a consentire a pochi soggetti titolari di questo diritto sul bene immateriale di creare monopoli permanenti con effetti escludenti, proprio perché le esternalità positive, unico prodotto di un bene pubblico puro come l'informazione, vengono in tal modo integralmente internalizzate.

La grande trasformazione efficacemente tratteggiata a mo' di una gigantesca parabola da Polanyi raggiunge il suo vertice sul piano cartesiano dello sviluppo industriale con l'affermazione definitiva ed incontrastata del modello capitalistico e con la sua diffusione capillare attraverso il processo di globalizzazione.

I beni immateriali come l'informazione e la conoscenza subiscono, pertanto, la stessa sorte delle risorse naturali con la decisiva differenza che, mentre foreste, acqua, chiese, terre (i commons per antonomasia) sono oggetto di un saccheggio perpetrato da autorità politiche nazionali (a causa dell'inevitabile individualità geografica di queste stesse entità), informazione e conoscenza sono vittime delle stesse pratiche perpetrate a livello transnazionale e globale (un'idea astratta, del resto, non ha confini né radicamento territoriale): ciò che, del resto, è in perfetta continuità con la spiccata vocazione internazionalistica del diritto della proprietà intellettuale (13).

La privatizzazione del bene immateriale idoneo a produrre esclusivamente esternalità positive che contribuiscono al benessere ed allo sviluppo sociali è per certi versi assimilabile al processo di trasfigurazione del sistema capitalistico che nella fase suprema del suo sviluppo (particolarmente evidente nell'attuale stadio del capitalismo cognitivo) assume le vesti dell'imperialismo non soltanto militare ma anche e soprattutto economico e finanziario (14).

(11) Cfr., *amplius*, G. CLERICO, *Proprietà intellettuale, esternalità e rendita. Il caso del brevetto*, in *Economia, Società e Istituzioni*, 2006, I.

(12) Un'attenta analisi concernente l'applicazione del regime proprietario alle risorse scarse ed esauribili è svolta da H. DEMSETZ, *Towards a Theory of Property Rights II: The Competition between Private and Collective Ownership*, in *Journal of Legal Studies*, 2002, XXXI.

(13) Cfr., per tutti, L. NIVARRA, *Il diritto d'autore*, in *Manuale di diritto privato europeo* (a cura di Castronovo e Mazzamuto), Milano, 2007, 485; nonché L.C. UBERTAZZI, *Introduzione*, in *La proprietà intellettuale* (a cura di L.C. UBERTAZZI), in *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, dir. da Ajani e Benacchio, Torino, 2011, 1 ss.

(14) Cfr. W.I U. LENIN, *L'imperialismo come fase suprema del capitalismo*, trad. it., Reggio Calabria, 2001.

Il brevetto su una forma di sapere consente pertanto al titolare di godere di una rendita temporanea sotto forma di royalty, ossia il prezzo che tutti coloro che sono intenzionati a godere dell'informazione per il suo sfruttamento economico devono pagare. Questa vera e propria new property può trovare la sua giustificazione normativa e sociale soltanto in rapporto ad informazioni prodotte per la vendita e destinata alla circolazione nel mercato, e non anche per informazioni la indiscriminata attingibilità delle quali è condizione stessa per la conservazione stessa di una qualità decente della convivenza civile..

Sul piano economico, la proprietà intellettuale dell'informazione innesca il classico effetto enten-eller, che gli economisti hanno ribattezzato più fortunatamente trade-off: incentivo alla ricerca ed all'innovazione vs. accesso libero alla informazione.

Il pensiero dominante di matrice hayekiana che postula la superiorità dei regimi di proprietà privata rispetto al governo pubblico delle risorse fondamentali, giustifica economicamente e socialmente l'istituzione brevettuale adducendo la tesi per cui l'innovatore non adeguatamente remunerato perderebbe l'incentivo ad investire in ricerca provocando, in definitiva, una caduta del benessere sociale. In altre parole, si postula che l'efficienza dinamica (ossia l'effetto della scoperta sul sistema produttivo) può essere garantita soltanto attraverso la creazione, per mezzo dello strumento della privativa, di un surplus del produttore a danno di quello del consumatore, che si ri-espanderà non appena il periodo di copertura brevettuale spirerà. A tal proposito, è stato icasticamente osservato che il brevetto non sarebbe altro che il prezzo che la collettività deve pagare in termini di scompensamento del surplus sociale (surplus produttore + surplus consumatore) per incentivare la ricerca scientifica e tecnologica (15).

Tuttavia, perfino gli economisti mainstream ed i Chicago-boys più ortodossi sono consapevoli del fatto che la corsa al brevetto comporta una serie di gravi inconvenienti che si compendiano nel fenomeno del rent seeking (sperpero di risorse limitate da parte degli operatori economici finalizzato ad ottenere un brevetto e, dunque, conseguire una rendita temporanea che spesso può sfociare in una situazione di dominanza economica sul mercato). Inoltre, in determinati settori produttivi la privativa riconosciuta dall'ordinamento può provocare effetti deleteri anche in termini di efficienza dinamica (è il caso del comparto genetico), proprio perché attribuire un diritto di esclusiva su un bene immateriale allo stesso modo che su un bene materiale può creare un ostacolo alla creatività di altri operatori che soffocano sotto il peso dei sunk costs.

Peraltro, come è stato dimostrato dagli studi condotti da Arrow sulla natura dell'informazione (16), solo un'impresa che opera in un mercato perfettamente concorrenziale (e che, dunque, non produce extra-profitto) è realmente incentivata

(15) Cfr. G. CLERICO, *op. cit.*, 5; Y. LEVEQUE-MENIERE, *The Economics of Patents and Copyright: A Primer*, 2004, www.cerna.ensmp.fr/PrimerForFree.html.

(16) Cfr. S. ARROW, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in *The Tare and Direction of Invent Activity: Economic and Social Factors*, NBER, 1962.

alla innovazione e all'internalizzazione delle esternalità positive discendenti dalla informazione di cui sia entrata in possesso, là dove, invece, l'impresa monopolistica, già foraggiata dall'extra-profitto ingenerato dalla superiorità della curva di prezzo rispetto a quella del costo marginale, difficilmente investirebbe più del necessario in ricerca (quanto basta per tener fuori dal mercato potenziali incomers) e finirebbe per fare del brevetto una ulteriore fonte di rendita a discapito dell'efficienza dinamica (un mercato non facilmente contendibile non vedrebbe mai all'orizzonte altri innovatori).

L'informazione, d'altronde, è un bene che non risponde alla logica dei beni materiali esauribili e, pertanto, non sconta il problema della limitazione del fenomeno di free riding, in quanto essa genera essenzialmente soltanto benefici per i potenziali fruitori. Non appena rivelata, infatti, essa può essere utilizzata da chiunque, senza generare fenomeni di congestione o di sfruttamento che portino al rischio di estinzione.

Tornando al processo perenne di recinzione, la tragedia dei commons relativa ai beni materiali ha provocato una proliferazione dei diritti di proprietà che va sotto il nome- ironia delle parole- di tragedia degli anticommons: difficoltà nell'acquisire e reperire tutti i diritti necessari per produrre un nuovo bene a causa dell'eccessiva frammentazione degli stessi. Un esito logicamente scontato: aumentando a dismisura le staccionate e le recinzioni, è quasi impossibile destreggiarsi lungo una strada interpodereale senza correre il rischio concreto di violare il diritto di proprietà di un soggetto. Del resto, il fenomeno è più diffuso e ricorrente di quanto si possa credere: comprando il pane si paga un prezzo che, indirettamente, riflette il costo di numerosi "permessi" accordati da parte di chi è proprietario della farina, del lievito, dell'acqua e così via.

Come è facilmente intuibile, nell'universo della proprietà intellettuale il rompicapo assume proporzioni devastanti, giacché è assai facile tracciare i limiti di un bene fisico come una coscia di montone, ma è tremendamente arduo stabilire quanto di un libro appartiene ad un autore e quanto ad altri autori che l'hanno preceduto. Se poi si prova a traslare il problema sul piano di settori economici caratterizzati da processi di produzione cumulativi e sequenziali (comparto tecnologico, multimediale, programmi per elaboratore), la questione finisce per acquisire sembianze realmente tragiche o- forse- tragicomiche (17).

Ed infatti, mentre nell'ambito dei beni materiali connotati da scarsità e limitatezza lo ius excludendi di stampo hayekiano potrebbe anche trovare la sua giustificazione ideologica, nel perimetro presidiato dai beni immateriali come la informazione e la conoscenza la tragedia non avrebbe logicamente ragione di esistere, come non avrebbe ragione di esistere la recinzione, in quanto si tratta, come empiricamente rilevabile, di risorse per definizione inesauribili.

La privatizzazione di un bene immateriale come l'informazione, l'ho già osser-

(17) Cfr., al riguardo, la riflessione condotta in chiave microeconomica di G. B. RAMELLO, *Il diritto d'autore nella prospettiva law and economics*, in *Economia della cultura*, 2003, 207.

vato, risponde chiaramente all'esigenza di creare un terreno di rendite in cui ciascun attore ottiene il suo tornaconto sotto l'ala benedicente dell'ordinamento. In altre parole, quella che si cela sotto le vesti della tragedia degli anticommons riportata alla luce dallo studio di Heller altro non è che una vera e propria commedia dei commons che consente ai soliti noti (i latifondisti intellettuali) di creare scarsità artificiali attraverso gli strumenti di un diritto speciale, quale è quello della proprietà intellettuale, che richiama le categorie del diritto privato generale al solo fine di giustificare questa nuova e più odiosa (in quanto tendente per natura a travalicare agevolmente i confini nazionali) ondata di enclosures.

Creando nuovi titoli da scambiare sul mercato, ci si ritrova incastrati in una vera e propria gridlock economy (18), una sorta di inquietante ri-epifania del parlamento polacco del XVIII secolo in cui a ciascun membro era consentito l'utilizzo del cd. liberum veto, dispositivo in grado di neutralizzare qualunque provvedimento del potere esecutivo sottoposto al vaglio dell'organo parlamentare.

La proliferazione dei diritti di proprietà intellettuale, particolarmente esacerbata nell'ipotesi di settori tecnologici in cui i processi produttivi sono essenzialmente sequenziali e cumulativi, determina una situazione di impasse che è effetto diretto ed immediato della privatizzazione di beni come l'informazione e la conoscenza che, di regola, assumono la forma di idee astratte che, di per sé, non sarebbero inquadrabili entro il paradigma proprietario. Infatti, l'unica strada percorribile dagli operatori economici che nello svolgimento della propria attività incontrino un'informazione "protetta" è quella di versare una royalty che corrisponde, in sostanza, al valore di scambio del bene posseduto dal primo inventore. Quest'ultimo, peraltro, si trova nelle condizioni di esercitare un ricatto nei confronti del secondo inventore, nella misura in cui dalla concessione della licenza dipende la "sopravvivenza" dell'incomer (che ha sostenuto costi non indifferenti prima di imbattersi nel "nodo" rappresentato dall'esistenza di un bene protetto dal brevetto). Ricatto che può trovare un'impercettibile mitigazione nella sola ipotesi in cui la contrattazione avvenga ex ante (ossia in un momento antecedente all'investimento in ricerca da parte del secondo innovatore, in quanto quest'ultimo potrebbe sottostimare il risultato del bene prodotto attraverso l'utilizzo dell'informazione del primo inventore e, di conseguenza, strappare la licenza ad un prezzo più conveniente) (19).

Dalla completa internalizzazione delle esternalità positive generate dalla informazione derivano – e si tratta di circostanza paradossale solo prima facie – esternalità negative che si riverberano sul sistema economico e sul benessere sociale, poiché l'esistenza di un diritto proprietario sull'informazione esercitabile dal primo inventore arresta, o comunque rallenta, il processo produttivo del secondo inventore. In realtà, anche a voler considerare valido il postulato giuseconomico che predica la validità sociale del brevetto, sarebbe comunque fuorviante accordare al suo titolare

(18) Come, del resto, riconosciuto in una riflessione di più ampio respiro dallo stesso M. HELLER, *The Gridlock Economy. How Too Much Ownership Wrecks Markets, Stops Innovation, and Costs Lives*, New York, 2008, *passim*.

(19) Cfr. G. CLERICO, *op. cit.*, 18; *amplius*, S. SCOTCHMER, *Standing on the Shoulders of Giants: Cumulative Research and Patent Law*, in *Journal of Economic Perspectives*, 1991, V.

un controllo totale e completo sull'informazione e non, più semplicemente, garantirgli un introito sufficiente a coprire il costo medio sostenuto per l'attività di ricerca (almeno bastevole a rimanere al di sopra del break even point). È palese l'insostenibilità sul piano economico, prima ancora che giuridico, di un esercizio del diritto di proprietà sull'informazione in tutto e per tutto identico a quello su un bene materiale (20). E tale insostenibilità è agevolmente dimostrabile alla luce del fatto che un bene immateriale come l'informazione non è esclusivamente output ma si attegna essenzialmente come input del processo di produzione (quest'assunto potrebbe essere utilizzato come base per una definizione ancor più articolata e colorita di anticommon: "l'informazione non si usura con l'uso ma, come ogni anticommon, esige l'uso per la sua valorizzazione") (21).

La tragedia degli anticommons nel regno dei beni immateriali è proprio questa: un rischio concreto di sottoutilizzo (underuse) di una risorsa ontologicamente inesauribile causato dalla presenza di troppi soggetti legittimati ad escludere gli altri dall'utilizzo della medesima.

Questo nodo gordiano di diritti di esclusiva intacca sia l'efficienza statica (surplus del produttore superiore a quello del consumatore) sia l'efficienza dinamica (in presenza di sunk costs il secondo innovatore potrebbe non esser incentivato all'acquisto della licenza dal primo innovatore e, pertanto, sarebbe costretto ad interrompere il ciclo produttivo, provocando in tal modo un rallentamento dello sviluppo produttivo generale e, in definitiva, del benessere sociale). Diritti confliggenti (blocking patents) scoraggiano l'innovazione in misura esponenziale proprio in quei settori in cui il processo produttivo è strutturato come una piramide (22). La proliferazione brevettuale, in questo frangente, determina una violazione quasi sistematica del diritto di esclusiva, anche in considerazione del sempre più diffuso fenomeno di patent trolls sfruttando il quale le imprese winners (ossia quelle che sono entrate per prime in possesso dell'informazione contesa) accumulano brevetti al solo fine di lucrare su probabili (spesso originate da un inconsapevole infringement) azioni di contraffazione (23).

Ovviamente non si può omettere di considerare che l'informazione assume quasi sempre le caratteristiche di una vera e propria "infrastruttura sociale" (24), come tale idonea a generare un flusso continuo di esternalità positive per la collettività. Determinate forme di sapere, pertanto, non possono essere "recitate", pro-

(20) Come efficacemente messo in luce da A. GAMBARO, *Dalla new property alle new properties*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia* (a cura di V. SCALISI), Milano, 2004, 686.

(21) Cfr. testualmente C. DONOLO, *Reti come beni comuni*, in *parolechiave* 34/2005, 8.

(22) L'immagine della piramide è suggerita da S. SHAPIRO, *Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard-Setting in Innovation Policy and the Economy*, in <http://haas.berkeley.edu/~shapiro/thicket.pdf>.

(23) Cfr. G. COLANGELO, *Mercato e cooperazione tecnologica. I contratti di patent pooling*, Milano, 2008, *passim*.

(24) Cfr. Y. BENKLER, *Lecture: Freedom in the Commons: Towards a Political Economy of Information*, in *Duke Law Journal*, 2002, LII.

prio perché l'astrattezza che ad esse inerisce ne fa un bene comune a tutti gli effetti.

È pur vero che sia le discipline municipali che quelle transnazionali in materia di diritto della proprietà intellettuale contengono un apparato regolamentare volto a sottrarre all'idiosincrasia estrattiva e proprietaria determinati beni immateriali (art. 45 c.p.i.; art. 5, c. 1, Dir. 98/44 CE), ma è altrettanto vero- come ha dimostrato l'affaire Myriad nonostante il lieto fine impresso alla vicenda dalla Corte Suprema U.S.A. (25)- che il potere giudiziario e, nei casi più spudorati, il potere legislativo hanno invertito il naturale paradigma della conoscenza come bene comune a favore di un trend sempre più pervasivo che mette al centro della scena i property rights. Recintare beni comuni come idee astratte, fenomeni naturali o terapie mediche induce l'insorgere dei tipici problemi da anticommons in settori come quello della ricerca di base in cui una simile situazione può degenerare- qui è proprio il caso di dirlo- in tragedia. Il monopolio legalizzato (atteso che, in simili circostanze, è esclusa l'esistenza di monopoli naturali) di simili forme di sapere determina, infatti, una compressione intollerabile di diritti fondamentali quali la libertà di informazione, la ricerca scientifica, il diritto alla salute.

Ne discende che la ricerca di base in settori come quello delle invenzioni genetiche dovrebbe essere integralmente finanziata dallo Stato attraverso un sistema di sussidi pubblici che eviti la formazione di rendite generate dal diritto di esclusiva su informazioni e/o idee astratte. È stato opportunamente osservato, d'altronde, che lo strumento del sussidio si presta a generare inconvenienti di non poco conto, giacché il prelievo tributario necessario a finanziarlo innesca inevitabilmente fenomeni distorsivi (effetto sostituzione) sui prezzi relativi e sull'allocazione delle risorse. L'alternativa potrebbe allora essere quella dell'intervento diretto da parte dello Stato nell'area della ricerca di base in settori, ad esempio, come quello genetico o biotecnologico (in altre parole, i processi produttivi il cui input fondamentale è costituito dall'informazione genetica). Sono questi, infatti, i comparti in cui è stato ampiamente riscontrato il maggior numero di casi di patent tickets (rispetto ai quali lo stratagemma dei patent pool si è dimostrato inconcludente) che hanno provocato l'insorgenza di ingenti costi di transazione in grado di scoraggiare gli sforzi scientifici per la cura di patologie ereditarie.

L'analisi dei benefici e dei costi sociali di una simile soluzione (produzione statale e proprietà pubblica dei mezzi di produzione) al problema degli anticommons sarà oggetto di considerazione nel terzo passaggio di questa riflessione.

2. Il rapporto simmetrico tra overuse insito nella tragedia dei commons e underuse connaturato alla tragedia degli anticommons- dimostrato in termini geometrico-algebrici sulla falsariga del modello oligopolistico Cournot-Nash (26)- impone la

(25) Per l'analisi della quale si rinvia all'articolata riflessione di G. RESTA, *La privatizzazione della conoscenza e la promessa dei beni comuni: riflessioni sul caso "Myriad Genetics"*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2011, 281, che tuttavia precede l'emissione della sentenza definitiva da parte della Corte Suprema USA (SCUS, 13 – 06 – 2913, no.12 – 398).

(26) Cfr. BUCHANAN-YOON, *Symmetric Tragedy: Commons and Anticommons*, in *The Journal of Law and Economics*, 2000, XLIII.

ricerca di uno strumento capace di spezzare, o almeno sbrogliare, il nodo gordiano rappresentato dalla proliferazione brevettuale.

Come già osservato, determinati settori produttivi si contraddistinguono per essere sequenziali e cumulativi. Questo conduce a concepirli, mutuando l'immagine adoperata da Shapiro, come strutture piramidali in cui il costruttore intermedio e quello finale sono inevitabilmente costretti ad invocare l'autorizzazione a quanti abbiano lavorato alla costruzione delle fondamenta. In termini giuridici, a ottenerne la licenza pagando la royalty.

Se si considera, poi, che in alcuni comparti industriali il numero di brevetti attivi è talmente alto e ramificato che le singole imprese ne ignorano la presenza mettendo nel conto il costo di una infringement litigation come un costo della propria attività (27), ben ci si avvede della complessità delle soluzioni normative e di mercato alla tragedia degli anticommons.

Un'impresa intenzionata alla produzione di un bene complesso (opere multimediali, tecnologie mobili di ultima generazione) potrebbe correre il rischio di pagare una royalty associata a ciascun brevetto in misura sovracompetitiva, soprattutto se il titolare della protezione brevettuale opera in un mercato eccessivamente concentrato. A ciò si aggiunga, come se non bastasse, la gravosità dei costi di transazione legati al fatto che la licenza di cui si chiede la concessione non è soltanto una (effetto moltiplicatore della royalty complessiva: cd. royalty stacking) (28).

Peraltro, le imprese che esercitano il monopolio sull'informazione non fanno altro che aumentare a dismisura il proprio portafoglio brevettuale al fine esclusivo di lucrare su possibili azioni di contraffazione (patent trolls) (29). Ciò finisce per incrementare illegittimamente il loro potere contrattuale nella negoziazione con le imprese che intendono conseguire la licenza, che finirà per esser concessa dietro il versamento di un compenso iniquo.

La congestione di diritti proprietari che segna determinati comparti industriali mette in luce, esasperandolo, il rebus degli anticommons e, con esso, il rischio concreto di underuse di risorse essenziali per l'efficienza dinamica del processo produttivo. Il paradosso che ne discende è rappresentato dalla circostanza che, una volta recintati, i beni immateriali come l'informazione e la conoscenza tecnica vanno necessariamente condivisi a meno di non voler irrimediabilmente danneggiare il progresso tecnologico e scientifico. Ovviamente la recinzione consente di procedere alla condivisione dietro il pagamento di un prezzo: ciò che, come già detto, è inaccettabile non solo dal punto di vista dell'efficienza economica, ma anche dal punto di vista della salvaguardia della convivenza civile e, perfino, della democrazia, là dove si tratti di informazione-common o "infrastrutturale".

(27) Fenomeno sul quale richiama l'attenzione Lemley, *Ignoring Patents*, Stanford Public Law Working Paper, 2007, n. 999961.

(28) Cfr., ancora, COLANGELO, *op. ult. cit.*, 2.

(29) Cfr., per tutti, MCDONOUGH, *The Myth of Patent Troll: An Alternative View of the Function of Patent Dealers in an Idea Economy*, 56 Emory L. J. 189 (2007). Sul progetto di riforma del diritto brevettuale statunitense volto ad arginare il fenomeno in questione cfr., invece, Lemley-Shapiro, *Patent Holdup and Royalty Stacking*, 85 Tex. L. Rev 1991 (2007).

La parcellizzazione delle risorse immateriali invoca, pertanto, soluzioni che spaziano dal dispositivo della licenza obbligatoria (regolato in ambito domestico dagli artt. 71 e ss. c.p.i.) al meccanismo di coordinamento tra operatori economici compendiato nella figura delle *collective rights organizations*. Non mette conto in questa sede procedere ad una compiuta analisi della fisionomia e del funzionamento di questi dispositivi che la letteratura economica dominante dipinge come antidoto agli elevati costi di transazione causati dalla proliferazione brevettuale: tuttavia, è opportuno spendere qualche parola sull'effettiva idoneità di questi rimedi a promuovere il superamento dei numerosi problemi sollevati dagli *anticommons*.

Le CROs, il cui "tipo" più diffuso è rappresentato dall'operazione di *patent pool*, rappresentano in buona sostanza un vero e proprio *tertium genus* che si colloca al di là del tradizionale binomio *property-liability rules*, figlio della celebre intuizione di Merges secondo la quale il *patent ticket* può essere sbrogliato senza chiamare in causa l'istituto della licenza obbligatoria e mantenendo inalterato il diritto di proprietà sull'innovazione (30). L'assunto fondamentale risiede nella presunta anti-economicità della contrattazione coercitiva alla quale sono preferite istituzioni formali deputate a facilitare le transazioni brevettuali che agevolino l'incontro tra titolari di brevetti complementari. In tal modo, i terzi interessati all'acquisizione delle licenze necessarie al prosieguo del proprio processo produttivo conseguono l'indubbio vantaggio rappresentato dal *one stop shop*, ossia un unico contratto anziché numerosi (nonché costosi) accordi bilaterali (*cross licensing*). L'adiacenza e la sovrapponibilità dei vari portafogli brevettuali sono in tal modo disarmate e neutralizzate, consentendo sia ai titolari dei diritti di esclusiva sia ai terzi interessati alla licenza di risparmiare in termini di costi e *infringement litigation*.

Il superamento del binomio regole di responsabilità-regole di proprietà (31) merita sicuramente di essere apprezzato, se non altro perché sottende uno sforzo di superamento del paradigma proprietario tradizionale che, come detto, non deve trovare applicazione automatica nell'ambito delle risorse immateriali. Cionondimeno, lo sfondo della soluzione di mercato insita nel meccanismo di *patent pool*, che sembra superare persino il dogma dell'efficienza dei rimedi risarcitori predicato dalla corrente di *optional law* (32), è quello della mano invisibile smithiana e della fiducia nelle dinamiche concorrenziali à la Say.

Se è incontestabile che in certi segmenti numerose imprese candidate alla produzione di servizi (di cui l'informazione è il necessario input) invocano a gran voce la creazione del famoso *one stop shop*, è anche vero che la soluzione di mercato

(30) Cfr. R.T. MERGES, *Contracting into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations*, 84 *Calif. L. Rev.*, 1293 (1996).

(31) Cfr., a tal proposito, M. RICOLFI, *Le misure compulsorie*, in *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale* (a cura di L. NIVARRA), Milano, 2005, 91, ove si rimarca che nella macroarea dei beni immateriali "la tutela reale della proprietà intellettuale non è la soluzione ma il problema".

(32) In letteratura domestica cfr., per una ricostruzione sistematica, A. NICITA, R. PARDOLESI, M. RIZZOLLI, *Le opzioni nel mercato delle regole*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2006, 239.

non funziona in differenti settori industriali più dinamici, come, del resto, testimonia proprio il caso delle biotecnologie. Con riguardo a queste ipotesi, difatti, è stato dimostrato che il sistema dei patent pools non risolve l'inefficienza generata dalla tragedia degli anticommons, proprio perché le imprese titolari dei diritti di esclusiva tendono a sovrastimare il prezzo della licenza tradendo una preferenza per la difesa giudiziale del proprio brevetto piuttosto che per una libera contrattazione che sfoci in una transazione equa. È quanto accade con le strapotenti case farmaceutiche o i grandi laboratori d'analisi statunitensi che, dopo aver isolato e purificato sezioni di acido deossiribonucleico, vendono a caro prezzo la licenza del proprio brevetto di procedimento non condividendo l'informazione fondamentale, che con la privativa diventa esclusiva e scarsa, con altri soggetti concorrenti (l'alta contendibilità del mercato delle invenzioni genetiche rappresenta un indiscutibile dato di fatto che scoraggia la creazione di portafogli brevettuali comuni da offrire a terzi licenziatari) (33).

Si impone, pertanto, quantomeno un ripensamento della categoria market based degli strumenti di cooperazione imprenditoriale per alcuni settori cruciali nella ricerca scientifica di base. In questo campo lo Stato non può certamente aspettare che la mano invisibile adempia il suo compito allocativo, proprio perché queste informazioni e conoscenze individuano veri e propri commons che, se recintati, devono almeno essere reimmessi nel circuito industriale mediante il sistema dell'obbligo legale di condivisione (compulsory licensing). Si tratta - come direbbe Dworkin - di una questione di principio che prescinde da un'analisi puramente microeconomica degli effetti della cooperazione imprenditoriale in ambito biotecnologico. Tuttavia, torna utile evidenziare, sia pure in termini sintetici, le ragioni per le quali i titolari dei brevetti a monte non sono incentivati a condividere l'informazione attraverso patent pools. A causa dell'accentuata concentrazione di tali segmenti di mercato ove poche imprese controllano indisturbate portafogli brevettuali idonei a garantire corposi diritti di blocco, si innesca un meccanismo winner take all che premia quei pochi inventori che hanno messo in campo risorse ingenti per finanziare la ricerca. In un mercato non concorrenziale la distribuzione dei proventi derivanti dall'investimento risulta infatti del tutto asimmetrica, in quanto gli inventori "in ritardo" pagano un gap severo rispetto agli inventori "più veloci" che li esclude da qualsivoglia margine profittuale.

Ne discende che i primi inventori, i quali si collocano alla base della piramide produttiva di un comparto industriale in cui è particolarmente avvertito il turn over delle idee (la ricerca genetica è connotata da un processo evolutivo superiore in termini di rapidità a quello tecnologico-multimediale ove - non a caso - il sistema di patent pools è più efficiente) preferiscono di gran lunga ad un mercato tendente alla concorrenza perfetta una situazione di scarsa competizione fra secondi innovatori. Un contesto concorrenziale permetterebbe, infatti, a questi ultimi di conseguire co-

(33) Cfr. A. SCHMIEDER, *Scope of Biotechnology Inventions in the United States and in Europe-Compulsory Licensing, Experimental Use and Arbitration*, 21 *Santa Clara Computer & High Tech. L.J.* 163, 225-226 (2004).

munque una remunerazione pari al proprio sforzo innovativo in termini di investimenti. La relazione di diretta proporzionalità tra tasso di concentrazione del mercato e rendita brevettuale trova conferma, peraltro, nelle indagini condotte in Italia nel diverso perimetro del diritto d'autore con ricadute - anche qui - certamente negative a livello di efficienza statica e dinamica (34). È evidente, pertanto, che la soluzione market based sintetizzata nella formula del patent pooling non è sempre e comunque la panacea alla frammentazione dei diritti proprietari sui flussi informativi. Vanno rispolverate formule, come quella della licenza obbligatoria o - nell'ipotesi della ricerca di base - dell'intervento diretto dello Stato, che possano contribuire a trasformare la tragedia degli anticommons in un più modesto dramma, sulla scorta dell'assunto, illustrato in precedenza, alla stregua del quale le criticità di settori come quello delle invenzioni genetiche non trovano soluzione nello strumento cooperativo mirante ad abbattere i costi di transazione.

L'ordinamento domestico disciplina l'istituto della licenza obbligatoria in relazione al brevetto dipendente (art. 71 c.p.i.), ma ne subordina l'impiego alla impossibilità di ottenere una licenza contrattuale ad eque condizioni (art. 72, c. 1, c.p.i.). Il meccanismo adottato, imposto dalla trasposizione della disciplina comunitaria settoriale (35), interviene come extrema ratio a seguito dell'insuccesso della libera e competitiva contrattazione individuale (cross licensing), approccio che può esser congeniale a comparti industriali come quello della produzione di opere multimediali o delle telecomunicazioni mobili, ma che rivela tutta la sua fragilità in settori ove l'informazione come flusso di esternalità assolve alla funzione di common puro.

A quest'ordine di considerazioni si sovrappone quello - non meno rilevante - relativo alle conseguenze anticoncorrenziali scaturenti dalla creazione di patent pools. È ormai metabolizzata la consapevolezza dell'intreccio inevitabile tra antitrust rules e disciplina della IP, ragion per cui in questa sede sorvolerò sulle valutazioni più squisitamente istituzionali al riguardo (36). Giova tuttavia rammentare che la disciplina dei pools in ambito comunitario è oggi racchiusa in un fascio di guidelines ed in un apposito Regolamento (772/2004 CE) che escludono di norma il cortocircuito di tali forme di cooperazione imprenditoriale con le disposizioni del Trattato in

(34) Si rinvia alla completa disamina di G.B. RAMELLO, *op.loc. citt.*, ove il discorso si arricchisce di esaustive rappresentazioni grafiche.

(35) Per un commento delle Dir. 98/44 e 2004/48CE cfr. G. RESTA (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2010, *passim*; nonché L. NIVARRA, *L'enforcement dei diritti di proprietà intellettuale dopo la Direttiva 2004/48/CE*, in *Rivista di diritto industriale*, 2005, 33; sul tema del danno da lesione dei diritti di proprietà intellettuale cfr. C. CASTRONOVO, *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, in *Il diritto industriale*, 2003, 7, il quale, con la consueta acribia, mette in luce come le coordinate generali del tema non siano state soltanto "oggetto" di influenze promananti dalle discipline settoriali di derivazione comunitaria e di recepimento, ma si siano rivelate esse stesse idonee a proporre alle regole di settore significativi spunti di novità.

(36) La letteratura in argomento è ormai sterminata: mi limito a rinviare a R. PARDOLESI, M. GRANIERI, A. GIANNACCARI, G. COLANGELO, *Di regolazione, antitrust e diritti di proprietà intellettuale*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2004, I; A. VANZETTI, V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 2005.

materia di intese anticoncorrenziali (art. 101, c. 1, TFUE; § 220 guidelines). Un simile approccio, che si fa forte di alcune autorevoli opinioni dottrinali (37), si giustifica se si tiene presente uno dei fini precipui dell'azione politica comunitaria, ossia il surplus sociale (in altri termini, la maggior convergenza possibile tra equità ed ottimo paretiano).

Ed in effetti, come è stato puntualmente messo in luce (38), pratiche che in astratto accenderebbero subito il faro delle agencies antitrust (come il price fixing) possono incrementare in determinati settori produttivi il benessere di ogni operatore, consumatore compreso. Il primo inventore che sigla un accordo di concessione della licenza cui accede un patto di price fixing non rimane fuori dal mercato distributivo (dunque, riesce in qualche modo a controllare il valore commerciale della sua scoperta), agevola il licenziatario che non rimane invischiato nel patent ticket e favorisce il benessere del consumatore, che non pagherà a prezzo più caro il prodotto migliorato dall'apporto tecnologico del secondo inventore e che, anzi, potrà sperare in futuro in una riduzione del prezzo provocata da un'ulteriore evoluzione del sistema economico (maggiore è la circolazione delle idee, maggiori sono le possibilità di determinare progressi nel processo produttivo). Ovviamente, la concentrazione del portafoglio brevettuale all'interno di un singolo pool non deve risultare eccessivamente densa, a meno di non voler innescare un aumento dei prezzi e, in definitiva, un' aberrazione del mercato.

La disamina sinora svolta non deve, d'altronde, far perdere di vista il punto focale, il filo rosso della riflessione: la centralità della conoscenza come bene comune e la sua non assoggettabilità alle dinamiche proprietarie tipiche dell'attuale fase del capitalismo (39). Conoscenza come common è soltanto l'informazione fenomenologicamente funzionale (40), ossia diretta allo sviluppo e alla preservazione dei diritti fondamentali dell'uomo inteso non come individuo bensì come animale sociale inserito in una realtà eminentemente relazionale. In questa cornice l'intervento dello Stato come comunità (e non come apparato) (41) si rivela essenziale ed imprescindibile per scongiurare che la deriva idiosincrasico-proprietaria stenda i propri tentacoli su idee astratte e forme di conoscenza socialmente infrastrutturali (è il caso del patrimonio informazionale delle molecole di DNA, questione che attraversa l'intera impalcatura giuridica su cui si reggono le tre sentenze Myriad).

3. Evidenziata l'opportunità dell'allestimento di standards normativi fondati

(37) Cfr. W. BAUMOL, *La macchina dell'innovazione. Tecnologia e concorrenza nel capitalismo*, Milano, 2004.

(38) V. G. COLANGELO, *op. cit.*, 13.

(39) Sul punto è d'obbligo il rinvio a *Understanding Knowledge as a Common*, Mit Presse, 2007 (trad. it. *La conoscenza come bene comune*, Milano, 2009).

(40) Sullo statuto eminentemente fenomenologico dei commons cfr. diffusamente Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari-Roma, 2011.

(41) Cfr., fra gli altri, S. AGRIFOGLIO, *L. ORLANDO, Teoria organica e Stato apparato*, Palermo, 1979, passim; S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Bari-Roma, 2006, passim; MATTEI, *Contro riforme*, loc. cit.

sull'obbligo legale di condivisione (compulsory licensing) come soluzione di second best in settori essenziali della ricerca scientifica, può rivelarsi stimolante- seguendo un metodo analitico che potremmo definire pavloniano- mettere alla prova le reazioni di tre modelli economici (comunismo, capitalismo, anarchia) sottoposti allo "stress test" della tragedia degli anticommons.

Il punto di partenza è offerto da un interessante saggio di due economisti italiani (42) che, nell'affrontare principalmente l'apporto teorico del pensiero anarchico ai sistemi economici storicamente realizzati, offre un ventaglio di soluzioni (semplificate in un modello microeconomico chiuso) alla frammentazione dei diritti di proprietà.

Va subito chiarito, a scanso di equivoci, che il pensiero anarchico "tradizionale" ha sempre esibito un sostanziale disinteresse verso la questione dell'organizzazione economica se non per affermare, calcando tuttavia il campo della critica politica, la superiorità assiologica di un sistema basato sulla socializzazione e non sulla nazionalizzazione del sistema di produzione. Ben diverso è l'afflato che anima il movimento cd. anarco-capitalista che, sulla scia di postulati ideologici tendenzialmente affini all'anarchismo ottocentesco, predica il dogma dell'esasperazione concorrenziale in cui la funzione regolatrice dello Stato è infinitesimale se non nulla.

Un sistema produttivo organizzato secondo il modello anarchico prevede la compresenza nella medesima veste di produttori e consumatori: difatti, gli agenti che intervengono nel ciclo produttivo conservano sul prodotto finito la proprietà individuale corrispondente al relativo contributo apportato. Le merci prodotte, convogliate nel Magazzino sociale (che potremmo immaginare come una sorta di sezione della falange fourierana in cui si conservano i beni prodotti dalla comunità), sono frutto di una scomposizione degli inputs perfettamente omogenea e finiscono necessariamente per esasperare la tragedia degli anticommons, in quanto ogni atto di consumo deve acquisire il consenso del relativo produttore-consumatore. In termini di efficienza, pertanto, il modello anarchico non scioglie affatto il rompicapo degli anticommons.

Il modello comunista, come storicamente affermatosi, rappresenta forse il miglior antidoto alla nostra tragedia, giacché lo Stato è l'unico proprietario di tutti i fattori produttivi. Essendo il bene informazione essenzialmente un input, ben ci si avvede della indiscutibile efficienza di un sistema che, attraendo l'(anti)common nella sfera del pubblico, lo rende inoffensivo.

Il paradigma capitalista non ne differisce in termini sostanziali: il campo operativo- per così dire- non si innesta nel terreno dei fattori di produzione bensì in quello del prodotto finito. In altre parole, il capitalista internalizza l'anticommon unificando i diritti di proprietà dei singoli agenti produttivi sull'output. Questa incontestabile convergenza tra il sistema comunista e quello capitalista esemplifica il contenuto del teorema di Barone (43), in base al quale l'unica reale differenza tra i

(42) R. CELLINI, G. CANDELA, *Efficiency and equity in anarchy and other historical social systems: a simple exploratory model*, in *Economia politica*, 2011, 15.

(43) Cfr. E. BARONE, *Il ministro della produzione dello Stato collettivista*, originariamente-

due antipodi sarebbe sostanzialmente ideologica e, dunque, sovrastrutturale. Entrambi, difatti, mirano al raggiungimento dell'equilibrio generale internalizzando, seppur in fasi produttive diverse, i costi derivanti dall'esistenza di anticommons.

Letta in questi termini, la soluzione del problema sarebbe a portata di mano e, soprattutto, storicamente già verificata. Tuttavia, l'analisi appena richiamata è imperfetta, in quanto tralascia di considerare l'aspetto che tradizionalmente - almeno da Walras e Pareto in poi - si salda all'ossessione efficientista, ossia l'equità. Sia il paradigma comunista (nella sua variante sovietica), sia il capitalismo "reale" sbrogliano il nodo degli anticommons lasciando sul campo un grave ed ineludibile deficit sul fronte dell'equa distribuzione degli outputs.

Il comunismo predatorio, proprietario di ogni input, accentra e controlla ogni fase ed elemento del processo produttivo e distributivo creando - per dirla con Bakunin - un'architettura di sfruttatori e sfruttati che lascia l'agente produttivo, non proprietario dei mezzi di produzione, ai limiti della sussistenza.

Il capitalismo sconta, invece, il problema insolubile della conflittualità tra reddito da lavoro e reddito d'impresa, compendiata nella celebre formula microeconomica che descrive il conflitto sociale lavoro vs. capitale (teorema di Sraffa-Pasinetti). Una soluzione speculare a quella altrettanto critica del modello comunista predatorio, con la decisiva differenza che in quest'ultima ipotesi il conflitto non si consuma tra il lavoratore e l'anima selvaggia del capitalista bensì tra l'apparato burocratico-proprietario impersonato dallo Stato e la società dei bisogni, hegeliana, o civile marxiana.

Il rimedio a tali distorsioni è offerto, almeno per quanto concerne il modello comunista, da un'iniezione anarchica somministrata e declinata in decentramento e divisione sociale del lavoro. L'anarco-comunismo, la cui sistematizzazione domestica si deve a Cafiero e Malatesta (due pensatori che hanno sempre insistito sulla compenetrazione funzionale di anarchia e comunismo: non è un caso che lo stesso Cafiero abbia portato a termine la prima monumentale opera di traduzione in lingua italiana del primo libro del Capitale), postula l'ammissibilità di un sistema produttivo in cui la definizione delle regole non può esser delegata né ad un ipotetico Ministro della Produzione né a parlamenti, consigli municipali o comunali, bensì diluita nella collettività. La separazione tra la sfera della proprietà dei fattori produttivi (appannaggio dello Stato) e la sfera delle regole decisionali (in capo agli agenti produttivi) secondo una logica di divisione del lavoro sociale che su piccola scala richiama la concezione della solidarietà sociale in senso organico che il giovane Durkheim teorizzò nella sua tesi di dottorato discussa tra non pochi contrasti nel 1893, restituisce un sistema che vanta l'efficienza del comunismo e l'equità dell'anarchia.

Il paradigma capitalista non risolve la sua carenza in termini di equità inoculando dosi massicce di anarchia, in quanto la sua principale antinomia è intrinseca. Difatti, soltanto in un mercato perfettamente concorrenziale in cui il profitto di lungo periodo è nullo si può rifuggire dal conflitto sociale tra capitale e lavoro, inputs che si compongono all'interno dell'output in cui è metabolizzato il gioco incrociato

te 1908, ora in *Scritti*, I, *Le opere economiche*, Bologna, 1936, 231.

della frammentazione proprietaria.

Le suggestioni che promanano dal modello anarco-comunista, in cui il conflitto distributivo è in qualche modo smorzato, tornano utili per rimarcare ancora una volta la sostanziale inidoneità del paradigma proprietario (anche se statale) in relazione a beni immateriali come l'informazione genetica. Lo Stato, invero, non deve acquisire e pubblicizzare i commons perché, così operando, alto è il rischio di commistioni perverse con poteri privati che, alla maniera di un vero e proprio golem, tutto divorano. Il rischio è sempre quello: una proliferazione proprietaria che ingenera il mostro degli anticcommons sacrificando lo sviluppo tecnologico ed il benessere sociale sull'altare della rendita e del capitale. Il modello anarchico, che certamente sconta un deficit di efficienza ma primeggia per equità, si presta perfettamente a riallacciare la riflessione sui commons a quella sugli anticcommons.

Detto altrimenti, soltanto pagando dazio in termini di efficienza è possibile edificare un sistema realmente condiviso di commons, in cui il potere non è centralizzato, in cui non esistono Leviatani che in un modo o nell'altro rendono scarso ciò che in natura è illimitato e non escludibile, in cui lo status ritorni a pre-cedere il contratto. In quest'ottica, sarebbe più che mai opportuno, e, anzi, indice di igiene linguistica, tradurre - sulla scia dell'insegnamento di un maestro come Giannini - il termine common nel nostro dizionario giuridico con "cosa" (come del resto è avvenuto durante i lavori della Commissione Rodotà). Indicarlo come "bene", infatti, si presterebbe al fine fuorviante di renderlo, dietro l'usbergo dell'art. 810 c.c., oggetto di diritti. Multilivello e multidimensionale, del resto, è il governo dei comuni, strutturato sulla falsariga del modello anarchico che non si lascia irretire dall'equivoco insito nella identificazione fra socializzazione e nazionalizzazione. Del resto, il grido di battaglia del socialismo proudhoniano è l'abbattimento della proprietà intesa come sfruttamento ed origine della rendita e non del possesso concepito come controllo della propria abitazione e dei propri strumenti di lavoro (res facti, per l'appunto, e non diritto escludente) (44). Non è casuale, difatti, la circostanza che proprio all'impostazione anarchica si annette il tentativo di rendere common qualcosa che sfugge persino alle più recenti riflessioni in materia di beni comuni, ossia l'erogazione del credito, che collocherebbe la circolazione della moneta entro schemi comunitari e decentrati capaci di ad evitare l'accumulo capitalistico.

(44) Cfr. G. WOODCOCK, *L'anarchia. Storia delle idee e dei movimenti libertari*, trad. it., Milano, 1973, passim.