

VINCENZO ZENO-ZENCOVICH

Diritto d'autore e libertà di espressione: una relazione ambigua

SOMMARIO: 1. Il diritto d'autore da diritto dell'artista a diritto dell'impresa. – 2. I diritti fondamentali non tutelano il legittimo interesse dell'impresa al profitto. – 3. La inapplicabilità degli artt. 10 CEDU e 11 Carta di Nizza. – 4. I diritti fondamentali nella società dell'informazione: alfabetizzazione digitale e accesso alle reti. – 5. L'equivoco del libero accesso ai contenuti di intrattenimento. – 6. Le questioni aperte: la raccolta di informazioni, l'informazione scientifica, gli standards. – 7. Conclusioni.

1. Negli ultimi anni, di fronte all'irresistibile espansione del diritto d'autore e, più in generale, di diritti esclusivi su entità non materiali, una delle barriere che si è cercato di innalzare è stata quella della libertà di espressione, sia nel suo significato attivo (libertà di esprimere la propria opinione) che in quello passivo (libertà di accesso alle espressioni altrui).

Questa tendenza si è manifestata in primo luogo negli Stati Uniti e, più di recente, in Europa e costituisce la naturale reazione a ciò che viene percepito come un'inaccettabile privilegio a favore di talune imprese, che limitano le libertà individuali.

Ancorché l'obiettivo di questa reazione può apparire giustificata e può fondarsi sulla antichissima retorica della lotta per le libertà individuali nei confronti dei detentori del potere, le sue fondamenta non appaiono molto solide e quando la tesi sia sviluppata in modo non corretto, il rimedio può essere peggiore del male.

Per collocare il discorso in una prospettiva appropriata è essenziale evidenziare che ad un certo punto – un punto che può essere collocato da qualche parte nella seconda metà del XX secolo – il diritto d'autore ha cessato di essere principalmente una forma di protezione giuridica di artisti ed interpreti ed è diventato, in maniera crescente, un privilegio di alcune imprese, comunemente definite «industrie culturali».

Gli artisti proteggevano – e continuano a proteggere – i loro diritti economici attraverso il contratto, e solo in via indiretta erano (e sono) interessati al diritto d'autore che costituisce lo strumento giuridico attraverso il quale l'industria massimizza i profitti dall'uso dei propri prodotti (film, libri, musica ecc.).

L'industria culturale ha operato come qualsiasi gruppo economico al quale è conferito un privilegio: essa si è organizzata per conservare ed allargare le proprie posizioni attraverso una costante pressione sui legislatori e sulle Corti.

Il diritto d'autore è divenuto – da una prospettiva gius-realistica – semplicemente un sistema per allocare la ricchezza in un settore economico nel quale si parte da «materie prime» prodotte da singoli artisti e si finisce con l'utilizzazione del prodotto finale da parte degli utenti in generale. Ci si poteva interrogare sull'efficienza del sistema, indagare su chi vinceva e chi perdeva nel sistema e perché, discutere se il mercato era equo o se vi erano degli abusi. Ma sembrava esserci poco spazio per questioni costituzionali, nel senso che, a prima vista, vi erano

scarsi indizi di un conflitto tra diritti fondamentali posti su un piano paritario. Questa è la ragione, probabilmente, perché, per molti decenni, la costituzionalità delle leggi sul diritto d'autore è stata raramente contestata, soprattutto in Europa.

Il sistema ha cominciato a deragliare a seguito di due fatti, connessi l'uno all'altro, il primo prevalentemente politico, il secondo tecnologico. Si comincia verso la metà degli anni '70 del XX secolo con la decisione del Congresso americano – fortemente sospinto da potenti gruppi di pressione che avevano buon gioco a attizzare i timori di un «declino americano» (la ferita del Vietnam era ancora aperta) e di una supremazia tecnologica giapponese – di estendere la protezione del diritto d'autore ai programmi per elaboratore, approvando il Computer Software Copyright Act. Il problema non sta tanto nella sciocchezza (alla critica della quale sono state dedicate pagine e pagine di dottrina) di considerare il software come una «opera letteraria», il che è come dire che poiché un autocarro può trainare un carro come un cavallo o un paio di buoi, esso appartiene al regno animale.

Il CSCA metteva in chiaro, per chiunque avesse voluto guardare le cose come stavano e come si stavano evolvendo, che il diritto d'autore non aveva nulla a che vedere con gli artisti o anche con persone fisiche, ma guardava il modo con il quale una impresa si organizza, compete con altre imprese, enfatizzando il ruolo dell'innovazione tecnologica.

Da questo punto di vista il CSCA – e gli effetti imitativi che ha avuto in Europa (Direttiva 250/91) – ancorché del tutto erroneo dal punto di vista concettuale e foriero di effetti monopolistici (vedi Microsoft) metteva fine al mondo incantato dell'Artista e alla retorica del diritto d'autore come la sua bacchetta magica.

Il secondo fattore è rappresentato dalla digitalizzazione di tutto ciò che può essere espresso da parole, numeri, suoni o immagini e la sua diffusione attraverso reti di telecomunicazioni. Nel mondo digitale non vi sono «copie» ed inevitabilmente il diritto di copia (il copyright), che presuppone un controllo sull'originale, entra in grave crisi.

La reazione è consistita in una guerra di trincea di alcune imprese contro altre imprese che consentono che i prodotti culturali vengano distribuiti e dunque riprodotti a nessun costo, o a un costo assai basso. Le reti digitali eliminano gli intermediari – le edicole, le librerie, i negozi di dischi e film, i cinema – riducendo drasticamente i costi di distribuzione.

Ma quegli intermediari erano essenziali nel modello commerciale delle industrie culturali perché consentivano il controllo sull'utilizzatore finale ed assicuravano che pagasse quel che utilizzava. Nel modello economico del gestore di una rete digitale non è veramente importante ciò che sta veicolando – un ponderoso documento ufficiale piuttosto che un film appena uscito nelle sale – perché verrà pagato, generalmente, una somma forfetaria per la connessione, quale che sia il contenuto trasmesso. Il campo di battaglia dunque si muove verso, e contro, l'utilizzatore finale per impedire fenomeni di free-riding. Vengono richieste e prontamente accordate severe misure legislative; si introducono strumenti di protezione e di sequela tecnologici. Le leggi sul diritto d'autore – o, piuttosto, quel che continua ad essere chiamato con questo nome anacronistico – non sono più lo strumento di difesa nei confronti di concorrenti sleali, ma lo scudo e la spada nei

confronti del resto del mondo. Ed è qui che sorgono questioni costituzionali.

2. È tuttavia indispensabile distinguere le diverse ipotesi, in primo luogo dal punto di vista geografico. Ancorché i paesi occidentali condividano tradizioni culturali, religione, linguistiche e politiche, vi sono delle significative differenze fra gli Stati Uniti d'America e l'Europa, differenze che sono ancor più marcate se confrontiamo Stati Uniti e Gran Bretagna.

Una di queste – e così arriviamo all'argomento della relazione – è la ricostruzione della libertà di espressione. Mentre il 1° Emendamento alla Costituzione americana è stato costantemente e vigorosamente interpretato come attributivo di un regime privilegiato alla Stampa (intesa come insieme delle imprese che utilizzano tale strumento di diffusione), in Europa, sia continentale che insulare, la teoria della libertà di espressione è stata costruita come diritto individuale che poteva convivere con un ampio sistema di norme amministrative, civili e penali che regolavano la costituzione e gestione di una impresa editoriale prima e poi esteso al teatro, al cinema, alla radio e alla televisione. Ed è stato ripetutamente affermato – spesso per contrastare i tentativi di introdurre in Europa una lettura simil-americana – che le imprese di comunicazione di massa non godono di diritti più ampi di quelli conferiti ai cittadini e che, al contrario, ad esse sono imposti oneri di servizio pubblico.

Ancorché questi principi siano stati enucleati prevalentemente in casi di lesione della reputazione o in altri casi di lesione dei diritti della personalità, il loro rilievo qualora si lamenti la lesione del diritto d'autore è – o dovrebbe essere – chiara.

Se si esaminano gli esempi che solitamente vengono fatti per illustrare il conflitto latente fra diritto d'autore e libertà di espressione, si constata che in quasi tutti il convenuto – o la parte che invoca la giustificazione dell'esercizio della libertà di espressione – è una impresa di comunicazione di massa la quale, dunque, sta operando con finalità di lucro. L'obiezione che si muove, solitamente, è che la stampa o la televisione diffondono notizie che sono di interesse pubblico e dunque sono – o dovrebbero essere – autorizzate a farlo per perseguire tale interesse pubblico. Ma è facile replicare – da parte dei detentori di diritti di esclusiva, ma anche da un osservatore imparziale – che anche i titolari del diritto d'autore perseguono un interesse pubblico nella diffusione di prodotti culturali. Se i mezzi di comunicazione di massa potessero liberamente utilizzare materiali protetti, le imprese culturali rapidamente fallirebbero.

La realtà è che le imprese – siano esse culturali o di comunicazione di massa – rivestono panni duplici ed ambivalenti. Per un verso le imprese culturali vivono sul secolare principio secondo cui sono protette le opere dell'ingegno e non le idee che vi sono sottese. L'ampiezza del principio è abitualmente oggetto di contesa, spesso davanti alle Corti. Esse vi compaiono di volta in volta o nelle vesti di attori che si dolgono dell'illecita appropriazione delle proprie opere, oppure come convenuti sostenendo che si tratta di un'opera nuova immune da intenti plagari. D'altra parte esse ricorrono a tutti gli strumenti giuridici e tecnici per proteggere le proprie opere. Un esempio tipico è il combinato dispiegamento della protezione del diritto

d'autore, del diritto dei marchi e della concorrenza sleale. In questi casi non sorgono effettive questioni costituzionali, giacché si tratta di individuare il corretto bilanciamento fra le posizioni antagonistiche.

Vi sono, com'è ovvio, questioni di interesse pubblico, ma si tratta di una caratteristica comune quando si tratta di allocare diritti esclusivi. Qui la principale questione è quella di evitare monopoli sull'espressione artistica assicurando, nel contempo, una adeguata remunerazione a coloro che producono le opere.

Non è pertanto chiaro per quali ragioni ai media (ma cose vi è dietro tale generica espressione: stampa, cinema, internet, televisione?) dovrebbe essere attribuito il privilegio di violare l'altrui diritto d'autore, oltre e al di là del generale, ma limitato, principio delle utilizzazione libere.

3. A tale obiezione si contro-replica che i mezzi di comunicazione di massa stanno esercitando la loro libertà di espressione garantita dall'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dall'art. 11 della Carta di Nizza.

Se la esamina con attenzione, tuttavia, essa è lungi dall'essere soddisfacente.

In primo luogo, questa libertà copre tutto quanto e qualsiasi cosa venga diffuso dai media? A meno di non accogliere la ipertrofica lettura statunitense, secondo cui persino gli spettacoli di spogliarello ricadono sotto l'ombrello del 1° Emendamento, la risposta è, naturalmente, negativa. È ovvio che un quotidiano non può, invocando un legittimo interesse pubblico, pubblicare a puntate, senza acquisire il previo consenso del titolare dei diritti, l'ultimo romanzo di un famoso scrittore.

Come una emittente televisiva non può, per le stesse ragioni, ritrasmettere i giochi olimpici o la finale della Champions League per i quali non ha acquisito i diritti televisivi.

Questo porta, necessariamente, ad un esame, caso per caso, del contenuto e dei modi con i quali viene diffuso per stabilire se vi è una rilevanza notiziale nel contenuto e se l'obiettivo informativo è stato perseguito in buona fede.

Le raccolte di giurisprudenza di tutti i paesi europei sono piene di decisioni in controversie nelle quali i convenuti sostengono che foto non pubbliche di matrimoni e battesimi erano state pubblicate per soddisfare l'interesse pubblico alla conoscenza della vita dei personaggi famosi, e le Corti, compresa quella europea dei diritti dell'uomo, replicavano che non vi era alcun contributo al dibattito su questioni di interesse generale. Alla fine, come si può vedere, la questione riguarda l'estensione ed i limiti delle utilizzazioni libere, un principio che è sempre esistito e può essere modellato in relazione a nuove esigenze senza invocare tutele costituzionali.

In secondo luogo – ma in maniera assorbente – si deve fondatamente dubitare che la libertà di espressione sia attribuita in modo particolare ai media. Nella tradizione europea, sia continentale che inglese, la libertà di espressione è un diritto individuale e appartiene ai cittadini, sia individualmente che attraverso i propri enti esponenziali (partiti, sindacati, associazioni, ecc.). Vi è una significativa differenza fra il 1° Emendamento alla Costituzione americana (1791) che afferma il principio della libertà della stampa, e la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (1789) che all'art. 6 chiarisce al di là di ogni dubbio che il diritto di stampare è

funzionale alla libertà individuale di espressione.

La tradizione giuridica e politica europea è sempre stata assai tiepida verso il tentativo di affermare che ai media debbano essere riconosciuti diritti costituzionali che, invece, spettano ai cittadini.

E ancorché la Corte di Strasburgo ha, talvolta (v. ad es. il caso *Lingens c. Austria*) assunto decisioni che riecheggiano le tesi americane sul 1° Emendamento, sarebbe improprio estrapolare dal suo approccio casistico qualcosa di più che una contrarietà a che limiti legislativi o giudiziali vadano oltre ciò, che in base alle circostanze, è reputato essere consentito.

Né le nuove disposizioni cambiano il quadro. Il secondo comma dell'art. 11 della Carta di Nizza, laddove afferma che «la libertà dei media ed il loro pluralismo sono rispettati», è chiaramente funzionale al diritto individuale a ricevere informazioni enunciato al primo comma, e dovrebbe essere interpretato nel senso che gli Stati dovrebbero eliminare gran parte delle restrizioni amministrative che sono imposte alle imprese di comunicazione (soprattutto nel settore elettronico), quali obblighi di registrazione, licenze, speciale responsabilità di editori e direttori, controlli sui contenuti (sono notevoli e inspiegabili le differenze fra l'editoria, la stampa periodica, la radio, la televisione, le comunicazioni elettroniche) ed introdurre specifiche regole antitrust.

In altre parole, i diritti costituzionali ed in particolare la libertà di espressione non possono essere utilizzati come argomento vincente in contese fra imprese le quali si confrontano ad armi pari in controversie di natura economica che possono essere facilmente risolte attraverso strumenti di diritto privato (cioè il contratto).

Quando si tratta di regolare l'attività economica, fissare limiti alla sua complessa e libera esplicazione, individuare gli specifici interessi pubblici che devono essere tutelati, spetta al legislatore e all'amministrazione individuare e introdurre misure eque, non discriminatorie e proporzionali.

Il principio – ampio e generale – della libertà di espressione, quale principio costituzionale, non è utile allo scopo ed applicato in controversie meramente economiche è possibile che determini delle distorsioni non desiderabili.

4. Negare che vi siano questioni costituzionali di libertà di espressione nelle controversie fra imprese che sono titolari di diritti d'autore ed imprese che vogliono utilizzare le opere protette non significa che non sorgano questioni costituzionali con riguardo alla sempre crescente disciplina del diritto d'autore. Ma esse si collocano non tanto nel campo della libertà di espressione, quanto in quello, per molti aspetti pregiudiziale, dell'accesso alle informazioni e ai dati.

Al fine di evitare fraintendimenti è opportuno fissare alcuni postulati che sono ovviamente opinabili, ma che, se accettati, portano a talune conclusioni e soluzioni.

Le società contemporanee sono comunemente definite come società dell'informazione ovvero, più appropriatamente, come società della conoscenza nel senso che l'informazione (ovvero la conoscenza, la quale costituisce informazione elaborata) costituiscono l'elemento più prezioso del nostro sistema economico e sociale.

Metaforicamente l'informazione costituisce, oggi, la più importante materia

prima per qualsiasi processo decisionale economico, sociale, politico o individuale. Senza informazioni – ampie, ricche, dettagliate – le decisioni sarebbero – o verrebbero considerate – casuali.

Vi è stata una corsa all'appropriazione delle informazioni che, parafrasando il titolo di un celebre saggio scientifico, viene definita «the tragedy of the anti-commons»: diritto d'autore, brevetti, programmi per elaboratore, know-how, diritti su banche dati, tutela dei dati personali sono alcuni esempi di provvedimenti legislativi introdotti o rafforzati negli ultimi decenni per stabilire come questa preziosissima risorsa deve essere allocata.

Tuttavia gli economisti hanno chiarito che l'informazione è qualcosa di ben diverso dalla terra o da cose mobili ed è quel che essi chiamano un bene pubblico: è non-rivale, inconsumabile, intangibile. La sua disponibilità dipende principalmente da decisioni politiche in ordine a chi, cosa e quanto, e per quanto tempo può appropriarsene. La «tragedia» dell'attuale regolamentazione non è tanto in sé, quanto nel fatto che non vi è un disegno coerente, bensì un approccio particolaristico che tende a soddisfare, o a trovare un compromesso con, il gruppo di pressione più forte in un certo momento storico.

In questo scenario, nel quale le imprese competono fra di loro per conquistare più e maggiori privilegi sull'informazione, la questione di rilievo costituzionale non risiede nella loro lotta, ma in ciò che è lasciato al pubblico in generale. L'accesso alle informazioni è un aspetto essenziale del rapporto di cittadinanza: senza informazione non può esservi una partecipazione informata alle decisioni politiche, sociali, economiche o individuali.

Mentre in passato gran parte di tali informazioni erano veicolate dai media – che nel senso proprio del termine costituivano degli intermediari – ora, grazie alle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione, queste informazioni sono accessibili direttamente dalla loro fonte o da una varietà di fonti, e possono essere re-indirizzate da un individuo a molti altri individui.

Ed in effetti una delle principali conseguenze della dis-intermediazione dell'informazione è rappresentata dal fatto che l'utente è sempre di meno un utente finale (come lo è il lettore di un giornale o il telespettatore) e in maniera crescente è un soggetto che rielabora e ritrasmette le informazioni che ha ricevuto.

Se si esamina il diritto ad accedere alle informazioni, la prima questione di rilievo costituzionale che sorge, e che spesso è sottovalutata, è quella dell'educazione digitale. Solo coloro che sono in grado di utilizzare le tecnologie dell'informazione e della comunicazione hanno una possibilità effettiva – e non solo nominale – di esercitare i loro diritti costituzionali. Il superamento dell'analfabetismo digitale è un compito altrettanto importante di quanto lo fu sradicare l'analfabetismo tradizionale nel XIX e XX secolo.

La seconda questione di rilievo costituzionale – che spesso non è considerata come tale – è la creazione, gestione ed allargamento delle reti di comunicazione elettronica.

La generalissima nozione di servizio universale comporta che a tutti deve essere offerta la possibilità, ad un prezzo equo, di accedere alla rete con modalità che, a seconda dello stato dell'arte, devono essere facili e veloci. È ovvio che ciò ha pro-

fonde implicazioni di politica economica, ma è innegabile che l'esistenza di tali reti è essenziale per la libertà di accesso quanto le strade, le autostrade, le ferrovie e gli aeroporti lo sono per la libertà di circolazione.

Non vi è libertà di istruzione senza una politica dell'educazione. Non vi è diritto alla salute senza politica sanitaria. Non vi è diritto di accesso alle informazioni se non vi è una coerente politica sull'ICT.

5. La terza questione di rilievo costituzionale riguarda, necessariamente, i contenuti. Una volta che i cittadini sono digitalmente alfabetizzati e hanno pari opportunità di accedere alle reti elettroniche, hanno essi anche un diritto di accedere a tutti i contenuti? La risposta, abbastanza prevedibilmente, è negativa. Così com'è ovvio che la libertà di circolazione non comporta un diritto al trasporto gratuito, il diritto di accesso all'informazione ha molte sfaccettature che richiedono approcci e soluzioni differenti.

È opportuno sbarazzarsi, per primo, di un punto che viene presentato come di grandissima importanza e che appare, invece, più come un grande equivoco.

Il problema del c.d. file-sharing o delle comunicazioni peer-to-peer, nella misura in cui riguarda prodotti di intrattenimento (musica, film, videogiochi ecc.) ha ben poco a che vedere con la libertà di accesso alle informazioni e, in generale, con questioni costituzionali. Ancorché l'intrattenimento svolga indubbiamente un importante ruolo nelle società umane, sarebbe solo una sterile provocazione enunciare l'esistenza di un «diritto (costituzionale) al divertimento».

Ciò di cui – ben più semplicemente – v'è bisogno sono solide politiche volte ad impedire abusi del mercato da parte di coloro che detengono diritti di esclusiva sui prodotti di intrattenimento. Si possono restringere oppure ampliare i diritti di coloro i quali hanno legittimamente acquistato il diritto di fruire di uno di tali diritti, ma ciò non richiede un riesame costituzionalmente orientato di un bilanciamento che è nella storia del diritto d'autore e dei brevetti e che si sta progressivamente spostando in favore delle imprese e che ora richiede di essere corretto. Ciò che occorre evitare, comunque, è che interessi economici si nascondano dietro gli interessi pubblici aggiungendo distorsione a distorsione.

E a tal proposito un buon esempio di distorsione potenziale è dato dalla proposta, ampiamente discussa negli ultimi tempi in ambito comunitario, di introdurre nella revisione della Direttiva televisione senza frontiere (552/89) un diritto specifico delle emittenti di ritrasmettere brevi estratti degli eventi di maggiore rilievo. All'apparenza, la misura – che secondo molti si fonda sui principi costituzionali sopra discussi – dovrebbe favorire la diffusione delle notizie. Ciò che non si dice è che essa verrebbe utilizzata principalmente per ritrasmettere gli «highlights» degli spettacoli sportivi. La regola dunque, nell'invocare la libertà di informazione, sarebbe un modo per allocare i diritti di sfruttamento sugli eventi sportivi, un compito che il mercato è in grado di svolgere molto meglio e che può richiedere correzioni solo e se quando emergano pratiche distorsive.

6. Sgombrato il campo da istanze, molto rumorose ma infondate, di protezione costituzionale, si può discutere a mente aperta di quei campi nei quali i diritti di

esclusiva possono in effetti ostacolare l'accesso alle informazioni. Per quanto riguarda la raccolta di informazioni un buon punto di partenza è rappresentato dalla sentenza del 1945 della Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Associated Press v. US* (326 US 1) nel quale il giudice Black, redattore di una decisione unanime, sottolineò che gli accordi di esclusiva che impedivano la cessione di informazioni a soggetti terzi (in quel caso testate non aderenti all'*Associated Press*) costituivano una violazione del 1° Emendamento.

Al giorno d'oggi in un contesto europeo il problema verrebbe risolto sul piano del diritto della concorrenza e la decisione della Corte di Giustizia nel caso *Magill* (C-241/91) ha anche imboccato (ma discutibilmente) la via della teoria dell'«essential facility».

Dovrebbe essere chiaro, peraltro, che né la Corte Suprema americana né la Corte di Giustizia nell'affermare il diritto di accesso a talune informazioni hanno inteso stabilire che tale accesso dovesse essere a titolo gratuito, ma semplicemente hanno dichiarato illegittime le restituzioni monopolistiche al mercato delle informazioni.

Ciò comporta, in termini pratici, che quando si pone una questione di costituzionalità in relazione all'accesso a talune informazioni, occorre condurre una analisi fattuale per accertare:

- a) la natura dell'informazione cui si vuole accedere
- b) se vi sono fonti alternative disponibili o agevolmente approntabili
- c) se il pubblico può accedere a tali informazioni attraverso un solo operatore, se tale accesso è gratuito (tipicamente una emittente televisiva in chiaro che ha l'esclusiva di un evento), ovvero se esso è a pagamento, e quale sia il costo (essendo una evidente differenza fra il costo di una copia di un giornale e l'abbonamento ad un servizio di informazioni).

Se, e solo se, tale indagine porta a risultati positivi in ordine all'effettiva restrizione dell'accesso del pubblico, sembrerebbe appropriato imporre obblighi di «must offer» a prezzi e a condizioni predefiniti.

Un altro settore di grande importanza è quello dell'informazione scientifica. Occorre, a tal proposito, sottolineare la saggezza del modello proposto dal diritto dei brevetti forgiato nel XIX secolo: la protezione è accordata all'inventore purché egli renda pubblica, mediante deposito, la sua invenzione. I concorrenti non possono copiarla, ma si avvantaggiano delle conoscenze incorporate nell'invenzione al fine di cercare di superarla. Questa politica del diritto ha avuto durature externalità positive favorendo il progresso step-by-step della conoscenza scientifica.

Lo status quo è stato significativamente modificato in primo luogo dalla disciplina giuridica dei programmi per elaboratore i quali contengono in sé conoscenze innovative. Vi è un diritto a studiare il software ma è chiaramente più limitato nella sua portata rispetto al comune diritto dei brevetti, soprattutto se si considera la tendenza ad estendere la protezione alle c.d. invenzioni di software e ai procedimenti commerciali. Una riposta potrebbe essere che si tratta di una questione che interessa solo i concorrenti e dunque dovrebbe essere affrontata dal diritto della concorrenza. Tuttavia è noto che la storia dello sviluppo scientifico negli ultimi due secoli è solo in parte stata scritta dalle invenzioni delle imprese e che gran parte

delle scoperte che hanno cambiato la faccia della società sono state fatte in istituzioni scientifiche indipendenti. È necessario dunque che esse siano in grado di proseguire liberamente nella loro missione.

Qui ciò che è in gioco non è solo la libertà di accesso alle informazioni ma anche la libertà di ricerca scientifica.

Un altro campo nel quale si registrano limitazioni all'accesso alle informazioni scientifiche è quello delle organizzazioni di fissazione degli standards (standard setting organizations, SSO). Quando questi enti sono privati gli standards sono disponibili solo agli associati. Ma anche quando esse sono pubbliche, o pubblicamente finanziate o sostenute, l'accesso agli standards che pongono è a pagamento. Ci si potrebbe interrogare sulla compatibilità di tali pratiche con il fatto che questi standards sono, se non obbligatori, fortemente raccomandati, inducendo le imprese ad adeguarvisi. La soluzione dovrebbe essere che quando vi è uno standard di fatto esso dovrebbe essere pubblico ed accessibile a tutti ad un prezzo che copre i costi di riproduzione (cioè, con le tecnologie digitali, praticamente inesistenti).

Un ulteriore campo di potenziali perplessità è quello delle informazioni detenute da soggetti pubblici. La questione è stata ampiamente dibattuta durante i lavori preparatori della Direttiva 98/03 sul riutilizzo delle informazioni del settore pubblico.

Vi è un interesse generale a che esse vengano rese disponibili al maggior numero di persone, senza restrizioni e creazioni di diritti di esclusiva. In questo settore è agevole constatare non solo l'esistenza di un diritto individuale di accesso ma anche un correlato obbligo dei soggetti pubblici di rendere accessibili tali dati.

Questo diritto di accesso è stato, peraltro, riconosciuto non solo in molte costituzioni europee ma anche nell'art. 42 della Carta di Nizza, ed è ampiamente applicato nei settori dell'ambiente e della sanità. Si tratta di un inquadramento relativamente recente ed in chiaro contrasto con la tradizionale segretezza della documentazione amministrativa. È facile, tuttavia, scorgere ancora una volta, una distinzione in base ai contenuti: mentre talune informazioni pubbliche sono sempre più aperte, gli Stati rafforzano i loro diritti di esclusiva sulle opere d'arte (dipinti, sculture, monumenti) di cui sono titolari.

7. Come si è visto, sventolare il vessillo della libertà di espressione contro gli esagerati privilegi dei titolari di diritti di privativa può essere gratificante dal punto di vista politico, ma quando il problema è sottoposto ad un attento esame, la realtà è assai meno seducente. Assai spesso le garanzie costituzionali sono invocate da chi non vi ha diritto e solo per incrementare i propri profitti. In altri casi non vi è alcuna effettiva questione di libertà di informazione o di espressione, ma solo l'aspirazione a forme di divertimento gratuito. Si è costretti dunque, ancora una volta, a distinguere il chi, il cosa, il come (e cioè i titolari dei diritti antagonisti, il contenuto, il mezzo) e ad analizzare le dinamiche del mercato per stabilire se vi è una compressione di diritti costituzionali individuali. In molti casi i legislatori o le Corti sono già intervenuti tenendo conto dei valori in concorrenza fra di loro.

In altri casi ciò deve essere ancora fatto attraverso legislazione meditata e ponderata, o giurisprudenza acuta. È da dubitarsi, invece, che il compito possa essere

svolto attraverso l'enunciazione di affermazioni di principio generale che lamentino la violazione di diritti fondamentali.