

I requisiti per la tutela IP dei *Big Data*

1. *Big Data* e diritto: tutela speciale o inquadramento negli istituti preesistenti? – 2. *Big Data* e diritto d'autore: tendenziale incompatibilità. – 3. Il diritto *sui generis* sulle banche di dati di cui all'art. 102-bis della Legge sul diritto d'autore: fattispecie costitutiva. – 4. I diritti del costituente e la nozione di «prelievo sostanziale». – 5. Decorrenza e durata del diritto del costituente. – 6. Banche di dati «non comunitarie». – 7. *Big Data*, tutela dei segreti industriali di cui agli artt. 98 e 99 del Codice della Proprietà Industriale e tutela concorrenziale. – 8. Le forme giuridiche per lo sfruttamento dei *Big Data*. – 9. I *Big Data* della Pubblica Amministrazione.

1. Con l'avvento dell'era digitale, l'umanità ha raggiunto una capacità di generare, acquisire, immagazzinare e processare quantità di dati inimmaginabile anche solo fino ad un decennio fa. Ciò ha fatto emergere una nuova risorsa economica – i *Big Data*, appunto –, che costituisce un'immensa fonte di ricchezza (e di potere) per i soggetti che li detengono, la cui importanza deriva proprio dalle proporzioni sempre più grandi di questi dati e dalle opportunità che vengono offerte dal trattamento di essi¹. Basti pensare che i *Big Data* generati dalle attività di navigazione sulla rete consentono sia la profilazione dei navigatori (che ha un immenso valore per la pubblicità), sia l'acquisizione di informazioni di estrema rilevanza anche per finalità di ricerca scientifica in tutti i campi, di prevenzione delle malattie e dei crimini e, almeno potenzialmente, anche di schedatura, politica e non solo. Ciò ha messo in scacco lo stesso presupposto che costituiva la *ratio* dell'esenzione di responsabilità degli *Internet Service Providers*, ossia il costo eccessivo di un monitoraggio sistematico dei dati che essi fanno transitare², essendo proprio la creazione e la gestione di questi dati a costituire lo scopo primario (e la maggiore fonte di finanziamento) di molti prestatori dei servizi della rete, la cui attività «esteriore» (sia essa la gestione di piattaforme di commercio elettronico o quella di *social network*) si configura sempre più come un semplice *strumento* per l'acquisizione di *Big Data* e la successiva commercializzazione di essi.

Chi possiede questi dati e gli strumenti tecnici per raccogliervi e per gestirli, possiede dunque una delle chiavi più importanti per costruire (o per distruggere) il futuro del mondo: perciò stabilire a chi spetta la titolarità di essi e quali sono i limiti entro i quali possono essere utilizzati e ceduti costituisce un tema di importanza decisiva per le sorti del pianeta.

¹ In argomento si veda ampiamente BOGNI-DEFANT, *Big Data: diritti IP e problemi della privacy*, ne *Il dir. ind.*, 2015, 117 e ss. (Atti del Convegno *Le innovazioni del nuovo Web* a cura di GALLI), ove vengono passate in rassegna sia le fonti di questi dati, sia una serie di esempi di possibile sfruttamento di essi.

² Per un esame critico dei limiti alla responsabilità delle diverse tipologie di Internet Service Providers posti dalla Direttiva n. 2000/31/C.E., nell'applicazione che di essa ha fatto la Corte di Giustizia europea, si veda, con particolare attenzione alle problematiche della contraffazione web, GALLI, *Le sfide del commercio elettronico al sistema della moda*, ne *Il dir. ind.*, 2013, 342 e ss..

Già da questa breve introduzione appaiono perciò chiari i profili cruciali della materia, da un lato, con riferimento agli istituti di protezione delle raccolte di Big data e alle modalità di sfruttamento diretto o indiretto di tali importanti *asset* aziendali; e, dall'altro lato, sotto il profilo della tutela della *privacy*³. Certamente di fronte ad un fenomeno nuovo e di proporzioni tanto colossali (e per molti versi inquietanti), la tentazione di reclamare una disciplina speciale, peculiare per questo specifico portato delle nuove tecnologie⁴, può sembrare irresistibile, ed in effetti questa è la strada che si è seguita per molte altre innovazioni tecnologiche legate alla digitalizzazione ed alla rete Internet: anche se a raccomandare cautela al riguardo sono proprio le esperienze degli ultimi decenni, che hanno visto spesso come da una disciplina speciale si siano sviluppate altre discipline speciali, che è arduo ricondurre ad unità e a coerenza e che rischiano tra l'altro di diventare rapidamente obsolete proprio in ragione dell'evoluzione di queste tecnologie, spesso travolgente, creando aree di irresponsabilità, ogni volta che le norme «speciali», proprio in quanto tali, non sono suscettibili di essere applicate al di fuori dello specifico campo in cui sono destinate ad operare⁵. È dunque molto più nell'integrazione tra diritto industriale e diritto civile, e quindi nel ricorso agli istituti già esistenti, che va cercata la strada per affrontare e vincere le sfide dei *Big Data* al mondo del diritto e in particolare a quello della proprietà intellettuale.

2. Se dunque prendiamo in considerazione gli istituti già esistenti ai quali si può fare riferimento per la protezione dei *Big Data*, vengono anzitutto in considerazione da un lato le norme contenute nella Legge sul diritto d'autore, ed

³ Sulle problematiche che si pongono in materia di *Big Data* legate alla tutela della *privacy*, si veda ampiamente ancora BOGNI-DEFANT, *Big Data: diritti IP e problemi della privacy*, cit., 123-126.

⁴ Anche se un'azione specifica in questa direzione non è ancora stata intrapresa, l'interesse per i *Big Data* e le ricadute economiche dell'impiego degli stessi ha indotto sia il Governo Statunitense sia la Commissione Europea a commissionare studi sugli stessi, anche in relazione ai profili critici riguardanti la tutela della *privacy*. Il 1° maggio 2014, è stato depositato un report intitolato "*Big Data: seizing opportunity, preserving value*", commissionato dal Presidente degli Stati Uniti e consultabile sul sito web http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/big_data_privacy_report_may_1_2014.pdf. Quanto all'Unione Europea, si vedano la "*Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor*", del marzo 2014, consultabile sul sito web: https://www.google.it/search?q=Preliminary+Opinion+of+the+European+Data+Protection+Supervisor&aq=chrome..69i57.1794j0j7&sourceid=chrome&es_sm=93&ie=UTF-8, che indica, tra l'altro, il valore dei Big data generati dai cittadini EU in 315 miliardi di Euro nel 2011, con una previsione di crescita a 1 trilione nel 2020; e introduce un interessante spunto di riflessione in merito al fatto che i dati personali cui l'utente consente all'operatore economico l'accesso, con successivo immagazzinamento e l'analisi, rappresentano il corrispettivo per una serie di servizi (motore di ricerca, e-mail, accesso ai social network ecc.) apparentemente «gratuiti», con evidenti ricadute contrattuali anche in termini di reciproche obbligazioni, tema quest'ultimo tema sul quale si veda, con particolare approfondimento, C. PERLINGIERI, *Gli accordi tra i siti di social networks e gli utenti*, in AA.VV., *Internet e Diritto civile*, a cura di C. Perlingieri e Ruggeri, Napoli, 2015, p.201 e ss. Si veda anche la *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni* intitolata *Verso una florida economia basata sui dati*, reperibile alla pagina web: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/IT/1-2014-442-IT-F1-1.Pdf>.

⁵ In argomento rimando a GALLI, *Il diritto d'autore e la tutela della proprietà industriale sulla rete Internet*, in AA.VV., *Internet e Diritto civile*, a cura di C. Perlingieri e Ruggeri, Napoli, 2015, p. 171 e ss.

in particolare l'art. 102-bis relativo al diritto *sui generis* sulle banche di dati (che dà al costituente il diritto di vietarne per 15 anni il prelievo sostanziale), e dall'altro le disposizioni di cui agli artt. 98 e 99 C.P.I. aventi ad oggetto la tutela delle informazioni aziendali riservate contro l'appropriazione abusiva e la conseguente utilizzazione, essendo infine invocabili, ove ne ricorrano i presupposti, le norme in materia di concorrenza sleale, e segnatamente l'art. 2598 n. 3 c.c..

Non si può del resto nemmeno escludere a priori che, in determinati casi, queste raccolte di dati possano ritenersi «*banche di dati che per la scelta o la disposizione del materiale costituiscono una creazione intellettuale dell'autore*», dunque ammesse alla protezione piena del diritto d'autore, secondo la definizione di cui all'art. 2, comma 9° della stessa Legge 22 aprile 1941, n. 633, che le elenca tra le opere dell'ingegno oggetto della protezione di diritto d'autore (e non di un diritto connesso, come appunto il diritto *sui generis* di cui all'art. 102-bis).

Tale nozione non sembra tuttavia attagliarsi in linea generale alle raccolte di Big data, ove il materiale non è «scelto o disposto» dall'autore, ma ricevuto passivamente ed analizzato con l'impiego di programmi per elaboratore, anche se si potrebbe forse cercare di sostenere che la disposizione dei dati effettuata dal programma debba, almeno in certi casi, essere considerata anch'essa, quanto meno di riflesso, una «creazione intellettuale», legata all'eventuale capacità del *software* di catalogare e correlare i dati in modo originale rispetto alla classificazione che ordinariamente verrebbe operata. Tuttavia, questa lettura non sembra coerente con la *ratio* della norma, che, con il requisito della creatività, previsto in generale per la tutela delle opere del diritto d'autore, pare riferirsi al fatto che l'opera costituisca una costruzione ed organizzazione espressiva che rispecchia la personalità dell'autore⁶; essa dunque potrà piuttosto riguardare una

⁶ È quello che è stato efficacemente chiamato il «paradosso della completezza per cui se una banca dati è completa manca di creatività»: così AUTERI-FLORIDIA-MANGINI-OLIVIERI-RICOLFI-SPADA, *Diritto industriale*⁵, Torino, 2016, p. 209; per un'approfondita disamina delle condizioni di accesso alla tutela di diritto d'autore delle banche dati si veda SPADA, *Banche di dati e diritto d'autore (il «genere» del diritto d'autore sulle banche di dati)*, in *AIDA*, 1997, 5 e ss. Nel senso che «ben difficilmente le banche di dati elettroniche potrebbero possedere il carattere creativo necessario per l'applicazione del diritto d'autore, dal momento che i collegamenti e l'ordine sequenziale dei dati non sono interni alla banca di dati, ma sono piuttosto realizzati dal software che la gestisce» si veda anche LAVAGNINI, *Le banche di dati creative e non creative*, in MARCHETTI-UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*⁵, Padova, 2012, p. 1529, che richiama a sua volta SPADA. Si è egualmente sottolineato in dottrina che l'elemento della creatività «dovrà in particolare rinvenirsi nella scelta e (o alternativamente), nella disposizione del materiale e non potrà mai comunque investire il contenuto delle stesse ... ma solo gli elementi che determinano la struttura dell'opera» (così, GERACI, *La creatività delle banche dati*, in GALLI-GAMBINO, *Codice Commentato della proprietà industriale e intellettuale*, Torino, 2011, p. 3115). Anche in giurisprudenza si è ad esempio ritenuta non qualificabile come opera dell'ingegno una banca dati che pure era costituita non solo da un elenco di imprese, ma anche da «informazioni dettagliate reputate utili» e riferite a tali soggetti (tra cui ricavi, addetti, prodotti specifici, marchi trattati ecc.) in quanto «i criteri di selezione dei nominativi delle aziende ... non fossero dotati dei requisiti della originalità; e che anche le ulteriori informazioni relative a ciascuna azienda, selezionate dal costituente della banca di dati in quanto ritenute utili (commercialmente) per gli utenti della banca dati, non fossero idonee a raggiungere il livello di originalità della tutela autoristica» (così Trib. Bologna, 9 febbraio 2009, in *Pluris*, 2009;)

banca dati «derivata», in cui la selezione o la disposizione del materiale siano il frutto di un'attività dotata di carattere creativo.

3. Più normalmente, le raccolte di *Big Data* sembrano quindi rientrare nella previsione di cui all'art. 102-*bis* della Legge sul diritto d'autore, cui già si è fatto cenno, avente ad oggetto le cosiddette banche di dati non creative. Il diritto *sui generis* previsto da tale disposizione viene inquadrato, come già si accennava, nella categoria dei diritti connessi, categoria residuale nell'ambito del sistema della tutela del diritto d'autore, che ha contenuto del tutto eterogeneo.

La norma riserva il diritto esclusivo di «vietare le operazioni di estrazione ovvero reimpiego della totalità o di una parte sostanziale della stessa» al «costitutore» della banca di dati, da intendersi come «chi effettua investimenti rilevanti per la costituzione di una banca di dati o per la sua verifica o la sua presentazione, impegnando, a tal fine, mezzi finanziari, tempo o lavoro». Sulla base di tale disposizione si è escluso che possano venire tutelate le banche dati che sono il frutto non di un'attività dedicata, ma costituiscano, per così dire, il «sottoprodotto» di un'attività diversa, senza che l'approntamento della banca dati abbia dato luogo a un rilevante investimento autonomo⁷: e ciò, almeno a prima vista, potrebbe rendere problematica la tutela dei *Big Data* raccolti nell'ambito di attività dirette primariamente alla prestazione di servizi o alla fornitura di prodotti. Abbiamo però ricordato all'inizio che in realtà in moltissimi casi la struttura economica dell'attività del costitutore si impernia proprio sull'acquisizione di questi dati; ciò è particolarmente evidente nei casi in cui

⁷ Il punto è stato chiarito anzitutto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia C.E., che ha appunto statuito che «Il fatto che la costituzione di una banca dati sia collegata all'esercizio di un'attività principale nell'ambito della quale il costitutore della banca di dati è anche colui che ha creato gli elementi contenuti in tale banca di dati non esclude, in quanto tale, che costui possa rivendicare il beneficio della tutela conferita dal diritto sui generis, a condizione che dimostri che il conseguimento dei detti elementi, la loro verifica o la loro presentazione, nel senso precisato [...] abbiano dato luogo ad un investimento [...] autonomo rispetto ai mezzi impiegati per la creazione di questi elementi» (così Corte Giust. C.E., 9 novembre 2004, nella causa C-203/02). Anche nella dottrina italiana si è osservato che «La nozione di investimento risulta ... circoscritta all'investimento nella banca dati, con esclusione di ogni rilevanza per investimenti nei dati o nella produzione dei materiali. È un importante elemento di chiarezza, atteso che ... proprio la nozione di investimento assume un rilievo cruciale per le banche dati digitali, nelle quali le nozioni di indipendenza, accessibilità individuale e sistematica e metodica disposizione finiscono per perdere di rilevanza (...). Il fatto di avere a disposizione i dati o i materiali, o di averli 'creati', insomma, è di per sé neutro rispetto alla titolarità del diritto sui generis (*rectius*, al suo venire ad esistenza): ciò che è rilevante è, di nuovo, l'investimento 'diretto' nella banca dati», in quanto «Gli investimenti da proteggere sono soltanto quelli profusi, autonomamente e direttamente, per la banca dati; non quelli effettuati per un'attività diversa, di cui la banca dati è un mero *by-product*, visto che questi ultimi investimenti trovano altrove la loro remunerazione (ad es. nell'attività editoriale del committente dei materiali). In particolare, l'esclusione delle attività che hanno portato alla generazione dei materiali contenuti nella banca dati dalla nozione di 'conseguimento' del contenuto della banca dati stessa, porta ad escludere la tutelabilità con il diritto sui generis di quei 'giacimenti di contenuti' che si accumulano nel corso dell'attività principale di molte 'imprese culturali' (si pensi agli archivi dei giornali), a meno che non vi sia un 'investimento rilevante' direttamente finalizzato alla verifica o alla presentazione di tali contenuti»: e si è quindi sostenuto che «ad essere tutelabile in quanto contenuto di una banca dati non è qualsiasi informazione, materiale o dato, ma soltanto quei materiali la cui presenza nella banca dati ha richiesto uno specifico ed autonomo investimento» (così MEZZETTI, *Archivi e banche dati nella recente giurisprudenza comunitaria*, in *Digitalia*, 2007, I, 73).

apparentemente la sua prestazione è gratuita e il rapporto con l'utente viene costruito in termini non sinallagmatici (come di regola avviene per i *social network*), senza che tuttavia sia possibile celare la natura di vero e proprio contratto di scambio che il rapporto viene a configurare⁸, ma non è meno vero anche quando quello percepito per l'utilizzazione dei *Big Data* non rappresenta l'unico introito del fornitore di tali servizi, ogni volta che la creazione della banca dati costituisce comunque un risultato non «accidentale», ma voluto e dotato di autonomo valore economico.

La norma non contiene una definizione di «*banca di dati*», dovendo a questo scopo farsi rinvio alla Direttiva n. 96/9/C.E., di cui la nostra norma interna costituisce attuazione, ed in particolare al suo Considerando n. 17, secondo cui «*con il termine 'banca di dati' si intende definire una raccolta di opere, siano esse letterarie, artistiche, musicali o di altro genere, oppure di materiale quali testi, suoni, immagini, numeri, fatti e dati; che deve trattarsi di raccolte di opere, di dati o di altri elementi indipendenti, disposti in maniera sistematica o metodica e individualmente accessibili*». La fattispecie costitutiva del diritto *sui generis* si ritiene integrata in presenza di una raccolta di dati «*in un numero di un certo rilievo (che tuttavia non è possibile fissare astrattamente), tale che il fatto stesso della loro unione soddisfi un bisogno informativo socialmente apprezzabile*»⁹; come diremo in seguito, parlando della decorrenza e della durata dei diritti del costituente della banca dati, tale affermazione, corretta in linea generale, ma concepita, per ragioni temporali, per un fenomeno diverso da quello dei *Big Data*, ancora di là da venire al momento del varo della Direttiva, dovrà essere meglio contestualizzata per renderla applicabile al caso che ci interessa.

Alla luce di tali dati normativi, le informazioni concernenti l'attività svolta da un utente ad esempio navigando su un sito di e-commerce o su un motore di ricerca rientrano nel complesso di una banca di dati; ed il costituente di essa (e quindi il gestore del sito o del motore di ricerca stessi) potrà opporsi all'estrazione ed al reimpiego delle stesse ove ciò avvenga nell'ambito di un prelievo che non

⁸ Sul punto si veda ancora C. PERLINGIERI, *Gli accordi tra i siti di social networks e gli utenti*, cit., pp. 212-216, dove pone in luce come, nonostante le «condizioni d'uso» dei *social network* cerchino di configurarsi quale mero consenso al trattamento di dati personali, in realtà «La valutazione degli interessi in gioco e della concreta operazione economica posta in essere induce a riconoscere che l'accordo tra il *social network* e l'utente prospetta un regolamento mediante il quale l'utente, al fine di ottenere l'accesso alla piattaforma, dispone del diritto alla *privacy* ed al controllo dei dati personali, consentendo al *social network* l'inoltro di pubblicità mirata» (e si deve aggiungere, alle altre forme di sfruttamento e di elaborazione dei dati raccolti per effetto di tale accesso), cosicché «si deve riconoscere la natura contrattuale dell'accordo tra il gestore del sito del *social network* e l'utente, nonché la considerazione del medesimo quale contratto di scambio», con le conseguenze che l'autrice analizza nel prosieguo del suo saggio (in particolare alle pp. 216-219) in ordine ai limiti che necessariamente devono venire posti al diritto di recesso del gestore della piattaforma, anche quando queste «condizioni d'uso» non siano che pure è normalmente riconosciuto da tal a cura di C. Perlingieri e Ruggeri, Napoli, 2015, p.201 e ss. Si veda anche la *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni* intitolata *Verso una florida economia basata sui dati*, consultabile sul sito Internet, reperibile alla pagina web <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/IT/1-2014-442-IT-F1-1.Pdf>.

⁹ Così GUGLIEMMETTI, *La tutela delle banche date con diritto sui generis nella Direttiva n. 96/9/CE*, in *Cel Europa*, 1997, 181.

riguardi solo informazioni singole, ma l'intera banca dati o una parte sostanziale di essa, e non appena la stessa informazione sarà stata appresa dal sistema e «*ordinat(a) in uno o più indici o ... accompagnat(a) da codici che ne consentano la catalogazione e il reperimento secondo un criterio prestabilito*»¹⁰.

L'informazione dovrà dunque essere disposta in modo «richiamabile» su una mappa, dovendosi considerare anche l'ipotesi che il *software* che governa la banca dati sia in grado di collocare di volta in volta l'informazione in una pluralità di mappe organizzate sulla base di criteri diversi, a seconda della finalità della ricerca che si sta svolgendo: per cui, ad esempio, le informazioni sulle mie attività su un sito potranno essere richiamate sulla base di un criterio «personale», ai fini della profilazione e dell'invio di pubblicità mirata; oppure di un criterio per categoria generale, come ad esempio quello che faccia riferimento agli acquirenti di un certo prodotto, nell'ambito di un'analisi che porti a stabilire quante visite al sito sono mediamente richieste prima venga assunta al decisione di cliccare il pulsante «acquista».

È verosimile immaginare che la codificazione dell'informazione ai fini della sua successiva reperibilità avvenga contestualmente al momento della visita sul sito Internet; tuttavia, anche se vi fosse uno scarto temporale fra queste due operazioni, il prelievo dell'informazione sarebbe comunque illecito anche ove avvenisse prima della catalogazione (ad esempio perché un soggetto terzo riesce ad «intercettare» il traffico sul mio sito), in quanto l'informazione stessa è comunque destinata alla codificazione sulla base di un'operazione automatizzata, che invariabilmente verrà effettuata, essendo dunque non dubbia fin dall'inizio la destinazione del dato a rientrare nella banca dati.

4. Il costituente ha il diritto, ai sensi del 3° comma dell'art. 102-*bis* l.d.a., di «*vietare le operazioni di estrazione ovvero reimpiego della totalità o di una parte sostanziale*» della banca dati: è stato chiarito in dottrina che tale divieto colpisce le attività di estrazione e reimpiego effettuate non solo a fini commerciali, ma più in generale connotate da un carattere parassitario che possa sacrificare gli interessi economici del costituente.

È discusso se la semplice consultazione senza contestuale copiatura (dell'intera banca dati ovvero di una parte sostanziale) del materiale costituisca violazione dei diritti del costituente: l'opinione preferibile è nel senso dell'illiceità di tale condotta, dal momento che la *ratio* della norma appare quella di remunerare l'investimento di chi rende possibile, appunto attraverso la costituzione della banca dati, il reperimento e la consultazione di una massa di dati, che diversamente dovrebbero essere singolarmente reperiti da chi consulta la banca dati stessa. Nel senso di questa soluzione, si è sottolineato in dottrina che anche la consultazione presupporrebbe un trasferimento, sia pure temporaneo, del

¹⁰ Sul punto si veda ancora GUGLIEMMETTI, *La tutela delle banche dati con diritto sui generis nella Direttiva n. 96/9/CE, cit.*, 180.

contenuto della banca dati sulla memoria operativa di chi opera la consultazione¹¹.

Per quanto riguarda la nozione di «parte sostanziale» di una banca dati, la Corte di Giustizia ha sottolineato come la stessa implichi una valutazione «*sotto il profilo quantitativo dovendosi intendere il volume dei dati estratti e/o reimpiegati in relazione al volume del contenuto totale della banca e, sotto il profilo qualitativo, dovendosi invece fare riferimento alla rilevanza dell'investimento collegato al conseguimento, verifica o presentazione relativa a quella parte del contenuto che è stata estratta o reimpiegata, indipendentemente dal fatto che tale parte rappresenti una parte quantitativamente sostanziale del contenuto complessivo della banca di dati*»¹². Questa sottolineatura del fatto che la valutazione circa la portata «sostanziale» del prelievo possa essere effettuata anche sul piano qualitativo riveste un particolare rilievo proprio con riferimento ai *Big Data*, là dove sul piano quantitativo estrazioni di materiale «significativo» potrebbero ammontare ad una quota relativamente piccola o piccolissima dei dati. In quest'ambito, peraltro, il criterio qualitativo dovrebbe forse essere ripensato, avendo come riferimento l'idoneità dei dati estratti a fornire un'informazione in sé «compiuta», quali, ad esempio, i dati di profilazione di un gruppo di utenti il cui numero sia significativo sul piano dell'interesse commerciale, ancorché ristretto in termini assoluti, oppure il dato dell'esistenza di una correlazione fra fenomeni (supportata da una casistica sufficientemente ampia da conferire attendibilità al dato), che consenta di orientare dei comportamenti economici¹³.

A fini di qualificare l'estrazione di dati in termini di prelievo di una parte sostanziale della banca dati, sempre la Corte di Giustizia ha inoltre valorizzato «*la circostanza che elementi asseritamente estratti da una banca di dati tutelata dal diritto sui generis siano stato ottenuti dal suo costituente da fonti non accessibili al pubblico*», come tipicamente accade ai dati relativi alla navigazione degli utenti sui siti Internet, precisando che tale fatto «*può, in funzione della rilevanza dei mezzi umani, tecnici e/o finanziari impiegati ... per raccogliere gli elementi in oggetto da tali fonti, incidere sulla qualificazione come parte sostanziale, da un punto di vista qualitativo, del contenuto della banca di dati de qua*»¹⁴.

Il 9° comma della disposizione qui in discorso dispone infine che «*non sono consentiti l'estrazione o il reimpiego ripetuti e sistematici di parti non sostanziali del contenuto della banca dati, qualora presuppongano operazioni contrarie alla normale gestione della banca di dati o arrechino un pregiudizio ingiustificato al*

¹¹ Cfr. SPOLIDORO, *Il contenuto del diritto connesso sulle banche dati*, in AIDA, 1997, 49 e GUGLIELMETTI, *La tutela delle banche dati*, cit., 186; in senso contrario SPADA, *Banche di dati e diritto d'autore [il 'genere' del diritto d'autore sulle banche dati]*, ibidem, 186

¹² Così Corte Giust. C.E., 9 novembre 2004, nella causa C-203/2002.

¹³ Per uno spunto in questo senso, si veda GALLI, *Banche dati e giornali*, in AIDA, 1997, che, a proposito del prelievo sostanziale, scrive che «*l'intensità del prelievo dei dati ... deve implicare l'appropriazione, in tutto o in parte, del valore*» della raccolta».

¹⁴ Così Corte Giust. C.E., 5 marzo 2009, nella causa C- 545/07.

costitutore». Anche singoli prelievi in sé non sostanziali costituiscono dunque nel loro complesso violazione del diritto, quando gli stessi integrino l'estrazione di (almeno) una parte sostanziale, seppur «parcellizzata»: fermo restando che la norma appena richiamata può riferirsi a una casistica di ipotesi più ampia.

In dottrina si è altresì ipotizzato che il costitutore della banca dati possa reagire a prelievi non sostanziali sulla base di norme diverse da quella qui in esame, ed in particolare «*fac(endo) ricorso alla tutela civile e penale dei mezzi fisici sui quali è registrata la banca dati ai quali il terzo vorrebbe accedere, oppure secondo le circostanze alla tutela contrattuale ..., della riservatezza (quando la banca dati sia protetta da misure di sicurezza una tutela penalistica potrà essere offerta dagli artt. 615 ter e quater c.p.)*»¹⁵. Pare tuttavia chiaro che tale forma di tutela non riguarda direttamente i dati che potrebbero essere appresi con l'accesso abusivo al sistema informatico e quindi si pone su un piano diverso da quello dell'apparato sanzionatorio previsto dagli artt. 158 e ss. l.d.a. (e che prevede anzitutto «*l'inibitoria di qualsiasi attività che costituisca violazione del diritto*»: art. 163), sicuramente applicabile anche al diritto *sui generis* sulle banche di dati, posto che, come si è detto, esso viene inquadrato nella categoria dei diritti connessi.

5. Un tema cruciale per la protezione dei *Big Data* è quello della decorrenza e durata del diritto del costitutore. Al riguardo il 6° comma dell'art. 102-*bis* l.d.a. prevede che «*Il diritto esclusivo del costitutore sorge al momento del completamento della banca di dati e si estingue trascorsi quindici anni dal 1° gennaio dell'anno successivo alla data del completamento stesso*»; il successivo 8° comma prevede altresì che «*se vengono apportate al contenuto della banca dati modifiche o integrazioni sostanziali che comportano nuovi investimenti rilevanti ai sensi del comma 1 lett. a), dal momento del completamento o della prima messa a disposizione del pubblico della banca dati così modificata o integrata, e come tale espressamente identificata, decorre un autonomo termine di durata della protezione, pari a quelli di cui ai commi 6 e 7*».

Tale aspetto della disciplina del diritto *sui generis* delle banche di dati presenta chiare criticità con riferimento al fenomeno di cui qui siamo discutendo, non solo per il carattere normalmente dinamico delle raccolte di *Big Data*, ma soprattutto per il fatto che il concetto stesso di «completamento» appare di regola incompatibile con le modalità di formazione di questi dati e anche sul piano

¹⁵ Così ancora GUGLIELMETTI, *La tutela delle banche dati, cit.*, 190. Per quanto riguarda quest'ultimo profilo di tutela, l'art. 615-*ter* c.p., rubricato «Accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico» prevede che «Chiunque abusivamente si introduce in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza ovvero vi si mantiene contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, è punito con la reclusione fino a tre anni»; ed a sua volta l'art. 615-*quater* c.p. dispone che «Chiunque, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto o di arrecare ad altri un danno, abusivamente si procura, riproduce, diffonde, comunica o consegna codici, parole chiave o altri mezzi idonei all'accesso ad un sistema informatico o telematico, protetto da misure di sicurezza, o comunque fornisce indicazioni o istruzioni idonee al predetto scopo, è punito con la reclusione sino a un anno e con la multa sino a cinquemilacentosessantaquattro euro».

operativo sarebbe comunque molto difficile da applicare; in questo contesto risulta anzi difficile individuare il momento in cui si possa configurare l'esistenza di una «nuova» banca dati «*modificata ed integrata*» rispetto a quella iniziale, per la quale sorga un diritto autonomo («*con un oggetto diverso anche se in ipotesi simile*»¹⁶), con un proprio distinto termine di durata della protezione .

Per risolvere questo problema si potrebbe ragionevolmente far riferimento agli insegnamenti della Corte di Giustizia europea già sopra richiamati circa la definizione della nozione di «parte sostanziale» della banca dati, ed in particolare al rilievo dato dai giudici comunitari al fatto che la banca dati si componga di dati estratti da «*fonti non accessibili*» al pubblico, che, proprio per questa loro peculiarità, e anche in virtù «*della rilevanza dei mezzi umani, tecnici e/o finanziari impiegati ... per raccogliere gli elementi in oggetto da tali fonti*», possono costituire oggetto del divieto di prelievo e quindi, specularmente, fondare il diritto del costituente. Si può cioè immaginare che, nell'ipotesi di *Big Data* tipicamente «evolutivi» decorra un nuovo termine di protezione man mano che i nuovi dati acquisiti si aggiungono al *database*, fermo restando che in tal caso non faranno più parte dell'oggetto della tutela *sui generis* i dati per i quali i quindici anni dall'ingresso nel sistema siano decorsi.

6. Un'ulteriore criticità particolarmente rilevante per i *Big Data* deriva poi dal fatto che il diritto *sui generis* sulle banche dati si applica, ai sensi dell'art. 102-bis, commi 4° e 5° l.d.a. (e della norma corrispondente della Direttiva), solo «*alle banche di dati i cui costitutori o titolari di diritti sono cittadino di uno Stato membro dell'Unione Europeo o residenti abituali nel territorio dell'Unione Europea*» o «*alle imprese e società costituite secondo le normative di uno Stato membro dell'Unione europea ed aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro d'attività principale all'interno dell'Unione Europea*», con la precisazione che «*qualora la società o l'impresa abbia all'interno dell'Unione europea soltanto la propria sede sociale, deve sussistere un legame effettivo e continuo tra l'attività della medesima e l'economia di uno degli Stati membri dell'Unione Europea*».

Tale profilo è ovviamente di grande rilievo, dal momento che titolari di numerose e importanti banche dati di *Big Data* sono spesso società statunitensi e che l'ordinamento americano non contiene una disciplina analoga a quella qui esaminata, sussistendo solo la previsione della tutela con il diritto d'autore delle banche dati «creative». La giurisprudenza statunitense accorda però anche una protezione contro gli illeciti di appropriazione indebita (c.d. «*tort of misappropriation*») delle informazioni contenuti nei *database*, contro i fenomeni di *free riding* dei *competitors*, protezione che si inserisce come una sottocategoria nell'ampia casistica dell'*unfair competition*. In particolare, il *leading case* in materia è rappresentato da *National Basketball Association vs.*

¹⁶ Cfr. ancora GUGLIELMETTI, *La tutela delle banche dati*, cit., 192.

Motorola¹⁷, che ha tracciato i limiti ed i confini di tale protezione, ritenendo che essa ricorra solo se sono soddisfatti (cumulativamente) i seguenti requisiti:

- l'attore deve aver sopportato dei costi per la raccolta o generazioni delle informazioni;
- le informazioni devono essere *time-sensitive* (ossia avere un valore limitato nel tempo);
- l'uso delle informazioni fatto dal convenuto deve costituire un fenomeno di *free riding* (cioè di sfruttamento indebito al fine di evitare i costi associati);
- l'attore ed il convenuto devono essere in un rapporto di concorrenza diretta.
- la possibilità di *free riding* delle informazioni raccolte/prodotte dall'attore deve avere come conseguenza un disincentivo alla produzione/prestazione del prodotto/servizio cui i dati si riferiscono.

Dunque, anche se la tutela statunitense non corrisponde esattamente a quella di matrice europea, ne condivide certamente la *ratio*, essendo del resto anche quella derivante dal diritto *sui generis* di cui alla Direttiva n. 96/9/C.E. (e al nostro art. 102-*bis* l.d.a.) una protezione di tipica matrice concorrenziale¹⁸.

7. Quella di cui abbiamo parlato sinora non è peraltro l'unica forma di tutela invocabile per le raccolte di *Big Data* di cui qui si sta discutendo, specie con riferimento alle informazioni aventi ad oggetto le attività svolte dai singoli soggetti sulla rete o comunque informazioni raccolte con strumenti informatici. Possono infatti venire in considerazione, anzitutto, le disposizioni di cui agli artt. 98 e 99 C.P.I. che disciplinano il diritto di proprietà industriale sulle informazioni riservate, a loro volta configurandone una protezione di matrice concorrenziale, qual era del resto quella da cui tali norme prendono origine, e cioè l'art. 39 del *TRIPs Agreement*¹⁹.

Quanto ai requisiti di tutela, l'art. 98 CPI prevede che dette informazioni (che comprendono anche quelle di natura commerciale) debbano:

¹⁷ National Basketball Association vs. Motorola Inc., 105 F 3d 841 (2d Cir. 1997).

¹⁸ Per questa sottolineatura si vedano già ZOPPINI, *Privativa sulle informazioni e iniziative comunitarie a tutela delle banche dati*, in *Dir. inf.*, 1993, 895 e ss., spec. 905; ROSSETTI, *Le banche dati. Una nuova creazione intellettuale*, ne *Il dir. ind.*, 19997, 271 e ss.; e GALLI, *Banche dati e giornali*, in *AIDA*, 1997, 29 e ss., alle pp. 42-43, dove anzi poneva il problema della parità di trattamento rispetto ad altri illeciti di tipo concorrenziale. Questo peraltro dovrebbe costituire un ulteriore ragione per ripensare i limiti della tutela concorrenziale «generale», in particolare in relazione all'esigenza della sussistenza di un rapporto di concorrenza tra autore e vittima dell'attività anticoncorrenziale, esigenza che appare anacronistica, almeno se si rimane legati all'interpretazione che di questo rapporto viene data dalla giurisprudenza tuttora prevalente, come del resto veniva opportunamente segnalato già oltre mezzo secolo fa da FERRARI, *Osservazioni sui soggetti della concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1956, II, 436 e ss.

¹⁹ Il dibattito sulla natura della norma italiana (che configura la tutela del segreto come un vero e proprio diritto di esclusiva, peraltro non riferito alle informazioni riservate in sé considerate, ma alla sfera di riservatezza del legittimo detentore di esse) è ancora aperto, pur dopo gli aggiustamenti operati dalla riforma del 2010 e diretti proprio ad escludere esplicitamente ogni natura «dominicale» del diritto: pe una sintesi di questo dibattito si veda PASCHI, *La tutela delle informazioni riservate*, in GALLI-GAMBINO, *Codice commentato della proprietà industriale e intellettuale*, Torino, 2011, p. 909 e ss., cui è opportuno aggiungere ora almeno le prime notazioni critiche alla recente Direttiva n. 2016/943/U.E. di FALCE, *Regole irrisolte nella Direttiva UE sul «know-how»*, ne *Il Sole-24 Ore*, 7 agosto 2016.

- a) essere segrete, nel senso che non siano nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi generalmente note o facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore;
- b) avere valore economico in quanto segrete; e
- c) essere sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete.

Con particolare riferimento al requisito di cui alla lettera b), si potrebbe ritenere che per i *Big Data* il valore economico sussista non solo quando sia positivamente noto che i dati consentono, ad esempio, di ricavare una profilatura di un numero di utenti tali da rivestire interesse economico oppure di dare in modo attendibile informazioni sulla correlazione fra fatti, ma anche quando si possa comunque ritenere che un operatore economico sarebbe interessato ad acquistarli nella prospettiva di processarli, avendo una ragionevole aspettativa che trarne delle informazioni utili per la sua attività. Ciò vale sicuramente per *database* di grandi dimensioni (come, ad esempio, quelli di importanti siti di e-commerce), ma sembra applicabile anche ai *database* di imprese medio-piccole (e, come diremo, di pubbliche amministrazioni), che potrebbero essere valorizzati anche nell'ambito di operazioni di cessioni di asset aziendali, in quanto possano rappresentare per l'imprenditore che subentrasse nella gestione un'utile guida per conoscere (e prevedere per il futuro) il comportamento dei clienti dell'impresa medesima.

Può del resto essere richiamato anche il disposto dell'art. 2598 n. 3 c.c., che la dottrina e la giurisprudenza ritengono applicabile ai casi di sottrazione di informazioni aziendali che, pur non possedendo i requisiti di cui all'art. 98 del Codice della Proprietà Industriale, siano comunque destinate a non avere una circolazione al di fuori dell'impresa²⁰.

8. Lo sfruttamento dei dati da parte dei legittimi detentori può avvenire anzitutto all'interno del soggetto che li raccoglie, sia per orientare le scelte organizzative, di sviluppo e di marketing dell'impresa – o anche, a esempio, per valutare il rischio finanziario o assicurativo, a seconda dell'attività esercitata –, sia per rendere più mirata la pubblicità. Vi sono tuttavia anche soggetti (quali ad esempio i *social network*, i motori di ricerca o le piattaforme di commercio elettronico) che, come si diceva, raccolgono grandi quantità di informazioni come contropartita di servizi solo apparentemente gratuiti offerti ai clienti, ma che non sono (o sono solo in minima parte) interessati ad un utilizzo interno dei dati, sviluppando invece la propria attività sui dati stessi nel senso di offrire ad imprese terze un approdo mirato per la pubblicità ovvero informazioni utili per gestire il loro business o le loro ricerche, sia fornendo l'accesso a singoli dati o segmenti di dati, sia attraverso licenze (esclusive o non esclusive) del *database* nel suo complesso o di sue parti che a loro volta possano considerarsi come *database* autonomi.

²⁰ Anche su questo punto si veda PASCHI, *La tutela delle informazioni riservate*, cit., 913-915 e ss. e ID., *La tutela concorrenziale per le informazioni "non qualificate"*, in *Riv. dir. ind.*, 2012, II, 95 e ss.

I *database* fondati sui *Big Data* si prestano inoltre frequentemente a utilizzi plurimi per finalità diverse, ma non configgenti: ad esempio, una catena di supermercati potrebbe processare i dati raccolti con le carte fedeltà per trarne informazioni utili alla propria attività, essendo al contempo anche disposta, dietro corrispettivo, a consentirne l'analisi anche da parte dei produttori di tutti o di alcuni dei beni che commercializza, che potrebbero ricercare indicazioni mirate rispetto al loro segmento di attività, che è sì complementare, ma in qualche misura si differenzia rispetto a quello del rivenditore; ed anche coloro che intendono lanciare prodotti o servizi nuovi potrebbero trovarvi informazioni utili, attraverso un'analisi delle abitudini di acquisto di un campione significativo di popolazione. Analogamente un *database* come quello dei grandi motori di ricerca o delle piattaforme di commercio elettronico potrebbe essere processato da più soggetti diversi alla ricerca di indicazioni le più eterogenee.

Tra l'altro, là dove l'analisi consentita ad un soggetto diverso quello che ha raccolto i dati – e incamerato il consenso al trattamento – non abbia a che fare con la profilatura, ma con l'esame dei c.d. «metadati», ossia di informazioni ottenute attraverso elaborazioni dei dati raccolti, che siano significative a prescindere dall'identità dei soggetti che li hanno generati, vengono naturalmente superati i problemi relativi alla tutela della *privacy*. Sotto questo profilo, è dunque immaginabile un accorto uso dello strumento della licenza, anche non esclusiva, ogni volta che appunto vi sia per l'impresa la possibilità di monetizzare i propri dati affiancando all'uso diretto anche l'utilizzazione degli stessi da parte di terzi.

Quando ricorrano i presupposti per la tutela, i *Big Data* potranno del resto essere valorizzati come *asset* aziendali anche sul piano della consistenza patrimoniale, in particolare nella prospettiva di operazioni di cessione. Si è anzi posto in luce come sia percorribile la costituzione di garanzie anche su diritti della proprietà intellettuale non titolati, quali il diritto di autore e i diritti connessi, alla cui categoria appartiene, come si è detto, il diritto *sui generis* sulle banche dati, e il diritto di proprietà industriale sulle informazioni riservati²¹. I *Big Data* di cui un'impresa disponga – lo si ripete: non solo quelli di dimensioni planetarie, ma anche *database* di dimensioni più ristrette o di carattere tipicamente settoriale - potrebbero dunque costituire un carta da giocare anche nella prospettiva di ottenere finanziamenti per l'impresa, essendo in quest'ottica anche da richiamare la previsione di cui all'art. 46 del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (TUB), che prevede un privilegio speciale a favore delle banche per il finanziamento a medio e lungo termine, privilegio del quale si è sostenuto in dottrina che potrebbe avere per oggetto anche diritti di proprietà industriale non titolati²².

²¹ Sul punto si vedano in particolare AUTERI, *Il pegno del diritto d'autore: costituzione e opponibilità nei confronti dei terzi*, in *AIDA*, 2009, 129 e ss. e GALLI, *Guida alle garanzie sui diritti di proprietà industriale e intellettuale*, Bologna, 2011, ove si valorizza anche la previsione dell'art. 111 della legge sul diritto d'autore, che tale possibilità prevede in linea generale per i «diritti di utilizzazione» delle opere protette.

²² Cfr. ancora AUTERI, *op. loc. cit.*.

9. Non meno importante è del resto lo sfruttamento dei *Big Data* per la Pubblica Amministrazione, il cui patrimonio più significativo è forse costituito proprio dall'immensa mole di informazioni da essa detenute: dai dati anagrafici a quelli sul territorio, alle fotografie aeree, alle informazioni sanitarie.

I *Big Data* non riguardano infatti solo la profilazione dei navigatori della rete, come abitualmente si pensa, e non servono solo per la pubblicità, ma anche per finalità di ricerca scientifica in tutti i campi, di prevenzione delle malattie e dei crimini e per le più svariate attività imprenditoriali, cosicché la possibilità di metterli a disposizione dei soggetti privati interessati a servirsene rappresenta almeno potenzialmente una straordinaria fonte di ricchezza e di progresso. Perciò stabilire a chi spetta la titolarità di essi e quali sono i limiti entro i quali possono essere utilizzati e ceduti costituisce un tema di importanza decisiva sia per la Pubblica Amministrazione, sia per le imprese.

Il tema va naturalmente inquadrato in quello più generale della protezione dei *Big Data*, ma con alcune peculiarità derivanti proprio dalle caratteristiche proprie dell'azione amministrativa. Sotto questo profilo ci si potrebbe anzi domandare se le norme in materia di trasparenza non escludano a priori, almeno per i dati soggetti a un regime di ampia pubblicità, la possibilità di avvalersi della disciplina delle informazioni riservate di cui agli artt. 98 e 99 C.P.I.; almeno tendenzialmente, la risposta pare però che una tale esclusione non possa essere indiscriminatamente affermata, posto che, come si è già ricordato, la norma richiede bensì che le informazioni siano segrete, ma, come essa precisa, solo «*nel senso che non siano nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi generalmente note o facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore*»: il che è di per sé compatibile con un pur ampio diritto d'accesso, quando questo non riguardi la banca dati nel suo complesso, cosa che evidentemente va verificata caso per caso.

Piuttosto, per le banche dati della Pubblica Amministrazione che comprendono informazioni relative alle persone, estremamente delicata è la problematica legata al rispetto delle norme sulla *privacy*, e quindi in particolare del d.lgs. n. 196/2003 e sue successive modificazioni, che definisce i dati personali come «*qualunque informazione relativa ad una persona fisica, identificata o identificabile, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione*» e impone che il «trattamento» di essi (ossia «*qualunque operazione o complesso di operazioni concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, la consultazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione dei dati*») avvenga nel rispetto del principio di necessità (che impone di ridurre al minimo l'utilizzazione dei dati, in modo da escluderne il trattamento quando le finalità perseguite nei singoli casi possono essere realizzate mediante dati anonimi od opportune modalità che permettano di identificare il soggetto cui i dati si

riferiscono solo in caso di necessità), sia effettuato in modo lecito, secondo correttezza e con modalità che garantiscano che i dati siano: raccolti e registrati per scopi determinati, espliciti e legittimi; esatti e aggiornati; pertinenti, completi e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali sono raccolti; conservati in una forma che consenta l'identificazione dell'interessato (ossia della persona cui i dati afferiscono) per un periodo di tempo non superiore a quello necessario per gli scopi per i quali sono stati raccolti; e prima ancora stabilisce che nessun trattamento di dati personali – a meno che non rientri in una serie limitata di eccezioni, contemplate dall'art. 24 del D. Lgs. n. 196/2003, tra le quali figura, ad esempio, il trattamento necessario per eseguire obblighi derivanti da un contratto del quale è parte l'interessato o per adempiere, prima della conclusione del contratto, a specifiche richieste dell'interessato – possa essere posto in essere senza un previo consenso espresso dell'interessato. Anche in questo caso vale però la considerazione che svolgevamo sopra in termini generali, a proposito del possibile sfruttamento dei *Big Data* mediante la loro concessione in uso a terzi, sul fatto che, quando a formare la banca dati non siano più le informazioni specificamente relative ai soggetti di cui era necessario acquisire il consenso, ma «metadati» significativi a prescindere dall'identità dei soggetti che li hanno generati, i problemi relativi alla tutela della *privacy* vengono superati.

Date queste coordinate generali, ci si deve quindi domandare se e come i *Big Data* raccolti dalle amministrazioni pubbliche possano essere sfruttati da soggetti terzi. Il tema si ricollega a quello più generale del riutilizzo dei dati delle pubbliche amministrazioni, oggetto, a partire dal 2003, di una serie di interventi normativi, che hanno progressivamente delineato alcuni possibili percorsi, solo in parte già attuati²³.

Un pur sintetico catalogo dei testi normativi di riferimento comprende almeno:

- la Direttiva n. 2003/98/C.E. relativa al riutilizzo di documenti nel settore pubblico, attuata nel nostro ordinamento con il d.lgs. n. 36/2006;
- la successiva Direttiva n. 2013/37/U.E., che ha modificato la precedente, e che muove appunto dal presupposto che «*i documenti prodotti dagli enti pubblici degli Stati membri costituiscono un ampio bacino di risorse diversificato e prezioso in grado di favorire l'economia della conoscenza*» (considerando 1) e che quindi è necessario armonizzare a livello di Unione Europea le norme e le politiche «*relative all'apertura dei dati, che incoraggiano un'ampia disponibilità e il riutilizzo delle informazioni del settore pubblico a fini privati o commerciali, con vincoli minimi o in assenza di ogni vincolo di natura legale, tecnica o finanziaria, e che favoriscono la circolazione di informazioni non solo per gli operatori economici ma anche per il pubblico*» (considerando 3), e che è stata attuata nel nostro ordinamento dal d.lgs. n. 102/2015;

²³ Sui diversi modelli normativi di gestione delle informazioni della Pubblica Amministrazione si veda ampiamente CARLONI, *Il "commercio" delle informazioni digitali della pubblica amministrazione*, in corso di pubblicazione in *La proprietà industriale e intellettuale nell'era del digitale: nuovi e vecchi temi* (Atti del Convegno in memoria di Vittorio Menesini - Perugia, 11 e 12 novembre 2016, a cura di BARTOLINI, CAFORIO e GALLI).

- Il cosiddetto Codice della trasparenza (d.lgs. n. 33/2013 e sue successive modificazioni)
- Il cosiddetto Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. n. 82/2005, e sue successive modificazioni, tra cui particolarmente significativa è la più recente, operata dal d.lgs. n. 179/2016).

La prima distinzione che emerge da questi testi normativi è tra dati che sono oggetto di pubblicazione obbligatoria (compresi quelli oggetto del c.d. diritto di accesso civico), che in base al d.lgs. n. 33/2013 *«sono pubblici e chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente, e di utilizzarli e riutilizzarli»*, non potendo essere imposte all'utilizzatore *«ulteriori restrizioni diverse dall'obbligo di citare la fonte e di rispettarne l'integrità»*; e altri dati di cui l'Amministrazione disponga. Per questi ultimi il d.lgs. n. 36/2006 (nel suo testo attualmente in vigore) prevede all'art. 7 la predisposizione di licenze standard che, di regola, devono essere non esclusive e – dopo le ultime modifiche – remunerate unicamente con un compenso *«limitato ai costi effettivi sostenuti per la loro riproduzione, messa a disposizione e divulgazione»*.

A questo regime di semigratuità sono però dettate significative eccezioni, in particolare per i dati delle *«biblioteche, comprese quelle universitarie, i musei e gli archivi»*, nonché per gli specifici documenti *«per i quali le pubbliche amministrazioni e gli organismi di diritto pubblico sono tenuti a generare utili sufficienti per coprire una parte sostanziale dei costi di raccolta, produzione, riproduzione e diffusione»* e più in generale per quelli appartenenti *«alle pubbliche amministrazioni e agli organismi di diritto pubblico che devono generare utili per coprire una parte sostanziale dei costi inerenti allo svolgimento dei propri compiti di servizio pubblico»*: in questi casi si segue per la remunerazione il regime anteriormente previsto come generale, per cui essa deve comprendere anche *«i costi di raccolta, produzione, riproduzione, diffusione, conservazione e gestione dei diritti, maggiorati, nel caso di riutilizzo per fini commerciali, di un congruo utile da determinare in relazione alle spese per investimenti sostenute nel triennio precedente»*.

Ancor più delicato è l'equilibrio delineato dal d.lgs. n. 36/2006 tra concorrenza ed esclusiva nell'utilizzazione e riutilizzazione di questi dati, tema del quale ha già avuto occasione di occuparsi la giurisprudenza²⁴. Al riguardo l'art. 9 del decreto dispone anzitutto che *«Le condizioni e le limitazioni poste dal titolare del dato negli schemi di licenze standard sono individuate per categorie di documenti secondo criteri di proporzionalità e nel rispetto della disciplina sulla protezione dei dati personali e non possono costituire ostacolo alla concorrenza»*; mentre l'art. 11, più specificamente, stabilisce che questi documenti *«possono essere riutilizzati da tutti gli operatori potenziali sul mercato, anche qualora uno o più soggetti stiano già procedendo allo*

²⁴ Si veda in particolare TAR Bolzano, 3 novembre 2015, n. 329, che ha bloccato un servizio di consultazione telematica dei dati catastali svolto direttamente dalla Provincia Autonoma, in quanto suscettibile di alterare lo svolgimento della concorrenza sul mercato nel quale già operavano fornitori privati di un servizio corrispondente.

sfruttamento di prodotti a valore aggiunto basati su tali documenti», cosicché «*I contratti o gli altri accordi tra il titolare del dato in possesso dei documenti e terzi non stabiliscono diritti esclusivi, salvo che ciò non risulti necessario per l'erogazione di un servizio di interesse pubblico»*: il che significa però *al contrario* che anche lo sfruttamento esclusivo può essere ammesso, quando l'esclusiva sia il presupposto perché un servizio di interesse pubblico possa essere effettivamente erogato.

Inoltre questi testi normativi si riferiscono sempre all'utilizzo e al riutilizzo di «documenti», definiti all'art. 2, comma 1°, lett. c del d.lgs. n. 36/2006 come «*la rappresentazione di atti, fatti e dati a prescindere dal supporto nella disponibilità della pubblica amministrazione o dell'organismo di diritto pubblico»*, con l'ulteriore precisazione che «*La definizione di documento non comprende i programmi informatici»*: il che induce a dubitare che vi rientrino anche i veri e propri *database* proteggibili, per i quali del resto sembra arduo negare che sussistano i presupposti indicati dal legislatore in presenza dei quali, anche per i documenti «grezzi», viene imposta l'adozione di una tariffazione di tipo commerciale. Risulta del pari difficile negare che, anche quando i dati raccolti dalla Pubblica Amministrazione siano legati allo svolgimento di funzioni pubbliche, sussista il requisito della sussistenza di «*investimenti rilevanti per la costituzione di una banca di dati o per la sua verifica o la sua presentazione»*, tali essendo quanto meno i costi (tutt'altro che irrilevanti) che vengono sostenuti per la digitalizzazione dei dati ed essendo d'altra parte di regola proprio la raccolta organica delle informazioni una delle finalità dell'azione amministrativa, cosicché almeno di regola i *Big Data* così ottenuti non possono considerarsi il semplice sottoprodotto di un'attività amministrativa volta a finalità diverse.

Anche per il patrimonio di informazioni della Pubblica Amministrazione siamo dunque oggi ad un punto di svolta. Benché i più recenti interventi normativi sembrino indicare una «opzione preferenziale» del legislatore per la più ampia *disclosure* delle informazioni detenute dalle Amministrazioni compatibile con l'assolvimento delle loro funzioni pubbliche e con la tutela della *privacy*, ciò tuttavia non implica affatto l'esclusione del ricorso agli strumenti offerti dal diritto della proprietà intellettuale per la gestione di questi dati: questi strumenti non possono infatti essere manicheisticamente contrapposti alla diffusione indiscriminata dei dati basata su un principio di sostanziale gratuità anche per le utilizzazioni commerciali, tanto più considerando che questa seconda soluzione solo apparentemente si risolverebbe in una «democratizzazione» di queste informazioni, perché di fatto comunque solo i soggetti realmente in grado di sfruttarle economicamente ne beneficerebbero, mentre i relativi costi graverebbero sulla collettività, cosicché essa si tradurrebbe in un ingiustificato depauperamento del patrimonio pubblico.