

Eugenio Prosperetti

**ACCESSO AL SOFTWARE E AL
RELATIVO ALGORITMO NEI
PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI
E GIUDIZIALI. UN'ANALISI A
PARTIRE DA DUE PRONUNCE
DEL TAR LAZIO**

Estratto



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

EUGENIO PROSPERETTI

ACCESSO AL SOFTWARE E AL RELATIVO ALGORITMO NEI PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI E GIUDIZIALI. UN'ANALISI A PARTIRE DA DUE PRONUNCE DEL TAR LAZIO

SOMMARIO: 1. Le pronunce del TAR Lazio sull'accesso all'algoritmo. — 2. Il software "atto finale dell'azione amministrativa" e la definizione di "documento amministrativo" della L. 241/90: interesse ad accedere ed idoneità del software sorgente a costituire documento amministrativo. — 3. Diritto d'autore e titolarità del software in capo alla Pubblica Amministrazione committente: il requisito della "disponibilità" del software "accessibile" in capo all'Amministrazione. — 4. Il diritto di accesso al software come documento amministrativo può costituire un'eccezione al diritto d'autore? — 5. Ordini di esibizione ed ispezione nel diritto processuale civile, penale ed amministrativo ed eccezione al diritto d'autore. — 6. Conclusioni.

1. LE PRONUNCE DEL TAR LAZIO SULL'ACCESSO ALL'ALGORITMO.

Con le sentenze 3742 e 3769 del 2017, concordi nei principi e rese rispettivamente il 21 e 22 marzo 2017, nonché entrambe vertenti sull'identico ricorso — pur proposto da diversi soggetti — il TAR del Lazio affronta un tema del tutto innovativo, in materia di accesso agli atti amministrativi, e, per far questo, si trova a dover necessariamente investigare il rapporto tra il tipo di atto cui il ricorrente chiede accesso, un programma per elaboratore, ed il relativo algoritmo di elaborazione e la tutela delle privative insistenti su tali oggetti immateriali.

Il particolare oggetto di tali pronunce pone all'attenzione il rapporto tra l'istituto generale dell'accesso agli atti e la tutela industriale del software, rendendo così interessante il caso anche sotto il profilo del diritto industriale.

Il caso nasce dalle tensioni intorno ai recenti mutamenti intervenuti nel sistema di reclutamento degli insegnanti della scuola, ad opera della Legge c.d. "Buona Scuola", che aveva previsto un

piano straordinario di assunzioni¹ a seguito di domanda da presentarsi con modalità esclusivamente telematica, su una piattaforma predisposta dal MIUR per la raccolta dei dati, l'elaborazione dei medesimi e la formulazione, a ciascun avente diritto, di una proposta di assunzione. Il problema lamentato dagli insegnanti, tramite i sindacati, era la collocazione degli insegnanti, che richiedevano l'assunzione in posti situati in parti molto distanti del territorio nazionale quando, a dire dei medesimi, sarebbero stati disponibili posti nella medesima località o molto vicini. Sui posti vicini, a loro volta, venivano collocati altri richiedenti da province lontane, sicché non era agevole comprendere quale fosse il criterio di assegnazione territoriale sottostante l'elaborazione elettronica dell'assegnazione. Occorre dire che la piattaforma del MIUR forniva direttamente all'insegnante richiedente la collocazione, senza dunque un ulteriore provvedimento del Ministero che verificasse quanto elaborato dalla piattaforma.

Alcuni sindacati chiedevano, pertanto, di accedere all'algoritmo di elaborazione e, in particolare, al codice sorgente del programma per elaboratore che aveva elaborato le assegnazioni ai sensi degli artt. 22 e ss. della Legge 241/90 sul procedimento amministrativo, onde poter comprendere le modalità di selezione automatizzata da esso adottate.

Da quanto si evince dalla sentenza che si annota, la richiesta ha avuto come oggetto specifico "il codice sorgente del software relativo all'algoritmo" utilizzato per l'elaborazione delle assegnazioni del personale docente.

Il MIUR inizialmente rispose alla richiesta con un diniego e, successivamente, a ricorso già introdotto, con una nota nella quale, a quanto si comprende, era sommariamente descritto il funzionamento dell'algoritmo, senza tuttavia particolari dettagli tecnici. Tale nota specificava che il software in questione era stato fornito, su commessa, al Ministero dalla società HPE Services S.r.l. e aggiungeva che la richiesta di accesso al codice sorgente non avrebbe potuto in ogni caso essere soddisfatta poiché *"il software è tutelato quale opera dell'ingegno, alla stregua delle opere letterarie, filmiche, ecc.. e, quindi, in quanto trattandosi di opera dell'ingegno, è caratterizzato da proprietà intellettuale, soggetta a tutela"* e poiché lo stesso, di per sé, non costruisce

¹ Cfr. L. 13 luglio 2015, n. 107 la quale ha previsto un piano straordinario di assunzioni degli insegnanti da anni inseriti nelle c.d. "graduatorie a esaurimento" esteso però a tutto il territorio nazionale, mentre le precedenti assunzioni avvenivano su base provinciale. In tal modo ogni insegnante idoneo all'assunzione poteva essere collocato in qualsiasi provincia dove vi fosse disponibilità di posti, il rifiuto della propo-

sta di incarico determinava la perdita dell'opportunità di assunzione, l'espulsione dalla graduatoria e lo scorrimento della medesima al successivo insegnante in attesa di posto, fino a copertura di tutti i posti che il piano straordinario si prefiggeva di coprire. Ogni insegnante doveva quindi indicare all'atto della domanda tutte le province italiane in grado di preferenza per la elaborazione della proposta di assunzione.

documento amministrativo e dunque non può essere valido oggetto di istanza di accesso ai sensi della L. 241/90.

Tuttavia, poiché alcuni degli elementi contenuti in tale nota sembravano, già di per sé, non tener conto di vari criteri importanti di matrice lavoristica, derivanti dal contratto collettivo, i sindacati non si ritenevano soddisfatti dal contenuto della nota, proponevano motivi aggiunti ed insistevano nel ricorso, che giungeva dunque in decisione.

La terza sezione bis del TAR del Lazio accoglieva infine il ricorso, respingendo seccamente entrambi i motivi addotti dal MIUR per negare l'accesso, e ordinava dunque al MIUR il rilascio ai ricorrenti di copia dei codici sorgente del software di gestione della procedura della mobilità dei docenti per l'anno scolastico 2016/17, senza nulla ulteriormente specificare, nel dispositivo, circa le condizioni di utilizzo della copia che avrebbe dovuto essere stata rilasciata ed il regime di diritto d'autore della medesima.

2. IL SOFTWARE “ATTO FINALE DELL’AZIONE AMMINISTRATIVA” E LA DEFINIZIONE DI “DOCUMENTO AMMINISTRATIVO” DELLA L. 241/90: INTERESSE AD ACCEDERE ED IDONEITÀ DEL SOFTWARE SORGENTE A COSTITUIRE DOCUMENTO AMMINISTRATIVO.

La sentenza concede il diritto di accesso agli atti attraverso un ragionamento interamente incentrato sulla sostanziale reinterpretazione del concetto di documento amministrativo accessibile, ai sensi dell'art. 22 della L. 241/90 sul procedimento amministrativo, come riformata dalla L. 15/2005.

L'attuale concetto di “documento amministrativo” contenuto nella L. 241/90 è piuttosto ampio, giacché essa comprende “*ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale*”.

I giudici del TAR Lazio si domandano dunque, in relazione alle istanze del sindacato ricorrente, se tale concetto ricomprenda anche un programma per elaboratore e l'algoritmo in esso contenuto, giungendo, come si è detto, a dare risposta positiva al quesito: un programma per elaboratore può, secondo il TAR del Lazio, costituire “rappresentazione” di attività di pubblico interesse, laddove la sua elaborazione venga a costituire l'atto finale dell'azione amministrativa.

Ad avviso dei giudici del TAR Lazio, infatti, le moderne modalità dell'azione amministrativa, che prevedono l'utilizzo di *software* per importanti parti di procedimenti amministrativi, giustificano una interpretazione del concetto di documento amministra-

tivo particolarmente ampia e, in particolare, tale da ricomprendere anche il codice sorgente dei *software* utilizzati per svolgere elaborazioni nel corso del procedimento.

In base a tale interpretazione, una mera esplicazione descrittiva dei criteri di funzionamento utilizzati dal *software* per l'elaborazione, come quella effettuata dal MIUR, viene dunque considerata insufficiente a soddisfare l'istanza di accesso, e viene dunque affermato il diritto, in capo a chi è legittimato all'accesso, di esaminare direttamente il sorgente del *software*, e ciò a maggior ragione in quanto — nel caso di specie — le spiegazioni fornite sembravano indicare che l'algoritmo era stato impostato senza tener conto di tutti i parametri di legge (in particolare quelli del contratto collettivo del personale scuola, a quanto si legge nella sentenza che si annota).

Tuttavia, se si pone la soluzione adottata dal TAR Lazio — quella cioè di concedere l'accesso al programma per elaboratore considerandolo *tout court* documento amministrativo — nel contesto più ampio delle regole a presidio dell'uso di *software* da parte della Pubblica Amministrazione e del regime del documento informatico, qualche dubbio sulla percorribilità dell'interpretazione adottata è legittimo.

Nella sentenza che si annota è molto chiaro il generale e meritevole interesse che il sindacato ha inteso tutelare con l'istanza di accesso agli atti; meno chiaro è invece comprendere quale sia la specifica lesione, a fronte della quale si ritiene che l'errore dipenda dal software: vi è stato uno specifico insegnante che con certezza doveva essere assegnato ad altra sede? E, anche se si suppone vi siano stati uno o più casi errati, gli altri sono stati decisi correttamente? Sono state escluse altre possibilità, quali ad esempio l'inserimento errato dei dati? E, soprattutto, qual è l'interesse del sindacato ad analizzare in proprio il sorgente del software utilizzato dall'Amministrazione? Ancora: quali sono le specificità ed informazioni ricavabili dall'analisi del sorgente che non possono essere altrimenti soddisfatte dall'Amministrazione, in relazione all'interesse ad accedere? Dalla sentenza si riesce ad evincere soltanto che l'accesso viene richiesto in quanto “funzionale a tutela giurisdizionale” e, dunque, è lecito ipotizzare che vi sia una ipotesi di danno e lesione degli interessi di iscritti al sindacato coinvolti nelle procedure di trasferimenti interprovinciali del personale della scuola, ma, ancora una volta, non una certezza di tale danno/lesione.

In sostanza, quanto deciso dai giudici del TAR Lazio, così come motivato, sembra provare troppo: se, infatti, si portasse a sistema l'interpretazione data nella sentenza in parola, non sarebbe mai sufficiente che l'Amministrazione, a fronte di una richiesta di accesso agli atti relativa ad algoritmi utilizzati in procedimenti amministrativi, si limitasse a dare conto di quali siano le procedure ed elaborazioni che il *software* è chiamato ad effettuare e

delle logiche di funzionamento dell'algoritmo; ognuno avrebbe, in sostanza, il diritto, a prescindere dalla dimostrazione di aver subito un effettivo danno, di conoscere e verificare il sorgente del *software*, a fini — per così dire — “esplorativi”². La conseguenza sarebbe che il *software* utilizzato dalla Pubblica Amministrazione dovrebbe sempre essere a sorgente aperto, cosa attualmente non prevista dalle Leggi vigenti.

Generalizzare l'applicazione di quanto stabilito dal TAR Lazio, in sostanza, comporterebbe un implicito divieto per la P.A. di utilizzare *software* a sorgente chiuso o che comunque non consenta di fornire il sorgente in caso di accesso agli atti.

È dunque opportuno ed interessante contestualizzare sia l'effettiva portata delle sentenze in nota nel quadro delle norme sull'accesso agli atti e sull'utilizzo di *software* da parte di Pubbliche Amministrazioni, in rapporto alle norme di diritto d'autore che vengono in questione.

La L. 241/90 prevede — non a caso — che non siano accessibili le informazioni dell'Amministrazione “che non abbiano la forma di documento amministrativo” (art. 22 comma 4); in questo senso, il dubbio, avanzato dall'Avvocatura di Stato nelle proprie difese, che il sorgente del *software* utilizzato dall'Amministrazione sfugga alla definizione di documento amministrativo, anche come riformata nel 2015, non appare affatto peregrino.

² Si veda il consolidato orientamento del Consiglio di Stato circa la specificità dei motivi di accesso agli atti, confermato anche recentemente con la sentenza n. 1692 dell'11 aprile 2017, ove si è affermato che “[...] certamente nella scala gerarchica dei valori da considerare, in occasione della disamina dei motivi che giustificano una domanda di accesso, quelli legati alle esigenze di difesa del richiedente occupano un gradino elevato ma non tale, tuttavia, da prevalere sempre e comunque (e soprattutto acriticamente) su qualunque altro interesse, specie se contrapposto giacché invocato da chi, di contro, denuncia che, consentendosi l'accesso, si permetterebbe il disvelamento di propri dati, ritenuti sensibili, contenuti nella documentazione amministrativa da altri chiesta.

È anche vero che, entro determinati limiti, un'effettiva esigenza di difesa, non altrimenti suscettibile di appagamento (ossia che non è possibile soddisfare se non acquisendo conoscenza proprio di quella particolare documentazione che reca altresì, in seno, il dato sensibile che riguarda un soggetto terzo e, perciò, controinteressato), può prevalere sui contrapposti interessi alla riservatezza.

In ogni caso, il dissidio tra interessi fra loro collidenti non può essere risolto in chiave

unilaterale, giacché questo potrebbe condurre anche a risultati paradossali ed opposti a quello che, invece, è un delicato equilibrio che, di volta in volta e fuori da schematizzazioni astratte ed assolutistiche, va ricercato in concreto, bilanciando tra loro posizioni non consonanti.

Si pensi, invero, al caso di chi, chiedendo l'accesso per motivi di difesa ma non sapendo preventivamente indicare quale documento esattamente gli occorre e giustificatamente perché, l'ottenga e si procacci in tal modo materiale documentale recante anche informazioni sensibili che riguardano soggetti terzi.

Ebbene, in un caso del genere, un'acritica prevalenza dell'accesso per dichiarate esigenze defensionali potrebbe anche condurre al risultato che colui che ha chiesto l'accesso, poi, esaminata tutta la documentazione ottenuta, valuti che alcun documento effettivamente gli sia utile per i ritenuti motivi di difesa. In tale evenienza, il danno per il terzo (i.e., conoscenza da parte altrui delle proprie informazioni sensibili) sarebbe invero irrimediabile, senza alcuna contrapposizione giustificativa, neppure quella consistente almeno nel fatto che chi aveva chiesto l'accesso abbia poi realmente utilizzato a fini di propria difesa la documentazione ottenuta.”

Il *software*, come noto, ha infatti la particolare natura di essere composto da sorgente ed eseguibile; il *software* moderno è tuttavia composto da vari strati e componenti, che rendono a volte complesso individuare cosa sia l'eseguibile rispetto al sorgente, e ciò ancor più nel caso in cui l'analisi riguardi il funzionamento di piattaforme online.

Ulteriore complicazione è data dal fatto che, nel caso di una piattaforma online, alcune componenti potrebbero non essere ascrivibili al *software* in senso stretto ma a diverse opere dell'ingegno, tipiche o atipiche: la grafica, le banche dati, le interfacce utente del sito, a comporre così una opera dell'ingegno complessa, qual è un sito internet.

A voler condividere il ragionamento del TAR Lazio che il *software* in alcuni casi sia "atto finale dell'azione amministrativa" non sembra fuori luogo anzitutto farsi varie domande: come prima cosa, va appurato se effettivamente la forma del software sia effettivamente quella del documento amministrativo quale definito dalla Legge 241; in secondo luogo, se lo stesso sia accessibile nonostante proprietà intellettuale e segreto industriale e, dunque, interessi commerciali di terzi; da ultimo, è opportuno comprendere quale sia effettivamente, nel caso, l'elemento del *software* (o algoritmo) a cui deve essere dato accesso quale "documento amministrativo" ai sensi di Legge, laddove tale obbligo effettivamente esista.

Come si è detto, la chiave delle sentenze che si annotano sta nell'aver considerato il *software* (eseguibile o sorgente che sia) come effettivamente idoneo a rientrare nella definizione di "documento amministrativo", ma senza distinzioni di sorta; la L. 241/90 è però altrettanto perentoria e chiara nel prevedere, all'art. 22 comma 4, che non sono accessibili le informazioni che non abbiano forma di documento amministrativo.

È dunque dirimente scoprire se effettivamente il *software* ha la forma di documento amministrativo, o comunque possa in qualche modo averla, tra le molteplici che può assumere durante la propria creazione ed operatività. Tale problema non è trattato in maniera analitica dalle sentenze in esame, ed è risolto con una interpretazione estensiva della definizione di documento amministrativo, che però, per quanto suggestiva, non sembra soddisfare i rigidi criteri posti dalla stessa Legge 241.

Ciò perché la sopra richiamata definizione di documento amministrativo ruota intorno ad alcuni elementi che, interpretazione estensiva o no, devono sussistere ed essere verificati: perché vi sia un documento amministrativo occorre che vi siano la contempo la "rappresentazione di atti relativi a uno specifico procedimento" che gli stessi siano "detenuti da una pubblica amministrazione" e che siano "concernenti attività di pubblico interesse"; soddisfatti tali criteri, diviene sostanzialmente irrilevante la forma della rappresentazione del documento e il regime giuridico, privatistico

o pubblicistico, attraverso il quale il documento in questione è venuto in essere.

Rimandiamo al paragrafo successivo l'analisi del tema se il *software* e l'algoritmo si possano considerare "detenuti" da una Pubblica Amministrazione, e diamo invece per scontato, seguendo il pensiero dei giudici del TAR, che il *software* sia stato utilizzato per attività di pubblico interesse.

Il requisito rimanente affinché il *software* sia accessibile come documento amministrativo richiede che esso sia rappresentazione di un "atto" relativo a uno specifico procedimento.

Sul concetto di atto amministrativo, la giurisprudenza Costituzionale³, in tempi relativamente recenti, ha avuto occasione di precisare che si ha un atto amministrativo generale quando la potestà pubblica esprime una scelta di carattere essenzialmente tecnico, con cui l'amministrazione persegue la cura degli interessi pubblici a essa affidati dalla legge, contrapponendo tale tipo di atto all'atto regolamentare che comporta invece la produzione di norme generali e astratte.

Ci si deve dunque domandare se il programma per elaboratore adottato dalla Pubblica Amministrazione sia la rappresentazione dell'atto, in quanto esplicazione concreta della scelta tecnica, ovvero la rappresentazione dell'atto sia limitata alla scelta tecnica dei criteri con cui lo stesso debba essere commissionato al fornitore esterno ed il programma sia un mero apporto del fornitore esterno (laddove, come nel caso di specie, commissionato all'esterno)⁴.

Dalla risposta che si darà dipende un punto fondamentale (forse proprio il punto fondamentale) relativo alla sottoposizione del programma al regime della trasparenza; è evidente che il TAR

³ Cfr. Corte Cost. 22 luglio 2010, n. 278. Cfr. anche in dottrina M. RAMAJOLI - B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. Amm.*, 2013, 53.

⁴ Interessante al riguardo richiamare quanto disciplinato in Spagna dalla Legge 11 del 22 giugno 2007 sull'accesso elettronico dei cittadini ai servizi pubblici (LAE) che ha previsto, *inter alia*, una innovativa disciplina della c.d. "attività amministrativa automatica", definita come "attività amministrativa prodotta per mezzo di un sistema di informazione adeguatamente programmato senza necessità di intervento di una persona fisica in ogni singolo caso". Tale definizione è stata mantenuta nelle più recenti Leggi spagnole 39 e 40 del 2015 sul procedimento amministrativo e sul regime giuridico del settore pubblico. Nell'ordinamento spagnolo, l'aver definito formalmente la possibilità che esista attività ammi-

nistrativa valida senza intervento di una persona fisica ha portato a norme che obbligano, in questi casi, ad attuare una *factio iuris* per cui l'atto "automatico" deve comunque recare firma elettronica che riconduca ad una persona fisica all'interno dell'Amministrazione (generalmente il vertice). Cfr. I.M. DELGADO, *La riforma dell'amministrazione digitale: un'opportunità per ripensare la pubblica amministrazione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI - L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione*, Firenze, 2016, 143 ss.; sul tema generale della *accountability* per le decisioni automatizzate e rischio di deresponsabilizzazione dell'Amministrazione si veda inoltre D. PETRAKAKI, *Accountability in the context of E-government*, in P.G. NIXON, V.N. KOUTRAKOU, R. RAWAL (a cura di), *Understanding E-government in Europe. Issues and Challenges*, Routledge, Londra-New York, 2010, 96 ss.; cfr. inoltre

Lazio ha ritenuto, pur senza troppo esplicitare il ragionamento, che l'atto fosse individuabile nello stesso programma più che nei criteri di progettazione ⁵.

Tuttavia, ad avviso di chi scrive, tale ragionamento, appunto, prova troppo. L'atto dell'Amministrazione, in quanto committeente del programma, non può che essere rinvenibile — se di atto amministrativo si tratta — laddove vi sia stata una “scelta” da parte dell'Amministrazione; è di tutta evidenza che le fasi in cui vi sono state delle scelte attribuibili all'Amministrazione sono state quelle in cui sono state fornite al fornitore terzo indicazioni progettuali circa la realizzazione dell'algoritmo e del software e, successivamente, le fasi in cui il programma risultante è stato messo in azione dando luogo a singole elaborazioni. E nulla più.

Pertanto sembrerebbe che gli unici “atti” relativi al software siano le indicazioni progettuali fornite allo sviluppatore, da una parte, mentre appaiono più rispondenti al concetto di “rappresentazione dell'atto” i risultati della sua azione/elaborazione (i provvedimenti di assegnazione) dall'altra, essendo invece il software in sé (specie il sorgente) il risultato di scelte di terzi che, se fossero errate, inidonee o non rispondenti, spetterebbe all'Amministrazione sindacare e contestare rimanendo però fatto interno, salve specifiche azioni a contestazione dell'appalto/fornitura.

Infatti, mentre i criteri di progettazione dell'algoritmo sono (presumibilmente) stati elaborati in seno all'Amministrazione e sono come tali scelte tecniche dell'Amministrazione, il programma risultante è creazione industriale di una società privata ed esterna.

Ora, il TAR Lazio compie in verità una pregevole analisi di cosa effettivamente sia, dal punto di vista funzionale, il software.

Nelle sentenze si legge infatti che *“Il software è (...) l'espressione di un insieme organizzato e strutturato di istruzioni contenute in qualsiasi forma o supporto capace direttamente o indirettamente di fare eseguire o fare ottenere una funzione, un compito o un risultato particolare per mezzo di un sistema di elaborazione elettronica dell'informazione e con linguaggio o codice sorgente si intende il testo di un algoritmo di un pro-*

G. DUNI, *L'Amministrazione Digitale*, Milano, 2008.

⁵ È per la tesi della mera riconducibilità dei casi di scelte automatizzate alla originaria scelta insindacabile dell'Amministrazione di affidare la decisione ad un software A.G. OROFINO, cfr. *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, in Foro amm. CdS: 2256 ss.; cfr. più recentemente sul punto, M. D'ANGELOSANTE, La consistenza del modello dell'amministrazione “invisibile” nell'età della tecnificazione dalla

formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni, in S. CIVITARESE MATTEUCCI - L. TORCHIA, cit., 168 ss., la quale, riportandosi a scritti di MINNECI (cfr. U. MINNECI, *L'avvento della digitalizzazione nei rapporti tra pubblica amministrazione e imprese*, Federalismi.it, 2008) contesta ingiustificate “attribuzioni di sacralità” a decisioni che potrebbero non essere derivate dalla oggettività delle cose, bensì dalla declinazione di un dato algoritmo che, come tutte le creazioni intellettuali, potrebbe rivelarsi una risposta non appropriata al problema.

gramma scritto in un linguaggio ed in fase di programmazione e compreso all'interno di un file sorgente."

Tale descrizione è accurata ed approfondita ma, proprio in virtù di tale distinzione si vede che il risultato dell'azione amministrativa è ottenuto per mezzo dell'eseguibile, mentre il sorgente viene in questione "in fase di programmazione" e non viene poi utilizzato nel procedimento.

Il sorgente non è infatti elemento che ha direttamente funzionato nel procedimento di assegnazione, essendo solamente prodromico alla realizzazione dell'eseguibile che ha materialmente elaborato le assegnazioni.

Si tratta — è innegabile — di un qualcosa di collegato e prodromico all'elaborazione ma, comunque, formalmente e logicamente distinto.

Dal punto di vista tecnico-giuridico interessa capire se, per come è strutturata la normativa sull'accesso agli atti, esso sia ricompreso nei documenti amministrativi accessibili e sia corretto dunque porsi, come ha fatto il TAR Lazio, il tema del superamento dei diritti di privativa e di segreto industriale insistenti su di esso.

A ben vedere, nella L. 241/90 non si rinviene nessuna disposizione che consenta *tout court* di includere il sorgente del *software* utilizzato tra i documenti amministrativi accessibili in un procedimento relativo all'elaborazione dei dati di alcuni cittadini.

Appare insufficiente la base giuridica utilizzata dalle sentenze in nota che includono il sorgente tra i documenti amministrativi in base al semplice rilievo che per la novellata L. 241 "anche atti di natura privatistica divengono accessibili purché utilizzati per finalità di pubblico interesse"; come si è detto, il problema non è che il sorgente è atto inaccessibile del procedimento, quanto piuttosto che non lo si possa considerare atto del procedimento in alcun modo, non per un problema di qualificazione dell'atto stesso ma perché, semplicemente, non lo si ritrova tra i documenti del procedimento stesso.

In questo caso, poiché ad essere utilizzato fu solo l'eseguibile, non è d'altra parte nemmeno noto se la Pubblica Amministrazione committente abbia acquisito diritti di titolarità sul sorgente. Non è, cioè, affatto detto che esso sia mai stato nelle disponibilità dell'Amministrazione.

Il ragionamento potrebbe essere diverso in presenza di evidenza e nesso causale tra errori nelle indicazioni per la realizzazione del *software* ed errori nell'elaborazione. Tale aspetto avrebbe forse meritato una analisi maggiore a fronte di richieste di accesso al codice sorgente e, oltre a rilevare — come in un passaggio delle sentenze si legge — che vi sono incongruenze tra il contratto collettivo e i criteri di elaborazione riferiti dall'Amministrazione, si sarebbe probabilmente dovuto stabilire quale era la precisa ipotesi di danno e quale la conseguente necessità di verificare il

codice sorgente; si sarebbe forse dovuto motivare il perché non era possibile esperire rimedi non pregiudizievoli per il diritto d'autore e i segreti commerciali insistenti sul *software*, ad esempio una azione di accertamento che avrebbe periziato il *software* in condizioni protette.

Solo a fronte di una ipotesi di danno direttamente legata ad un errore del codice, dunque verificabile solo a fronte dell'analisi del sorgente, sembra motivabile l'interesse ad accedere allo stesso sorgente ma, anche in tale ipotesi, l'azione di accertamento sembra preferibile a fronte di una dimostrazione che sul codice insistono diritti di privativa.

Tale analisi passa anche per una riflessione sulla natura di provvedimento dell'elaborazione del *software* (l'assegnazione della sede agli insegnanti). Al riguardo, dato che l'elaborazione non si concreta in un atto provvedimentale scritto in senso proprio (l'atto di assegnazione seguirà, ma non si identifica con il risultato dell'elaborazione), si può far riferimento agli insegnamenti della dottrina amministrativa sulla natura delle c.d. esternazioni non scritte tra le quali, tradizionalmente, si annoverano le segnalazioni semaforiche, frutto di una — se pur rudimentale — elaborazione tecnica dalla quale derivano, appunto, “esternazioni” volti a regolare attività materiali di una pluralità di persone. Con riferimento a siffatte esternazioni si è precisato che esse si riferiscono non a provvedimenti ma ad atti reali o ad operazioni materiali ⁶.

Se, dunque, l'elaborazione del *software*, si assimilasse ad un'esternazione, essa potrebbe non essere accessibile in quanto carente di natura provvedimentale ⁷.

La dottrina in tema di provvedimento amministrativo ha tuttavia avuto occasione di precisare che la forma scritta del provvedimento è necessaria proprio per consentire un controllo sull'operato dell'Amministrazione ⁸. Inoltre, rispetto alle esternazioni

⁶ Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, vol. II, terza ed., Milano, 1993, 259 ss.; R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Gli elementi del provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 260 ss.

⁷ Peraltro sarebbe stato interessante se il TAR avesse esaminato la questione anche alla luce dell'art. 3 del D.Lgs. 39/93 (successivamente abrogato dal D.Lgs. 179/2017 ma probabilmente ancora vigente all'epoca dei fatti). Esso dispone che “*Nell'ambito delle pubbliche amministrazioni l'immissione, la riproduzione su qualunque supporto e la trasmissione di dati, informazioni e documenti mediante sistemi informatici o telematici, nonché l'emanazione di atti amministrativi attraverso i medesimi*

sistemi, devono essere accompagnate dall'indicazione della fonte e del responsabile dell'immissione, riproduzione, trasmissione o emanazione. Se per la validità di tali operazioni e degli atti emessi sia prevista l'apposizione di firma autografa, la stessa è sostituita dall'indicazione a stampa, sul documento prodotto dal sistema automatizzato, del nominativo del soggetto responsabile.”

⁸ Cfr. R. VILLATA - M. RAMAJOLI, op. cit., loc. cit.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Napoli, 1984, 651; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento amministrativo: struttura del provvedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di)

semplici, quali il gesto di un vigile o l'indicazione semaforica, l'elaborazione derivante dall'algoritmo utilizzato dalla P.A. ha certamente una maggiore complessità in quanto essa riguarda — almeno nel caso che qui interessa — atti dell'Amministrazione certamente suscettibili di ricorso (l'assegnazione della sede di lavoro).

Dunque, l'elaborazione dell'elaborazione, ancorché la forma scritta non sia prescritta per Legge, deve certamente poter essere documentata in quanto il provvedimento è soggetto a controllo e conservazione per ragioni di tutela dell'Amministrazione⁹ e, dunque, laddove non fossero rilevabili attraverso l'accesso tutte le caratteristiche che equiparano l'elaborazione ad un atto documentale, essa potrebbe portare ad un vizio di nullità del medesimo per mancanza di elementi essenziali, sul quale però le sentenze in questione, non si esprimono.

In questo ambito si innesta l'equiparazione, sulla quale la legislazione italiana, recentemente coordinata con il Regolamento UE “Eidas”¹⁰, da tempo si esercita tra forma elettronica e scritta, con la conseguenza che le regole relative alla produzione e sottoscrizione dei documenti scritti non possono, oggi, prescindere dall'essere integrate ed esaminate congiuntamente alle regole relative agli effetti dei documenti elettronici.

Una volta stabilito che la richiesta aveva inequivocabilmente ad oggetto la richiesta di accesso al sorgente, dunque un documento di natura non provvedimentale e potenziale oggetto di proprietà industriale, ma dal cui contenuto si poteva sindacare la correttezza dell'elaborazione, è legittimo chiedersi come mai lo sviluppatore non sia stato coinvolto come controinteressato, nei giudizi in esame.

Infatti il TAR Lazio si pone chiaramente problemi che hanno a che fare con le privative insistenti sul *software* e dunque, alla proposizione del ricorso, non è affatto provato che sia il MIUR il titolare delle medesime. Pertanto, il fornitore del *software*, ipotetico titolare dei diritti, avrebbe dovuto poter avere modo di svolgere difese per argomentare eventuali propri diritti sul sorgente.

La questione è trattata, anche qui, in un passaggio molto veloce e, ad avviso di chi scrive, anche inadeguato alla delicatezza di tale aspetto, che — a ben vedere — rappresenta l'esclusione dell'ipotetico titolare dei diritti dal ricorso con il quale viene “aperto” il proprio codice sorgente.

La disciplina generale dell'azione amministrativa, Napoli, 2006, 862 ss.

⁹ Cfr. R. VILLATA - M. RAMAJOLI, op cit., 261; L. GALATERIA - M. STIPO, Manuale di Diritto Amministrativo, Torino, 1998, 381

¹⁰ Cfr. *infra* paragrafo 4 sulla nuova considerazione normativa dei documenti “elettronici” e sul divieto per il Giudice di non considerarli “per il solo motivo della forma elettronica”.

Il TAR desume implicitamente una inesistenza di pretese relative al diritto d'autore dal fatto che nel memorandum tecnico presentato, lo sviluppatore non prende espressa posizione circa la titolarità dei diritti.

Si apprende così che il memorandum sul funzionamento del *software* non è dunque nemmeno stato confezionato dall'Amministrazione, ma dal fornitore esterno e che dunque l'Amministrazione non ha, probabilmente, la disponibilità delle risorse e documentazione sul *software* che consentono di redigere tale documento.

L'argomento utilizzato dal Tribunale è alquanto singolare, poiché tale memorandum viene redatto per soddisfare la richiesta di accesso ed evitare così di dover concedere l'accesso al sorgente.

In tale documento i tecnici del fornitore del *software* avrebbero dovuto descrivere anche il regime di titolarità del *software*, pur non essendo richiesti di farlo, pena — di fatto — la perdita del diritto o, meglio, della possibilità di farlo valere.

L'argomento utilizzato dal Tribunale trascura, tuttavia, che il documento sul funzionamento dell'algoritmo non era teso ad argomentare avverso la richiesta di accesso agli atti ma, nell'ottica dell'Amministrazione, rappresentava il miglior modo di soddisfare tale istanza. Dunque, idealmente, con tale documento si sarebbe chiuso il procedimento. Quale dunque la ragione di ribadire la titolarità esterna dei diritti sul *software* in tale contesto?

Stanti i fatti, così come noti, sembrerebbe che il grado di accertamento della titolarità dei diritti sul *software* nel ricorso non sia stato tale da giustificare la decisione di escludere il fornitore come controinteressato.

Ad avviso di chi scrive, si sarebbe, insomma, dovuto dare un peso diverso al fatto che questo “documento amministrativo” improprio era comunque oggetto di proprietà intellettuale e segreti industriali ed era stato fornito da un terzo esterno all'Amministrazione.

Dal punto di vista dell'accesso a software quale oggetto di proprietà industriale non si rinvencono precedenti sul tema ma ve ne sono di interessanti a livello europeo invece in tema di accesso agli atti coperti da segreti commerciali che portano alla medesima conclusione.

I casi rinvenibili riguardano le domande presentate dai concorrenti nelle gare di appalti da chi intenda comprendere i motivi di una esclusione. Anche in tali frangenti vengono in questione notevoli problematiche riguardo una serie di documenti coperti da segreto industriale e proprietà intellettuale nei materiali cui si chiede accesso.

Sia il Tribunale di Primo Grado che la Corte di Giustizia, per

costante giurisprudenza¹¹, hanno riconosciuto che nei casi di appalti i Trattati UE prevedono accanto al diritto alla trasparenza, norme a tutela di segreti tecnici e commerciali e, dunque, in nessun caso è previsto un diritto integrale di accesso all'offerta presentata dal concorrente, essendo il diritto alla trasparenza soddisfatto da una chiara informativa contenente caratteristiche e vantaggi dell'offerta dei concorrenti, senza così pregiudicarne i segreti commerciali.

Nella sentenza in commento, come si è ricordato, la nota informativa del MIUR riguardo le caratteristiche di funzionamento dell'algoritmo di assegnazione del personale prodotta del MIUR viene ritenuta inadeguata a soddisfare la istanza di accesso presentata.

Non è chiaro quale sia la ragione dell'inadeguatezza giacché già dalla nota il sindacato è dichiaratamente in grado di rilevare che anche la mera descrizione dell'algoritmo non contiene "tutte le variabili previste dal contratto sulla mobilità", così probabilmente provando l'inadeguatezza dell'algoritmo rispetto ai parametri attesi.

D'altra parte se la nota fosse stata in qualche parte carente il Tribunale aveva certamente l'opzione di ordinare la produzione di una nota più specifica e approfondita.

Invece la scelta è di concedere l'accesso al sorgente, per consentirne l'esame da parte del sindacato.

Tale sorgente non era stato però prodotto dall'Amministrazione ma da un fornitore terzo e, come si è detto, ovviamente non era stato direttamente utilizzato nel corso del procedimento.

Pur a fronte di tali dati di fatto il Tribunale si avventura in un esame, piuttosto astratto, del regime di proprietà intellettuale del *software* per concludere che non erano stati forniti sufficienti elementi per ritenere che l'Amministrazione non disponesse del diritto sul *software* ed arrivare così a concedere l'accesso.

La decisione sembra tuttavia non considerare né quale sia lo specifico interesse ad accedere al *software* sorgente, in particolare quale sia l'effettiva esigenza di esaminarne il codice a fronte di una esaustiva descrizione dell'algoritmo e se vi sia la capacità di farlo, né le norme della L. 241/90 che sembrerebbero impedire di consegnare tale codice a fronte di una mera istanza di accesso agli atti.

La stessa L. 241/90 e s.m.i., all'art. 24 comma 3 esclude l'ammissibilità di istanze di accesso preordinate ad un controllo

¹¹ Si vedano casi T-195/08 Antwerpse Bouwwerken/Commissione; ordinanza nel caso della Corte del 13 gennaio 2012, Evropaiki Dynamiki/AEE, C-462/10; sentenza cause riunite T-339/10 e T-532/10 Cosepuri

Soc. Coop pA/EFSA; cfr. A. MALANDRINO, Il diritto di accesso ai documenti nelle gare di appalto e la tutela di interessi commerciali legittimi e della concorrenza, in *Foro Amministrativo - C.d.S.*, 2013, 1803.

generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni e, all'esame dei fatti, parrebbe che l'accesso al codice sorgente, non avrebbe altro scopo che una analisi generale dell'operato dell'Amministrazione, a discapito però dell'interesse alla protezione ai segreti industriali e titolarità del software, aspetti che vengono esaminati solo marginalmente dalla sentenza che si annota.

Peraltro una ulteriore norma della L. 241/90 prevede la facoltà di escludere l'accesso tramite apposito regolamento quando i documenti riguardino interessi industriali e commerciali. Non risulta che il MIUR abbia predisposto un tale regolamento e si può dunque comprendere come una tale eccezione non sia stata operante.

Viene a questo punto la necessità di approfondire, il tema, troppo sorvolato dalla sentenza che si annota, della proprietà intellettuale di tale risultante.

Può considerarsi dunque il sorgente del *software* qualcosa di rispondente al concetto di atto amministrativo e, per di più, nella disponibilità dell'Amministrazione ai fini dell'accesso?

Occorrerà a tal riguardo esaminare gli accordi contrattuali in base ai quali il software è stato realizzato e viene utilizzato per determinare quali diritti la Pubblica Amministrazione abbia sull'utilizzo del sorgente.

Anche a voler ritenere il sorgente nella disponibilità della Pubblica Amministrazione e rispondente al concetto di atto amministrativo, si potrebbe, poi, ritenerlo non pertinente allo specifico procedimento in relazione al quale l'accesso viene compiuto, che peraltro, come si diceva prima, vede solamente elaborazioni da parte di un software già compilato e non dunque l'impiego diretto di codice sorgente non compilato.

La sentenza che si annota intende superare tali obiezioni introducendo un concetto ampio di documento amministrativo ampio, sulla base dell'assunto per cui *“l'algoritmo finisce (...) per sostanziale esso stesso il predetto procedimento”*.

Tale assunto, tuttavia, seppur dirompente, non sembra idoneo a giustificare l'accesso al sorgente in luogo di una esaustiva descrizione dell'algoritmo commissionato o di una azione di accertamento.

Infatti, ragionando per gradi, si dovrebbe prima esaminare quali siano i criteri di progettazione richiesti per l'elaborazione da compiersi nel corso del procedimento.

Se questi fossero inappuntabili e i risultati dell'elaborazione fossero errati si potrebbe da ciò ipotizzare un qualche eventuale difetto di progettazione e, solo allora, potrebbe rendersi necessario un esame del codice sorgente, previa valutazione dell'interesse sotteso all'azione in questione (e all'effettiva necessità di un così specifico esame).

Se, infatti, si volesse agire amministrativamente contro l'Amministrazione, come sembrerebbe essere il caso oggetto di sentenza

da parte del TAR del Lazio, basterebbe forse dimostrare l'errore dei risultati (es. che l'assegnazione non risponde al contratto collettivo), e probabilmente il *software* sarebbe ridondante come prova, e non vi sarebbe alcuna necessità di esaminarne il codice sorgente nel dettaglio.

Un eventuale interesse potrebbe esservi laddove, invece, l'Amministrazione avesse dato corrette indicazioni progettuali, e solo alcune delle elaborazioni fossero errate, a causa di un qualche difetto del *software*: l'esame sarebbe così sotteso alla comprensione se vi sia nel caso responsabilità dell'Amministrazione committente o del fornitore.

Nel contesto di tale ragionamento, si può procedere ad esaminare più a fondo come il diritto d'autore e il segreto industriale operino nel contesto della committenza ed uso da parte della Pubblica Amministrazione per funzioni di pubblica utilità, e comprendere quando il *software* possa considerarsi effettivamente nella "disponibilità" dell'Amministrazione ai fini dell'accesso.

3. DIRITTO D'AUTORE E TITOLARITÀ DEL SOFTWARE IN CAPO ALLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE COMMITTENTE: IL REQUISITO DELLA "DISPONIBILITÀ" DEL SOFTWARE "ACCESSIBILE" IN CAPO ALL'AMMINISTRAZIONE.

La tematica del diritto d'autore e, in generale, della proprietà e titolarità del *software* commissionato ed utilizzato per finalità di pubblico interesse da Pubbliche Amministrazioni è ampiamente evocata e trattata dalle sentenze annotate ma, ad avviso di chi scrive, la trattazione è generica e, in parte, didascalica e non coglie, pertanto esattamente nel segno.

Il fine di una disamina in sentenza del regime di diritto d'autore del *software*, più che descrivere quale sia il regime di proprietà intellettuale di tale opera avrebbe dovuto essere quello di stabilire se il fornitore esterno o terzi avessero diritti incompatibili con l'istanza di diritto d'accesso e, soprattutto, se l'Amministrazione avesse mai acquisito sufficienti diritti a soddisfare tale istanza, in particolare, se avesse diritti sul sorgente e se il sorgente fosse pertinente al procedimento in relazione al quale l'istanza veniva posta.

È fondamentale un puntuale esame di tali aspetti, anche oltre quello già compiuto nelle sentenze, al fine di verificare anche l'ultimo requisito previsto dalla Legge 241 per l'ammissibilità della richiesta di accesso, quello della "disponibilità".

Alla luce di quanto sopra, sembra di poter dire che la "disponibilità" dell'Amministrazione dovrebbe essere strettamente correlata alla disponibilità dei diritti di proprietà intellettuale sull'eseguibile e sul sorgente necessari a divulgare i medesimi a terzi in capo all'Amministrazione.

Ove tale diritti non vi fossero non si potrebbe ritenere che il *software*, per quanto utilizzato sia nella “disponibilità” dell’Amministrazione, poiché la disponibilità la avrebbero i terzi titolari dei diritti.

Nei casi in commento questo elemento, come si è detto, non è molto chiaro. Non si comprende cioè se la piattaforma di assegnazione degli insegnanti fosse passata in titolarità al MIUR, e dunque il MIUR avesse il diritto di rivelare il sorgente a terzi (fermi restando gli altri requisiti discussi sopra) o se, invece, l’ordine del TAR di rivelare il sorgente sia destinato a cadere su una situazione in cui il MIUR non ha affatto la disponibilità del sorgente e dunque potrebbe essere difficile ottemperare ad un simile ordine nel caso di specie.

Ci si potrebbe infatti chiedere se, nel caso il MIUR non abbia i diritti necessari a condividere il sorgente del *software* con i sindacati, questo comporti una semplice impossibilità di adempiere, in quanto l’ordine non può semplicemente essere eseguito ovvero comporti l’obbligo del MIUR di fare quanto possibile per acquisire tali diritti dai propri fornitori, laddove possibile con eventuale responsabilità per l’inottemperanza.

Milita a sfavore di questa tesi l’interpretazione per cui si tratterebbe, in base ai requisiti di cui alla L. 241/90, come sin qui delineati, di un ordine di *disclosure* di un documento amministrativo in realtà non nella disponibilità dell’Amministrazione e dunque, suscettibile di ulteriori azioni e correttivi.

Interessa qui interessa comprendere quale sia il regime autorale applicabile al *software* in uso alle Pubbliche Amministrazioni al di là delle specificità dei singoli casi e se vi siano particolarità e compressioni di tali diritti in caso di istanze di diritto di accesso.

Nelle sentenze commentate, sorgente ed eseguibile sono trattati, nei fatti, dal punto di vista del diritto d’autore come un *unicum*, quando invece hanno regimi piuttosto diversi.

Nel caso che interessa, occorre a ben vedere distinguere se ci si trovi in presenza di *software* commissionato dalla Pubblica Amministrazione o di *software* di terzi semplicemente utilizzato dalla Pubblica Amministrazione.

Dagli elementi in fatto a disposizione la prima ipotesi sembrerebbe maggiormente verosimile.

Viene al riguardo in questione il D.Lgs. 80/2005, noto anche come “Codice dell’Amministrazione Digitale” (CAD), riformato dapprima con il D.Lgs. 235/2010 e, da ultimo con il D.Lgs. 179/2016 per adeguarlo al Regolamento UE 910/2014 in materia di servizi fiduciari ed identità elettronica.

Il CAD prevede norme specifiche riguardo il regime del *software* commissionato dalla Pubblica Amministrazione secondo sue specifiche indicazioni.

In particolare l'art. 69 dispone che *“Le pubbliche amministrazioni che siano titolari di soluzioni e programmi informatici realizzati su specifiche indicazioni del committente pubblico, hanno l'obbligo di rendere disponibile il relativo codice sorgente, completo della documentazione e rilasciato in repertorio pubblico sotto licenza aperta, in uso gratuito ad altre pubbliche amministrazioni o ai soggetti giuridici che intendano adattarli alle proprie esigenze, salvo motivate ragioni di ordine e sicurezza pubblica, difesa nazionale e consultazioni elettorali.”*.

La norma appena citata non sembra come si vede prevedere un obbligo di disponibilità del sorgente a favore dell'Amministrazione, nemmeno nel caso l'Amministrazione commissioni il programma su sue specifiche indicazioni.

Gli obblighi sono infatti posti a carico delle Amministrazioni che siano “titolari” del *software* commissionato.

L'Amministrazione committente, che abbia anche la titolarità del *software* dovrà dunque per Legge rendere disponibile il sorgente alle altre Amministrazioni in licenza aperta.

Tale aspetto andrà evidentemente negoziato con il fornitore del *software* il quale dovrà utilizzare nella realizzazione componenti che consentano dal punto di vista della proprietà intellettuale tali forme di divulgazione.

Laddove invece l'Amministrazione commissioni il *software* ma la titolarità rimanga di terzi (pubblici o privati), nessun obbligo sembra essere previsto riguardo il sorgente e dunque non poteva il TAR Lazio presumere la titolarità.

La disposizione da ultimo citata deve infatti essere letta in combinazione con quella, appena precedente, di cui all'art. 68 del CAD e, precisamente, con il comma 1-ter il quale, nel disporre che gli acquisti di *software* siano consentiti solo previa valutazione riguardo all'impossibilità di utilizzare *software* già in possesso della Pubblica Amministrazione, dispone *“è consentita l'acquisizione di programmi informatici di tipo proprietario mediante ricorso a licenza d'uso”*.

Sembrerebbe così possibile un regime in cui l'Amministrazione, pur avendo commissionato il *software* non dispone della titolarità del *software* da essa commissionato (o anche solo del sorgente), lasciando ad una licenza d'uso la regola di tali aspetti; in tal caso non sorgerebbero gli obblighi relativi alla disponibilità del sorgente in capo alla Pubblica Amministrazione in regime di licenza aperta per consentirne il riuso, tuttavia nessuna indagine è stata compiuta nel caso di specie sul regime di licenza/titolarità del *software* in questione, relegando così in un piano decisamente secondario l'aspetto della proprietà intellettuale dell'oggetto dell'istanza di accesso.

Ai fini dell'accesso sembrerebbe invece di poter dire che l'accertamento sulla titolarità e disponibilità del *software* sia prioritario in un caso come quello in esame: il *software* nella titolarità

della Pubblica Amministrazione ex art. 69 CAD ed idoneo al ri-uso può infatti certamente considerarsi “nella disponibilità” dell’Amministrazione rientrando così in questa ipotesi e nella categoria degli atti accessibili, salvi ovviamente gli altri criteri sopra discussi.

Non così però per il *software* genericamente in uso alla Pubblica Amministrazione in base ad una licenza e del quale la stessa non abbia acquisito la piena titolarità. In questo secondo caso è contestabile che il *software*, oggetto o sorgente che sia, utilizzato da una Pubblica Amministrazione in base a licenza d’uso, possa essere accessibile e ciò in quanto oggetto protetto dal diritto d’autore.

Sul tema, inoltre, potrebbe incidere l’art. 11 L.d.A. il quale, come noto, al comma 1, prescrive che “*Alle amministrazioni dello Stato, alle Province ed ai Comuni spetta il diritto d’autore sulle opere create e pubblicate sotto il loro nome ed a loro conto e spese*”.

La norma è stata nel tempo dibattuta; secondo le prime, autorevoli, interpretazioni¹² essa deroga al meccanismo di attribuzione dei diritti all’autore in senso pieno e, dunque i diritti spetterebbero all’Amministrazione a titolo originario e nella stessa misura spettante all’Autore; secondo ricostruzioni più recenti¹³ l’acquisto dei diritti previsto dall’art. 11 a favore dell’Amministrazione avverrebbe esclusivamente con riguardo ai diritti di tipo patrimoniale e sarebbe a titolo derivativo; nell’ambito di questo secondo orientamento, che sembra essere maggioritario, vi è chi ritiene¹⁴ che sia sufficiente un “coordinamento” dell’ente pubblico sin dalla creazione dell’opera e chi ritiene, invece, che sia necessario un vero e proprio contratto di commissione stante il fatto che i diritti che verrebbero attribuiti possono essere solo e soltanto quelli elencati nel suddetto contratto.

Sta di fatto che la norma di cui all’art. 11, indipendentemente dagli effetti a titolo originario/derivativo, è correntemente interpretata da Dottrina e Giurisprudenza¹⁵, come operante solo se

¹² Cfr. PIOLA CASELLI-ARIENZO-BILE, *Diritti d’Autore*, in *Novissimo Digesto*, 679; DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1959, 280; G. OPPO, *Creazione intellettuale, creazione industriale e diritti di utilizzazione economica*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1969, 1 ss.

¹³ Cfr. M. AMMENDOLA, in L.C. UBERTAZZI- M. AMMENDOLA, *Il diritto d’autore*, Torino, 1993, 384; M. AMMENDOLA, *Il diritto acquisito dagli enti indicati dall’art. 11 l.a. sulle opere create e pubblicate sotto il loro nome e a loro conto*, in AIDA, 1994, 281 ss.; A. CAPOBIANCO, *nota a Trib. Venezia 14.5.2012*, in AIDA, 2014, 773 ss.; AULETTA

e MANGINI, *Marchio, diritto d’autore*, in SCIALOJA-BRANCA, *Commentario al Cod. Civ.*, Bologna, 1977, 157;

¹⁴ Cfr. in giurisprudenza App. Milano 28 febbraio 2006, in AIDA 2007, 1152; Trib. Firenze 16 febbraio 1994, in AIDA 1995, 318; in dottrina, GRECO-VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell’ingegno*, Torino, 1974, 205; V.M. DE SANCTIS, *Gli enti collettivi come autori*, in AIDA, 1998, 387 ss.; V. FALCE, *La modernizzazione del diritto d’autore*, Torino, seconda ed., Torino, 2012

¹⁵ Cfr. L. CHIMIENTI, *Lineamenti del nuovo diritto d’autore*, Milano, 2006, 26 ss.

sussistono determinate condizioni: essa infatti, in ogni caso, richiede che l'opera (anche il *software*) sia pubblicata sotto il nome dell'Amministrazione committente ed a spese della medesima, cosa che non risulta — per quanto noto — avvenuta per il software oggetto delle sentenze TAR esaminate e dunque non sembra poter essere applicata.

Dall'analisi sin qui compiuta pare di poter dire che quanto deciso dalle sentenze che si annotano può trovare applicazioni solo in presenza di particolari condizioni e cioè: (i) che la Pubblica Amministrazione abbia la titolarità piena dei diritti sul *software* da essa utilizzato o, comunque, abbia diritti idonei a dividerlo con terzi; (ii) che l'interesse sotteso all'istanza sia inerente ad aspetti dimostrabili esclusivamente con l'analisi del *software*.

Manca di esaminare un aspetto molto importante della normativa autoriale, del tutto trascurato dalle sentenze del TAR Lazio e, come si vedrà, nient'affatto secondario per la dinamica dell'accesso a software ed altre opere in uso alla Pubblica Amministrazione; le sentenze, infatti, non si domandano se si possa configurare un caso di eccezione al diritto d'autore.

4. IL DIRITTO DI ACCESSO AL SOFTWARE COME DOCUMENTO AMMINISTRATIVO PUÒ COSTITUIRE UN'ECEZIONE AL DIRITTO D'AUTORE?

A prescindere dalla soluzione individuata dal TAR Lazio e dalle considerazioni che si sono svolte circa l'effettiva percorribilità della medesima, il tema evocato dai casi esaminati dal TAR Lazio facilmente sollecita lo studioso del diritto industriale anche sul tema delle eccezioni.

Può l'accesso agli atti, laddove sussistano i presupposti di una istanza motivata e pertinente di cui si è detto nei paragrafi precedenti, essere visto — dal punto di vista del diritto d'autore — sotto il punto di vista dell'eccezione e, così, paralizzare alla radice l'obiezione che il materiale oggetto dell'istanza di accesso è materia oggetto di privativa?

Per comprenderlo occorre esaminare in generale il regime delle eccezioni e verificarne così l'applicazione al caso che qui commentiamo.

Tra le eccezioni al diritto d'autore autorizzate dalla Direttiva 29/2001 si rinviene al considerando 34 e all'articolo 5 comma 3 lettera e) una categoria che sembra compatibile con l'ambito procedurale amministrativo: gli Stati Membri hanno infatti la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni al diritto di riproduzione, al diritto di comunicazione al pubblico e, nella misura necessaria, al diritto di distribuzione, “*allorché si tratti di impieghi per fini di pubblica sicurezza o per assicurare il corretto svolgimento di un procedimento amministrativo, parlamentare o giudiziario*”.

La citata previsione della Direttiva risulta formalmente trasposta nell'ordinamento italiano dall'art. 67 che prevede che “*opere o brani di opere possono essere riprodotti a fini di pubblica sicurezza, nelle procedure parlamentari, giudiziarie o amministrative, purché si indichino la fonte e, ove possibile, il nome dell'autore*”.

Ma, da un punto di vista sostanziale, si può dire che l'art. 67 costituisca l'unica attuazione dell'eccezione e che non esista altra norma nell'ordinamento italiano riconducibile al medesimo principio?

Come si vede, le disposizioni della LdA italiana non prevedono una eccezione operante ai fini dell'accesso per ordine dell'Autorità competente, che invece parrebbe rientrare in quanto consentito dalla Direttiva INFOSOC.

Sembrerebbe dunque che l'ordinamento autoriale italiano non contenga, allo stato, una espressa eccezione al diritto d'autore che consenta la produzione in procedimenti giudiziali o amministrativi di opere, al di fuori dei citati casi di pubblica sicurezza o di sospetta violazione autoriale in cui si applicano specifici procedimenti autoriali di descrizione/discovery.

Le attuazioni dell'eccezione da parte degli altri Stati membri sono molto diversificate. La medesima impostazione è seguita dall'art. L-331-4 del *Code de la Propriété Intellectuelle* francese, mentre la Sezione 50 del Copyright, Design and Patents Act 1988 del Regno Unito costruisce l'eccezione in maniera molto ampia e tale da sottrarre ai vincoli del diritto d'autore qualsiasi uso consentito da un “Atto del Parlamento”. Una eccezione più generale e senza particolari limitazioni è altresì presente in Germania al §45 comma 1 del *Urheberrechtsgesetz* che prevede che debba essere consentito di effettuare o far effettuare copie di opere per uso in procedimenti avanti a una Corte di giustizia, arbitrati o pubbliche autorità.

Una attuazione ampia dell'eccezione in parola appare necessaria al buon funzionamento nell'ordinamento, a meno di ritenere che si possa opporre un eventuale ordine di un giudice o di una autorità amministrativa di produrre un documento motivando in base al diritto d'autore ma, come si è detto, nulla si rinviene nella Legge sul Diritto d'Autore e il caso esaminato dal TAR Lazio dimostra che occorre ne siano individuati i confini precisi date le sempre maggiori sollecitazioni che la proprietà intellettuale incontra in sede giudiziale.

Nella Legge 633/41 si ritrova però la (curiosa) previsione contenuta nel comma 1 dell'art. 71-quinquies LdA che prevede l'obbligo di chi abbia apposto misure tecnologiche di protezione di rimuoverle per consentire l'utilizzo di materiali protetti, dietro ordine dell'autorità competente “*per fini di sicurezza pubblica o per assicurare il corretto svolgimento di un procedimento amministrativo, parlamentare o giudiziario*”.

Se non vi è un obbligo di produzione generale dell'opera protetta, non si comprende come vi possa essere un obbligo di rimozione delle MTP che le proteggono poiché l'opera rimarrebbe inutilizzabile dal punto di vista del diritto poiché il "corretto svolgimento di un procedimento" viene qui previsto come fattispecie di eccezione all'art. 71-*quinquies* ma non al più generale art. 67.

L'eccezione di cui all'art. 71-*quinquies* comma 1, insomma, funziona solo se nell'ordinamento esiste una più generale eccezione che consente l'uso dell'opera privata al fine "assicurare il corretto svolgimento" dei procedimenti amministrativi e giudiziari.

Ciò porta a pensare che l'eccezione esista ma non sia stata collocata nella Legge sul Diritto d'Autore.

Non si tratta cioè, nel caso di specie, di ricostruire un'eccezione su base di interpretazione analogica o estensiva, poiché una serie di norme primarie, a partire da quella sull'accesso agli atti, possono essere considerate direttamente applicative dell'eccezione se soddisfano i criteri del *three step test* ¹⁶.

Si evitano così le complessità associate all'introduzione di eccezioni basate su operazioni ermeneutiche dell'ordinamento ¹⁷ percorrendo una strada più lineare e ricostruendo l'eccezione sulla base del fatto che (i) essa è espressamente consentita dalla Direttiva 2001/29 e dalla Convenzione di Berna e (ii) le norme sui procedimenti amministrativi e giudiziari, relativamente alla produzione di documenti non prevedono, in generale, particolari salvaguardie per il diritto d'autore.

Pertanto, come si vedrà, dalla semplice lettura delle norme esistenti, si evince che il diritto d'autore subisce una eccezione in relazione ai procedimenti amministrativi e giudiziari, per il semplice fatto che non può essere invocato.

¹⁶ Cfr. in generale sul regime delle eccezioni di cui alla Direttiva 2001/29, cfr. G. CAVANI, *Le intersezioni con il diritto della concorrenza*, in: *Scenari e prospettive del diritto d'autore*, a cura di GAMBINO- FALCE, cit.; G. GHIDINI, *Innovation, competition and consumer welfare in Intellectual Property Law*, Cheltenham (UK): Edward Elgar Publishing, 2010, p. 110.

¹⁷ In dottrina è stata dibattuta la legittimità di introdurre eccezioni sulla base di interpretazione analogica ed estensiva (in particolare mediante interpretazione estensiva). La dottrina favorevole afferma che le eccezioni e limitazioni devono essere inquadrare in un contesto coerente con i concorrenti diritti costituzionali dell'uomo e della collettività, legittimando così il ricorso a

tutti gli strumenti dell'ermeneutica, per evitare situazioni in cui il mancato riconoscimento di una eccezione potesse generare situazioni di incostituzionalità: il fine di assicurare una compatibilità costituzionale dovrebbe così fondare il ricorso ad interpretazioni estensive o, quanto meno, analogiche; a tale ricostruzione si contrappone l'obiezione che se una norma non fosse costituzionale non sarebbe l'interpretazione la strada ma l'incostituzionalità. Per una ricostruzione delle principali argomentazioni in tema di interpretazione costituzionale delle eccezioni e limitazioni si veda M.S. SPOLIDORO, *Eccezioni e limitazioni*, in AIDA, 2007, 189 ss.; sul punto si veda inoltre L.C. UBERTAZZI, *Le utilizzazioni libere della pubblicità*, AIDA, 1994, 67 ss.

Questo accade nella normativa sull'accesso agli atti e, per quanto riguarda gli aspetti processuali, civili, penali ed amministrativi, negli artt. 210 c.p.c., 256 c.p.p. e 64 comma 3 c.p.a.; occorre così indagare se il disposto di tali norme sia conforme ai criteri del *three step test* previsto dall'art. 5 comma 5 della Direttiva Infosoc e dunque pienamente idoneo ad assumere il carattere dell'eccezione "mancante", ancorché consentita di cui sopra.

Partiremo ovviamente dalla fattispecie più rilevante per quanto riguarda le sentenze dalle quali ha preso le mosse la presente analisi. In questo caso la normativa rilevante è ovviamente quella sull'accesso agli atti e si vedrà dunque per prima cosa se sia rinvenibile una eccezione relativa al diritto d'accesso all'interno della L. 241/90, nel successivo paragrafo si discuterà invece delle norme relative all'utilizzo di materiali di diritto d'autore in giudizio, per quando riguarda il secondo aspetto dell'eccezione in questione.

Come noto il *three step test* prevede che le eccezioni e limitazioni (i) trovino applicazione solo in determinati casi speciali che (ii) non contrastino con il normale sfruttamento dell'opera e che (iii) non arrechino ingiustificato pregiudizio ai titolari dei diritti.

Il test è stato in dottrina, come noto, criticato per la sua vaghezza, tanto che nel 2009 numerosi studiosi formularono una serie di principi interpretativi del medesimo in forma di "dichiarazione" pubblicata dal Max Planck Institut¹⁸ verso una interpretazione "maggiormente equilibrata" del test. Nella dichiarazione si legge che il *three step test* va interpretato in forma tale da rispettare i legittimi interessi delle terze parti, includendo, tra questi, gli "interessi pubblici" e lo "sviluppo sociale, culturale ed economico".

Peraltro, nell'ordinamento italiano il test, come più volte sottolineato dalla dottrina, è stato previsto — contrariamente al disposto della Direttiva — solo per alcune fattispecie in materia di contenuti *on demand*, banche dati e *software*¹⁹, tuttavia, sempre ragionando in base al sopra esposto rilievo per cui l'eccezione sembra essere stata positivamente applicata nell'ordinamento e non è da ricavarsi in via interpretativa, sembra il criterio corretto — oltre che l'unico disponibile — per analizzare le norme in questione.

¹⁸ Si veda G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, 3a ed., Milano, 2015, 243 ss.; T. MARGONI, *Il Three-Step Test nel diritto d'autore: tra necessità di bilanciamento e mancanza di ragionevolezza*, Centro Nexa, Torino, 2009; inoltre C. Geiger, *The role of the Three Step Test in the*

Adaptation of Copyright Law to the Information Society, in *Copyright Bulletin*, Jan-Mar 2007;

¹⁹ Cfr. V.M. DE SANCTIS, *Alcune considerazioni sull'ambito della legge 633/1941*, in *Scenari e prospettive del diritto d'autore cit.*, 81 ss.

Applicando il test al caso in questione alle disposizioni sull'accesso agli atti, anche alla luce delle considerazioni svolte, ci si deve occupare in primo luogo del primo criterio posto dalla Direttiva. Al riguardo è facile notare che le attuali disposizioni sull'accesso agli atti sono molto generiche sul punto dell'accesso alle opere dell'ingegno e non parlano specificamente di opere dell'ingegno o di diritto d'autore. La L. 241/90, nella sua attuale stesura elenca infatti come interessi suscettibili di escludere il diritto di accesso agli atti di "interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale" e subordina comunque la protezione dei succitati interessi a "casi" previsti da regolamenti che le singole Amministrazioni hanno facoltà di adottare.

A ben vedere, tuttavia, il disposto normativo conferisce alle singole Amministrazione la facoltà di porre opere dell'ingegno e materiali coperti dal diritto d'autore, in quanto suscettibili di interessi industriali e commerciali, al di fuori dei documenti ai quali è possibile richiedere accesso.

Logica vuole dunque che, se tale esclusione non avviene, i materiali coperti dal diritto d'autore — oggettivamente ricompresi nella nozione di documento amministrativo — rimangono accessibili.

Questo tipo di disposto, se rimanda alla discrezionalità delle Amministrazioni l'eventuale esclusione dall'accesso, appare sufficientemente chiaro nello stabilire che il diritto d'autore è ricompreso nella disciplina dell'accesso, alle condizioni previste per l'accesso a qualsiasi documento amministrativo.

Questo comporta che laddove l'accesso ai documenti coperti da diritto d'autore non sia escluso dal regolamento applicativo della L. 241/90 della Amministrazione cui si rivolge l'istanza, la prima condizione del *three step test* viene soddisfatta: sono stabiliti con certezza i casi in cui le opere in possesso dell'ente sono o non sono sottratte al diritto d'accesso e si tratta sempre di casi "speciali"; infatti, come noto, il primo criterio richiede che la specialità sia qualificata in termini sia qualitativi che quantitativi. Nel primo aspetto ciò che deve essere valutato è lo scopo dell'eccezione o della limitazione imposta: la finalità perseguita dovrà pertanto risultare essere "speciale"; dovranno cioè essere perseguiti interessi diversi da quelli dei titolari dei diritti, cosa che pare sussistere nel caso di istanza di accesso agli atti, poiché l'interesse è quello alla trasparenza dell'azione amministrativa. Quanto alla valutazione quantitativa, la natura di "eccezione" richiede che i potenziali beneficiari non siano eccessivamente numerosi. Anche qui pare che l'accesso agli atti possa soddisfare il criterio poiché si rivolge a coloro che possono dimostrare un interesse ad accedere ad un documento in possesso dell'Amministrazione e non alla generalità degli individui.

Il secondo e il terzo criterio hanno a che fare con i rilievi che sono stati effettuati nei paragrafi precedenti riguardo al *software* e al fatto che fosse o meno nella disponibilità dell'ente amministrativo.

Infatti, l'accesso a un'opera che non fosse nella disponibilità dell'ente, sia dal punto di vista della disponibilità della copia che dei diritti sulla medesima, sembrerebbe arrecare pregiudizio ai diritti dei titolari, che vedrebbero un il richiedente accesso ottenere la disponibilità dell'opera da un ente che non ha i diritti, con erosione della propria potestà esclusiva sull'opera stessa.

Non così se l'ente avesse previamente acquisito i diritti e producesse l'accesso all'opera già nella propria disponibilità dal punto di vista dei diritti.

Il titolare non potrebbe lamentare di vedere erosa la propria posizione esclusiva, giacché ha già ceduto, in tutto o in parte, i diritti all'ente e poco importa se il terzo ottiene una nuova copia, non prevista dai diritti ceduti all'ente, poiché la ottiene a titolo "di accesso" e dunque non per sfruttamento commerciale.

A questo proposito, sembrerebbe che la natura del procedimento di accesso, comunque diversa dallo sfruttamento economico o commerciale, comunque non sia idonea in nessun caso a contrastare con il normale sfruttamento dell'opera.

Si configura così per quanto riguarda il diritto di accesso, in presenza dei regolamenti applicativi dell'art. 6 della L. 241/90, una eccezione al diritto d'autore, che consente all'ente di soddisfare le istanze di accesso alle opere nella propria disponibilità.

L'effetto sarebbe che non osta all'accoglimento dell'istanza il fatto che il diritto d'autore appartenga a terzi diversi dall'ente e che l'ente non abbia una licenza specifica per divulgare l'opera a terzi.

Questo tipo di interpretazione può, pur con un percorso diverso, forse porre sotto diversa luce le sentenze del TAR Lazio.

Tali sentenze sono infatti un importante riferimento, sia che si concordi con l'interpretazione seguita sia che si abbiano perplessità, poiché la materia trattata assumerà sempre maggiore rilievo negli anni a venire, dato il prevedibile incremento di uso di tecnologie informatiche a cui saranno affidate in parte o totalmente avanzate funzioni di supporto ai procedimenti amministrativi.

5. ORDINI DI ESIBIZIONE ED ISPEZIONE NEL DIRITTO PROCESSUALE CIVILE, PENALE ED AMMINISTRATIVO ED ECCEZIONE AL DIRITTO D'AUTORE.

Si parla di esibizione quando la parte che intende utilizzare il documento come prova non ne ha la disponibilità in quanto lo stesso è in possesso della controparte (o comunque di terzi) e

l'attività di produzione del documento deve dunque essere imposta attraverso un ordine del giudice ²⁰.

Come si è detto, l'esibizione è regolata, nel processo civile dall'art. 210 c.p.c., nel processo penale dall'art. 256 c.p.p. e nel processo amministrativo dall'art. 64 comma 3 c.p.a.

Con riguardo ad un oggetto di esibizione protetto dal diritto d'autore si possono individuare alcune differenze tra le norme appena citate e dunque vale la pena effettuarne l'esame a completamento dell'indagine sulla piena attuazione nell'ordinamento italiano dell'eccezione di cui all'art. 5 comma 5 della Direttiva Infosoc relativamente e alla possibilità di accedere ad algoritmi coperti da proprietà intellettuale in sede giudiziale.

In particolare, nel processo civile l'esibizione prescinde completamente dal merito e dalla sostanza del diritto sulla *res exhibenda* essendo un istituto meramente processuale il cui presupposto è legato alla necessità di migliore conoscenza dei fatti di causa ed esso è atto anche diverso (e potenzialmente prodromico) all'ispezione, tanto che l'ispezione non può essere chiesta laddove può essere fatta istanza di esibizione in giudizio.

In particolare, l'esibizione prescinde sia dall'esistenza di qualsiasi diritto reale dell'avente diritto sul documento, sia dall'esistenza di qualsiasi rapporto sostanziale tra l'avente diritto e il detentore del documento e, infine da qualsiasi obbligo sostanziale del detentore del documento di consegnare/mettere a disposizione o anche solo fornire le informazioni rappresentate dal documento ²¹.

L'art. 210 c.p.c. elenca espressamente tra i possibili oggetti di esibizione i "documenti" così come "altre cose".

Secondo pacifica dottrina non potranno essere oggetto di esibizione tutti quegli oggetti che non sono fisicamente idonei ad essere inseriti o conservati tra gli atti del giudizio e che per tale ragione dovranno essere fatti oggetto di ispezione ²². Normalmente questo impedimento all'esibizione viene riferito agli oggetti di grandi dimensioni, impossibili da trasferire fisicamente nella sede giudiziaria, ad animali o a cose deperibili che non sopporterebbero il viaggio.

Non possono inoltre essere oggetto di esibizione i documenti o cose la cui esibizione provochi un "grave danno" per la parte o il terzo e/o li costringa a violare il segreto professionale, d'ufficio o di Stato. Ciò discende dal richiamo effettuato dalla norma agli

²⁰ Cfr. *Esibizione delle prove*, in EG, XIII, Roma, 1989; CUOMO ULLOA, *Esibizione di documenti rilevanti e difetto di motivazione*, nota a C. 1784/1996, in NGCC, 1997; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, 26a ed., Torino, 2017; SATTA-PUNZI, *Diritto Processuale Civile*, Padova, 2000.

²¹ Così PROTO PISANI, *Note in tema di diritto sostanziale e diritto processuale all'esibizione*, in Riv. Dir. Proc., 1996, 574 ss.

²² Cfr. CAVALLONE, *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, in Digesto civ., VII, Torino, 1991, 667.

« stessi limiti entro i quali può essere ordinata a norma dell'art. 118 l'ispezione di cose in possesso di una parte o di un terzo ».

I limiti in questione non sembrano tuttavia, di per sé, escludere il materiale coperto da diritto d'autore dal possibile novero degli oggetti di ordine di esibizione se non in casi specifici in cui co-esista anche un segreto di altro tipo, pregiudizievole per il destinatario, quale un segreto industriale o professionale, insistente sul medesimo materiale ²³.

Dunque mentre un *software* potrebbe essere esibito, da esso non potrebbe derivarsi, in base al suddetto istituto un algoritmo coperto da segreto industriale, una volta che questo fosse eccepito.

È tuttavia opportuno domandarsi se, in mancanza di segreto industriale, un algoritmo, oggetto immateriale annidato in un sistema complesso, possa essere fisicamente “esibito” quando normalmente esso viene invece descritto o desunto dal codice del *software* nel quale è incorporato.

Può cioè l'algoritmo essere specifico oggetto di esibizione?

La risposta — come si può immaginare — richiede alcune ulteriori precisazioni e distinzioni.

Di per sé la natura immateriale dell'algoritmo non sembra costituire un problema, anche perché il recente Regolamento UE 910/2014 (c.d. Regolamento “eIDAS”) prevede una nuova e perentoria disciplina del documento con effetti probatori in giudizio.

Il Regolamento eIDAS prevede all'art. 1 una nuova definizione — veramente molto ampia — di “documento elettronico”, definito come “*qualsiasi contenuto conservato in forma elettronica, in particolare testo o registrazione sonora, visiva o audiovisiva*” e al successivo art. 46 stabilisce perentoriamente che “*A un documento elettronico non sono negati gli effetti giuridici e l'ammissibilità come prova in procedimenti giudiziari per il solo motivo della sua forma elettronica.*”.

Ai sensi del citato Regolamento, dunque, anche il contenuto conservato in forma elettronica, quale può essere il codice dell'algoritmo, è suscettibile di essere portato, nella medesima forma in procedimenti giudiziari producendo effetti giuridici come prova ²⁴.

²³ Se, tuttavia, il segreto industriale non venisse eccepito e l'ordine venisse concesso, si potrebbe discutere se esso sia in grado di resistere una volta che il materiale sia acquisito. Come rileva Falce “nell'accordo TRIPS, i segreti non sono tutelati nei confronti di un'acquisizione avvenuta tramite mezzi leciti, come la creazione indipendente, il reverse engineering o la lettura di documenti pubblici. Ciò per l'ovvia ragione che la tutela accordata non consiste in una

privativa sull'informazione in sé, non conferisce cioè un diritto “assoluto” (*erga omnes*), rivolto alla generalità dei consociati, ma solo un diritto obbligatorio, di efficacia inter partes certo non assoluto”, cfr. V. FALCE, *Tecniche di protezione delle informazioni riservate. Dagli Accordi TRIPS alla Direttiva sul segreto industriale*, in Riv. Dir. Ind., 2016.

²⁴ D'altra parte anche i giudizi del TAR da cui questa analisi promana rivelano

Da una parte, infatti, non sembra di aver ritrovato alcun serio impedimento o limite all'ordine di esibizione a causa del diritto d'autore sull'oggetto del medesimo, ma è anche vero che lo strumento in questione non è l'unico utilizzabile.

Ad ulteriore completamento del quadro, come noto, vengono l'art. 156-bis della Legge sul Diritto d'Autore il quale attua uno degli istituti previsti dalla Direttiva 2004/48 (c.d. Copyright Enforcement) e ricollega proprio all'istituto dell'esibizione la possibilità di ottenere un ordine per la produzione in giudizio di *“documenti, elementi ed informazioni”* a supporto delle proprie domande, condizionatamente all'aver *“fornito seri elementi dai quali si possa ragionevolmente desumere la fondatezza delle proprie domande”* e all'aver *“individuato documenti, elementi o informazioni detenuti dalla controparte che confermino tali indizi”*; in secondo luogo il citato art. 118 c.p.c. in materia di ordine di ispezione di persone e cose per cui, laddove un documento non possa essere oggetto di esibizione, esso è certamente potenziale oggetto di ispezione²⁵.

Va però menzionato che parte della dottrina ritiene possibile oggetto dell'ordine di esibizione solo un documento *“comune”* alle parti processuali e non dunque un documento sconosciuto alla parte richiedente ed a fronte di una simile eccezione non si potrebbe allora che invocare il diverso strumento dell'ispezione, che però non è strumento ad impulso di parte ma è a discrezione del giudice.

È d'altra parte vero che l'ottemperanza all'ordine di esibizione non è sempre garantita: i termini di esibizione assegnati sono ordinatori e la dottrina processual-civilistica dibatte se l'inottemperanza all'ordine di esibizione — che è dunque ben possibile — consenta di ritenere ammessi i fatti dedotti a sostegno dell'ordine di esibizione; ciò interpretando in base all'art. 232 primo comma c.p.c. che disciplina il rifiuto di rispondere all'interrogatorio formale, o, anche, applicando l'art. 118 c.p.c. per cui il Giudice può (ma non deve) desumere argomenti di prova dal *“contegno delle parti”*.

In sostanza, dall'esame compiuto, emerge come, in ambito

che l'oggetto vero e proprio delle richieste di esibizione dirette all'algoritmo è il software — in quanto opera d'ingegno — e ciò ci riporta al tema del rapporto tra ordine di esibizione ed eccezione al diritto d'autore e dunque solo indirettamente le sentenze riguardano l'algoritmo mentre, a quanto si comprende, il codice sorgente era comunque stato spontaneamente fornito alla P.A. e dunque non poteva essere oggetto di segreto industriale.

²⁵ Non sembra ostare il limite all'ordine di ispezione pacificamente individuato in dottrina (*ex multis* BALENA, *Ispezione giudiziale (diritto processuale civile)*, in Enc. Giur., XVII, Roma, 1989) per cui non possono essere oggetto di ispezione documenti che rivelano segreti aziendali o metodi industriali: anche se tali documenti coincidessero con opere dell'ingegno il motivo dell'impossibilità di ispezione non sarebbe comunque attinente all'insuperabilità del diritto d'autore.

civile, l'attuazione dell'eccezione possa essere confermata in quanto però affidata all'azione combinata dei tre diversi istituti citati.

La sostanza di tali conclusioni non è diversa per quanto riguarda l'esibizione e l'ispezione nel diritto penale.

Come si diceva, anche nel procedimento penale sono previste esibizione ed ispezione, seppur con diverse caratteristiche.

Infatti, tra i mezzi di ricerca della prova è disciplinata « l'ispezione delle persone, dei luoghi e delle cose », che può essere « disposta con decreto motivato » dal pubblico ministero o dal giudice del dibattimento « quando occorre accertare le tracce e gli altri effetti materiali del reato » (art. 244, 1° co., c.p.p.).

Tuttavia nel processo penale un documento ha limiti oggettivi di rilevanza per poter essere oggetto di ispezione: è ammissibile un documento innanzitutto quando ne risulti rilevante la rappresentazione documentale e non quando invece risulti rilevante solo la rappresentazione eventualmente in esso documentata, per la quale invece si potrebbe (e dovrebbe) procedere mediante testimonianza²⁶.

I limiti relativi al segreto sono invece i medesimi già discussi per gli istituti civilistici.

Possiamo dunque dire che non si rinvergono, di per sé, limiti particolari all'acquisizione di documenti coperti dal diritto d'autore nella disciplina dell'istituto e dunque anche in tal senso l'eccezione sembra essere presente nella norma processuale penale sull'esibizione.

Per quanto invece riguarda il processo amministrativo, come si è detto la norma sull'acquisizione processuale dei documenti si rinviene nell'art. 64 comma 3 CPA che consente al Giudice di disporre l'acquisizione di documenti ed informazioni rilevanti per il processo, purché questi siano nella disponibilità della Pubblica Amministrazione.

Il concetto di disponibilità sembra porre qualche limitazione poiché, in base alla suddetta norma, certamente restringe il campo applicativo: non tutto si può esibire ma solo ciò che l'Amministrazione possiede o può richiedere/apprendere (perché è “disponibile” all'Amministrazione).

In tal senso l'acquisizione amministrativa non è molto diversa dall'accesso e si innesta sulla medesima matrice, costringendo a interrogarsi nel caso di un *software* in licenza, su quale sia il tipo di “disponibilità” e quindi di licenza che la Pubblica Amministrazione debba avere affinché il Giudice possa disporre l'acquisizione; in particolare ci si domanda se debba essere una licenza

²⁶ Cfr. S. MAROTTA, voce *Prova (mezzi di e mezzi di ricerca della)*, in *Digesto pen.*, 1995.

illimitata e che preveda specificamente tale tipologia di uso, o sia, invece, qualsiasi forma di disponibilità e se il licenziante possa escludere per via contrattuale l'operatività dell'art. 64 comma 3 che sembrerebbe in ipotesi possibile, nei casi in cui non sia obbligatorio mantenere a favore della Pubblica Amministrazione la disponibilità di una o più componenti *software*; ad esempio in una soluzione *cloud* di tipo *Software-as-a-Service* in cui la disponibilità del *software* rimane comunque al produttore poiché oggetto del contratto è il servizio derivante dall'elaborazione l'Amministrazione non potrebbe dirsi avere la disponibilità del *software* e l'operatività dell'art. 64 comma 3 sarebbe così esclusa in un eventuale giudizio.

Se dunque fosse solamente questo lo strumento giudiziale utilizzabile, mancherebbe una parte della completa attuazione dell'eccezione per quanto riguarda i procedimenti giudiziali, poiché vi sarebbe un numero limitato di oggetti autoriali utilizzabili nei giudizi amministrativi.

A superare tale limitazione intervengono le previsioni dei commi 1 e 2 dell'art. 63 CPA, i quali dispongono in primo luogo che fermo restando l'onere della prova a carico delle parti, il giudice può chiedere loro anche d'ufficio chiarimenti o documenti e, in secondo luogo, che il giudice, può ordinare anche d'ufficio ed anche a terzi, di esibire in giudizio i documenti o quanto altro ritenga necessario, secondo il disposto degli articoli 210 e seguenti del codice di procedura civile e può altresì disporre l'ispezione ai sensi dell'articolo 118 dello stesso codice.

Come si vede, dunque, nel giudizio amministrativo l'eccezione esiste ma non è azionabile ad impulso di parte: essa è legata a poteri d'ufficio del Giudice, nei confronti dei quali, come è d'uso, le Parti possono solamente fare richieste e proposte, senza alcun vincolo per il Giudicante.

Si vede comunque che i medesimi Istituti già esaminati in sede civilistica sono comunque azionabili, anche nel processo amministrativo, con i medesimi limiti, non essendo dunque imprescindibile che il documento da esibire sia nella disponibilità dell'Amministrazione.

6. CONCLUSIONI.

La disamina compiuta ha consentito di verificare che il diritto d'accesso, di per sé, non è idoneo a superare i limiti del diritto d'autore e che dunque, anche a fronte di una richiesta di accesso occorre, in teoria, porsi il problema dei diritti per consentire a chi accede di utilizzare l'opera a cui si concede accesso.

In tal senso, le sentenze TAR Lazio da cui l'esame è partito sembrano dunque mancare di qualche passaggio in motivazione, in quanto il provvedimento si pone solamente in via generale il problema del fatto che l'oggetto a cui viene richiesto accesso

accesso è protetto dal diritto d'autore e non verifica puntualmente né se l'Amministrazione abbia i diritti per concederlo a terzi in sede d'accesso (cosa che viene solo supposta dalle decisioni del TAR in questione).

In mancanza dei diritti, l'unica residua possibilità sarebbe l'esistenza di una eccezione.

Da questa considerazione è partita la analisi che ha effettivamente consentito di verificare che tale eccezione è prevista dalla Direttiva INFOSOC e che, pur attuata sommariamente nella Legge sul Diritto d'Autore (o, per meglio dire, non attuata) essa risulta pienamente compatibile — anche considerando i criteri del *three step test* — con gli strumenti processuali civili, penali ed amministrativi previsti per la produzione, l'esibizione e l'ispezione dei documenti nel processo; essa risulta inoltre compatibile con l'accesso amministrativo.

Quel che pare lecito domandarsi, a questo punto, è se l'ordine di esibizione/ispezione o, comunque, l'ordine di produrre il documento in base all'accesso amministrativo, secondo gli istituti sopra esaminati, nei casi in cui si tratti di materiale coperto da diritto d'autore, debba menzionare il fatto che il documento/materiale è protetto da diritti e viene dunque utilizzato in virtù di una eccezione o, comunque, in deroga al medesimo, ponendo, ad esempio, limitazioni all'utilizzo.

Se l'apposizione di condizioni e di un perimetro operativo non pare incompatibile con l'eccezione, nemmeno, sembra condizione necessaria e costitutiva dell'efficacia dell'eccezione.

L'eccezione comunque costituisce un regime di deroga alla normale efficacia del diritto di privativa²⁷ ed opera in base alla Legge.

Se guardiamo come operano le altre eccezioni, ad esempio quella sulla satira o sulla ricerca, in nessun caso si rinviene un requisito di specificare che si tratta di materiale in regime di libera utilizzazione e ciò per un motivo molto chiaro: il regime eccezionale — proprio in quanto eccezionale ed operante in circostanze che fanno eccezione alle normali regole — mal sopporta la ulteriore regolamentazione; una apposizione di condizioni rischierebbe di vanificare la efficacia dell'eccezione e introdurrebbe la necessità di un momento di verifica molto complesso

²⁷ Sul tema delle eccezioni nella Direttiva 2001/29 si veda: C. GALLI, *Le utilizzazioni libere: ricerca*, in AIDA, 2002, 135 ss; A.M. GAMBINO, *Le utilizzazioni libere: cronaca, critica e parodia*, ibid., 127; D. GALLETI, *Le utilizzazioni libere: copia privata*, ibid., 146; M. DI RIENZO, *Le utilizzazioni libere: non profit*, ibid., 235; P. SPADA, *Co-*

pia privata ed opere sotto chiave, in Riv. Dir. Ind., 2002, 591; N. ABBRIANI, *Le utilizzazioni libere nella società dell'informazione: considerazioni generali*, in AIDA, 2002, 98; M. RICOLFI, *Internet e le libere utilizzazioni*, in AIDA, 1996, 115; M. SENFTLEBEN, *Copyright Limitations and the Three-Step Test*, The Hauge, 2004

da gestire e, dunque, una complessiva incertezza nell'uso del materiale in regime di libera utilizzazione.

Ciò non toglie che l'uso in regime di libera utilizzazione è consentito solo se le condizioni di Legge sono mantenute e che il medesimo materiale concesso sotto eccezione, qualora vengano a mancare tali condizioni, ritorna automaticamente sotto protezione del diritto d'autore.

Pertanto, anche laddove vi fosse accesso a documenti/materiali sotto diritto d'autore e/o produzione degli stessi in giudizio, è nelle cose che l'utilizzo di tali materiali in deroga al diritto d'autore è consentito per le esclusive ragioni, tempi e modi specificati negli ordini che ne hanno consentito/imposto la produzione e l'accesso e che dunque tali provvedimenti divengono il fondamento dell'eccezione in parola.

Un eventuale utilizzo eccedente, come ad esempio la pubblicazione o la cessione a terzi diversi dalle originarie parti del giudizio, sarebbe pertanto censurabile ai sensi del diritto d'autore.

Da ciò deriva che, per quanto non obbligatorio ai fini costitutivi dell'eccezione, una pronuncia esplicita sui limiti positivi e negativi di utilizzo del materiale oggetto di accesso/esibizione/ispezione/produzione sarebbe opportuna in quanto essa verrebbe a costituire una sorta di "licenza" autoritativa in deroga ai normali diritti, per le particolari circostanze in cui opera l'eccezione e l'ampia discrezionalità concessa agli Stati nel prevederla.

Una tale possibilità sembrerebbe poter costituire uno strumento molto interessante proprio per quanto riguarda la produzione e l'ispezione degli algoritmi nei relativi giudizi, perché potrebbero in un ordine di esibizione/ispezione dettagliato essere disposte modalità di analisi e conservazione molto sofisticate ed estese anche a documenti/database relativi alla costruzione del sistema.

È però evidente che la materia, per nulla affrontata nella proposta di riforma della Direttiva Copyright, merita migliore sistemazione, con strumenti che consentano, in caso di necessità, una analisi dell'algoritmo indipendente e che tuteli il titolare dei diritti, ma che possa essere effettuata anche al di fuori dai vincoli del giudizio e, in particolare, anche in via preventiva, laddove vi siano ragioni di interesse generale, come — tornando al caso di partenza — quando un algoritmo diventa un decisore di questioni che riguardano i diritti della persona.

Abstract

The first instance administrative Court of Lazio (TAR Lazio) recently granted school teachers' trade unions the right to access the algorithm and software which operated a State platform where the public school teachers could input their curricular data and obtain their city of assignment as an answer. The trade

unions decided to request access because they suspected that the algorithm assigned work postings without considering collective bargaining agreements and other binding applicable Law and the TAR Lazio decisions seem to be the first ones in Italy (and in EU) which order a public administration to make an algorithm involved in public proceedings available to a private entity to verify its compliance. Although very interesting, however, the decisions leave many questions unanswered.

The paper starting from the TAR Lazio decisions, tries to analyze some of the issues which the Court seems to have left in the background: (i) the relationship between Italian Public Administration and the copyright on software employed in public proceedings and, hence, the possibility for private entities to exercise administrative public access right on proprietary software employed by Public Administration, considering them as “public digital documents”; (ii) whether a Court can order the exhibition of copyrighted subject matter and whether this power is grounded in a proper exception to copyright within the meaning of EU Directive 2001/29; (iii) whether Italy has implemented such an exception in its civil/criminal/administrative procedure.