

FRANCESCO CARDARELLI

LE BANCHE DATI PUBBLICHE: UNA DEFINIZIONE

SOMMARIO: 1 La nozione di banca dati desumibile dalla disciplina comunitaria e nazionale. — 2. La nozione di banca dati pubblica. Individuazione della banca dati pubblica in base al requisito dell'appartenenza del titolare al novero degli enti pubblici (profilo soggettivo). — 3. *Segue:* individuazione della banca dati pubblica in base a profili oggettivi. A) Il problema dell'applicazione del diritto sui generis alle banche dati pubbliche. B) Banche dati pubbliche e concorrenza. C) Diritto d'autore e diritto *sui generis* nelle banche dati pubbliche. — 4. Una proposta definitoria.

1. LA NOZIONE DI BANCA DATI DESUMIBILE DALLA DISCIPLINA COMUNITARIA E NAZIONALE.

In termini di pura definizione normativa la nozione di banca dati non appare univoca nel nostro ordinamento. Si rinvencono infatti due diverse definizioni legislative, ciascuna delle quali appare funzionalizzata al genere di protezione giuridica prevista dal legislatore:

* Il presente saggio costituisce il primo capitolo della ricerca su « Banche dati pubbliche » realizzata dall'unità di ricerca dell'Università di Camerino nell'ambito della ricerca nazionale cofinanziata dal MURST ex d.m. 3 dicembre 1998 recante « Cofinanziamento programmi di ricerca di interesse nazionale proposti dalle università e dagli osservatori astronomici, astrofisici e vulcanologici » sul tema « Il diritto d'autore nella società dell'information technology: software, database, multimedia ». Il progetto ha ad oggetto lo studio dell'applicazione della normativa sul diritto d'autore a beni di nuova creazione, quali software, database e multimedia. La ricerca ha natura interuniversitaria e ha coinvolto le Università di Bologna, Trento, Venezia, Genova, Modena, Pavia, Camerino, Roma.

Il programma è stato coordinato dall'Università di Bologna e si è sviluppato

in undici linee di ricerca, di cui: otto in ambito giuridico; due in ambito informatico; una in ambito propriamente informatico-giuridico.

In ambito giuridico, la ricerca mira ad un'organica ricostruzione dottrinale *de jure condito* e *de jure condendo*, italiano e comunitario, delle seguenti tematiche: (i) tutela del software (Bologna, Roma); (ii) tutela dei database (Pavia, Camerino, Genova); (iii) tutela dei prodotti multimediali (Bologna); (iv) modelli giuridici di tutela della proprietà intellettuale in common law e civil law (Trento); (v) tutela negoziale del diritto d'autore (Roma); (vi) tutela del diritto d'autore nella normativa sulla concorrenza (Venezia); (vii) profili giuridici delle reti d'informazione (Modena); (viii) sullo sfondo, profili del diritto d'autore prima dell'avvento delle nuove tecnologie (Bologna).

— una contenuta nell'art. 1, comma 2, lett. a) della legge 31 dicembre 1996 n. 675 (e successive modificazioni ed integrazioni) secondo la quale si intende per banche dati « *qualsiasi complesso di dati personali, ripartito in una o più unità dislocate in uno o più siti, organizzato secondo una pluralità di criteri determinati tali da facilitarne il trattamento* »;

— l'altra contenuta nell'art. 2, n. 9) della legge 21 aprile 1941, n. 633 (e successive modificazioni ed integrazioni), così come modificato dall'art. 2 del d.lgs. 6 maggio 1999, n. 169, secondo la quale le banche dati sono intese « *come raccolte di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili mediante mezzi elettronici o in altro modo* ».

Entrambe le definizioni hanno un corrispondente riferimento normativo di derivazione comunitaria.

La prima è sostanzialmente ispirata alla definizione della direttiva 95/46/CEE, art. 2, comma 1, lett. c), la quale si riferisce tuttavia, letteralmente, ad « *archivi* » di dati personali¹: conformemente alle premesse della medesima direttiva la nozione di archivio assolve la finalità di individuazione delle modalità strutturali attraverso le quali sia realizzato, consentito, facilitato e comunque destinato il trattamento, che costituisce il vero oggetto della tutela predisposta dal legislatore comunitario. In altri termini, sebbene la definizione contenuta nella legge 675/96 si riferisca letteralmente a banche dati (diversamente dalla qualificazione comunitaria di archivi), l'ambito applicativo delle disposizioni appare sostanzialmente identico: ciò che rileva, infatti, è che l'insieme strutturato dei dati costituisca il prodotto, l'oggetto ovvero il fine di una attività qualificata dalla legge (il trattamento), e dalla medesima conformata a fini di garanzia di diritti della persona (nella terminologia utilizzata dal legislatore nazionale dell'« *interessato* »). Sebbene proprio le disposizioni in materia di tutela dei dati personali abbiano costituito l'elemento di maggiore suggestione per la meditazione giuridica, esse non appaiono idonee a costituire un univoco riferimento normativo per la disciplina generale delle banche dati: tanto ciò è vero che parte della dottrina² ha addirittura affermato la sostanziale superfluità dell'analisi

¹ L'art. 2, comma 1, lett. c) della direttiva 95/46/CE definisce un archivio di dati personali « *qualsiasi insieme strutturato di dati personali accessibili, secondo criteri determinati, indipendentemente dal fatto che tale insieme sia centralizzato, decentralizzato o ripartito in modo funzionale o geografico* ». Va comunque rammentato che la direttiva comunitaria è limi-

tata, quanto ad applicazione, al trattamento dei dati personali « *interamente o parzialmente* » automatizzato, nonché al trattamento non automatizzato di dati personali contenuti o destinati a figurare negli archivi (art. 3, comma 1).

² G. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza*, Milano, Giuffrè, 1997, pag. 152.

puntuale della definizione, almeno per ciò che rileva ai fini della protezione dei dati personali.

La seconda definizione è viceversa riproductiva della nozione di cui all'art. 1, comma 2, della direttiva 96/9/CE, relativa alla tutela giuridica delle banche dati. Anche in tale caso la definizione appare funzionale allo scopo perseguito dal legislatore comunitario, che specifica l'ambito di applicazione delle disposizioni contenute nella direttiva: essa infatti si prefigge lo scopo di assicurare « *un livello adeguato e uniforme di tutela alle banche dati, in modo che il costituente della banca possa ottenerne un beneficio economico* », ben diverso dall'obiettivo perseguito dalla direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, che è « *quello di garantire la libera circolazione dei dati personali sulla base di norme armonizzate volte alla tutela dei diritti fondamentali, in particolare il diritto alla vita privata* »³.

Sulla base delle definizioni rinvenibili nell'ordinamento nazionale⁴ e comunitario si deve ritenere che il termine di banca dati viene diversamente connotato dal legislatore in termini di sostanziale funzionalizzazione alla finalità perseguite dal provvedimento normativo (o regolamentare): si tratta quindi di definizioni tendenti a consentire la verifica dell'ambito della tutela del contenuto della banca dati (ad esempio nel caso dei dati personali), ovvero delle modalità strutturali della banca dati, in termini di scelta o disposizione del materiale (nel caso di tutelabilità secondo il diritto d'autore), ovvero ancora della rilevanza dell'investimento quantitativo o qualitativo riferibile al contenuto (nel caso di tutela sotto il profilo del diritto sui generis), ovvero ancora delle modalità di accesso da parte dei soggetti pubblici e privati (nel caso di specifiche disposizioni che abilitino determinati soggetti alla realizzazione e diffusione di banche dati: ad esempio il d.m. del Tesoro del 20.1.1993, sulle banche dati distribuite dall'Istituto poligrafico e Zecca dello Stato).

Non manca per altro verso chi abbia effettuato una ricostruzione della nozione sulla scorta delle elaborazioni dottrinali che si sono succedute nel tempo⁵. A tale proposito giova subito chiarire che il termine di banca dati appare di chiara derivazione

³ Direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 marzo 1996, considerando n. 48.

⁴ Per una articolata indicazione delle disposizioni legislative e regolamentari concernenti le banche dati si rinvia al cap. II dell'elaborato finale della ricerca condotta dall'unità di ricerca di Camerino, curato da F. Trojani, in corso di pubblicazione: si precisa tuttavia che in numerosi casi la nozione di banca dati è data per presupposta dal legislatore ovvero dall'amministrazione.

⁵ La bibliografia su tale materia è comunque nutritissima (per il quale valga in questa sede rinviare all'indice bibliografico dell'intera ricerca): restano comunque indicativi alcuni contributi originari, quali M.G. LOSANO, *Informatica per le scienze sociali*, Torino, Einaudi, 1985, p. 314 ss.; V. FROSINI, *Informatica, diritto e società*, Milano, Giuffrè, 1988, *passim*; R. BORRUSO, *Computer e diritto*, Milano, Giuffrè, 1988, pagg. 302 ss.

commerciale, ed è coevo allo sviluppo di tecnologie informatiche: in altri termini, sebbene ciò contrasti con un dato normativo inconfutabile (art. 1, comma 3 della direttiva 96/9/CE, secondo il quale la tutela della direttiva non si applica ai programmi per elaboratori utilizzati per la costituzione o il funzionamento di banche dati accessibili grazie a mezzi elettronici⁶; ed art. 1, comma 2 della medesima direttiva, secondo la quale la banca dati è accessibile in modo anche diverso dall'uso di mezzi elettronici; ed ancora art. 5 della legge 675/96 che estende la disciplina della tutela dei dati personali ai casi di trattamento effettuati senza l'ausilio di mezzi elettronici), la banca dati è certamente una locuzione invalsa nel linguaggio corrente allo scopo di individuare un insieme di dati organizzati ed archiviati in modo tale da consentire il rapido ottenimento di una informazione esauriente. Tale accezione semantica presuppone, necessariamente, l'utilizzazione di una efficiente capacità elaborativa, e quindi di per sé implica l'utilizzazione di tecnologie informatiche, ancorché esse non siano sempre e comunque disponibili (o necessarie) ai fini dell'accesso alle informazioni⁷. Per altro verso appare confermativa dell'accezione semantica della nozione collegata comunque all'informatica, la circostanza che il legislatore abbia dettato (non solo in passato) specifiche disposizioni per la conservazione e tenuta di archivi, registri, albi, elenchi: e che tali definizioni, pur conservando una propria autonoma rilevanza nell'ambito delle singole disposizioni normative o regolamentari ad essi destinate, finiscono per confondersi con quella di banca dati, se la loro gestione, conservazione ed utilizzazione avviene attraverso sistemi informativi automatizzati.

Di conseguenza, sul piano della ricostruzione della nozione, occorre operare almeno sotto due diversi profili: per un verso la locuzione di banca dati, che, pur non ricomprendendo ai fini di tutela il software utilizzato per la sua creazione e per il suo funzionamento, implica l'utilizzazione di tecnologie informatiche, viene spesso e volentieri utilizzata quale sinonimo di archivio⁸, ed anzi si sovrappone ad esso, differenziandosi solo in virtù della diversa

⁶ Ancora più chiaro, sotto tale profilo, appare il 23^{mo} considerando della direttiva 96/9/CE, secondo il quale il termine banca dati non deve applicarsi ai programmi per elaboratore utilizzati per la sua costituzione o per il suo funzionamento.

⁷ Non è mancato chi abbia ricostruito in modo univoco la nozione di banca dati sulla base dell'utilizzazione di tecnologie dell'informazione. In particolare (R. BORRUSO, *op. ult. cit.*) costituirebbe banca dati un insieme automatizzato di informazioni articolato sulla base di alcuni principi essenziali:

la libertà di scelta del dato, la libera combinazione dei dati di ricerca, il mascheramento dei dati, l'estraibilità delle informazioni mediante analisi spettrali, il carattere colloquiale della ricerca. Sulla sostanziale inapplicabilità (o meglio sulla irrilevanza) del criterio definitorio citato relativamente alla legge sul trattamento dei dati personali, v. G. BUTTARELLI, *op. cit.*, pagg. 148 ss.).

⁸ Cfr. A. LOIODICE, *Informatica, banche di dati e diritto all'informazione*, in A. LOIODICE e R.G. RODIO, *Diritto e informatica*, Lecce, 1988, pag. 69.

connotazione tecnologica⁹; per altro verso le banche dati costituiscono un autonomo oggetto di disposizioni (legislative, regolamentari, amministrative), e sempre in virtù della loro peculiare connotazione tecnologica, soprattutto per ciò che concerne gli standard tecnici cui devono adeguarsi, sia in termini di accessibilità delle informazioni, sia in termini di sicurezza da accessi non desiderati o consentiti.

Pertanto, ai fini della presente ricerca, si può profilare una ricostruzione della nozione che tenga conto di tre elementi:

i) un primo elemento di tipo strutturale, sostanzialmente comune a tutte le definizioni, contempla la presenza di un insieme o complesso di elementi informativi di base, ciascuno dotato di propria autonomia. Si preferisce utilizzare la locuzione di elementi informativi di base, in luogo di dati, informazioni o notizie¹⁰, in quanto ai fini della valutazione della funzionalità della banca dati (e della sua tutela) ciò che rileva è il complesso del suo contenuto idoneo a consentire la reperibilità di informazioni a richiesta dell'utente. Diventa quindi (ai fini della definizione generale) irrilevante che il contenuto informativo sia costituito da unità elementari qualificabili come dati (cioè insuscettibili di utilizzazione se non in forma aggregata), ovvero informazioni (cioè aventi un contenuto informativo autonomo): ciò che rileva, anche ai fini della nozione comunitaria (direttiva 96/9/CE) è l'originaria indipendenza dell'elemento informativo di base;

ii) il secondo elemento strutturale riguarda il metodo o criterio di organizzazione degli elementi informativi di base. Non sembra rilevare ai fini definitori l'omogeneità delle informazioni (o dati), in quanto ciò presuppone un elemento finalistico (carattere tematico) della banca dati, che è sostanzialmente libero: ciò che rileva è che gli elementi informativi di base rispondano ad un sistema organizzato, funzionale alla facile reperibilità dell'informazione; ovviamente, sulla base delle considerazioni che precedono, tale metodo o criterio deve tradursi in un algoritmo;

iii) il terzo elemento strutturale riguarda l'accessibilità al contenuto informativo della banca dati. Anche in questo caso non rilevano profili concernenti le modalità, limitazioni, restrizioni, eccezioni all'esercizio di diritti di accesso (ad esempio se tale accesso sia consentito a tutti i soggetti dell'ordinamento, ovvero solo a soggetti titolari di interessi qualificati, ovvero che avvenga mediante

⁹ Correttamente sono utilizzati criteri definitori che si riferiscono alla nozione di « archivio elettronico » come « raccolta organizzata di dati informativi memorizzati in forma elettronica su supporto magnetico mediante l'utilizzazione di specifico software » (R.G. RODIO, *Banche dati e pubbli-*

ca amministrazione, Bari, Cacucci, 2000, pag. 20): tradisce tuttavia l'intenzione, nel caso di specie, il titolo dell'opera che riguarda, appunto, le banche dati.

¹⁰ Sulla possibile rilevanza della distinzione v. R.G. RODIO, *op. ult. cit.*, pag. 30.

retribuzione o meno); rileva viceversa, sempre sulla base delle premesse relative alla inevitabile connotazione tecnologica, che tale accesso sia realizzabile rapidamente, ovvero più rapidamente o facilmente di quanto sia realizzabile un accesso ad identico « archivio » tradizionale; non è viceversa necessario che l'utente finale acceda direttamente alla banca dati attraverso strumenti elettronici: è certamente banca dati, ai sensi della definizione in questa sede proposta, anche quella accessibile attraverso strumenti o modalità tradizionali (estrazione di copia cartacea di un documento), se la ricerca, la stampa ovvero la comunicazione dell'informazione siano effettuate attraverso l'intermediazione di un operatore che si avvalga di strumenti informatici.

Appare evidente, sulla scorta della ricostruzione proposta, che ai fini dell'ambito della tutela giuridica specificamente accordata non appare necessario che tutti gli elementi strutturali evidenziati siano effettivamente presenti, dal momento che è ben possibile che, rispetto al bene della vita protetto, l'ordinamento giuridico assuma elementi costitutivi della fattispecie variabili, funzionali, appunto, all'ambito ed alla finalità della protezione. A tale scopo, ed al solo fine di fornire una nozione giuridicamente rilevante, ed il più possibile onnicomprensiva, si può assumere come ulteriore connotazione delle banche dati la circostanza che le informazioni da esse generate siano oggetto di tutela, disposta dalla legge (e non da norme secondarie), in relazione al loro contenuto (ad esempio i dati personali), al contenente (appunto la banca dati, per ciò che concerne il diritto d'autore), per la loro funzione (nell'attività di impresa, ma soprattutto nella pubblica amministrazione), per il contesto nel quale le informazioni vengono comunicate ed apprese (dal segreto professionale alle procedure pubbliche di gara), per la qualità dei soggetti coinvolti nel circuito informativo (nei rapporti tra amministrazioni pubbliche), per le modalità della loro genesi (tutela del contenuto della banca dati in forza del diritto sui generis)¹¹.

2. LA NOZIONE DI BANCA DATI PUBBLICA. INDIVIDUAZIONE DELLA BANCA DATI PUBBLICA IN BASE AL REQUISITO DELL'APPARTENENZA DEL TITOLARE AL NOVERO DEGLI ENTI PUBBLICI (PROFILO SOGGETTIVO).

L'ambito normativo delineato sub 1. non prevede alcuna definizione positiva di banca dati pubblica. La stessa disciplina dettata dalla legge 675/96 (sia pure integrata dai successivi decreti

¹¹ Si riprende in gran parte una classificazione di V. ZENO-ZENCOVICH, *Cosa, Di-*

gesto discipline privatistiche. Sezione civile, Torino, Utet, 1989, vol. IV, pag. 454.

legislativi di modifica ed integrazione, ed in particolare il d.lgs. 135/99) si limita (art. 27) alla individuazione di alcuni principi fondamentali in ordine al trattamento dei dati personali da parte delle amministrazioni pubbliche. Un espresso riferimento alle banche dati pubbliche si rinviene viceversa nell'art. 25 della legge 340/2000 (legge di semplificazione dell'anno 2000), il quale (rubricato come « *Accesso alle banche dati pubbliche* ») testualmente recita:

« 1. *Le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, che siano titolari di programmi applicativi realizzati su specifiche indicazioni del committente pubblico, hanno facoltà di darli in uso gratuito ad altre amministrazioni pubbliche, che li adattano alle proprie esigenze.*

2. *Le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 29 del 1993 hanno accesso gratuito ai dati contenuti in pubblici registri, elenchi, atti o documenti da chiunque conoscibili ».*

Una rapida esegesi del testo normativo comporta alcune osservazioni. In primo luogo, per ciò che concerne il primo comma, esso non si riferisce affatto alle banche dati pubbliche, ma appare ricognitivo di una facoltà già esistente in capo ai soggetti pubblici ai sensi della legge sul diritto d'autore (art. 11), confermata peraltro dalle disposizioni di cui agli artt. 3 e 12 del d.lgs. 39/93. Inoltre l'ambito oggettivo della disposizione non riguarda le banche dati, ma semplicemente il software applicativo (di qualsiasi genere) di cui l'amministrazione pubblica sia titolare.

In secondo luogo la disposizione contenuta nel comma 2, secondo l'impostazione sin qui seguita, non riguarda l'accesso a banche dati pubbliche, ma l'accesso gratuito di soggetti appartenenti al plesso della pubblica amministrazione in senso stretto, a pubblici registri, elenchi, atti o documenti da chiunque conoscibili: che in tanto possono essere assimilati a banche dati, in quanto presentino, al di là della loro connotazione normativa di registri o elenchi, gli elementi strutturali individuati nel precedente paragrafo. Inoltre l'accesso al dato contenuto in atti o documenti (così l'applicazione sintattica della norma suggerisce), non integra affatto, di per sé, la fattispecie dell'accesso a banche dati: ma costituisce una semplificazione, o meglio una esenzione dall'obbligo di sopportare un costo, del più generale diritto di accesso (ai documenti amministrativi) di cui alla legge 241/90, o, eventualmente, di cui all'art. 60 del D.P.R. 445/2000¹². Ne consegue che la dispo-

¹² Tale ultima disposizione disciplina l'accesso effettuato dalle pubbliche amministrazioni. Occorre inoltre segnalare che

la dizione utilizzata dal legislatore è del tutto identica a quella contenuta nell'art. 7, comma 5-ter, lett. b) della legge 675/96,

sizione richiamata appare del tutto inidonea a consentire, di per sé, l'individuazione della categoria delle banche dati pubbliche, ancorché espressamente richiamate in rubrica.

Ai fini di una corretta ricostruzione delle fattispecie sulle quali si è articolata la ricerca appare quindi necessario partire da un criterio rigidamente soggettivo: secondo tale impostazione sono banche dati pubbliche le banche dati realizzate e gestite da soggetti appartenenti al plesso della pubblica amministrazione. In questo caso l'applicazione del criterio soggettivo può essere efficacemente orientata in base a disposizioni normative: la norma di cui all'art. 25 della legge 340/2000 sopra richiamata si riferisce espressamente alle amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2 del d.lgs. 29/93, oggi art. 1, comma 2 del d.lgs. 165/2001¹³ (in forza della disposizione adeguatrice di cui all'art. 73 dello stesso decreto legislativo); analogo riferimento normativo è contenuto nella legge 150/2000 sulla disciplina delle attività di informazione e di comunicazione delle pubbliche amministrazioni (art. 1, comma 2); ed in generale la locuzione « pubbliche amministrazioni » (utilizzata in particolare dal DPR 445/2000, e cioè dal testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa) è stata interpretata proprio con riferimento alla nozione del t.u. del pubblico impiego¹⁴: a contrario, quando il legislatore ha inteso limitare, in materia analoga a quella in questa sede trattata, l'ambito di applicazione di singole disposizioni normative, ha specificamente indicato nelle sole amministrazioni centrali dello Stato (d.lgs. 39/93, art. 1) i soggetti destinatari dei precetti legislativi.

Ancora, per altro verso, l'art. 27 della legge 675/96 esclude dal novero dei soggetti pubblici in senso stretto (coloro rispetto ai quali è applicabile una disciplina parzialmente differenziata in termini di trattamento dei dati personali) tutti gli enti pubblici economici: sebbene tale esenzione possa in realtà riferirsi, nell'ambito del nostro ordinamento, alle sole aziende speciali degli enti locali (che costituiscono comunque un modello di svolgimento di attività pubbliche sostanzialmente di carattere recessivo), non manca chi abbia conside-

che prevede un espresso esonero dalla notificazione in caso di trattamento di dati contenuti o provenienti da pubblici registri, elenchi, atti o documenti conoscibili da chiunque.

¹³ Secondo la quale « per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le regioni, le province, i comuni, le comunità montane, e loro consorzi ed associazioni, le istituzioni universitarie,

gli istituti autonomi case popolari, le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale ».

¹⁴ In genere la dottrina ha ritenuto che la definizione contenuta nell'art. 1 del d.lgs. 29/93 costituisca un riferimento certo per l'ambito di individuazione delle amministrazioni pubbliche (per la materia in questa sede trattata cfr. R. ACCIAI, *Privacy e banche dati pubbliche*, Padova, Cedam, 2001, pag. 51).

rato tale distinzione come affetta da eccessi di formalismo, dal momento che il tasso di pubblicità inerente lo svolgimento di attività (per le quali è funzionale la creazione e la gestione di una banca dati) non si ricava da criteri esclusivamente soggettivi, quanto dalla natura stessa dell'attività preordinata al perseguimento di un interesse pubblico¹⁵. Parte della dottrina ha replicato, sul punto, che la distinzione operata dal legislatore nella legge 675/96, risolve, sul piano soggettivo, la diversa propensione degli enti pubblici economici ad operare in qualità di imprese e con strumenti di diritto privato, e che quindi, implicitamente, essa si fonda su criteri sostanziali e non meramente soggettivi¹⁶: per altro verso è stato correttamente sostenuto che la distinzione medesima potrebbe non rilevare nel caso di banche dati assoggettate a specifiche disposizioni di legge, in quanto la peculiare dinamica dei rapporti soggettivi (titolare, responsabile), consentirebbe, in determinate circostanze, l'attrazione a disciplina speciale prevista per gli enti pubblici nel caso di trattamenti effettuati da soggetti privati in qualità di responsabili nominati dal soggetto pubblico titolare¹⁷.

In realtà sembra che la distinzione sul piano soggettivo suggerita dal legislatore nella legge sulla protezione dei dati personali, da un lato, non sia che confermativa di criteri coincidenti, sul piano formale, con la definizione di pubbliche amministrazioni in questa sede accolta (che si fonda, appunto, sulla definizione ricavabile dal t.u. sul pubblico impiego); dall'altro occorre riaffermare che tale distinzione opera esclusivamente ai fini di tutela dei dati personali, e non riguarda, né può riguardare, ulteriori implicazioni di disciplina della fattispecie in ordine ai profili di protezione e di sfruttamento economico.

Tuttavia, sempre in ordine alla utilizzabilità di criteri soggettivi ai fini della individuazione della categoria delle banche dati pubbliche, altro parametro può essere costituito dall'art. 23 della legge 241/90 sull'ambito soggettivo di applicazione del diritto di accesso ai documenti amministrativi: in tale ipotesi i soggetti nei confronti dei quali il diritto può essere esercitato sono le pubbliche amministrazioni, le aziende autonome e speciali (che sono enti pubblici economici), gli enti pubblici (senza alcuna ulteriore specificazione, i gestori di pubblici servizi (che possono essere non solo soggetti pubblici, ma soprattutto soggetti privati, non necessariamente titolari di rapporti concessori o di contratti di servizio nei confronti di pubbliche amministrazioni). Tale riferimento normativo induce ad ulteriori due riflessioni: le definizioni ricavabili in base alla vigente legislazione

¹⁵ R. FERRARA, *Premesse ad uno studio sulle banche dati della pubblica amministrazione: fra regole di concorrenza e tutela della persona*, in *Diritto amm.*, 1997, pag. 578.

¹⁶ P. TROIANO, *Commento all'art. 27*, in C.M. BIANCA - M. BUSNELLI (a cura di), *Tutela della privacy*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1999, pag. 631.

¹⁷ R. ACCIAI, *op. cit.*, pagg. 52 e ss.

non appaiono assolutamente univoche ai fini dell'individuazione della categoria delle banche dati pubbliche, in quanto le norme configurano diversamente l'ambito potenziale di applicazione soggettivo di una peculiare disciplina a seconda dell'interesse protetto dall'ordinamento; qualora si ritenga, come parte della dottrina sostiene¹⁸, che il fondamento normativo del complesso dei rapporti tra soggetti privati ed informazione pubblica sia costituito dal riconoscimento e dalla tutela del diritto di accesso, il criterio soggettivo recede a favore di una più ampia qualificazione dipendente dalla natura dell'attività esercitata (che può essere anche attività « aperta al pubblico »): in altri termini si tenderebbe a privilegiare la missione dei soggetti interessati, piuttosto che lo status di ente pubblico.

Un ulteriore criterio definitorio, sempre fondato su elementi soggettivi, proviene da una recente comunicazione della Commissione sulla creazione di un quadro comunitario per lo sfruttamento dell'informazione del settore pubblico¹⁹. In tale prospettiva la Commissione ha ritenuto che il punto di partenza per l'eventuale proposta di misure comunitarie possa essere costituito dalla definizione di organismi di diritto pubblico contenuta nella direttiva 92/50/CE sugli appalti pubblici di servizi²⁰: appare del tutto evidente il tentativo di definire un quadro di riferimento soggettivo comprendendo nel settore pubblico soggetti dotati di personalità giuridica di diritto privato, ma che siano stati istituiti allo scopo di perseguire finalità non industriali o commerciali. In tal caso un criterio sostanzialista porterebbe ad un impressionante allargamento dei soggetti pubblici, anche ai soli fini dello sfruttamento delle informazioni da essi detenute (e per lo più contenute in ap-

¹⁸ R. FERRARA, *op. cit.*, pag. 563 e ss.

¹⁹ COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Europe 2002: creating a EU framework for the exploitation of public sector information*, COM(2001)607 final, Bruxelles, del 23 ottobre 2001.

²⁰ A tale proposito occorre rammentare che per organismo di diritto pubblico si intende qualsiasi organismo: — istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale; — avente personalità giuridica; — la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico. La nozione è stata ripresa quasi letteralmente nell'ambito della disciplina nazionale di recepimento delle

direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, ma ha dato luogo a notevoli problemi interpretativi, soprattutto in ordine al primo dei tre requisiti sopra richiamati. Per ciò che in questa sede rileva sembra opportuno rammentare che la Corte di Giustizia CE, nella sentenza del 15 gennaio 1998, C - 44/96, Mannesmann Anlagenbau (ma v. pure di recente Corte di Giustizia CE, 10 maggio 2001, C 223/99 e C260/99, Ente Fiera di Milano), ha chiarito che ai fini della individuazione della fattispecie occorre che tutti e tre i requisiti debbano essere contemporaneamente presenti, ma che può anche darsi la circostanza che un determinato soggetto dell'ordinamento sia considerato organismo di diritto pubblico solo nei limiti delle attività non aventi carattere industriale e commerciale, essendo quindi il medesimo soggetto del tutto assimilabile, nello svolgimento di attività prive di tale connotazione finalistica, ad altri soggetti privati dell'ordinamento.

posite banche dati): con la conseguenza che lo stesso criterio soggettivo, fondato su indici di pubblicità del soggetto titolare delle banche dati, sarebbe recessivo rispetto alla individuazione delle finalità per le quali esso è stato istituito ed in concreto agisce.

Sulla scorta di tale varietà di posizioni desumibili dai riferimenti normativi citati pare possibile concludere nel senso della insufficienza del solo criterio soggettivo quale criterio bastevole ai fini della individuazione della nozione di banca dati pubblica: e ciò non tanto perché tale criterio appare condizionato da elementi di tipo formale, quanto perché la rilevanza degli interessi oggetto di tutela da parte dell'ordinamento determina configurazioni non univoche della fattispecie.

3. SEGUE: INDIVIDUAZIONE DELLA BANCA DATI PUBBLICA IN BASE A PROFILI OGGETTIVI. A) IL PROBLEMA DELL'APPLICAZIONE DEL DIRITTO SUI GENERIS ALLE BANCHE DATI PUBBLICHE. B) BANCHE DATI PUBBLICHE E CONCORRENZA. C) DIRITTO D'AUTORE E DIRITTO SUI GENERIS NELLE BANCHE DATI PUBBLICHE.

Già sulla scorta delle definizioni positive rammentate sub 1 è possibile notare che alcuni criteri definitivi tendono a far leva sulle attività (o sulle funzioni) piuttosto che sulla mera qualificazione soggettiva del titolare della banca dati. Un primo criterio appare desumibile dall'art. 27 della legge 675/96: si tratta in particolare del principio di finalità pubblica relativo al trattamento dei dati, che riguarda la stretta inerenza del trattamento dei dati personali alle funzioni istituzionali delle amministrazioni pubbliche (*rectius* dei soggetti pubblici). Appare evidente che tali funzioni siano oggetto di espresse determinazioni di carattere legislativo, sia in termini generali (si vedano ad esempio le disposizioni di cui alla legge 150/2000²¹), sia, più in particolare, in base a norme di rango primario che siano dirette alla disciplina di specifici set-

²¹ Secondo l'art. 1, comma 5 della richiamata disposizione (che costituisce appunto il paradigma della predisposizione funzionale operata dalla legge dei fini istituzionali propri dei soggetti pubblici — in materia di informazione e comunicazione), le attività di informazione e di comunicazione sono, in particolare, finalizzate a: a) illustrare e favorire la conoscenza delle disposizioni normative, al fine di facilitarne l'applicazione; b) illustrare le attività delle istituzioni e il loro funzionamento; c) favorire l'accesso ai servizi pubblici, promuovendone la conoscenza; d) promuovere conoscenze allargate e approfonde-

dite su temi di rilevante interesse pubblico e sociale; e) favorire processi interni di semplificazione delle procedure e di modernizzazione degli apparati nonché la conoscenza dell'avvio e del percorso dei procedimenti amministrativi; f) promuovere l'immagine delle amministrazioni, nonché quella dell'Italia, in Europa e nel mondo, conferendo conoscenza e visibilità ad eventi d'importanza locale, regionale, nazionale ed internazionale. Sugli effetti della legge in relazione all'attività amministrativa cfr. G. ARENA (a cura di), *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, Maggioli, 2001.

tori (si pensi ai casi di interconnessione previsti ai fini tributari tra diverse amministrazioni dello stato).

Tuttavia, per ciò che concerne il trattamento dei dati personali, il principio della necessaria inerenza alle finalità pubbliche perseguite deve essere interpretato alla luce dei principi generali stabiliti ai sensi dell'art. 9 della legge 675/96, ed in particolare secondo criteri di proporzionalità e non eccedenza (art. 9, lett. d): infatti sembra evidente che i principi individuati nell'ambito dell'art. 9 costituiscano non solo un limite all'attività amministrativa (espressamente prevista dalla legge) comunque richiedente un trattamento dei dati personali, ma anche un limite rispetto all'esercizio di potestà regolamentari, destinate sia a disciplinare (in negativo) i casi di sottrazione al diritto di accesso ai sensi degli artt. 2 e ss. della legge 241/90, sia a prevedere (in positivo) l'esercizio di attività di trattamento che si presumono corrispondenti alle finalità pubbliche perseguite. Sembra inoltre plausibile, all'interprete, che i medesimi principi (ex art. 9 della legge) costituiscano addirittura un limite all'esercizio di funzioni legislative, cui sarebbe preclusa, proprio in forza della ragionevolezza, proporzionalità e correttezza richieste nel trattamento, la predisposizione di norme dettate da finalità di pubblico interesse che consentano, o addirittura impongano, trattamenti eccedenti gli scopi perseguiti.

Tuttavia il principio di finalità pubblica, chiaramente affermato nella legge sul trattamento dei dati personali, altro non è che, in termini generali, il principio del vincolo di scopo dell'attività amministrativa: come è stato giustamente affermato²², il vero elemento discrezionale tra l'attività (informativa) svolta da soggetti privati e l'attività svolta da soggetti pubblici, è rappresentato dal necessario *perseguimento* « di un fine mitico, o comunque mitizzato, l'interesse pubblico »²³, ed in ogni caso della realizzazione di quegli interessi che la legge impone, non sempre con la debita chiarezza, quali obiettivi di risultato delle amministrazioni pubbliche. Tale connotazione finalistica, propria di tutta l'attività amministrativa, appare rilevante non solo per ciò che concerne il trattamento dei dati personali, ma in genere per la definizione del regime giuridico cui sono sottoposte, in termini di protezione giuridica e di corretto riutilizzo delle informazioni e dei dati, le banche dati pubbliche. Ciò per una serie di ulteriori implicazioni.

A) IL PROBLEMA DELL'APPLICAZIONE DEL DIRITTO SUI GENERIS ALLE BANCHE DATI PUBBLICHE.

Il vincolo di scopo dell'attività amministrativa, anche quando si tratti di realizzare e gestire banche dati, rende in gran parte di

²² R. FERRARA, *op. cit.*, pag. 561.

²³ *Ibidem*.

scarso rilievo il profilo della tutela giuridica mediante il cd. diritto *sui generis*. Come si rinviene infatti sulla base della disciplina della direttiva 96/9/CE le finalità proprie della tutela apprestata oltre a quella del diritto d'autore (appunto il diritto *sui generis*), consiste nell'accordare al costitutore una protezione diretta a salvaguardare l'investimento effettuato per costituire, verificare o presentare il contenuto di una banca dati, e che tale investimento « può consistere nell'impegnare mezzi finanziari e/o tempo, lavoro o energia »²⁴. Si tratta quindi di un interesse protetto di natura sostanzialmente imprenditoriale, che non appare di facile conciliazione con le finalità pubbliche perseguite, le quali non hanno, per restare nell'ambito di un linguaggio comunitario, carattere industriale o commerciale: prova ne sia che la medesima direttiva, riferendosi ai soggetti costitutori di una banca dati, e cioè i soggetti ai quali va imputato l'investimento « rilevante sotto il profilo quantitativo o qualitativo » (art. 7), espressamente indica i cittadini di uno stato membro, ovvero imprese e società istituite secondo la disciplina di uno Stato membro (art. 11), con esclusione, almeno dotto il profilo strettamente letterale, di soggetti annoverabili nell'ambito di pubbliche amministrazioni²⁵. Tali considerazioni condurrebbero, in via di prima approssimazione, ad una sostanziale esclusione dell'applicazione della fattispecie del diritto *sui generis* alle banche dati pubbliche, in quanto il perseguimento di un pubblico interesse non richiede, se non in particolari casi, lo svolgimento di attività in forma imprenditoriale: tuttavia tale conclusione merita qualche temperamento.

In primo luogo appare attività orientata al perseguimento di interessi pubblici anche lo svolgimento di servizi pubblici in forma imprenditoriale. In tal caso la costituzione di una banca dati (ad esempio di tipo cartografico o territoriale per i servizi pubblici di trasporto), appare funzionale sia allo svolgimento di attività di impresa, sia finalizzata al perseguimento di un interesse pubblico di cui è titolare l'ente esponenziale che imputa a sé i risultati della gestione del servizio. In tali casi sembra ipotizzabile anche

²⁴ Direttiva 96/9/CE, 40° considerando.

²⁵ Così anche l'art. 102-bis della legge sul diritto d'autore. La dottrina non pare aver indagato eccessivamente sul profilo della estensibilità di una simile forma di tutela ai soggetti pubblici, dal momento che mancano riferimenti specifici al problema. Convengono viceversa i commentatori che il referente costituzionale del diritto *sui generis*, a differenza del diritto d'autore che troverebbe fondamento nel principio dell'art. 9 secondo il quale « la Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica », sia costituito

essenzialmente dagli artt. 41 e 42 Cost., e cioè da disposizioni dirette a tutelare lo svolgimento di attività di impresa ed il diritto di proprietà (così M.S. SPOLIDORO, *Il contenuto del diritto connesso sulle banche dati*, in AIDA, 1997, pag. 48). Altri commenti pongono in evidenza la circostanza che il 41° considerando della direttiva restringe la figura del costitutore ai soggetti che prendono l'« iniziativa » ed assumono su di sé il « rischio » dell'investimento, con esclusione quindi del subappaltatore (L. CHIMENTI, *Banche dati e diritto d'autore*, Milano, Giuffrè, 1999, pag. 63).

nei confronti della banca dati pubblica una forma di protezione basata sul diritto *sui generis*: ciò in quanto il rilevante investimento viene sostanzialmente affrontato da imprese (ancorché assimilabili ad organismi di diritto pubblico, come nel caso delle società miste) con criteri di iniziativa ed assunzione di rischio; ma sembra rilevare soprattutto, in simili casi, l'immediata funzionalizzazione delle informazioni raccolte (ai fini della gestione del servizio) allo svolgimento di una attività di impresa (che è appunto quella del gestore del servizio). Ovviamente l'obiettivo « pubblicità » dei dati comporta due conseguenze facilmente intuibili: per un verso, e ciò è frutto di una espressa previsione normativa, i dati e le informazioni contenute in suddette banche dati sono considerabili alla stregua di documenti amministrativi, e perciò accessibili da parte di chiunque vi abbia interesse ai sensi degli artt. 22 e 23 della legge 241/90; per altro verso, il carattere potenzialmente « riservato » di informazioni strumentali allo svolgimento di servizi pubblici in forma imprenditoriale, recede in tutti i casi in cui la gestione di detto servizio debba essere sottoposta all'applicazione di regole di concorrenza ai fini del suo affidamento: in altri termini se le banche dati contengono informazioni necessarie alla pianificazione ed al dimensionamento dell'attività di impresa, esse devono poter essere messe a disposizione di tutti i soggetti potenzialmente interessati allo svolgimento di attività imprenditoriali necessarie per l'espletamento di detto servizio, sia nel caso di concorrenza nel mercato, sia nel caso di concorrenza per il mercato (ad esempio in caso di svolgimento di procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio, ovvero per la scelta di un socio privato per società a partecipazione pubblica locale).

B) BANCHE DATI PUBBLICHE E CONCORRENZA.

In secondo luogo il diritto a tutelare modalità di raccolta e conservazione di dati ed informazioni potrebbe conseguire all'attribuzione di un « valore aggiunto » delle medesime, non originariamente previsto dalle disposizioni (legislative o regolamentari) destinate a regolare la materia (si tratta della disciplina di registri, albi o elenchi previsti espressamente da leggi, e successivamente trasformati in banche dati per effetto dell'evoluzione della tecnologia disponibile: appare questo il caso delle banche dati costituite direttamente per effetto di disposizioni legislative, e le cui informazioni sono connotate da elementi di certezza pubblica fidefacente). In tale circostanza è la stessa legge a stabilire (anche mediante rinvio a successivi regolamenti di attuazione) il contenuto minimo delle informazioni, le modalità della loro tenuta, le modalità dell'accesso dei soggetti privati all'albo, registro o elenco: la remunerazione delle informazioni diviene quindi, in simili circostanze, il

corrispettivo per lo svolgimento di una attività, in base ad un generale principio di economicità dell'azione amministrativa. Diverso è il caso dell'accesso a parte rilevante e sostanziale di tali informazioni a scopo di riutilizzo da parte di soggetti operanti sul mercato: si deve infatti considerare che le informazioni derivanti da simili banche dati (essenzialmente si tratta dei dati camerali sulle imprese) hanno un valore economico in forza delle caratteristiche di completezza, aggiornamento ed affidabilità, tali da non renderli sostituibili con altre informazioni. Orbene, sulla scorta di alcune decisioni adottate dalla giurisprudenza e da autorità antitrust²⁶, sembra che siano configurabili alcuni principi in materia che appaiono compatibili con il grado di protezione giuridica accordata tramite la direttiva 96/9/CE con il diritto *sui generis*:

i) la disponibilità delle informazioni primarie da parte di un determinato soggetto dell'ordinamento in ragione di una sua posizione esclusiva configura, in termini concorrenziali, una posizione dominante: la circostanza che l'accesso alle informazioni sia consentito, di fatto, ai soli utenti finali, ovvero che sia limitato l'accesso da parte di altri soggetti privati all'uso di una parte rilevante, se non al complesso delle informazioni medesime, subordinandolo a condizioni contrattuali manifestamente sproporzionate ed ingiustificate (quali l'esosità del prezzo, ovvero il possesso di particolari requisiti soggettivi²⁷) è idonea ad integrare una violazione delle regole di concorrenza come abuso di posizione dominante²⁸;

ii) non sussistono disposizioni legislative o regolamentari, né alcun principio generale che costituisca ostacolo alla percezione di

²⁶ Ci si riferisce al provvedimento del 16 novembre 1997 dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato italiana n. 5446, Denunce Infocamere — Cerved, in Boll. 45/1997, ed alla sentenza del 10 luglio 1996 del Conseil d'État francese, in AJDA, 1997, pagg. 189 e ss., con nota di H. MAISL: occorre notare che tale decisioni sono state adottate su fattispecie determinatesi prima dell'entrata in vigore della direttiva 96/9/CE.

²⁷ Nel caso Infocamere - Cerved veniva richiesto all'utilizzatore un prezzo minimo di 5 miliardi per l'acquisto in blocco delle informazioni camerali, ed il possesso di un capitale sociale minimo di pari entità (cfr. C. OSTI, *Banche dati e antitrust*, in AIDA, 1997, pagg. 295 e ss.).

²⁸ Nella sua decisione 5446/97 l'Antitrust ha sostenuto che « il fatto che una impresa in posizione dominante, quale Infocamere, abbia posto in essere comportamenti idonei a precludere l'accesso a condizioni eque, ragionevoli e non discri-

minatorie ad un insieme di informazioni, quali i dati camerali, che costituiscono una risorsa essenziale, indispensabile allo svolgimento di determinate attività economiche, costituisce un abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 3 della legge 287/90 (provvedimento dell'Autorità n. 2970 dl 27 aprile 1995 SIGN/STET-SIP; nello stesso senso anche Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza del 6 aprile 1995, RTE (Magill), cause C 241-242/91 P) » (provvedimento 5446/97, punto 103). Occorre specificare che la decisione è partita dalla premessa che « alla luce dei principi del diritto comunitario della concorrenza, in base ai quali « la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che esercita una attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento », le Camere di Commercio sono da ritenersi imprese nell'ambito delle attività di raccolta e distribuzione delle informazioni camerali » (provvedimento 5446/97, punto 89).

una remunerazione da parte delle amministrazioni pubbliche nel caso di comunicazione a terzi di dati o informazioni pubbliche²⁹ in caso di una loro commercializzazione; ed inoltre a tale scopo non può essere utilmente invocato l'esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi, che costituisce regola di trasparenza dell'amministrazione e non disciplina le attività di commercializzazione dei dati che la medesima elabora. Quindi l'amministrazione può essere titolare di diritti che derivano dall'elaborazione di dati grezzi raccolti nell'ambito della sua missione;

iii) non sussistono disposizioni che impongano la gratuità dell'erogazione di servizi pubblici informativi: sussiste viceversa l'obbligo di definire un'equa remunerazione, che contemperi la messa a disposizione gratuita di certi dati essenziali all'informazione del pubblico, e la copertura dei costi della creazione di banche dati specifiche ad alto valore aggiunto ed a forte valore di mercato: tale remunerazione non dovrà tuttavia essere proibitiva al punto tale da impedire lo sviluppo di una eventuale concorrenza³⁰; ancora più precisamente il prezzo fissato dovrebbe riprodurre i costi sostenuti per i lavori preparatori e la messa a disposizione del settore privato, ma senza includere necessariamente la totalità dei costi di raccolta e di trattamento dei dati quando queste siano effettuate nel quadro delle operazioni correnti di una amministrazione pubblica³¹.

C) DIRITTO D'AUTORE E DIRITTO *SUI GENERIS* NELLE BANCHE DATI PUBBLICHE.

La formulazione dei principi di cui al precedente punto B) appare destinata quindi ad affermare la sussistenza di una titolarità, in capo all'amministrazione pubblica, di diritti afferenti alla tutela delle informazioni, e più in particolare delle proprie banche dati. Tale conclusione, apparentemente contraddittoria con il punto di partenza, merita qualche precisazione. Va preliminarmente chiarito che la tutela accordata dal legislatore comunitario alle banche dati riguarda, in primo luogo, il diritto d'autore: quale unico criterio per stabilire se detta tutela sia accordabile ad un soggetto dell'ordinamento, occorre prendere in considerazione la « scelta

²⁹ Così letteralmente il Conseil d'État 10 luglio 1996, cit., pag. 190. Ciò, beninteso, sempre che le attività relative alla elaborazione di dati pubblici costituiscano una manifestazione dell'opera dell'ingegno.

³⁰ Tale principio è stato accolto, da una ulteriore decisione del Conseil d'État francese del 17 dicembre 1997, e si trova formulato nelle conclusioni del commissario di governo per la causa in esame (in *AJ-DA*, 1998, pagg. 362 e ss.).

³¹ Si tratta di una indicazione proveniente dalla Commissione europea contenuta nelle Linee direttrici per migliorare la sinergia tra settore pubblico e settore privato nel mercato dell'informazione, Lussemburgo, 1989 (ripresa da H. MAISL, cit., pag. 195).

o disposizione del materiale». Sotto il profilo soggettivo non sembrano sussistere ostacoli a che le amministrazioni pubbliche possano essere titolari di un diritto d'autore « sulle opere create e pubblicate sotto il loro nome e a loro conto e spese » (art. 11 della legge 22 aprile 1941, n. 633); in termini oggettivi la questione appare più complessa, dal momento che il requisito della creatività (presupposto della titolarità del diritto) « *assume caratteri fattuali a sé stanti, e quindi tende a diversificarsi in ragione della peculiarità di ciascuna fattispecie* »³². Se quindi l'analisi della creatività è già difficilmente praticabile sulle opere di ingegno ascrivibili a soggetti privati dell'ordinamento quando si tratti di banche dati, così diverse dalle opere per le quali è stato pensato il diritto d'autore, appare sostanzialmente improbabile che nel caso di banche dati delle amministrazioni pubbliche, create in base a finalità di interesse pubblico, e necessariamente limitate a dati ed informazioni pubblici, l'ambito di protezione sia in gran parte assorbito dal diritto d'autore³³.

Del tutto diversa è la fattispecie relativa al diritto sui generis. Parte della dottrina che ha già affrontato il problema della commercializzazione dei dati pubblici³⁴ ha ritenuto che il diritto sui generis possa trovare applicazione nei confronti delle pubbliche amministrazioni, in luogo delle forme di protezione accordate sulla base di diritti di proprietà intellettuale: tuttavia « *ces relations entre producteurs publics et privés sur ce marché devront être arbitrées per le règles de concurrence, tout en tenant compte des spécificités du service public* »³⁵. Una simile prospettiva sembra essere seguita anche dalla Commissione ai fini della formulazione delle proposte per la creazione di un quadro comunitario tendente allo sfruttamento dell'informazione nel settore pubblico³⁶: si ritiene infatti che la direttiva 2001/29/CE e la direttiva 96/9/CE (ivi compreso il diritto *sui generis*) costituiscano in fondamento giuridico per la protezione accordabile alle informazioni nel settore pubblico.

Tuttavia una simile acritica adesione alle possibili applicazioni del diritto *sui generis* a soggetti pubblici lascia piuttosto perplessi. Ed infatti, se il contenuto del diritto consiste nella facoltà, liberamente esercitabile dal costituente, di vietare le operazioni di estrazione ovvero di reimpiego della totalità o di una parte sostanziale della banca dati, non vi è chi non veda che una sua eventuale ap-

³² V. DI CATALDO, *Banche-dati e diritto sui generis: la fattispecie costitutiva*, in *AIDA*, 1997, pag. 21.

³³ Costituiscono probabilmente terreno di elezione di simile fattispecie le banche dati relative ad opere d'arte di proprietà dello Stato.

³⁴ H. MAISL, *op. cit.*; Id., *Le Droit des données publiques*, Parigi, LGDI, 1996.

³⁵ H. MAISL, nota cit., pag. 193.

³⁶ V. nota 19.

plicazione da parte di una amministrazione pubblica sarebbe condizionata (e perciò limitata) dal rispetto delle garanzie di imparzialità nel funzionamento e nel perseguimento di interessi pubblici. In particolare, e ciò vale soprattutto nel caso di risorse informative appetibili in termini commerciali, i soggetti pubblici non potrebbero limitare l'accesso al riuso delle informazioni sulla base di condizioni meramente economiche: ma sarebbero tenuti ad applicare condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie nei confronti di eventuali soggetti privati interessati allo sfruttamento dei dati e delle informazioni pubbliche.

Inoltre la funzionalizzazione dell'attività amministrativa al perseguimento di fini di pubblico interesse esclude che possano essere individuate condizioni economiche di accesso diverse da quelle che si fondano sulla fissazione di prezzi orientati ai costi: ciò in quanto l'ordinamento riconosce il principio di economicità dell'azione amministrativa, ma non tutela lo sfruttamento di risorse pubbliche a fini commerciali o industriali.

In ultimo, i principi del diritto comunitario, e segnatamente l'art. 86, sottopongono anche le imprese pubbliche all'applicazione delle regole di concorrenza, consentendo una temporanea esenzione nei limiti dello svolgimento della missione di interesse generale loro affidata: con la conseguenza che non appare tollerabile alcuna limitazione in ordine allo sfruttamento economico di un insieme di risorse informative che si fondi su una distorta applicazione degli strumenti di protezione garantiti dalle stesse disposizioni comunitarie: ne è conferma il considerando 47° della direttiva 96/9/CE, secondo il quale « *al fine di favorire la concorrenza fra i fornitori di prodotti e servizi nel settore del mercato dell'informazione, la protezione sulla base del diritto sui generis non deve essere esercitata in modo tale da favorire gli abusi di posizione dominante, con particolare riguardo alla creazione e diffusione di nuovi prodotti e servizi a valore aggiunto di ordine intellettuale, documentale, tecnico, economico o commerciale; che, pertanto, le disposizioni della presente direttiva lasciano impregiudicata l'applicazione delle regole di concorrenza, siano esse comunitarie o nazionali* ».

Proprio le considerazioni che precedono sembrano essere il maggiore ostacolo alla piena applicazione del diritto sui generis, così come elaborato dalla legislazione comunitaria, alle banche dati delle amministrazioni pubbliche, e ciò soprattutto in ordine alla struttura ed alla funzione del diritto. Il diritto sui generis è infatti concepito come una *facultas agendi* in capo al costituente cui corrisponde un generale obbligo di astenersi da indebite utilizzazioni di « beni »: il medesimo diritto, in capo alle amministrazioni pubbliche, assumerebbe invece la connotazione di un obbligo positivo di fare nei confronti dei richiedenti, e di prestare le necessarie garanzie in ordine alla accessibilità dei dati e delle informazioni.

Tale possibile approdo della disciplina delle banche dati pubbliche è sostanzialmente preconizzato nella comunicazione Com (2001) 607 final della Commissione, già citata, nella quale viene formulato un principio guida che appare del tutto simmetrico all'ambito di protezione configurabile in ordine ai dati ed alle informazioni pubbliche: e cioè quello secondo il quale in tutti i casi in cui l'informazione pubblica sia accessibile, deve poter essere consentita la sua riutilizzazione a scopo commerciale³⁷. A tale principio fanno da corollario:

i) sotto il profilo soggettivo una estensione della nozione di settore pubblico, fino a comprendervi gli organismi di diritto pubblico;

ii) sotto il profilo oggettivo una definizione particolarmente ampia di informazione (« *any content whatever its medium (written on paper or stored in electronic form or as a sound, visual or audiovisual recording* »³⁸): sono escluse dall'esercizio dei diritti di riuso le sole informazioni detenute da soggetti pubblici che abbiano carattere industriale e commerciale;

iii) in termini funzionali all'esercizio del diritto (e ciò rivela una non compiuta meditazione sulla natura giuridica della legittimazione all'accesso, o forse, più realisticamente, una preoccupazione politica sulle possibili reazioni degli stati membri in ordine alla eventuale configurazione di una autonoma posizione giuridica soggettiva, distinta da quella tradizionale dell'esercizio dell'accesso alla documentazione amministrativa), esso dovrebbe fondarsi sugli esistenti regimi di accesso ai documenti amministrativi. In realtà una simile prospettiva finirebbe per configurare, come pure parte della giurisprudenza sembra aver indicato³⁹, il diritto

³⁷ Per informazione pubblica si intende, a titolo esemplificativo, l'informazione finanziaria ed economica (ivi compresi i dati camerali), l'informazione giuridica (sulle banche dati giuridiche si rinvia agli elaborati della unità di ricerca dell'Università di Genova a cura di P. Costanzo), l'informazione amministrativa in senso lato, l'informazione scientifica, tecnica, culturale e medica (quando sia gestita da soggetti pubblici in senso stretto), l'informazione geografica rilevante ai fini di trasporto e turismo, le informazioni turistiche in genere (sempre nel caso di loro gestione da parte di soggetti pubblici in senso stretto).

³⁸ COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Comunicazione*, cit., pag. 11.

³⁹ Sulla natura giuridica del diritto di accesso (ai documenti amministrativi) sono note le perplessità della dottrina (si richiama, in questa sede, i principali contributi monografici di G. ARENA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Il Mulino,

1991; S. BELLOMIA, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi e i suoi limiti*, Giuffrè, 2000; R. CARANTA - L. FERRARIS, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Giuffrè, 2000; F. CARINGELLA - R. GAROFOLI - M.T. SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi. Profili sostanziali e processuali*, Giuffrè, 1999; G. CORSO - F. TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Maggioli, 1991; A.G. DIANA, *Il diritto di accesso e la tutela dell'interesse qualificato del cittadino verso la p.a.*, Cedam, 2000; L. MAZZAROLLI, *L'accesso ai documenti della pubblica Amministrazione*, Cedam, 1998; A. ROMANO TASSONE, *Considerazioni in tema di diritto di accesso*, in *Scritti per Ezio Silvestri*, Giuffrè, 1992, p. 445; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI - G. PERICU - A. ROMANO - F.A. ROVERSI MONACO - F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 1998, tomo II, pagg. 1229 e ss.) e della giu-

di accesso come un autonomo diritto all'informazione, rispetto al quale l'interesse protetto in via strumentale può ben configurarsi come quello allo svolgimento di una attività di impresa;

iv) in ordine ai profili di concorrenza la proibizione di accordi di esclusiva nello sfruttamento della risorsa informativa, ed in genere ad accordi che irragionevolmente restringano la riutilizzazione dell'informazione: inoltre i principi di remuneratività prevedono una compensazione adeguata per lo sfruttamento e la fissazione di prezzi trasparenti;

v) in relazione ai profili tecnologici il diritto di conoscere l'esistenza di formati specifici dell'informazione (senza che corrisponda un obbligo da parte delle amministrazioni di creazione o di adattamento del formato da utilizzare), e la facoltà di definire un sistema di autorizzazioni disponibili on-line.

4. UNA PROPOSTA DEFINITORIA.

In via conclusiva sembra possibile ricostruire la categoria delle banche dati pubbliche sulla base dei seguenti elementi strutturali:

— le banche dati pubbliche possono essere definite come le banche dati realizzate e gestite, direttamente o indirettamente, da pubbliche amministrazioni ovvero da organismi di diritto pubblico, sulla base di finalità istituzionali proprie di detti enti, definite o previste dalla legge o da regolamenti;

— esse sono generalmente accessibili dagli utenti in base ai principi generali sull'accesso ai documenti amministrativi, e possono essere sottratte al principio dell'accesso solo in caso di limiti legislativi afferenti al segreto, alla tutela dei dati personali ed in particolare di quelli sensibili, ed in caso di banche dati funzionali allo svolgimento di attività a carattere strettamente imprenditoriale o commerciale;

— esse sono proteggibili, se ricorre il requisito della creatività, in forza del diritto d'autore, ovvero sono proteggibili sulla base del diritto *sui generis* solo nel caso in cui l'investimento realizzato, direttamente o indirettamente, sia stato rilevante rispetto al normale svolgimento dell'attività amministrativa, e solo in presenza delle garanzie di cui appresso;

risprudenza, in particolare rispetto alla natura di diritto soggettivo pieno (il cui fondamento costituzionale andrebbe rinvenuto nell'art. 21 Cost., F. CARINGELLA, *Diritto Amministrativo*, Milano, 2001, tomo II, pag. 1564), ovvero di interesse legittimo

(così Cons. Stato, Ad. plen., 24 giugno 1999, n. 16, Urb. e app., 1999, pagg. 861 e ss., peraltro contraddetto da successive pronunce del medesimo organo, v. Cons. Stato, sez. IV, 24 luglio 2000, n. 42, in *Cons. Stato*, 2000, I, pagg. 1794 e ss.).

— l'insieme dei dati e delle informazioni in esse contenuti, se rilevanti sotto il profilo commerciale, non possono essere resi disponibili in via esclusiva ad un soggetto privato, ma devono poter essere resi accessibili ai soggetti che ne facciano richiesta in base a condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie, e sulla base di criteri di remuneratività che siano orientati ai costi e che in ogni caso non siano di per sé ostacolo allo svolgimento di attività in regime di concorrenza.