



UNICA

UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI CAGLIARI

DOTTORATO DI RICERCA IN

Scienze Giuridiche

Ciclo XXXV

TITOLO TESI

**L'accesso tramite data analysis a dati e informazioni protetti dal diritto d'autore,
tra diritti esclusivi ed eccezioni di text and data mining**

Settore scientifico-disciplinare di afferenza

IUS/04

Presentata da

Matteo Zampella

Supervisore/a

Ch.ma Prof.ssa Elisabetta Loffredo

Esame finale anno accademico 2021/2022
Tesi discussa nella sessione d'esame di aprile 2023

INDICE

CAPITOLO I

IL TEXT AND DATA MINING, L'ACCESSO ALL'INFORMAZIONE E LE INTERFERENZE CON IL DIRITTO D'AUTORE

1. La rilevanza dei dati nelle politiche e nella recente legislazione europee.	5
1.1. (<i>segue</i>) Le prospettive della ricerca nel diritto d'autore.....	10
1.2. (<i>segue</i>) E nelle regole del mercato.....	14
2. L'estrazione di testo e dati come momento dell'attività di data analysis.	15
3. La data analysis e la relazione con i diritti di proprietà intellettuale.	21
4. I mutamenti recenti del diritto d'autore tra innovazione tecnologica e tutela dell'investimento in prodotti culturali.	23
4.1. (<i>segue</i>) Il ruolo dei dati nel diritto d'autore e nei diritti connessi.	27
5. La data analysis e le libere utilizzazioni prima della direttiva 2019/790.	32
5.1. La data analysis e l'eccezione di riproduzione temporanea.	32
5.2. La data analysis e l'eccezione per finalità di ricerca (e didattica).	34
5.3. La data analysis e le eccezioni per uso privato, della dir. InfoSoc, e per uso personale, della legge d'autore italiana.	37
5.4. La data analysis e le banche di dati.	38
5.5. (<i>segue</i>) La data analysis e i programmi per elaboratore.	48
6. Il precedente trattamento giuridico del text and data mining in alcuni ordinamenti stranieri e l'approvazione della direttiva 2019/790.	52
7. La prospettiva dell'adeguamento delle eccezioni e limitazioni alla realtà tecnologica nelle direttive di modernizzazione del diritto d'autore e dei diritti connessi.	58
7.1. Il valore unitario di eccezioni e limitazioni come utilizzazioni "eccezionalmente consentite".	59

CAPITOLO II

IL REGIME DELLE ECCEZIONI DI TEXT AND DATA MINING NELLA DIRETTIVA 2019/790/UE E NELLA SUA ATTUAZIONE ITALIANA

1. La definizione di text and data mining nella direttiva 2019/790.	64
2. Gli artt. 3 e 4, dir. 2019/790, e i diritti d'autore e connessi coinvolti.	66
2.1. La facoltà di riproduzione nell'estrazione di testo e di dati alla luce dell'interpretazione della Corte di Giustizia di riproduzione permanente e riproduzione temporanea.....	68
2.2. L'estrazione e il reimpiego di una parte sostanziale di una banca dati ai sensi dell'art. 7, dir. 96/9/CE.....	71

2.3. L'estrazione di testo e dati nell'ambito delle pubblicazioni di carattere giornalistico in caso di utilizzo online <i>ex art. 15</i> , dir. 2019/790.	75
2.4. L'eccezione ai diritti del titolare di un programma per elaboratore: l'asimmetria degli artt. 3 e 4, dir. 2019/790.	80
2.5. I diritti esclusi dalle previsioni sulle eccezioni.	81
3. L'art. 3, dir. 2019/790: l'eccezione di ricerca scientifica.	82
3.1. Lo scopo di ricerca scientifica.	83
3.2. I beneficiari: gli organismi di ricerca.	84
3.3. (<i>segue</i>) Gli istituti di tutela del patrimonio culturale.	88
3.4. La memorizzazione delle copie e la loro "adeguata" conservazione.	90
3.5. Le misure di protezione.	92
4. L'art. 4, dir. 2019/790, e i requisiti di accesso all'eccezione commerciale.	95
4.1. Il regime dell'eccezione commerciale e il requisito comune alle due eccezioni dell'accesso legale.	97
4.2. La clausola di <i>opt-out</i> tra iper-protezionismo e tutela della proprietà intellettuale.	101
5. L'attuazione italiana della direttiva: il d. lgs. 177/2021.	106
5.1. L'art. 70- <i>ter</i> , l. aut., e l'eccezione per finalità di ricerca scientifica.	107
5.1.1. (<i>segue</i>) Gli organismi di ricerca: spunti dal regime italiano.	111
5.2. L'art. 70- <i>quater</i> , l. aut., e l'eccezione per finalità commerciali.	114
6. La "proprietarizzazione" delle informazioni: spunti critici sulle eccezioni.	115

CAPITOLO III

L'INSUFFICIENZA DELLA DIRETTIVA E LA RICERCA DI PROSPETTIVE DI APERTURA NELL'ACCESSO ALL'INFORMAZIONE

1. Le eccezioni di text and data mining e gli interessi dell'Unione Europea nell'accesso all'informazione.	119
1.1. La dimensione apparentemente contraddittoria delle politiche dell'Unione Europea: la salvaguardia delle finalità di ricerca scientifica e le eccezioni di text and data mining.	120
1.2. (<i>segue</i>) Gli interessi pubblici di scambio delle informazioni e la proprietà intellettuale nelle politiche "aperte" dell'UE.	123
1.3. L'innovazione incrementale e la tutela dell'opera dell'ingegno nel sistema: informazioni nuove e opere orfane.	126
1.4. (<i>segue</i>) E opere fuori commercio.	128
2. L'eccezione di TDM alla luce della interpretazione delle libere utilizzazioni nella giurisprudenza europea.	130
2.1. (<i>segue</i>) L'applicabilità del <i>three-step test</i> alle eccezioni di text and data mining quale possibile chiave interpretativa.	134
2.2. Uno sguardo oltreoceano: spunti sulla legittimità della data analysis per <i>fair use</i>	137
3. L'estraneità dei diritti di estrazione, riproduzione ed elaborazione alla data analysis.	141

4. Uno sguardo al contesto britannico e proposte di riforma.	146
4.1. (<i>segue</i>) L’orientamento del governo inglese per una nuova eccezione di text and data mining “for any purpose”: un modello per la riforma della legislazione europea?	146
5. La ricerca di una regola di accesso all’informazione nella disciplina del mercato.	148
5.1. L’abuso di posizione dominante e l’obbligo a contrarre come strumenti per l’accesso all’informazione: il percorso della giurisprudenza europea.	150
5.2. (<i>segue</i>) Spunti sull’obbligo a contrarre nelle iniziative recenti sui mercati digitali.....	157
5.3. L’obbligo a contrarre in caso di rifiuto di concedere licenza ai fini del text and data mining.	160
5.4. L’abuso di dipendenza economica nei mercati digitali e gli obblighi derivanti dal <i>DMA</i>	163
6. Le licenze <i>FRAND</i> e le nuove frontiere delle regole del mercato per rimuovere gli ostacoli alla data analysis.....	165
 BIBLIOGRAFIA	 168

CAPITOLO I

IL TEXT AND DATA MINING, L'ACCESSO ALL'INFORMAZIONE E LE INTERFERENZE CON IL DIRITTO D'AUTORE

SOMMARIO: 1. La rilevanza dei dati nelle politiche e nella recente legislazione europee. – 1.1. (*segue*) Le prospettive della ricerca nel diritto d'autore. – 1.2. (*segue*) E nelle regole del mercato. – 2. L'estrazione di testo e dati come momento dell'attività di data analysis. – 3. La data analysis e la relazione con i diritti di proprietà intellettuale. – 4. I mutamenti recenti del diritto d'autore tra innovazione tecnologica e tutela dell'investimento in prodotti culturali. – 4.1. (*segue*) Il ruolo dei dati nel diritto d'autore e nei diritti connessi. – 5. La data analysis e le libere utilizzazioni prima della direttiva 2019/790. – 5.1. La data analysis e l'eccezione di riproduzione temporanea. – 5.2. La data analysis e l'eccezione per finalità di ricerca (e didattica). – 5.3. La data analysis e le eccezioni per uso privato, della dir. InfoSoc, e per uso personale, della legge d'autore italiana. – 5.4. La data analysis e le banche di dati. – 5.5. (*segue*) La data analysis e i programmi per elaboratore. – 6. Il precedente trattamento giuridico del text and data mining in alcuni ordinamenti stranieri e l'approvazione della direttiva 2019/790. – 7. La prospettiva dell'adeguamento delle eccezioni e limitazioni alla realtà tecnologica nelle direttive di modernizzazione del diritto d'autore e dei diritti connessi. – 7.1. Il valore unitario di eccezioni e limitazioni come utilizzazioni “eccezionalmente consentite”.

1. *La rilevanza dei dati nelle politiche e nella recente legislazione europee.* – Nei più recenti interventi diretti alla creazione di uno spazio economico unitario europeo, in attuazione dei principi espressi nell'art. 26, TFUE, le Istituzioni europee hanno concentrato il loro interesse sul mondo digitale, quale contesto principe di attuazione e sviluppo dei rapporti economici e sociali che caratterizzano la realtà contemporanea, in vista della realizzazione di un Mercato Unico Digitale¹ (MUD).

Nell'insieme delle politiche adottate dall'Unione Europea, in questo contesto, l'obiettivo è la creazione di uno spazio digitale europeo, nel quale

¹ È noto che il caposaldo delle politiche dell'Unione Europea sia la creazione e (contestuale e successiva) regolamentazione di un mercato unico. Dalle modifiche dei Trattati istitutivi della Comunità Economica Europea, congiuntamente al Trattato CECA, avvenute in sede di istituzione, dapprima, della Comunità Europea a Maastricht e, in seguito, dell'attuale Unione Europea a Lisbona, l'elemento costante del manifesto politico è stato la creazione di uno spazio economico unitario, basato sulla libera circolazione delle persone, dei servizi, delle merci e dei capitali, e, altresì, sulla creazione di condizioni di libera concorrenza tra le imprese. Cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2020, p. 17 ss. e 459 ss. Per un primo inquadramento del tema del MUD può rinviarsi per ora a G. ALPA, *Il mercato unico digitale*, in *Contr. impr. Europa*, 2021, p. 1 ss.

gli scambi siano il più possibile liberi e garantiti, al fine di una più efficace incentivazione dell'industria e dell'economia europea².

In questa prospettiva, l'impegno dell'Unione Europea, volto a supportare l'innovazione nell'ambito digitale e tecnologico, si sviluppa su più fronti, attraverso discipline che si ramificano in ambiti tra loro eterogenei, in corrispondenza con le priorità del quinquennio 2019-2024, definite con la strategia della Commissione Europea *A Europe fit for the digital age*³.

Essa prevede al suo interno un gran numero di atti normativi di natura diversa, alcuni già in vigore, altri in via di approvazione. Tra i primi, per dare qui una sintetica indicazione, rivestono un ruolo di primo piano i recentissimi *Digital Services Act*⁴ (DSA), e il *Digital Markets Act*⁵ (DMA); tra

² Per un'analisi di tali politiche dell'UE, si v. L. LIONELLO, *La creazione del mercato europeo dei dati: sfide e prospettive*, in *Dir. comm. int.*, 2021, p. 675 ss.

³ Si v. l'atto adottato dalla Commissione Europea con la Comunicazione (COM(2021) 118 final), del 9 marzo 2021, dal titolo *Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale*, nonché la solenne Dichiarazione comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale, del 26 gennaio 2022, Bruxelles, 26.1.2022 COM(2022) 28 final, reperibile al link <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/declaration-european-digital-rights-and-principles>.

⁴ Adottato con il Regolamento (UE)2022/2065 del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali). Per spunti critici sulla normativa, v. S. SCOLA, *"Digital Services Act": occasioni mancate e prospettive future nella recente proposta di regolamento europeo per il mercato unico dei servizi digitali*, in *Contr. impr. Europa*, 2022, p. 127 ss. Cfr. anche C. A. DE MICHELIS, *Il Digital Services Act: i nuovi obblighi volti a migliorare la lotta alla contraffazione e i temi aperti*, in *Dir. ind.*, 2022, p. 171 ss.

⁵ Regolamento (UE)2022/1925 del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali). Per alcune riflessioni sul DMA, v. P. MANZINI, *Unraveling the proposal of Digital Market Act*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2021, p. 435 ss.; G. CONTALDI, *Il DMA (Digital Markets Act) tra tutela della concorrenza e protezione dei dati personali*, in *OIDU*, 2021, p. 292 ss.; M. POLO, A. SASSANO, *Dma: "Digital Markets Act" o "Digital Markets Armistice"?*, in *Merc. conc. reg.*, 2021, p. 501 ss.; P. AKMAN, *Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets*, in *European Law Review*, 2022, reperibile al link https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3978625. v. anche V. FALCE, F. FARAONE, *Mercati digitali e DMA: note minime in tema di enforcement*, in *Dir. ind.*, 2022, p. 5 ss., ai quali si rimanda anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

i secondi, il c.d. *Data Act*⁶, e le proposte che attengono all'intelligenza artificiale, che rappresenta un altro punto cruciale rispetto agli sviluppi dell'economia digitale⁷.

Al centro dell'intera agenda digitale europea, come mostrano i provvedimenti legislativi sopra richiamati, si collocano i dati (rispetto alla acquisizione di essi, all'accesso, alla gestione e alla circolazione), quali entità protagoniste dell'economia e della società *data-driven*⁸.

Nella Relazione alla Proposta di *Data Act*⁹ viene infatti messa in evidenza la funzione dei dati quale «componente fondamentale

⁶ Ci si riferisce alla proposta della Commissione di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (normativa sui dati), del 23 febbraio 2022, Bruxelles, COM(2022) 68 final 2022/0047 (COD). L'ambito di applicazione del Regolamento è identificato dall'art. 1: «Il presente regolamento stabilisce norme armonizzate relative alla messa a disposizione dei dati generati dall'uso di un prodotto o di un servizio correlato all'utente di tale prodotto o servizio, alla messa a disposizione di dati da parte dei titolari dei dati ai destinatari dei dati e alla messa a disposizione di dati da parte dei titolari dei dati agli enti pubblici o alle istituzioni, agenzie o organismi dell'Unione, a fronte di necessità eccezionali, per l'esecuzione di un compito svolto nell'interesse pubblico».

⁷ Al riguardo, si veda la Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale), e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, 21 aprile 2021, COM(2021) 206 *final*, sulla quale v. G. FINOCCHIARO, *La proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del rischio*, in *Dir. inf.*, 2022, p. 303 ss.; G. RESTA, *Cosa c'è di 'Europeo' nella proposta di regolamento UE sull'intelligenza artificiale?*, *ivi*, p. 323 ss.

⁸ Sul punto, si veda più approfonditamente la Comunicazione (COM(2020) 66 final) della Commissione del 19 febbraio 2020, *Una strategia europea per i dati*, reperibile al link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0066&from=IT>. In essa si evidenzia il perseguimento di una «strategia europea per i dati» per l'acquisto di una «posizione di leadership nella società basata sui dati» e per la «creazione di un mercato unico dei dati» che «consentirà a questi ultimi di circolare liberamente all'interno dell'UE e tra i vari settori, a vantaggio delle imprese, dei ricercatori e delle pubbliche amministrazioni». Per un'analisi in chiave antitrust, v. M. L. MONTAGNANI, *La libera circolazione dei dati al bivio. Tra tutela dei dati personali e promozione dell'intelligenza artificiale europea*, in *Merc. conc. reg.*, 2019, p. 293 ss.

⁹ Entrambi consultabili al link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0068&from=IT>. In particolare, nella Relazione, oltre agli obiettivi prefissati (sui quali v. *infra*), si evidenzia la coerenza della proposta con una serie di atti normativi settoriali che riguardano il dato: le norme in materia di trattamento dei dati personali, il regolamento sulla libera

dell'economia digitale¹⁰», e al contempo «risorsa essenziale per garantire le transizioni verde e digitale¹¹».

La Proposta fornisce una definizione¹² di dato, all'art. 2, ove si legge che dato è «qualsiasi rappresentazione digitale di atti, fatti o informazioni e

circolazione dei dati non personali (Regolamento (UE) 2018/1807 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018), il diritto della concorrenza e la direttiva sulle banche di dati, per citare alcuni tra i più rilevanti.

¹⁰ Per una ricognizione dell'impatto dell'economia digitale sul diritto dell'impresa, v. G. NUZZO, *Impresa e società nell'era digitale (appunti)*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2022, p. 417 ss.

¹¹ Si vedano i considerando nn. 1, 2 e 4 del *Data Act*. Quest'ultimo, in particolare esprime il punto focale dell'agenda digitale nel senso «di rispondere alle necessità dell'economia digitale e di eliminare gli ostacoli al buon funzionamento del mercato interno dei dati», per cui «è necessario stabilire un quadro armonizzato che specifichi *chi*, oltre al fabbricante o ad altro titolare dei dati, ha il diritto di accedere ai dati generati dai prodotti o dai servizi correlati, *a quali condizioni e su quale base*». Nelle enfasi qui aggiunte si vuole sottolineare come la regolamentazione che abbia a interesse la disciplina del dato comporta una ramificazione vasta a seconda della visuale adottata nella disciplina di riferimento.

¹² Nell'ordinamento è possibile rinvenire definizioni diverse di dato a seconda della rappresentazione specifica a cui esso inerisce. Ad esempio, è dato personale «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile»; sono dati genetici «i dati personali relativi alle caratteristiche genetiche ereditarie o acquisite di una persona fisica che forniscono informazioni univoche sulla fisiologia o sulla salute di detta persona fisica, e che risultano in particolare dall'analisi di un campione biologico della persona fisica in questione» (v., rispettivamente, i nn. 1) e 13) dell'art. 4 del Reg. (UE) 2016/679). Da ciò si trae la necessità di coordinare le normative in campo, nel momento in cui singole informazioni afferenti a discipline diverse vengono scambiate, o in generale circolano tra vari soggetti. Sulle possibili implicazioni di un ordinamento che considera il dato sotto punti di vista eterogenei cfr. S. TORREGIANI, *La circolazione dei dati secondo l'ordinamento giuridico europeo. Il rischio dell'ipertrofia normativa*, in *Riv. it. inf. dir.*, 2021, p. 47 ss. Sul difficile connubio tra ricerca scientifica e privacy, v. I. RAPISARDA, *Ricerca scientifica e circolazione dei dati personali. Verso il definitivo superamento del paradigma privatistico?*, in *Europa e dir. priv.*, 2021, p. 301 ss. Per una lettura dei rapporti tra le norme a tutela del mercato e quelle sulla riservatezza, v. G. OLIVIERI, *Sulle "relazioni pericolose" fra "antitrust" e "privacy" nei mercati digitali*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2021, p. 359 ss., mentre per i rapporti tra la disciplina in materia di privacy e quella consumeristica, specie in tema di pratiche commerciali scorrette, v. G. L. PASTUGLIA, *Prime note in materia di coordinamento tra disciplina delle pratiche commerciali scorrette e regole privacy*, in *Dir. ind.*, 2021, p. 518 ss.

qualsiasi raccolta di tali atti, fatti o informazioni, anche sotto forma di registrazione sonora, visiva o audiovisiva¹³».

La dimensione plurivalente e la sua capacità di veicolare informazioni, nonché la sua reperibilità a partire da una molteplicità di fonti, sono tra le ragioni dell'importanza che il dato ha assunto all'interno del mercato globale e dell'esigenza di regolamentazioni in prospettive differenti. Significative, anzitutto, natura e origine del dato, che comportano una diversa considerazione di dati personali e non personali, forniti dagli utenti finali di servizi digitali o da utenti commerciali.

Il dato, poi, come elemento di una molteplicità quantitativamente significativa¹⁴, rileva in contesti e dimensioni differenti: in quanto oggetto dei servizi nel mercato digitale, per i quali il *DSA* prevede una attenta disciplina, incentrata (specialmente) sulla responsabilità dei prestatori di servizi online; in quanto strumento del potere di mercato delle imprese più grandi che offrono servizi su piattaforma, c.d. *gatekeepers*, così come esse vengono qualificate e disciplinate nel *DMA*¹⁵; infine, in quanto strumento informativo per lo sviluppo dell'innovazione nei settori delle tecnologie e dell'industria culturale.

¹³ Nei medesimi termini, l'art. 2 del Regolamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo alla governance europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724 (Regolamento sulla governance dei dati).

¹⁴ Il dato assume un valore rilevante nel suo essere osservato e analizzato come elemento di una molteplicità quantitativamente significativa. Da qui il riferimento al concetto di *big data*, la cui definizione deriva dalle sue caratteristiche principali, espresse nelle tre "V": volume, velocità e varietà. La prima "V" si riferisce propriamente ai dati in virtù della loro rilevanza in quanto numericamente significativi. La velocità attiene alla loro produzione in via continuativa e "in tempo reale". Infine, la varietà consiste nella natura eterogenea dei dati (strutturati e non strutturati, provenienti da fonti diverse, ecc.). Numerosi interpreti hanno contribuito a estendere le peculiarità dei big data fino a ricomprendere (più di) cinque "V". Si è parlato in questo senso di *veridicità* dei dati, a indicare la loro capacità di corrispondere al vero; *variabilità*, riferendosi alla natura mutevole del loro significato in funzione del contesto di riferimento; *valore*, se l'indicazione e gli elementi tratti dal dato possono essere estratti e ricalibrati in ragione di un determinato obiettivo. Per queste e altre caratteristiche si vedano R. KITCHIN, G. MCARDLE, *What makes Big Data, Big Data? Exploring the ontological characteristics of 26 datasets*, in *Big Data & Society*, 2016, p. 1 ss.

¹⁵ Per un commento a entrambi i testi normativi, in specie nell'ottica del diritto antitrust, v. M. MIDIRI, *Le piattaforme e il potere dei dati (Facebook non passa il Reno)*, in *Dir. inf.*, 2021, p. 111 ss.; M. GIULIANO, *Regolare l'infosfera*, in *Contr. impr.*, 2021, p. 885 ss.; D. D'ALBERTI, *Google e le nuove autorità private: la metamorfosi dal fatto al diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 745 ss.

In quest'ultima prospettiva il dato si pone a fondamento, in particolare, della proposta di *Data Act*, nella cui parte introduttiva si specifica l'intento di garantire, innanzitutto, un'equa ripartizione del valore dei dati tra gli operatori dell'economia (dei dati), e, allo stesso tempo, di promuovere l'accesso agli stessi e il relativo utilizzo¹⁶. In questa visuale, il dato, infatti, è oggetto di utilizzo da parte di imprese private, di amministrazioni pubbliche, nonché dei consumatori. Per il legislatore europeo facilitare l'accesso ai dati e il relativo utilizzo, tuttavia, deve necessariamente tenere conto, al contempo, della preservazione degli «incentivi a investire in modalità di generazione del valore grazie ai dati».

1.1. (segue) *Le prospettive della ricerca nel diritto d'autore.* – Questa presa di coscienza della Commissione permette di cogliere alcune correlazioni tra l'obiettivo che le Istituzioni europee si prefiggono e il tema di questo studio, incentrato sulle nuove regole di accesso al dato definite dalla direttiva (UE) 2019/790, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale¹⁷, e che modifica le direttive 96/9/CE¹⁸ e 2001/29/CE¹⁹ (c.d. dir. *copyright in the Digital Single Market*, o CDSM), in particolare alla luce dell'eccezione di text and data mining, e della sua attuazione nell'ordinamento italiano.

Al riguardo, la prima questione che merita attenzione attiene alle interferenze (e all'eventuale contrasto con altri diritti e interessi) che si ingenerano nel momento in cui i dati debbono essere maneggiati e in generale utilizzati. Il riferimento, nella Relazione al *Data Act*, al diffuso scarso utilizzo della maggior parte dei dati che vengono prodotti²⁰, nonché alla

¹⁶ Tra gli altri obiettivi fissati dal Regolamento rientrano: la previsione affinché «enti pubblici e istituzioni, agenzie o organismi dell'Unione possano utilizzare i dati detenuti dalle imprese in determinate situazioni in cui vi sia una necessità eccezionale di dati»; «facilitare il passaggio tra diversi servizi cloud ed edge»; «adottare garanzie contro il trasferimento illecito di dati senza notifica da parte dei fornitori di servizi cloud»; «prevedere l'elaborazione di norme di interoperabilità per il riutilizzo dei dati tra i vari settori».

¹⁷ Per un primo commento sulla proposta di direttiva della Commissione Europea, v. F. BANTERLE, G. GHIDINI, *A critical view on the European Commission's Proposal for a Directive on copyright in the Digital Single Market* in *Giur. comm.*, 2018, I, p. 921 ss.

¹⁸ C.d. InfoSoc. Direttiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

¹⁹ C.d. Database. Direttiva 96/9/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 marzo 1996 relativa alla tutela giuridica delle banche di dati.

²⁰ Tra le ragioni dello scarso (ri)utilizzo dei dati la Commissione segnala non solo una generica «scarsa fiducia», ma anche la presenza di «incentivi economici

concentrazione del loro valore «nelle mani di un numero relativamente limitato di grandi società²¹», sembra presupporre che essi si trovino “rinchiusi” e circoscritti nei confini di diritti, privative o esclusive di vario genere²², il cui rispetto condiziona significativamente l’accesso di terzi.

Allo stesso tempo, i dati rappresentano l’input nei processi finalizzati alla generazione di valore di ulteriori dati e informazioni, che vengono “incorporati” e permettono la creazione e il collocamento sul mercato di nuovi prodotti e nuovi servizi, la produzione dei quali merita di essere protetta e incentivata. A sua volta, dall’output informativo ottenuto sarà possibile ricavare un valore inedito.

In sostanza, per chi si trova a fronteggiare la questione legata all’accesso all’informazione si prospetta l’esigenza *in primis* di una ricognizione preliminare delle discipline che forniscono una qualsivoglia tutela ai dati²³; di seguito, quella della valutazione sulla scelta di quali tra questi ultimi sia opportuna l’apertura al fine di favorirne il riutilizzo (in relazione alla funzione che essi assolvono), e, in ultimo, come farlo. Ciascuno di questi temi è stato ampiamente discusso secondo chiavi di lettura differenti, alla luce delle diverse discipline che consentono l’appropriazione (e quindi

contrastanti» e di «ostacoli tecnologici», che, insieme, «impediscono di concretizzare appieno le potenzialità offerte dall’innovazione basata sui dati».

²¹ Questa valutazione è alla base del forte interesse rispetto alla dimensione concorrenziale dei dati. Alcune implicazioni relative al tema verranno approfondite infra, cap. III, §5; per ora si veda F. VESSIA, *Big Data e profili di concorrenza*, in M.T. Paracampo (a cura di), *Fintech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Torino, 2017, p. 81 ss.; EAD., *Big Data: dai vantaggi competitivi alle pratiche abusive*, in *Giur. comm.*, 2018, I, p. 1064 ss.; EAD., *Monopoli digitali e prospettive di regolazione antitrust*, in AA.VV., *Studi di diritto commerciale per Vincenzo Di Cataldo*, Torino, 2021, p. 635 ss.

²² Il problema che attiene all’accesso ai dati è stato segnalato da tempo come una delle tante prospettive giuridiche di interesse sul tema dei big data, in particolare da V. ZENO ZENCOVICH, *Ten Legal Perspectives on the “Big Data Revolution”*, in *Conc. merc.*, 2016, p. 29 ss.

²³ Con effetto di accentuazione dei problemi. Ad esempio, si pensi a un dato genetico contenuto in una bio-banca: esso rileva in quanto informazione ricompresa all’interno di un campione biologico; in quanto dato genetico in sé; e come elemento di una banca dati potenzialmente tutelata dalle norme sul diritto d’autore. Sui profili civilistici, in tema di campioni biologici, v. di recente V. CAREDDA, *Campioni biologici e Big Data: l’evoluzione del consenso*, in *Dir. fam. pers.*, 2022, p. 1061 ss. Cfr. anche E. ERRIGO, *“Big healthcare data sets”: circolazione e nuove forme di appartenenza*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2022, p. 85 ss.; nonché, nella prospettiva della tutela della salute, v. N. MUCIACCIA, *Osservazioni preliminari per uno studio sul riutilizzo dei big healthcare data*, in *Riv. dir. priv.*, 2020, p. 345 ss.

delle tutele) del dato, con un particolare interesse per i profili del suo controllo e della sua “proprietà”²⁴.

In questo lavoro si pone in particolare l’esigenza di analizzare la seconda delle questioni che si sono sopra sintetizzate, quella relativa al regime di apertura dei dati o della loro proprietarizzazione, e la terza, inerente alle specifiche modalità di “apertura” dei dati realizzate dall’ordinamento. Questi due aspetti, infatti, convergono nell’elemento loro comune, evocato dal *Data Act*, delle tecniche informatiche di generazione del valore incrementale dal dato e dei loro tratti caratteristici.

Il riferimento è specificamente alla data analysis, la cui struttura funzionale verrà schematicamente presentata nel §2, quale strumento di studio e di elaborazione del dato per la creazione di innovazione incrementale, sia nei contesti della ricerca scientifica, sia nei contesti produttivi di carattere schiettamente commerciale.

Proprio il ricorso a tecniche di data analysis si pone infatti alla base della particolare regola di apertura del dato dettata dal legislatore europeo nell’ambito della direttiva n. 790 del 2019, segnatamente con le previsioni sulla libera utilizzazione di testo e dati, *sub specie* dell’eccezione o della limitazione ai diritti d’autore e connessi²⁵.

L’indagine adotterà come punto di vista l’osservazione di questa regola come strumento di apertura del dato nella valorizzazione dell’accesso all’informazione e nel suo rapporto con le esclusive²⁶, in specie quelle attribuite dal diritto d’autore, che la nuova disciplina si prefigge di “aprire”.

La visuale accolta permette di rapportarsi con le ragioni che hanno spinto il legislatore a muoversi nel Mercato Unico Digitale nella specifica prospettiva del diritto d’autore, cogliendo una criticità avvertita dai più, e

²⁴ Per i profili più direttamente legati al mercato, v. J. DREXL ET AL., *Data Ownership and Access to Data, Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 16 August 2016 on the Current European Debate*, reperibile al link https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2833165; J. DREXL, *Designing Competitive Markets for Industrial Data – Between Propertisation and Access*, in *JIPITEC*, 2017, p. 257 ss.; A. OTTOLIA, *Big Data e innovazione computazionale*, Torino, 2017, p. 1 ss.

²⁵ Per un primo commento su questi profili, che verranno ampiamente discussi *infra*, v. L. CASALINI, *Accesso e digitalizzazione nella direttiva "copyright"*, in *Pers. merc.*, 2021, p. 412 ss.

²⁶ Sulla scelta del termine «esclusiva» in luogo di privativa, v. P. SPADA, R. ROMANO, *Parte generale*, in AA.VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2020, p. 35 per la prevalente considerazione dell’oggetto del diritto d’autore – e dei diritti connessi – nel primo senso per quanto riguarda la tecnica di tutela. Precisazione terminologica che, specie per effetto dei tentativi di armonizzazione dell’UE, come si dirà più avanti anche per le libere utilizzazioni, sta perdendo sempre più rilevanza.

della quale si dirà più dettagliatamente nel seguito, i quali constatavano l'illegittimità dell'attività di data analysis – principalmente – a causa della presenza di esclusive autoriali sul dato.

Siffatte esclusive, infatti, rappresentano un ostacolo all'accesso e al trattamento delle informazioni, con possibili conseguenze disincentivanti nello sviluppo di nuova conoscenza. L'osservazione, tuttavia, deve fare i conti con la circostanza per la quale, com'è noto, né il *droit d'auteur* continentale, né il copyright anglosassone assicurano una posizione dominicale sull'idea e sul contenuto dei risultati protetti, limitandosi a garantire tutela esclusiva alla forma espressiva²⁷, per effetto della quale il dato, quale contenuto di un risultato protetto, in linea di principio, non rientra nel nucleo della protezione. Il principio, tuttavia, sembra attenuarsi rispetto ad alcune specifiche esclusive, in particolare quella sul software e sulle banche dati.

Di qui la necessità di indagare le scelte di contemperamento degli interessi in gioco, e il *quomodo* di tale bilanciamento attuato con la "liberalizzazione" introdotta con l'eccezione di text and data mining nella direttiva 2019/790, e con la sua attuazione nell'ordinamento italiano.

Si tratta infatti di scelte che si contestualizzano nella considerazione del dato e della sua apertura per la creazione di un mercato digitale il più possibile unitario e aperto alla concorrenza, da un lato, e della proprietà intellettuale riconosciuta con alcune esclusive sul dato, quale meccanismo di sufficiente incentivazione della generazione di conoscenza incrementale, dall'altro.

Questa tensione tra due interessi che paiono contrapposti è sfociata nella considerazione legislativa del dato – tramite l'articolazione dell'eccezione citata – in una doppia prospettiva di rilevanza²⁸: il dato oggetto di analisi per finalità di ricerca scientifica, per un verso, e il dato oggetto di esercizio di attività strettamente commerciali, per altro verso. L'UE ha così predisposto un meccanismo di liberalizzazione ambivalente, a seconda della finalità perseguita nel condurre la data analysis.

Può anticiparsi fin d'ora che un sistema di netto favore è stato confezionato per organismi di ricerca e istituti di tutela del patrimonio culturale che utilizzano la data analysis per scopi attinenti alla ricerca scientifica, mentre per qualsiasi altro soggetto e/o per qualsiasi altra finalità l'apertura delle esclusive è stata subordinata all'autorizzazione del titolare del

²⁷ Principio preminente del diritto d'autore, la cui centralità è evidenziata già nella manualistica (ad esempio da P. AUTERI, *Diritto di autore. L'oggetto*, in AA.VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., p. 635 ss.), e nei commentari, per i quali può rinviarsi a P. GALLI, sub *art. 1 l. aut.*, in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2019, p. 1636 ss., ove ampia bibliografia.

²⁸ Cfr. artt. 3 e 4, dir. 2019/790, sui quali ampiamente *infra*.

diritto sul dato, presupponendo altresì per entrambe le fattispecie che il soggetto beneficiario dell'utilizzazione abbia un accesso legittimo al risultato che rappresenta la fonte dei dati.

Le conseguenze di questo doppio piano di rilevanza del dato – talvolta “scientifico”, talaltra “commerciale” –, e della diversa tipologia tanto di soggetto che svolge l'attività quanto dell'attività oggettivamente coinvolta, vanno ricercate sul terreno rappresentato dal contesto armonizzato del diritto autoriale europeo, al fine di individuare l'esatta portata delle eccezioni introdotte e di valutarne opportunità e limiti, anche nel rapporto con scelte di altri ordinamenti.

1.2. (segue) *E nelle regole del mercato.* – Altresì, occorre anticipare come il sistema costruito dal legislatore europeo, se guardato attraverso la lente della proprietà intellettuale, rischia di rappresentare un ostacolo all'accesso all'informazione e ai dati, specie se trattasi di dati di natura commerciale. Pertanto, nel corso dell'indagine, verranno seguiti due profili legati alla data analysis: attraverso il primo, come si è in parte anticipato, si cercherà di raccordare le attività di analisi computazionale (e di verificarne la compatibilità) con i principi del diritto d'autore (v., in particolare, *infra* §4.1 e cap. III, §3); ulteriormente, attraverso il secondo profilo, a fronte della disciplina autoriale sul text and data mining, potrebbero ricavarsi dalle regole del mercato dei meccanismi di accesso all'informazione, specie a fronte di un susseguirsi di interventi normativi volti a regolamentare (soprattutto) la circolazione dei dati.

A tal proposito, si vedrà come l'accesso a dati protetti dal diritto d'autore sia una questione ormai intrecciata (negli ultimi trent'anni) con le regole del mercato, specie per effetto di pronunce della giurisprudenza europea, volte a eliminare eventuali effetti monopolistici (e anti-competitivi) scaturenti dalla titolarità di materiali protetti dal diritto d'autore (v. *ultra*, cap. III, §§5 ss.).

Occorre preliminarmente compiere alcune precisazioni utili, giacché le eventuali soluzioni in campo debbono scontare i limiti di utilizzabilità degli istituti antitrust: ciò va analizzato, nello specifico, per il mercato digitale, che qui interessa. Gli strumenti di regolamentazione del mercato, infatti, potranno essere invocati solo ed esclusivamente alla presenza di alcuni tratti caratterizzanti i dati e i soggetti che li possiedono.

In particolare, circa le condizioni che sembrano premettere l'attivazione degli strumenti antitrust, onde evitare di avanzare l'ipotesi che – nel difetto della disciplina autoriale ad autorizzare l'accesso a dati e informazioni, specie se commerciali – sia *sempre* idoneo l'intervento del diritto antitrust, a tal fine i dati dovranno consistere in una misura quantitativamente rilevante – ed esser quindi considerati “big” –, e/o qualitativamente indispensabili in un determinato settore merceologico di

riferimento (ciò che potrebbe accadere nel caso di dati oggetto di esclusive autoriali, v. *ultra* cap. III, §5.1).

A queste condizioni soccorrerebbero alcune regole antitrust: o per mezzo del ricorso all'abuso di posizione dominante, oppure tramite l'abuso di dipendenza economica (di recente adeguato dal legislatore italiano ai contesti digitali) che sfocino nella predisposizione di un obbligo a contrarre.

Non sempre, quindi, i dati oggetto di analisi computazionale potranno essere considerati *big data*, ma tale loro qualificazione (che rilevi per il diritto antitrust) sembra più facilmente attribuibile nel caso di interessamento della data analysis alla loro dimensione commerciale, più che scientifica. In particolar modo, si osserverà che una decisiva direzione in questo senso sembra essere stata intrapresa dal *Digital Markets Act*, per le imprese qualificate come *gatekeepers*, attraverso una disciplina di regolamentazione delle azioni di mercato delle grandi imprese digitali, che, sebbene non capace di risolvere tutte le questioni in campo, offre importanti spunti di riflessione.

2. *L'estrazione di testo e dati come momento dell'attività di data analysis.* – Con l'approvazione della direttiva n. 790 del 2019, come si è sopra ricordato, è stata “liberalizzata”, sotto forma di eccezione al diritto d'autore e ai diritti connessi, l'attività di estrazione di testo e di dati (c.d. text and data mining, o TDM), per il suo valore funzionale, nei contesti della ricerca, principalmente pubblica, ma anche privata, allo sviluppo dell'innovazione nel Mercato Unico Digitale.

Nelle sue diverse articolazioni, la disciplina riguarda dunque tutte le attività di analisi di una mole cospicua di dati, volta a trarre da essi extra-informazioni, funzionali alla produzione di nuove utilità.

L'attività di data analysis si presenta infatti fondamentale nei modelli, ai quali si è sopra accennato, della *data-driven economy*, nei quali, in particolare, la riscoperta e la circolazione delle informazioni provenienti da fonti materiali e immateriali²⁹ svolgono un ruolo di sostegno anche per lo sviluppo di sistemi di intelligenza artificiale³⁰.

²⁹ Per quanto riguarda le fonti materiali, si pensi al fenomeno dell'*Internet Of Things*, ossia della produzione di strumenti intelligenti in grado di raccogliere una grossa quantità di dati: dalle automobili ai semafori stradali, passando per smartphones, orologi, occhiali, e così via. Per una recente analisi delle questioni giuridiche inerenti al fenomeno, specie ai suoi profili consumeristici, di riservatezza e di proprietà intellettuale, cfr. G. NOTO LA DIEGA, *Internet of Things and the Law. Legal Strategies for Consumer-Centric Smart Technologies*, Londra, 2022.

³⁰ Sul punto, v. R. DUCATO, A. STROWEL, *Artificial Intelligence and Text and Data Mining: A Copyright Carol*, in E. Rosati (a cura di), *The Routledge Handbook of EU Copyright Law*, Londra, 2021, p. 294 ss.

Sono tuttavia numerose le criticità che sul piano del diritto si presentano nell'attività di data analysis, che possono così sintetizzarsi: rispetto alla individuazione dei dati, al loro "immagazzinamento" e collazione, la tipologia delle informazioni ricomprese nell'attività può mettere in gioco problemi di tutela della riservatezza, dove esse tocchino dati personali³¹, mentre la loro rilevanza in termini qualitativi e quantitativi può dar vita a monopoli informativi e, in questi termini, interessare il diritto antitrust³². Ove i dati oggetto dell'analisi siano tutelati da privative o esclusive autoriali o industrialistiche, diventa problematico lo stesso accesso al patrimonio informativo, se contenuto e protetto in una banca dati o in un risultato oggetto di tutela autoriale o di diritto connesso, o mantenuto, ad esempio, in regime di segreto commerciale *ex art. 98*, del codice della proprietà industriale (c.p.i.). A sua volta, l'output frutto delle operazioni di analisi ed elaborazione può esso stesso rappresentare un risultato innovativo o creativo suscettibile di protezione, e porre dubbi sul regime di attribuzione della titolarità dei diritti, nella logica della derivazione da un risultato primario o dei risultati frutto di interventi automatizzati o realizzati tramite macchine³³.

³¹ Si veda, *ex multis*, A. MANTELERO, *La privacy all'epoca dei Big Data*, in *I dati personali nel diritto europeo* a cura di D'Orazio, Cuffaro, Ricciuto, Torino, 2019, pp. 1181-1212.

³² In generale, in tema dei rapporti tra big data e il diritto antitrust v. M. MAGGIOLINO, *I Big Data e il diritto antitrust*, Milano, 2018, *passim*.

³³ Si vuole fare riferimento ai cosiddetti *computer-generated works* e *computer-implemented inventions*, l'allocazione sotto il profilo soggettivo della titolarità dei diritti sui quali ha sollevato un acceso dibattito in dottrina, nonché l'esigenza per il mercato di trovare soluzioni rapide alla questione. Il problema è sorto dal momento in cui si è riscontrato il crescente aumento di opere dell'ingegno e di invenzioni risultato di processi automatizzati, nei quali l'apporto umano è diminuito a discapito di un progressivo e significativo ruolo svolto dalle "macchine". Da ciò, la difficile compatibilità tra *computer-generated works* e la loro titolarità, normativamente attribuibile nella legislazione vigente solo all'essere umano. Sul tema v., *ex multis*, S. LAVAGNINI, *Intelligenza artificiale e proprietà intellettuale: proteggibilità delle opere e titolarità dei diritti*, in *Dir. aut.*, 2018, p. 452 ss.; N. MUCIACCIA, *Diritti connessi e tutela delle opere dell'intelligenza artificiale*, in *Giur. comm.*, 2020, I, p. 761 ss.; J. C. GINSBURG, *People Not Machines: Authorship and What It Means in the Berne Convention*, in *IIC*, 2018, p. 131 ss.; F. BANTERLE, *Ownership of inventions created by Artificial Intelligence*, in *AIDA*, 2016, p. 2 ss., rispetto alle invenzioni brevettabili. Secondo parte della dottrina il riferimento alla creazione intellettuale dell'autore è infatti il maggiore ostacolo alla possibilità di riconoscere un diritto d'autore in capo ad un soggetto non umano. Si veda, a tal proposito, anche l'art. 2576 c.c., secondo il quale: «Il titolo originario dell'acquisto del diritto di autore è costituito dalla creazione dell'opera, quale

Le eccezioni di estrazione di testo e di dati introdotte dal legislatore europeo hanno lo scopo³⁴, e tendenzialmente l'effetto, di sgomberare il campo dall'incertezza sul regime di (il)liceità delle operazioni di individuazione dei dati, nonché del procedimento tecnico di estrazione ed elaborazione, rispetto al contesto normativo precedente, nel quale tali attività entravano in (palese) contrasto – specialmente – con gli altrui diritti di riproduzione dei risultati protetti.

Innanzitutto, va precisato che con l'espressione “estrazione di testo e dati” il legislatore europeo³⁵ intende riferirsi, in senso ampio, a quella di analisi computazionale³⁶, ossia a «qualsiasi tecnica di analisi automatizzata volta ad analizzare testi e dati in formato digitale avente lo scopo di generare informazioni inclusi, a titolo non esaustivo, modelli, tendenze e correlazioni³⁷».

Invero, come è stato osservato, sarebbe stato opportuno sviluppare l'eccezione in termini di *analisi* di dati piuttosto che di estrazione, posto che quest'ultima si presenta con la prima in un rapporto di *genus ad species*³⁸.

particolare espressione del lavoro intellettuale». Del tema, peraltro, si discute da tempo, v. per tutti S. RICKETSON, *People or Machines: The Berne Convention and the Changing Concept of Authorship*, in *16 Colum.-VLA J.L. & Arts I*, 1991, p. 1 ss., Il crescente sviluppo dell'intelligenza artificiale ha reso la questione estremamente rilevante, giacché si tratta di decidere come sostenere, anche in questo caso, un mercato in continua espansione, che attiene a ogni ambito della tecnica: per la dottrina italiana v. G. SPEDICATO, *Creatività artificiale, mercato e proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2019, I, p. 253 ss.

³⁴ V. in particolare il considerando n. 8, dir. 2019/790.

³⁵ V. *ultra*, cap. II, §1, soprattutto per quanto riguarda le implicazioni di una definizione così ampia.

³⁶ Sui dati e sul concetto di informazione e innovazione computazionale, v. A. OTTOLIA, *Big data e innovazione computazionale*, cit., p. 1 ss.; ID., *L'utilizzo computazionale dell'opera dell'ingegno in internet*, in *AIDA*, 2014, p. 386 ss.

³⁷ V. art. 2, par. 1, n. 2), dir. 2019/790.

³⁸ Già nello studio preliminare all'introduzione della direttiva, che vedeva coinvolta la Commissione Europea, si evidenziava la maggiore ampiezza dell'espressione “data analysis” rispetto all'attività di “estrazione di testo e dati”, poiché con la prima si intende un'attività «encompassing much more» in rapporto alla mera estrazione; la data analysis, infatti, varia a seconda della tecnologia e potrebbe estendersi ad attività ulteriori rispetto a quelle di “mining” o di “estrazione”; v. a tal proposito J.P. TRIAILLE ET AL., *Study on the legal framework of text and data mining (TDM)*, European Union, De Wolf & Partners, 2014, p. 9, reperibile al link <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/074ddf78-01e9-4a1d-9895-65290705e2a5/language-en>, che richiamano diverse definizioni, le quali si riferiscono a numerose procedure, tutte sussumibili nel concetto di data

Infatti, le tecniche di estrazione di testo o di dati variano a seconda della tecnologia impiegata, mentre il denominatore comune a tutte queste attività, che interessa in questa sede, è l'analisi computazionale del dato.

La letteratura scientifica in materia offre numerose definizioni, non esattamente tra loro coincidenti, di text and data mining³⁹. In studi svolti in vista della regolamentazione europea esse sono state analizzate per individuare elementi essenziali comuni che, nel loro insieme, hanno permesso di definire tale attività quale «automated processing of digital materials, which may include texts, data, sounds, images or other elements, or a combination of these, in order to uncover new knowledge or insights⁴⁰».

Seguendo siffatta impostazione, in questo lavoro si è adottata la definizione per la quale il text and data mining è quell'operazione automatizzata finalizzata a, e in grado di, produrre relazioni, schemi, pattern e (in generale) metadati ricavati dall'estrazione e dalla conseguente analisi, per effetto di strumenti tecnologici che si servono, a loro volta, di precisi algoritmi.

In sostanza, la definizione è incentrata sulla capacità di una macchina di ordinare e ricavare informazioni da un agglomerato di dati disordinato, o avente un ordine di partenza non rilevante rispetto all'informazione incrementale prodotta. Non risulta invece di interesse la diversa tecnica informatizzata di data mining, attuabile attraverso software eterogenei⁴¹.

analysis: «to extract, but also to crawl, process, compare, copy, analyze, retrieve, interpret, search, sort, parse, remove, etc.»

³⁹ Si consideri la definizione di M.A. HEARST, in *What is text mining?*, SIMS, Berkley, 17 ottobre 2003: «Text Mining is the discovery by computer of new, previously unknown information, by automatically extracting information from different written resources. A key element is the linking together of the extracted information together to form new facts or new hypotheses to be explored further by more conventional means of experimentation»; o quella di E. SMIT, M. VAN DER GRAAF, in *Journal article mining: the scholarly publishers' perspective*, *Learned Publishing* 25/1, 2012, p. 36: «automated tools, techniques or technology to process large volumes of digital content that is often unstructured or not uniformly structured with one or more of the following purposes: (i) to identify and select relevant information, (ii) to extract information from the content, and (iii) to identify relationships within/between/across documents and between incidents or events for meta-analysis». Sul text and data mining, in generale, v. P.N. TAN, M. STEINBACH, A. KARPATNE, V. KUMAR, *Introduction to Data Mining. Second Edition*, Boston, 2018, *passim*; AA. VV., *Mining Text Data* a cura di Aggarwal e Zhai, New York, 2012, *passim*.

⁴⁰ J. P. TRIAILLE ET AL., *op. cit.*, p. 17.

⁴¹ Cfr. G. MINER, *Practical Text Mining and Statistical Analysis for Non-structured Text Data Applications*, Academic Press, 2012, *passim*, dove vengono segnalate sette diverse forme di analisi computazionale attraverso l'utilizzo di

Nella dimensione giuridica, le tecniche di TDM sono state analizzate anzitutto individuando le fasi del procedimento, alle quali è stata già dedicata una discreta attenzione da parte degli interpreti⁴².

In particolare, sono state prospettate diverse articolazioni del processo in fasi, in larga misura convergenti, anche se differenziate per alcuni aspetti. Sulla scorta di tali contributi è possibile sintetizzare lo svolgimento del processo, tenendo conto delle sue interferenze con diritti di proprietà intellettuale, come segue:

- i) una prima fase propedeutica all'analisi, consistente nell'accesso ai dati (o al testo); essa può essere condizionata dalla circostanza che il contenuto sia protetto da una qualche privativa, e dunque non liberamente accessibile;
- ii) una successiva fase di acquisizione e scorporo dei dati rispetto al giacimento di appartenenza (estrazione), la quale risulta tuttavia eventuale, perché non tutte le tecniche di TDM ne richiedono lo svolgimento⁴³;
- iii) la fase di text and data mining in senso proprio; si tratta di una fase essenziale che, a sua volta, può presentare due distinte sottofasi: a) il cd. *pre-processing*, o normalizzazione del dato, che implica l'esigenza di correggere qualsiasi differenza nel

tecniche di text and data mining; sul punto, altresì, v. M. W. CARROLL, *Copyright and the Progress of Science: Why Text and Data Mining Is Lawful*, *UC Davis L. Rev.*, 2019, p. 899.

⁴² Articolazioni del processo di questo genere si ritrovano in particolare in M. L. MONTAGNANI, G. AIME, *Il text and data mining e il diritto d'autore*, in *AIDA*, 2017, p. 377 ss., nonché in E. ROSATI, *op. cit.*, p. 34 ss. Si v. inoltre la ricostruzione di J.P. TRIAILLE ET AL., *op. cit.*, pp. 28-29, che riassumono l'operazione di data mining in termini di processo realizzato in cinque fasi: 1) l'estrazione del contenuto da cui trarre le informazioni; 2) la trasformazione di detto contenuto in maniera tale che si presti alla successiva analisi; 3) il caricamento in una piattaforma digitale; 4) la fase vera e propria di *data analysis*; 5) la creazione di un contenuto nuovo, il cui valore e la cui utilità è suscettibile di variare a seconda dell'obiettivo di partenza. Analoghe ricostruzioni del processo possono leggersi in C. GEIGER, G. FROSIO, O. BULAYENKO, *Text and Data Mining in the Proposed Copyright Reform: making EU Ready for an Age of Big Data?*, in *IIC*, 2018, p. 817; S. SCALZINI, *L'estrazione di dati e di testo per finalità commerciali dai contenuti degli utenti. Algoritmi, proprietà intellettuale e autonomia negoziale*, in *AGE*, 2019, p. 401; L. MANSANI, *Le eccezioni per estrazione di testo e dati, didattica e conservazione del patrimonio culturale*, in *AIDA*, 2019, p. 4.

⁴³ Sottolinea l'eventualità di tale fase, in particolare, E. ROSATI, *Text and Data Mining for the Purposes of Scientific Research*, in *Copyright in the Digital Single Market*, Oxford, 2021, p. 35.

- formato dei dati, per renderli omogenei e “puliti”⁴⁴; b) il processo di estrazione, che può avvenire attraverso l’utilizzo di diverse tecniche, dipendenti anche dalla tipologia di informazioni, tra cui: b1) tokenizzazione, b2) individuazione di sinonimi, in caso di dati testuali, tramite lemmatizzazione, *stemming* o *embedding*, b3) trasformazione del testo, b4) individuazione di classi equivalenti;
- iv) individuazione e interpretazione della conoscenza conseguita, come output dell’analisi.

Una procedura così complessa mostra tutta la propria spinta innovatrice nel momento in cui se ne osservano gli effetti e le applicazioni. Estrarre testo e dati significa creare una “conoscenza nuova” da “informazioni vecchie”, a partire dalle quali l’occhio automatizzato degli algoritmi di cui si avvalgono le tecniche di TDM è in grado di produrre risultati innovativi in differenti settori della tecnica, e più in generale, di contribuire a un avanzamento tecnologico o in senso ampio culturale⁴⁵. Infatti, il text and data mining è tra le tecniche poste alla base di meccanismi che riguardano il cosiddetto *machine learning*, ossia l’apprendimento automatico di una macchina, attraverso algoritmi che svolgono una funzione all’interno della data analysis al fine di elaborare informazioni, i cui impieghi sono innumerevoli⁴⁶.

⁴⁴ Cfr. M. L. MONTAGNANI, G. AIME, *Il text and data mining e il diritto d’autore*, cit., p. 377 ss.

⁴⁵ Per una serie di esempi sugli utilizzi del text and data mining si veda, tra i tanti, il progetto sviluppato in seno all’UE dal nome OpenMinTeD, consultabile al link <https://www.fosteropenscience.eu/openminted>. L’obiettivo del progetto è quello di «create, discover, share and re-use Knowledge from a wide range of text-based scientific related sources in a seamless way».

⁴⁶ In generale, sul profilo tecnico del *machine learning*, v. approfonditamente E. ALPAYDIN, *Introduction to Maching Learning. Fourth edition*, MIT Press, Cambridge (Massachusetts), 2020, *passim*. La capacità di autoapprendimento della macchina, come è noto, ha generato questioni controverse in più settori dell’ordinamento giuridico, specie in ragione della capacità predittiva degli algoritmi e del valore giuridico delle decisioni conseguenti. Il tema rileva dall’ambito giuslavoristico, sul quale v. A. PIZZOFERRATO, *Digitalisation of work: new challenges to labour law*, in *ADL*, 2021, p. 1329 ss.; a quello penalistico (cfr. L. ALGERI, *Intelligenza artificiale e polizia predittiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 724 ss.), a quello amministrativistico, in ragione di decisioni di carattere pubblico adottate sulla base di algoritmi (v. A. MASUCCI, *L’automatizzazione delle decisioni amministrative algoritmiche fra "big data" e "machine learning". Verso l'“algorocratic governance”?*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 265 ss.; G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Dir. inf.*, 2021, p. 431 ss.). In

È interesse di qualsiasi ordinamento, quindi, disciplinare la data analysis e consentirne un utilizzo il più esteso possibile, compatibilmente, cioè, con il sistema di protezione assicurato ai dati da esclusive preesistenti.

3. *La data analysis e la relazione con i diritti di proprietà intellettuale.*

– L'attività di data analysis, così come sopra identificata nelle sue fasi, richiede innanzitutto di vagliarne l'impatto sul rispetto delle norme sul diritto d'autore e sui diritti connessi sui dati coinvolti dall'analisi.

Questo confronto è infatti il fondamento dell'introduzione delle eccezioni di TDM da parte dell'Unione Europea, e merita di essere ripercorso, nonostante una sua già vasta considerazione da parte della dottrina⁴⁷.

Si è sopra accennato che la liceità delle fasi *sub* i) e ii) di cui al paragrafo precedente presuppone il legittimo accesso ai dati interessati dall'operazione. Essa è del tutto libera se si tratta di dati non protetti da esclusive altrui, o di libera fruizione perché l'attività è coperta da una specifica eccezione o limitazione, oppure se è resa possibile dall'acquisizione di una licenza, laddove si tratti di contenuto non liberamente fruibile.

La fase di estrazione di testo e dati vera e propria (quella indicata *supra*, *sub* iii)) è quella che comporta il rischio di maggiori compromissioni dei contenuti tutelati dalle norme sul diritto d'autore. Infatti, la c.d. normalizzazione del dato implica l'inevitabile riproduzione del contenuto protetto che si estrae, giacché si tratta di un'attività che consiste nel rendere omogeneo (e quindi estrarre e convertire in un formato unico) tutto il

particolare, nel contesto delle decisioni giudiziarie v. A. SANTOSUOSSO, G. SARTOR, *La giustizia predittiva: una visione realistica*, in *Giur. it.*, 2022, p. 1760 ss.; J. FRANKENREITER, M. A. LIVERMORE, *Computational Methods in Legal Analysis*, in *Annual Review of Law and Social Science, Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper*, 2020, reperibile al link <https://ssrn.com/abstract=3568558>; N. ALETRAS, D. TSARAPATSANIS, D. PREOTIUC-PIETRO, V. LAMPOS, *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective*, in *PeerJ Computer Science* 2:e93, 2016, reperibile al link <https://peerj.com/articles/cs-93/>. Per la rilevanza nell'ambito sanitario, v. ad esempio, il progetto BlueDot, con il quale è stata predetta la diffusione del COVID-19. Il progetto è citato da S. FLYNN, C. GEIGER, J. P. QUINTAIS, *Implementing User Rights for Research in the Field of Artificial Intelligence: A Call for Action at International Level*, in *Kluwer Copyright Blog*, 2020, reperibile al link <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/04/21/implementing-user-rights-for-research-in-the-field-of-artificial-intelligence-a-call-for-action-at-international-level/>. Per riferimenti a questo e ad altri esempi, v. anche R. DUCATO, A. STROWEL, *Ensuring text and data mining: remaining issues with the EU copyright exceptions and possible ways out*, in *EIPR*, 2021, p. 322.

⁴⁷ V., per tutti, pre-riforma, M. L. MONTAGNANI, G. AIME, *op. cit.*, p. 376 ss.

materiale che si dovrà successivamente analizzare e dal quale verrà ricavata l'informazione ricercata⁴⁸. Pertanto, tale attività potrebbe integrare una violazione del diritto di riproduzione così come enucleato sia dall'art. 2, della direttiva 2001/29⁴⁹, sia dall'art. 13, della legge 22 aprile 1941, n. 633, a protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi (d'ora in avanti l. aut.), nonché dall'art. 5, della direttiva sulle banche dati (e dal corrispondente art. 64-*quinquies* l. aut.), qualora si tratti del contenuto di una banca dati protetta.

Anche il nucleo proprio dell'attività di data analysis coinvolge l'altrui diritto di riproduzione, in particolare quello spettante all'autore di una banca dati creativa ovvero al costituente di una banca dati tutelata con il diritto *sui generis* di cui all'art. 7, dir. 96/9 (e al corrispondente art. 102-*bis*, l. aut.), per il quale al costituente è consentito «vietare operazioni di estrazione e/o reimpiego della totalità o di una parte sostanziale del contenuto della stessa⁵⁰».

A sua volta, in rapporto all'output, la interferenza del risultato della data analysis con altre esclusive o la sua totale autonomia dovrà essere vagliata e valutata alla stregua di regole differenti, a seconda che si tratti di un trovato oggetto di invenzione dipendente, o di una creazione intellettuale frutto di elaborazione di un'opera dell'ingegno o di altro risultato protetto da diritto connesso. Più specificamente, se l'esito di tutto il procedimento dovesse rappresentare un contenuto protetto derivato, anche la fase *sub iv*) potrebbe integrare ipotesi di illeciti, non nella mera misura del raggiungimento del medesimo risultato di materiale protetto, quanto nella

⁴⁸ *Ibid.*, p. 379.

⁴⁹ Il cui art. 2 definisce il diritto di riproduzione come «diritto esclusivo [dell'autore] di autorizzare o vietare la riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualunque modo o forma, in tutto e in parte».

⁵⁰ Tra gli altri diritti che potrebbero essere violati, S. SCALZINI, *op. cit.*, p. 405, segnala la possibile violazione del diritto di comunicazione al pubblico *ex art.* 16, l. aut., nel caso di «trasferimento dei dati per la elaborazione degli stessi da parte di altri algoritmi». Per un'analisi approfondita della vasta gamma delle interferenze tra diritti di proprietà intellettuale ed estrazione di testo e dati, v. J.P. TRIALLE ET AL., *op. cit.*, pp. 28-40, in cui si sottolinea che «when the data analysis is made on the basis of data and information which are protected by copyright, data analysis does, in most cases, involve a reproduction of protected materials and arguably also translating or adapting the same, but not communicating them to the public nor making them available»; specificamente in tema di banche dati autoriali, «it will only in some cases but not often involve a reproduction or an adaptation of the database itself and it will almost never involve a communication (or making available) of the database to the public»; infine, in caso di diritto *sui generis* su una banca dati, «data analysis will, in most cases, involve extraction of all or substantial parts of the contents of the database».

circostanza per cui tale materiale venga utilizzato economicamente, tramite la sua messa a disposizione, distribuzione o comunicazione al pubblico⁵¹.

4. *I mutamenti recenti del diritto d'autore tra innovazione tecnologica e tutela dell'investimento in prodotti culturali.* – Per comprendere la portata innovativa delle disposizioni concernenti il text and data mining sembra opportuno, in via preliminare, valutarne le implicazioni e la coerenza con l'attuale conformazione del diritto d'autore armonizzato rispetto a informazioni e dati.

A questo fine occorre muovere dai più recenti sviluppi della proprietà intellettuale che, a esito di un percorso di lunga durata⁵², negli ultimi cinquant'anni ha registrato una evidente espansione dei diritti di proprietà intellettuale⁵³ (d.p.i). Ne sono esempi emblematici, a tutti noti, la progressiva

⁵¹ Ma v. J. P. TRIAILLE ET AL., *op. cit.*, p. 33, che considerano scarsamente rilevante l'ipotesi per la quale l'output generato possa sollevare problemi di illiceità, dal momento che i risultati vengono presentati prevalentemente sotto forma di report, grafici o tabelle. Similmente, sul punto, anche M. L. MONTAGNANI, G. AIME, *op. cit.*, pp. 382-383.

⁵² Per la recente ricostruzione dell'evoluzione della proprietà intellettuale, a partire dai tempi antichi, cfr. M. LIBERTINI, *Tutela e promozione delle creazioni intellettuali e limiti funzionali della proprietà intellettuale*, in *AIDA*, 2014, p. 299 ss. mentre può rinviarsi per tutti a V. DI CATALDO, *La questione brevettuale all'inizio del XXI secolo*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, I, p. 37 ss., per una sintesi del dibattito e la messa a fuoco degli interessi in campo, e, in termini più generali, a R. ROMANO, P. SPADA, *Parte generale*, in *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., p. 25 ss. Per una considerazione sulla opportunità di valorizzare il diritto d'autore «as a right to access rather than a right to forbid», in modo da impedire «the privatisation of information by copyright law and assuring that cultural goods are still available for future innovations», cfr. C. GEIGER, *Copyright as an Access Right, Securing Cultural Participation through the Protection of Creators' Interests*, in *What if we could reimagine copyright?*, a cura di R. Giblin and K. G. Weatherall, ANU Press, 2016, p. 73 ss.; e G. RESTA, *La privatizzazione della conoscenza e la promessa dei beni comuni: riflessioni sul caso 'Myriad Genetics'*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 284, che ravvisa l'equiparazione della conoscenza a una merce «per effetto di deliberate scelte istituzionali» che «introducono nuovi *property rights* in relazione a beni in precedenza soggetti ad un regime di libero accesso».

⁵³ Al punto che è stato proposto un rovesciamento della visione per cui le esclusive erano intese come «isole di monopolio in un mare di concorrenza», che ora vede «(rade) isole di concorrenza a galleggiare in un mare di monopolio⁵³». La prima espressione è di J.H. REICHMAN, *Legal Hybrids Between the Patent and Copyright Paradigms*, in *Col. L. Rev.*, 1994, p. 2434, la seconda di M. RICOLFI, *Diritto d'autore e abuso di posizione dominante*, in *Riv. dir. ind.*, 2001, I, p. 150. Va sottolineato come in dottrina sia tutt'altro che pacifica la qualificazione dei diritti di proprietà

crescita numerica dei diritti connessi⁵⁴, o l'espansione di esclusive preesistenti in termini di durata o di diritti e facoltà riservate, specie nella prospettiva della promozione dell'industria culturale: dall'ampliamento dei diritti di artisti, interpreti ed esecutori, a quello dei diritti dei produttori di audiovisivi, dalla introduzione della esclusiva rappresentata dai diritti audiovisivi sportivi⁵⁵, alla tutela autoriale del design industriale⁵⁶. Da ultimo,

intellettuale come esclusive che conferirebbero poteri di monopolio: in questo senso, oltre REICHMAN, si veda, in particolare, G. GHIDINI, *Prospettive "protezioniste" nel diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 1995, I, p. 73 ss. *Contra* G. SENA, *Note paradossali sulla proprietà intellettuale*, in AA.VV., *Studi di diritto industriale in onore di Adriano Vanzetti*, Milano, 2004, p. 1533 ss., che distingue tra monopolio in senso giuridico e monopolio in senso economico, sul quale già T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, p. 312 ss. Per M. LEHMANN, *La teoria dei Property Rights e la protezione della proprietà intellettuale e commerciale: una analisi giuridica ed economica*, in *Riv. dir. ind.*, 1984, pp. 37-38, si tratterebbe di un «piccolo monopolio artificiale». L'espansione di cui si è detto non è stata accompagnata da una pari espansione sul fronte delle libere utilizzazioni, come già segnalava M. RICOLFI, *IP Limitations and Exceptions and Competition: a Normative Assessment*, in *AIDA*, 2005, p. 309 ss.; e ribadisce di recente R. PENNISI, *L'applicazione della Direttiva Copyright in Digital Single Market ai diritti connessi*, in *AIDA*, 2019, p. 205.

⁵⁴ Per una recente compiuta ricostruzione dello sviluppo dei diritti connessi può rinviarsi a C. SGANGA, *Evoluzioni e trasformazioni dei diritti connessi nei percorsi di armonizzazione del diritto d'autore europeo*, in *Dir. ind.*, 2021, I, p. 146 ss.; EAD., *The many metamorphoses of related rights in EU copyright law: unintended consequences or inevitable developments?*, in *GRUR Int.*, 70, 2021, p. 821 ss.; v. altresì L. C. UBERTAZZI, *I diritti d'autore e connessi*, Milano, 2000, p. 7 ss.

⁵⁵ Cfr. L'art. 78-quarter, l. aut. Al riguardo è frequente la considerazione che tali fenomeni rispondano all'esigenza di valorizzazione di esperienze imprenditoriali che si legano a settori originariamente caratterizzati in senso artistico-individuale e tramutatesi in vere e proprie attività organizzate, ancorché si avvalgano prevalentemente di lavoro artistico e/o sportivo: in questo senso specificamente P. SPADA, *Attività artistiche e sportive e diritto dell'impresa*, in *AIDA*, 1993, p. 87 ss.; E. LOFFREDO, *L'impresa di spettacoli, anche sportivi*, in *AIDA*, 2007, p. 313 ss.; EAD., *Privative industriali e vantaggi competitivi*, in *Giornate di studio in ricordo di Giorgio Oppo: "uomo, persona e diritto"*, *Atti dei convegni Lincei*, Roma, 2010, p. 377 ss., spec. 390, nel quale l'A. definisce i diritti audiovisivi sullo sport come «non vera privativa, ma situazione con struttura di esclusiva e schietta funzione di regolazione di mercato».

⁵⁶ V. già D. SARTI, *La tutela dell'estetica del prodotto industriale*, Milano, 1990, *passim*. Sul percorso evolutivo di questa privativa, cfr. V. DE SANCTIS, *I disegni e modelli ornamentali dopo la Direttiva 98/71/CE*, in *AIDA*, 1999, p. 291

in questa prospettiva, va segnalato il riconoscimento di una tutela in termini di diritto connesso alle pubblicazioni giornalistiche online⁵⁷, prevista a favore degli editori di tali pubblicazioni (sulla quale v. *ultra*, cap. II, §2.3).

Il fenomeno riflette un mutamento di paradigma della proprietà intellettuale, che si coglie non solo in termini quantitativi, ma anche qualitativi, in ragione dell'assunzione tra le opere dell'ingegno tutelate di risultati che poco hanno a che vedere con il carattere creativo richiesto in termini generali per l'accesso all'esclusiva autoriale⁵⁸.

ss.; C. GALLI, *L'attuazione della direttiva comunitaria sulla protezione di disegni e modelli*, in *NLCC*, 2001, p. 883 ss.; P. AUTERI, *Industrial design e opere d'arte applicate all'industria*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 272 ss. Più di recente, cfr. P. FABBIO, *Contro una tutela autoriale "facile" del design. Considerazioni a margine di una recente pronuncia della Cassazione tedesca (Bundesgerichtshof, sent. 13 novembre 2013 – "Geburtstagszug") e brevi note sul diritto italiano vigente*, in *Riv. dir. ind.*, 2015, p. 45 ss.; M. BOSSHARD, *La tutela dell'aspetto del prodotto industriale*, Torino, 2015, *passim*; F. SANNA, *Il messaggio estetico del prodotto. La tutela d'autore della forma industriale*, Torino, 2018, *passim*.

⁵⁷ V. l'art. 15, dir. 2019/790. Per un primo commento sul tema cfr. M. RICOLFI, *La tutela delle pubblicazioni giornalistiche in caso di uso online*, in *AIDA*, 2019, p. 33 ss. Per una trattazione più dettagliata, cfr. *infra*, cap. II, §2.3.

⁵⁸ Al riguardo, da tempo si parla di espansione del diritto d'autore sia in senso orizzontale, riferendosi all'incremento numerico delle privative grazie all'estensione di tutele "classiche" a nuovi fenomeni, il cui esempio principe e ancora più significativo è dato dalla tutela del diritto d'autore accordata ai programmi per elaboratore e alle banche di dati, sia in senso verticale, intendendo la politica di innalzamento e arricchimento delle tutele da un punto di vista sostanziale. In questi termini già G. GHIDINI, *Prospettive «protezionistiche» del diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 1995, I, p. 73 ss.; mentre descrive il fenomeno come «deriva della proprietà intellettuale verso la tutela degli interessi dell'investimento imprenditoriale» P. SPADA, *"Creazione ed esclusiva", trent'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 215 ss, spec. p. 219. In termini analoghi cfr. inoltre P. AUTERI, *Iperprotezione dei diritti di proprietà intellettuale?*, in *AIDA*, 2007, p. 155 ss.; V. FALCE, *La modernizzazione del diritto d'autore*, Torino, 2012, p. 168; R. PENNISI, *L'applicazione della Direttiva Copyright in Digital Single Market ai diritti connessi*, in *AIDA*, 2019, p. 189, che riporta le parole di P. GOLDSTEIN, in *Intellectual Property. The tough new realities that could make or break your business*, New York, 2007, p. 65: «While the intellectual property law expand their subject matter to accomodate new technologies, copyright law alone regularly engages technological advance as an occasion for extending rights and creating new markets». Da qui la crisi della distinzione tra opere dell'ingegno classiche ("belle"), o creative, e opere dell'ingegno "utili", già da tempo radicata nella nostra dottrina, per la quale v. R. FRANCESCHELLI, *Contenuto e limiti del diritto industriale*, in *Studi riuniti di diritto industriale*, Milano, 1972, p. 7.; P.E. FRASSI, *Creazioni utili e diritto d'autore*,

Questi mutamenti sono certamente plasmati dallo sviluppo tecnologico che accompagna l'Occidente da secoli, e che ha portato il *copyright*, quale diritto di copia riconosciuto dallo Statuto di Anna del 1710⁵⁹, a doversi reinventare per superare le rivoluzioni tecnologiche: dapprima segnate dal passaggio dall'analogico al digitale⁶⁰ e, successivamente, dagli strumenti di diffusione delle informazioni tramite reti web, dalla (iper)connettività, dall'*Internet of Things*, e dallo sviluppo di sistemi di intelligenza artificiale.

In un ordinamento in cui la giustificazione funzionale dei diritti di proprietà intellettuale – dalla tesi per la quale il principale interesse tutelato era quello dell'individuo, sicuramente conforme a un contesto produttivo completamente diverso da quello attuale⁶¹ – sembrerebbe attualmente

Milano, 1997, *passim*; e in una prospettiva di mercato, L. MARCHEGIANI, *Opere "utili" e libertà della concorrenza*, Milano, 2006, p. 121 ss.

⁵⁹ V. L. MOSCATI, *Lo Statuto di Anna e le origini del Copyright nell'Inghilterra del Settecento*, in AA.VV., *Fides. Humanitas. Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, Napoli, 2007, p. 3671 ss. Sul fondamento giusnaturalistico della proprietà intellettuale nei sistemi di *civil law* v. A. DONATI, *La fondazione giusnaturalistica del diritto sulle opere dell'ingegno*, in *AIDA*, 1997, p. 405 ss.

⁶⁰ In particolare, già l'avvento della rete internet ha determinato la contrapposizione tra due concezioni diverse della proprietà intellettuale, messe in luce da D. SARTI, *Commento ad art. 2 della l. 9 gennaio 2008, n. 2 in tema di diritto d'autore, reti telematiche e libere utilizzazioni*, in *NLCC*, 2009, p. 349 ss.: la prima vede il diritto d'autore come uno strumento necessario per «proibire qualsiasi utilizzazione telematica di opere dell'ingegno che non sia consentita dagli autori»; per la seconda concezione, viceversa, la proprietà intellettuale «non deve impedire l'accesso del pubblico alla fruizione di opere che risulti utile al confronto delle opinioni ed all'arricchimento delle conoscenze». Considerazioni analoghe, tra gli altri, in P. AUTERI, *Internet ed il contenuto del diritto d'autore*, in *AIDA*, 1996, p. 84 ss.; P. FRASSI, *Riflessioni sul diritto d'autore. Problemi e prospettive nel mondo digitale*, in *Riv. dir. ind.*, 2002, I, p. 370 ss.

⁶¹ Si veda, in particolare, la lettura di G. OPPO, *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 187 ss., per cui il titolo della protezione giuridica è dato dal lavoro creativo della persona umana, mentre l'esclusiva è la tecnica di tutela. La tesi, com'è noto, è stata rivisitata e in qualche maniera superata da P. SPADA, *"Creazione ed esclusiva", trent'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 215 ss., alla luce di un contesto che aveva già subito mutazioni e offerto tutela a nuovi oggetti. Tuttavia, lo stesso Oppo non mancava di riconoscere il valore della collaborazione imprenditoriale alla creazione e l'esigenza di una sua tutela: v. *Creazione intellettuale, creazione industriale e diritti di utilizzazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, p. 1 ss., nonché, in particolare, *Conversazione sul diritto industriale*, in *AIDA*, 2003, p. 337. Da ultimo, per l'attualizzazione delle

riscontrarsi, se non sempre, almeno in grado elevato, in ragione «dell'investimento imprenditoriale volto a valorizzare innovazioni tecniche o culturali⁶²», liberalizzare l'attività di data analysis significa innanzitutto garantire la medesima iniziativa economica, con riguardo, nello specifico, a quelle che sviluppano nuovi risultati utilizzando principalmente o esclusivamente la data analysis.

Ma significa anche garantire interessi di carattere pubblicistico, come fanno registrare le istanze dell'Unione Europea segnalate in apertura, a incentivare il libero accesso all'informazione e il libero scambio delle idee e del sapere.

Non è un fattore di scarsa rilevanza, dunque, la modalità impiegata per attuare una siffatta liberalizzazione.

4.1. (segue) *Il ruolo dei dati nel diritto d'autore e nei diritti connessi.*

– È in questo contesto e su queste basi che vanno analizzate le soluzioni adottate dall'Unione Europea con il più recente atto di modernizzazione del diritto d'autore, se si guarda «alla proprietà intellettuale come a uno strumento di politica economica, da valutare nella sua effettiva funzionalità rispetto allo scopo dell'incremento del benessere economico collettivo, e comunque non autosufficiente, al fine di sostenere un duraturo e “virtuoso” processo innovativo⁶³».

concezioni richiamate, rispetto ai fondamenti “moderni” delle privative v. E. LOFFREDO, *Privative industriali e vantaggi competitivi*, cit., p. 377 ss., spec. 387 ss.

⁶² V. M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 306 ss. Per l'A., «oggi, gran parte della ricerca tecnica e della produzione culturale è progettata ed attuata all'interno di organizzazioni imprenditoriali; e che il processo innovativo è divenuto, in larga parte, processo incrementale fondato sull'investimento in innovazione da parte di imprese», per cui «la tutela della p.i. è dunque, in questa prospettiva, un capitolo della tutela della libertà d'impresa; è uno strumento di tutela della libertà d'impresa e della concorrenza dinamica nei mercati»; ID., *Impresa, proprietà intellettuale e Costituzione*, in *AIDA*, 2005, p. 50 ss.; ID., *I centri di ricerca e le invenzioni dei dipendenti nel codice della proprietà industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 2006, p. 49 ss.; v. altresì, P. SPADA, “*Creazione ed esclusiva*”, *trent'anni dopo*, cit., p. 215 ss. Già T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., p. 692 notava come «lo sviluppo della tecnica ha da un lato moltiplicato e differenziato i sistemi tecnici di riproduzione delle opere dell'ingegno e così condotto a sempre nuove forme di loro utilizzazione, dall'altro, e perciò stesso, moltiplicato nel numero e nelle loro varie categorie le opere dell'ingegno; con il primo e col secondo aspetto si collega la sempre maggiore importanza della industria dei pubblici spettacoli attraverso la quale si individuano tanto nuove utilizzazioni delle opere dell'ingegno, quanto nuovi tipi di opere dell'ingegno».

⁶³ La citazione è di M. LIBERTINI, *Tutela e promozione delle creazioni intellettuali*, cit., p. 308.

Occorre cioè verificare se la conformazione delle libere utilizzazioni di TDM sia effettivamente in grado di sostenere quell'incremento del benessere collettivo al quale la disciplina mira.

Nell'attuale sistema economico e sociale, al quale ci si è riferiti nell'apertura di questo lavoro⁶⁴, sistema calibrato sulla "datificazione", protagonista è la generale elevazione del valore delle informazioni e dei dati continuo oggetto di studio e analisi. Il dato in esso rileva, come si è detto, in sostanza, nella sua espressione dinamico-informativa, in grado di produrre nuova conoscenza.

A prescindere qui dalla specifica prospettiva relativa alla proprietà sui dati – prospettiva sulla quale la dottrina più attenta non manca di interrogarsi⁶⁵ – è invece utile constatare come il loro ruolo – nel senso di elemento informativo – anche all'interno del diritto d'autore e dei diritti connessi sia mutato con il mutare del tempo e con l'evoluzione scientifico-tecnologica. O meglio, a essere cambiato parrebbe il ruolo loro attribuito dal diritto d'autore.

L'interesse del copyright alla data analysis rischia infatti di trasformare l'essenza dell'esclusiva autoriale da regola posta a presidio della tutela della forma espressiva dell'opera, a protezione giuridica del singolo dato in sé.

È stato evidenziato, in questa visuale, che la digitalizzazione di massa «de-intellectualizes works and detaches them from the very condition of their being—namely their *intelligibility* to humans⁶⁶».

Dei rischi di snaturamento dei principi di fondo della proprietà intellettuale sembra consapevole il legislatore europeo, che nelle premesse alla direttiva 2019/790 precisa che «l'estrazione di testo e di dati può essere effettuata anche in relazione a semplici fatti o dati non tutelati dal diritto d'autore, nel qual caso non è richiesta alcuna autorizzazione» (considerando n. 9). Si tratta di una specificazione che va letta in uno con il principio fondamentale appena sopra richiamato, per il quale al centro della tutela

⁶⁴ Sul fenomeno della "datificazione", cfr. A. STAZI, F. CORRADO, *Datificazione dei rapporti socioeconomici e questioni giuridiche: profili evolutivi in prospettiva comparatistica*, in *Dir. inf.*, 2019, p. 433 ss. Prospettano il primo passaggio del quale si riferisce nel testo come digitalizzazione, il secondo come digitalizzazione di massa, M. BORGHI, P. KARAPAPA, *Copyright and Mass Digitization*, Oxford, 2013, p. 15.

⁶⁵ Sul tema, contrari alla creazione di una nuova privativa sui dati, J. DREXL ET AL., *Data Ownership and Access to Data, Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition*, cit.; J. DREXL, *Designing Competitive Markets for Industrial Data – Between Propertisation and Access*, cit., p. 257 ss. V., per un quadro delle privative che incidono sul dato A. OTTOLIA, *Big Data e innovazione computazionale*, cit., p. 1 ss.

⁶⁶ Così M. BORGHI, P. KARAPAPA, *Copyright and Mass Digitization*, cit., p. 15.

autoriale si pone la forma espressiva e non il contenuto, le informazioni o le idee⁶⁷. Principio che sembra dunque rappresentare il presupposto implicito del citato considerando n. 9. Eppure, l'esigenza avvertita dalla Commissione di ribadirlo rivela la possibile preoccupazione dell'Unione Europea per gli eventuali effetti di una normativa che, per un verso, dovrebbe facilitare la fruizione dei materiali, ma che, in concreto e per altro verso, potrebbe tradursi in una restrizione alla loro libera fruizione.

Quest'ultima riflessione va sviluppata guardando al rapporto tra il dato e le opere dell'ingegno. Il dato (e l'informazione) è infatti contemporaneamente l'oggetto di esclusive autoriali (o incluso in esclusive autoriali) e l'oggetto di data analysis. La sua dimensione normativa (per il diritto d'autore) e quella tecnica (per la data analysis) sembrano quindi allinearsi.

L'interesse del diritto d'autore per i dati sembra infatti essersi progressivamente spostato, o se si preferisce, esteso: il dato non rilevarebbe più solamente in quanto porzione di un più ampio insieme, significativo da un punto di vista espressivo e creativo, ma per il suo essere "semplicemente" elemento interno al contenuto dell'esclusiva. D'altra parte, è proprio la valorizzazione dell'informazione resa possibile dalle recenti evoluzioni tecnologiche a tradursi in una progressiva e concorrente valorizzazione del dato anche in chiave autoriale.

⁶⁷ Tale principio trova un riscontro normativo anche a livello internazionale, all'art. 9, n. 2, dell'Accordo TRIPs (*Trade-Related aspects of Intellectual Property rights*), firmato a Marrakech nel 1994 quale allegato all'accordo istitutivo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio. Tale accordo ha successivamente portato alla definizione di due testi normativi fondamentali, cc.dd. Trattati WIPO (*World Intellectual Property Organization*): il *WIPO Copyright Treaty (WTC)*, sul diritto d'autore e il *WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT)*, entrambi firmati a Ginevra il 20 dicembre 1996, quali prosecutori della Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche del 1886 e della Convenzione di Roma per la protezione degli artisti interpreti o esecutori, dei produttori di fonogrammi e degli organismi di radiodiffusione del 1961. In particolare, i Trattati WIPO hanno adeguato il contesto del diritto d'autore rispetto alle evoluzioni tecnologiche, e sono stati alla base dei successivi interventi di adeguamento dell'Unione Europea, principalmente tramite la direttiva InfoSoc. In particolare, sul principio di cui *supra*, si veda l'art. 2, del *WTC*: «Copyright protection extends to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such». Per tutti, cfr. S. RICKETSON, J. C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights: the Berne Convention and Beyond*, Oxford-New York, 2006, p. 235 ss.

Al riguardo, già da più di un decennio, si è parlato di «utilizzo non visivo⁶⁸» di un'opera dell'ingegno, a segnalarne gli utilizzi «without displaying the expression of digital copies of works to the public»: in sostanza, di «any sort of automated processing of works for purposes of data mining, computational analysis on texts and automatic extraction of information⁶⁹».

Di recente, anche la dottrina italiana ha considerato tale aspetto, al punto da proporre l'ipotesi della «trasformazione delle opere dell'ingegno in meri dati⁷⁰», intendendo indicare con ciò l'inclusione nella tutela offerta dalla proprietà intellettuale del dato in quanto tale; non più, quindi “coperto” dall'esclusiva nella sua dimensione comunicativa, quale “segno”, concorrente con gli altri “segni” creativi e non necessitati⁷¹, che insieme compongono l'opera o che, più esattamente, ne costituiscono il tratto espressivo-comunicativo sul quale opera l'esclusiva. Il che sembrerebbe a sua volta

⁶⁸ Traduzione libera di «non-display use» riportata da M. BORGHI, S. KARAPAPA, *Non-Display Uses of Copyright Works: Google Books and Beyond*, in *Queen Mary J. Intell. Prop.*, 2011, p. 21 ss., originariamente presente nella proposta di *Settlement Agreement* tra la *Author's Guild* e Google, sulle attività di digitalizzazione compiute da quest'ultimo. Il tema verrà approfondito *infra*, cap. III, §2.2.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ L'espressione è di G. ROSSI, *Le opere dell'ingegno come dati*, cit., p. 252 ss. L'A. rileva come questa trasformazione sia il risultato di scelte politiche e della tradizione dogmatica del diritto d'autore come fascio di diritti esclusivi, «che assicurano al loro titolare [...] una sfera di non interferenza, [...], a prescindere da ciò che i terzi “interferenti” effettivamente intendono fare: vale a dire, dall'effettiva idoneità dell'attività dei terzi ad arrecare pregiudizio agli interessi, economici o morali, del titolare del diritto».

⁷¹ In questo senso, rifiutando la diffusa lettura che individua il nucleo protetto delle opere dell'ingegno nell'insieme di forma esterna e forma interna, v. invece M. BERTANI, *Open source ed elaborazione di software proprietario*, in *AIDA*, 2004, p. 120 ss.; ID., *Diritto d'autore europeo*, Torino, 2011, p. 115 ss., ritenendo la tradizionale ripartizione tra forma esterna, interna e contenuto «sguarnita di fondamenti normativi» e contestualmente proponendo una valutazione che guarda al principio della non proteggibilità delle forme necessitate, che avrebbe il pregio di esimere «l'interprete dal compito di scomporre le idee elaborate tra forma (o forme) e contenuto». Quest'ultimo compito verrebbe così sostituito dal più semplice giudizio rivolto «a verificare se le sequenze di segni componenti l'opera possano o meno essere rimpiazzate da sequenze di segni diversi ma altrettanto capaci di rappresentare le medesime informazioni». Per la tradizionale tripartizione, risalente a J. KOHLER, *Das Autorrecht*, Gustav Fischer Verlag, Jena, 1880, p. 167 ss., si veda fra tutti P. AUTERI, *Diritto di autore. L'oggetto*, in *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., p. 635 ss.

provocare una sorta di cortocircuito dei meccanismi che conducono al riconoscimento di un risultato proteggibile dell'opera dell'ingegno con quelli che assicurano la sua successiva tutela: se i primi richiedono un gradiente anche minimo di creatività affinché il risultato sia tutelato, al riconoscimento della protezione autoriale per esso seguirebbe l'estensione della protezione anche agli elementi non concorrenti con quelli che servono per garantirne la protezione, segnatamente all'informazione in sé stessa.

Da questa lettura discenderebbe, pertanto, non solo il rafforzamento della posizione del titolare dei diritti di proprietà intellettuale, ma specificamente un rafforzamento della tutela in senso dominicale avente ad oggetto il dato e l'informazione⁷². E in conseguenza, il rafforzamento (o la

⁷² Sia consentito accostare alla questione il richiamo di un'esperienza che può reputarsi anticipatrice del fenomeno al quale qui si guarda: quella della pubblicazione nel 1961 del volume di Raymond Queneau, *Cent mille milliards de poèmes*, Parigi, Gallimard, 1961. Si trattava di un'opera, per così dire, interattiva, nella quale l'Autore offre al lettore uno strumento per comporre poesie nella forma di sonetto. «Questo librettino permette a chiunque di comporre a piacimento centomila miliardi di sonetti; tutti regolari, s'intende. Perché questa è, dopo tutto, nient'altro che una sorta di macchina per la produzione di poesie; e queste sono sì in numero limitato; ma abbastanza da poter permettere in teoria una lettura lunga quasi duecento milioni di anni (leggendo ventiquattro ore su ventiquattro)» (*Prefazione*). In sostanza, l'attività di creazione di sonetti da parte del lettore, nel ricombinare le poesie scritte di Queneau, è per certi versi analoga alla data analysis. Non a caso Queneau era co-fondatore e membro del gruppo denominato *OuLiPo*, acronimo di *Ouvroir de littérature potentielle*, ossia «officina di letteratura potenziale», costituito da scrittori e matematici, fondato con l'obiettivo primario di creare opere dalla cosiddetta scrittura vincolata, per effetto di regole auto-imposte (come, per esempio, espressione di formule matematiche). In questo caso a essere vincolato è il risultato dell'opera, così come sono limitate numericamente gli output. Se, da un lato, Queneau – *rectius*: i suoi eredi – è certamente l'autore della sua “compilazione di poesie”, dall'altro lato, a nessuno verrebbe in mente di ipotizzare una sua esclusiva su tutte le poesie create per mezzo della connessione delle parti dei poemi da lui proposta. Per potervi accedere, tuttavia, è necessario avere un accesso legittimo e acquistare il libro. La possibilità di condurre l'analisi successiva e di ricavarne ulteriori informazioni (in questo caso, nella forma, in un certo senso, vincolata dall'autore) è certamente libera. È sufficiente ulteriormente ipotizzare il caso in cui il legislatore intervenga a liberalizzare tramite un'eccezione l'attività di “lettura e analisi” sui poemi creati dall'autore, riservandone tuttavia l'autorizzazione a quest'ultimo: da un'attività apparentemente libera rischia di trasformarsi in un controllo del titolare del diritto sulle informazioni da lui offerte all'interno dell'opera. Si vedrà diffusamente *infra* che questa ipotesi, in linea di massima, è quanto compiuto dal legislatore europeo nel prevedere l'eccezione *ex art. 4, dir. 2019/790*.

nascita) di strumenti di protezione con la tecnica dell'esclusiva delle informazioni, peraltro già da tempo non estranei alla proprietà intellettuale⁷³.

5. *La data analysis e le libere utilizzazioni prima della direttiva 2019/790.* – Sin qui sono stati messi in evidenza i punti di contatto tra la data analysis e i diritti di proprietà intellettuale, nella logica dei limiti che questi ultimi impongono allo svolgimento della prima.

Occorre peraltro verificare, ora, se gli ordinamenti europeo e italiano già contemplassero disposizioni che liberalizzavano, ed eventualmente in che misura, le tecniche e le operazioni di analisi dei dati, e che persisterebbero pur dopo la direttiva e la sua attuazione nazionale.

La verifica risulta rilevante, al netto delle nuove eccezioni di text and data mining, giacché la direttiva 2019/790 permette agli Stati membri di adottare o mantenere in vigore disposizioni più ampie di quelle di nuova introduzione, compatibili con le eccezioni e limitazioni previste dalle direttive 96/9 e 2001/29, per gli utilizzi o gli ambiti oggetto delle eccezioni o delle limitazioni di cui alla direttiva 2019/790⁷⁴.

5.1. *La data analysis e l'eccezione di riproduzione temporanea.* – L'art. 5, par. 1, dir. 2001/29, ha introdotto l'eccezione di riproduzione temporanea (recepita in Italia con la formulazione dell'art. 68-bis, l. aut.), che attiene agli atti di riproduzione che siano, oltre che temporanei, privi di rilievo economico, transitori o accessori, e parte integrante ed essenziale di un procedimento tecnologico.

Tali riproduzioni, per risultare legittime, devono essere eseguite all'unico scopo di consentire «la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento

⁷³ Per una prima ricognizione di questa funzione della proprietà intellettuale, v. M. BERTANI, *Banche dati ed appropriazione delle informazioni*, in *Europa e diritto privato*, 2006, p. 319 ss.; ID., *Proprietà intellettuale e nuove tecniche di appropriazione delle informazioni*, in *AIDA*, 2005, p. 312 ss. Per R. PENNISI, *L'applicazione della Direttiva Copyright*, cit., p. 205, l'UE ha continuato «a perseguire il trend di accentuazione dell'aspetto proprietario della disciplina»; nello stesso senso, secondo opinioni ampiamente condivise, v. ad esempio, J. P. QUINTAIS, *The New Copyright in the Digital Single Market Directive: A Critical Look*, in *EIPR*, 2020, p. 28 ss., «The policy aims behind the DSM Directive were to modernize EU copyright law and make it future-proof, promote harmonization and legal certainty, and facilitate cross-border access to protected content. Somewhere along the way, the Directive became a tool for industrial policy, focused on protecting the interests of incumbent rights holders».

⁷⁴ V. art. 25, dir. 2019/790.

di un intermediario» oppure «un utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali⁷⁵».

La sussistenza di tutti i requisiti previsti per entrambe tali finalità, al fine di legittimare l'atto di riproduzione, è stata reputata un ostacolo probabilmente insormontabile che impedisce di applicare l'eccezione alle riproduzioni che avvengono nelle operazioni di data analysis, in termini certi e sistematici⁷⁶. Ciò dipende, soprattutto, dai criteri di temporaneità, transitorietà e accessoria, il cui rispetto sembra da escludersi nell'estrazione di testo e dati, quale parte integrante ed essenziale del procedimento tecnologico che si adotta⁷⁷.

La temporaneità della riproduzione, infatti, sussiste solo qualora la copia realizzata sia destinata a essere cancellata in futuro⁷⁸, un aspetto tutt'altro che garantito dalla data analysis, che anzi è tendenzialmente destinata (anche se non sempre) a produrre copie permanenti dei dati estratti⁷⁹.

La riproduzione, oltre che temporanea, deve essere transitoria, ciò che accade quando la sua durata è limitata a quanto necessario per il funzionamento del procedimento tecnologico utilizzato⁸⁰. Questa condizione potrebbe essere coerente con la data analysis, nella misura in cui la copia in essa realizzata sia memorizzata per il tempo strettamente richiesto dalla tipologia di software adottata⁸¹.

In alternativa, la copia deve essere accessoria, cioè non deve avere né un'esistenza, né una finalità autonome rispetto al procedimento tecnologico di cui fa parte⁸².

Anche ove sussistano temporaneità e transitorietà della riproduzione, ipotesi che possono realizzarsi a seconda della tecnica informatica adoperata,

⁷⁵ Sul quale, approfonditamente v. R. SERVANZI, Sub *art.* 68-bis, in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., p. 1900 ss.

⁷⁶ Così M. L. MONTAGNANI, G. AIME, *op. cit.*, p. 384.

⁷⁷ Lo è per J. P. TRIAILLE ET AL., *op. cit.*, p. 46.

⁷⁸ V. Corte giust. UE, 5 giugno 2014, *Public Relations Consultants Association Ltd c. Newspaper Licensing Agency Ltd.*, C-360/13, §26. V. anche G. GUGLIELMETTI, *Riproduzione e riproduzione temporanea*, in *AIDA*, 2002, p. 35.

⁷⁹ Specificamente J.P. TRIAILLE, *op. cit.*, p. 41 ss.

⁸⁰ Corte giust. UE, *ult. cit.*, §40.

⁸¹ Nel caso *Infopaq I*, sul quale v. *infra*, cap. II, §2.1, è stata esclusa la sussistenza della transitorietà della copia per via del necessario contributo umano per la cancellazione della copia (cfr. Corte giust. UE, C-07/08, par. 64.); diversamente, in *Public Relations*, la Corte ritiene sussistere la transitorietà indipendentemente dal fatto che la fine del procedimento tecnologico dipenda dall'intervento umano (cfr. parr. 41 e 42).

⁸² *Ibid.*, §43.

il profilo più critico è rappresentato però dal rispetto del requisito dell'accessorietà dell'atto, il quale deve trovarsi in un mero rapporto di "strumentalità tecnologica" con un utilizzo legittimo⁸³. Ciò che contraddistingue l'obiettivo dell'estrazione di testo e dati, invece, come si è sopra accennato, è il suo essere preordinata a una funzione differente e trasformativa delle informazioni utilizzate, finalizzata all'ottenimento di una *knowledge discovery*, "altra", quindi, rispetto al contenuto del materiale protetto⁸⁴.

La riproduzione, anche temporanea, di una copia di materiale protetto nella data analysis non viene quindi realizzata per svolgere un'attività che «meramente facilita (o ha lo scopo di consentire) un utilizzo legittimo di un'opera», ma ne realizza una funzione diversa, come avviene, per esempio, nel caso del *crawling*⁸⁵.

Se è vero, quindi, che non ogni atto di riproduzione nel contesto del text and data mining genera una copia permanente del materiale, è anche vero che l'eccezione di riproduzione temporanea non apre il campo a una liberalizzazione *tout court* dell'estrazione di testo e dati, ma, al contrario, lascerebbe un margine di incertezza giuridica troppo ampio rispetto alla liceità dell'operazione⁸⁶, soprattutto alla luce degli indirizzi restrittivi della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (d'ora in avanti Corte di giustizia), in ordine all'interpretazione delle eccezioni⁸⁷.

5.2. *La data analysis e l'eccezione per finalità di ricerca (e didattica)*. – La seconda eccezione che qui interessa è quella per finalità di

⁸³ L'osservazione è di A. OTTOLIA, *L'utilizzo computazionale dell'opera dell'ingegno in internet*, cit., p. 394, secondo il quale «la riproduzione temporanea nel caso del *crawling* e in generale dell'uso computazionale dell'opera dell'ingegno, non soddisfa il requisito dell'accessorietà: essa non costituisce un'attività che meramente facilita (o ha lo scopo di consentire) un utilizzo legittimo di un'opera ma ne realizza una utilizzazione economica». Contrariamente, v. Corte giust. UE, 17 gennaio 2012, C-302/10, *Infopaq II*, sulla v. *infra*, cap. II, §2.1. Lo stesso dicasi per quanto riguarda l'idea che l'utilizzo computazionale dell'opera costituisca una nuova utilizzazione economica in senso trasformativo dell'opera, per cui v. *sub cap. III*, §§2.2. e 3.

⁸⁴ V. nota precedente.

⁸⁵ Cfr. A. OTTOLIA, *op. ult. cit.*, p. 394.

⁸⁶ Cfr. C. GEIGER ET AL., *op. cit.*, pp. 821-822; J.P. TRIAILLE, *op. cit.*, p. 50; S. SCALZINI, *op. cit.*, p. 408; M.L. MONTAGNANI, G. AIME, *op. cit.*, pp. 384-385; M. BORGHI, S. KARAPAPA, *Copyright and Mass Digitization*, cit., p. 58 ss.

⁸⁷ Sulla necessità di interpretare restrittivamente le eccezioni, in generale, v. Corte giust. UE, 29 aprile 2004, C-476/01, §72; Corte giust. UE, 26 ottobre 2006, C-36/05, §31; Corte giust. UE, 16 luglio 2009, C-05/08, §56.

ricerca e didattica di cui all'art. 5.3, lett. a), della dir. 2001/29, e all'art. 70, l. aut⁸⁸., che presentano un dettato non coincidente.

Va precisato preliminarmente che la disposizione contenuta nella direttiva appena citata non era ricompresa tra quelle vincolanti per gli Stati membri. Già questo fattore genera le prime difficoltà applicative riguardo alla data analysis: la mancata implementazione di questa eccezione da parte di alcuni Stati membri crea un contesto disuniforme per i possibili interessati rispetto all'eccezione⁸⁹.

Le libere utilizzazioni per le finalità di ricerca e di didattica sono state introdotte per adeguare l'impianto sistematico autoriale all'avvento di internet e sin da subito esse sembrerebbero aver assunto caratteri di istituti più a tutela dei titolari dei diritti che non, come richiesto dalla loro funzione, degli utenti stessi. Il più celere flusso di informazioni e la maggiore facilità nello scambio dei dati, infatti, sono stati assunti a presupposti per rafforzare la posizione dei titolari delle esclusive, rispetto a nuove modalità di fruizione delle opere. L'accresciuta capacità per gli utenti di scambiare idee e informazioni non sembrerebbe essere stata premiata allo stesso modo⁹⁰.

Nello specifico, la disposizione italiana, più stringente di quella europea, è costruita in maniera non facilmente intellegibile.

Il comma 1°, dell'art. 70, l. aut., subordina la liceità della riproduzione di brani o di parti dell'opera (oltreché della loro comunicazione al pubblico) se effettuata – a fini di insegnamento o di ricerca scientifica – per finalità illustrative e per fini non commerciali⁹¹; parallelamente, il comma 1-bis consente la libera pubblicazione, da intendersi quale riproduzione

⁸⁸ Le finalità di critica o di discussione altresì indicate dalle disposizioni in commento non sembrano avere una rilevanza in tema di data analysis, per questo motivo il discorso può essere limitato alle finalità citate nel testo. Per una prima analisi sulla disposizione europea v. C. GALLI, *Le utilizzazioni libere: ricerca*, in *AIDA*, 2002, p. 135 ss.; F. DE SANTIS, *Verso una riforma del diritto d'autore. Libertà di ricerca e libera circolazione della conoscenza*, in *Riv. dir. ind.*, 2013, I, p. 118 ss. Più in generale, sull'art. 70, l. aut., v. D. SARTI, *op. cit.*, p. 368 ss.; C. SAPPA, *Sub art. 70*, in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2019, p. 1914 ss.;

⁸⁹ V. S. DUSOLLIER, *The Limitations and Exceptions to Copyright and Related Rights for Libraries, Research and Teaching Uses*, in J. P. TRIAILLE (a cura di), *Study On The Application Of Directive 2001/29/EC On Copyright And Related Rights In The Information Society (the "Infosoc Directive")*, European Union, 2013, reperibile al link http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/131216_study_en.pdf, p. 392.

⁹⁰ Così D. SARTI, *op. cit.*, p. 370.

⁹¹ Sul punto v. G. BONOMO, *L'assenza del "fine commerciale" nelle utilizzazioni libere ex art. 70 l.d.a.*, in *IDA*, 2006, p. 529.

dell'opera⁹², che avvenga, per le medesime finalità, attraverso la rete internet, con la presenza di tre ulteriori condizioni: che l'uso sia a titolo gratuito, che non sia a scopo di lucro, e che riguardi «immagini e musiche a bassa risoluzione o degradate».

In ogni caso, è richiesta la menzione dell'opera, dell'autore e dell'editore, ossia è imposto l'onere di citare la fonte.

Nel caso della disposizione europea, invece, perché operi la liberalizzazione, si deve trattare di un utilizzo esclusivamente finalizzato alla ricerca scientifica, nei limiti di quanto giustificato dallo scopo non commerciale perseguito.

L'applicazione dell'eccezione alle attività di data analysis, pertanto, risulterebbe testualmente possibile solo rispetto alla fattispecie europea, perché essa prevede un'esenzione dall'onere di citazione della fonte, in caso di impossibilità materiale, che ricorrerebbe sempre nella data analysis per via dell'ingente mole di dati trattati, nonché per le tipiche modalità attuate dai software di TDM⁹³. Al contrario, la sussistenza dell'obbligo di citazione della fonte nell'art. 70, comma 3°, 1. aut., il cui rispetto non è compatibile con la data analysis, fa propendere per la non applicabilità dell'eccezione.

La soluzione negativa sembra avallata, altresì, dalla menzione delle sole immagini e musiche a bassa risoluzione o degradate tra le opere pubblicabili online. Ciò è stato letto come il precipitato del timore del legislatore che la pubblicazione di opere letterarie, insuscettibili di trasformazioni in forme "degradate", possa arrecare un pregiudizio ingiustificato agli interessi dell'editoria scientifica⁹⁴.

La previsione crea quindi un impedimento difficilmente superabile per lo svolgimento di analisi di dati principalmente tramite opere letterarie, come, in particolare le riviste e le opere di carattere scientifico a stampa in contesti di ricerca scientifica, anche correlata ad attività di insegnamento.

Il quadro che ne risulta per il diritto italiano è quello di una libertà per un aspetto più ampia e per un altro più ristretta rispetto alla sua matrice europea: lo scopo non commerciale previsto da quest'ultima è più stringente rispetto al meno restrittivo scopo non lucrativo di cui al comma 1-*bis*; viceversa, l'omissione della previsione delle opere letterarie, e il mancato

⁹² Cfr. C. SAPPÀ, *op. ult. cit.*, p. 1918. Più nel dettaglio, v. D. SARTI, *op. cit.*, p. 374, che estende il significato di pubblicazione sia agli atti di messa a disposizione del pubblico sia alle riproduzioni temporanee o permanenti, purché necessarie per la messa a disposizione del pubblico dell'opera.

⁹³ Cfr. M.L. MONTAGNANI, G. AIME, *op. cit.*, pp. 385-386; del medesimo avviso C. GEIGER ET AL., *op. cit.*, p. 822. V. anche J.P. TRIAILLE ET AL., *op. cit.*, p. 36, per l'impossibilità tecnica nell'ambito del text and data mining di citazione delle fonti.

⁹⁴ D. SARTI, *op. cit.*, p. 376.

esonero dall'obbligo di citazione anche in caso di impossibilità, ne rendono l'applicazione più difficile.

Nessuna di queste disposizioni, benché per certi versi aprano spazi di liceità per attività di data analysis, si mostra perciò decisiva nel liberalizzare questo genere di attività.

Per quanto attiene alle eccezioni per finalità di ricerca relative alle banche di dati, autoriali e *sui generis*, v. *infra*, §5.4.

5.3. *La data analysis e le eccezioni per uso privato, della dir. InfoSoc, e per uso personale, della legge d'autore italiana.* – Nonostante la intuibile scarsa rilevanza a livello economico delle attività di estrazione di testo e dati eseguite in ambito privato e personale, per qualsiasi finalità, occorre per completezza prendere in considerazione, rispettivamente, l'art. 5, par. 2, lett. b), dir. 2001/29, e l'art. 68, l. aut.

La disposizione europea consente la liberalizzazione delle riproduzioni su qualsiasi supporto per uso privato effettuate da una persona fisica, il che sembrerebbe aprire lo spazio alla liceità degli atti di riproduzione mediante la data analysis.

D'altro canto, l'esclusione dal suo ambito di applicazione di qualsiasi uso che abbia finalità commerciali (dirette o indirette), e il concorrente obbligo di un equo compenso in favore dei titolari dei diritti, rendono la prospettiva di limitato rilievo.

Oltre alla facoltatività dell'eccezione, peraltro, anche laddove uno Stato membro l'avesse fatta propria nell'ordinamento, pensare che il TDM possa legittimarsi per il suo tramite appare difficilmente immaginabile, soprattutto per la necessaria dimostrazione di aver condotto la data analysis per fini strettamente privati⁹⁵.

Sul piano nazionale, l'irrilevanza della previsione, *ex art.* 68, l. aut., per le finalità computazionali, emerge già dal dettato del comma 1°, secondo cui «è libera la riproduzione di singole opere o brani di opere per uso personale dei lettori, fatta a mano o con mezzi di riproduzione *non idonei a spaccio o diffusione dell'opera nel pubblico*» (corsivo aggiunto).

Infatti, se, da un lato, l'uso personale richiesto dalla norma⁹⁶ mira a consentire la riproduzione dell'opera destinata alla lettura⁹⁷, dall'altro lato, e soprattutto, è l'ultima parte della disposizione a impedire la sussunzione

⁹⁵ Cfr. C. GEIGER ET AL., *op. cit.*, p. 823, i quali ipotizzano il caso del singolo ricercatore che conduca simili attività, che si troverebbe nella situazione di dover dimostrare la non riconducibilità della data analysis compiuta a qualsiasi finalità che non sia privata.

⁹⁶ Per una sistematizzazione delle varie teorie sul concetto di carattere personale dell'uso v. R. SERVANZI, *Sub art. 68 l. aut.*, in L. C. UBERTAZZI, *Commentario breve*, cit., p. 1898.

⁹⁷ *Ibid.*

dell'analisi computazionale alla fattispecie, poiché vieta riproduzioni «finalizzate al veloce approntamento di copie plurime e dunque idonee alla diffusione dell'opera presso il pubblico⁹⁸».

Lo stesso dicasi per il comma 2°, che liberalizza espressamente solo la riproduzione tramite fotocopia da parte di biblioteche accessibili al pubblico (o scolastiche), musei e archivi pubblici⁹⁹ per i propri servizi, generando un problema di estensione dell'eccezione alla copia digitale, specialmente alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, che ammette la digitalizzazione da parte di biblioteche accessibili al pubblico, delle opere contenute nelle collezioni, solo quando detta attività sia necessaria per loro la messa a disposizione degli utenti (su terminali appositi)¹⁰⁰.

Alle questioni controverse sulla disposizione sembrerebbe mettere fine, ma solo in parte, l'eccezione obbligatoria di cui all'art. 6, della direttiva 2019/790 (e art. 68, comma 2-*bis*, l. aut.), ove consente «agli istituti di tutela del patrimonio culturale di realizzare copie di qualunque opera o altri materiali presente permanentemente nelle loro raccolte, in qualsiasi formato o su qualsiasi supporto», ma solo ai fini di conservazione dell'opera.

5.4. *La data analysis e le banche di dati.* – Come è noto, la direttiva 96/9/CE¹⁰¹ ha introdotto nel diritto armonizzato europeo la tutela giuridica delle banche dati, nella doppia considerazione delle stesse come banche dati creative, che trovano protezione nell'ordinamento italiano per l'inciso finale dell'art. 1, comma 2°, l. aut., in quanto «per la scelta o la disposizione del materiale costituiscono una creazione intellettuale dell'autore¹⁰²»; e attraverso il diritto *sui generis* ex artt. 102-*bis* e *ter*, l. aut.,

⁹⁸ Cfr. Trib. Bologna, 11 gennaio 2001, in *AIDA*, 2003, p. 894.

⁹⁹ L'art. 68, comma 2°, l. aut., trova il proprio fondamento nell'art. 5, par. 2, lett. c), dir. InfoSoc, che peraltro non fa riferimento alla fotocopia, ma a qualsiasi atto di riproduzione indipendentemente dal mezzo.

¹⁰⁰ Cfr. Corte giust. UE, 11 settembre 2014, *Technische Universitat Darmstadt c. Eugen Ulmer KG*, C-117/13, in *AIDA*, 2015, p. 420, con nota di A. COGO; prospettiva della quale si occupano altresì A. MUSSO, *L'impatto dell'ambiente digitale su modelli e categorie dei diritti d'autore o connessi*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 2018, p. 471 ss., e G. SPEDICATO, *Digitalizzazione di opere librarie e diritti esclusivi*, in *Aedon*, 2011, p. 1 ss.

¹⁰¹ Direttiva attuata in Italia con il d.lgs. 6 maggio 1999, n. 169, sul quale, v. P. AUTERI, *Attuazione della direttiva 96/9/CE relativa alla tutela giuridica delle banche dati*, in Commentario a cura di Auteri, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2003, p. 1175 ss.; sulle banche dati autoriali, v. P. SPADA, *Banche di dati e diritto d'autore (il «genere» del diritto d'autore sulle banche di dati)*, in *AIDA*, 1997, p. 5 ss.; sul diritto *sui generis*, cfr. V. DI CATALDO, *Banche-dati e diritto sui generis: la fattispecie costitutiva*, in *AIDA*, 1997, p. 20 ss.

¹⁰² V. anche il disposto dell'art. 2, n. 9, l. aut.

riconosciuto in favore del costituente di una banca dati che per la sua creazione abbia effettuato investimenti rilevanti, impegnando mezzi finanziari, tempo o lavoro.

È soprattutto la previsione della tutela autoriale per le banche di dati a rendere manifesto il forte allontanamento da parte del legislatore europeo dai tratti costitutivi dell'opera dell'ingegno "classica", i quali dipendono sostanzialmente dal carattere creativo del risultato, frutto del lavoro creativo dell'autore.

D'altra parte, la creazione *ex novo* di un diritto connesso¹⁰³ non legato in alcun modo alla creatività dell'autore, ma esclusivamente all'investimento rilevante del costituente, ha segnato un passo decisivo, benché non il primo¹⁰⁴, né isolato, verso quella riconferma in chiave moderna del diritto d'autore alla quale si è accennato in precedenza¹⁰⁵.

Invero, il contenuto del diritto *sui generis*, ma soprattutto l'oggetto della sua tutela, hanno da subito incontrato le critiche della dottrina,

¹⁰³ Sulla qualificazione del diritto *sui generis* come diritto connesso, e per la riconduzione di esso alla categoria, v., per tutti, M. BERTANI, *Impresa culturale e diritti esclusivi*, Milano, 2000, spec. pp. 191-200. Ma vedi V. FALCE, *La disciplina comunitaria sulle banche dati. Un bilancio a dieci anni dall'adozione*, in *Riv. dir. ind.*, 2006, p. 227 ss., che presenta il diritto *sui generis* come diritto *ad hoc*.

¹⁰⁴ Ad esempio, risponde alla medesima logica già la privativa sui fonogrammi, quale diritto connesso al diritto d'autore (oggetto di regolamentazione della Convenzione di Roma del 1961 e già degli artt. 72-78, l. aut.). Ancor di più, nell'ambito della tutela "puramente" autoriale, si consideri già l'attribuzione all'editore e al produttore dei diritti allo sfruttamento, rispettivamente, editoriale e cinematografico, dell'opera (cfr. artt. 38 e 45, l. aut.).

¹⁰⁵ Per questa linea evolutiva può rinviarsi all'analisi sistematica di V. FALCE, *La modernizzazione del diritto d'autore*, cit., *passim*; indicazioni anche in P. AUTERI, *Diritto di autore. L'oggetto*, cit., p. 623, il quale si esprime in termini di drammatica accelerazione del processo di estensione dell'oggetto e arricchimento del contenuto della protezione autoriali. V. altresì, G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano, 2015, p. 276, il quale parla di «più dirompente sconfinamento del diritto d'autore contemporaneo» che emerge con particolare chiarezza in riferimento alle tecnologie dell'informazione (software e banche di dati). Considerazione analoghe in tema sono in P.B. HUGENHOLTZ, *Something Completely Different: Europe's Sui Generis Database Right*, in Frankel e Gervais (a cura di), *The Internet and the Emerging Importance of New Forms of Intellectual Property*, L'Aja, 2016, p. 205 ss.

prevalentemente di quella oltreoceano¹⁰⁶ (specie dopo il noto caso *Feist*¹⁰⁷). Tali critiche hanno trovato e trovano tuttora fondamento nella inappropriabilità dei dati e delle informazioni, e nell'esigenza che gli istituti della proprietà intellettuale non siano a ciò deputati. Secondo questa impostazione, le preoccupazioni principali sono quelle della creazione di fattispecie prossime alla creazione di posizioni monopolistiche¹⁰⁸ (sui dati e sulle informazioni), a discapito, principalmente, della ricerca scientifica¹⁰⁹.

In particolare, nelle banche dati non creative, il singolo dato non viene considerato come componente minima di un insieme di informazioni in grado di esprimere una certa creatività, nel rapporto con tutti gli altri dati considerati nella loro totalità, per la loro scelta o disposizione interna, ma, al contrario, assume rilevanza, in quanto tale.

E certamente, nell'ottica qui adottata, il diritto *sui generis* mostra un grado di incompatibilità particolarmente elevato rispetto alle esigenze della data analysis. Invero, esso si atteggia a «principale ostacolo all'impiego» nell'analisi computazionale¹¹⁰.

¹⁰⁶ V. J. REICHMAN, P. SAMUELSON, *Intellectual Property Rights in Data?*, in *Vanderbilt Law Rev.*, 1997, p. 51 ss.; in particolare, per il raffronto tra il sistema statunitense e quello europeo si v. l'analisi di E. DERCLAYE, *The Legal Protection of Databases: A Comparative Analysis*, Cheltenham-Northampton, 2008, *passim*.

¹⁰⁷ *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991), nel quale la Corte Suprema americana ha assunto una direzione opposta rispetto al legislatore europeo, negando tutela a un elenco telefonico contenente una banca dati priva di un gradiente minimo di originalità. Sulle implicazioni della decisione, con osservazioni di carattere comparatistico, v. D. J. GERVAIS, *Feist Goes Global: A Comparative Analysis of the Notion of Originality in Copyright Law*, in *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, 2002, p. 949 ss.

¹⁰⁸ Cfr. P. B. HUGENHOLTZ, *Data Property: Unwelcome Guest in the House of IP*, in *IviR*, 2017, p. 8, reperibile al link https://www.ivir.nl/publicaties/download/Data_property_Muenster.pdf.

¹⁰⁹ Cfr. J.H. REICHMAN, P.F. UHLIR, *Database Protection at the Crossroads: Recent Developments and their Impact on Science and Technology*, in *Berkley Tech. L. J.*, 1999, 793; J. H. REICHMAN, *Database Protection in a Global Economy*, in *Revue Internationale de Droit Economique*, 2002, pp. 455-504 Di recente, v. P. B. HUGENHOLTZ, *Against 'Data Property'*, In H. ULLRICH, P. DRAHOS, & G. GHIDINI (a cura di), *Kritika: Essays on Intellectual Property*, Cheltenham, 2018, p. 48 ss.

¹¹⁰ L'espressione è di M. L. MONTAGNANI, G. AIME, *op. cit.*, p. 388. Sul ruolo delle banche dati quale regime di appropriazione dei risultati dell'analisi computazionale v. A. OTTOLIA, *Big Data e innovazione computazionale*, cit., p. 73 ss. Per una riflessione della tutela *sui generis* quale «gradiente minimo di investimenti che l'ordinamento ritiene necessario» per una (tutela sulla) proprietà sui

Meritano quindi attenzione le disposizioni delle esclusive sulle banche dati, e quelle sulle eccezioni che ne permettono una fruizione (più o meno) libera, che rispondano o che possano rispondere, al di là dell'ingresso della nuova eccezione di TDM, alle esigenze di analisi dei dati o la precludano in assenza di specifiche autorizzazioni, a iniziare dalle eccezioni per finalità di ricerca scientifica contemplate dall'art. 6, par. 2, lett. b), dir. 96/9¹¹¹, e dal corrispondente art. 64-*sexies*, comma 1°, lett. a), l. aut.

La disposizione europea liberalizza gli atti di impiego di una banca dati per finalità didattiche o di ricerca scientifica, con la doppia condizione del rispetto dei consueti obblighi di citazione della fonte, e dell'assenza di scopo commerciale. A questa previsione possono estendersi le riflessioni già svolte in precedenza con riguardo all'eccezione di utilizzazione delle opere per finalità di ricerca scientifica, con la differenza che non viene qui espressamente contemplata l'ipotesi di impossibilità materiale che esenterebbe dall'obbligo di citazione della fonte.

Vi è chi, al riguardo, ha proposto di rileggere tale previsione alla luce del regime della direttiva 2001/29, la quale dichiaratamente prevede la clausola di salvezza, in ossequio al principio per il quale la legge non potrebbe mai obbligare ad attività materialmente impossibili¹¹².

Al contrario, coloro che prediligono un'interpretazione letterale della norma non reputano superabile questo ostacolo¹¹³.

Le medesime condizioni (finalità didattiche e di ricerca scientifica, assenza di scopi commerciali e obblighi di citazione della fonte, senza esonero in caso di impossibilità) vengono poste per l'eccezione di cui all'art. 9, lett. b), dir. 96/9, che gli Stati membri erano facoltizzati a introdurre a favore dell'utente legittimo per «estrarre e/o reimpiegare una parte sostanziale del contenuto di tale banca».

L'art. 64-*sexies*, l. aut., nel fare proprie le eccezioni di matrice europea, liberalizza espressamente, al comma 1, lett. a), solo «l'accesso o la

dati, cfr. M. BERTANI, *Proprietà intellettuale e nuove tecniche di appropriazione delle informazioni*, cit., p. 24.

¹¹¹ Cfr. gli artt. 6.2, lett. b), dir. 96/9/CE e 64-*sexies*, comma 1°, l. aut.

¹¹² In questo senso v. C. GEIGER ET AL., *Text and Data Mining in the Proposed Copyright Reform*, cit., p. 823; ma già M. WALTER, S. VON LEWINSKI, *European Copyright Law. A Commentary*, Oxford, 2010, p. 1042.

¹¹³ Cfr. J. P. TRIAILLE ET AL., *op. cit.*, p. 70. Sul dibattito, anche se non sembrano prendere posizione, v. M. L. MONTAGNANI, G. AIME, *op. cit.*, p. 387, i quali sottolineano che «l'applicabilità dell'eccezione per ricerca scientifica prevista dalla direttiva 96/9/CE per le banche di dati dipende dunque anche in gran parte dal modo in cui si decide di interpretare l'assenza, nell'art. 6(2) lett. b), della specificazione che esonera dall'obbligo di indicare la fonte quell'utilizzatore che non sia oggettivamente in grado di farlo e come questa interpretazione impatti sul diritto nazionale».

consultazione» per finalità didattiche o di ricerca scientifica, non svolte nell'ambito di un'attività d'impresa, nei limiti di quanto giustificato dallo scopo non commerciale perseguito, e con obbligo di indicazione della fonte.

La lettera della legge non è particolarmente chiara, specie nella parte conclusiva della disposizione, in cui si precisa che «nell'ambito di tali attività di accesso e consultazione le eventuali operazioni di riproduzione permanente della totalità o di parte sostanziale del contenuto su un altro supporto sono comunque soggette all'autorizzazione del titolare del diritto».

La previsione solleva il dubbio, infatti, se l'esplicito riferimento alle sole «riproduzioni permanenti ... su un altro supporto» liberalizzi, al contrario, le riproduzioni temporanee che non richiedano un supporto fisico. La questione è parte di un più ampio dibattito, circa la possibilità di estendere le libere utilizzazioni *ex artt.* 65 ss., l. aut., in quanto compatibili, anche alle banche di dati autoriali¹¹⁴.

In particolare, il problema concerne le eccezioni di uso personale prevista dall'art. 68, l. aut., e di riproduzione temporanea, secondo l'art. 68-*bis*, l. aut., mentre l'eccezione per finalità di ricerca scientifica *ex art.* 70, l. aut., sembrerebbe già ricompresa nello stesso art. 64-*sexies*, l. aut., sebbene i confini di quest'ultimo si appalesino più ristretti.

Per quanto attiene all'uso personale, l'eventuale estensione dell'eccezione anche alle banche di dati, riguardata sotto il risvolto delle attività riconducibili alla data analysis, non avrebbe una portata utile, giacché la disposizione, come si è visto, esclude espressamente la liceità della digitalizzazione delle riproduzioni.

Per ciò che concerne la copia temporanea della banca dati, l'eccezione potrebbe trovare applicazione se ci si orienta nel senso di estendere l'ambito operativo delle eccezioni di cui alla direttiva InfoSoc a tutte le opere dell'ingegno. Il problema, in particolare, insorge a causa della tecnica legislativa adottata nell'ordinamento italiano nel trasporre le eccezioni in tema di banche dati (ma lo stesso vale per i programmi per elaboratore) al di fuori della parte organica dedicata alle libere utilizzazioni, optando, invece, per il loro inserimento nelle disposizioni specifiche su tali opere dell'ingegno¹¹⁵.

¹¹⁴ Svolge una chiara ricognizione della questione S. LAVAGNINI, *Sub art. 64-sexies l. aut.*, in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve*, cit., pp. 1880-1881.

¹¹⁵ Cfr. S. LAVAGNINI, *op. ult. cit.*, p. 1881, secondo la quale la revisione del catalogo delle eccezioni, che ha fatto seguito all'attuazione della direttiva InfoSoc, «sembra indurre a ritenere che questo catalogo si applichi a tutte le opere dell'ingegno, incluse le banche di dati». Nel senso opposto, per cui alle banche dati autoriali sarebbero applicabili solo le eccezioni espressamente previste dall'art. 64-*sexies*, l. aut., M. RICOLFI, in N. ABRIANI, G. COTTINO, M. RICOLFI (a cura di), cit., p. 464.

Va segnalata, inoltre, l'assenza, nella legge d'autore italiana, di una disposizione analoga a quella di cui all'art. 64-*sexies*, l. aut., per le banche dati di diritto *sui generis*. Anche questa mancanza pare essere conseguenza della tecnica legislativa adottata, per cui rimane in dubbio se i diritti del costituente soggiacciono alle medesime libere utilizzazioni previste dall'art. 64-*sexies*, l. aut.¹¹⁶, e se a questo genere di banche dati si applichi l'intero catalogo delle eccezioni e limitazioni, in quanto compatibili, previste dall'ordinamento italiano ed europeo.

Come si vedrà, sembrerebbe aver risolto il problema in senso affermativo l'art. 71-*decies*, l. aut., nell'estendere le libere utilizzazioni anche ai diritti connessi (v. *ultra*, §5.1).

Infine, nella prospettiva qui specificamente adottata del rapporto tra il sistema delle libere utilizzazioni e la data analysis, meritano una riflessione anche la limitazione di normale impiego della banca di dati *ex art.* 6, par. 1, dir. 96/9 (art. 64-*sexies*, comma 2°, l. aut.)¹¹⁷, nonché quella relativa all'estrazione o reimpiego di parti non sostanziali del contenuto di una banca di dati di cui al diritto *sui generis ex art.* 8, par. 1, dir. 96/9 (art. 102-*ter*, comma 3°, l. aut.)¹¹⁸.

La previsione sul normale impiego di una banca dati ruota intorno al concetto di utente legittimo («lawful user»), altresì presente – nel senso di soggetto che vanta un accesso legittimo – anche nelle nuove eccezioni di estrazione di testo e dati, e per il quale si rinvia all'esame più specifico che si farà nel successivo cap. II, §4.1.

Qui, invece, occorre richiamare il considerando n. 34, dir. 96/9, che precisa il significato di utente legittimo e di normale impiego in funzione dell'attività svolta dal soggetto. Egli deve «poter accedere alla banca di dati ed utilizzarla per gli scopi e in base alle modalità definite nell'accordo concluso con il titolare dei diritti», a condizione, però, che il titolare dei diritti «abbia deciso di mettere a disposizione [...] una copia della sua banca dati».

Pertanto, utente legittimo sarà chiunque sia parte di un contratto di licenza, oppure qualsiasi soggetto, nel caso di contenuti aperti. Ai fini della data analysis, il fondamento che legittima questo particolare utilizzo della banca dati dipenderà perciò dalla tipologia di accordo contrattuale posto in essere.

Non ci saranno perciò dubbi sulla liceità dell'estrazione di dati in caso di un contratto di licenza avente come finalità espressa attività riconducibili

¹¹⁶ Per M. BERTANI, *Impresa culturale e diritti esclusivi*, cit., p. 422, le eccezioni dettate per le banche di dati autoriali troverebbero applicazione anche alle banche di dati di cui al diritto *sui generis*. Per indicazioni sugli orientamenti v. S. LAVAGNINI, *Sub artt. 100-102-quinquies*, in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve*, cit., pp. 2116-2117.

¹¹⁷ Cfr. gli artt. 6, par. 1, dir. 96/9, e 64-*sexies*, comma 2°, l. aut.

¹¹⁸ Cfr. gli artt. 8, par. 1, dir. 96/9, e 102-*ter*, comma 3°, l. aut.

alla data analysis, mentre potrebbe essere difficile dimostrare la necessità e la liceità dell'accesso alla banca dati, in funzione dello scopo, se manchino modalità definite specificamente da un accordo. In sostanza, l'uso può considerarsi certamente normale se i termini della licenza consentano preventivamente l'estrazione e la successiva analisi dei dati. In caso diverso, la vaghezza del concetto di normale impiego potrebbe fungere da condizione ostativa al data mining¹¹⁹, con il rischio che il titolare del diritto neghi questo genere di utilizzo, aprendo con ciò la via a contenziosi e tempi per la loro risoluzione che possono scoraggiare la ricerca.

La disposizione è considerata come l'unica eccezione obbligatoria della direttiva Database¹²⁰, ma, a rigor di logica, essa, più che eccezione o limitazione, sembra rappresentare un limite connaturato al diritto stesso.

Intendono bene, dunque, quegli autori che scorgono un'apertura alla data analysis che si avvale di banche di dati proprietarie, quando si offra un'interpretazione della nozione di «impiego normale» nella quale rientri l'estrazione di testo e dati sul contenuto di una banca dati, sia essa autoriale o *sui generis*¹²¹.

Infine, per quanto concerne l'estrazione o il reimpiego di una parte non sostanziale della banca dati, l'individuazione del regime al quale questa attività soggiace richiede una puntualizzazione sul fondamento costitutivo del diritto *sui generis*, e sul significato di «parte sostanziale», concetti strettamente interconnessi tra loro.

L'accesso di risultati di questo tipo alla tutela *sui generis* dipende, quale requisito unico¹²², in base agli artt. 7 e 10, par. 3, dir. 96/9, dall'«investimento sostanziale, valutato in termini qualitativi o quantitativi», che la realizzazione del risultato abbia richiesto¹²³.

L'investimento compiuto dal costituente rappresenta quindi l'elemento essenziale per la tutela, con la quale si determina una forma di «appropriazione» del dato, a vantaggio del «costituente», nel senso di persona

¹¹⁹ In questo senso J. P. TRIAILLE ET AL., *op. cit.*, p. 75; v. anche C. GEIGER ET AL., *op. ult. cit.*, pp. 823-824.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ *Ibid.*

¹²² Cfr. C. SGANGA, *op. ult. cit.*, p. 661.

¹²³ Per approfondimenti sull'investimento quale requisito di accesso al diritto *sui generis*, v. M. BERTANI, *Impresa culturale e diritti esclusivi*, cit., p. 338 ss.; nonché G. GUGLIELMETTI, *La tutela delle banche dati con diritto sui generis nella direttiva 96/9/CE*, in *Contr. impr. Europa*, 1997, p. 184; ID., *Commento all'art. 5*, in AA.VV., *Attuazione della direttiva 96/9/CE relativa alla tutela giuridica delle banche dati*, cit., p. 1241.

(fisica o giuridica¹²⁴) che assume l'iniziativa e il rischio degli investimenti¹²⁵. L'investimento sostanziale viene articolato nel considerando n. 7 nel senso di un impegno di «considerevoli risorse umane, tecniche e finanziarie», e considerato nella logica di contrasto al *free-riding*¹²⁶.

È stato tuttavia rilevato che difetta una definizione compiuta, e può osservarsi che la sua enucleazione, in specie rispetto alla rilevanza in termini qualitativi o quantitativi, è stata a lungo oggetto di un ampio dibattito dottrinale¹²⁷.

Per dare concretezza alle definizioni della direttiva, in specie a quelle relative all'investimento e alla «parte sostanziale» del contenuto della banca dati, è stato essenziale il contributo della giurisprudenza della Corte di giustizia.

Per il primo aspetto è stato di fondamentale importanza l'intervento «contenitivo» della Corte, che in *Fixtures Marketing Ltd*¹²⁸, dopo aver fornito una interpretazione della nozione di banca dati¹²⁹, identifica l'investimento sostanziale nel senso che «la valutazione quantitativa fa riferimento a mezzi quantificabili numericamente», mentre la valutazione qualitativa va intesa come «sforzi non quantificabili, quali uno sforzo intellettuale o un dispendio di energie¹³⁰».

L'investimento, altresì, deve riguardare l'attività con cui i dati vengono raccolti e successivamente organizzati nella banca di dati, e non il momento della creazione dei singoli dati.

La Corte di Lussemburgo, inoltre, ha provveduto a puntualizzare lo scopo della direttiva, affermando che l'obiettivo primario è quello di «incentivare e tutelare gli investimenti nei sistemi di “memorizzazione” e “gestione” dei dati che contribuiscono allo sviluppo del mercato delle informazioni¹³¹» e che, pertanto, obiettivo del diritto *sui generis* è quello di «garantire una tutela contro l'appropriazione dei risultati dell'investimento

¹²⁴ Cfr. V. FALCE, *L'insostenibile leggerezza*, cit., p. 390, nt. 64, ove specificazioni sulla qualità del costituente; nonché C. SGANGA, *op. ult. cit.*, p. 661.

¹²⁵ V. considerando n. 41, dir. 96/9.

¹²⁶ Con la specificazione che «è possibile copiarle o accedervi ad un costo molto più basso rispetto a quello richiesto per crearle autonomamente».

¹²⁷ Cfr. E. DERCLAYE, *Database sui generis right: what is a substantial investment? A tentative definition*, in *IIC*, 36, 2005, p. 2 ss.

¹²⁸ Corte giust. UE, 9 novembre 2004, *Fixtures Marketing Ltd e Oy Veikkaus Ab*, C-46/02.

¹²⁹ *Ibid.*, §32: «qualsiasi raccolta che comprenda opere, dati o altri elementi, separabili gli uni dagli altri senza che venga per questo intaccato il valore del loro contenuto, e che comporti un metodo o un sistema, di qualunque natura esso sia, che consenta di ritrovare ciascuno dei suoi elementi costitutivi».

¹³⁰ *Ibid.*, §46.

¹³¹ *Ibid.*, §39.

finanziario e professionale effettuato dal soggetto che ha “ottenuto e raccolto il contenuto” di una banca di dati¹³²».

Rispetto alla nozione di parte sostanziale, in *BHB*¹³³ la Corte ha individuato l’aspetto quantitativo nella misura in cui esso attiene al volume dei dati estratti e/o reimpiegati della banca di dati, da valutare rispetto al contenuto totale, e ha altresì correlato strettamente questa misura all’investimento¹³⁴.

Anche l’aspetto qualitativo viene peraltro collegato all’attività imprenditoriale di costituzione della banca dati, nel suo riferirsi alla «rilevanza dell’investimento collegato al conseguimento, alla verifica o alla presentazione del contenuto dell’oggetto dell’operazione di estrazione e/o di reimpiego, indipendentemente dal fatto che tale oggetto rappresenti una parte quantitativamente sostanziale del contenuto generale della banca di dati tutelata».

La rilevanza congiunta della dimensione qualitativa e di quella quantitativa comporta una restrizione di ciò che può intendersi per «parte non sostanziale». Infatti, anche «una parte quantitativamente trascurabile del contenuto di una banca di dati può [...] rappresentare, in termini di conseguimento, di verifica o di presentazione, un considerevole investimento umano, tecnico o finanziario¹³⁵».

Pertanto, il punto di vista da adottare per poter valutare se l’estrazione o il reimpiego di una banca dati attenga a una parte sostanziale della stessa è quello, principalmente, dell’impatto di tali condotte sugli interessi economici del costituente¹³⁶.

In tutti i casi, anche in questa chiave di lettura, è legittimato all’estrazione o al reimpiego di parti non sostanziali solo l’utente legittimo della banca dati. D’altro canto, va sottolineato che l’art. 7, par. 5, dir. 96/9, impedisce le attività di estrazione e/o reimpiego che siano ripetute e sistematiche, al fine di evitare che la somma di più attività lecite si trasformi in un’elusione del divieto di estrazione di parti sostanziali¹³⁷.

Alla luce di quanto si è sin qui precisato, le attività di data analysis svolte attraverso banche dati *sui generis* potrebbero quindi configurarsi come

¹³² *Ibid.*, §41.

¹³³ Corte giust. UE, 9 novembre 2004, *BritishHorseracing Board (BHB) Ltd c. William Hill*, C-203/02.

¹³⁴ *Ibid.*, §70: «se un utente estrae e/o reimpiega una parte quantitativamente rilevante del contenuto di una banca la cui costituzione ha richiesto l’impiego di mezzi rilevanti, l’investimento relativo alla parte estratta e/o reimpiegata è, proporzionalmente, anche esso rilevante»

¹³⁵ *Ibid.*, §71.

¹³⁶ In questi termini, C. SGANGA, *op. cit.*, p. 675.

¹³⁷ Sul significato dell’art. 7, par. 5, dir. 9/96, v. E. DERCLAYE, *The Legal Protection of Databases: A Comparative Analysis*, Edward Elgar, 2008, p. 111.

“libere”, ove l’utilizzo che viene fatto della banca dati venga considerato alla stregua di un suo “impiego normale”, ovvero qualora il risultato del procedimento svolto si apprezzi come estrazione o reimpiego di parte non sostanziale di essa¹³⁸. In altri termini, l’attività di analisi sarà illecita se l’output di essa possa apprezzarsi come prodotto in concorrenza con l’utilizzazione economica del risultato protetto d’origine.

Rifacendosi a quanto si è specificato (v. *supra*, §2) sul processo di data analysis e sulle operazioni di text and data mining che in esso si rendono necessarie, appare tuttavia difficile darne una valutazione nei termini appena prospettati. Per risultare legittima, l’utilizzazione del dato che deriva dalla sua estrazione e successiva analisi, non dovrebbe infatti porsi in contrasto con la riserva di utilizzazione della banca dati, il che è possibile solo in quanto dati e informazioni estratti ed elaborati assumano un significato nuovo e diverso, del tutto autonomo rispetto a quello che rivestono nel contesto della banca dati nella quale erano originariamente contenute. Per questo aspetto merita attenzione la diversa disciplina statunitense (sulla quale v. *ultra*, cap. III, §2.2).

I contatti tra la data analysis e la tutela delle banche dati richiedono, in conclusione, una riflessione di sintesi.

A più di venticinque anni dalla direttiva, l’esperienza e le riflessioni compiute dalla Commissione a soli dieci anni da essa¹³⁹, confortate da un successivo studio del 2018¹⁴⁰, hanno messo in luce, in primo luogo, che il diritto *sui generis* non ha dato i frutti sperati¹⁴¹. È stato infatti accertato che nessun incremento significativo degli investimenti settoriali e di aumento della competitività si è verificato entro i confini europei, specie in rapporto al mercato statunitense¹⁴².

Sotto un diverso risvolto, si è poi rilevato che rispetto all’estrazione di testi e dati, il diritto attribuito al costituente rischia di compromettere significativamente le attività di ricerca che si sviluppano con tecniche di data analysis, rappresentando per esse una barriera quasi insuperabile senza negoziazioni individuali. L’approssimarsi del diritto *sui generis* a una

¹³⁸ E a quest’ultimo fine servirebbe più chiarezza nei criteri di valutazione del pregiudizio arrecato all’investimento del costituente.

¹³⁹ DG Internal Market and Services Working Paper, First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of database, 12 dicembre 2005.

¹⁴⁰ Study in support of the evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases, Luxembourg, Publications Office of the European Union.

¹⁴¹ Cfr. C. SGANGA, *Ventisei anni di direttiva database alla prova della nuova strategia europea per i dati: evoluzioni giurisprudenziali e percorsi di riforma*, in *Dir. inf.*, 2022, p. 651 ss.

¹⁴² Cfr. DG Internal Market and Services Working Paper, First evaluation of Directive 96/9/CE on the legal protection of database, §4.4.

proprietarizzazione dei dati e delle informazioni¹⁴³ ha condotto da tempo la Commissione stessa a riflettere non solo su revisioni della disciplina, ma sulla possibile eliminazione *tout court* del diritto a favore del costituente¹⁴⁴.

La direttiva Database e il diritto *sui generis*, quindi, non solo non hanno sufficientemente supportato la crescita degli investimenti e la concorrenza nel mercato interno¹⁴⁵, ma si mostrano oggi oltremodo inadeguate a rispondere alle esigenze della *data-driven economy*¹⁴⁶, dettando norme inefficienti rispetto allo sviluppo di tecniche di data analysis funzionali al progresso scientifico, tecnologico e culturale, per il che soccorrono soltanto le nuove eccezioni di text e data mining.

5.5. (segue) *La data analysis e i programmi per elaboratore.*

– Non ha suscitato in dottrina il medesimo interesse delle banche dati il rapporto tra la data analysis e la disciplina dei programmi per elaboratore. È chiaro, infatti, che la tutela del software, a differenza di quella delle banche dati, non rappresenta l'ostacolo principale alla data analysis. Tuttavia, i tratti dell'esclusiva autoriale sul software possono anch'essi rappresentare un impedimento alle riproduzioni ottenute tramite l'estrazione di testo e di dati.

È ben noto che il software ha rappresentato il primo esempio di opere per le quali è stata superata la dimensione creativa quale presupposto di accesso alla tutela autoriale e di considerazione normativa di risultati anche solo funzionalmente utili.

Proprio il carattere strettamente utilitaristico di questa creazione, dal quale potrebbero originarsi forme di iperprotezione dei dati e delle informazioni in essa contenute¹⁴⁷, ha indotto il legislatore a regole mirate a evitare che la proprietà intellettuale sul software potesse essere ragione di *dominium* sui dati e, più in generale, sui contenuti.

Nella riconduzione dei programmi per elaboratore a forme di creazione intellettuale *sub specie* di opera letteraria¹⁴⁸, il legislatore ha avuto quindi cura di ribadire il principio fondamentale secondo il quale «le idee e i

¹⁴³ *Ibid.*, §5.2.

¹⁴⁴ *Ibid.*, §6.2. Ipotesi condivisa anche da V. FALCE, *L'insostenibile leggerezza delle regole sulle banche dati nell'Unione dell'innovazione*, in *Riv. dir. ind.*, 2018, I, p. 402; ID., *La disciplina comunitaria sulle banche dati*, cit., p. 248 ss.

¹⁴⁵ In questi termini, V. FALCE, *L'insostenibile leggerezza*, cit., p. 402, alla quale si rinvia anche per riferimenti bibliografici.

¹⁴⁶ Spunti analoghi vengono valorizzati da C. GALLI, M. BOGNI, *I requisiti per la tutela IP dei Big Data*, in *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, a cura di Ghidini e Falce, Milano, 2018, p. 93 ss., nel tentativo di ricondurre il fenomeno dei big data alla proprietà intellettuale, e, specialmente alla tutela delle banche di dati.

¹⁴⁷ V. G. NOTO LA DIEGA, *Le idee e il muro del suono*, cit., p. 545.

¹⁴⁸ V. art. 1, par. 1, dir. 2009/24/CE, nonché art. 1, comma 2°, l. aut.

principi alla base di qualsiasi elemento di un programma per elaboratore, compresi quelli alla base delle sue interfacce, non sono tutelati dal diritto d'autore¹⁴⁹».

Pertanto, si è cercato di fare salvi i principi, in via legislativa e in via interpretativa¹⁵⁰, poiché la scelta di introdurre una siffatta esclusiva ha richiesto più volte la riconduzione a sistema dell'intera disciplina, per evitare che essa possa incidere negativamente sulla libertà di diffusione e circolazione delle informazioni¹⁵¹.

¹⁴⁹ Art. 1, par. 2, dir. 2009/24/CE; v. altresì l'art. 2, n. 8, l. aut. La normativa europea, nello specifico non si limita a ricordare detti principi, ma li ancora, come si è anticipato e com'è noto, alla codificazione che essi hanno assunto in ambito internazionale, sussumendo la fattispecie di programma per elaboratore – più da un punto di vista politico che per contiguità degli elementi contenutistici – a quella di opera dell'ingegno di natura letteraria ai sensi della Convenzione di Berna. Si veda, a tal proposito, l'art. 10, par. 1, dell'Accordo TRIPs, per il quale «i programmi per elaboratore, in codice sorgente o in codice oggetto, sono protetti come opere letterarie ai sensi della Convenzione di Berna». Quest'ultima disposizione permette di rammentare la nota distinzione tra codice sorgente, che attiene al messaggio rivolto al programmatore, e il codice oggetto, invece leggibile solo dalla macchina, includendo nella tutela autoriale entrambe le forme. Cfr. L. MARCHEGANI, *op. cit.*, p. 130 ss.; P. FRASSI, *Creazioni utili e diritto d'autore*, cit., p. 17 ss.; G. GUGLIELMETTI, *L'invenzione di software*, cit., p. 188; G. CAVANI, *Oggetto della tutela*, in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *La legge sul software, commentario sistematico*, Milano, 1994, p. 1 ss., ma, è utile chiarire che, nonostante la scelta del legislatore internazionale, l'equiparazione alle opere letterarie dei programmi per elaboratore funziona, teoricamente, solo per il codice sorgente, giacché la scelta del programmatore è, in un certo senso, più libera rispetto a quella della macchina; eppure, è pacifico in dottrina che non si possa parlare di un superamento vero e proprio della dicotomia idea-espressione e che anche in questo caso l'esclusiva non abbracci il contenuto e, appunto, le idee, in quanto mera *fictio juris*. Ma, a riguardo, v. già R. PARDOLESI, *op. cit.*, p. 299, che parlava di superamento della «barriera del suono», nel senso di un adattamento dei principi *supra* citati alla fattispecie dei programmi per elaboratore; di recente, nel medesimo senso, G. NOTO LA DIEGA, *Le idee e il muro del suono. I programmi per elaboratore nella più recente giurisprudenza europea*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, II, p. 579 ss.; L. MARCHEGANI, *I diritti sulle opere "utili"*, cit., p. 131.; G. SENA, *Considerazioni sulla proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 1994, I, p. 5 ss.

¹⁵⁰ P. AUTERI, *Diritto di autore. L'oggetto*, in AA. VV., *Diritto industriale, proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., pp. 648-649.

¹⁵¹ Esigenza ritenuta prioritaria nel bilanciamento dei diversi interessi in gioco da P. AUTERI, *op. ult. cit.*, p. 649; in termini fortemente critici, L. NIVARRA, *La proprietà Europea tra controriforma e «rivoluzione passiva»*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 624, per il quale questi fenomeni di iperprotezione avente ad oggetto

A tal proposito, merita di essere segnalata la pronuncia della Corte di giustizia nel caso *SAS*, nella parte in cui precisa che «ammettere che la funzionalità di un programma per elaboratore possa essere tutelata dal diritto d'autore equivarrebbe ad offrire la possibilità di monopolizzare le idee, a scapito del progresso tecnico e dello sviluppo industriale¹⁵²».

È sulla base di questi timori che ha trovato avvio l'insorgere di iniziative "aperte", note come open source¹⁵³, finalizzate all'incentivazione dello sviluppo tecnologico informatico. Questi movimenti, in particolare, nonostante si inseriscano perfettamente nelle logiche proprietarie aventi a oggetto il software, allo stesso tempo ne garantiscono la modifica e la riproduzione da parte di chiunque¹⁵⁴.

La stretta interconnessione tra il rilievo tecnico del software e la possibile funzione della tutela a forme di appropriazione delle idee ha motivato, altresì, disposizioni che sono state viste quali possibili vie per l'ingresso della data analysis nel nostro ordinamento, indipendentemente dall'introduzione di singole eccezioni.

Infatti, proprio in ragione della già ricordata paventata trasformazione delle opere dell'ingegno in meri dati, è da condividere la constatazione per la quale le estrazioni di testo e di dati andrebbero assimilate alle operazioni di

la proprietà intellettuale sono una «potente modalità di accumulazione del capitale ai danni di beni comuni quali la conoscenza e l'informazione».

¹⁵² Corte giust. UE, 2 maggio 2012, *SAS Institute Inc. v World Programming Ltd*, C-406/10, §40; per un'ampia analisi della sentenza, v. G. NOTO LA DIEGA, *op. cit.*, p. 567 ss.

¹⁵³ Sul tema, cfr. *amplius* P. GALLI, *Introduzione agli artt.64-bis-64-quater l. aut.*, in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve*, cit., p. 1852 ss., al quale può rinviarsi anche per la vasta bibliografia.

¹⁵⁴ Sul fenomeno open source e l'appartenenza dell'opera, v. *ex plurimis* E. LOFFREDO, *Open source e appartenenza del software*, in *AIDA*, 2004, p. 67 ss. Sull'estensione di queste iniziative anche alle privative industriali, in particolare rispetto ai trovati brevettabili, ambito nel quale si connotano come open patenting, cfr. M. MAGGIOLINO, M. L. MONTAGNANI, *Brevetti "aperti": licenze standardizzate per lo scambio e la diffusione della conoscenza*, in Aa.Vv. (a cura di), *Confini e fronti dell'innovazione biotecnologica per la proprietà intellettuale*, Milano, 2014, p. 157 ss., ove ampi riferimenti bibliografici; V. FALCE, *I fronti della ricerca applicata. Verso un equilibrio nel settore biotecnologico*, *ivi*, p. 183 ss. Sull'applicazione delle iniziative "aperte" al contesto della pandemia da COVID-19, v. K. WALSH, A. WALLACE, M. PAVIS, N. OLSZOWY, J. GRIFFIN, N. HAWKINS, *Intellectual Property Rights and Access in Crisis*, in *IIC*, 2021, p. 379 ss. Per un esempio operativo può richiamarsi, a titolo esemplificativo, l'iniziativa *Open COVID Pledge* (<https://opencovidpledge.org/>).

*reverse engineering*¹⁵⁵, trovando giustificazione nelle norme che consentono lo studio del software, in vista del suo sviluppo, e la loro legittimazione dipenderebbe, più che da mere eccezioni o limitazioni, a dei limiti connessi al diritto d'autore.

Com'è noto, gli artt. 64-ter e 64-quater, l. aut., di attuazione della direttiva Software¹⁵⁶, liberalizzano l'attività di riproduzione del codice del programma di elaboratore (e la sua traduzione) allorché essa sia compiuta, nel primo caso, per l'osservazione, lo studio o per sottoporre a prova il funzionamento del programma «allo scopo di determinare le idee ed i principi su cui è basato ogni elemento del programma stesso»; nel secondo caso, specificamente in tema della decompilazione del software, gli atti di riproduzione sono leciti se compiuti per ottenere informazioni necessarie al conseguimento dell'interoperabilità di un programma per elaboratore creato autonomamente con altri programmi¹⁵⁷.

L'aspetto rilevante è che il legislatore europeo, per quanto attiene alla mera analisi del programma, subordina sì tale attività alla sussistenza di un legittimo accesso, ma non richiede alcuna ulteriore autorizzazione da parte del titolare del diritto¹⁵⁸. Una soluzione diametralmente opposta a quella che si vedrà essere adottata dall'art. 4, della direttiva 2019/790.

È stato opportunamente rilevato che le disposizioni che riguardano il *reverse engineering* risponderebbero alla esigenza di non includere nel perimetro dell'esclusiva quelle «opere o parti di opere che per la particolare funzione culturale loro assegnata divengono incapaci di varianti espressive», poiché «per poter svolgere questa funzione richiedono di essere ripetute *telles quelles*, trasformandosi da mere forme a vere e proprie informazioni¹⁵⁹». Cioché l'art. 64-quater sarebbe espressione «non (tanto) [di] un'utilizzazione libera, ma (specialmente) una regola puntuale (ricavabile già

¹⁵⁵ Così A. MUSSO, *Eccezioni e limitazioni ai diritti d'autore nella direttiva UE n. 790/2019*, in *Dir. inf.*, 2020, p. 411 ss., spec. 416 ss.

¹⁵⁶ In particolare, v. artt. 5 e 6, della direttiva 2009/24/CE.

¹⁵⁷ Sulle condizioni della decompilazione lecita e conseguente utilizzazione delle informazioni ottenute v. P. GALLI, *Sub art. 64-quater l. aut.*, in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve*, cit., p. 1864 ss.; G. GUGLIEMMETTI, *Analisi e decompilazione dei programmi*, in *La legge sul software, Commentario sistematico*, cit., p. 154 ss. Sui profili giuseconomici del *reverse engineering* v. P. SAMUELSON, S. SCOTCHMER, *The Law and Economics of Reverse Engineering*, in *Yale L. J.*, 2002, p. 1575 ss.

¹⁵⁸ Viene espressamente stabilito, invece, il carattere imperativo delle disposizioni.

¹⁵⁹ Così M. BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, cit., p. 113, che considera l'esigenza emersa non solo dall'art. 64-quater, l. aut., citato, ma, altresì, a titolo di esempio, dagli atti normativi, amministrativi e giudiziari *ex art. 5, l. aut.*, esentati dall'area delle forme proteggibili.

dai principi espressi dall'art. 1 l.a.¹⁶⁰». Non si tratta, dunque, di limitazione in senso stretto, ma di limite intrinseco al diritto d'autore¹⁶¹.

Allo stesso modo, sarebbe stato più opportuno valorizzare la natura tecnica e trasformativa della data analysis, prendendo come modello di riferimento proprio le disposizioni in tema di decompilazione e analisi del software, poste a presidio della libertà di accesso all'idea e alla mera informazione contenute nel programma per elaboratore.

6. *Il precedente trattamento giuridico del text and data mining in alcuni ordinamenti stranieri e l'approvazione della direttiva 2019/790.* – L'esame che si è svolto sinora sulle interferenze tra la disciplina anteriore all'approvazione della direttiva 2019/790 e la data analysis hanno posto in evidenza i limiti che quest'ultima incontra nella utilizzazione di opere dell'ingegno in titolarità altrui, come anche hanno rivelato un ampio margine di oscurità delle disposizioni sulle libere utilizzazioni, che impedisce agli interessati di avere certezza sulle condizioni di liceità dello svolgimento della data analysis, specie nei contesti didattici e della ricerca scientifica.

È a questi limiti che in diversi Paesi stranieri, anche al di fuori dei confini dell'Unione Europea, si è cercato di dare risposta attraverso specifiche disposizioni.

Infatti, la consapevolezza del valore e dell'utilità del text and data mining per l'innovazione computazionale¹⁶² già da tempo ha spinto diversi Stati a prevedere regole espresse per consentire un "diritto di analisi" algoritmiche, al fine di consentire uno sviluppo del *machine learning* e delle sue dirette applicazioni.

In questo senso si è mosso il Regno Unito, che nel 2014¹⁶³ ha introdotto un'eccezione di text and data mining per le ipotesi di «computational analysis of anything recorded in the work for the sole purpose of research for a non-commercial purpose», con la condizione che la copia realizzata abbia un «sufficient acknowledgement (unless this would be impossible for reasons of practicality or otherwise)».

¹⁶⁰ P. GALLI, *op. ult. cit.*, p. 1864.

¹⁶¹ Per un migliore apprezzamento delle sfumature di questa distinzione, v. P. AUTERI, *Diritto di autore. Il contenuto del diritto di autore*, in AA. VV., *Diritto industriale*, cit., p. 722; e già M. FABIANI, *La nozione di uso personale nel diritto d'autore nei confronti delle possibilità offerte dalla tecnica moderna di utilizzazione delle opere dell'ingegno*, in *IDA*, 1955, p. 176 ss.

¹⁶² Cfr. D. GERVAIS, *Exploring the interfaces between Big Data and Intellectual Property Law*, in *JIPITEC*, 2019, p. 22 ss.

¹⁶³ Cfr. i Copyright and Rights in Performances (Research, Education, Libraries and Archives) Regulations 2014, No. 1372 che hanno emendato il Copyright Design and Patents Act del 1988, introducendo alla Section 29A l'eccezione di TDM.

La legislazione francese, a sua volta, nel 2016¹⁶⁴ ha introdotto eccezioni di TDM in caso di utilizzo sia di opere dell'ingegno sia di banche di dati; anche l'ordinamento tedesco nel 2017 ha provveduto a modificare l'*Urheberrechtsgesetz* per introdurre un'eccezione in caso di «analisi automatizzata di un largo numero di opere dell'ingegno per finalità di ricerca scientifica» e per scopi non commerciali¹⁶⁵. Disposizioni simili sono state introdotte in Estonia¹⁶⁶ e in Giappone¹⁶⁷, e recenti istanze a favore dell'introduzione di eccezioni di questo genere sono maturate anche in altri Paesi¹⁶⁸.

Le scelte sono prevalentemente orientate a regolamentare la data analysis rivolta alla ricerca scientifica, specie per i Paesi vincolati dall'armonizzazione europea, con isolate, ma sempre crescenti (e per certi versi opposte) soluzioni a favore della legittimazione dell'analisi computazionale per qualunque scopo, come nel caso giapponese. Lo stesso dicasi per la recente decisione del Regno Unito, che nell'adeguamento del

¹⁶⁴ Cfr. l'art. 38, della legge n. 2016-1231, che ha emendato l'art. L122-5 e l'art. L342-3, del *Code de la propriété intellectuelle*. Sul punto, C. GEIGER, *op. cit.*, p. 830.

¹⁶⁵ Cfr. l'art. 60d, sul quale v. D. GERVAIS, *Exploring the interfaces between Big Data and Intellectual Property Law*, cit., p. 30.

¹⁶⁶ Art. 19(3) della legge sul diritto d'autore estone, sul quale v. C. GEIGER ET AL., *Text and Data Mining in the Proposed Copyright Reform*, cit., p. 831.

¹⁶⁷ Cfr. Artt. 30-4 e 47-5, della legge sul diritto d'autore giapponese, la cui traduzione inglese è reperibile al link <https://www.cric.or.jp/english/clj/cl2.html>, recentemente hanno introdotto, in particolare, un'eccezione ai fini della data analysis, intesa come «the extraction, comparison, classification, or other statistical analysis of the constituent language, sounds, images, or other elemental data from a large number of works or a large volume of other such data». Specificamente sul punto v. T. UENO, *The Flexible Copyright Exception for "Non-Enjoyment" Purposes. Recent Amendment in Japan and Its Implication*, in *GRUR Int.*, 2021, p. 145 ss.

¹⁶⁸ È il caso delle sezioni 234-244, della legge sul diritto d'autore di Singapore: v. a riguardo D. TAN, *Designing Future-Ready Copyright Regime in Singapore: Quick Wins and Missed Opportunities*, in *GRUR Int.*, 2021, p. 1131 ss. Per quanto riguarda il sistema australiano v. Cfr. R. MATULIONYTE, *Australian Copyright Law impedes the development of Artificial Intelligence: what are the options?*, in *IIC*, 2021, p. 417 ss. Per gli ordinamenti sudamericani si veda l'analisi di M. J. BERTÒN, *Text and Data Mining Exception in South America: A Way to Foster AI Development in the Region*, in *GRUR Int.*, 2021, p. 1145 ss. Infine, sulla Cina v. T. HE, *Copyright Exceptions Reform and AI Data Analysis in China: A Modest Proposal*, in *Artificial Intelligence and Intellectual Property*, a cura di Lee, Hilty e Liu, Oxford, 2021, p. 196 ss.

proprio ordinamento alla realtà post-Brexit, ha deciso di intervenire nuovamente sulla questione. Il tema verrà esaminato *infra*, cap. III, §4.

Non ha richiesto alcun intervento normativo, invece, il sistema statunitense, nel quale la “legittimazione” della data analysis avviene per mezzo della clausola del *fair use*, come verrà evidenziato *infra*, cap. III, §2.2.

Anche all’interno degli Stati membri si registrava, dunque, l’esigenza sempre più impellente di liberalizzare l’analisi computazionale per mezzo di tecniche di TDM, al punto che la Commissione Europea, nel 2015¹⁶⁹, si è fatta carico di promuovere l’iniziativa per l’introduzione di una regola armonizzata come eccezione di text and data mining.

In particolare, la Commissione aveva rilevato che «l’assenza di disposizioni chiare a livello dell’UE sull’uso del TDM ai fini della ricerca scientifica genera incertezze nella comunità dei ricercatori», e che «ciò va a discapito della competitività dell’Unione e della sua leadership scientifica in un momento in cui le attività di ricerca e innovazione nell’UE devono essere svolte sempre di più attraverso la collaborazione transfrontaliera e interdisciplinare e su scala più ampia, in risposta alle grandi sfide sociali che intendono affrontare».

Conseguentemente, nel 2016, la Commissione ha formulato una proposta di direttiva per la modernizzazione del diritto d’autore. Nell’*impact assessment*¹⁷⁰ di accompagnamento alla proposta figuravano, con riguardo al TDM, quattro possibili strade percorribili: i) sviluppare le iniziative di auto-regolamentazione da parte delle industrie coinvolte senza modificare il quadro normativo; ii) introdurre un’eccezione imperativa per il TDM senza scopo di lucro riguardante l’attività di ricerca scientifica; iii) introdurre un’eccezione imperativa per il TDM per finalità di ricerca scientifica, limitata ai soli organismi di ricerca, con la possibilità di utilizzo anche in caso di scopo di lucro; iv) introdurre un’eccezione di TDM imperativa, applicabile a chiunque (sia imprese private che pubbliche) abbia un accesso legittimo che copra il TDM per finalità di ricerca scientifica¹⁷¹.

La scelta della Commissione, così come formulata originariamente nella proposta di direttiva, si era orientata nel senso della soluzione indicata sopra *sub* iii), e aveva previsto un’unica eccezione imperativa che potesse permettere agli organismi di ricerca di riprodurre ed estrarre liberamente

¹⁶⁹ Commissione Europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni-Verso un quadro normativo moderno e più europeo sul diritto d’autore, 2015, COM(2015)/626final. Sugli sviluppi preliminari e sugli interessi nella promozione della direttiva v. S. LAVAGNINI, *La direttiva digital copyright: evoluzione normativa e interessi in campo*, in *AIDA*, 2019, p. 208 ss.

¹⁷⁰ *Commission Staff Working Document, Impact Assessment on the modernisation of EU copyright rules, part 1*, SWD(2016)301.

¹⁷¹ Cfr. *Commission Staff Working Document*, cit., §4.3.2.

opere o materiale di cui avessero legalmente accesso, solo ed esclusivamente per scopi di ricerca scientifica¹⁷².

La proposta è stata da subito oggetto di critiche da parte della dottrina, in particolar modo per la restrizione dei soggetti beneficiari ai soli organismi di ricerca¹⁷³, per la previsione del solo scopo di ricerca scientifica, nonché per il presupposto del *lawful access*¹⁷⁴, benché non limitatamente a impieghi escludenti lo scopo di lucro.

Alla proposta hanno fatto seguito emendamenti avanzati dalle singole commissioni interne al Parlamento europeo¹⁷⁵, tra i quali rileva in particolare il parere della Commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori (IMCO), nel quale si riteneva da chiarire che nessuna autorizzazione dovesse risultare necessaria nel caso in cui il TDM fosse svolto in relazione a meri fatti o dati non protetti da copyright («Il diritto di lettura equivale infatti al diritto di estrazione¹⁷⁶»).

Il testo approvato dal Parlamento europeo ha inciso in misura sensibile sull'eccezione proposta dalla Commissione. Anzitutto per l'estensione dei soggetti beneficiari, tra i quali sono stati inclusi non solo gli organismi di ricerca, ma anche gli istituti di tutela del patrimonio culturale che conducano ricerca scientifica. In quella sede è stato altresì proposto e approvato un emendamento che faceva salve le eccezioni o limitazioni già in vigore nei singoli Stati membri, purché nei limiti delle eccezioni e limitazioni proposte nella direttiva¹⁷⁷.

¹⁷² V. art. 3, della Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, del 14 settembre 2016, COM(2016)593 final.

¹⁷³ V. E. ROSATI, *op. cit.*, p. 31.

¹⁷⁴ Cfr. C. GEIGER ET AL., *op. cit.*, pp. 835-838. Per ulteriori commenti sulla proposta, v. E. ROSATI, *An EU text and data mining exception for the few: would it make sense?*, in *JIPLP*, 2018, p. 429 ss.; B. RAUE, *Free flow of data? The friction between the Commission's European data economy initiative and the proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market*, in *IIC*, 2018, p. 379 ss.

¹⁷⁵ Vedi E. ROSATI, *Text and data mining for the purposes of scientific research*, *cit.*, pp. 31-33.

¹⁷⁶ V. in particolare, l'Emendamento 5 del Parere della commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori destinato alla commissione giuridica sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto d'autore nel mercato unico digitale (COM(2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD)), 14 giugno 2017 con relatore Catherine Stihler; sul punto, v. E. ROSATI, *op. ult. cit.*, p. 32, che riporta l'affermazione per cui «the right to read is in effect the same as the right to mine», già emersa nel contesto del dialogo all'interno dell'UE tra i vari stakeholder dal titolo *Licences for Europe*.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

Infine, si devono al testo proposto dal Consiglio, nell'ambito delle negoziazioni trilaterali, le modifiche più rilevanti, che hanno poi portato all'approvazione nella formulazione finale. In particolare, la previsione di un'eccezione o limitazione aggiuntiva e imperativa, benché temperata da un *opt out*, a favore di tutti i soggetti (non solo enti pubblici), al fine di salvaguardare le estrazioni e le riproduzioni per il TDM compiute su opere dell'ingegno o altro contenuto protetto, ai quali si abbia legalmente accesso¹⁷⁸.

Così, il 17 aprile del 2019 è stata approvata la direttiva (UE) 2019/790, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel Mercato Unico Digitale, con la quale sono state introdotte, agli artt. 3 e 4, due eccezioni (nel secondo caso è rimessa agli Stati membri la scelta tra predisporre una eccezione o una limitazione), in caso di estrazione di testo e di dati.

Gli obiettivi cui tende la direttiva sono, in specie, quello di «adeguare e completare l'attuale quadro dell'Unione sul diritto d'autore salvaguardando un elevato livello di protezione del diritto d'autore e dei diritti connessi»¹⁷⁹, attraverso «norme miranti ad adeguare talune eccezioni e limitazioni [...] all'ambiente digitale e al contesto transfrontaliero¹⁸⁰». Nello specifico di quanto qui interessa, è risultato «opportuno risolvere la situazione di incertezza giuridica relativamente all'estrazione di testo e di dati» (considerando n. 11), poiché le disposizioni che consentono l'uso delle opere e dei risultati protetti con finalità di ricerca scientifica sono «facoltative e non pienamente adeguate all'utilizzo delle tecnologie nel settore della ricerca scientifica» (considerando n. 10).

Riemerge, quindi, anche a questo riguardo l'andamento ciclico che è stato osservato rispetto alle regole sulla proprietà intellettuale, per le quali l'innovazione tecnologica riporta a galla problemi antichi (o meno recenti¹⁸¹), e impone nuove risposte.

In questo caso, sulle scelte attuali del legislatore ha pesato la capacità delle moderne tecniche di data analysis di dare “nuovo valore” o utilità alle informazioni e ai dati, reso possibile dall'estrazione di testo e dati.

¹⁷⁸ *Ibid.*, pp. 33-34.

¹⁷⁹ Considerando n. 3.

¹⁸⁰ *Ibidem.*

¹⁸¹ Un problema analogo era sorto nell'ambito della attuazione della direttiva InfoSoc, che ha legittimato l'applicazione di misure tecnologiche di protezione delle opere dell'ingegno, a garantire la tutela autoriale in ragione delle nuove modalità di fruizione per mezzo dell'evoluzione tecnologica. Sul tema, cfr. v. P. SPADA, *Copia privata ed opere sotto chiave*, in *Riv. dir. ind.*, 2002, I, p. 592 ss. R. ROMANO, *L'attuazione della direttiva sul diritto d'autore nella società dell'informazione: tecniche di tutela e diritto della concorrenza*, in *Europa e dir. priv.*, 2003, p. 943 ss.

Si cercherà qui di valutare se e quanto le disposizioni recenti abbiano effettivamente liberalizzato queste operazioni, e se il grado di liberalizzazione conseguito sia adeguato e sufficiente rispetto agli obiettivi del legislatore europeo, da un lato, e soprattutto rispetto alle esigenze di sviluppo dell'innovazione, dall'altro.

In quest'ottica il primo elemento sul quale occorre soffermarsi è la scelta degli artt. 3, par. 1, e 4, par. 1, della direttiva 2019/790, di richiedere l'accesso legittimo alle opere e risultati protetti per coloro che vogliono beneficiare dell'eccezione, ricorrendo al medesimo schema e lessico adoperati per le eccezioni in tema di software e banche dati¹⁸² (artt. 64-ter e 64-sexies, comma 2°, l. aut.), tema che verrà approfondito in seguito (v. *ultra*, cap. II, §4.1).

Di qui, ulteriori filtri all'accesso comportano un irrigidimento e un ispessimento delle tutele assicurate agli utilizzatori. Filtri previsti dall'art. 3, sotto due profili diversi: quello dei soggetti beneficiari (gli organismi di ricerca e gli istituti di tutela del patrimonio culturale) e quello oggettivo della finalità, vincolata alla ricerca scientifica. Anche l'art. 4, nonostante una iniziale e apparente liberalizzazione del TDM non costretta da limiti né soggettivi né oggettivi, comprime l'eccezione, riconoscendo la possibilità per i titolari dei diritti di riservare espressamente l'utilizzo delle proprie opere o di altri materiali.

Già da tempo, con riguardo a soluzioni simili adottate in precedenza dal legislatore, è stato sottolineato in dottrina che a fronte di nuove tecnologie che consentono ulteriori modalità di fruizione delle opere, senza per la verità incidere sul contenuto del diritto, il legislatore europeo si preoccupi di precisare l'esistenza, all'interno dello *ius excludendi*, di una facoltà riservata già insita nel diritto stesso¹⁸³.

Oggi, dietro la scelta di disciplina degli spazi liberi delle attività riconducibili alla data analysis, si colgono considerazioni relative a forme di sfruttamento dell'opera non in quanto tale, nella sua logica creativa e nella sua forma espressiva, ma che toccano i suoi contenuti e il suo portato informativo¹⁸⁴, e in questo il sistema realizzato rischia di strutturarsi, come si è più volte accennato, in termini iper-protezionisti.

¹⁸² «Che costituiscono la matrice culturale di molte delle regole previste dalla direttiva 29/2001», COSÌ R. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 959.

¹⁸³ Cfr. P. SPADA, *op. ult. cit.*, pp. 595-597.

¹⁸⁴ Per un primo commento, v. R. DUCATO, A. STROWEL, *Limitations to Text and Data Mining and Consumer Empowerment: Making the Case for a Right to "Machine Legibility"*, in IIC, 2019, p. 649 ss.; A. STROWEL, *Reconstructing the Reproduction and Communication to the Public Rights: How to Align Copyright with Its Fundamentals*, in B. Hugenholtz (a cura di), *Copyright Reconstructed Rethinking Copyright's Economic Rights in A Time of Highly Dynamic Technological and Economic Change*, Alphen aan den Rijn, 2018, p. 203.

7. *La prospettiva dell'adeguamento delle eccezioni e limitazioni alla realtà tecnologica nelle direttive di modernizzazione del diritto d'autore e dei diritti connessi.* – Prima di affrontare in modo più analitico le nuove disposizioni in tema di TDM sembra ancora necessaria qualche indicazione relativa al contesto normativo e interpretativo nel quale esse vengono a inserirsi.

Il contesto è quello che, prima della direttiva 2019/790, era stato ridelineato dalla direttiva 2001/29, c.d. InfoSoc¹⁸⁵.

Quest'ultima direttiva può considerarsi, infatti, il risultato del tentativo più sistematico di armonizzazione del diritto d'autore europeo, poiché, oltre a (ri)definire, nel nuovo assetto della società e dell'economia dell'informazione, alcuni diritti di utilizzazione economica, quali il diritto di riproduzione (art. 2), il diritto di comunicazione al pubblico (art. 3) e il diritto di distribuzione (art. 4), all'art. 5, come è ben noto, elenca una lunga serie di eccezioni o limitazioni da implementare, in via tendenzialmente facoltativa¹⁸⁶, negli ordinamenti interni. Quest'ultima scelta, ritenuta espressiva del tentativo di riunire in un unico testo normativo le diverse tradizioni culturali ed economiche dei singoli Stati membri in tema di libere utilizzazioni, non si è sottratta a severe critiche¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Per una prima analisi delle eccezioni e limitazioni introdotte dalla direttiva può rinviarsi a N. ABRIANI, *Le utilizzazioni libere nella società dell'informazione: considerazioni generali*, in *AIDA*, 2002, p. 98 ss.; nonché a C. GALLI, *Le utilizzazioni libere: ricerca*, cit., p. 135 ss.; e M. S. SPOLIDORO, *Le eccezioni e le limitazioni*, in *AIDA*, 2007, p. 179 ss. Va peraltro ricordato che il tema delle libere utilizzazioni è sempre stato al centro dell'attenzione della dottrina, sia nella loro conformazione più risalente e classica (sulla quale basta richiamare T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., p. 741 ss.; P. GRECO, P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in *Tratt. dir. civ. italiano* diretto da Vassalli, XI, III, Torino, 1974, p. 164 ss.) sia nel loro sviluppo conseguente all'evoluzione e alle innovazioni tecnologiche (per il quale possono richiamarsi, in via esemplificativa, i contributi di M. RICOLFI, *Internet e le libere utilizzazioni*, in *AIDA*, 1996, p. 115 ss.; di F. MEZZANOTTE, *Le «eccezioni e limitazioni» al diritto d'autore UE (parte II: le libere utilizzazioni nell'ambiente digitale)*, in *AIDA*, 2017, p. 300 ss.; e da ultimo di C. SGANGA, *Le mille sorti e progressive delle eccezioni nel diritto d'autore europeo tra obbligatorietà, discrezionalità e flessibilità*, in *AIDA*, 2021, p. 449 ss.).

¹⁸⁶ L'unica eccezione obbligatoria riguarda gli atti di riproduzione temporanea che si sono analizzati in precedenza, di cui all'art. 5, par. 1, della direttiva 2001/29. I parr. 2 e 3, viceversa, prevedono solo la facoltà per gli Stati membri di disporre secondo quanto indicato dalla direttiva.

¹⁸⁷ Si leggano al riguardo le parole di P. B. HUGENHOLTZ, *Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid*, in *EIPR*, 2000, pp. 501-

Al di là delle valutazioni che si diano su tale approccio, per quanto qui interessa, l'obiettivo di armonizzazione europea del diritto della proprietà intellettuale in risposta «alle sfide tecnologiche» della società dell'informazione, ha inciso sulle eccezioni e limitazioni, dovendo esse venire «riesaminate alla luce del nuovo ambiente elettronico» per garantire «un giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi delle varie categorie di titolari nonché tra quelli dei vari titolari e quelli degli utenti dei materiali protetti» (considerando n. 31). Va anche notato, incidentalmente, che contemporaneamente la direttiva 2001/29 dava anche spazio ad alcune finalità di interesse generale, consentendo agli Stati membri di prevedere «alcune eccezioni o limitazioni nell'interesse del pubblico a fini educativi e d'insegnamento» (considerando n. 14).

La dir. 2019/790 rappresenta l'ultima tappa di questo percorso evolutivo, come risulta con chiarezza dall'insieme dei considerando n. 3 e n. 4 di essa, laddove si rileva la necessità di adeguare le eccezioni e le limitazioni previste nella dir. InfoSoc alle nuove modalità di utilizzazione offerte dalle più moderne tecnologie digitali, non previste, né prevedibili, ai tempi della direttiva 2001/29. In questa specifica direzione, la dir. 2019/790 enuclea quindi, tra le altre, le nuove regole sul TDM, funzionalizzandole principalmente alle finalità di valorizzazione della ricerca scientifica.

Può quindi cogliersi la continuità delle due direttive sul piano dell'adeguamento che esse operano del sistema della proprietà intellettuale ai progressi tecnologici, in specie in ordine alle eccezioni e limitazioni richieste dalla società e dall'economia dell'informazione, la prima, da quelle del digitale e dei dati la seconda.

7.1. Il valore unitario di eccezioni e limitazioni come utilizzazioni "eccezionalmente consentite". – L'esatta delimitazione degli ambiti operativi delle eccezioni e limitazioni conformate per i nuovi contesti informativi e digitali – come del resto ogni altra ipotesi in cui viene compresso o limitato lo *ius excludendi* del titolare dei diritti – risulta condizionata dalla questione annosa, che si pone a monte rispetto ad esse, del carattere – generale o eccezionale – delle disposizioni che le prevedono.

Le previsioni sulle utilizzazioni "libere" di un contenuto protetto con la tecnica dell'esclusiva o della privativa sintetizzano, infatti, in tutti i casi scelte di bilanciamento tra gli interessi contrapposti del titolare dell'esclusiva e quelli della collettività o di specifici terzi a fruire liberamente dei risultati

502, che ritiene il tentativo di riproporre le differenti tradizioni un «disastrous mistake» e che allo stesso tempo vi scorge l'influenza delle pressioni da parte dell'industria e degli Stati Uniti, ove risiede la maggior parte dei titolari dei diritti. Ciò, secondo l'A., si è tradotto in una direttiva «badly drafted, compromise-ridden, ambiguous piece of legislation».

protetti¹⁸⁸, ma non si apprezza con chiarezza (o non sempre è possibile farlo) il valore di regola di principio o di stretta interpretazione che caratterizza le diverse fattispecie.

Si tratta di un tema, come è ben noto, da sempre dibattuto¹⁸⁹, che, fin dalla letteratura più risalente e a tutt'oggi, trova prevalentemente soluzione nel senso di considerare tali previsioni come norme di carattere eccezionale, pertanto insuscettibili di applicazione analogica¹⁹⁰, o comunque di stretta interpretazione.

A fronte della disomogeneità delle posizioni della dottrina sul tema¹⁹¹, sulle quali qui non è possibile soffermarsi, è per contro unitario e stabile l'orientamento della Corte di giustizia che considera le eccezioni e limitazioni

¹⁸⁸ La giurisprudenza costituzionale ha fatto spesso riferimento a questo bilanciamento in tema di proprietà intellettuale e industriale. Tra le tante, v. Corte Cost., 6 aprile 1995, n. 108, in *AIDA*, 1995, p. 348 ss.; nonché, Corte Cost., 20 marzo 1978, n. 20, in *Riv. dir. ind.*, 1978, II, p. 3 e ss.; e in *Nuove leggi civ. comm.*, 1978, p. 783 e ss., con nota di P. MARCHETTI e A. VANZETTI; e in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 619 ss., con nota di SENA, *Impresa farmaceutica e brevettabilità dei medicinali*. V., sul punto anche C. GALLI, *Le utilizzazioni libere: ricerca*, in *AIDA*, p. 138, che trova analogie nel fondamento costituzionale dell'eccezione *ex art. 5.3, lett. a)*, dir. InfoSoc (in tema di ricerca libera), e la *experimental use exception* prevista in campo brevettuale alla luce della riforma del 1979, che fa seguito alla pronuncia della Corte da ultimo citata.

¹⁸⁹ V., già E. PIOLA CASELLI, *Codice del diritto d'autore. Commentario della nuova legge 22 aprile 1941, n. 633*, Torino, 1943, p. 441 ss.; e ancora prima ID., *Del diritto d'autore. Trattato*, Napoli, 1907, p. 554 ss. Per una più recente ricostruzione v. M. S. SPOLIDORO, *Le eccezioni e le limitazioni*, cit., p. 179 ss., nonché R. SERVANZI, *Introduzione agli artt. 65-71-quinquies l. aut.*, in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve*, cit., p. 1882 ss.

¹⁹⁰ V. P. GRECO, P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, cit., p. 9 e p. 165.

¹⁹¹ Sulla possibilità di applicare analogicamente le disposizioni sulle libere utilizzazioni, nonché sulla possibilità di interpretarle estensivamente, vi sono opinioni diverse, che variano anche a seconda della specifica utilizzazione in questione e degli interessi sottesi. Vi è chi, come si è detto, nega in termini generali l'analogia sulla base della natura eccezionale di tali disposizioni (tra cui v., in particolare, L. C. UBERTAZZI, *I diritti d'autore e connessi*, cit., p. 107 ss.), e chi nega invece il carattere eccezionale delle norme, ma esclude comunque la possibilità di applicarle per via analogica, per il diverso motivo della mancanza del presupposto dell'esistenza di una lacuna legislativa (così, ad esempio, M. BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, cit., p. 229 ss.).

come deroghe ai diritti di proprietà intellettuale, e, pertanto, tende a interpretarle restrittivamente¹⁹².

Sul problema incide, altresì, l'eventuale diverso significato (e, quindi, la loro diversa portata sulla limitazione dei diritti ai quali esse attengono) delle espressioni "eccezioni" e "limitazioni", adoperate dal legislatore europeo, dalla quale poi vengono trasferite, senza alcuna cura di coordinamento con il sistema interno, anche nella legislazione italiana.

L'espressione «eccezioni e limitazioni» si rinviene in testi di trattati internazionali, tra cui l'art. 13, dell'Accordo TRIPs¹⁹³, l'art. 10, del WCT¹⁹⁴, entrambi rubricati in tali termini, e in diversi atti di diritto derivato europeo, quale, appunto, la direttiva InfoSoc¹⁹⁵, che vi dedica il già citato art. 5.

La distinzione tra limitazioni («del» diritto d'autore) ed eccezioni («al» diritto d'autore) – laddove non la si consideri come una mera endiadi¹⁹⁶ – per parte della dottrina atterrebbe al valore intrinseco delle prime, evidenziando nel concetto di limitazione il senso di "limite" connaturato al

¹⁹² V., a titolo d'esempio, Corte giust. UE, 6 luglio 2006, C-53/05; Corte giust. UE, 16 luglio 2009, C-5/08; Corte giust. UE, 4 ottobre 2011, C-403/08 e C-429/08; Corte giust. UE, 5 giugno 2014, C-360-13. Cfr. G. ANGELICCHIO, *Spunti sistematici sulle utilizzazioni libere*, in *AIDA*, 2005, p. 1048 ss., ove ampia bibliografia.

¹⁹³ «I Membri possono imporre limitazioni o eccezioni ai diritti esclusivi soltanto in taluni casi speciali che non siano in conflitto con un normale sfruttamento dell'opera e non comportino un ingiustificato pregiudizio ai legittimi interessi del titolare». Sulle libere utilizzazioni nell'Accordo TRIPs v. P. B. HUGENHOLTZ, *Limits, limitations and exceptions to copyright under the TRIPS Agreement*, in C. M. CORREA (a cura di), *Research handbook on the protection of intellectual property under WTO rules*, Cheltenham, 2010, pp. 319-342.

¹⁹⁴ Il cui art. 10 così recita: «Contracting Parties may, in their national legislation, provide for limitations of or exceptions to the rights granted to authors of literary and artistic works under this Treaty in certain special cases that do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author».

¹⁹⁵ La stessa direttiva InfoSoc, come già si è ricordato, è il precipitato dell'armonizzazione comunitaria che ha avuto luce per effetto degli accordi internazionali codificati nei testi citati. Cfr. il considerando 15 della direttiva.

¹⁹⁶ Ipotesi che non è «affatto poco credibile» per M. S. SPOLIDORO, op. cit., p. 192. Non rinveniamo distinzioni tra i due concetti – ciò che scoraggia tentativi di interpretazione sistematica differenti –, tra gli altri, M. BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, cit., p. 228 ss., e più di recente, F. MEZZANOTTE, *Le «eccezioni e limitazioni» al diritto d'autore UE*, in *AIDA*, 2016, p. 480, nt. 3.

diritto d'autore; e al valore estrinseco, che non rispecchia l'interesse strettamente autoriale, delle seconde¹⁹⁷.

Secondo questa chiave di lettura, le limitazioni sarebbero interpretabili analogicamente, le eccezioni no, in quanto norme appunto di carattere eccezionale. Questa distinzione, tuttavia, come è stato fatto notare, soffre della difficoltà di trovare un criterio identificativo comune alle diverse tipologie di limiti, che sia in grado di risolvere la questione una volta per tutte¹⁹⁸.

Anche alcuni tentativi correttivi, fondati sul possibile ancoraggio delle diverse previsioni ai valori costituzionali sottostanti, finiscono per ridurre la questione alla individuazione in concreto di quale sia l'interesse costituzionale da valorizzare¹⁹⁹, senza fornire canoni interpretativi di carattere generale.

In mancanza di elementi sistematici che facciano intendere la volontà dell'Unione Europea di introdurre una netta distinzione tra i due concetti, sembra ragionevole considerare in termini unitari eccezioni e limitazioni e ricondurle entrambe nell'alveo delle libere utilizzazioni, come *genus* che le ricomprende in modo sostanzialmente indistinto, insieme a utilizzazioni *realmente* libere.

Da questo punto di vista l'armonizzazione europea, a conti fatti, ha determinato un livellamento verso il basso delle libere utilizzazioni, quali originariamente configurate dalla legge n. 633 del 1941, da attività per l'appunto, "libere", a usi, oggi, "eccezionali"²⁰⁰, perché in astratto in contrasto con l'esclusiva del titolare, e in concreto consentiti solo e nei limiti in cui siano previsti da una eccezione o limitazione. A usi, quindi,

¹⁹⁷ Sulla distinzione, v. P. AUTERI, *Diritto di autore. Il contenuto del diritto di autore*, in *Diritto industriale.*, cit., p. 721 ss.; M. S. SPOLIDORO, *op. cit.*, p. 188.

¹⁹⁸ Distinzione che M. S. SPOLIDORO, *op. cit.*, p. 189, ritiene esprima «in modo elegante il problema da risolvere, ma non lo risolve, se non in modo tautologico, in quanto afferma che in certi casi è conforme alla generale natura del diritto che il monopolio dell'autore soffra un limite, mentre in altri casi il limite discende o da una decisione più o meno arbitraria del legislatore [...], oppure da considerazioni di carattere economico, per le quali si è ritenuto pleonastico attribuire all'autore una tutela assoluta di cui, in concreto, egli mai potrebbe godere, e la si è sostituita con un'altra specifica forma di protezione».

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ In tal senso cfr. T. MARGONI, *Eccezioni e limitazioni al diritto d'autore in Internet*, in *Giur. it.*, 2011, pp. 1963-1964, che rileva un cambio di paradigma nel sistema, nel senso per cui «non ci si trova più al centro di un equilibrio con diritti equamente distribuiti tra autori e pubblico, bensì i diritti sono appannaggio esclusivo degli autori ed il pubblico — al di fuori della dialettica negoziale — ne può godere in via eccezionale e limitata».

“eccezionalmente consentiti” in specifiche ipotesi, in presenza di specifiche finalità, o a certe condizioni, o a vantaggio di specifici soggetti.

Non sembra quindi improprio guardare alla clausola di chiusura del sistema rappresentata dal *three-step test*, che si erge a rafforzamento degli «anticorpi del sistema contro gli irrigidimenti» e permette di contenere il «pericolo di ingessature»²⁰¹ a fronte di un insieme di eccezioni e limitazioni spesso mal coordinate ed espresse in termini non chiarissimi²⁰².

²⁰¹ *Ibid.*, p. 199.

²⁰² Sul *three-step test*, anche nel rapporto con le eccezioni di text and data mining, si v. *ultra*, cap. III, §2.1. Per un ampio e dettagliato studio sulle “flessibilità” delle libere utilizzazioni nel diritto dell’UE e dei singoli Stati Membri, cfr. C. SGANGA, M. CONTARDI, P. TURAN, C. SIGNORETTA, G. BUCARIA, P. MEZEI, I. HARKAI, *Copyright Flexibilities: Mapping and Comparative Assessment of Eu and National Sources*, 2023, reperibile al link <https://ssrn.com/abstract=4325376>, p. 1 ss.

CAPITOLO II

IL REGIME DELLE ECCEZIONI DI TEXT AND DATA MINING NELLA DIRETTIVA 2019/790/UE E NELLA SUA ATTUAZIONE ITALIANA

SOMMARIO: 1. La definizione di text and data mining nella direttiva 2019/790. – 2. Gli artt. 3 e 4, dir. 2019/790, e i diritti d'autore e connessi coinvolti. – 2.1. La facoltà di riproduzione nell'estrazione di testo e di dati alla luce dell'interpretazione della Corte di Giustizia di riproduzione permanente e riproduzione temporanea. – 2.2. L'estrazione e il reimpiego di una parte sostanziale di una banca dati ai sensi dell'art. 7, dir. 96/9/CE. – 2.3. L'estrazione di testo e dati nell'ambito delle pubblicazioni di carattere giornalistico in caso di utilizzo online ex art. 15, dir. 2019/790. – 2.4. L'eccezione ai diritti del titolare di un programma per elaboratore: l'asimmetria degli artt. 3 e 4, dir. 2019/790. – 2.5. I diritti esclusi dalle previsioni sulle eccezioni. – 3. L'art. 3, dir. 2019/790: l'eccezione di ricerca scientifica. – 3.1. Lo scopo di ricerca scientifica. – 3.2. I beneficiari: gli organismi di ricerca. – 3.3. (*segue*) Gli istituti di tutela del patrimonio culturale. – 3.4. La memorizzazione delle copie e la loro "adeguata" conservazione. – 3.5. Le misure di protezione. – 4. L'art. 4, dir. 2019/790, e i requisiti di accesso all'eccezione commerciale. – 4.1. Il regime dell'eccezione commerciale e il requisito comune alle due eccezioni dell'accesso legale. – 4.2. La clausola di *opt-out* tra iper-protezionismo e tutela della proprietà intellettuale. – 5. L'attuazione italiana della direttiva: il d. lgs. 177/2021. – 5.1. L'art. 70-ter, l. aut., e l'eccezione per finalità di ricerca scientifica. – 5.1.1. (*segue*) Gli organismi di ricerca: spunti dal regime italiano. – 5.2. L'art. 70-quater, l. aut., e l'eccezione per finalità commerciali. – 6. La "proprietarizzazione" delle informazioni: spunti critici sulle eccezioni.

1. *La definizione di text and data mining nella direttiva 2019/790.* – Come si è anticipato, all'art. 2, par. 1, n. 2), dir. 790 del 2019, si legge che estrazione di testo e dati è «qualsiasi tecnica di analisi automatizzata volta ad analizzare testi e dati in formato digitale avente lo scopo di generare informazioni inclusi, a titolo non esaustivo, modelli, tendenze e correlazioni».

Si tratta di una nozione che si incentra sull'analisi, più che sull'estrazione, tanto che sarebbe stata più opportuna una scelta definitoria che prendesse a riferimento l'analisi e non l'elemento tecnicamente più circoscritto, di estrazione di testo e di dati²⁰³.

Tuttavia, si può considerare favorevolmente, al di là della formulazione linguistica, la scelta del legislatore di abbracciare nel concetto di estrazione qualsiasi tipo di attività di analisi automatizzata di dati, nella quale (v. il considerando n. 8) sono ricompresi anche suoni e immagini, purché in formato digitale.

²⁰³ Cfr. *supra*, cap. I, nt. 38.

L'elemento fondamentale per il legislatore è che dall'estrazione vengano tratte informazioni ulteriori, convenzionalmente inquadrabili nel concetto di *metadati*, indipendentemente dalla specifica tecnica coinvolta²⁰⁴. Ciò comporta la sostanziale coincidenza tra l'estrazione, come intesa nella formula normativa, e la data analysis, nei termini in cui la si è qui identificata da un punto di vista tecnico-procedimentale.

Ancora più rilevante, forse, è che l'attività automatizzata possa avere a oggetto l'informazione veicolata tanto in maniera espressiva, per cui il contenuto o anche solo una porzione di esso potrebbe avere un valore creativo, quanto il dato grezzo²⁰⁵, nella sua dimensione neutra.

Di recente, è stato rilevato in dottrina come una definizione così ampia di TDM, in grado di abbracciare sia le più comuni tecniche di *machine learning* oggi note, sia qualsiasi tipologia di data analysis, rischia di rappresentare un'arma a doppio taglio, a causa della rigidità della struttura imperniata sull'accesso alle informazioni. Chi sostiene questa tesi paventa, in sostanza, le conseguenze di una scelta politica che va ben al di là della mera volontà di introdurre delle eccezioni al diritto d'autore e diritti connessi per facilitare lo scambio di informazioni e la diffusione della conoscenza. Il sistema si tradurrebbe invece in una disciplina che regola (e vuole regolamentare) in chiave dominicale l'intelligenza artificiale, e tutto ciò che le sta attorno²⁰⁶.

La definizione adottata sembra peraltro conforme allo stato della tecnica, nonché, in particolare, capace di adeguare l'eccezione a possibili futuri utilizzi computazionali non ancora diffusi o noti, evitando una azione futura di adeguamento.

Ciò che potrebbe risultare non condivisibile, al più, è la portata effettiva della liberalizzazione a tutela di situazioni giuridiche sottostanti, specialmente se espressione di libertà fondamentali. Infatti, se, come si è detto, l'oggetto dell'eccezione include sia contenuti espressivi che non espressivi²⁰⁷, il risultato ottenuto potrebbe essere quello di ingabbiare le informazioni, piuttosto che "aprirle".

²⁰⁴ Significativamente, lo si vedrà più avanti, il testo della disposizione attuativa italiana ricomprende testi, suoni, immagini, dati e metadati (art. 70-ter, comma 2°, l. aut.).

²⁰⁵ In questo senso E. ROSATI, *Text and Data Mining for the Purposes of Scientific Research*, cit., p. 40.

²⁰⁶ Così T. MARGONI, M. KRETSCHMER, *A Deeper Look into the EU Text and Data Mining Exceptions: Harmonisation, Data Ownership, and the Future of Technology*, in *GRUR Int.*, 2022, p. 688, i quali parlano di «property-right approach to the regulation of AI».

²⁰⁷ V. A. OTTOLIA, *L'opt out commons nella nuova disciplina del data mining*, in *Il diritto d'autore nel mercato unico digitale* a cura di Cogo, *Giur. it.*, 2022, p. 1254.

Al riguardo, includere all'interno di una libera utilizzazione – le cui condizioni di accesso sono piuttosto circoscritte – ciò che “per natura” dovrebbe stare al di fuori del diritto d'autore, cioè l'idea e il dato in quanto tale, rischia di determinare un risultato opposto rispetto a quello auspicato. Tale risultato potrebbe essere l'effetto di quanto sottolineato in precedenza circa l'estensione della tutela autoriale ai meri dati e alle mere informazioni. Essi, così, non verrebbero più intesi solo quali elementi comunicativi della creatività dell'opera²⁰⁸.

2. *Gli artt. 3 e 4, dir. 2019/790, e i diritti d'autore e connessi coinvolti.* – L'impostazione delle eccezioni adottata dal legislatore europeo permette di esaminare i diritti patrimoniali coinvolti in modo unitario, sia rispetto all'eccezione rivolta a organismi di ricerca e istituti di tutela del patrimonio culturale (art. 3), sia a quella che concerne qualsiasi soggetto senza distinzione (art. 4), alle quali ci si riferirà, per comodità espositiva, rispettivamente, in termini di “eccezione per finalità di ricerca scientifica” e di “eccezione commerciale”.

Infatti, l'eccezione opera in entrambi i casi per i medesimi atti di utilizzazione economica di opere e altri materiali protetti, salvo che per il diritto di riproduzione e di modifica di un programma per elaboratore, espressamente richiamati per l'eccezione commerciale e omissi, al contrario, nel caso dell'eccezione teleologicamente vincolata alla ricerca. Di questa omissione si darà conto *infra*, §2.4.

Va puntualizzato che la direttiva fa menzione, liberalizzandole, delle sole «riproduzioni» ed «estrazioni» svolte «ai fini dell'estrazione di testo e di dati», senza inclusione espressa di altri atti di utilizzazione economica. Ciò rischia di creare incertezza per quanto attiene ai diritti non contemplati dalle disposizioni, a cominciare dal diritto di distribuzione e da quello di comunicazione al pubblico. L'omissione è stata parzialmente colmata dal legislatore italiano, come si vedrà al successivo §5.1.

In prima battuta si può inoltre osservare come le eccezioni rischino di incidere in maniera differente sull'opera dell'ingegno sulla quale esse intervengono, a seconda della sua natura. In particolare, sembrano da considerare diversamente, rispetto a tutte le altre, le opere dell'ingegno “utili”, specialmente le banche dati *sui generis*, i programmi per elaboratore e le pubblicazioni giornalistiche online. Spicca in questa tipologia di opere, infatti, la sicura rilevanza al loro interno del contributo informativo, indipendentemente dal fatto che le si consideri modelli dominicali di appropriazione delle informazioni, oppure no²⁰⁹.

²⁰⁸ Lo mette in luce G. ROSSI, *op. cit.*, p. 251.

²⁰⁹ Uno studio di questo tipo, sull'assenza di tecniche specifiche sull'appropriazione delle informazioni e sul possibile ruolo della proprietà intellettuale in questo senso, è quello di M. BERTANI, *Proprietà intellettuale*,

Avendo infatti la data analysis a oggetto l'osservazione, l'acquisizione e l'elaborazione del dato, sia esso grezzo, sia che possenga, invece, un valore espressivo, nel caso in cui il TDM comprenda l'estrazione di una parte sostanziale di una banca dati (o un suo reimpiego), l'attività computazionale rappresenterebbe un atto di forte incidenza sul contenuto del diritto del titolare. Più di quanto avverrebbe, viceversa, nel caso di data mining su opere letterarie o figurative²¹⁰.

Questo a sottolineare l'assenza, o quantomeno la minore rilevanza dell'impatto dell'analisi computazionale sulle opere «classiche», da un punto di vista concorrenziale, rispetto alla ipotizzabile concorrenzialità sul mercato tra output informativo e input proveniente da una banca dati *sui generis*²¹¹. Alcuni effetti di questa diversa incidenza della data analysis su specifiche categorie di opere dell'ingegno possono riguardare la prospettiva del diritto antitrust (su cui v. *ultra*, cap. III, §5).

antitrust e rifiuto di licenze, Milano, 2004, p. 1 ss.; ID., *Proprietà intellettuale e nuove tecniche di appropriazione delle informazioni*, cit., p. 312 ss.

²¹⁰ V. A. OTTOLIA, *L'opt out commons*, cit., p. 1258, per il quale il data mining rischierebbe di causare disparità di trattamento qualora venga esercitato su opere dell'ingegno «classiche», da un lato, e sulle banche di dati (specialmente *sui generis*), dall'altro. Queste ultime, infatti, rischierebbero di vedere il loro contenuto completamente eroso, giacché si tratta di materiale in cui il valore computazionale si rinviene proprio nell'investimento rilevante da parte del costituente in termini di acquisizione, selezione e correzione dei dati. Nella medesima prospettiva v. L. GATTI, *Access to the data: the European solution for text and data mining and the development of artificial intelligence*, in *Master of Laws in Intellectual Property – 2019/2020, WIPO Academy*, University of Turin and International Training Centre of the ILO, pp. 12-13; ID., *The European solution for text and data mining: a focus on the opt-out system provided by Article 4 of the DSM Directive*, in *EIPR*, 2021, p. 765 ss. Una posizione ancora più netta è quella di L. GOGLIA, *Le eccezioni e le limitazioni nei contesti digitali e transfrontalieri*, in *Il diritto d'autore nel mercato unico digitale*, cit., pp. 62-63, per il quale «per quanto concerne il diritto *sui generis* delle banche di dati, esso si dovrebbe ritenere completamente eliminato per quanto concerne gli atti di estrazione e riproduzione previsti dall'art. 4 in commento a meno che [...] il titolare del diritto *sui generis* considerato non esprima la sua riserva nelle forme indicate».

²¹¹ Rischi analoghi sussistono, peraltro, in ogni caso nel quale l'opera possiede valore informativo: è il caso anche delle banche dati creative, delle pubblicazioni diverse da quelle giornalistiche online, certamente della letteratura scientifica, immagini della diagnostica medica, ecc. Ciò finirebbe per esigere un'indagine caso per caso per valutare l'impatto della data analysis sulle singole opere, mentre nelle ipotesi segnalate nel testo è la stessa categoria generale di opere a caratterizzarsi per un sicuro contenuto informativo.

2.1. *La facoltà di riproduzione nell'estrazione di testo e di dati alla luce dell'interpretazione della Corte di Giustizia di riproduzione permanente e riproduzione temporanea.* – L'art. 2, della direttiva 2001/29, come si è già ricordato, riconosce il diritto esclusivo del titolare dei diritti su un risultato protetto (in specie opera dell'ingegno, fissazione o trasmissione), di autorizzare o vietare la riproduzione in qualunque modo o forma di esso²¹².

La conformazione attuale di questa facoltà esclusiva è il risultato di un processo evolutivo normativo, che ha seguito lo sviluppo delle modalità tecnologiche di fruizione dell'opera²¹³.

Se in passato la riproduzione poteva essere concepita solo in caso di fissazione dell'opera su un supporto materiale, quindi di una sua copia fisica, oggi essa comprende ogni forma di copia anche priva di fissazione e anche temporanea dell'opera.

La direttiva InfoSoc eredita la definizione della direttiva Database, che fa seguito a quella adottata in materia di software nel 1991, sostituita dalla direttiva 2009/24/CE²¹⁴.

Le osservazioni che qui si svolgono, pertanto, concernono l'estrazione del dato intesa come possibile forma di riproduzione di qualunque risultato protetto, comprese le banche di dati e i programmi per elaboratore²¹⁵.

²¹² La previsione corrisponde, nella legislazione italiana, per le opere dell'ingegno, a quella dell'art. 13 l. aut., e per altri risultati, a titolo di esempio: all'art. 72, l. aut., a favore del produttore di fonogrammi; all'art. 78-ter, l. aut., per il produttore di opere cinematografiche o audiovisive o di sequenze di immagini in movimento; all'art. 79, l. aut., per coloro che esercitano l'attività di emissione radiofonica o televisiva; all'art. 80, l. aut., per gli artisti interpreti ed esecutori, e così via.

²¹³ Basti richiamare l'espressione "copyright", che evoca l'originaria funzione di tutelare il titolare dei diritti su un'opera letteraria contro la moltiplicazione in copie cartacee. Più ampiamente, nel contesto di una vasta letteratura in materia, v. R. ROMANO, *L'opera e l'esemplare*, cit., p. 177 sull'evoluzione del concetto di riproduzione, nonché G. GUGLIEMETTI, *Riproduzione e riproduzione temporanea*, in *AIDA*, 2002, p. 3 ss. Per una panoramica dell'evoluzione del diritto sia in chiave legislativa sia per effetto delle più importanti pronunce giurisprudenziali europee, v. C. SGANGA, *The Right of Reproduction*, in E. ROSATI (a cura di), *Routledge Handbook on EU Copyright Law*, cit., reperibile al link https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3803999, dal quale si citerà anche in seguito.

²¹⁴ V. in tal senso l'art. 4, par. 1, lett. a), dir. 2009/24/CE.

²¹⁵ A incidere sulla nozione di riproduzione hanno concorso anche le disposizioni (e le loro interpretazioni fornite dalla Corte di giustizia) in materia di eccezioni, a cominciare dall'analizzata eccezione di riproduzione temporanea.

È infatti dalla tutela del software che il diritto di riproduzione, rimodellato per i contesti informatizzati e digitali, si è riflesso sulla protezione della banca dati, la cui riproduzione ricalca le medesime regole, sicché la nozione dettata in sede speciale sembrerebbe essersi trasformata in definizione capace di estendersi a tutte le opere²¹⁶.

La facoltà esclusiva di riproduzione, come si è anticipato, è quella che viene maggiormente incisa dall'estrazione di testo e di dati, sia che si guardi alla fase (eventuale) prodromica di estrazione e copia di un contenuto protetto, sia che ci si riferisca al *pre-processing*, sia che, e a maggior ragione, si guardi alla fase di *mining* vera e propria.

Per la ricostruzione dell'ampiezza e dei limiti di tale facoltà è di estrema importanza l'apporto della Corte di giustizia, che ha fornito un'interpretazione molto ampia di riproduzione, che tocca il concetto stesso di opera dell'ingegno (e delle sue riproduzioni illecite).

Tra le diverse pronunce assume particolare rilievo il primo caso *Infopaq*²¹⁷ (c.d. *Infopaq I*), nel quale la Corte afferma l'illiceità della riproduzione quando essa, rispetto a un'opera protetta, «comprenda undici parole consecutive dell'opera stessa», e sia compiuta su un estratto che contenga un elemento dell'opera nel quale si esprima «la creazione intellettuale dell'autore²¹⁸».

Dalla ricomprensione di una sequenza di (sole) undici parole nella tutela autoriale, da un lato, potrebbe ricavarsi una nozione di opera dell'ingegno che dipende più dallo *sweat of the brow* che dal carattere creativo della stessa, nonostante l'ancoraggio della Corte al concetto di *creazione intellettuale dell'autore*²¹⁹; dall'altro lato, si evince una nozione di riproduzione molto ampia che, in assenza di limitazioni o eccezioni alla facoltà esclusiva del titolare, non lascia spazi di liceità alle estrazioni di testo e di dati, ancorché compiute su parti minime dell'opera.

²¹⁶ Cfr. R. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 192.

²¹⁷ Corte giust. UE, 16 luglio 2009, *Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening* (qui *Infopaq I*), C-5/08, in *Dir. aut.*, 2009, p. 640 ss., con nota di G. MARI, *Rassegne stampa digitali e 11 parole d'autore*.

²¹⁸ *Infopaq I*, cit., § 48.

²¹⁹ *Ibid.*, §37, per cui: «il diritto d'autore ai sensi dell'art. 2, lett. a), della direttiva 2001/29 può trovare applicazione solamente con riferimento ad un oggetto che abbia carattere di originalità, ossia rappresenti il risultato della creazione intellettuale dell'autore». Per l'aggiornata ricostruzione del concetto di opera e dei requisiti di accesso alla tutela nel diritto europeo armonizzato si v. P. FABBIO, *Opere protette e requisiti di tutela nel diritto d'autore UE*, in *AIDA*, 2016, p. 281 ss., al quale si rinvia anche per il ricco apparato bibliografico.

La sentenza va letta congiuntamente con la decisione sul secondo caso *Infopaq*²²⁰ (c.d. *Infopaq II*), avente ad oggetto l'eccezione di riproduzione temporanea.

In entrambi i casi vengono identificate le condizioni di applicazione dell'eccezione di copia temporanea, in specie con riguardo al procedimento tecnico consistente nella digitalizzazione attuata mediante scansione di articoli di giornale, e seguita, nell'ordine, da una conversione in file di testo, da un trattamento elettronico della riproduzione e, infine, dalla memorizzazione di una parte di tale riproduzione.

Si tratta di un genere di operazione funzionalmente non distante dalle tecniche di estrazione di testi e dati per finalità computazionali, dalla quale quindi possono trarsi indicazioni utili per la migliore comprensione di quest'ultima²²¹.

Se in *Infopaq I* si afferma il carattere transitorio di una riproduzione qualora le copie vengano cancellate alla fine del procedimento di ricerca elettronica²²², in *Infopaq II* emerge che il procedimento tecnologico di riferimento, di creazione ed elaborazione degli articoli di giornale per la produzione di un estratto, «è volto a consentire un'elaborazione più efficace di sintesi di articoli giornalistici e, dunque, un *loro* utilizzo», non avendo lo «scopo di consentire un *diverso* utilizzo²²³» (corsivi aggiunti).

Rispetto alla data analysis, per la verità, il principio di *Infopaq II* condurrebbe a una soluzione opposta. È stato infatti rilevato che l'attività computazionale darebbe vita, anche in questo caso, a una *nuova* utilizzazione economica dell'opera. Essa, infatti, non si limita semplicemente a facilitarne l'utilizzo, ma anzi è manifestazione di un ulteriore e diverso uso, anche profondamente difforme da quello "originario" proprio dell'opera (o del risultato altrimenti protetto) da cui provengono le informazioni²²⁴. Se quindi in *Infopaq II* è stato possibile far salva in concreto l'attività considerata, perché non realizzava un nuovo utilizzo, ogni volta in cui si dia vita a utilizzi difformi (e nuovi) rispetto a quelli propri dell'opera di origine, se ne attuerebbe una riproduzione illecita.

²²⁰ Corte giust. UE, 17 gennaio 2012, *Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening* (qui *Infopaq II*), C-302/10, sul cui commento v. P. FABBIO, *op. ult. cit.*, p. 281 ss.

²²¹ V. A. OTTOLIA, *L'utilizzo computazionale dell'opera dell'ingegno*, cit., p. 386 ss. Si è già detto, a proposito, del concetto di «non-display uses» riportato da M. BORGHI, S. KARAPAPA, *Non-display uses of Copyright works: Google Books and beyond*, cit., p. 21 ss. V. *supra*, cap. I, §4.1.

²²² *Infopaq I*, §61.

²²³ *Infopaq II*, §43. La Corte fa salva tale attività in quanto non limitata da norme dell'UE né dal diritto nazionale danese che nel caso veniva in considerazione.

²²⁴ Cfr. A. OTTOLIA, *op. ult. cit.*, p. 394.

In definitiva, può dirsi che nel contesto delle tecniche di analisi automatizzata l'utilizzazione dell'opera assumerebbe sempre valore trasformativo, il che esclude che le si possa ricondurre a forme di riproduzione lecita nel diritto armonizzato europeo (ma v. *infra*, cap. III, §3, per risultati interpretativi diversi sul rapporto tra riproduzione e data analysis).

Soluzioni diverse, come si vedrà, sono state raggiunte nella giurisprudenza statunitense, che ha salvaguardato la data analysis attraverso l'istituto del *fair use* (v. *infra*, cap. III, §2.2).

Nel diritto europeo, dunque, sebbene l'attività automatizzata del data mining non rappresenti propriamente un utilizzo *dell'*opera, ma piuttosto un utilizzo *sull'*opera²²⁵, secondo il diritto previgente violerebbe in tutti i casi l'altrui diritto di riproduzione, sicché le eccezioni sono per questo aspetto assolutamente necessarie per garantire ad essa condizioni di liceità per il suo svolgimento.

2.2. *L'estrazione e il reimpiego di una parte sostanziale di una banca dati ai sensi dell'art. 7, dir. 96/9/CE.* – Gli artt. 3 e 4, dir. 2019/790, fanno riferimento, altresì, ai diritti del titolare di una banca dati *sui generis*, ossia al diritto di estrazione e di reimpiego di cui all'art. 7, dir. Database (attuato dagli artt. 102-*bis* e *ter*, l. aut.²²⁶). Essi vengono lì definiti, il primo come il trasferimento permanente o temporaneo della totalità o di una parte sostanziale del contenuto di una banca di dati, su un altro supporto, con qualsiasi mezzo o in qualsiasi forma; il secondo come qualsiasi forma di messa a disposizione del pubblico della totalità o di una parte sostanziale del contenuto della banca di dati in qualsiasi forma.

Anche sul diritto del titolare la Corte di giustizia ha avuto occasione di pronunciarsi, dando origine a un'interpretazione di forte espansione delle prerogative di spettanza del titolare.

In primo luogo, nella già citata sentenza *British Horseracing Board (BHB)*, le facoltà esclusive del titolare vengono lette in funzione di una

²²⁵ M. BORGHI, S. KARAPAPA, *op. ult. cit.*, p. 51: «digitization turns works into 'de-materialized' 'content', mass digitization turns content into 'deintellectualized' 'data'. The fact that works are not used as works but as data does not mean that authors are not in capacity of objecting to this kind of use. Quite on the contrary, some non-display uses contravene, and interfere with, the internal purpose and function of works, namely content appropriation, as the sole destination and the value of a work. In this light, this kind of use may be in conflict with authors' rights».

²²⁶ V. S. LAVAGNINI, *Sub art. 103-ter l. aut.*, in P. MARCHETTI, L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve*, cit., p. 2114 ss.

sua tutela contro qualsiasi atto che possa arrecare un pregiudizio all'investimento effettuato per la creazione della compilazione²²⁷.

Viene altresì sottolineata l'intenzione del legislatore europeo di dare un significato «ampio alle nozioni di estrazione e di reimpiego», che vanno interpretate in modo da ricomprendervi ogni operazione che consista nella appropriazione e nella messa a disposizione del pubblico dei risultati dell'investimento protratto dal costituente, senza che questi abbia prestato il proprio consenso. Ciò si tradurrebbe nella privazione del reddito conseguibile dal costituente, utile ad ammortizzare il costo dell'investimento²²⁸.

Sebbene la riserva di questi diritti non dia anche la facoltà di escludere operazioni di consultazione²²⁹, è certo comunque che il costituente possa «riservarsi un diritto di accesso esclusivo alla sua banca di dati²³⁰».

L'ampiezza delle facoltà dominicali del titolare risulta poi, forse in termini ulteriori²³¹, nella pronuncia *Directmedia*²³².

La *Directmedia* postulava un'interpretazione restrittiva del concetto di estrazione, al fine di escludere da essa la mera attività di consultazione della banca dati, dalla quale – per effetto di una selezione personale di chi avesse accesso alle informazioni – si fosse ricavata una diversa e ulteriore banca dati. Diversamente, l'attività avrebbe concretizzato una possibile violazione della libertà di accesso alle informazioni²³³.

Al riguardo la Corte, da un lato, afferma che l'estrazione vietata riguarda qualsiasi forma adoperata, sia essa tecnologica o manuale²³⁴, anche se attiene a parti non sostanziali, ma a determinate condizioni²³⁵; dall'altro, sottolinea che l'operazione di consultazione può legittimamente essere subordinata all'autorizzazione del titolare (facendo salvo così il diritto all'informazione) «qualora la visualizzazione su schermo del contenuto della suddetta banca di dati richieda il trasferimento, permanente o temporaneo, della totalità o di una parte sostanziale di tale contenuto verso un altro supporto²³⁶». Anche in questo caso, dunque, la decisione si orienta a sostegno di una tutela che preservi l'investimento economico del costituente²³⁷.

²²⁷ *British Horseracing Board (BHB) Ltd v William Hill*, cit., §45, che richiama il considerando 42, della direttiva 96/9.

²²⁸ *Ibid.*, §51.

²²⁹ *Ibid.*, §54.

²³⁰ *Ibid.*, §55.

²³¹ Cfr. C. SGANGA, *Ventisei anni di direttiva database*, cit., p. 677 ss.

²³² Corte giust. CE, 9 ottobre 2008, *Directmedia Publishing GmbH v. Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*, C-304/07.

²³³ *Ibid.*, §50.

²³⁴ *Ibid.*, §§35, 37, 38, che richiamano i considerando nn. 13 e 14, dir. 96/9.

²³⁵ *Ibid.*, §43.

²³⁶ *Ibid.*, §53.

²³⁷ Cfr. C. SGANGA, *op. ult. cit.*, pp. 677-678.

Anche il diritto di reimpiego è stato interpretato in senso estensivo, specificamente in *Innoweb*²³⁸. Nella decisione si precisa che è reimpiego vietato, quale forma di messa a disposizione al pubblico, anche l'attività sviluppata tramite un metamatore di ricerca che metta a disposizione il contenuto di una banca dati (c.d. *web scraping*²³⁹) per fornire un accesso al suo intero contenuto, poiché così facendo viene offerto agli utenti un percorso alternativo a quello proposto dal costituente: sia utilizzando il motore di ricerca della banca dati, sia offrendo i medesimi vantaggi nelle operazioni di ricerca²⁴⁰. Poiché coloro che consultano il metamatore di ricerca possono evitare di accedere al contenuto della banca dati protetta, verrebbe quindi meno il vantaggio economico garantito al titolare del diritto *sui generis*.

L'interesse patrimoniale e il vantaggio concorrenziale, che rappresentano il fondamento primario del diritto connesso, pertanto, verrebbero pregiudicati, giacché «tale messa a disposizione è destinata al “pubblico”, dal momento che un simile metamatore di ricerca specializzato può essere utilizzato da qualsiasi persona», rivolgendosi esso a un pubblico indeterminato, indipendentemente da quante persone se ne avvalgano²⁴¹.

L'interpretazione espansiva fornita dalla Corte sembrerebbe aver trovato tuttavia una battuta d'arresto²⁴² nella recente sentenza sul caso «*CV-Online Latvia*»²⁴³, che se ne occupa nel contesto di attività di *linking*. La

²³⁸ Corte giust. UE, 19 dicembre 2013, *Innoweb BV v Wegener ICT Media BV et al.*, C-202/2012.

²³⁹ M.W. MONTEROSSO, *Estrazione e (ri)utilizzo di informazioni digitali all'interno della rete Internet. Il fenomeno del c.d. web scraping*, in *Dir. inf.*, 2020, p. 327 ss.; V. VOZZA, *Screenscraping, browse-wrap e abuso di posizione dominante: il volo in picchiata di Ryanair!*, in *Danno e resp.*, 2014, p. 314 ss.

²⁴⁰ *Innoweb*, cit., §40.

²⁴¹ *Ibid.*, §51. Sul concetto di comunicazione al pubblico in internet, v. di recente A. MCWHIRTER, *Communication to the public online: protecting copyright or breaking the Internet?*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2020, p. 390 ss. V. altresì, P. B. HUGENHOLTZ, S. VAN VELZE, *Communication to a New Public? Three Reasons Why EU Copyright Law Can Do Without a “New Public”*, in *IIC*, 47(7), 2016, p. 797 ss.; E. AREZZO, *Hyperlinks and Making Available Right in the European Union – What Future for the Internet After Svensson?*, in *IIC*, 2014, p. 524 ss.; G. GUGLIELMETTI, *Il diritto di comunicazione e messa a disposizione del pubblico*, in *AIDA*, 2010, p. 147 ss.; M. RICOLFI, *Comunicazione al pubblico e distribuzione*, in *AIDA*, 2002, p. 48 ss.

²⁴² Così C. SGANGA, *op. ult. cit.*, p. 680.

²⁴³ Corte giust. UE, 3 giugno 2021, «*CV-Online Latvia*» *SIA c. «Melons» SIA*, C-762/19. Più approfonditamente v. E. DERCLAYE, M. HUSOVEC, *Sui generis database protection 2.0: judicial and legislative reforms*, in *EIPR*, 2022, p. 323 ss.; P. SAMMARCO, *Il trasferimento di dati da una banca dati all'altra mediante l'attività*

questione concerneva, per la verità, un profilo in parte diverso, trattandosi di valutare la liceità dell'attività di predisposizione di un motore di ricerca che forniva informazioni tratte da una banca dati, la quale a sua volta raccoglieva *meta tags* per indicizzare annunci di lavoro.

In questa decisione la Corte mette in campo in modo chiaro per la prima volta l'interesse di utenti e concorrenti all'accesso alle informazioni contenute in una banca dati, e quello che mira a «creare prodotti innovativi basati su tali informazioni²⁴⁴», interessi da contemperare con quello dei costitutori alla remunerazione del proprio investimento, a fronte di «misure di estrazione e di reimpiego di tali banche di dati, vietate dall'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 96/9», illecite nella misura in cui compromettono l'aspettativa di ammortamento del costitutore²⁴⁵.

Particolare interesse rivestono le ragioni per le quali la Corte si orienta nel senso di ritenere liberalizzate tali attività, ragioni che attengono al ruolo propulsivo che esse rivestono rispetto alla creazione di innovazione, sia in termini di sistemi utili allo sviluppo del mercato dell'informazione, sia in termini di prodotti e servizi «a valore aggiunto nel settore dell'informazione²⁴⁶».

L'utilizzazione nuova del contenuto della banca dati non inciderebbe perciò negativamente sull'investimento compiuto per la sua costituzione, non realizzando risultati di valore concorrenziale con la banca dati d'origine, ma anzi permettendo la creazione di nuova conoscenza e di utilità incrementali.

Un fenomeno non troppo difforme, a ben guardare, da quello che si realizza tramite algoritmi di *machine learning*, che si nutrono di “vecchie” informazioni per ricavarne utilità e valori nuovi. Ne risulta perciò valorizzata, anche dalla Corte di giustizia, la produzione di quella *knowledge discovery* cui si è fatto riferimento in precedenza, come momento finale delle tecniche di data analysis.

Da ciò conseguirebbe sia l'esclusione della trasformazione della tutela dei risultati protetti in tutela di meri dati (su cui v. *supra*, cap. I, §4.1), sia l'ingresso nella legislazione europea della valorizzazione (in senso liberale) degli «utilizzi non visivi».

dei motori di ricerca, in *Dir. inf.*, 2022, p. 56 ss.; nonché C. SGANGA, *op. ult. cit.*, p. 680 ss.

²⁴⁴ *Cv-Online*, cit., §41.

²⁴⁵ *Ibid.*, §40.

²⁴⁶ Ciò avviene poiché essi «offrono ai propri utenti un'interfaccia unificata che consente di effettuare ricerche in diverse banche di dati secondo criteri pertinenti dal punto di vista del loro contenuto», contribuendo insieme a una migliore strutturazione dell'informazione, una più facile ricerca in internet e «al buon funzionamento della concorrenza e alla trasparenza delle offerte e dei prezzi»: *ibid.*, §42.

2.3. *L'estrazione di testo e dati nell'ambito delle pubblicazioni di carattere giornalistico in caso di utilizzo online ex art. 15, dir. 2019/790.* – Le eccezioni di cui agli artt. 3 e 4, della dir. 2019/790, sono previste anche rispetto al diritto connesso di cui all'art. 15, del medesimo testo legislativo, che introduce la riserva dei diritti di riproduzione e di messa a disposizione del pubblico²⁴⁷ in capo agli editori di giornali per l'utilizzo online delle loro pubblicazioni di carattere giornalistico.

È ben noto quanto l'introduzione di questo nuovo diritto connesso, motivato dalla sempre maggiore diffusione delle pubblicazioni giornalistiche

²⁴⁷ La disposizione richiama gli artt. 2 e 3, par. 2, della dir. 2001/29.

digitali rispetto a quelle cartacee²⁴⁸, sia stata dibattuta²⁴⁹ e sia stata anzi tra quelle più controverse dell'intera direttiva²⁵⁰.

Il nuovo diritto connesso per (la tutela delle) pubblicazioni giornalistiche online rappresenta infatti un esempio del possibile uso strumentale della proprietà intellettuale in funzione dell'appropriazione delle informazioni.

²⁴⁸ Per un'analisi socioeconomica del fenomeno v. S. QUINTARELLI, *Capitalismo immateriale. Le tecnologie digitali e il nuovo conflitto sociale*, Torino, 2019, p. 109 ss.; nonché A. FAMENGO, *Giornali: on line vs. carta*, in *Almanacco della Scienza*, 4 settembre 2019, disponibile su http://www.almanacco.rm.cnr.it/reader/cw_usr_view_articolo.html?id_articolo=9447&id_rub=32&giornale=9458.

²⁴⁹ I termini delle questioni, che hanno riguardato anche la competenza legislativa dell'UE in materia, possono leggersi nei contributi di A. RAMALHO, *Beyond the Cover Story – An Enquiry into the EU Competence to Introduce a Right for Publishers*, in *IIC*, 2017, p. 71 ss; v. anche E. ROSATI, *Neighbouring Rights for Publishers: Are National and (Possible) EU Initiatives Lawful?*, in *IIC*, 2016, p. 569 ss.; C. GEIGER, O. BULAYENKO e G. FROSIO, *The Introduction of a Neighbouring Right for Press Publisher at EU Level: the Unneeded (and Unwanted) Reform*, in *EIPR*, 2017, p. 202 ss.; S. KARAPAPA, *The Press Publication Right in the European Union: an Overreaching Proposal and the Future of News Online*, in E. BONADIO, N. LUCCHI (a cura di), *Non-Conventional Copyright: Do New and Non-Traditional Works Deserve Protection?*, Cheltenham-Northampton, 2018, p. 316 ss.; di recente, sul diritto così come configurato dal legislatore europeo v. E. CZARNY-DROŹDŹEJKO, *The Subject-Matter of Press Publishers' Related Rights Under Directive 2019/790 on Copyright and Related Rights in the Digital Single Market*, in *IIC*, 2020, p. 624 ss.; R. M. VUČKOVIĆ, *The Effectiveness of the Press Publishers' Related Right*, in *IIC*, 2021, p. 1050 ss.; per la dottrina italiana v. il già citato studio di M. RICOLFI, *La tutela delle pubblicazioni giornalistiche in caso di uso online*, cit., p. 33 ss.; G. PRIORA, *Diritto d'autore e accesso all'informazione giornalistica: accanimento o lungimiranza del legislatore comunitario?*, in *Dir. inf.*, 2020, p. 833 ss.; G. RAPACCINI, *Il nuovo diritto connesso degli editori online*, in *Il diritto d'autore nel mercato unico digitale* a cura di Lavagnini, Torino, 2022, p. 164 ss.; C. SGANGA, *Evoluzioni e trasformazioni dei diritti connessi*, cit., p. 161 ss.; P. NEBBIA, *I diritti connessi di editori ed autori di pubblicazioni di carattere giornalistico*, in A. COGO (a cura di), *Il diritto d'autore nel mercato unico digitale*, cit., p. 1283 ss.

²⁵⁰ V. M. RICOLFI, *op. ult. cit.*, p. 33, che definisce l'art. 15 della direttiva come la «più controversa fra quelle contenute in questo recente strumento normativo», insieme all'art. 17, in tema di utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi di condivisione di contenuti online. Vedi anche T. RENDAS, *Does size matter? The press publishers' right and the implementation of the 'very short extracts' limitation*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2022, p. 473 ss.

Anche in questo caso il legislatore non ha mancato di avvertire, nel fornire la definizione di «estratti molto brevi» esclusi dalla tutela, l'importanza che tale esclusione «sia interpretata in modo da non pregiudicare l'efficacia dei diritti previsti dalla presente direttiva²⁵¹» (considerando n. 58).

Il motivo dell'inclusione di questo diritto tra quelli toccati dalle eccezioni di TDM può scorgersi nel trattarsi di un'esclusiva che riguarda la sola forma digitale di contenuti giornalistici, che li espone massimamente ad attività di data analysis. Il riconoscimento della particolare esclusiva editoriale ha infatti lo scopo di tutelare la produzione (e quindi l'investimento) di beni che si sviluppano «nell'industria dei contenuti²⁵²», assicurando valorizzazione e protezione al contenuto informativo.

In questa sede il diritto connesso degli editori di pubblicazioni giornalistiche on line rileva nella prospettiva del suo impatto sull'accesso alle informazioni, e richiede quindi di considerare, in *primis*, fondamento e requisiti di accesso, e, in secondo luogo, le facoltà riconducibili ai titolari e le correlate liberalizzazioni in funzione del TDM. Se infatti le facoltà riservate all'editore dall'art. 15, dir. 2019/790, comprendono diritti di riproduzione e di messa a disposizione del pubblico, le eccezioni di cui agli artt. 3 e 4 liberalizzano le sole riproduzioni ed estrazioni²⁵³.

Per quanto attiene al primo aspetto, i considerando alla direttiva sottolineano la rilevanza della libertà di stampa e del pluralismo informativo (considerando n. 54), e l'importanza di sostenere, a tal fine, l'impegno organizzativo e finanziario delle imprese editoriali (considerando n. 55).

Benché non elevato a requisito legale di accesso all'esclusiva, proprio quest'ultimo aspetto viene interpretato come fattore decisivo per la tutela degli editori online²⁵⁴.

Ma il tratto caratteristico di questo specifico diritto connesso è la riserva *relativa* che esso attribuisce, dato che l'esclusiva opera solo nei confronti di specifici soggetti, ossia dei prestatori di servizi della società dell'informazione. Ciò nasce dall'esigenza di offrire una giusta remunerazione agli editori per la produzione e la diffusione online dei loro contenuti, fruiti in attività di condivisione da parte di aggregatori di notizie e social network²⁵⁵. Invero, i destinatari indiretti dell'obbligo di astensione

²⁵¹ Sul punto, e sulle esperienze attuative di diversi Stati nella definizione di «estratti molto brevi», v. T. RENDAS, *op. cit.*, p. 473 ss.

²⁵² M. RICOLFI, *op. ult. cit.*, p. 34.

²⁵³ Con una visione ristretta non propriamente condivisibile, come verrà discusso più avanti. Tuttavia, si veda la più ampia nozione dell'art. 70-ter, l. aut.

²⁵⁴ M. RICOLFI, *op. ult. cit.*, pp. 54-55.

²⁵⁵ Cfr. V. FALCE, M. L. BIXIO, *Verso un nuovo diritto connesso a favore degli editori on line. Brevi note su recenti derive (iper)-protezionistiche*, in *Dmit.it*, 2017, p. 1 ss., disponibile al link <https://www.dimt.it/wp-content/uploads/2016/09/Paper-Ancillary-copyright-Draft.pdf>

(come situazione giuridica opposta al diritto), sono gli utenti che accedono ai servizi offerti dai prestatori di servizi della società dell'informazione, dai quali – solitamente – ottengono l'accesso ai contenuti.

Un ostacolo all'accesso a questo genere di pubblicazioni può perciò essere inteso come un aggravio della condizione dei singoli utilizzatori. Un aggravio ingiustificato, se si convenga che i costi di investimento sopportati dagli editori online sono largamente inferiori rispetto a quelli imposti dalle medesime pubblicazioni cartacee, il che metterebbe in dubbio le ragioni stesse della tutela²⁵⁶.

In disparte questo aspetto, è il contenuto del diritto, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, ad aver destato molte perplessità. Per quanto riguarda il primo, ricordato che il diritto esclusivo opera solo nei confronti dei prestatori di servizi, se si rivolge lo sguardo ai beneficiari dell'esclusiva si appalesa – forse – anche l'intento protezionistico del legislatore, che mira a rafforzare la posizione delle imprese europee nei confronti dei prestatori di servizi non europei (tendenzialmente statunitensi). Difatti, è richiesto dalla legge lo stabilimento nella UE per i titolari del diritto, mentre è indifferente il luogo di insediamento dei secondi²⁵⁷.

Quanto al profilo oggettivo dell'istituto, rileva qui la portata dell'esclusiva nei termini di cui all'art. 15, par. 1, ultimo periodo, dir. 2019/790, per il quale i diritti, come accennato, non si applicano all'utilizzo «di singole parole o di estratti molto brevi di pubblicazione di carattere giornalistico».

La disposizione sembra calibrata su principi generali del diritto d'autore e connessi, ai fini dell'adeguamento a un prodotto dell'industria dell'informazione di una tutela para-autoriale. Essa evoca il concetto di «parte non sostanziale» di una banca dati, intorno alla quale ruota la dimensione dell'esclusiva. È quindi prevedibile che in sede applicativa si riproporranno questioni sul concetto di «estratti molto brevi», sulla falsariga di quanto visto in *Infopaq I*, che, magari anche riproducendo meno di undici parole, possano «attentare» al contenuto giornalistico protetto²⁵⁸.

La dottrina non ha inoltre mancato di segnalare diversi piani critici coinvolti dall'esclusiva introdotta nel campo dell'industria dell'informazione, quali la lentezza nella risoluzione delle controversie e nelle procedure di eliminazione dei contenuti dalle piattaforme, o la possibile crescita al rialzo del costo degli abbonamenti per l'accesso ai contenuti, situazioni, tutte, dalle

²⁵⁶ Lo segnalano C. GEIGER ET AL., *op. ult. cit.*, p. 208.

²⁵⁷ M. RICOLFI, *op. ult. cit.*, p. 66.

²⁵⁸ L'art. 43-bis l. aut., di attuazione dell'istituto nel sistema italiano, al comma 7°, chiarisce che «per estratto molto breve di pubblicazione di carattere giornalistico si intende qualsiasi porzione di tale pubblicazione che non dispensi dalla necessità di consultazione dell'articolo giornalistico nella sua integrità».

quali il più danneggiato potrebbe essere il consumatore e il suo diritto all'informazione²⁵⁹.

A prescindere dalla considerazione del nuovo diritto connesso come interferenza alla libertà di informazione²⁶⁰ – per non avventurarsi a definirlo un meccanismo di proprietarizzazione delle informazioni –, è difficile non considerare che l'attività di ricerca delle informazioni da parte dei consumatori e degli utenti in generale viene resa sempre più complessa: «the less context users are given, the more clicks they will need to find the content they are actually searching for²⁶¹». Senza considerare che più i contenuti sono protetti in sé, più è difficile per chi opera nella ricerca scientifica, o per gli

²⁵⁹ V. FALCE, M. L. BIXIO, *op. ult. cit.*, p. 14. A tacere di altre questioni rilevanti che contribuiscono a definire il contenuto del diritto, quali la durata del diritto, fissato dall'art. 15, par. 4, comma 1, della direttiva 2019/790, sul quale v. M. RICOLFI, *op. ult. cit.*, pp. 59-60, mentre sulla prima proposta di una durata trentennale del diritto v. C. GEIGER ET AL., *op. ult. cit.*, p. 209: Altri punti critici sono l'esclusione dalla protezione dei collegamenti ipertestuali (art. 15, par. 1, comma 3°, dir. 2019/790), e gli utilizzi privati o non commerciali (art. 15, par. 1, comma 2°, dir. 2019/790) nonché quelli legati all'attuazione – in particolare – italiana del diritto, sulla quale v. C. SGANGA, M. CONTARDI, *The new Italian press publishers' right: creative, fairness-oriented... and invalid?*, in *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 2022, reperibile alla pagina web https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4118438, *ivi*, p. 1 ss. Sulla controversia già verificatasi in Francia, cfr. C. SGANGA, *Evoluzione e trasformazione dei diritti connessi*, cit., p. 164 ss.; S. SCALZINI, *The new related right for press publishers: what way forward?* in *The Routledge Handbook of EU Copyright Law*, cit., p. 101 ss; G. COLANGELO, *Enforcing Copyright Through Antitrust? The strange case of news publishers against digital platforms*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2022, 1, p. 133 ss. Che della nuova esclusiva possano godere le case editrici più forti, a discapito di quelle locali, è evidente per la sensibile discrepanza in termini di forza contrattuale; è altrettanto evidente che il contenzioso che verrà rischia di danneggiare gli utenti e i consumatori finali, a fronte di un diritto all'informazione che potrebbe venire minato. Per un'analisi delle esperienze tedesca e spagnola prima della direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, v. in generale G. RAPACCINI, *Il nuovo diritto connesso degli editori online (artt. 15 e 16)*, in *Il diritto d'autore nel mercato unico digitale*, cit., pp. 169-170. Più specificamente sul caso tedesco v. E. ROSATI, *The German "Google Tax" Law: groovy or greedy?*, in *JIPLP*, 2013, p. 497; su quello spagnolo v. R. XALABARDER, *The Remunerated Statutory Limitation for News Aggregation and Search Engines Proposed by the Spanish Government - Its Compliance with International and EU Law*, in *IN3 Working Paper Series*, 2014 disponibile al link <https://ssrn.com/abstract=2504596>.

²⁶⁰ T. RENDAS, *op. cit.*, p. 474.

²⁶¹ *Ibid.*

attori dell'economia dell'informazione, comprendere con chiarezza a quali contenuti e in che misura è consentito accedere liberamente.

Tale sistema potrebbe non essere pienamente riequilibrato dalle eccezioni di text and data mining, soprattutto per la previsione del meccanismo di *opt out* nel caso di data analysis "commerciale". Più ampie libertà di manovra, nel contesto di attività algoritmiche finalizzate alla produzione di nuova conoscenza, vengono infatti garantite, in via imperativa, solo ai beneficiari *ex art. 3, dir. 2019/790*.

2.4. *L'eccezione ai diritti del titolare di un programma per elaboratore: l'asimmetria degli artt. 3 e 4, dir. 2019/790.* – Gli ultimi diritti rispetto ai quali la direttiva 2019/790 prevede l'operatività dell'eccezione ai fini di text and data mining sono quelli di cui all'art. 4, par. 1, lett. a) e b), dir. 2009/24, che riguardano il diritto di riproduzione e il diritto di modifica del software riservati al titolare del programma per elaboratore.

Il primo di essi, come è noto, assume connotati particolari in funzione del tipo di opera dell'ingegno, nei limiti della protezione sanciti dalla Corte di giustizia, per cui l'oggetto della tutela concerne il programma in ogni sua forma espressiva, compresa di codice sorgente e codice oggetto²⁶².

Alle norme sulla tutela del software fa espresso richiamo l'art. 4, dir. 2019/790, nel delineare l'eccezione commerciale, con una visibile omissione, invece, da parte dell'art. 3, rispetto all'eccezione di ricerca scientifica. L'omissione, se interpretata in senso stretto, comporterebbe che gli organismi di ricerca e gli istituti di tutela del patrimonio culturale non possano esercitare liberamente il TDM sui programmi per elaboratore²⁶³, ancorché vi abbiano legalmente l'accesso.

²⁶² Corte giust. UE, 22 dicembre 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace — Svaz softwarové ochrany*, C-393/09, §35; V. anche il §37: la tutela «comprende quindi le forme di espressione di un programma per elaboratore e i lavori preparatori di progettazione atti a concludersi, rispettivamente, con la riproduzione o la realizzazione ulteriore di tale programma».

²⁶³ Cfr. R. CASO, *Il conflitto tra diritto d'autore e ricerca scientifica nella disciplina del text and data mining della direttiva sul mercato unico digitale*, in *Dir. ind.*, 2020, p. 124; E. ROSATI, *Sub Art. 3*, in *Copyright in the Digital Single Market*, cit., p. 46. V. più approfonditamente R. DUCATO, A. STROWEL, *Ensuring text and data mining: remaining issues with the EU copyright exceptions and possible ways out*, cit., pp. 328-329, in cui gli Autori sottolineano le incongruenze sistematiche dell'eccezione e come un'eventuale soluzione nel senso dell'applicazione dell'eccezione *ex art. 5, par. 3, dir. Software*, non sia decisiva nel diramare ogni dubbio; quest'ultima disposizione, infatti, prevede che «la persona che ha il diritto di utilizzare una copia di un programma può, senza chiederne l'autorizzazione al titolare del diritto, osservare, studiare o sperimentare il funzionamento del programma, allo scopo di determinare le idee e i principi su cui è basato ogni

Un'indicazione più liberale risulta, per contro, nella disposizione di attuazione italiana, che all'art. 70-ter, 1. aut. (corrispondente all'art. 3, della direttiva), fa riferimento alle riproduzioni²⁶⁴ di testo e di dati «da opere o da altri materiali disponibili in reti o banche di dati». Nonostante l'attuazione italiana si avvalga di una non del tutto convincente tecnica legislativa (v. *infra*, §5.1), il richiamo generale a «opere o altri materiali» orienta a ricomprendere tra i diritti liberalizzati nel contesto dell'eccezione di ricerca scientifica anche quelli che riguardano i programmi per elaboratore.

Pure rispetto al software, in tutti i casi, gli atti leciti si dovrebbero ritenere limitati alle sole riproduzioni dei software.

2.5. *I diritti esclusi dalle previsioni sulle eccezioni.* – Nell'elenco dei diritti enunciati dal legislatore europeo ai quali si applicano le eccezioni TDM non sono ricompresi, come si è specificato sopra, i diritti di distribuzione e di comunicazione al pubblico.

Simile mancanza, ove considerata frutto di scelta omissiva e non di involontaria lacuna, potrebbe significare che i risultati della ricerca condotta tramite l'attività di text and data mining, sia che si tratti dell'eccezione per finalità di ricerca scientifica, sia che si tratti dell'eccezione commerciale, non potrebbero essere distribuiti né comunicati al pubblico, laddove essi contengano al loro interno una parte delle opere protette²⁶⁵.

Al silenzio del legislatore europeo ha (parzialmente) rimediato quello italiano in sede di recepimento, che ha attuato l'art. 3 includendo «la comunicazione al pubblico degli esiti della ricerca ove espressi in nuove

elemento del programma, quando essa effettua le operazioni di caricamento, visualizzazione, esecuzione, trasmissione o memorizzazione del programma che ha il diritto di effettuare»; non è chiaro, tuttavia, se il TDM per scopi di ricerca scientifica possa rientrare in questa eccezione, principalmente perché l'attività di traduzione o adattamento potrebbero non essere coperte da quest'ultima.

²⁶⁴ Nonostante la disposizione non menzioni le estrazioni, divergendo così sia dagli artt. 3 e 4 della direttiva, sia dall'art. 70-*quater*, 1. aut.; tale omissione, tuttavia, va considerata come una mera dimenticanza del legislatore (fortunatamente) priva di conseguenze in virtù dell'art. 71-*decies*, 1. aut., che estende l'applicazione delle eccezioni anche ai diritti in capo al costituente. Sul tema si dirà più approfonditamente nel paragrafo dedicato.

²⁶⁵ In questo senso T. MARGONI, M. KRETSCHMER, *op. cit.*, p. 695. V. S. SCALZINI, *L'estrazione di dati e di testo per finalità commerciali dai contenuti degli utenti*, cit., p. 405, secondo la quale già la stessa attività di data mining potrebbe ledere il diritto di comunicazione. Chiaramente, la porzione di opera eventualmente contenuta nell'output deve essere (da sola) in grado di esprimere quel gradiente di creatività tale da integrare l'oggetto della tutela. Ma in senso riduttivo del problema, v. le segnalazioni riportate da J. P. TRIAILLE ET AL., *op. cit.*, p. 33, indicate *supra*, cap. 1, §3, nt. 51.

opere originali», ma solo per l’eccezione, di cui all’art. 70-ter, l. aut., finalizzata alla ricerca scientifica (sul punto v. *infra*, §5.1).

3. *L’art. 3, dir. 2019/790: l’eccezione di ricerca scientifica.* – Si è avuto già modo di richiamare l’esistenza di un doppio filtro per l’accesso all’eccezione di cui all’art. 3, par. 1, dir. 2019/790.

Sotto il profilo soggettivo, il beneficio è limitato ai soli organismi di ricerca e agli istituti di tutela del patrimonio culturale; sotto quello oggettivo, le riproduzioni e le estrazioni debbono essere effettuate in via esclusiva per scopi di ricerca scientifica.

Altro presupposto necessario è che l’estrazione di testo e di dati avvenga su opere o altri materiali a cui i soggetti beneficiari abbiano accesso legale. Quest’ultimo requisito verrà approfondito nel contesto dell’esame dell’eccezione per finalità commerciale, essendo previsto per entrambe le fattispecie (cfr. *infra* §4.1).

L’art. 3, par. 2, autorizza la memorizzazione delle copie realizzate attraverso il text and data mining di opere e materiali protetti, purché ciò avvenga con un adeguato livello di sicurezza. È inclusa altresì la conservazione delle copie, collegata anch’essa alle finalità di ricerca scientifica, inclusa la verifica dei risultati della ricerca.

I paragrafi 3 e 4 della medesima norma sono rivolti, rispettivamente, ai titolari dei diritti e ai legislatori nazionali: il primo legittima il ricorso a misure tecnologiche di protezione, per cui i titolari dei diritti possono applicare misure che garantiscano la sicurezza e l’integrità delle reti e delle banche dati in cui sono ospitati i materiali, con la precisazione che tali misure devono rispettare il generale principio di proporzionalità, nel senso di non andare al di là di quanto necessario per il raggiungimento di detto obiettivo; il secondo, invece, invita gli Stati membri a promuovere la definizione di buone prassi concordate tra titolari dei diritti e beneficiari per l’obbligo e delle misure previste.

L’eccezione in parola ha carattere imperativo, in forza dell’art. 7, par. 1, dir. 2019/790, che sancisce la nullità di qualsiasi disposizione contrattuale in contrasto. Essa, inoltre, risulta interamente gratuita, non venendo per essa prevista alcuna forma di remunerazione o compenso²⁶⁶.

²⁶⁶ V. considerando n. 17: «Date la natura e la finalità dell’eccezione, che è limitata alle entità che effettuano ricerca scientifica, il pregiudizio potenzialmente arrecato ai titolari dei diritti da detta eccezione dovrebbe essere minimo. Pertanto, gli Stati membri non dovrebbero prevedere un compenso per i titolari dei diritti per quanto concerne gli utilizzi contemplati dalle eccezioni relative all’estrazione di testo e di dati introdotte dalla presente direttiva». Nonostante sia una disposizione inserita in un considerando, la previsione appare dubbia: nel primo periodo viene utilizzato il singolare, facendo riferimento all’art. 3; nel secondo periodo, invece – ed è la parte più rilevante, nella quale si esortano gli Stati membri a non prevedere

3.1. *Lo scopo di ricerca scientifica.* – Il requisito oggettivo per la fruizione dell’eccezione attiene alla interdipendenza tra la data analysis che viene condotta e la sua finalità, la quale deve essere rivolta alla ricerca scientifica.

Nonostante il vincolo teleologico, è invece irrilevante che la data analysis avvenga per finalità non lucrative oppure no²⁶⁷.

Per quanto attiene al significato da darsi alla finalità di ricerca scientifica, il legislatore europeo non fornisce una definizione, limitandosi (v. considerando n. 12) a chiarire che essa ricomprende sia le scienze naturali che le scienze umane²⁶⁸. Per tale motivo, è stato suggerito, in considerazione dell’insieme dei requisiti oggettivi e soggettivi, di intendere il riferimento alla ricerca scientifica come strettamente collegato alla definizione di text and data mining fornita dalla norma, ossia a qualsiasi attività finalizzata alla generazione di informazione incrementale, che consenta quindi l’avanzamento in termini di nuova conoscenza in un certo ambito²⁶⁹.

un compenso – si fa riferimento, al plurale, alle eccezioni introdotte dalla direttiva. Verrebbe da chiedersi se questo valga anche per l’art. 4, ma il considerando n. 17 sembrerebbe semplicemente una disposizione mal scritta.

²⁶⁷ Il punto sembra pacifico in dottrina. V. B. CALABRESE, *Sulla dimensione imprenditoriale e societaria degli organismi di ricerca a fini di text and data mining*, in *Contr. impr.*, 2020, p. 1636; E. ROSATI, *Article 3*, in *Copyright in the digital single market*, cit., p. 43, ove l’A. valorizza il carattere ampio dell’eccezione, differenziandola dall’altro esempio di liberalizzazione in materia di ricerca, ossia dall’art. 5, par. 3, lett. a), dir. InfoSoc, che subordina l’applicabilità dell’eccezione di ricerca scientifica alla condizione che lo scopo sia non commerciale.

²⁶⁸ Sulla formulazione poco chiara del concetto di scienza, nel senso che il legislatore UE avrebbe dovuto estendere a tutta la ricerca scientifica *tout court*, senza distinguere tra scienze umane e naturali (distinzione peraltro scarna), v. R. DUCATO, A. STROWEL, *op. ult. cit.*, p. 326 ss. Il concetto di ricerca scientifica viene preso in considerazione, altresì, nell’ambito della normativa di tutela dei dati personali, il c.d. GDPR (Reg. 2016/679 dell’UE), sul cui significato v. R. DUCATO, *Data protection, scientific research, and the role of information*, 2020, in *Computer Law and Security Review*, p. 412 ss. C. GEIGER ET AL., *Text and Data Mining in the Proposed Copyright Reform*, cit., pp. 835-836, evidenziano i rischi che potrebbero conseguire a una stretta interpretazione del concetto di ricerca scientifica: un’università pubblica con un abbonamento a una banca dati per scopi didattici potrebbe trovarsi nel dubbio di dover contrattare un’ulteriore licenza, o, comunque, venire scoraggiata nelle iniziative che richiedono estrazione di testo e dati in tale database.

²⁶⁹ Cfr. E. ROSATI, *op. ult. cit.*, p. 43. Per evitare qualsiasi tentativo di limitazione degli ambiti scientifici ai fini dell’eccezione, il concetto avrebbe dovuto ricalcare quello della data analysis. Similmente, per R. DUCATO, A. STROWEL, *op. ult. cit.*, pp. 326-327: «any activity, performed according to the pertinent

In altri termini, il carattere scientifico non va inteso come espressione di attività economica non commerciale, ma piuttosto in senso «favorevole alla compresente anima commerciale della ricerca *lato sensu* scientifica²⁷⁰». Sarebbe pertanto possibile, in teoria, l'esercizio dell'eccezione di TDM *ex art. 3, dir. 2019/790*, da parte dei beneficiari, anche nel perseguimento di scopi di ricerca scientifica in attività svolte con finalità egoistiche.

In realtà, sia l'apparente apertura della norma alle attività di ricerca scientifica lucrative, sia l'incerto significato del concetto stesso di ricerca, sono elementi che vanno rapportati al criterio soggettivo di fruizione dell'eccezione. La possibile larga applicazione che da questo punto di vista ne risulta, si restringe immediatamente quando, nel complesso meccanismo di accesso al diritto, si consideri il filtro soggettivo.

È del resto in ragione della natura di tali enti, che li rende scarsamente competitivi rispetto ai titolari dei diritti, che il considerando n.17 invita gli Stati membri a non «prevedere un compenso», poiché «data la natura e la finalità dell'eccezione [...] il pregiudizio potenzialmente arrecato ai titolari dei diritti [...] dovrebbe essere minimo».

3.2. *I beneficiari: gli organismi di ricerca.* – L'analisi dei beneficiari non può non muovere dai soli soggetti che, nella proposta iniziale della Commissione, avrebbero dovuto godere della liberalizzazione, nonché attuali principali destinatari della disposizione²⁷¹, ossia gli organismi di ricerca.

Per organismo di ricerca, ai sensi dell'art. 2, n. 1, *dir. 2019/790*, deve intendersi «un'università, comprese le relative biblioteche, un istituto di ricerca o qualsiasi altra entità» che abbia come obiettivo primario l'attività di ricerca scientifica, oppure attività didattiche che includano anche la ricerca scientifica, con due importanti limitazioni: che ciò avvenga a) senza scopo di lucro (oppure reinvestendo tutti gli utili nella propria attività di ricerca scientifica, ovvero b) con una finalità di interesse pubblico riconosciuta da

methodological standards, aimed at generating new knowledge and advancing the state of the art in a given field».

²⁷⁰ Così B. CALABRESE, *op. ult. cit.*, p. 1610. L'ampia estensione della nozione di ricerca scientifica sarebbe giustificata principalmente da argomentazioni sistematiche: spunti in tal senso sono offerti dall'art. 179, del Trattato sul Funzionamento dell'UE, il quale «restituisce un quadro dove la ricerca, di cui sono menzionate le basi “scientifiche”, è inquadrata nell'ottica della competitività dell'intero sistema europeo “inclusa quella della sua industria”, incoraggiando altresì espressamente la partecipazione delle “imprese, comprese le piccole e medie imprese” nei percorsi strategici dell'innovazione». V. anche C. GALLI, *Le libere utilizzazioni: ricerca*, cit., p. 141, per una critica alla concezione restrittiva della ricerca intesa dal legislatore europeo nell'art. 5, par. 3, lett. a), *dir. InfoSoc*.

²⁷¹ B. CALABRESE, *op. ult. cit.*, p. 1605.

uno Stato membro, purché ciò non consenta l'accesso su base preferenziale ai risultati generati da detta ricerca scientifica, a un'impresa che esercita un'influenza determinante su tale organismo²⁷².

Emerge già a prima lettura come non rilevi affatto la forma rivestita dall'organismo in sé, mentre il suo tratto caratteristico riguarda precipuamente la finalità dell'attività condotta con impiego della data analysis, che deve essere di ricerca scientifica svolta primariamente (o nell'ambito di attività didattiche che la includano), purché ricorrano le ulteriori condizioni *sub a)* o *b)*.

Una prima apertura dal punto di vista della platea dei beneficiari dell'eccezione viene realizzata attraverso la previsione per cui «qualsiasi entità» può essere intesa come organismo di ricerca, con l'aggiunta del considerando n. 12, il quale esemplificativamente, ma in modo esplicito, include, oltre alle università o agli altri istituti di istruzione superiore e alle loro biblioteche, «anche entità come gli istituti di ricerca e gli ospedali»; sono inoltre irrilevanti, prosegue il considerando, le diverse forme e strutture giuridiche rivestite, mentre il tratto loro comune viene identificato nell'«agire senza scopi di lucro ovvero nell'ambito di una finalità di interesse pubblico riconosciuta dallo Stato».

Pertanto, indipendentemente dalla forma e dalla natura dell'organismo - ciò che sembra consentire l'accesso all'eccezione a enti di carattere privatistico²⁷³ -, sarà dirimente l'attività di ricerca scientifica svolta, in via concorrente con l'assenza di scopo di lucro (o con l'obbligo di reinvestire gli utili nell'attività di ricerca) e con il divieto di accesso preferenziale ai risultati della ricerca per coloro che esercitano un'influenza determinante (che si traduce nell'esclusione dal beneficio dei soggetti controllati da organismi lucrativi).

²⁷² La stessa logica è sottesa alla definizione di organismo di ricerca contenuta all'art. 2, n. 83 del Regolamento (UE) N. 651/2014, della Commissione del 17 giugno 2014, in materia di aiuti di stato, nella parte in cui prevede che le imprese che esercitano un'influenza decisiva non possano godere di accesso preferenziale ai risultati della ricerca svolta dagli enti, della cui definizione si occupa la stessa disposizione. Per essa, sono organismi di ricerca e diffusione della conoscenza gli enti – indipendentemente dalla loro natura pubblica o privata – che svolgono primariamente: attività di ricerca (incluso lo sviluppo industriale) oppure attività di insegnamento (inclusa la pubblicazione o il trasferimento di conoscenze), finalizzate alla più ampia diffusione dei risultati della ricerca. Con la precisazione, però, dell'obbligo di predisposizione di una contabilità separata nel caso di concorrente esercizio di attività economiche.

²⁷³ Per B. CALABRESE, *op. ult. cit.*, p. 1608, nessuno dei requisiti previsti dalla disposizione risulta escludere espressamente la natura privatistica dell'ente. Cfr., nello stesso senso, G. ROSSI, *Opere dell'ingegno come dati*, cit., p. 245.

Non si pongono particolari dubbi in ordine all'esigenza di esteriorizzazione dell'attività di ricerca scientifica, nel senso che essa dovrà trovare riconoscimento nella dimensione istituzionale dell'ente (ad esempio nello statuto o nell'atto di istituzione), ancorché venga esercitata in via non esclusiva, purché primaria, come deve ritenersi rispetto all'attività di c.d. terza missione delle università, svolta *a latere* rispetto alle loro missioni essenziali di insegnamento e ricerca²⁷⁴.

Quanto all'assenza dello scopo di lucro, esso si precisa nel senso che il divieto attiene precipuamente al lucro soggettivo e non a quello oggettivo. La formula, peraltro, è stata ritenuta «ormai clausola quasi di stile nella legislazione europea in materia, specialmente per tutti gli organismi beneficiari di eccezioni di natura culturale²⁷⁵». Nel medesimo senso, infatti, si esprime il considerando n. 20, della dir. 2012/28, in materia di opere orfane, riferendosi agli istituti di tutela del patrimonio culturale.

Perciò è ammesso a fruire dell'eccezione anche l'ente che persegua finalità di profitto dall'attività svolta, purché le utilità economiche ricavate non siano destinate a vantaggio dei partecipanti²⁷⁶.

Nel diritto italiano, come si vedrà (v. *infra*, §5.2), in questa prospettiva dovrebbe risultare ammissibile l'accesso all'eccezione anche a strutture di ricerca societarie²⁷⁷, e pure nella forma di società lucrative, ove la dimensione del lucro soggettivo risulti comunque preclusa²⁷⁸.

In alternativa all'assenza dello scopo di lucro²⁷⁹, può beneficiare dell'eccezione l'ente che svolga l'attività di ricerca con una finalità di interesse pubblico riconosciuta, e a questo riguardo soccorre il considerando

²⁷⁴ Cfr. E. ROSATI, *Article 3*, in *Copyright in the digital single market*, cit., p. 42; v. B. CALABRESE, *op. ult. cit.*, p. 1610 ss. Sulla terza missione delle università, intesa come insieme delle attività di trasferimento scientifico, tecnologico e culturale e di trasformazione produttiva delle conoscenze, attraverso legami tra esse e il tessuto imprenditoriale, v. M. RUOTOLO, *La «terza missione» dell'Università*, in *Lo Stato*, 2018, p. 109 ss.

²⁷⁵ L'espressione è di A. MUSSO, *Eccezioni e limitazioni ai diritti d'autore nella direttiva UE n. 790/2019*, in *Dir. inf.*, 2020, p. 419.

²⁷⁶ *Ibid.*, *ivi*, p. 420.

²⁷⁷ B. CALABRESE, *op. ult. cit.*, pp. 1612-1613.

²⁷⁸ Basti per ora rammentare il tema dell'evoluzione del modello della società lucrativa verso la neutralità causale, sul quale può rinviarsi, intanto, a G. SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 151 ss.; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. Diritto delle società*, Torino, 2015, p. 28 ss., che evidenzia l'eccezionalità delle previsioni di legge speciale che considerano società prive dello scopo di lucro; e, per una ricostruzione sistematica a G. MARASÀ, *Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984, p. 341 ss.

²⁷⁹ G. ROSSI, *op. ult. cit.*, p. 245.

n. 12, che tenendo conto delle differenze tra i diversi Stati membri, precisa che la finalità di interesse pubblico può trovare riconoscimento con diverse modalità, quali forme di finanziamento pubblico, una disposizione di legge o un appalto pubblico.

Entrambe le condizioni, tuttavia, trovano un ulteriore sbarramento nell'esclusione della qualità di organismo di ricerca per quelli assoggettati a forme di controllo strutturali da parte di imprese, in qualità di soci o azionisti, che diano a queste ultime un accesso preferenziale ai risultati della ricerca.

Può rilevarsi che la previsione risulta poco felice in termini di chiarezza circa il concetto di influenza e di controllo. La prima è aggettivata, peraltro, come «determinante» e non dominante, così come si qualificano le ipotesi di controllo societario nell'ordinamento italiano, *ex art. 2359 c.c.*, mentre la definizione di organismo di ricerca dettata nel contesto degli aiuti di Stato fa riferimento a un'influenza «decisiva», aumentando i dubbi sul significato dell'espressione qui in esame²⁸⁰.

Tuttavia, essa ha il pregio, con il ricorso a termini quali “impresa commerciale”, “azionisti” e “soci”, di confermare la riconducibilità alla categoria degli organismi di ricerca di imprese anche in forma societaria, ammettendole però a godere dell'eccezione di ricerca scientifica solo quando non siano soggette a un grado tale di influenza dei suoi soci imprese commerciali che dia a queste ultime un vantaggio differenziale rispetto ai risultati della ricerca.

Al fine di diradare i dubbi sulle situazioni che escludono certi soggetti dal novero dei beneficiari è stata proposta una lettura per la quale l'influenza determinante sussiste in ipotesi di «controllo “privilegiato”». Tale soluzione permette di affrancarsi dai criteri assunti nei diversi ordinamenti europei per identificare le ipotesi di controllo o di dominio societario, e tende a una maggiore coerenza con gli obiettivi dell'eccezione di sostegno della ricerca scientifica “pura”, estromettendo dal beneficio *ex art. 3* gli «operatori comuni del mercato», nel senso di imprese commerciali, alle quali non resterebbe che usufruire dell'eccezione commerciale²⁸¹. Questa proposta

²⁸⁰ È il caso del richiamato art. 2, n. 83 del Regolamento (UE) n. 651/2014, che si limita a considerare le ipotesi dell'azionista o del socio capace di esercitare tale influenza.

²⁸¹ Così B. CALABRESE, *op. ult. cit.*, p. 1613 ss., al quale si rimanda anche per ogni precisazione in tema di controllo e influenza dominante. Per l'A. appare rilevante la considerazione per cui il legislatore europeo parrebbe aver disegnato uno schema in forza del quale all'impresa commerciale – «nel senso lato di “non di ricerca”» – viene impedito l'accesso all'eccezione, per così dire, di carattere pubblicistico, sotto una doppia chiave, con la medesima finalità: oltre ai «vincoli lucrativi al reinvestimento dei risultati (economici) nell'obiettivo istituzionale di ricerca, anche il divieto di accesso preferenziale ai risultati (innovativi) esprime

interpretativa, se neutralizza il rischio che la nozione dettata ai fini della direttiva sia interpretata alla luce di nozioni proprie delle regole societarie dei diversi Stati membri, sembra però lasciare anch'essa un certo margine di incertezza.

Non risulta infatti precisato il gradiente di influenza esercitata sull'ente che lo escluderebbe dalla qualificazione di organismo di ricerca, per la quale sembrerebbe comunque richiesta una capacità dell'impresa di incidere sulle decisioni dell'organismo che quantomeno superi il livello espresso, nel diritto italiano, per la configurazione del collegamento societario di cui dall'art. 2359, comma 3°, c.c. In termini positivi, invece, andrebbe valorizzato il valore (anche semantico) dell'espressione "determinante", a escludere dal beneficio dell'eccezione tutti gli enti che non abbiano una capacità di autodeterminazione nelle proprie scelte, indipendentemente dalle modalità strutturali che determinino questo effetto.

L'accesso preferenziale ai risultati della ricerca potrebbe peraltro dipendere non da "ragioni strutturali", ma da vincoli contrattuali o finanziamenti o da altri strumenti che permettano all'impresa di esercitare un'influenza determinante sull'organismo di ricerca. Il che porta a ritenere che le realtà imprenditoriali escluse dal beneficio avrebbero altri canali (come quello contrattuale) per poter accedere ai risultati²⁸².

Le diverse ipotesi permettono comunque di cogliere l'obiettivo loro comune di evitare che il beneficiario dell'eccezione «possa fungere da *longa manus* dell'impresa nel mercato dell'estrazione di testo e di dati, protesa ad accaparrarsi quel vantaggio concorrenziale rappresentato dalla sottrazione al pagamento delle *royalties*²⁸³».

3.3. (segue) *Gli istituti di tutela del patrimonio culturale.* – Inizialmente esclusi dalla proposta della Commissione, gli istituti di tutela del patrimonio culturale hanno invece trovato espresso riconoscimento tra i beneficiari dell'eccezione, ad opera dell'art. 3, dir. 2019/790.

l'idea che le utilità prodotte debbano andare a vantaggio dell'organismo stesso – oltre che, indirettamente, della collettività – e non dei soci di controllo».

²⁸² In questi termini v. G. ROSSI, *op. ult. cit.*, pp. 245-246.

²⁸³ Così B. CALABRESE, *op. ult. cit.*, p. 1616, il quale però specifica che da tale considerazione «non è consequenziale farsi coincidere il diniego della natura "commerciale" del controllante, previsto dalla norma, con il rifiuto *tout court* della dimensione imprenditoriale "di ricerca", e dei modelli societari, per il controllato», poiché «la nozione di controllo privilegiato non pare funzionalizzata a escludere la forma societaria dell'organismo di ricerca e la partecipazione di imprese allo stesso di per sé, ma solo nella misura in cui ciò comporti un asservimento dell'organismo medesimo alle logiche del socio commerciale».

La categoria comprende, in base alla direttiva, biblioteche accessibili al pubblico, musei, archivi, istituti per il patrimonio cinematografico o sonoro²⁸⁴.

Il dubbio se il criterio dell'accessibilità al pubblico sia un requisito essenziale anche per gli enti diversi dalle biblioteche è stato risolto in senso affermativo dal legislatore italiano (v. *infra*, §5.1), con scarsa coerenza con la possibilità che gli istituti in questione si avvantaggino dell'eccezione di text and data mining anche rispetto a opere non accessibili al pubblico²⁸⁵.

L'accesso all'eccezione di ricerca scientifica per tale categoria di tali soggetti, inoltre, non è subordinato ad altre condizioni, quali l'assenza di fini di lucro, o la loro autonomia rispetto a un'impresa commerciale.

Ciò apre la strada a due possibili interpretazioni.

Chi reputa che la mancata previsione di questi criteri non rappresenti una lacuna, ma una precisa scelta normativa, deduce che gli istituti in questione possano beneficiare dell'eccezione anche quando interamente controllati da un soggetto di natura imprenditoriale o siano essi stessi votati al lucro (tanto oggettivo quanto soggettivo)²⁸⁶.

Una lettura opposta, invece, si basa sulla *ratio* comune dell'identificazione dei soggetti beneficiari, siano essi organismi di ricerca o istituti culturali, che imporrebbe la regola generale dell'esclusione dal

²⁸⁴ V. l'art. 2, n. 3, e considerando n. 13, dir. 2019/790. Gli istituti di tutela del patrimonio culturale, come si è già accennato, dispongono di un'eccezione che consente loro di realizzare copie di qualunque opera o altri materiali presenti permanentemente nelle loro raccolte (in qualsiasi formato o su qualsiasi supporto), ai fini e nella misura necessaria alla conservazione delle opere.

²⁸⁵ Per G. ROSSI, *op. cit.*, p. 244, ciò si evincerebbe dal considerando n. 14, nella parte in cui prevede che gli istituti di tutela del patrimonio culturale dovrebbero beneficiare dell'eccezione relativa all'estrazione di testo e di dati «per quanto riguarda i contenuti cui hanno accesso legale».

²⁸⁶ In tal senso L. MANSANI, *Le eccezioni per estrazioni di testo e dati*, cit., p. 11, per il quale «l'archivio RAI o quelli di società lucrative operanti in ambito televisivo, cinematografico, fotografico, musicale, editoriale, artistico, o musei privati, o altri soggetti simili aventi caratteristiche no profit, appaiono poter beneficiare dell'esenzione di cui all'art. 3». G. ROSSI, *op. ult. cit.*, p. 244, appare più dubbioso per l'accesso all'eccezione anche a realtà private, ma «una limitazione dell'eccezione ai soli istituti di natura pubblica [...] apparirebbe difficile da giustificare, poiché l'eccezione stessa sembrerebbe da correlarsi alla natura dell'attività svolta dal soggetto, più che alla sua veste giuridica»; d'altronde, le disposizioni di legge «non richiedono, per gli istituti di tutela del patrimonio culturale, l'assenza di finalità lucrative: ciò sembra decisamente deporre nel senso dell'inclusione nella fattispecie soggetti privati, quali, ad esempio, i titolari di musei aziendali».

beneficio, di entità connotate in senso egoistico o controllate, come espressamente previsto in tema di organismi di ricerca²⁸⁷.

Un'interpretazione diversa equivarrebbe a privare di significato l'art. 4, e darebbe a istituti culturali il vantaggio concorrenziale di cui all'art. 3²⁸⁸, aprendo la via a possibili tentativi di elusione della medesima disposizione.

Infine, nonostante la direttiva non lo richieda espressamente, è da ritenere pacifico che, per poter esercitare l'eccezione, sia gli organismi di ricerca sia gli istituti di tutela del patrimonio culturale abbiano il loro stabilimento all'interno dei confini dell'UE²⁸⁹.

3.4. *La memorizzazione delle copie e la loro "adeguata" conservazione.* – L'art. 3, par. 2, dir. 2019/790, ammette la possibilità per gli utilizzatori di realizzare copie di opere o di altri materiali ai fini del text and data mining, purché ciò avvenga per scopi di ricerca scientifica, inclusa la verifica dei risultati. Viene ribadito, quindi, il vincolo teleologico che si esprime anche nella previsione di questa facoltà.

Si tratta di disposizione dai connotati ambigui, che mostra come gli sforzi del legislatore siano spesso (se non sempre) indirizzati a salvaguardare la posizione dei titolari dei diritti.

Per un verso, essa ha trovato il consenso degli interpreti, considerato che la ricerca scientifica necessita di attività *ex post* (e ontologicamente diverse) rispetto all'estrazione di testo e dati in sé, finalizzate a verifiche anche in *peer review* dei risultati ottenuti²⁹⁰, nonché ad attività di ricerca in comune²⁹¹.

Il mancato riferimento a qualsiasi limite temporale²⁹² consente inoltre che la memorizzazione e la conservazione delle copie possano avvenire indefinitamente, fatto che permetterebbe la conduzione di attività di ricerca scientifica futura e ulteriore sui risultati ottenuti.

Tuttavia, per altro verso, il legislatore ha previsto, singolarmente, la sussistenza di un obbligo per il beneficiario nella realizzazione delle copie: queste, infatti, devono essere conservate con un adeguato livello di sicurezza.

²⁸⁷ Così E. ROSATI, *op. ult. cit.*, p. 45; del medesimo avviso A. MUSSO, *op. ult. cit.*, 421.

²⁸⁸ *Ibid.*, per cui questo trattamento potrebbe essere discriminatorio *ex artt.* 3 e 41 Cost.

²⁸⁹ E. ROSATI, *op. ult. cit.*, pp. 42-43 e 44-45.

²⁹⁰ V. R. DUCATO, A. STROWEL, *op. ult. cit.*, p. 324.

²⁹¹ V. E. ROSATI, *op. ult. cit.*, p. 56, la quale fa notare, tuttavia, come ciò dipenda dall'implementazione negli Stati membri dell'eccezione di cui all'art. 5, par. 3, lett. a), dir. InfoSoc, in tema di ricerca.

²⁹² A differenza di quanto espressamente stabilito nell'art. 4.

La singolarità della disposizione deriva dal fatto che si tratta di un obbligo che grava sull'utilizzatore²⁹³, quindi sul destinatario della norma.

Ciò rispecchia attenzione agli interessi dei titolari dei diritti di proprietà intellettuale, per cui il legislatore non manca di inserire disposizioni volte a garantire ai titolari un alto livello di protezione, soprattutto quando, come nel caso di specie, essi non sarebbero in grado di controllare l'eventuale circolazione delle copie realizzate dal beneficiario.

La disposizione non fa peraltro menzione né di standard di sicurezza ai quali dovrebbe conformarsi il beneficiario, né di eventuali sanzioni in caso di pregiudizi arrecati al titolare dell'opera per mancata osservanza della previsione.

L'adeguatezza delle misure adottate potrà essere valutata alla stregua della natura del soggetto beneficiario, delle sue regole di gestione e di responsabilità. Per gli organismi di ricerca ed enti di valorizzazione del patrimonio culturale in forma societaria potrebbe perciò soccorrere la previsione dell'art. 2086, comma 2, c.c., che prevede l'obbligo per gli amministratori di imprese in forma societaria o collettiva di predisporre un assetto organizzativo adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa²⁹⁴, che pare poter comprendere anche strumenti di sicurezza delle copie di materiali estratti avvalendosi dell'eccezione di ricerca scientifica.

Più in generale, a prescindere quindi dalla forma giuridica assunta dal beneficiario, il livello di sicurezza adeguato potrebbe apprezzarsi sulla base dei criteri che attengono alla disciplina dei segreti commerciali, che richiedono "misure ragionevolmente adeguate" a mantenere segrete le informazioni protette, ai sensi dell'art. 98, comma 1°, lett. c), c.p.i. In questa prospettiva l'indagine sulla adeguatezza dovrebbe svolgersi sul piano fattuale, tecnico-operativo, ma anche contrattuale²⁹⁵, tenendo comunque

²⁹³ Fatto che per A. OTTOLIA, *op. ult. cit.*, p. 1261, dovrebbe far «riflettere sulla (e a dubitare della) effettiva opportunità di utilizzare di un simile strumento normativo in questo specifico contesto», con specifico riferimento alla disposizione italiana di attuazione della direttiva per l'eccezione commerciale, la quale richiama i medesimi doveri per la memorizzazione delle copie. Per l'A., inoltre, tale clausola rientrerebbe nel novero di quelle che definisce clausole generali organizzative dell'immateriale, sulle quali v. ID., *Le clausole generali organizzative dell'immateriale*, in *AIDA*, 2021, p. 99 ss.

²⁹⁴ Cfr. A. OTTOLIA, *L'opt out commons*, cit., p. 1261, nell'escludere che gli amministratori, in questo caso, possano beneficiare della *business judgment rule*, poiché la responsabilità dovrà essere valutata sulla base dei principi di correttezza amministrativa, rientrando l'obbligo nel novero dei precisi doveri organizzativi.

²⁹⁵ Lo osserva M. LIBERTINI, *Il rapporto tra direttiva e decreto di attuazione e l'applicabilità in via interpretativa delle disposizioni comunitarie non inserite nel codice*, in C. GALLI (a cura di), *Il nuovo diritto del know-how e dei segreti commerciali*, Milano, 2018, p. 21.

conto delle caratteristiche del soggetto: “quantitative e qualitative, organizzative e tecnologiche”²⁹⁶.

In definitiva, pur in presenza di una norma apparentemente favorevole per i beneficiari, e conforme alle esigenze tecniche e sostanziali della ricerca scientifica, la disposizione crea una situazione di incertezza per gli utilizzatori, con il rischio che essa possa avere l’effetto di disincentivare la data analysis, onde evitare di incorrere in responsabilità ove le misure di conservazione delle copie venissero ritenute non adeguate.

3.5. *Le misure di protezione.* – Accentua la tutela dei titolari dei diritti la previsione, che ripropone una già nota al diritto d’autore europeo, dell’art. 3, par. 3, dir. 2019/790, che autorizza i titolari dei diritti ad applicare misure per garantire la sicurezza e l’integrità delle reti e delle banche dati ospitanti i materiali protetti. Essa va letta congiuntamente con l’art. 7, par. 2, della stessa direttiva, in tema di disposizioni comuni, che estende l’applicazione dell’art. 6, par. 4, commi 1°, 3° e 5°, dir. 2001/29, alle eccezioni di TDM²⁹⁷.

²⁹⁶ La ragionevole adeguatezza delle misure di secretazione viene ritenuta anch’essa criterio di valore relativo, nel senso che impone di guardare nel concreto alle circostanze specifiche e/o ai costi delle misure in relazione alla loro efficacia: in questi termini G. GUGLIELMETTI, *La tutela del segreto*, in C. GALLI (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto dei brevetti*, Torino, 2003, p. 129. Per la ricostruzione delle posizioni sul punto, v. per tutti, anche per riferimenti, A. OTTOLIA, *Il d. lgs. n. 63/18 di attuazione della dir. 2016/943/UE sulla protezione dei segreti commerciali fra tutela e bilanciamenti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, p. 1091 ss., spec. p. 1099 ss.

²⁹⁷ Si tratta delle disposizioni sulle cc.dd. misure tecnologiche di protezione. Ma vedi R. CASO, *op. ult. cit.*, p. 124 e 125, nel senso di «una nuova categoria di misure tecnologiche diversa» da quella considerata nella direttiva InfoSoc. Per i rapporti tra dette misure e alcuni diritti di utilizzazione economica, cfr. R. CASO, *Diritto d'autore, comunicazione al pubblico e misure tecnologiche di protezione contro il "framing": VG Bild-Kunst e l'ultimo cioccolatino della Corte di giustizia*, in *Foro it.*, 2021, IV, p. 456 ss.; ID., *La Corte di giustizia e la tutela delle misure tecnologiche di protezione del diritto d'autore: cinquanta (e più) sfumature di grigio*, *ivi*, 2014, IV, p. 207 ss.; M. W. MONTEROSSO, *La comunicazione al pubblico di opere protette dal diritto d'autore nel "World Wide Web". Limiti all'utilizzo degli "hyperlink" per viaggiare nel ciberspazio*, in *Jus civile*, 2021, p. 736 ss.; M. FRANZOSI, *Misure tecnologiche di protezione del diritto d'autore (art. 102 quater L.A.)*, in *Riv. dir. ind.*, 2016, II, p. 544 ss.; nel rapporto con la copia privata, come interpretato dalla Corte di giustizia, D. SARTI, *Copia privata e apprendisti stregoni*, in *AIDA*, 2014, p. 410 ss.; A. STAZI, *Intellectual property and consumer law in the knowledge economy*, in *Dir. aut.*, 2010, p. 342 ss.

Le misure tecnologiche di protezione²⁹⁸, come è intuibile, comportano un aggravio della posizione degli utenti, nella misura in cui esse rafforzano la posizione dei titolari dei diritti di proprietà intellettuale. In aggiunta a una interpretazione stretta del *three-step test*, esse rappresentano una forte limitazione e un corrispondente ostacolo all'accesso ai contenuti.

Per questo motivo il legislatore europeo si premura di precisare che le misure utilizzate non devono impedire l'effettiva fruizione delle eccezioni (considerando n. 7) e all'art. 3, par. 3, dir. 2019/790, nella parte finale, ricorda che «tali misure non vanno al di là di quanto necessario per il raggiungimento» della sicurezza e dell'integrità delle reti e delle banche dati, senza però fornire ulteriore specificazione in merito²⁹⁹.

Al tempo stesso, si sottolineano i pericoli per la sicurezza e l'integrità dei sistemi di appartenenza delle opere dell'ingegno, in rapporto al potenziale elevato numero di richieste di accesso e di scaricamento online delle stesse, che legittimano la predisposizione di misure protettive, quali l'autenticazione dell'utente o la convalida dell'indirizzo IP (considerando n. 16).

Il richiamo all'art. 6, par. 4, dir. 2001/29 (e specialmente il mancato richiamo al comma 4^o³⁰⁰), sotto questo punto di vista, appare certamente opportuno, poiché esso istituisce un meccanismo volontario per il bilanciamento degli interessi contrapposti, lasciando ai titolari dei diritti l'onere di predisporre i mezzi necessari per la fruizione dell'eccezione; in assenza di misure volontarie, diventa dovere degli Stati membri intervenire a garantire l'accesso alle opere per gli utenti.

Il problema è che l'intero art. 6, par. 4, dir. 2001/29, si è mostrato spesso inefficace sotto il profilo ora segnalato, sia per quanto attiene alle

²⁹⁸ V. altresì, gli artt. 102-*quater* e 102-*quinquies*, l. aut., di attuativa della dir. 2001/29; sul punto, approfonditamente, v. S. LAVAGNINI, Sub *artt. 102-quater e 102-quinquies l. aut.*, in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., p. 2119 ss.

²⁹⁹ Frase ambigua per R. CASO, *op. ult. cit.*, p. 125, che si chiede se il legislatore abbia voluto intendere che il soggetto legittimato a effettuare il TDM abbia azione contro il titolare del diritto per misura di sicurezza eccessiva. Sulla base di quanto si dirà per l'attuazione italiana, sembra potersi rispondere nel senso che l'utente che sfrutta l'eccezione potrebbe agire per rimuovere *tout court* la misura tecnologica di protezione laddove quest'ultima non consenta un accesso all'opera o al materiale oggetto di TDM (v. *infra*, §5.1.)

³⁰⁰ Che esclude l'applicazione del comma 1° nel caso di opere o altri materiali a disposizione del pubblico sulla base di clausole contrattuali per le quali è possibile accedere on-demand. Ciò implica che le eccezioni di TDM possono usufruire del meccanismo di bilanciamento tra interessi, sul punto, v. R. DUCATO, A. STROWEL, *op. ult. cit.*, p. 329; nello stesso senso T. MARGONI, M. KRETSCHMER, *op. ult. cit.*, p. 695; E. ROSATI, *op. ult. cit.*, p. 57.

misure volontarie, sia per l'intervento statale. Cosicché è gravato e continua a gravare sui singoli utenti l'onere di far valere, attraverso segnalazioni o altri meccanismi, la fruizione non effettiva delle eccezioni, dovuta alla presenza di misure di protezione³⁰¹.

Non pare decisiva a chiarire gli standard da adottare nella predisposizione delle misure in questione, e nell'assicurare l'accesso, l'esperienza della Corte di giustizia, coinvolta in via pregiudiziale sulla questione. Essa, nel prevedere un'ampia applicazione delle misure tecnologiche di protezione³⁰², rimanda alla valutazione in concreto da parte del singolo giudice circa l'effettività di tali misure, segnatamente in ordine alla loro capacità di causare interferenze o limitazioni con le attività dei terzi, pur fornendo una protezione analoga per i diritti del titolare.

Infatti, spetta al giudice valutare l'ampio spettro di rapporti tra le misure tecnologiche e i dispositivi utilizzati dai terzi che potrebbero eluderle: «a tal riguardo, la prova dell'uso che i terzi effettivamente ne fanno sarà, in funzione delle circostanze di cui trattasi, particolarmente rilevante».

Le criticità generate dalla particolarmente ampia estensione dell'ambito di applicazione delle misure di protezione sono già state riscontrate diffusamente in dottrina³⁰³, specie rispetto al loro impatto sulle libere utilizzazioni³⁰⁴, la cui operatività, come detto, rischia di essere messa a dura prova.

Preme ribadire qui, al fine di valutare in che modo le eccezioni di text and data mining contribuiscano alla possibile "trasformazione" della tutela sulle opere dell'ingegno in tutela dei contenuti e dei meri dati, che le misure tecnologiche di protezione assumono un ruolo fortemente protezionistico. La loro applicazione può riguardare, infatti, anche materiali

³⁰¹ V. T. MARGONI, M. KRETSCHMER, *op. ult. cit.*, pp. 695 e 697, i quali riportano l'esempio della procedura introdotta da parte dell'Ufficio di Proprietà Intellettuale del Regno Unito: su undici segnalazioni, ben nove sono state rigettate. Cfr. Intellectual Property Office, 'Technological Protection Measures (TPMs) Complaints Process' (GOV.UK, 3 Novembre 2014), consultabile al link <https://www.gov.uk/government/publications/technological-protection-measures-tpms-complaints-process>. Dello stesso avviso R. DUCATO, A. STROWEL, *op. ult. cit.*, pp. 329 e 330. Si veda F. DE SANTIS, *Verso una riforma del diritto d'autore. Libertà di ricerca e libera circolazione della conoscenza*, cit., pp. 129-130 per uno spunto sulle soluzioni francese e danese.

³⁰² Non solo equipaggiando con un dispositivo di riconoscimento un supporto contenente l'opera (come un videogioco), ma altresì le apparecchiature portatili o le consolle destinate a garantire l'accesso a tali giochi e la loro utilizzazione. Cfr. Corte giust. UE, 23 gennaio 2014, *Nintendo Co. Ltd e a. c. PC Box Srl e 9Net Srl*, C-355/12.

³⁰³ Cfr. S. LAVAGNINI, *op. ult. cit.*, p. 2122.

³⁰⁴ Sul punto, F. DE SANTIS, *op. cit.*, p. 128 ss.

e contenuti delle opere che dovrebbero essere liberamente fruibili³⁰⁵. Per questo motivo, il ricordato considerando n. 9, della dir. 2019/790, quando esclude dall'autorizzazione del titolare «semplici fatti o dati non tutelati dal diritto d'autore», non fa i conti con le disposizioni che lo rendono – o che rischiano di renderlo – del tutto privo di significato, poiché la medesima direttiva ribadisce la possibilità di applicare tali misure su tutto il contenuto dell'opera, anche fatti o dati in sé non tutelati o non tutelabili.

Non solo, per l'eccezione di TDM per ricerca, il bilanciamento dell'interesse alla protezione delle opere per mezzo delle misure considerate e quello dei beneficiari dell'eccezione, se non correttamente calibrato, può causare effetti estremamente disincentivanti delle operazioni di data analysis funzionalizzate alla ricerca.

In caso di misure impeditive che rendano impossibile l'accesso ai contenuti, infatti, si aprirà una fase contenziosa, nella quale sarà il giudice nazionale a dovere provvedere ed eventualmente imporre di disabilitare qualsiasi misura tecnica di protezione che non sia proporzionata, con la conseguenza se non di impedire, quantomeno di rallentare i processi della ricerca³⁰⁶.

L'impressione che si trae conclusivamente dall'eccezione di ricerca scientifica è che il beneficio delineato dall'art. 3, dir. 2019/790, abbia una portata liberalizzante piuttosto contenuta e non giovi sufficientemente allo sviluppo della ricerca e dell'innovazione che si mira a sostenere, a causa dei numerosi vincoli che esso presenta, segnatamente per il profilo soggettivo, per la presenza di eventuali misure tecnologiche di protezione, e infine, per la necessità che l'utente abbia un accesso legittimo a opere e materiali protetti (requisito sul quale v. *infra*, par. 4.1).

4. *L'art. 4, dir. 2019/790, e i requisiti di accesso all'eccezione commerciale.* – Quale previsione di carattere residuale rispetto al beneficio di cui all'art. 3, l'art. 4, dir. 2019/790, introduce un'eccezione (con l'aggiunta «o una limitazione», ipotizzando la possibile diversa conformazione dell'istituto negli Stati membri³⁰⁷), ai medesimi diritti patrimoniali già elencati nel precedente articolo e ai diritti di utilizzazione economica del

³⁰⁵ In questo senso, F. DE SANTIS, *op. cit.*, p. 128, per cui non solo una misura tecnologica di protezione «non è in grado di riconoscere un'opera protetta dal diritto d'autore da una che non lo è, e potrebbe essere applicata su opere la cui fruibilità dovrebbe essere del tutto libera», ma in generale, le misure «sono suscettibili di coprire indistintamente l'opera, senza separare la forma espressiva dall'idea sottostante, o dai principi scientifici, che, secondo l'assetto del diritto d'autore classico, devono essere liberamente accessibili ed utilizzabili».

³⁰⁶ E. ROSATI, *op. ult. cit.*, p. 58.

³⁰⁷ Ma v. *supra*, cap. I, §7.1.

titolare di un programma per elaboratore, senza distinzione alcuna in termini soggettivi e senza fissare un requisito oggettivo per l'accesso all'eccezione.

La medesima *ratio* sottesa all'intervento legislativo di cui all'eccezione obbligatoria dell'art. 3 si specifica anche per l'eccezione commerciale nel considerando n. 18, che, come già si è avuto modo di vedere, evidenzia l'esigenza di superare l'incertezza giuridica intorno alle attività di estrazione di testo e di dati, sottolineando che «oltre a essere rilevanti nel contesto della ricerca scientifica», tali tecniche sono «ampiamente utilizzate da soggetti sia pubblici che privati [...] in diversi settori della vita e per vari scopi, tra cui i servizi della pubblica amministrazione, decisioni commerciali complesse e lo sviluppo di nuove applicazioni o tecnologie».

Da ciò si evince come il legislatore non abbia voluto percorrere, nel perimetrare il diverso ambito di applicazione dell'art. 3 e dell'art. 4, la strada della distinzione tra data mining “pubblico” e data mining “privato”, bensì tra finalità di ricerca pubblica e qualsiasi altra finalità.

Nella prima, come si è visto, il beneficio si misura con soggetti, finalità, gratuità dell'utilizzazione e carattere imperativo dell'eccezione; nella seconda rientra tutto ciò che non passa dalle maglie dell'art. 3.

Non rileva, quindi, la natura dell'attività nell'ambito della quale si svolge la data analysis. Essa, infatti, può risultare tanto commerciale, quanto di interesse anche o esclusivamente pubblico, come nel caso dei servizi della pubblica amministrazione espressamente citati nel considerando: ma se non finalizzata all'attività di ricerca scientifica, non potrà beneficiare dell'eccezione.

Sussiste perciò una netta distanza nel trattamento delle due situazioni, di cui si dirà nel dettaglio nelle pagine che seguono, che solo in parte può essere ricondotto al risultato di un'aggiunta tardiva dell'art. 4 rispetto alla prima proposta della Commissione³⁰⁸.

È evidente che alla base della separazione dei regimi di estrazione di testo e dati vi sia l'ancoraggio a ragioni sostanziali che differiscono nella loro logica: la libertà di ricerca scientifica, da un lato; la promozione di un mercato e di un'economia *data-driven*, dall'altro³⁰⁹.

Rinviandosi per ora una valutazione sull'adeguatezza e sui limiti dell'intervento legislativo europeo³¹⁰, può fin d'ora osservarsi come sia

³⁰⁸ Si veda in particolare l'art. 3°, introdotto dal Consiglio dell'UE, Interinstitutional File, (COD)2016 280, Doc.9134/18 già rubricato come «eccezione o limitazione opzionale».

³⁰⁹ V. A. OTTOLIA, *op. ult. cit.*, p. 1254 che parla di eccezione “orizzontale” per l'art. 70-*quater*, l. aut. (di attuazione dell'art. 4, dir. 790/2019), e di eccezione legata alla creazione di un «puro *commons*» per quanto attiene all'art. 70-*ter*, l. aut., di attuazione dell'art. 3, dir. 790/2019.

³¹⁰ V. *infra*, §6.

quest'ultima finalità quella che maggiormente rischia di risentire in termini negativi dell'impianto normativo di cui all'art. 4.

Infatti, se l'accennata residualità della previsione emerge dall'art. 4, par. 4, il quale afferma che l'eccezione in questione «non pregiudica l'applicazione dell'articolo 3», tutta la carica innovativa e di liberalizzazione per finalità commerciali (intendendo queste quelle che esulano dalla ricerca scientifica) viene persa nell'art. 4, par. 3, in collegamento con il considerando n. 18, che introduce un meccanismo di *opting out*, qualificato come diritto di riservare a sé (purché in modo appropriato) l'utilizzo delle opere e di altri materiali, in favore dei titolari dei diritti. Infine, l'eccezione per finalità commerciale non è tra le disposizioni delle quali la legge preveda l'insopprimibilità per via contrattuale (cfr. art. 7, par. 1, dir. 2019/790).

Ancorché si tratti di una eccezione di attuazione obbligatoria per gli Stati membri, ne risultano connotati non particolarmente favorevoli per le esigenze del mercato.

4.1. *Il regime dell'eccezione commerciale e il requisito comune alle due eccezioni dell'accesso legale.* – La prima divergenza tra l'eccezione di scientifica e l'eccezione commerciale si nota nella scelta della diversa qualificazione data all'una e all'altra: mentre l'art. 3 fa riferimento alla sola «eccezione», l'art. 4 prevede «un'eccezione o una limitazione». La questione non è parsa particolarmente significativa, ma piuttosto segno dell'appiattimento della distinzione tra i due concetti che si è evidenziato nel precedente capitolo (v. *supra*, cap. I, §7.1).

Dalla distinzione, nonché dalle esperienze di attuazione, non discenderebbe infatti un diverso regime di libera utilizzazione³¹¹. Non si determinerebbe, cioè, un differente regime, sia che si scelga di qualificarla in termini di limitazione sia che si opti per una eccezione.

Le disposizioni sulle due eccezioni divergono, invece, in maniera rilevante, per il paragrafo 2 dell'art. 4, che sancisce la facoltà per gli utilizzatori di conservare le riproduzioni e le estrazioni «per il tempo necessario ai fini dell'estrazione di testo e di dati».

La norma appare estremamente sbilanciata rispetto alla corrispettiva previsione relativa agli organismi di ricerca e istituti di tutela del patrimonio culturale: se gli utilizzatori *ex art. 3* possono conservare *sine die* le copie

³¹¹ V. E. ROSATI, *op. ult. cit.*, p. 75, che prova a trovare un significato nella distinzione, nel senso che gli Stati membri potrebbero decidere di introdurre un equo compenso in relazione all'art. 4; interpretazione che potrebbe trovare conferma altresì nella già segnalata dicitura del considerando n.17 di “eccezioni” al plurale, nel senso per cui gli Stati membri potrebbero optare per l'introduzione di un'eccezione accompagnata da un compenso. Tuttavia, l'A., propende per un'esclusione della remunerazione anche in questo caso. Sul punto, R. DUCATO, A. STROWEL, *op. ult. cit.*, p. 330.

ottenute tramite il data mining per scopi di ricerca scientifica, coloro i quali accedono all'eccezione commerciale sono vincolati a un limite temporale alquanto ambiguo, che rischia di compromettere la verifica dei risultati, nonché la bontà di tutta l'attività di estrazione. Situazione aggravata, inoltre, dalla circostanza che non si fa alcuna menzione del diritto di copia e di memorizzazione³¹².

Ulteriori elementi di differenziazione sono la già ricordata presenza nell'art. 4 dell'operatività dell'eccezione rispetto ai diritti del titolare di un programma per elaboratore, e la non inclusione dell'eccezione commerciale tra le disposizioni imperative, che potrebbe quindi portare all'esclusione dell'eccezione in via negoziale.

Infine, va messo in luce l'ultimo requisito, che non è stato oggetto di analisi nella parte dedicata all'eccezione per finalità di ricerca scientifica, in quanto, condiviso con l'art. 4, si presta meglio a un'analisi congiunta rispetto alle due eccezioni.

L'elemento è forse allo stesso tempo il più importante e il più dibattuto (insieme al meccanismo di riserva che si discuterà nel paragrafo seguente) per le sue implicazioni sistematiche: entrambe le libere utilizzazioni sono subordinate alla sussistenza in capo al beneficiario di un accesso legittimo, il quale rischia di essere il vero ostacolo da superare per garantirgli l'accesso ai contenuti.

Il significato di accesso legittimo comprende quello ai contenuti accessibili sia in base a politiche di accesso aperto, come per il tramite di licenze open access o open source, sia in base ad accordi contrattuali tra i titolari dei diritti e gli utilizzatori, sia, più in generale, mediante qualsiasi altro mezzo legale, intendendosi tale anche l'accesso a contenuti gratuitamente disponibili online (considerando n. 14).

Pertanto, le condizioni *sub* art. 3 elencate nei paragrafi precedenti sono necessarie, ma non sufficienti: i soggetti legittimati devono poter disporre di un accesso garantito da licenze aperte, ovvero da accordi di licenza, oppure da qualsiasi altra tipologia di rapporto obbligatorio tra le parti che abbia ad oggetto l'apertura dei contenuti, e lo stesso vale anche per l'eccezione commerciale *ex* art. 4.

La previsione solleva alcune questioni di carattere sistematico e di carattere pratico. Per quanto riguarda le prime, la presa di posizione dell'UE è chiara, e si traduce nella negazione del principio per il quale «the right to read is the right to mine³¹³».

³¹² Per E. ROSATI, *op. ult. cit.*, p. 89 è ipotizzabile anche in questo caso il diritto di copia e di memorizzazione quando siano presupposti della riproduzione ed estrazione, in virtù del considerando 15, per effetto della possibilità per gli Stati membri di prevedere una tale facoltà.

³¹³ Per una lettura di questo principio verso una maggiore trasparenza, specialmente ove rilevante a tutela della riservatezza e del consumatore, v. R.

Rispetto alle vie percorribili per incentivare l'innovazione dei sistemi di intelligenza artificiale, il ricorso a questa condizione si pone in forte contrasto con le soluzioni adottate da altri ordinamenti, specie di quello statunitense (v. *infra*, cap. III, §2.2), nel quale le Corti hanno valorizzato il carattere trasformativo dell'attività computazionale e, pertanto, non incidente sulla dimensione espressiva e comunicativa dell'opera letteraria³¹⁴.

Se l'intervento legislativo risponde perciò alla condivisibile esigenza di rimuovere l'incertezza giuridica che aleggiava sulle tecniche di data analysis, la rigidità delle disposizioni adottate stride con la dichiarata volontà di supporto al mercato della ricerca scientifica pubblica o dell'intelligenza artificiale *tout court*.

Per effetto della direttiva, infatti, ai precedenti limiti relativi all'accesso alle informazioni – peraltro riproposti, come rispetto alla stretta interpretazione del *three-step test* e all'autorizzazione delle misure tecnologiche di protezione –, si sono aggiunti nuovi e ulteriori vincoli che non

DUCATO, A. STROWEL, *Limitations to Text and Data Mining and Consumer Empowerment: Making the Case for a Right to "Machine Legibility"*, in *IIC*, 2019, p. 649 ss.

³¹⁴ V. L. GATTI, *The European solution for text and data mining: a focus on the opt-out system provided by Article 4 of the DSM Directive*, cit., p. 766, per la quale il processo di estrazione di dati «is not meant to allow the human expressive fruition but to generate information»; cfr. M. SAG, *op. cit.*, p. 306. Tutto ruota intorno al concetto di parte sostanziale dell'opera che – da sola – sia in grado di esprimere lo sforzo creativo e intellettuale dell'autore: v. M. W. CARROLL, *Copyright and the Progress of Science: Why Text and Data Mining Is Lawful*, cit., p. 893, per quanto riguarda il sistema americano. Laddove, al contrario, la Corte di giustizia UE rinviene l'originalità dell'opera anche in un estratto di undici parole è chiaro che i presupposti per il data mining risultano più complessi. Significative le parole, in questo senso, di P. SAMUELSON, *The EU's Controversial Digital Single Market Directive – Part II: Why the Proposed Mandatory Text and Data-Mining Exception Is Too Restrictive*, in *Kluwer Copyright Blog*, 2018, disponibile in <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2018/07/12/eus-controversial-digital-single-market-directive-part-ii-proposed-mandatory-text-data-mining-exception-restrictive/>, per cui «Article 3 is likely to put the EU at a disadvantage in AI research because some countries have already adopted less restrictive TDM exceptions», facendo notare oltre come «For one thing, TDM licenses may not be available on reasonable terms for startups and small businesses in the EU. Second, some EU firms may ship their TDM research off-shore to take advantage of less restrictive TDM rules elsewhere. Third, some non-EU firms may decide not to invest in TDM-related research in the EU because of these restrictions. Moreover, in the highly competitive global market for world-class AI and data science researchers, the EU may suffer from "brain drain" if its most talented researchers take job opportunities in jurisdictions where TDM is broadly legal». V. anche G. ROSSI, *op. cit.*, p. 251.

paiono coerenti con la funzione della proprietà intellettuale, che non è uno strumento deputato all'appropriazione delle informazioni.

Per un verso, dunque, il prerequisito dell'accesso legale può divenire un ostacolo per tutti gli organismi di ricerca o istituti di tutela del patrimonio culturale che non dispongono delle risorse economiche per sottoscrivere un abbonamento a banche dati scientifiche, a fronte anche del rischio di un aumento ingiustificato dei prezzi da parte dei titolari dei diritti³¹⁵; per altro verso, la presenza di barriere all'accesso alle informazioni rischia di vanificare la funzione e le capacità stesse degli algoritmi di *machine learning*, i quali dovrebbero operare sulla base di un volume di dati molto elevato per evitare deficit nell'affidabilità dei risultati, che potrebbero riverberarsi anche su diritti fondamentali della persona umana³¹⁶.

³¹⁵ Cfr. S. DUSOLLIER, *The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some Progress, a Few Bad Choices, and an Overall Failed Ambition*, in *Common Market Law Review*, 2020, p. 979 ss.; A. OTTOLIA, *L'opt out commons*, cit., p. 1262.

³¹⁶ Ci si riferisce alla cosiddetta etica dell'intelligenza artificiale, sulla quale v. N. BOSTROM, E. YUDKOWSKY, *The Ethics of Artificial Intelligence*, in *Cambridge Handbook of Artificial Intelligence*, a cura di Ramsey e Frankish, Cambridge, 2014, p. 316 ss. Più di recente, v. L. FLORIDI, J. COWLS, *A Unified Framework of Five Principles for AI in Society*, in *Harvard Data Science Review*, 2019, reperibile al link <https://hdsr.mitpress.mit.edu/pub/10jsh9d1/release/81>. È sufficiente considerare la letteratura scientifica sempre più copiosa nel mettere in luce i rischi di *bias* algoritmico per gruppi etnici, in ambito sanitario e giudiziario: v. Z. OBERMEYER, B. POWERS, C. VOGELI, S. MULLAINATHAN, *Dissecting racial bias in an algorithm used to manage the health of populations*, in *Science*, 2019, p. 447 ss.; H. LEDFORD, *Millions of black people affected by racial bias in health-care algorithms*, in *Nature*, 2019, p. 608 ss; L. BELENGUER, *AI bias: exploring discriminatory algorithmic decision-making models and the application of possible machine-centric solutions adapted from the pharmaceutical industry*. *AI Ethics*. 2022 Feb 10:1-17. doi: 10.1007/s43681-022-00138-8. Epub ahead of print. PMID: 35194591; PMID: PMC8830968.; S. WACHTER, B. MITTELSTADT, C. RUSSELL, *Why Fairness Cannot Be Automated: Bridging the Gap Between EU Non-Discrimination Law and AI*, in *Computer Law & Security Review*, 2021, disponibile su <https://ssrn.com/abstract=3547922>; A. LEVENDOWSKI, *How Copyright Law Can Fix Artificial Intelligence's Implicit Bias Problem*, in *Wash. L. Rev.*, 2018, p. 579 ss.; A. OTTOLIA, P. ROSSI, *Il problema della trasparenza algoritmica*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2020, p. 85 ss.; A. OTTOLIA, *L'opt out commons*, cit., p. 1262, nel quale l'A. segnala la prospettiva di considerare un'eventuale riforma del perimetro dell'art. 3, della direttiva in commento, nel senso di «perseguire una prospettiva di *Ethical AI* [...] a consentirne l'utilizzo al fine di monitorare contenuti discriminatori rilevabili nei dati superando (in questo caso) l'alibi della proprietà intellettuale»; sul punto richiama Corte giust. UE, 21 luglio

4.2. *La clausola di opt-out tra iper-protezionismo e tutela della proprietà intellettuale.* – Peraltro, il vero *punctum dolens* di tutta la disciplina del text and data mining introdotta dal legislatore europeo³¹⁷ è stato considerato la disposizione contenuta all'art. 4, par. 3, dir. 2019/790, che consente la data analysis solo quando l'utilizzo delle opere o dei materiali protetti non sia stato espressamente riservato dai titolari dei diritti, introducendo così un meccanismo di *opting out*.

Se anche fosse possibile interpretare in maniera estensiva il requisito soggettivo *ex art.* 3, sarebbe evidente che la maggior parte delle entità di ricerca e valorizzazione del patrimonio culturale, anche se pubbliche o riferibili alla mano pubblica, dovrebbe fare i conti con questa possibilità, ossia potrebbe trovarsi nella situazione in cui i titolari dei diritti si siano riservati l'estrazione di testo e dati sulle proprie opere³¹⁸, ancorché su queste gli utenti abbiano un accesso legale.

La disposizione è stata quasi unanimemente criticata³¹⁹ poiché rappresenta una scelta eccessivamente sbilanciata a danno di qualsiasi

2011, C-104/10, §34, e Corte giust. UE, 19 aprile 2012, C-415/10, §46, sulla inidoneità della presunzione di discriminazione a giustificare l'accesso alle informazioni. Sul difficile bilanciamento tra interessi costituzionalmente contrapposti nell'ambito di intelligenza artificiale e proprietà intellettuale, v. *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016), in *Harvard Law Review*, 2017, p. 1530 ss. Per la giurisprudenza italiana, v. Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, sull'ammissibilità dell'utilizzo di algoritmi nel procedimento amministrativo, purché sia garantita la conoscibilità e la trasparenza dello strumento.

³¹⁷ Cfr. L. MANSANI, *op. cit.*, p. 12.

³¹⁸ Si è discusso a lungo della legittimità di clausole che impongono formalità costitutive, sulla base del divieto dell'art. 5, comma 2°, CUB, secondo il quale «Il godimento e l'esercizio di questi diritti non sono subordinati ad alcuna formalità e sono indipendenti dall'esistenza della protezione nel Paese d'origine dell'opera». Sul punto, v. J. GINSBURG, *Berne – Forbidden Formalities and Mass Digitalization*, in *Boston University Law Review*, 2016, p. 746 ss.; sull'*opt out* in tema di opere orfane *ex art.* 5, dir. 2012/28/UE, che garantisce all'autore di un'opera orfana la possibilità di «porre fine a tale status» in qualunque momento, v. R. ROMANO, *Attribuzione e revoca dello status di opera orfana ovvero nemesi dell'iperprotezionismo*, in *AIDA*, 2013, p. 124 ss. Per la legittimità dell'*opt out* nell'eccezione di TDM si v. la ricostruzione di A. OTTOLIA, *L'opt out commons*, cit., p. 1259, per il quale la condizione non serve «per accedere alla protezione ma per disattivare un regime di *commons* che l'ordinamento ritiene di perseguire per la presenza di un interesse rilevante alla sottrazione al meccanismo di esclusiva».

³¹⁹ V. le prime riflessioni di B. HUGENHOLTZ, *The New Copyright Directive: Text and Data Mining (Articles 3 and 4)*, in *Kluwer Copyright Blog*, 2019, disponibile in <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/07/24/the-new-copyright-directive-text-and-data-mining-articles-3-and-4/>, nonché R. HILTY, H.

soggetto che voglia svolgere (o che effettivamente svolga) attività di data mining.

Il programma dell'UE in un senso quindi riconosce il ruolo dell'innovazione computazionale in ogni settore e ne vuole incentivare lo sviluppo, nell'altro senso pone esso stesso limiti e condizionamenti al suo svolgimento.

In *primis*, perché a fronte di «un livello di protezione elevato» della proprietà intellettuale, certamente garantita dal prerequisito dell'accesso legale³²⁰, non ha fatto seguito un irrobustimento altrettanto massiccio delle situazioni e degli interessi facenti capo agli utilizzatori, ancorché questi coinvolgano diritti fondamentali.

RICHTER, *Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition on the Proposed Modernisation of European Copyright Rules, Part B – Exceptions and Limitations (Art. 3 – Text and Data Mining)*, in *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 17-02*, 2017, disponibile in <https://ssrn.com/abstract=2900110>. Di recente T. MARGONI, M. KRETSCHMER, *op. cit.*, p. 685 ss. Nell'analisi di A. OTTOLIA, *L'opt out commons*, *cit.*, pp. 1256-1257, si tende a una lettura riduttiva degli intenti riformatrici *tout court* della disciplina così introdotta: benché l'A. segnali la necessità di un'azione riformatrice «della (e sulla) proprietà intellettuale in un'epoca in cui questa diviene rilevantisimo strumento di politica economica», l'A. consiglia di non sopravvalutare la portata liberalizzatrice del modello di *fair use* americano, da un lato, e dall'altro, sottolinea come «nel mercato del sapere computazionale e algoritmico [...] l'apertura dell'accesso ai dati non corrisponde necessariamente a una restituzione di quel valore conoscitivo a favore del pubblico dominio, ma a una sua secretazione strumentale alla produzione di beni e servizi che tende ad accumularsi a favore di una minoranza di operatori che beneficiano di economie di scala»; pertanto, la soluzione europea rappresenterebbe «un “primo” interessante tentativo di bilanciamento di interessi», con obiettivo primario che dovrebbe essere quello della ricerca di soluzioni interpretative più che di riforma. Sulla potenziale bontà dell'introduzione di formalità a carico dei titolari dei diritti di proprietà intellettuale, specificamente sull'art. 4, della direttiva 2019/790, v. L. GATTI, *op. ult. cit.*, pp. 768-769; B. SOBEL, *A Taxonomy of Training Data: Disentangling the Mismatched Rights, Remedies, and Rationales for Restricting Machine Learning*, in J.A. Lee, K. C. Liu and R.M. Hilty (a cura di), *Artificial Intelligence & Intellectual Property*, Oxford, 2020, p. 221 ss. V. anche S. VAN GOMPEL, *Formalities in the Digital Era: An Obstacle or Opportunity?*, in L. Bently, in U. Suthersanen e P. Torremans (a cura di), *Global Copyright: Three Hundred Years Since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace*, Cheltenham, 2010, p. 395.

³²⁰ G. ROSSI, *op. cit.*, p. 251, fa notare che il ricercatore desideroso di condurre l'estrazione di dati verso opere sulle quali dispone già di un accesso legale ha già conseguentemente provveduto a remunerare il titolare del diritto.

Il singolo ricercatore, o perfino la pubblica amministrazione non beneficiaria dell'eccezione per ricerca scientifica, si troverebbe comunque nella posizione di dover garantire la remunerazione del lavoro creativo, o dell'investimento realizzato, al titolare dei diritti, stante la necessità di accesso legale ai contenuti. Aggiungere a tale condizione l'*opting out* discrezionale a favore di quest'ultimo non pare trovare altra giustificazione se non quella della volontà di creare due mercati distinti, a discapito peraltro delle stesse imprese UE, e della sfiducia verso la ricerca sviluppata nel settore privato³²¹.

Sembra così trovare conferma la logica iper-protezionistica sottesa alla direttiva 2019/790, che può condizionare la stessa ricerca scientifica, apparentemente incoraggiata con la previsione *ex art.* 3.

Già quest'ultima disposizione potrebbe soffrire, in sede di applicazione, della eccessiva ristrettezza in ordine ai meccanismi di fruizione soggettiva, che, a cascata, lasciano ricadere la posizione di qualsiasi altro soggetto nell'alveo dell'art. 4, rimettendo, in ultima istanza, nelle mani dei titolari dei diritti la stessa possibilità di condurre attività di ricerca mediante data analysis.

In questo senso i costi dell'innovazione finiscono per gravare su tutti gli interessati alle attività di data analysis. Ciò sia per la circostanza per cui essi si trovano in una situazione nella quale potrebbe non essere immediato distinguere tra contenuti protetti e non protetti, sia perché il titolare abbia effettivamente esercitato la riserva. In quest'ultimo caso, i costi si definiranno nelle negoziazioni volte all'ottenimento di una (ulteriore) licenza³²², nelle quali peseranno le disparità di forza contrattuale, specie di quella dei titolari di rilevanti pacchetti di dati, che potrebbe escludere completamente dal mercato dell'innovazione qualsiasi struttura di ricerca minore, oltretutto le piccole e medie imprese³²³, che non siano economicamente in grado di sopportarne l'onere.

³²¹ *Ibid.*, p. 252.

³²² L. GATTI, *op. ult. cit.*, p. 769.

³²³ *Ibid.*, pp. 769-770. Per quanto attiene alla riduzione dei costi di transazione nel contesto delle negoziazioni con i titolari dei diritti, l'A. segnala un utile percorso tracciato dalle licenze Creative Commons, che ben si adattano anche al contesto delle tecniche di text and data mining: queste, se utilizzate per lo sfruttamento delle opere online attraverso la presenza di condizioni preesistenti, consentono l'utilizzo di «metadata that enables a machine to identify all the elements of the Creative Commons ("CC") licence»; non solo, «it is possible to add a CC+ protocol indicating to users the willingness of the owner to grant authorisations beyond those provided by the CC licence, especially for commercial uses, and how to obtain such further permissions». Sul punto, v. S. VAN GOMPEL, *Copyright Formalities in the Internet Age: Filters of Protection or Facilitators of Licensing*, in *Berkeley Tech. L.J.*, 2013, p. 1425 ss.; C. SPRIGMAN, *Reform(aliz)ing Copyright*, in

Ovviare al primo profilo, legato alla certezza sui contenuti e sui materiali per i quali il titolare abbia escluso l'accesso in data mining, faciliterebbe senz'altro il compito degli utilizzatori, e soprattutto eviterebbe ulteriori disincentivi nel condurre ricerca tramite algoritmi di TDM. Sarebbe utile, da questo punto di vista, individuare spazi nelle modalità di esercizio di questa facoltà, che possano in qualche maniera contenere la portata escludente della disposizione.

Un'apertura in tal senso, che inciderebbe sulla riduzione dei costi a carico degli utenti, potrebbe rinvenirsi nel termine utilizzato dal legislatore europeo, per cui la riserva dei contenuti sulle proprie opere deve effettuarsi in modo *appropriato*.

Questo concetto viene sviluppato nel considerando n. 18, il quale specifica che l'appropriatezza, nel caso di riserva di contenuti resi disponibili al pubblico online, si ritiene sussistente quando avvenga «solo attraverso l'uso di strumenti che consentano una lettura automatizzata, inclusi i metadati e le condizioni di un sito web o di un servizio», mentre negli altri casi «può essere appropriato riservare i diritti con altri mezzi, quali accordi contrattuali o una dichiarazione unilaterale». Se il legislatore rammenta che «la riserva di diritti ai fini dell'estrazione di testo e di dati non dovrebbe pregiudicare altri usi», all'affermazione fa da contraltare quella successiva, per cui «i titolari dei diritti dovrebbero poter applicare misure per garantire il rispetto delle loro riserve in proposito».

Lo scenario, quindi, è ambivalente. Nel caso di usi online, il meccanismo della riserva dovrebbe tutelare la particolare modalità di fruizione dell'opera, nel senso che sarà appropriato *solo*³²⁴ (enfasi aggiunta) se realizzato attraverso sistemi di lettura automatizzata; ciò rappresenterebbe un vantaggio per gli utilizzatori che si avvalgono del data mining, poiché sarebbero escluse altre modalità di riserva più complesse e meno intelligibili³²⁵.

Senonché, l'effettiva modalità di *opt out*, che viene manifestata attraverso i termini e le condizioni di un sito web, quindi con una dichiarazione unilaterale, non fa gravare particolari oneri informativi in capo ai titolari dei diritti. Ad esempio, sarà sufficiente adottare protocolli di

Stan. L. Rev., 2004, p. 485 ss.; M. CARROLL, *Creative Commons as Conversational Copyright*, in P.K. Yu (a cura di), *Intellectual Property and Information Wealth: Issues and Practises in the Digital Age*, Praeger, 2007, p. 445 ss.

³²⁴ Può rilevarsi la discrasia tra il «solo» utilizzato nel considerando 18 e l'espressione «ad esempio» dell'art. 4, par. 3, dir. 2019/790. Vi è da segnalare come il legislatore italiano non abbia provveduto né in un senso né nell'altro, lasciando sul punto aperta la strada all'interpretazione.

³²⁵ L. GATTI, *op. ult. cit.*, p. 769. A. OTTOLIA, *op. ult. cit.*, p. 1260.

esclusione già diffusi nella prassi, come quello consistente nell'inserimento del file *robots.txt* nel *root directory*³²⁶.

Viceversa, nel caso di diffusione delle opere e dei materiali protetti al di fuori di internet, saranno appropriati tutti i meccanismi di riserva, compresi accordi contrattuali o dichiarazioni unilaterali. In assenza di indicazioni sulle modalità da adoperarsi a tal fine, deve ritenersi che il criterio sia quello di ricorrere a mezzi idonei di conoscibilità per il terzo utilizzatore, a salvaguardia del suo affidamento³²⁷.

Peraltro, *a contrario*, i titolari dei diritti non potranno in ogni caso riservarsi l'utilizzo delle opere ai fini del text and data mining quando l'estrazione: a) abbia ad oggetto semplici fatti o dati non tutelati dal diritto d'autore³²⁸; b) non comporti atti di riproduzione³²⁹; c) integri la fattispecie di atto di riproduzione temporanea *ex art. 5, par. 1, dir. InfoSoc*, o qualsiasi altra eccezione o limitazione inserita in una norma imperativa³³⁰.

Da queste ultime considerazioni emerge la possibilità di indirizzarsi a una lettura che si orienti a una più marcata liberalizzazione, non solo *de iure condendo*, ma anche *de iure condito*. Il diritto di riserva non potrà infatti comprendere una porzione dell'opera che non sia quella che rappresenta elemento comunicativo ed espressivo dell'opera; inoltre, nessun atto che non sia identificabile come riproduzione potrà essere vietato dai titolari dei diritti. Infine, una interpretazione che dia maggiore flessibilità al sistema delle eccezioni e limitazioni, che potrebbe servire al medesimo scopo, si può avvalere oggi del quadro conformato dalla più recente giurisprudenza europea³³¹.

³²⁶ V. R. DUCATO, A. STROWEL, *op. cit.*, pp. 327-328.

³²⁷ Cfr. E. ROSATI, *op. ult. cit.*, pp. 89-90: l'A. sostiene che il meccanismo di riserva deve avvenire solo attraverso l'utilizzo di «effective technological measures», sulla falsariga di quanto affermato da Corte giust. UE, *VG Bild-Kunst*, C-329/19. Così facendo non si farebbero gravare sull'utilizzatore gli eventuali costi di un utilizzo illecito dell'opera. Per A. OTTOLIA, *op. ult. cit.*, p. 1260, la riserva «non potrà consistere nella mera apposizione di misure tecniche di protezione che non veicolino alcuna dichiarazione e che rappresentano pertanto mere manifestazioni tacite di volontà».

³²⁸ Per la quale estrazione il considerando 9, come accennato, ricorda non essere necessaria alcuna autorizzazione (in base alla legislazione sul diritto d'autore). Ulteriori limiti, chiaramente, possono essere legati, per esempio, alla disciplina in tema di tutela dei dati personali.

³²⁹ *Ibid.*

³³⁰ *Ibid.* Vedi anche E. ROSATI, *op. ult. cit.*, p. 90.

³³¹ Le possibili implicazioni e i recenti sviluppi di queste interpretazioni verranno ulteriormente discusse nel cap. III, §2 ss.

5. *L'attuazione italiana della direttiva: il d. lgs. 177/2021.* – Con la legge 8 maggio 2021, n. 53, di delegazione europea 2019-2020, il Parlamento italiano ha approvato la delega al Governo per l'attuazione della direttiva sul diritto d'autore nel Mercato Unico Digitale³³².

Con approvazione tardiva rispetto al termine del 7 giugno 2021 fissato dalla direttiva³³³, il Governo ha ottemperato all'attuazione tramite il decreto legislativo 5 novembre 2021 n. 177, di modifica della legge sul diritto d'autore (l. 633/1941), e ha introdotto, per quanto interessa in questa sede, gli artt. 70-ter, 70-quater e 70-sexies³³⁴, che complessivamente disciplinano le attività di estrazione di testo e di dati.

L'art. 3, comma 1°, d. lgs. 177/2021, per quanto concerne il regime transitorio, prevede poi che «le disposizioni del presente decreto si applicano anche alle opere e agli altri materiali protetti dalla normativa nazionale in materia di diritto d'autore e diritti connessi vigente alla data del 7 giugno 2021» e che «sono fatti salvi i contratti conclusi e i diritti acquisiti fino al 6 giugno 2021».

La posposizione, in questa tesi, dell'analisi della disciplina italiana a quella delle disposizioni europee, si motiva per la quasi sostanziale identità della prima rispetto alla Direttiva, salvo le differenze che verranno messe in evidenza *infra*, §5.1.

Dall'attuazione delle disposizioni della direttiva in materia di text and data mining discende quindi una disciplina che poco innova rispetto a quella presentata per la sede europea. La natura imperativa delle eccezioni, come visto, ha obbligato gli Stati membri a introdurre: una prima, di

³³² Più specificamente sul tema, v. T. THIEM, *op. cit.*, p. 43 ss.

³³³ Che ha portato la Commissione europea, il 26 luglio 2021, a inviare una lettera agli Stati membri non ancora adempienti con l'avvio delle procedure di violazione del diritto UE: v. Commissione europea, *Notizie giornaliera – Copyright: Commission calls on Member States to comply with EU rules on copyright in the Digital Single Market*, 26 luglio 2021, disponibile in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEX_21_3902. V. T. THIEM., *op. cit.*, p. 36 ss. per l'attuazione da parte degli altri Stati membri. In generale, lo stato di implementazione è consultabile in <https://www.notion.so/DSM-Directive-Implementation-Tracker-361cfae48e814440b353b32692bba879>. Al novembre del 2022 gli unici Stati a non aver ancora adempiuto sono Bulgaria, Grecia, Lettonia, Portogallo, Slovenia, Finlandia e Svezia. V. anche tutti gli atti legislativi di attuazione finora adottati in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/NIM/?uri=CELEX:32019L0790>. Cfr., altresì, C. SGANGA, M. CONTARDI, P. TURAN, C. SIGNORETTA, G. BUCARIA, P. MEZEI, I. HARKAI, *Copyright Flexibilities: Mapping and Comparative Assessment of Eu and National Sources*, 2023, reperibile al link <https://ssrn.com/abstract=4325376>, p. 520 ss.

³³⁴ Tutti e tre gli articoli sono stati inseriti dall'art. 1, comma 1, lett. i), d. lgs. 8 novembre 2021, n. 177.

derivazione dall'art. 3, funzionalizzata alla ricerca scientifica e con i limiti già indicati; una seconda, estesa a qualsiasi soggetto e non limitata oggettivamente, previo diritto di *opt out* per il titolare.

La legge italiana sul diritto d'autore ha provveduto in questo senso, mantenendo la dicotomia delle eccezioni previste dall'UE, all'art. 70-ter, per quanto attiene alla libera utilizzazione per finalità di ricerca, e all'art. 70-quater, per ciò che concerne l'estrazione di dati per usi commerciali³³⁵.

5.1. *L'art. 70-ter, l. aut., e l'eccezione per finalità di ricerca scientifica.* – A iniziare dall'art. 70-ter, la nozione di TDM è dettata al comma 2°, per il quale «per estrazione di testo e di dati si intende qualsiasi tecnica automatizzata volta ad analizzare grandi quantità di testi, suoni, immagini, dati o metadati in formato digitale con lo scopo di generare informazioni, inclusi modelli, tendenze e correlazioni».

La definizione differisce solo in parte da quella di cui all'art. 2, n. 2, della direttiva 2019/790, con aggiunte che non incidono sull'ampia estensione della definizione: il riferimento a «grandi» quantità di dati non va inteso in senso letterale, poiché introdurrebbe un *discrimen* incerto che terrebbe fuori dal perimetro di applicazione dell'eccezione le analisi di quantità di dati ritenute «piccole³³⁶»; per quanto attiene all'inclusione, poi, nell'oggetto dell'analisi di «suoni», «immagini» e «metadati», può rilevarsi che si tratta di mere specificazioni forse con finalità di chiarezza, giacché tutte e tre le tipologie di dati menzionate rientrano nell'ampia nozione di testo e dati come definita dal legislatore europeo.

³³⁵ Le disposizioni trovano spazio, come è logico che fosse, nel Capo V (Eccezioni e limitazioni) del Titolo I (Disposizioni sul diritto d'autore) della legge sul diritto d'autore. Inoltre, in virtù dell'art. 71-decies, di chiusura del Titolo e del Capo, «le eccezioni e limitazioni al diritto d'autore contenute nel presente capo si applicano anche ai diritti connessi di cui ai capi I, I-bis, II e III e, in quanto applicabili, agli altri capi del titolo II, nonché al capo I del titolo II-bis».

³³⁶ Ma v. *contra* L. GOGLIA, *op. cit.*, pp. 88-89: per l'autore, l'inserimento dell'aggettivo qualificativo «grande» andrebbe inteso come un «limite quantitativo»: «sembra infatti che l'eccezione di TDM [...] possa attivarsi solo nel caso in cui si utilizzi una tecnica automatizzata volta ad analizzare, appunto, grandi quantità di dati, [...] il che farebbe ritenere che ove si dovesse analizzare una quantità «non grande» di tali materiali, non potrebbe farsi luogo a questa eccezione, non rientrando questa attività nella relativa definizione». In maniera simile rispetto al significato evidenziato nel testo, v. invece B. CALABRESE, *Scientific TDM exception and communication to the public: did Italians do it better... or at least not worse?*, in *JIPLP*, 2022, p. 400, nt. 15, il quale se per un verso considera il problema delicato in teoria, per altro verso ritiene difficile una non applicazione dell'eccezione perché riferita a una «piccola» quantità di dati.

D'altro canto, nella nozione qui adottata di data analysis³³⁷, *data* è termine comprensivo di ogni informazione ricavata da qualsiasi fonte che sia riproducibile in formato digitale, sia essa un testo, un suono o un'immagine. Risulta tuttavia particolare, a dire il vero, il riferimento ai «metadati» nel novero dell'oggetto dell'analisi, che potrebbe avere l'effetto di estendere la portata della norma, nel senso di liberalizzare il TDM anche su output di attività di TDM già compiute³³⁸. Non sembra tuttavia questo il senso della scelta legislativa, che piuttosto tende a includere all'interno dell'eccezione qualsiasi dato o informazione, allo stesso modo che se si riferisse a “dati” *tout court*.

Quanto al contenuto dell'eccezione, i commi 3°, 4° e 5° definiscono i soggetti beneficiari della liberalizzazione. Per istituti di tutela del patrimonio culturale «si intendono le biblioteche, i musei, gli archivi, purché aperti al pubblico o accessibili al pubblico, inclusi quelli afferenti agli istituti di istruzione, agli organismi di ricerca e agli organismi di radiodiffusione pubblici, nonché gli istituti di tutela del patrimonio cinematografico e sonoro e gli organismi di radiodiffusione pubblici».

L'ampiezza della nozione, in questo caso, va letta alla luce dell'art. 9, comma 1°, lett. a), della legge delega (l. 53/2021), che, nel fissare i principi di attuazione della direttiva, prevede l'adozione di una nozione di istituti di tutela del patrimonio culturale «nell'accezione più ampia possibile» «al fine di favorire l'accesso ai beni ivi custoditi³³⁹». Gli organismi di ricerca, invece, vengono identificati in maniera pedissequa rispetto alla disposizione della direttiva, cosicché la norma non contribuisce a spianare la strada per la soluzione delle questioni controverse precedentemente segnalate in tema di interpretazione della nozione.

Per il resto, la menzione tra gli atti consentiti delle sole «riproduzioni» va integrata con l'art. 71-*decies*, l. aut., che estende l'applicazione delle eccezioni, tra gli altri, anche ai diritti del titolare di una banca di dati *sui generis* ex art. 102-*bis*, l. aut. Perciò, la norma va letta nel senso che sono consentite le riproduzioni e l'estrazione (e/o il reimpiego) di tali banche dati, conformemente alla struttura dell'art. 3, della direttiva 2019/790.

Indubbiamente, la disposizione più innovativa, nel recepimento italiano della disciplina del text and data mining, è quella contenuta nell'art.

³³⁷ V. cap. I, §2 e il §1 del presente capitolo.

³³⁸ Per L. GOGLIA, *op. cit.*, pp. 88-89, l'aggiunta dei suoni e delle immagini nel novero dei materiali significa che l'eccezione italiana «si spinge ben oltre i limiti tracciati dall'art. 3 della Direttiva».

³³⁹ Questo in seno all'introduzione dell'eccezione relativa alla conservazione del patrimonio culturale di cui all'art. 6, dir. 2019/790, trasposta nel nostro ordinamento all'art. 68, comma 2-*bis*, l. aut. V. T. THIEM, *op. cit.*, p. 43; L. GOGLIA, *op. cit.*, p. 86 ss.; B. CALABRESE, *op. ult. cit.*, p. 401.

70-ter, comma 1°, ove prevede a vantaggio del beneficiario «la comunicazione al pubblico degli esiti della ricerca ove espressi in nuove opere originali».

La parte finale della disposizione, essa si mostra a primo acchito come un passo in avanti dell'Italia rispetto ai confini delimitati dalla norma europea: se da un lato si mostra condivisibile l'iniziale aggiunta della comunicazione al pubblico tra i diritti per i quali la legge prevede l'eccezione, come evidenziato in precedenza nell'analisi dei possibili atti di utilizzazione economica incisi dal TDM, tuttavia, condizionare la comunicazione «degli esiti della ricerca ove espressi in nuove opere originali» si palesa una scelta poco felice.

La disposizione va letta nel senso che la ricerca potrebbe produrre un output che si traduce in nuove opere originali, nelle quali sono contenute le porzioni di opere e/o banche dati utilizzati quali input nell'attività di TDM.

Estendere la portata della liberalizzazione anche alla comunicazione al pubblico di tali esiti consente agli organismi di ricerca e agli istituti di tutela del patrimonio culturale di diffondere e disseminare i risultati della ricerca senza incorrere in un eventuale atto illecito.

L'estensione trova giustificazione, in *primis*, nell'art. 25, dir. 2019/790, che fa salva la possibilità per gli Stati membri di adottare o mantenere in vigore disposizioni più ampie, per gli utilizzi o gli ambiti oggetto delle eccezioni o delle limitazioni di cui alla direttiva³⁴⁰. In secondo luogo, essa pare corrispondere alla volontà europea di creare un mercato agevolato per la finalità di ricerca scientifica, nel quale informazioni e conoscenza incrementale possono e devono essere oggetto della diffusione più ampia anche attraverso una libera comunicazione al pubblico dei risultati.

Il problema maggiore sembra ingenerato dal riferimento a «nuove opere originali». Al riguardo pare da escludere che il legislatore abbia voluto intendere che la comunicazione al pubblico sia salva solo ed esclusivamente quando i risultati della ricerca integrino una nuova opera dell'ingegno, poiché di fatto eliminerebbe, in ogni altro caso, la possibilità di comunicare al pubblico i risultati. Il significato della previsione sembra invece quello per cui sono i dati delle opere e dei materiali costituenti l'input (e che si liberalizzano con il TDM) a poter essere espressi in nuove opere originali, nell'ambito dei risultati della ricerca.

In questa logica, perciò, risulterebbe consentita la comunicazione di ogni risultato che utilizzi opere e materiali protetti in senso nuovo, che si fondi

³⁴⁰ La disposizione ricorda inoltre che tale possibilità deve essere compatibile con le eccezioni e limitazioni di cui alle direttive Database e InfoSoc. Sul punto, v. B. CALABRESE, *op. ult. cit.*, p. 404, che giustifica l'estensione italiana per effetto degli artt. 5, par. 3, lett. a), dir. InfoSoc e 6, par. 2, lett. b), dir. Database, che in tema di eccezioni per finalità di ricerca scientifica richiamano propriamente il diritto di comunicazione al pubblico.

su un uso, per quanto si vedrà in occasione del *fair use* del TDM, che sia non espressivo, ma trasformativo dell'opera³⁴¹.

La previsione sul diritto di comunicazione, peraltro, risulta conforme alla menzione nella direttiva, tra i diritti per i quali è prevista l'eccezione, del nuovo diritto connesso per gli editori online: infatti, l'art. 43-*bis*, l. aut., che introduce nel sistema italiano tale diritto, rimanda a sua volta alle riproduzioni e comunicazioni di cui agli artt. 13 e 16, coincidenti con la lettera della legge *ex art. 70-ter*, comma 1°, l. aut.

Quanto agli altri diritti coinvolti nella data analysis e compresi dall'eccezione, devono includersi quelli di riproduzione dei programmi per elaboratore *ex art. 64-bis*, l. aut., mentre non è espressamente contemplata alcuna eccezione ai diritti di distribuzione, che, pertanto, risulterebbero fuori dall'ambito di applicazione della norma.

Infine, mentre i commi 6° e 7° si limitano a ribadire quanto previsto dalla direttiva, rispettivamente, in tema di memorizzazione e copia delle riproduzioni (con l'aggiunta della possibilità di utilizzare tali copie³⁴²), e di misure tecnologiche di protezione, il comma 8° si limita a prevedere programmaticamente accordi tra le associazioni dei titolari dei diritti e i beneficiari dell'eccezione per l'applicazione di tali misure.

Alla stregua di quanto già segnalato in precedenza, i beneficiari dell'eccezione ai quali sia precluso l'accesso alle opere protette a causa di una misura tecnologica di protezione avrebbero come unico rimedio adire l'autorità giudiziaria³⁴³.

Nel medesimo senso dispongono l'art. 71-*quinquies*, comma 2°, l. aut., che prevede un obbligo in capo ai titolari dei diritti di adottare idonee soluzioni, anche mediante la stipula di appositi accordi con le associazioni di categoria rappresentative dei beneficiari per consentire l'esercizio delle eccezioni di cui agli articoli 55, 68, commi 1° e 2°, 69, comma 2, 70, comma 1, 71-*bis* e 71-*quater*, l. aut.; e la medesima norma, al comma 3°, ove esclude tale obbligo nel caso di opera dell'ingegno diffusa on-line, e, perciò, l'accesso alla stessa avvenga sulla base di accordi contrattuali, ciò che rappresenta l'ipotesi più probabile nel caso della data analysis.

³⁴¹ B. CALABRESE, *op. ult. cit.*, p. 403. Critico sulla disposizione L. GOGLIA, *op. cit.*, pp. 89-90.

³⁴² Valorizza questa l'aggiunta dell'espressione «utilizzo», nel senso che l'attuazione italiana amplifica il contenuto della disposizione della direttiva B. CALABRESE, *op. ult. cit.*, p. 402.

³⁴³ Come già evidenziato P. SPADA, *Copia privata ed opere sotto chiave*, cit., p. 591 ss., il beneficiario di un'eccezione che non riesca ad accedere al contenuto protetto a causa di una misura tecnologica di protezione avrebbe come unica possibilità soltanto quella di convenire in giudizio il titolare dei diritti.

Da ultimo, il comma 9° ribadisce il carattere imperativo dell'eccezione, per cui «sono nulle le pattuizioni in contrasto con i commi 1, 6 e 7».

5.1.1. (segue) *Gli organismi di ricerca: spunti dal regime italiano.* – Avendo così delineato la portata delle disposizioni (europee e italiane) sul text and data mining per finalità di ricerca scientifica, qualche ulteriore precisazione sembra necessaria in ordine ai soggetti che possono avvalersi dell'eccezione di ricerca scientifica, nel confronto con le specificità degli enti del sistema della ricerca nell'ordinamento italiano

Se il carattere lucrativo, in senso soggettivo, dell'ente controllato o e che su esso esercita un'influenza determinante, è motivo di esclusione dal novero dei beneficiari *ex art. 70-ter*, l. aut., non ci sono dubbi che enti che traggano profitto dalla propria attività possano godere dell'eccezione³⁴⁴.

Rientrerebbero infatti nel novero degli organismi di ricerca, oltre agli enti pubblici, tutte le società capitalistiche nelle quali manchi carattere lucrativo, fenomeno del quale la più marcata espressione è quella delle imprese sociali costituite in forma di società di capitali³⁴⁵, e che non siano assoggettate a controllo da parte di imprese commerciali.

Al di là di questi due ambiti, sussistono situazioni che si collocano in una zona grigia, nella quale può risultare incerta la qualificazione dell'ente, o l'attività dell'organismo o dell'istituto esorbita dal piano della ricerca scientifica.

Tra gli esempi più emblematici può ricordarsi quello del Consorzio Interuniversitario CINECA³⁴⁶, la cui natura non lucrativa dovrebbe consentirgli di beneficiare dell'eccezione per finalità di ricerca scientifica, nonostante la forma privatistica, giacché interamente partecipato da enti pubblici³⁴⁷. Sorge tuttavia qualche dubbio, se si considera che il suo scopo

³⁴⁴ Si veda A. MUSSO, *op. ult. cit.*, p. 420, che richiama l'esempio dell'art. 4, dello statuto della società consortile per azioni C.I.R.A. (Centro Italiano Ricerche Aerospaziali) che dispone la destinazione degli utili al fondo «Reinvestimento Ambito PRORA» di cui all'art. 10, della l. n. 237/1993.

³⁴⁵ Sui caratteri dell'impresa sociale e sul fenomeno del terzo settore v., senza pretesa di esaustività A. FICI, *La nuova impresa sociale*, in ID. (a cura di), *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, Napoli, 2018, p. 343 ss.; ID., *L'impresa sociale e le altre imprese del terzo settore*, in AGE, 2018, p. 19 ss.

³⁴⁶ Ente di diritto privato senza scopo di lucro formato da 112 enti pubblici, in massima parte università. Cfr. <https://www.cineca.it/>.

³⁴⁷ Sulla natura non integralmente pubblicistica del consorzio, data la partecipazione di società private come l'Università Commerciale Bocconi e l'Università Cattolica del Sacro Cuore cfr. Cons. St., Sez. VI, 26 maggio 2015, n.

primario consiste nella «realizzazione di servizi informatici innovativi per i Consorziati, al fine di renderli più efficienti e moderni, nella maniera economicamente più vantaggiosa mediante la valorizzazione di tecnologie e la condivisione degli obiettivi di sviluppo», attraverso «la produzione di servizi ad alta potenzialità ed efficienza e il trasferimento applicativo di tecnologie per lo sviluppo e l'eccellenza del sistema nazionale dell'istruzione superiore e della ricerca» nei confronti sia degli enti consorziati sia dei terzi³⁴⁸. Significativo, in tal senso, è quanto si legge nella propria pagina web, ove viene indicata propriamente l'attività di «supporto alla ricerca scientifica, pubblica e *industriale*, mediante il supercalcolo e l'impiego dei più innovativi sistemi di calcolo basati su sofisticate architetture e moderne tecnologie» (corsivo aggiunto).

Sembra perciò da escludersi che l'ammissibilità del CINECA ad avvalersi dell'eccezione di ricerca scientifica possa riconoscersi una volta per tutte *ex ante*³⁴⁹. Nel caso in cui l'attività di data analysis sviluppata dal Consorzio sia svolta a favore di soggetti privati a supporto di ricerca industriale, la soluzione affermativa sembra da escludersi. Il che rende necessario considerare di volta in volta la singola attività compiuta, e il soggetto per conto del quale essa è svolta, per stabilire il regime di cui l'ente può avvalersi, situazioni rese più complesse in caso di ricerche comuni di università, o enti di ricerca, e partner industriali.

Altra situazione che presenta ambiguità è quella che vede coinvolti gli *spin-off* universitari³⁵⁰; sebbene il considerando n. 11 della direttiva «incoraggia le università e gli istituti di ricerca a collaborare con il settore privato», sottolineando come «gli organismi di ricerca dovrebbero beneficiare di una tale eccezione anche nel caso in cui le loro attività di ricerca siano svolte nel quadro di partenariati pubblico-privato», la dimensione strettamente imprenditoriale talora perseguita dallo *spin-off* farebbe propendere per una loro esclusione dal beneficio³⁵¹.

2660, in *Riv. giur. serv. pubbl.*, 2015, p. 455 ss., con nota di V. ZENO-ZENCOVICH, *Università e disciplina degli appalti*, e in *Urbanistica e appalti*, 2015, p. 660 ss.

³⁴⁸ Cfr. art. 3, comma 1°, dello statuto.

³⁴⁹ Per B. CALABRESE, *Sulla dimensione imprenditoriale e societaria*, cit., p. 1629, nt. 124, «di certo l'attività di text and data mining del CINECA non potrà beneficiare dell'eccezione ove prestata quale servizio di mercato, come da offerta pubblicizzata».

³⁵⁰ Per una riflessione sulla forma societaria dello *spin-off* universitario v. M. COSSU, *Spin-off universitari e accademici in forma societaria. Spunti sul modello organizzativo dello spin-off*, in AA.VV., *Impresa e mercato: studi in onore di Mario Libertini*, tomo I, Milano, 2015, p. 119 ss.

³⁵¹ A. MUSSO, *op. ult. cit.*, pp. 425-426; B. CALABRESE, *op. ult. cit.*, p. 1626.

Analoghi dubbi possono porsi per le *start-up* innovative, che soggiacciono al divieto di distribuzione degli utili, ma solo per il periodo per il quale godono dello status di *start-up*. In questo senso si può convenire che esse siano società a «lucratività rinviata piena³⁵²», che vanno quindi poste al di fuori del novero dei potenziali beneficiari dell'eccezione con fini di ricerca scientifica. Non sembra invece dubbia l'esclusione delle società benefit, nelle quali lo scopo di beneficio comune si accompagna e non sopprime né il lucro oggettivo né quello soggettivo³⁵³.

La qualità di società *start-up* e quella di benefit non si conciliano, dunque, con la volontà dell'Unione Europea di concedere l'accesso ai contenuti protetti tramite TDM solo ed esclusivamente agli organismi di ricerca senza scopo di lucro soggettivo e, in sostanza, di riservare il beneficio alla sola ricerca scientifica pubblica. La scelta trascura, quindi, la realtà e il contesto economico e sociale attuale che offrono esempi sempre più rilevanti in termini di apporto allo sviluppo tecnologico, finalizzato anche a interessi di carattere pubblicistico, da parte del settore privato, e all'assunzione di obiettivi di carattere sociale e ambientale da parte delle imprese private³⁵⁴.

I grandi esclusi dal beneficio sarebbero tutti i ricercatori individuali, e le molte piccole e medie imprese che svolgano la propria attività principale nell'ambito delle tecnologie di *data mining*, ancorché conducano attività di ricerca scientifica³⁵⁵.

³⁵² L'espressione è di E. LOFFREDO, *Start up innovative e lucratività*, in *Start-up e PMI innovative: scelte statutarie e finanziamento*, a cura di Corso, Atti del Convegno di Studi, Cagliari, 2018, p. 21 ss., spec. 24 ss., ove ampia bibliografia. In generale, sulla tipologia di queste società v. *ex plurimis* M. CIAN, *Le società start up innovative. Problemi definitivi e tipologici*, in *AIDA*, 2013, p. 425 ss.

³⁵³ La disciplina delle società benefit è contenuta all'art. 1, l. n. 208/2015, commi 376-384. Per un commento, specialmente in tema dei rapporti tra lo scopo di lucro e lo scopo di beneficio comune, v. E. CODAZZI, *Scopo di lucro e di beneficio comune nel passaggio da società non benefit a società benefit*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2021, p. 1243 ss., ove ampia bibliografia.

³⁵⁴ V. in questo senso le osservazioni di A. OTTOLIA, *L'opt out commons.*, pp. 1261 e 1262, per il quale tale modello regolatorio del legislatore europeo «stride con la crescente introduzione di principi che incentivano investimenti a favore di obiettivi di interesse generale anche da parte dell'impresa privata», come nel caso dei principi della *corporate social responsibility*.

³⁵⁵ Per una critica in questo senso, già sulla prima proposta della Commissione, v. C. GEIGER ET AL., *Text and Data Mining in the Proposed Copyright Reform*, cit., pp. 834-835, che mettono in luce come già la vigente eccezione di TDM nel Regno Unito estendesse tali attività anche ai ricercatori individuali, nonché a ogni persona che abbia un accesso legale alle opere dell'ingegno. Si veda G. ROSSI, *op. ult. cit.*, p. 246, che tempera le rigidità del sistema nel senso di considerare possibile, come si è visto, la partecipazione privatistica (e lucrativa) nell'ambito

La normativa, pertanto, alla luce dell'analisi dell'intero impianto legislativo, potrebbe avere un impatto positivo non conforme e non all'altezza di altre esperienze extra UE³⁵⁶.

5.2. *L'art. 70-quater, l. aut., e l'eccezione per finalità commerciali.*

– Meno innovativo della disposizione precedente è l'art. 70-*quater*, l. aut., che, «fermo restando quanto previsto dall'articolo 70-*ter*», ricalca la definizione di cui all'art. 4, della direttiva. Le note di distinzione da segnalare riguardano non solo l'inclusione delle ipotesi di «estrazione» oltre alle «riproduzioni» tra le attività consentite, ma anche il conseguente richiamo ai «titolari delle banche dati». La minore ampiezza dell'art. 70-*ter*, come visto, va comunque compensata dall'art. 71-*decies*, l. aut., che estende l'applicazione di tutte le eccezioni, in quanto compatibili, ai diritti del titolare. Non c'è traccia, invece, né di un richiamo al diritto di comunicazione al pubblico, né di precisazioni sulle modalità di esercizio della riserva, modulato secondo il principio di appropriatezza di cui alla disposizione europea.

L'omissione del diritto di comunicazione al pubblico, presente all'art. 70-*ter*, sembrerebbe giustificata poiché la sua inclusione, nelle direttive InfoSoc e Database, è prevista solo per libere utilizzazioni finalizzate alla ricerca scientifica. L'art. 25, dir. 2019/790, infatti, richiede la compatibilità delle eccezioni interne agli Stati membri con quelle già previste nelle direttive precedenti. Ciò comporta, tuttavia, una maggiore discrasia tra le due eccezioni, che accentua i limiti già evidenziati nel sistema europeo, poiché a un campo di applicazione più ampio della data analysis “scientifica” non corrisponde un ampliamento di quello relativo alla data analysis “commerciale”³⁵⁷.

Per quanto attiene, invece, all'appropriatezza della modalità di esercizio della riserva, il legislatore italiano non ha colto l'opportunità di assicurare maggiore chiarezza sotto questo profilo. Non solo, non viene richiamata – ancorché in via esemplificativa – la distinzione di cui al considerando n. 18 (e all'art. 4, par. 3), dir. 2019/790, ma non viene neppure menzionato il requisito dell'appropriatezza. L'effetto di tale omissione è che sarà compito dell'interprete del caso concreto applicare tale principio³⁵⁸, sul quale si estendono le riflessioni già compiute.

degli istituti di tutela del patrimonio culturale, così come la possibilità per gli imprenditori di concludere contratti con gli organismi di ricerca. V. T. MARGONI, M. KRETSCHMER, *op. cit.*, p. 695 che paventano tensioni tra la libertà di informazione e di iniziativa economica e le restrizioni soggettive di cui all'articolo 3, specie per le PMI.

³⁵⁶ A. MUSSO, *op. ult. cit.*, p. 426.

³⁵⁷ B. CALABRESE, *op. ult. cit.*, p. 406.

³⁵⁸ A. OTTOLIA, *op. ult. cit.*, p. 1260.

Il comma 2° della disposizione ripropone il (meno favorevole) termine temporale della conservazione delle copie, possibile «solo per il tempo necessario ai fini dell'estrazione di testo e di dati», oltre a non menzionare l'utilizzazione legittimata dall'art. 70-ter, comma 6°, l. aut., ulteriormente ampliando il divario tra le due eccezioni.

Infine, il comma 3° chiarisce che «per lo svolgimento delle attività di cui al presente articolo sono in ogni caso garantiti livelli di sicurezza non inferiori a quelli definiti per lo svolgimento delle attività di cui all'articolo 70-ter», per il quale si v. *supra*, §3.4.

L'ultima disposizione che disciplina l'attività di estrazione di testo e dati è l'art. 70-sexies, che prevede il *three-step test* nel caso di estrazione di una copia da parte di organismi di ricerca e di istituti di tutela del patrimonio culturale, i quali abbiano acquistato legittimamente le opere sulle quali siano state applicate misure tecnologiche di protezione *ex art.* 102-quater, l. aut. Sull'applicazione del test alle eccezioni di TDM, v. *infra*, cap. III, §2.1.

6. La “*proprietarizzazione*” delle informazioni: spunti critici sulle eccezioni. – Il sistema delle eccezioni di TDM delineato in sede europea, e seguito dal legislatore italiano, conferma la tendenza ad assicurare tutela preminente ai titolari dei diritti di proprietà intellettuale.

Questa tendenza, avviata con la direttiva in materia di programmi per elaboratore, proseguita con le direttive sulle banche dati e sul diritto d'autore nella società dell'informazione, trova nella direttiva sul diritto d'autore nel Mercato Unico Digitale un elemento ulteriore.

Lo denota l'insieme delle condizioni con le quali si realizza un meccanismo di accesso a opere e contenuti protetti complesso e limitativo, insufficiente a garantire l'acquisizione di contenuti funzionale alla ricerca scientifica, e che allo stesso tempo penalizza, escludendole dal beneficio, realtà imprenditoriali rilevanti nello sviluppo tecnologico. Se è apprezzabile il riconoscimento di un mercato di *commons* il cui accesso è libero in funzione dell'attività svolta, stride la mancata inclusione di ricercatori individuali e PMI che operano nel settore dell'innovazione digitale.

Non è incoraggiata, per contro, la data analysis in senso lato commerciale, subordinata al mancato *opting out* da parte dei titolari dei diritti, che trova limiti solo nel rispetto del requisito di appropriatezza.

L'autorizzazione all'apposizione di misure tecnologiche di protezione, pur se accompagnata dalla regola che non deve essere impedito l'accesso, potrebbe ingenerare difficoltà o contenziosi, mentre la memorizzazione e la realizzazione di copie impone a beneficiari dell'eccezione oneri gravosi in termini organizzativi per garantire la sicurezza delle copie realizzate.

Data analysis scientifica, non inquinata da finalità lucrative, e data analysis svolta in qualunque altro contesto sono trattate secondo regimi di accesso al dato e all'informazione caratterizzati da una notevole distanza:

accomunati dal requisito dell'accesso legale, l'indirizzo iperprotezionistico europeo si rivela nella previsione del limite temporale per l'eccezione commerciale, costruito in maniera tale che la liberalizzazione è destinata a esaurirsi al momento di conclusione del procedimento estrattivo, quasi si trattasse di una libertà a tempo. Né l'eccezione viene garantita in assoluto, essendo permessa la sua soppressione in via negoziale. Questo regime solo in parte è stato opportunamente corretto in sede attuativa dal legislatore italiano, il quale non si è spinto tuttavia molto avanti nell'implementare la direttiva in senso più liberale, nei limitati margini che essa avrebbe consentito.

Le estensioni apportate dal legislatore italiano al contenuto dell'eccezione per finalità di ricerca scientifica, con il ricomprendere in essa il diritto di comunicazione e la posizione degli istituti di tutela del patrimonio culturale, sono certo apprezzabili, anche se aumentano il divario nella portata delle eccezioni.

Più che l'attuazione di un mercato di *commons*, nel caso dell'eccezione commerciale – ma in parte ciò vale anche per l'eccezione finalizzata alla ricerca scientifica, presupponendo esse comunque l'accesso legittimo – si è incentivato un sistema nel quale si sono moltiplicati i costi di negoziazione, senza prevedere forme di tutela appropriate per i contraenti più deboli.

Sono questi aspetti a condurre a una valutazione del sistema come orientato alla proprietarizzazione dei dati, dei contenuti e dei materiali *tout court*.

Nonostante la precisazione per cui rimangono leciti gli atti di riproduzione nei confronti di semplici fatti o dati non tutelati dal diritto d'autore, la funzione in sé della data analysis non giustificherebbe un intervento in termini di pura eccezione. Ciò verrà analizzato *infra* (v. cap. III, §3), nel rapporto tra data analysis e gli atti di utilizzazione riservati al titolare dei diritti, specialmente per ciò che attiene alle riproduzioni e alle elaborazioni.

Occorre premettere qui, infatti, come il text and data mining in sé non arrechi pregiudizio ai titolari dei diritti³⁵⁹. Ciò non deriva dalla natura del soggetto che compie la data analysis, così come emerge dal sistema creato dal legislatore europeo, ma dalla «natura della tecnica», la quale «non realizza il valore di comunicazione dell'opera, ma utilizza l'opera stessa esclusivamente come dato, ovvero come materiale di partenza destinato ad essere impiegato, nell'attività di ricerca, per generare nuove informazioni³⁶⁰».

L'effetto della disciplina rischia di tradursi nella inevitabile inclusione del mero dato e della mera informazione all'interno della tutela autoriale.

³⁵⁹ Cfr. G. ROSSI, *Opere dell'ingegno come dati*, cit., p. 251.

³⁶⁰ *Ibid.*

Se si interpreta l'art. 70-*quater*, l. aut., come limite interno e intrinseco al diritto d'autore, e non come mera eccezione, la sussistenza del diritto di riserva dei titolari dei diritti è irragionevole rispetto ai principi autoriali, segnatamente quello che impone la dicotomia tra idea ed espressione³⁶¹.

Da un punto di vista pratico, peraltro, la disciplina si mostra sbilanciata rispetto alla situazione di imprese localizzate in territori che godono di un regime di accesso ai contenuti decisamente più favorevole, penalizzando principalmente tutti i soggetti interni – siano essi privati o pubblici, in quest'ultimo caso per finalità estranee alla ricerca scientifica – che dovranno fare i conti con un mercato interno che innalza barriere all'accesso, e un mercato esterno (*rectius: mercati esterni*³⁶²) dai caratteri più fruibili.

L'apertura dei dati e delle informazioni, promossa e incoraggiata dal legislatore per garantire una più facile circolazione dei contenuti, corre il

³⁶¹ V. T. MARGONI, M. KRETSCHMER, *op. cit.*, p. 697 ss., per i quali l'approccio formalistico del legislatore dovrebbe essere «wholly rejected» giacché frustra e rende inefficaci alcuni dei principi fondamentali del diritto d'autore, tra cui «the idea/fact/expression dichotomies, the concept of intellectual creation, exceptions and limitations and ultimately the very same concept of work of authorship – all principles embed in fundamental rights such as freedom of expression, property and economic initiative». I risvolti del principio autoriale a cui si fa riferimento sono numerosi, a cominciare dalla nota distinzione tra *corpus mysticum* e *corpus mechanicum*, in origine funzionale alla comprensione del contenuto della tutela dell'esclusiva autoriale, sulla quale v. T. ASCARELLI, *op. cit.*, p. 695 ss. (da cui sono tratti i seguenti virgolettati). Essa sembrerebbe, per effetto dell'evoluzione tecnologica e normativa insieme, non più proponibile negli stessi termini, o quantomeno non più idonea a definirne la protezione: se «ai centomila esemplari del romanzo in proprietà dei loro centomila diversi proprietari si contrappone il romanzo come creazione intellettuale appartenente all'autore», e se «la creazione intellettuale tutelata non attiene all'argomento in sé considerato, ma all'espressione [...] di un determinato contenuto e non considerata astrattamente e perciò in funzione di qualunque contenuto», accettare che il titolare del diritto d'autore su una propria opera o su materiali protetti possa impedire la fruizione dei contenuti (anche se già legalmente accessibili) in chiave computazionale significa conseguentemente dover accettare un ruolo più ampio del copyright. Infatti, non verrebbe così impedito l'accesso alle opere o ai materiali nella loro dimensione espressivo-creativa, quanto proprio ai meri dati e alle informazioni, e in funzione di un'attività quale il *machine learning*, che ricava utilità dall'argomento o dall'insegnamento, storicamente al di fuori della esclusiva del diritto d'autore.

³⁶² Si veda *infra* (cap. III, §2.2) per quanto attiene all'ordinamento statunitense, e *supra* (cap. I, §6) per quello giapponese, per considerare alcuni tra i mercati più di spicco nel panorama globale.

pericolo di tradursi nel senso opposto, giacché l'effetto della disciplina sembrerebbe quello di «ampliare, invece di limitare, l'ambito della privativa dei titolari su banche-dati o su altre opere o materiali più granulari³⁶³».

³⁶³ Così A. MUSSO, *op. ult. cit.*, p. 426. Il risultato della disciplina, nel senso dell'aumento dei costi di negoziazione sia individuali che collettivi, sembra analogo a quello delle prime riforme europee del diritto d'autore nel mondo telematico: si vedano le riflessioni di P. SPADA, *La proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 635 ss., spec. pp. 646-647, nel quale l'A. sostiene la più conveniente praticabilità di eventuali liberalizzazioni a pagamento nell'ambito dello sfruttamento in internet delle opere, poiché esse potrebbero «imporre costi di negoziazione relativi alla fissazione delle tariffe sensibilmente inferiori ai costi di negoziazione delle autorizzazioni, sia collettive, sia, soprattutto, individuali», per cui «tra rivendicare *property rights*, con il rischio che finiscano paralizzati nelle maglie della rete, e rinunciare ad essi, esigendo che la rete paghi per vivere nella legalità, non avrei dubbi ad optare per la seconda delle due possibilità».

CAPITOLO III

L'INSUFFICIENZA DELLA DIRETTIVA E LA RICERCA DI PROSPETTIVE DI APERTURA NELL'ACCESSO ALL'INFORMAZIONE

SOMMARIO: 1. Le eccezioni di text and data mining e gli interessi dell'Unione Europea nell'accesso all'informazione. – 1.1. La dimensione apparentemente contraddittoria delle politiche dell'Unione Europea: la salvaguardia delle finalità di ricerca scientifica e le eccezioni di text and data mining. – 1.2. (*segue*) Gli interessi pubblici di scambio delle informazioni e la proprietà intellettuale nelle politiche “aperte” dell'UE. – 1.3. L'innovazione incrementale e la tutela dell'opera dell'ingegno nel sistema: informazioni nuove e opere orfane. – 1.4. (*segue*) E opere fuori commercio. – 2. L'eccezione di TDM alla luce della interpretazione delle libere utilizzazioni nella giurisprudenza europea. – 2.1. (*segue*) L'applicabilità del *three-step test* alle eccezioni di text and data mining quale possibile chiave interpretativa. – 2.2. Uno sguardo oltreoceano: spunti sulla legittimità della data analysis per *fair use*. – 3. L'estraneità dei diritti di estrazione, riproduzione ed elaborazione alla data analysis. – 4. Uno sguardo al contesto britannico e proposte di riforma. – 4.1. (*segue*) L'orientamento del governo inglese per una nuova eccezione di text and data mining “for any purpose”: un modello per la riforma della legislazione europea? – 5. La ricerca di una regola di accesso all'informazione nella disciplina del mercato. – 5.1. L'abuso di posizione dominante e l'obbligo a contrarre come strumenti per l'accesso all'informazione: il percorso della giurisprudenza europea. — 5.2. (*segue*) Spunti sull'obbligo a contrarre nelle iniziative recenti sui mercati digitali. – 5.3. L'obbligo a contrarre in caso di rifiuto di concedere licenza ai fini del text and data mining. – 5.4. L'abuso di dipendenza economica nei mercati digitali e gli obblighi derivanti dal *DMA*. – 6. Le licenze *FRAND* e le nuove frontiere delle regole del mercato per rimuovere gli ostacoli alla data analysis.

1. *Le eccezioni di text and data mining e gli interessi dell'Unione Europea nell'accesso all'informazione.* – Evidenziati i limiti nell'accesso all'informazione di entrambe le eccezioni inerenti alla data analysis, occorre considerare come le tensioni emergenti tra gli interessi sottesi alla loro introduzione e il concorrente interesse a un alto livello di protezione della proprietà intellettuale siano documentate anche da altri atti normativi adottati dall'Unione Europea nel contesto dell'agenda digitale, sia esterni al diritto d'autore, sia interni ad esso³⁶⁴.

³⁶⁴ La dicotomia tra gli interessi in campo è efficacemente messa in luce da P. AUTERI, *Diritto di autore. L'oggetto*, in *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., p. 649, il quale ricorda che nella società dell'informazione vi è «certo l'esigenza di favorire gli investimenti nella ricerca e nella raccolta delle informazioni», ma al contempo, vi è «anche, e prioritaria, l'esigenza di assicurare la

La spiccata importanza delle politiche legate all'accesso all'informazione, specie a quella di rilevanza scientifica, mostra infatti una difficile convivenza con il regime delle eccezioni tratteggiato, maggiormente incline a tutelare le ragioni proprietarie, o i cui possibili effetti vanno in tal senso.

Anche l'eccezione per finalità di ricerca scientifica, principalmente per i rilevati limiti oggettivi e soggettivi e la previsione di applicazione delle misure tecnologiche di protezione, non pare svolgere un ruolo decisivo al fine di garantire la diffusione del sapere. La disciplina, nel suo insieme, al contrario, fa insorgere timori sul fatto che essa possa rappresentare un nuovo ostacolo all'accesso all'informazione.

1.1. *La dimensione apparentemente contraddittoria delle politiche dell'Unione Europea: la salvaguardia delle finalità di ricerca scientifica e le eccezioni di text and data mining.* – Si è fatto riferimento (v. *supra*, cap. I, §7) al legame della proprietà intellettuale con valori e libertà fondamentali³⁶⁵, e si è segnalato anche come le tensioni tra interessi contrapposti nell'ambito della proprietà intellettuale tendano a essere risolte con le libere utilizzazioni, o moderne eccezioni e limitazioni.

Gli interessi della collettività all'informazione, nel sistema italiano, vengono così contemperati con la proprietà intellettuale dagli artt. 65, commi 1° e 2°, 66 e 97, comma 1°, l. aut.³⁶⁶; le libertà della ricerca scientifica,

libertà di diffusione delle informazioni», con la conclusione che «i limiti a tale libertà a tutela degli investimenti nella ricerca e raccolta delle informazioni non possono che essere stabiliti dal legislatore».

³⁶⁵ Cfr. R. PARDOLESI, *Le eccezioni e le limitazioni*, cit., p. 179, che ricorda il discorso di Droz ai delegati della Conferenza di Berna del 1884. Sul più ampio tema della rilevanza costituzionale della proprietà intellettuale, v., *ex multis*, E. SANTORO, *Note introduttive sul fondamento costituzionale della protezione del diritto d'autore*, in *Dir. aut.*, 1975, p. 307 ss.; più di recente R. PARDOLESI, *Diritti della personalità*, in *AIDA*, 2005, p. 3 ss.; R. MASTROIANNI, *Proprietà intellettuale e costituzioni europee*, *ivi*, p. 9 ss.; M. LIBERTINI, *Impresa, proprietà intellettuale e Costituzione*, *ivi*, p. 50 ss.; C. GALLI, *Diritti di proprietà intellettuale e remunerazione degli investimenti*, *ivi*, p. 68 ss.; G. SCACCIA, *Il bilanciamento degli interessi in materia di proprietà intellettuale*, *ivi*, p. 198 ss. Sugli interessi pubblici attinenti agli istituti di proprietà intellettuale, in generale, G. SPEDICATO, *Interesse pubblico e bilanciamento nel diritto d'autore*, Milano, 2013, *passim*; A. OTTOLIA, *The Public Interest and Intellectual Property Models*, Torino, 2010, *passim*; L. C. UBERTAZZI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *La proprietà intellettuale*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea* diretto da Ajani e Benacchio, Torino, 2011, p. 1 ss.; M. LIBERTINI, *Tutela e promozione delle creazioni intellettuali e limiti funzionali della proprietà intellettuale*, cit., p. 299 ss.

³⁶⁶ Cfr. ANGELICCHIO, *op. cit.*, p. 572.

dell'insegnamento e dello studio, affermate dagli artt. 9, 33 e 34, Cost., trovano considerazione, rispettivamente, negli artt. 64-*sexies*, 71-*ter* e 71, l. aut³⁶⁷.

L'eccezione di TDM per finalità di ricerca scientifica, a tal riguardo, trova un riferimento costituzionale proprio all'art. 9, Cost., il quale sancisce che «la Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica».

Trova, altresì, un fondamento in carte sovranazionali, in cui essa rileva come oggetto di un più ampio diritto all'informazione³⁶⁸: si vedano l'art. 19, della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, e gli artt. 11 e 13, della Carta di Nizza.

La logica sottesa all'introduzione dell'art. 3, dir. 2019/790, non fa sorgere quindi particolari dubbi³⁶⁹, né dubbi vi sono sulla natura imperativa della norma³⁷⁰, traducibile in un diritto soggettivo³⁷¹ a favore dei soggetti elencati, senza la corrispettiva previsione di un equo compenso per i titolari dei diritti. In sostanza, essa costruirebbe un mercato di *commons* a favore della ricerca scientifica³⁷².

³⁶⁷ *Ibidem*.

³⁶⁸ Sul tema del bilanciamento tra proprietà intellettuale e libertà di espressione v., *ex multis*, e di recente: A. OTTOLIA, *L'interferenza permanente fra proprietà intellettuale e libertà di espressione nel diritto dell'Unione Europea: una proposta di bilanciamento*, in *AIDA*, 2016, p. 157 ss.

³⁶⁹ Cfr. R. CASO, *Il conflitto tra diritto d'autore e ricerca scientifica nella disciplina del text and data mining della direttiva sul mercato unico digitale*, cit., p. 124.

³⁷⁰ Cfr. l'art. 7, par. 1, della dir. 2019/790: «Qualsiasi disposizione contrattuale in contrasto con le eccezioni di cui agli articoli 3, 5, e 6 è inapplicabile».

³⁷¹ Qualifica l'eccezione *ex art. 3*, della direttiva, come fondata su un diritto fondamentale dell'Unione relativo a un pubblico interesse (quello alla ricerca scientifica) A. OTTOLIA, *L'opt out commons nella nuova disciplina del data mining*, cit., p. 1254.

³⁷² Lo vede in questi termini A. OTTOLIA, *op. ult. cit.*, p. 1261. Cfr. anche G. ROSSI, *Le opere dell'ingegno come dati*, cit., p. 253, il quale, dall'altro lato, considera specialmente l'art. 4, dir. 2019/790, come creatore di un fenomeno paragonabile alla “tragedy of the anticommons”, espressione di M. A. HELLER, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Market*, in *Har. L. Rev.*, 1998, p. 621 ss. Questa “tragedia”, in questo senso, dipingerebbe una situazione di pericolo dettata dal sommarsi di diritti di proprietà (intellettuale) avente l'effetto di inibire il pieno utilizzo delle risorse. Una situazione, pertanto, ribaltata rispetto alla “tragedia dei commons” descritta da G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 1968, p. 1243 ss., che considera l'ipotesi in cui «too many individuals have rights of exclusion in a scarce resource». Per una riflessione sui profili giuseconomici della questione, v. M. GRANIERI, *Analisi economica dei beni*

Tuttavia, si è visto (cfr. *supra*, cap. II, §3) quanto possano essere ambigui, e limitare la fruizione dell'eccezione – tra gli altri – i due criteri cumulativi, posti dalla legge nella identificazione dei beneficiari, nonché il collegamento teleologico della data analysis alla finalità di ricerca scientifica³⁷³. Dall'analisi dell'intero assetto normativo – europeo e italiano – è emerso come il tentativo dell'UE di liberalizzare le attività computazionali potesse certamente spingersi più al di là di quanto fatto.

Innanzitutto, per il richiamo – quasi scontato – al *three-step test* di cui all'art. 7, par. 2, dir. 2019/790, che funge da ulteriore criterio di vaglio che le utilizzazioni devono superare per essere considerate legittime. Specialmente la Corte di giustizia ne ha fornito spesso interpretazioni più contenitive che non espansive, a fronte di una clausola in grado di avere, tendenzialmente, un margine di flessibilità rilevante³⁷⁴.

Inoltre, se all'art. 3, dir. 2019/790, si affianca la disposizione che prevede il meccanismo di *opt-out* per l'eccezione commerciale, di cui all'art. 4, par. 3, dir. 2019/790, la cui applicazione, come si è visto, sarà prevalentemente legata a specifiche modalità tecnologiche, sembrerebbe che ci si trovi dinanzi a un nuovo *digital blocking*, che tutto comporta fuorché liberalizzare la data analysis, peraltro con il ribadire, forse in maniera superflua, mere facoltà dominicali.

L'interesse sotteso all'eccezione per finalità di ricerca scientifica, secondo quanto proclamato dalla stessa Unione Europea, infatti, stride maggiormente (e sembra essere in contraddizione) con quanto previsto nell'art. 4, dir. 2019/790. Ancor più se si osserva che le premesse per la sua introduzione ricordano che le tecniche di estrazione di testo e di dati sono utilizzate indistintamente da soggetti sia pubblici che privati, e che regolamentare la data analysis avrebbe il risultato di «incoraggiare l'innovazione anche nel settore privato» (considerando n. 18), senza menzione alcuna del ruolo del settore privato nell'ambito della ricerca scientifica.

comuni: una rilettura critica e una proposta, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, p. 403 ss.; ID., *Soluzioni contrattuali agli "anticommons" ("pooling, collecting, standards")*. *Esperienze europee e statunitensi a confronto*, in *AIDA*, 2013, p. 277 ss. V. anche L. NIVARRA, "Anticommons and legal standards", *ivi*, p. 260 ss., e G. COLANGELO, *L'antitrust, i patent pools e le tragedie della (intellectual) property governance*, in *Merc. conc. reg.*, 2004, p. 54 ss., che vede nella istituzione di *collective rights organizations* un possibile rimedio alla tendenza a porre un'area sempre più vasta di risorse sotto l'ombrello protettivo dei diritti di proprietà intellettuale.

³⁷³ Fra le numerose critiche all'eccezione, v. R. DUCATO, A. STROWEL, *Ensuring text and data mining: remaining issues with the EU copyright exceptions and possible ways out*, cit., p. 322 ss.

³⁷⁴ V. R. CASO, *op. ult. cit.*, p. 125. Sul *three-step test* nell'ambito dell'eccezioni di TDM v. *infra*, §2.1.

In generale, il legislatore europeo sembra aver costruito libertà di manovra per finalità computazionali, per la verità, eccessivamente contenute.

Per questi motivi, a fronte di una tendenza europea maturata ed evoluta a favore degli interessi dei titolari delle esclusive alla massima remunerazione del proprio lavoro o del proprio investimento, opposti ai più ampi interessi della collettività, in assenza di specifici e precisi criteri normativi, risulta spesso necessario un intervento chiarificativo della giurisprudenza a risolvere la dicotomia tra gli interessi qui segnalati³⁷⁵.

1.2. (segue) *Gli interessi pubblici di scambio delle informazioni e la proprietà intellettuale nelle politiche “aperte” dell’UE.* – Significativa della considerazione più estesa in seno all’Unione Europea del valore della ricerca è la Raccomandazione della Commissione in tema di accesso alla ricerca scientifica³⁷⁶, nella quale si evidenzia l’importanza della diffusione dei dati³⁷⁷ come catalizzatore per la crescita economica, l’innovazione e la digitalizzazione in tutti i settori economici, «in particolare per le piccole e medie imprese (e le start-up) e per la società nel suo insieme», riconoscendo il ruolo che i megadati e più in generale il calcolo ad alte prestazioni hanno assunto per cambiare il modo di fare ricerca e di condivisione del sapere, «inserendosi nella transizione verso una scienza aperta più efficiente e reattiva³⁷⁸».

Vengono pertanto incoraggiate le più ampie politiche di accesso, intese generalmente come «possibilità di accesso e riutilizzo dei risultati di ricerca digitale con il numero minore possibile di limitazioni», a pubblicazioni scientifiche, dati di ricerca e altri risultati della ricerca, come

³⁷⁵ Sul dibattito relativo ai due interessi in apparente contrasto, specie nel mercato digitale, v. F. MEZZANOTTE, *Le libere utilizzazioni nell’ambiente digitale*, cit., p. 301; C. GEIGER, *Promoting Creativity through Copyright Limitations: Reflections on the Concept of Exclusivity in Copyright Law*, in *Vanderbilt Journ. Ent. & Tech. Law*, 2010, p. 515 ss.; M. RICOLFI, *IP Limitations and Exceptions and Competition: A Normative Assessment*, in *AIDA*, 2013, p. 306 ss.; R. M. HILTY, K. KOKLU, *Limitations and Exceptions to Copyright in the Digital Age. Four Cornerstone for a Future-Proof Legale Framework in EU*, in I. A. STAMATOUDI (a cura di), *New Developments in EU and International Copyright Law*, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 283 ss.; G. GHIDINI, *Exclusion and Access in Copyright Law: The Unbalanced Features of the European Directive on “Information Society” (InfoSoc)*, in *Riv. dir. ind.*, 2013, I, p. 5 ss.

³⁷⁶ Raccomandazione (UE)2018/790 della Commissione del 25 aprile 2018 sull’accesso all’informazione scientifica e sulla sua conservazione.

³⁷⁷ Peraltro, nella Raccomandazione si fa riferimento proprio alla strategia per il Mercato Unico Digitale.

³⁷⁸ *Ibid.*, considerando n. 2.

strumenti di diffusione, in particolare (ma non solo), nell'ambito della diffusione sostenuta da finanziamenti pubblici³⁷⁹.

Pertanto, se la Commissione raccomanda la creazione di condizioni per la concessione di licenze che non limitino indebitamente la data analysis sulle pubblicazioni derivanti da finanziamenti pubblici, allo stesso tempo, aggiunge, «fatta salva la legislazione applicabile sul diritto d'autore e nel rispetto della stessa».

Quando si tratta di pubblicazioni scientifiche ottenute tramite finanziamenti pubblici, l'accesso ai risultati deve essere il più ampio possibile, assicurato in maniera trasparente e non discriminatoria, e devono poterne beneficiare tutti, incluse le «imprese innovative, in particolare le piccole e medie imprese, i ricercatori indipendenti (ad esempio i cittadini-scienziati), il settore pubblico, la stampa e i cittadini in generale».

È significativo, altresì, che questa difficile coesistenza emerga anche altrove, in contesti nei quali si esprime la volontà dell'UE di tentare di conciliare due realtà astrattamente incompatibili tra loro, senza però adeguatamente provvedere.

Possono ricordarsi, al riguardo, le politiche europee che incentivano l'open science e l'open data, oggetto anche della recente direttiva 2019/1024, sull'apertura dei dati e sul riutilizzo dell'informazione del settore pubblico. Essa, all'art. 10, in via che si direbbe più programmatica che operativa, proclama che «Gli Stati membri promuovono la disponibilità dei dati della ricerca», intese genericamente come “politiche di accesso aperto”, con la precisazione che in tale contesto «occorre prendere in considerazione le preoccupazioni in materia», tra le altre, che emergono dalla presenza di diritti di proprietà intellettuale.

Il principio al quale si ancora l'Unione è quello del «più aperto possibile, chiuso il tanto necessario», applicando tali politiche di accesso «alle organizzazioni che svolgono attività di ricerca e alle organizzazioni che finanziano la ricerca» (considerando n. 28, e art. 10, dir. 2019/1024). Contestualmente, però, similmente a quanto visto poc'anzi, il par. 2, del medesimo articolo, fa salvi i diritti di proprietà intellettuale³⁸⁰, che è l'aspetto che richiederebbe il più importante sforzo di coordinamento³⁸¹.

³⁷⁹ Si veda, a seguito della Raccomandazione citata, il report sulla sua implementazione pubblicato dalla Commissione Europea nel luglio 2020, *Access to and preservation of scientific information in Europe, Report on the implementation of Commission Recommendation C(2018)2375final*.

³⁸⁰ Richiamando l'art. 1, par. 2, lett. c), della medesima direttiva.

³⁸¹ V. le osservazioni di R. CASO, *op. ult. cit.*, p. 5 ss., che sottolinea l'inconciliabilità della scienza aperta con la proprietà intellettuale: «Chi è promotore della scienza aperta dovrebbe accogliere con favore l'affermazione sul piano legislativo del principio di riutilizzabilità dei dati della ricerca. Tuttavia, per come formulato e disciplinato, a cominciare dalla clausola di salvezza “nel rispetto ...”

Nelle politiche sull'open science, la volontà dell'Unione Europea va coordinata con le disposizioni che qui interessano, di *favor* per le esclusive autoriali, con scarsa coerenza tra premesse e regole di disciplina, sotto il profilo pratico e sistematico.

Per quanto attiene al primo profilo, non si scorge alcun vantaggio concorrenziale per le imprese stabilite all'interno dei confini europei, specie se l'eccezione di TDM per finalità commerciali si limita a ricordare le prerogative di spettanza del titolare dell'esclusiva, particolarmente in rapporto alle imprese oltreoceano³⁸², la cui attività di estrazione di testo e di dati è stata liberalizzata in maniera ampia dalla giurisprudenza (v. *infra*, §2.2).

Sotto il secondo profilo, si è fatto ricorso allo strumento delle eccezioni al diritto d'autore e ai diritti connessi per liberalizzare una posizione che richiedeva, invece, un coordinamento differente tra l'avanzamento tecnologico, lo sviluppo dell'innovazione e i principi della proprietà intellettuale. In particolare, questo emerge con riferimento alla possibile "trasformazione" delle opere dell'ingegno in dati (v. *supra*, cap. I, §4.1), come anche in relazione alla disposizione che liberalizza la decompilazione del software, quale tecnica di tutela più idonea (v. *supra*, cap. I, §5.5), e agli atti di utilizzazione economica coinvolti dalla data analysis (v. *ultra*, §3). Aspetti dai quali trapela il rischio di scelte iperprotezionistiche sui dati, a conferma di un sistema che avrebbe l'effetto di provocare l'estensione della tutela autoriale anche ai semplici contenuti informativi e ai meri dati³⁸³.

della proprietà intellettuale, il principio rischia di essere inutile». Sui difficili rapporti tra il diritto d'autore e il mondo digitale v. D. SARTI, *Open Access and Legal Exceptions to Copyright: Towards a General Fair Use Standard?*, in *Law via the internet: free access, quality of information, effectiveness of rights*, a cura di Peruginelli e Ragona, Firenze, 2009, p. 123 ss.

³⁸² In questo senso v. anche C. GEIGER, *The Missing Goal-Scorers in the Artificial Intelligence Team: Of Big Data, the Fundamental Right to Research and the failed Text and Data Mining Limitations in the CSDM Directive*, in *Intellectual Property and Sports, Essays in Honour of P. Bernt Hugenholtz*, Senftleben, Poort, Van Eechoud, Van Gompel, Helberger (a cura di), Alphen Aan Den Rijn, 2021, p. 383 ss.

³⁸³ Prospettiva che potrebbe essere vista come una scelta di superare la nota dicotomia tra idea ed espressione, per la riflessione sulla quale, ormai da tempo al centro del dibattito dottrinale, v. P. FRASSI, *Riflessioni sul diritto d'autore. Problemi e prospettive nel mondo digitale*, in *Riv. dir. ind.*, 2002, I, p. 370 ss.; M. RICOLFI, *Il diritto d'autore*, in AA.VV., *Diritto industriale*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da Cottino, Padova, 2001, p. 362 ss. Ma si v. P. AUTERI, *Diritto d'autore. L'oggetto*, in *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., p. 648 ss., secondo il quale dalla tutela per i programmi per elaboratore non è corretto argomentare nel senso di una revisione dei principi generali del diritto d'autore, conclusione che

1.3. *L'innovazione incrementale e la tutela dell'opera dell'ingegno nel sistema: informazioni nuove e opere orfane.* – Non mancano, tuttavia, proprio sul piano del sistema autoriale armonizzato, regole che si fondano sulle medesime finalità perseguite nell'agenda digitale europea e che propongono soluzioni in ordine alle tensioni tra la proprietà intellettuale e la diffusione del sapere. Da esse è possibile ricavare un quadro più ampio degli strumenti utilizzati dal legislatore europeo, che consente una lettura sistematica, fondamentale per trarre conclusioni di più ampio respiro, alla luce della recente direttiva sul Mercato Unico Digitale.

Alcune di queste regole parrebbero emergere, anzitutto, nella disciplina delle opere orfane.

La dir. 2012/28 ha introdotto nell'ordinamento europeo la tutela giuridica delle opere dell'ingegno dall'autore non individuato o non (facilmente) individuabile³⁸⁴. La protezione consiste nel consentire (alcuni) specifici utilizzi di dette opere, con la finalità preminente di «promuovere la libera circolazione della conoscenza e dell'innovazione nel mercato interno³⁸⁵», per mezzo dell'istituzione «di un quadro giuridico che promuova la digitalizzazione e la diffusione di opere e di altri contenuti protetti dai diritti d'autore o dai diritti connessi³⁸⁶». Quest'ultimo aspetto riflette specificamente il momento di tensione tra gli interessi contrapposti: da un lato, vi è la presenza di contenuti protetti dal diritto d'autore, dall'altro lato, si vuole promuovere la libera circolazione della conoscenza.

Non rileva qui tanto il dettaglio della disciplina, per profili oggettivi e soggettivi, quanto sottolinearne il valore potenziale per l'accesso

troverebbe conferma anche guardando alla direttiva sulle banche di dati. Di recente, per la dottrina europea, in senso fortemente critico delle eccezioni di TDM sui fondamenti autoriali cfr. T. MARGONI, M. KRETSCHMER, *A Deeper Look into the EU Text and Data Mining Exceptions: Harmonisation, Data Ownership, and the Future of Technology*, cit., p. 685 ss.

³⁸⁴ Direttiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 su taluni utilizzi consentiti di opere orfane. Per un commento sulla disciplina, v. C. SAPPÀ, *Opere orfane: la soluzione europea*, in *NLCC*, 2014, p. 671 ss.; V. BELLANI, *Orphan Work in cerca di autore*, in *Dir. aut.*, 2013, p. 262 ss.; C. ZUDDAS, *Espressioni culturali tradizionali e opere orfane nell'era della rete: spunti dalla direttiva 28/2012/UE*, 2013, reperibile al link https://www.ibattellidelreno.it/wp-content/uploads/2022/01/ZUDDAS_espressioni_culturali_26aprile2013.pdf; per un'ampia bibliografia sul tema, v. C. SAPPÀ, S. RODRIGUEZ MORENO, *Bibliografia sulle opere orfane*, in *AIDA*, 2013, p. 175 ss. in Per un commento sulle norme di recepimento italiane v. S. RODRIGUEZ MORENO, *La nuova disciplina delle opere orfane*, in *NLCC*, 2015, p. 893 ss.

³⁸⁵ Cfr. considerando n. 2, dir. 2012/28.

³⁸⁶ *Ibid.*, considerando n. 3.

all'informazione, a fronte, invece, del processo di rafforzamento dei diritti dei titolari che contrassegna anche la più recente direttiva 2019/790, quantomeno nella misura in cui essa regola la data analysis.

Mettendo a confronto la direttiva sulle opere orfane e le disposizioni sul text and data mining, la soluzione adottata per la tutela della data analysis appare seguire una direzione non concorde (se non contraria) con quella adottata in tema di opere orfane. Per le attività di text and data mining, infatti, non solo non ci si è adoperati per assicurare l'eliminazione dei costi di negoziazione – in specie rispetto all'eccezione commerciale –, ma essi vengono fatti gravare sugli utenti, con un meccanismo che può costituire un possibile ostacolo all'accesso all'informazione.

Per contro, ponendosi a fondamento dell'introduzione della disciplina delle opere orfane istanze di diffusione della conoscenza, si è ravvisato come ostacolo principale alla loro diffusione fossero gli elevati costi per la negoziazione dei singoli diritti³⁸⁷. Il presupposto per la qualificazione delle opere come “orfane” consiste nella difficoltà di individuazione dei titolari, oppure nell'impossibilità di rintracciarli nonostante una ricerca diligente³⁸⁸.

Anche questa disciplina, tuttavia, non sembra essersi spinta sufficientemente in avanti nel favorire un accesso alle informazioni ampio ed effettivo. Infatti, se l'utilizzo consentito si riversa, in termini oggettivi, sulla libertà degli atti di riproduzione e distribuzione delle opere orfane³⁸⁹, esso è limitato ai soli istituti di tutela del patrimonio culturale.

In tal senso, occorre segnalare come nella disciplina delle opere orfane sia stata ravvisata la «nemesi» del sistema autoriale europeo³⁹⁰. Essa è stata vista come il risultato di un intervento inevitabile per contrastare

³⁸⁷ V. A. VUOPALA, *Assessment of the orphan works issue and Costs for Rights Clearance*, DG Information Society and Media dell'Unione Europea, 2010, reperibile al link http://cultivate-cier.nl/wp-content/uploads/2012/03/vuopala_report.pdf.

³⁸⁸ V. art. 2, par. 1, dir. 2012/28. Sul meccanismo di acquisto (e perdita) dello status di opera orfana, v. R. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 145 ss.; G. CARRARO, *Le opere orfane nella prospettiva delle formalità costitutive e pubblicitarie*, in *AIDA*, 2013, p. 107 ss.

³⁸⁹ Cfr. sulle utilizzazioni contemplate dalla direttiva M. L. MONTAGNANI, *Le utilizzazioni delle opere orfane*, in *AIDA*, 2013, p. 162 ss.

³⁹⁰ L'espressione la si deve a R. ROMANO, *Attribuzione e revoca dello status di opera orfana ovvero nemesi dell'iperprotezionismo*, in *AIDA*, 2013, p. 146 ss., spec. 148.

l'indirizzo fortemente protezionista adottato dal legislatore³⁹¹, con il risultato di ottenere un sistema «ora minacciato dalle sue stesse armi³⁹²».

La tutela delle opere orfane nasconderebbe così altri interessi: nel continuo «attivismo del legislatore comunitario»³⁹³, essa rappresenterebbe il «frutto ineluttabile della sua perversione», poiché «una durata esasperata e la mancanza di un sistema affidante di registrazione delle opere produce inevitabilmente opere orfane³⁹⁴».

Infine, occorre evidenziare l'ultimo intervento in ordine temporale sul tema, già brevemente accennato in precedenza, compiuto proprio nella direttiva 2019/790. Quest'ultima ha introdotto un ulteriore strumento funzionale alle attività proprie degli istituti di tutela del patrimonio culturale, predisponendo un'eccezione per la realizzazione di «qualunque opera o altri materiali presente permanentemente nelle loro raccolte, in qualsiasi formato o su qualsiasi supporto» (cfr. art. 6). Un'arma per certi versi spuntata rispetto all'interesse di massima diffusione del sapere, giacché liberalizza le riproduzioni e le estrazioni ai soli fini di conservazione delle opere, e nella misura a ciò necessaria, che pertanto non sembrerebbe un passo decisivo verso una direzione più liberale delle politiche dell'Unione Europea.

1.4. (segue) *E opere fuori commercio*. – Nel solco già tracciato dalla normativa sulle opere orfane, merita un cenno anche la disciplina delle opere fuori commercio³⁹⁵, che riguarda risultati in parte coincidenti³⁹⁶.

³⁹¹ V. R. CASO, *I libri nella "tempesta perfetta": dal copyright al controllo delle informazioni digitali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, p. 97 ss.; R. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 159 ss.

³⁹² Così R. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 148.

³⁹³ *Ibid.*, p. 160.

³⁹⁴ R. CASO, *op. ult. cit.*, p. 97.

³⁹⁵ La disciplina è contenuta agli artt. 8-11, dir. 2019/790. L'Italia ha attuato tali disposizioni inserendo alla legge d'autore il Titolo II-*quinquies*, rubricato Utilizzi di opere e altri materiali fuori commercio, che contiene al suo interno gli artt. 102-*decies*-102-*septiesdecies*. Per un commento v. S. LAVAGNINI, *Le opere fuori commercio, le licenze collettive estese e la mediazione (artt. 8-13)*, in EAD. (a cura di), *Il diritto d'autore nel mercato unico digitale*, cit., p. 91 ss.

³⁹⁶ V. G. CARRARO, *Le eccezioni per le opere fuori commercio*, in AIDA, 2019, p. 22 ss., per il quale il raffronto tra le due tipologie di opere è legittimato dal fatto che «la quasi totalità delle opere orfane, pur non costituendo forse perfettamente un sottoinsieme delle opere fuori commercio, è sicuramente destinata ad essere ricompresa nel corpus di queste ultime». Parallelismo «inevitabile» per A. MUSSO, *Eccezioni e limitazioni ai diritti d'autore nella direttiva UE n. 790/2019*, cit., p. 452, nt. 89. Tale parallelismo, tuttavia, per l'A. segna anche una potenziale sovrapposizione tra le due normative, priva di raccordo alcuno. Sulla disciplina delle opere fuori commercio, diffusamente, v. R. SERVANZI, *Il patrimonio culturale e le*

Le opere fuori commercio vengono definite dall'art. 8, par. 5, dir. 2019/790, che le riconosce tali quando è possibile supporre in buona fede che le opere non siano disponibili al pubblico attraverso i consueti canali commerciali, dopo aver effettuato uno sforzo ragionevole per determinarne la loro disponibilità.

Per esse è previsto un doppio meccanismo di accesso: da un lato, è contemplata la possibilità di concludere contratti di licenza non esclusivi a fini non commerciali tra organismi di gestione collettiva e istituti di tutela del patrimonio culturale, per l'utilizzo di un ampio numero di diritti³⁹⁷; dall'altro lato, in assenza di organismi di gestione collettiva, è prevista un'eccezione (o limitazione) al fine di «consentire agli istituti di tutela del patrimonio culturale di mettere a disposizione, a fini non commerciali, opere o altri materiali fuori commercio presenti in modo permanente nella loro raccolta³⁹⁸».

L'art. 102-*duodecies*, comma 4°, 1. aut., ha introdotto l'eccezione nel sistema italiano, prevedendo per gli istituti di tutela del patrimonio culturale una lunga serie di facoltà per la messa a disposizione – a fini non commerciali – delle opere o altri materiali fuori commercio. Precisando, però, la sussistenza di un obbligo di citazione dell'autore, salvo in caso di impossibilità, e di pubblicazione delle opere su siti web non commerciali.

Da questa breve ricognizione delle discipline recenti che attengono ai contesti di diffusione del sapere e di accesso all'informazione, sembrerebbe potersi trarre un regime relativo agli utilizzi di opere dell'ingegno nel contesto (non solo, ma prevalentemente) digitale – ai fini dell'estrazione di testo e dati, o privi di autore noto, oppure ancora dal contenuto (precedentemente) non in commercio – avente come principali destinatari e beneficiari gli istituti di tutela del patrimonio culturale.

opere fuori commercio nella direttiva "digital copyright", in Il nuovo diritto delle società, 2019, p. 657 ss.; M. BROWN, Exploring Article 8 of the Copyright Directive: Hope for Cultural Heritage, in CIPPM/Jean Monnet Working Papers, 2020, reperibile al link https://microsites.bournemouth.ac.uk/cippm/files/2020/05/04-2020-MBrown_Exploring-article-8.pdf.

³⁹⁷ V. art. 8, par. 1, dir. 2019/790, che include la riproduzione, la distribuzione, la comunicazione al pubblico o la messa a disposizione del pubblico. In particolare, la disciplina varia a seconda della presenza o meno di organismi di gestione collettiva che rappresentino i titolari dei diritti. Nel primo caso, la legge prevede la possibilità di concludere una licenza tra l'organismo di gestione collettiva, purché sia sufficientemente rappresentativo dei titolari dei diritti, e gli istituti di tutela del patrimonio culturale, a condizione che sia garantita ai titolari dei diritti parità di trattamento nelle condizioni della licenza. Sul meccanismo delle licenze collettive estese previste dalla direttiva copyright nel MUD, v. D. SARTI, *Il "licensing" collettivo*, in *AIDA*, 2019, p. 148 ss.

³⁹⁸ V. art. 8, par. 2, dir. 2019/790.

Ne risulta complessivamente avvalorata la volontà del legislatore europeo di creare un mercato nel quale lo spazio per il libero flusso delle informazioni e la diffusione del sapere è particolarmente ristretto.

In esso solo i soggetti che perseguono esclusivamente finalità di ricerca, senza “contaminazione” alcuna, godono di un regime autorizzatorio liberale e liberalizzato nell’accesso alle opere e nella loro utilizzazione, all’interno del Mercato Unico Digitale.

Tutti gli altri casi, anche in presenza di un interesse “altro” della collettività a risultati che presuppongono l’utilizzo di opere e materiali protetti, sono contraddistinti da una marcata protezione dei diritti di proprietà intellettuale. Si assisterebbe, quindi, a un mercato di *commons* in cui le risorse sono scarsamente accessibili e il cui reperimento richiede il rispetto di numerose condizioni, e le cui modalità di accesso aggravano la posizione dei (pochi) beneficiari. Tutte regole, dunque, potenzialmente e fattualmente in contrasto con le esigenze di sviluppo dell’innovazione espresse nelle politiche europee sul dato.

2. L’eccezione di TDM alla luce della interpretazione nella recente giurisprudenza europea sulle libere utilizzazioni. – Il ruolo chiave svolto dalle libere utilizzazioni, per la tutela della libertà di ricerca e per l’incentivazione dello sviluppo dell’industria tecnologica e culturale, emerge sotto due profili: quali istituti a presidio di interessi e diritti fondamentali, per un verso; quali regole che concorrono a definire il perimetro delle facoltà autoriali, per altro verso.

Seguendo questa logica, uno spazio maggiore all’impiego della data analysis come strumento per l’accesso all’informazione potrebbe avvenire per il tramite di un’interpretazione delle libere utilizzazioni in senso ampio, che non vi scorga mere deroghe ai diritti di proprietà intellettuale, secondo l’espressione sovente adottata dalla Corte di giustizia, ma valorizzi la loro dimensione di meccanismi posti a tutela di diritti fondamentali.

È già stata menzionata la prassi della Corte di giustizia di considerare le eccezioni come regole derogatorie, le quali non dovrebbero contrastare in alcun modo l’«alto livello di protezione» dei diritti di proprietà intellettuale³⁹⁹. La stessa Corte, tuttavia, più di recente sembra adottare una posizione opposta, che poggia su una lettura che amplia la portata delle eccezioni, al fine di evitare che la loro efficacia venga messa in pericolo da interpretazioni troppo rigide⁴⁰⁰.

³⁹⁹ V. considerando n. 9, dir. 2001/29.

⁴⁰⁰ Cfr. i casi riuniti Corte giust. UE, 4 ottobre 2011, *Football Association Premier League Ltd et al. c. QC Leisure et al.*, C-403/08 e Corte giust. UE, *Karen Murphy c. Media Protection Services Ltd* (FAPL), C-429/08, §163.

Più in particolare, alcune recenti pronunce hanno avuto il pregio di evidenziare il ruolo delle eccezioni quali istituti nei quali trovano tutela ed espressione diritti e libertà fondamentali.

Nello specifico, la già citata sentenza sul caso *Ulmer*⁴⁰¹ mette in luce come dall'eccezione di cui all'art. 5, par. 3, lett. n), dir. 2001/29, emerga l'importanza della «tutela dell'interesse pubblico connesso alla promozione della ricerca e dell'attività privata di studio, tramite la diffusione del sapere».

Essa, infatti, deve essere interpretata in maniera per cui non è fatto divieto per uno Stato membro concedere alle biblioteche accessibili al pubblico il diritto di digitalizzare le opere contenute nelle proprie collezioni, «qualora tale atto di riproduzione risulti necessario ai fini della messa a disposizione degli utenti di tali opere, su terminali dedicati, nei locali delle istituzioni stesse⁴⁰²».

Ancor più di recente altri provvedimenti muovono in senso analogo⁴⁰³, fino a giungere alle note sentenze della Grande Sezione nei casi *Funke Medien*⁴⁰⁴, *Pelham*⁴⁰⁵, e in *Spiegel Online*⁴⁰⁶.

⁴⁰¹ Corte giust. UE, C-117/13, cit.

⁴⁰² *Ibid.*, parr. 27 e 49.

⁴⁰³ V. *amplius*, sull'evoluzione delle eccezioni e limitazioni, in particolare per quanto attiene all'interpretazione che di esse ne ha dato la Corte di giustizia, C. SGANGA, *A new era for EU copyright exceptions and limitations? Judicial flexibility and legislative discretion in the aftermath of the Directive on Copyright in the Digital Single Market and the trio of the Grand Chamber of the European Court of Justice*, in *ERA Forum*, 2020, p. 311 ss.; C. GEIGER, E. IZYUMENKO, *The constitutionalisation of intellectual property law in the EU and the Funke Medien, Pelham and Spiegel Online decisions of the CJEU: progress, but still some way to go!*, in *IIC*, 2020, p. 282 ss.; J. GRIFFITHS, *European Union copyright law and the Charter of Fundamental Rights – Advocate General Spuznar's Opinions in (C-469/17) Funke Medien, (C-476/17) Pelham GmbH and (C-516/17) Spiegel Online*, in *ERA Forum*, 2019, p. 35 ss.

⁴⁰⁴ Corte giust. UE, 29 luglio 2019, *Funke Medien NRW GmbH c. Bundesrepublik Deutschland*, C-469/17.

⁴⁰⁵ Corte giust. UE, 29 luglio 2019, *Pelham GmbH et al. c. Ralf Hütter e Florian Schneider-Esleben*, C-476/17. Sul provvedimento può rinviarsi a C. Sganga, *Evoluzioni e trasformazioni dei diritti connessi*, cit., p. 175 ss., che ne analizza il valore nel contesto dei diritti connessi, specificamente i diritti del produttore di fonogrammi.

⁴⁰⁶ Corte giust. UE, 29 luglio 2019, *Spiegel Online* contro Volker Beck, C-516/17. Per un commento sulla vicenda, v. T. E. SYNODINOU, *Reflections on the CJEU's judgment in the Spiegel Online case*, in *EIPR*, 2020, p. 129 ss.; T. RENDAS, *Spiegel Online: Do copyright exceptions and fundamental rights make easy bedfellows*, in *JIPLP*, 2018, p. 10 ss.

Tutti e tre i casi hanno avuto a oggetto il rapporto tra i diritti di proprietà intellettuale e altri diritti fondamentali tutelati dall'Unione Europea, la cui protezione è confluita all'interno di specifiche eccezioni.

In *Funke Medien*, in particolare, alla presenza di esclusive autoriali si contrapponevano le libertà di informazione e di stampa, riconosciute, tra gli altri, specificamente dall'art. 11, della Carta di Nizza. Se, per un verso, la Corte ribadisce il divieto per gli Stati membri di introdurre eccezioni e limitazioni al di fuori del novero della normativa europea, specialmente della dir. InfoSoc, per altro verso, essa apre la strada a una interpretazione delle libere utilizzazioni «pienamente conforme ai diritti fondamentali garantiti dalla Carta⁴⁰⁷» (dei diritti fondamentali dell'Unione Europea).

La pronuncia sul caso *Pelham* registra conclusioni simili, specie per quanto attiene alla considerazione delle libertà di manovra dei legislatori nazionali in sede di introduzione di eccezioni, nella valorizzazione dell'interesse della collettività alla libertà delle arti, garantita dall'art. 13, della Carta di Nizza, quale manifestazione della più ampia e già ricordata libertà di espressione⁴⁰⁸.

In *Spiegel Online* la Corte ribadisce il proprio indirizzo interpretativo secondo il quale, in sede di attuazione delle misure di recepimento di una direttiva, i giudici devono interpretare il diritto nazionale conformemente alle direttive, ma soprattutto evitare di fornire interpretazioni dei diritti d'autore in conflitto con diritti fondamentali o principi generali del diritto dell'Unione Europea⁴⁰⁹.

Nel concreto, il diritto della collettività a una pronta e rapida informazione mal si concilia con la sussistenza del necessario consenso dell'autore per la citazione di contenuti informativi giornalistici, la cui fruizione ha ragion d'essere solo se avvenga in un lasso di tempo molto breve dal verificarsi dell'evento.

Di queste pronunce occorre sottolineare la capacità di guardare alle eccezioni e alle limitazioni nella maniera il più possibile rispettosa delle finalità loro sottese. Queste finalità, nello specifico, rivestono «particolare importanza» quando le libere utilizzazioni mirino a garantire libertà fondamentali⁴¹⁰. Pertanto, i diritti fondamentali dell'uomo trovano espressione e tutela proprio nella predisposizione di eccezioni e limitazioni, concorrendo a dar loro forma in senso applicativo⁴¹¹, e altresì confinando le facoltà del titolare dei diritti d'autore.

⁴⁰⁷ *Funke Medien*, cit., parr. 64 e 76.

⁴⁰⁸ *Pelham*, cit., §34.

⁴⁰⁹ *Spiegel Online*, §52.

⁴¹⁰ *Ibid.*, §55.

⁴¹¹ Per un'analisi di questo percorso evolutivo, che arriverebbe a considerare le eccezioni come «users' rights», v. M. BORGHI, *Exceptions as users' rights in EU copyright law*, in *CIPPM/Jean Monnet Working Papers*, 2020,

Da queste decisioni emerge peraltro l'assenza di una regola generale nel sistema autoriale continentale che faciliti l'accesso ai contenuti protetti per finalità di ricerca scientifica, in senso ampio, e nello specifico, per quella attuata tramite le tecniche di data analysis⁴¹², che solo in parte hanno trovato espressa considerazione, come si è visto sopra, nei (forse troppo stretti) limiti dell'art. 3, dir. 2019/790.

Una regola generale – rinvenibile anche solo a livello interpretativo, per mezzo del riconoscimento degli interessi in favore della ricerca scientifica, e dell'accesso all'informazione a essa finalizzato – sembrerebbe richiesta proprio dalle recenti regole sul text and data mining. È stato fatto notare, infatti, come la predisposizione di una clausola di *fair use*, risultante dal combinato disposto degli artt. 5, par. 3, lett. a), e 5, par. 5, dir. 2001/29 – relativi, rispettivamente, all'eccezione per finalità di ricerca scientifica e al *three-step test* –, potrebbe avere l'effetto di “aprire” contenuti altrimenti inaccessibili, sottolineando come il diritto d'autore, in caso contrario, rischierebbe di avere una funzione più di ostacolo che di incentivazione alla ricerca, a differenza di quanto accade per la tutela dell'immateriale in ambito brevettuale⁴¹³.

La recente valorizzazione delle eccezioni e limitazioni da parte della Corte di giustizia, quindi, potrebbe preparare il terreno per la costruzione di una siffatta regola.

A ogni modo, l'auspicata applicazione il più estesa possibile delle eccezioni, in chiave di accesso all'informazione, non andrebbe limitata alle sole eccezioni di TDM, ma andrebbe intesa per tutte le liberalizzazioni che

reperibile al link https://microsites.bournemouth.ac.uk/cippm/files/2020/10/06-2020-MBorghi_Copyright-exceptions-as-users-rights.pdf. Per una ricognizione del rapporto tra diritti fondamentali e libere utilizzazioni nel diritto d'autore, soprattutto alla luce della recente giurisprudenza europea, v. S. JACQUES, *On the wax or wane? The influence of fundamental rights in shaping exceptions and limitations*, in E. ROSATI (a cura di), *Routledge Handbook of EU Copyright Law*, cit., reperibile al link https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4253081.

⁴¹² Cfr. D. SARTI, *Open Access and Legal Exceptions to Copyright*, cit., p. 126 ss.

⁴¹³ Come già ricordato da C. GALLI, *Le libere utilizzazioni: ricerca*, cit., p. 136 ss. L'A. sottolinea l'assenza di analogie tra l'eccezione per finalità di ricerca in ambito autoriale e la *experimental use exception* di cui all'art. 1, della vecchia legge sulle invenzioni, oggi art. 68, del c.p.i. In particolare, la disciplina brevettuale «esclude il carattere contraffattorio» delle attività di ricerca compiute anche a scopi commerciali, «scopi che sono impliciti nell'attività di impresa e quindi anche nelle ricerche condotte nell'ambito di essa, e che d'altra parte, lungi dall'essere incompatibili con il progresso tecnico, ne rappresentano il principale movente in un sistema basato sull'economia di mercato quale è – o, almeno, dovrebbe essere – anche il nostro».

possano coprire l'attività di data analysis, in virtù del già richiamato art. 25, dir. 2019/790 (v. *supra*, cap. I, §5.). In generale, essa dovrebbe operare per tutte le utilizzazioni libere che potrebbero far salve attività computazionali, specialmente se compiute per finalità di ricerca pubblica, ove non ricomprese dagli artt. 3 e 4, della dir. 2019/790.

2.1. (segue) *L'applicabilità del three-step test alle eccezioni di text and data mining quale possibile chiave interpretativa.* – L'art. 7, par. 2, dir. 2019/790, in tema di disposizioni comuni, estende il *three-step test* di cui all'art. 5, par. 5, dir. 2001/29, a tutte le eccezioni e limitazioni del titolo, comprese, appunto, quelle sul text and data mining. La clausola in questione, richiamata più volte nel corso di questa tesi, prevede una possibile ulteriore restrizione dell'applicazione delle eccezioni elencate nella dir. 2001/29, poiché richiede che esse siano applicate «esclusivamente in determinati casi speciali che non siano in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechino ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare⁴¹⁴».

Tale regola viene altresì ricordata al considerando n. 6, della dir. 2019/790, ove si comprende l'intenzione del legislatore di predisporre una simile clausola, nel senso di raggiungere un giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi dei titolari dei diritti, da un lato, e degli utilizzatori, dall'altro⁴¹⁵.

⁴¹⁴ Il test è altresì contenuto nel dettato normativo dell'Accordo TRIPs (art. 13), della Convenzione di Berna (art. 9, par. 2), e agli artt. 10 e 16, rispettivamente, del *WCT* e del *WPPT*.

⁴¹⁵ Sull'applicazione del test, v. per tutti M.R.F. SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations, and the Three-Step Test. An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, Den Haag, 2004, p. 279 ss. V. Anche L. GUIBAULT ET AL., *Study on The Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society*, in *Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-18*, 2012, p. 57 ss.; C. GEIGER ET AL., *Declaration on a balanced interpretation of the Three-Step Test in Copyright Law*, in *IIC*, 2008, pp. 707-712, e susseguente commento di C. GEIGER, J. GRIFFITHS, R.M. HILTY, *Towards a Balanced Interpretation of the 'Three-step test' in Copyright Law*, in *EIPR*, 2008, pp. 489-496; si veda altresì la traduzione italiana di M. RICOLFI, T. MARGONI in *Dir. inf.*, 2009, p. 162 ss.; C. GEIGER, D. GERVAIS, M. SENFTLEBEN, *The Three Step Test Revisited How to Use the Test's Flexibility in National Copyright Law*, in *American University International Law Review*, 2014, pp. 581-626; C. GEIGER, *From Berne to National Law, via the Copyright Directive: The Dangerous Mutations of the Three-Step Test*, in *EIPR*, 2007, p. 486. Sul three step test riferito alle attività di text and data mining v. D. GERVAIS, *Exploring the Interfaces Between Big Data and Intellectual Property Law*, cit., pp. 32-33. Per la dottrina italiana v. di recente, senza pretesa di esaustività F. DI LAZZARO, *Fenomenologia del Three-Step test:*

Di recente, in dottrina, si è negata l'applicazione del *three-step test* all'eccezione di text and data mining, in ragione del richiamo ad esso operato dall'art. 70-sexies, l. aut., al solo caso di applicazione delle misure tecnologiche ex art. 102-quater, l. aut.⁴¹⁶.

Questa prospettazione dipende dal modo in cui si considera il test in parola. Infatti, si giunge a una conclusione opposta a quella appena richiamata, di esclusione delle utilizzazioni ai fini di TDM dall'ambito applicativo del test, nel caso in cui lo si intenda come una regola generale, direttamente applicabile a tutte le libere utilizzazioni⁴¹⁷ (sebbene l'art. 71-nonies, l. aut., norma di chiusura del sistema autoriale italiano sulle libere utilizzazioni, lo limiti alle eccezioni del diritto di messa a disposizione⁴¹⁸).

Nonostante opinioni contrastanti in dottrina sul ruolo e sulla portata della regola, per cui vi sono coloro che la intendono come rivolta al solo legislatore nel momento di attuazione e introduzione di singole eccezioni⁴¹⁹,

evoluzione sistematica dell'istituto, approfondimenti del rapporto con le eccezioni e limitazioni nei sistemi "chiusi", cenni comparativi con il Fair use e valutazioni sull'applicazione di sistemi complementari, in *Dir. aut.*, 2019, p. 47 ss.; N. ABRIANI, *Le utilizzazioni libere nella società dell'informazione*, cit., p. 110 ss.; M. BERTANI, *Diritto d'autore e connessi*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *La proprietà intellettuale*, nel *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea* diretto da Ajani e Benacchio, vol. XII, Torino, 2011, p. 341; A. OTTOLIA, *The Public Interest and Intellectual Property Models*, cit., p. 187 ss.

⁴¹⁶ V. A. OTTOLIA, *L'opt out commons nella nuova disciplina del data mining*, in *Il diritto d'autore nel mercato unico digitale* a cura di Cogo, *Giur. it.*, 2022, p. 1258. Per l'A. questa interpretazione eviterebbe di considerare l'art. 70-sexies come una mera ridondanza normativa, e giustificherebbe la volontà del legislatore di «sottrarre l'eccezione di data mining al *three-step test* fatti salvi i casi di un suo espresso richiamo puntuale».

⁴¹⁷ Così M. BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, cit., p. 226. Si vedano, altresì, le conclusioni dell'avvocato generale Jaaskinen del 10 marzo 2011 nella causa C-462/09, *Opus supplies*; nonché, per la giurisprudenza italiana, Trib. Milano, 1° luglio 2009, in *AIDA*, 2010, p. 1360. Ma v. *contra*, F. DILAZZARO, *op. cit.*, p. 53, per cui il test «è la guida dei legislatori nell'introduzione di "sospensioni ai diritti degli autori"».

⁴¹⁸ «Le eccezioni e limitazioni disciplinate dal presente capo e da ogni altra disposizione della presente legge, quando sono applicate ad opere o ad altri materiali protetti messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelto individualmente, non devono essere in contrasto con lo sfruttamento normale delle opere o degli altri materiali, né arrecare un ingiustificato pregiudizio agli interessi dei titolari».

⁴¹⁹ V. A. OTTOLIA, *op. ult. cit.*, p. 1257, che considera il test come una «clausola generale tipizzata» la cui valenza «muta significativamente sulla base della fonte normativa che ne impone il rispetto o del contesto in cui questa è inserita»;

paiono più convincenti le argomentazioni di coloro che la intendono come norma rivolta anche alle singole autorità giudiziarie⁴²⁰.

Questa lettura, infatti, si fonda sulle pronunce della Corte di giustizia: se è vero che il test non va inteso come una clausola di *fair use*⁴²¹ e che non è deputato a estendere la portata delle eccezioni e delle limitazioni della dir. InfoSoc⁴²² (oltre alla già ricordata interpretazione in senso stretto⁴²³), esso si presenta come una regola di interpretazione di tutte le eccezioni e limitazioni della direttiva sul diritto d'autore nella società dell'informazione⁴²⁴.

Se anche non si volesse estendere il test a ogni libera utilizzazione introdotta dai singoli legislatori nazionali, sembra comunque difficile ritenere che esso non sia applicabile alle eccezioni di TDM.

Queste, infatti, si inseriscono nelle regole sul Mercato Unico Digitale e rappresentano un *continuum* della volontà dell'UE in tema di libere utilizzazioni avviate nella dir. InfoSoc, giacché l'ultima direttiva è semplicemente il risultato della necessità di adeguamento della legislazione alle esigenze delle moderne tecnologie, come documenta la rubrica del Titolo II, nel quale sono contenute le eccezioni in commento, intitolata «misure

l'art. 5, par. 5, della dir. InfoSoc, si rivolgerebbe, pertanto, al legislatore, mentre l'art. 71-*nonies* direttamente all'interprete. Cfr. anche W. CORNISH ET AL., *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 2013, London, §12.37.

⁴²⁰ V. E. ROSATI, *Copyright in the Digital Single Market*, cit., pp. 56 e 88, che ritiene il test applicabile a entrambe le eccezioni di TDM, sia in fase di attuazione da parte degli Stati membri (sarebbe quindi un obbligo per ciascuno Stato) sia in fase di applicazione da parte dei giudici nazionali. Favorevoli all'applicazione del test alle eccezioni in commento anche R. DUCATO, A. STROWEL, *op. ult. cit.*, p. 329, sebbene lo considerino come un possibile limite all'attività di TDM alla stregua delle interpretazioni che ne sono state fornite. Più approfonditamente sul tema dei "destinatari" del *three step test*, v. R. ARNLOD, E. ROSATI, *Are national courts the addressees of the InfoSoc three-step test?*, in *JIPLP*, 2015, p. 741 ss.

⁴²¹ Corte giust. UE, 10 aprile 2014, *ACI Adam BV e a. contro Stichting de ThuisKopie e Stichting Onderhandeligen ThuisKopie vergoeding*, C-435/12, §26.

⁴²² Corte giust. UE, 29 luglio 2019, *Spiegel Online GmbH c, Volker Beck*, C-516/17, §79; *Ulmer*, C-117/13, cit., §47.

⁴²³ Conformemente a Corte giust. CE, 26 ottobre 2006, Commissione c. Spagna, C-36/05, §31.

⁴²⁴ Cfr. E. ROSATI, *Copyright in the Digital Single Market*, cit., pp. 56 e 88, che richiama Corte giust. UE, *Infopaq*, cit., §58; Corte giust. UE, 27 febbraio 2014, *OSA contro Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s.*, C-351/12, §40; Corte giust. UE, *Ulmer*, cit., §47; Corte giust. UE, 27 aprile 2017, *Stichting Brein contro Jack Frederik Wullems («Filmspeler»)*, C-527/15, §63.

miranti ad adeguare le eccezioni e le limitazioni all'ambiente digitale e al contesto transfrontaliero».

Le disposizioni che introducono le liberalizzazioni in materia di TDM non fanno parte di un atto legislativo isolato, ma vanno inquadrare e inserite nel contesto della società dell'informazione, in un'ottica che mira all'armonizzazione del diritto d'autore europeo e che dovrebbe cercare di non aggravare il compito di interpretazione dei giudici nazionali. Ciò viene ulteriormente confermato dai considerando nn. 4, 5, e 7 della dir. 2019/790, in quanto quest'ultima si basa sulle (e integra, in particolare, le) direttive Database, (specialmente) InfoSoc e Software.

Questa visione sistematica consiglierebbe di considerare il *three-step test* come una regola che trova applicazione anche in questo caso.

In particolare, un risultato più liberale del regime delle eccezioni di TDM potrebbe emergere, a modello di un'interpretazione conforme al recente percorso evolutivo della Corte di giustizia, dal terzo elemento del test – ancorché esso vada considerato come *step* di un procedimento interpretativo unico⁴²⁵ –, il quale richiede che l'eccezione non arrechi ingiustificato pregiudizio agli interessi dei titolari. Potrebbe così valorizzarsi l'assenza di un rapporto competitivo tra l'attività economica di investimento sull'opera "target" e l'attività di analisi di dati, specie se quest'ultima è ancorata a interessi di carattere pubblicitario, come il diritto alla ricerca o all'informazione. Ciò permetterebbe di ritenere consentite analisi computazionali in situazioni altrimenti ipotizzabili come illecite⁴²⁶.

2.2. *Uno sguardo oltreoceano: spunti sulla legittimità della data analysis per fair use.* – L'ipotizzato impiego del *three-step test*, volto a legittimare la data analysis, induce a un richiamo alla sorte che le estrazioni di testo e dati hanno trovato nel sistema statunitense, per effetto della clausola del *Copyright Act* sul *fair use*, che consente l'utilizzo di opere dell'ingegno sulla base di quattro fattori: lo scopo; la natura dell'opera; la proporzionalità, nel senso di parte quantitativa e qualitativa dell'opera utilizzata; gli effetti sul mercato⁴²⁷.

⁴²⁵ In questo senso, C. GEIGER ET AL., *Towards a balanced interpretation of the "three-step test"*, cit., pp. 489-496.

⁴²⁶ Per una simile considerazione del terzo elemento del test, v. C. GEIGER, *Copyright as an access right*, cit., p. 32 ss.

⁴²⁷ Cfr. 17 U.S. Code § 107 del Copyright Act del 1976: «Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include

Una simile clausola ha il pregio di raccogliere al suo interno una serie di condizioni non tassativamente specificate, come avviene nel caso della rigidità del sistema europeo tra eccezioni e limitazioni. La questione di base, tuttavia, è la stessa che attiene agli ordinamenti continentali, ossia come perseguire la promozione delle arti e della scienza⁴²⁸ nel continuo bilanciamento tra interessi contrapposti: da un lato «the interests of authors and inventors in the control and exploitation of their writings and discoveries» e dall'altro lato, «society's competing interest in the free flow of ideas, information, and commerce⁴²⁹».

Siffatto sistema, tramite la clausola ricordata, ha permesso alle corti americane di liberalizzare in chiave computazionale determinati usi delle opere dell'ingegno, in particolare, nei casi *Authors Guild, Inc. v. HathiTrust*⁴³⁰ e *Authors Guild v. Google, Inc.*⁴³¹, quest'ultima vicenda conclusasi con il *writ of certiorari* respinto dalla Corte Suprema⁴³².

Entrambe le questioni⁴³³ riguardavano il possibile *copyright infringement* di sistematiche attività di digitalizzazione: nel primo dei casi citati la *Authors Guild* aveva chiesto una pronuncia di illiceità delle

— (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes; (2) the nature of the copyrighted work; (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work. The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors. Sul tema, per la letteratura americana, v., tra tutti, P. LEVAL, *Toward a Fair Use Standard*, in *Harvard Law Review*, 1990, p. 1105 ss.

⁴²⁸ Per usare le parole della cd. *copyright clause* della Costituzione degli Stati Uniti d'America (*section 8, article I*): «The Congress shall have the power to promote the progress of science and useful arts by securing for limited times to authors [...] the exclusive right to their respective writings».

⁴²⁹ Corte Suprema nel caso *Harper & Row Publishers, Inc. c. Nation Enters*, 471 U.S. 539, 580, 1985, che cita *Sony Corp. of Am. c. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 429, 1984.

⁴³⁰ *Authors Guild, Inc. c. HathiTrust*, 755 F.3d 87 (2d Cir. 2014).

⁴³¹ *The Authors Guild Inc., et al., c. Google, Inc.*, del 14 novembre 2013 (SDNY); decisa in appello il 15 ottobre 2016 dal 2nd Circuit (*Authors Guild, Inc. v. Google, Inc.*, 804 F.3d 202 (2d Cir. 2015)). Più approfonditamente sul punto cfr. G. CODIGLIONE, *Fair use e funzioni del copyright: uso trasformativo non autorizzato ed incentivo alla conoscenza e alla creatività nel caso "Google Books"*, in *Dir. inf.*, 2016, p. 196 ss.

⁴³² *Authors Guild c. Google, Inc.*, 136 S. Ct. 1658 (2016).

⁴³³ Per un'analisi più approfondita v. M. SAG, *The New Legal Landscape for Text Mining and Machine Learning*, in *J. Copyright Soc'y of the U.S.A.*, 2019, p. 291 ss.

riproduzioni compiute da biblioteche universitarie che avevano digitalizzato i propri libri al fine di permetterne ricerche in comune dei loro contenuti; nel secondo, sempre la *Authors Guild* lamentava, anche qui, l'illecita digitalizzazione delle proprie opere letterarie compiuta da Google in larga scala, chiaramente senza che l'impresa godesse di diritti di utilizzazione economica sulle opere.

In particolare, in *Google Books* emergevano alcune funzioni legate alla data analysis, che ne sottolineavano la rilevanza rispetto al diritto d'autore. Giova ribadire quanto si è già evidenziato, che l'intero scopo dell'utilizzo di algoritmi di analisi «is to generate valuable information about a work or a set of works that is different from what is expressed by the works⁴³⁴».

Particolarmente rilevante, ai fini della integrazione del *fair use* in tutti i casi citati, è stata la qualificazione delle attività di digitalizzazione come «trasformativa». Infatti, se si analizza il requisito primario per l'applicazione del *fair use*, ossia quello dello scopo, diventa fondamentale capire se l'utilizzazione aggiunge «something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning, or message⁴³⁵».

Nelle sentenze i giudici hanno ritenuto l'attività di digitalizzazione dell'opera intera (*rectius*: di tutte le opere letterarie nella loro integrità) come «transformative in the sense that it has transformed book text into data for purposes of substantive research, including data mining and text mining in new areas, thereby opening up new fields of research» e che «words in books are being used in a way they have not been used before».

La salvezza delle attività di Google, quindi, dipende dall'ottenimento, nel passaggio dall'analogico al digitale, di un nuovo valore utilitaristico delle parole di un libro, poiché tale trasformazione consente la conduzione di analisi computazionale sui contenuti informativi.

È da rilevare come anche se l'"espressione" dell'opera possa essersi trasformata, le digitalizzazioni compiute, a ben vedere, e senza troppa fatica interpretativa, sono in realtà il risultato di una «pura e semplice riproduzione⁴³⁶». Tuttavia, la digitalizzazione avvenuta col precipuo fine di consentire l'operatività di attività di text and data mining è per i giudici americani un uso legittimo, in quanto trasformativa del valore delle opere.

Potrebbe apparire quasi paradossale la salvezza dell'attività di Google ponendosi di fronte al requisito della proporzionalità, visto il numero

⁴³⁴ Così M. SAG, *op. cit.*, p. 316, i corsivi sono dell'Autore. L'A. cita l'esempio dello strumento di Google, *Ngram*, attraverso il quale è possibile ricavare determinate informazioni: *Ngram* è in grado di generare una tabella nella quale, ad esempio, vengono in rilievo gli utilizzi dei termini "are" e "is", in riferimento agli Stati Uniti, dal 1790 al 1900, attraverso l'analisi dei libri digitalizzati da Google.

⁴³⁵ Così la Corte Suprema americana in *Campbell*, 510 U.S. at 579.

⁴³⁶ Così G. ROSSI, *Opere dell'ingegno come dati*, cit., p. 240.

quantitativamente elevato delle opere digitalizzate (per certi versi definibile digitalizzazione “di massa”). L’attività risulta comunque giustificata, secondo i giudici, poiché da un punto di vista qualitativo «not only is the copying of the totality of the original reasonably appropriate to Google’s transformative purpose, it is literally necessary to achieve that purpose», ma, altresì, «if Google copied less than the totality of the originals, its search function could not advise searchers reliably whether their searched term appears in a book (or how many times)». Risulta quindi, *a contrario*, che se Google avesse compiuto una trasformazione in digitale solo di parte delle opere sarebbe incorsa in un illecito, mentre la riproduzione nella sua interezza è stata considerata necessaria. E ciò proprio per la sussistenza di una funzione computazionale quale strumento per un risultato aggiunto e trasformativo, efficace solo se svolta sull’integrità delle singole opere.

Infine, i possibili effetti anti-competitivi sul mercato della digitalizzazione, a danno dei titolari dei diritti, alla stregua del quarto requisito del *fair use*, non sono stati considerati sussistenti, giacché la capacità trasformativa dell’uso realizzato da Google ha impedito di considerare la copia digitale come un surrogato dell’originale, poiché essa svolge una funzione diversa, non rappresentandone, pertanto, una semplice copia⁴³⁷.

Si ripropongono qui le considerazioni relative al requisito dell’accessorietà, ai fini della salvezza della riproduzione temporanea, e al normale impiego del contenuto di una banca dati. Le corti statunitensi si sono mostrate uniformi nell’ascrivere gli output delle attività di digitalizzazione, nei casi concreti, a nuove utilizzazioni delle opere che non entrano in conflitto con l’input che le ha originate.

Quanto stabilito dai giudici in *Google Books* è ancor più espressione di questa visione: ciò che sembrerebbe avere carattere trasformativo, e che dunque merita di essere liberamente ammesso per *fair use*, non è l’attività di text and data mining in sé (che è ipotizzabile pensare libera, poiché nel più sta il meno), ma la stessa attività di digitalizzazione *finalizzata alla possibilità di condurre la data analysis* sulle opere.

Queste decisioni, che non risolvono tutte le incertezze giuridiche sulla liceità del text and data mining neppure in quel sistema⁴³⁸, veicolano tuttavia il messaggio per cui il copyright non dovrebbe escludere un utilizzo del contenuto dell’opera che abbia carattere trasformativo, e che vada a incidere non sull’espressione stessa (financo copiandola integralmente in

⁴³⁷ «Lost licensing revenue counts under Factor Four only when the use serves as a substitute for the original and the full-text-search use does not».

⁴³⁸ Sulla legalità del TDM negli USA, v. M. W. CARROLL, *Copyright and the progress of science*, cit., p. 893 ss. Sul fatto che le sentenze di cui *supra* non abbiano definitivamente deciso nel senso della liceità, v. E. ROSATI, *Copyright as an obstacle or an enabler? A European perspective on text and data mining and its role in the development of AI creativity*, in *Asia Pacific Law Review*, 2019, p. 211.

forma digitale), ma sull'informazione e sul contenuto, che non sono elementi coperti dalla tutela autoriale.

3. *L'estraneità dei diritti di estrazione, riproduzione ed elaborazione alla data analysis.* – Il rischio di una infruttuosa (ancorché auspicata e promossa) capacità liberalizzante delle eccezioni ai fini dell'estrazione di testo e dati suggerisce di interrogarsi sugli elementi che l'ordinamento offre per ovviare a un regime che, se interpretato in maniera troppo rigida, rischia di vanificare le finalità perseguite dal legislatore.

Anche in ragione di un certo attivismo del legislatore europeo nel delineare uno “statuto circolatorio” del dato, un'interpretazione che riconduca la data analysis ai canoni generali del diritto d'autore potrebbe avere il pregio di calare le regole relative alle eccezioni di text and data mining nel quadro della proprietà intellettuale, proponendone una lettura più funzionale all'accesso all'informazione in chiave computazionale, o quantomeno che limiti forme di appropriazione del mero dato per mezzo delle esclusive autoriali.

Pertanto, tenendo conto delle osservazioni svolte nei paragrafi precedenti, sembra di interesse la ricerca di meccanismi di accesso ai dati e alle informazioni protetti che consentano un maggiore sviluppo di risultati innovativi, nella misura in cui questi ultimi rappresentino “prodotti” non in concorrenza con le opere protette da cui originano, quale criterio emerso nel contesto del *fair use* e che potrebbe affiorare dalla possibile applicazione del *three-step test*.

Una ricerca, in questo senso, da condurre spostando lo sguardo alle facoltà di cui è titolare l'autore, per le quali si è già osservato un generale intervento ampliativo della giurisprudenza europea. Tuttavia, si è già riscontrata una loro interpretazione più liberale, emersa solo negli ultimi anni (cfr. *supra*, cap. II, §2.2).

In tale ultima direzione, infatti, sembrano muoversi alcune recenti pronunce della Corte di giustizia, come nel caso *CV-Online*, che delimita il concetto di estrazione e/o reimpiego di parti non sostanziali di una banca dati. Da essa emerge non solo la liceità in sé di un'attività di trasformazione del contenuto di una banca dati, ma altresì la correlazione di tale libertà all'assenza di concorrenzialità tra l'attività rivolta alla produzione di conoscenza incrementale – che svolge una funzione diversa da quella assolta dalla banca dati da cui origina – e l'attività del costituente.

Analogo risultato si avrebbe per effetto dell'assunzione di un concetto di riproduzione che non si estenda a ricomprendere i risultati di procedimenti di analisi computazionale che non replicano il nucleo protetto dell'opera. Spunti in questo senso si traggono dalla sentenza della Corte di giustizia nel caso *Pelham*⁴³⁹, per la quale non è illecita la riproduzione

⁴³⁹ Corte giust. UE, *Pelham*, cit.

dell'opera musicale tramite sampling, a condizione che la parte dell'opera musicale di riferimento sia «inclusa *in forma modificata* e non riconoscibile all'ascolto» (corsivi aggiunti).

Il tema è oggetto di un dibattito che è risultato di particolare interesse anche per la giurisprudenza italiana, per le opere dell'ingegno musicali e il loro plagio⁴⁴⁰, riconoscendosi come tale la violazione del diritto di riproduzione⁴⁴¹, sulla base dell'art. 2, n. 2, l. aut., che nel prevedere la tutela delle opere musicali la estende anche alle variazioni consistenti di per sé in opere originali⁴⁴².

Dalla disposizione appena segnalata la dottrina ha tratto una regola generale sull'autonomia delle “variazioni” originali di qualsiasi opera, che ha trovato applicazioni anche in ordine all'appartenenza (e alle elaborazioni) del software⁴⁴³.

⁴⁴⁰ Cfr. Cass. 19 febbraio 2015, n. 3340, in *Giur. it.*, 2016, p. 106 ss., con nota di A. COGO, *Il plagio d'opera musicale tra identità del testo e diversità del contesto*; in *Foro it.*, 2015, I, p. 2031 ss., con nota di G. CASABURI; in *Dir. ind.*, 2015, p. 342 ss., con altra nota di G. CASABURI, *La Cassazione chiude il caso Zingara, tra diritto, estetica marxista e letteratura*; in *Riv. dir. ind.*, 2015, II, p. 270 ss., con nota di S. PARRELLO, *Osservazioni in tema di plagio musicale. Il caso “Zingara”*; in *Dir. aut.*, 2015, p. 384 ss., con nota di A. BARNI, *Una sentenza storica: i principi relativi all'aspetto semantico della poesia possono escludere il plagio*. Per un'evoluzione del concetto di plagio, in generale riferibile a tutte le opere, v. Cass., 26 gennaio 2018, n. 2039, in *AIDA*, 2018, p. 587 ss., sul cui commento critico cfr. M. S. SPOLIDORO, *I criteri di accertamento del plagio nel diritto d'autore*, in *Riv. dir. ind.*, 2019, p. 580 ss. Il tema ha avuto particolari risvolti anche per quanto attiene alla tutela del personaggio di fantasia, per cui v. Cass., 6 giugno 2018, n. 14635, in *Riv. dir. ind.*, 2019, II, 57 e ss., con nota di V. TORTI, *Personaggi di fantasia tra plagio e contraffazioni*. Sulla questione v. già M. BERTANI, *Diritto d'autore e personaggi di fantasia*, in *AIDA*, 2003, p. 919 ss., nota a Trib. Milano, 27 maggio 2002.

⁴⁴¹ Per la ricostruzione della distinzione tra plagio, riferibile alla violazione dei diritti morali, e contraffazione, inerente alla violazione dei diritti patrimoniali d'autore, v. A. MUSSO, *Diritto d'autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja, Branca, Bologna-Roma, 2008, p. 262 ss.

⁴⁴² Più specificamente sulle variazioni musicali, v. P. SPADA, *Variazioni sul tema del plagio musicale*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, p. 1 ss. Per spunti interpretativi e applicativi nel contesto della musica jazz, v. G. MARI, *Improvvisazioni d'autore*, in *Dir. aut.*, 2007, p. 549 ss.

⁴⁴³ Cfr. E. LOFFREDO, *Appartenenza del software e open source*, cit., p. 85, che ritiene ricavabile un principio di carattere generale dalla legge in tema di variazioni musicali. Per una valutazione in senso di omogeneità tra opere musicali e software, già A. MUSSO, *Elaborazioni creative del software e programmi derivati*,

Al di là delle specificità che da questo punto di vista presentano le diverse tipologie di opere dell'ingegno, e quindi della possibile estensione di principi affermati per opere musicali, la soluzione adottata dalla Corte di giustizia, incentrata sulla modificazione e non riconoscibilità dell'opera nel risultato, potrebbe portare a non qualificare l'output dell'analisi computazionale come riproduzione illecita, nella misura in cui esso esprima un contenuto che diverga sensibilmente dal contenuto originario protetto.

Tale interpretazione valorizzerebbe la capacità trasformativa della data analysis, e forse risulterebbe coerente anche (e specificamente) con accreditate soluzioni in tema di riserva di elaborazione e autonomia dei risultati.

Va al riguardo dato atto del dibattito già da tempo al centro della discussione dottrinale, inerente sia alla distinzione tra i diritti di elaborazione e di riproduzione⁴⁴⁴, sia ai confini tra elaborazione creativa non autonomamente tutelabile ed elaborazione trasformativa, autonoma nella sua forma espressiva e nelle regole di appartenenza e dei diritti di utilizzazione economica.

Per quanto attiene alla prima questione, per alcuni le attività di riproduzione riservate sono soltanto quelle che comportano la creazione di esemplari identici dell'opera riprodotta, mentre sono elaborazioni tutte le modificazioni della forma espressiva dell'opera, indipendentemente dal fatto che il risultato finale abbia o no carattere creativo⁴⁴⁵.

Significativa, a questo riguardo, la lettura per la quale la "forma espressiva", che identifica il nucleo protetto dell'opera dell'ingegno, consisterebbe in qualsiasi «sequenza di *signi* scelti e disposti in modo tale da esprimere un significato appartenente ad una delle sfere del sapere umano⁴⁴⁶» (corsivo aggiunto), in modo non necessitato o banale, che ricadrebbe nel disposto di cui all'art. 1, l. aut.

Di conseguenza, dipenderebbero dall'esclusiva "originaria" tutte quelle entità che sorgono dalla riproposizione di dette "sequenze di segni",

in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *La legge sul software. Commentario sistematico*, cit., p. 62 ss.

⁴⁴⁴ Sul dibattito, v. P. GALLI, *Sub art. 13 l. aut.*, in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve*, cit., p. 1715.

⁴⁴⁵ Cfr. per indicazioni P. GALLI, *op. ult. cit.*, p. 1715. *Contra* già E. PIOLA CASELLI, *Codice del diritto d'autore*, cit., p. 289. V. anche G. GUGLIELMETTI, *Riproduzione e riproduzione temporanea*, cit., p. 12, per il quale «si intende per riproduzione non solo la copia identica ma anche quella effettuata con variazioni insignificanti che lascino sostanzialmente inalterata l'opera. Nel caso di elaborazioni che diano a luogo a un'opera derivata viene invece in considerazione il diritto di elaborazione *ex art. 4 e 18 l.a.*».

⁴⁴⁶ Così M. BERTANI, *Open source ed elaborazione di software proprietario*, cit., p. 119.

quando sia manifesta l'appartenenza delle sequenze elaborate alla forma espressiva d'origine; al contrario, laddove la riproposizione delle "sequenze" che formano l'opera originale si trasformi in un risultato che non riflette in alcun modo la forma espressiva di quest'ultima, esso non dovrebbe rientrare nell'ambito della tutela autoriale attribuita all'opera originale⁴⁴⁷.

Queste affermazioni vanno rapportate alla funzione della data analysis, specificamente se si considera tutto il processo computazionale, che non è incentrato a riproporre (nell'output) le sequenze di segni contenute in un'opera o in materiali protetti, bensì a proporre un nuovo (e diverso) significato ricavato dal carattere informativo di dette sequenze.

È vero che tale attività prevede di necessità la riproduzione (di parti) delle opere o materiali al fine di elaborarli e ricavarne ulteriori informazioni. Tecnicamente, però, non vi è alcun riflesso finale, nel suo risultato, del tratto comunicativo-espressivo originario dell'opera⁴⁴⁸.

Se anche non si volesse aderire alla lettura offerta dalle Corti statunitensi, per la quale l'attività di digitalizzazione delle opere è una fase prodromica per l'operabilità della data analysis sulle opere "trasformate", valutando il text and data mining in sé (nella totalità delle sue fasi), esso non parrebbe sussumibile né all'interno della fattispecie della riproduzione, né in quella di elaborazione. Nonostante alcune sue fasi, tendenzialmente in via necessitata, riproducano l'opera o materiali (o loro porzioni), tali riproduzioni, tuttavia, non assumono rilevanza in sé stesse.

Il che porta a considerare la seconda delle questioni prima sollevate, inerente all'autonomia delle opere derivate. Le attività in cui consiste il nucleo principale del text and data mining rilevano algoritmicamente pattern, trend e correlazioni. Tutti questi dati sono ricavati dalle informazioni "strutturali" interne alle "sequenze di segni" (quali forme espressive creative, o comunque protette da diritti connessi), attraverso un apporto trasformativo

⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 120: tale definizione escluderebbe «dall'area del copyrightable gli elementi "strutturali", quanto meno in parte qua non siano riflessi direttamente nella forma esteriore dell'opera elaborata».

⁴⁴⁸ Si veda M. BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, cit., pp. 107-108, il quale trae una simile conclusione, in generale, dal principio ordinatore dell'inappropriabilità autoriale dell'idea e delle informazioni. Per l'A., sono libere le riproduzioni, le comunicazioni e la messa a disposizione del pubblico di idee ed informazioni che siano rivestite di nuova forma espressiva. Questo anche quando «al tempo della creazione di quest'opera le idee e le informazioni ivi contenute (per essere state fino ad allora sconosciute) avessero carattere innovativo», in considerazione di un sistema «più generale che prevede di escludere l'applicabilità delle tecniche di appropriazione della proprietà intellettuale a tutto il sapere meramente teorico (o *rectius*: a tutte le idee ed informazioni che per essere prive di diretta applicabilità industriale risultino emarginate dall'area del brevettabile)».

tale che sarebbe quasi impossibile *ex post* individuare la fonte dell'analisi, né prevedere *ex ante* quali possano essere gli output producibili.

La questione riguarda il rapporto tra il diritto di riproduzione e il diritto di elaborazione, per il quale una elaborazione confligge con gli interessi dell'autore solo quando essa riprenda la forma espressiva dell'opera d'origine, ancorché solo in parte. Da ciò deriverebbe che «ogni elaborazione comporta necessariamente (anche) la riproduzione parziale (della forma) dell'opera⁴⁴⁹». La data analysis, sotto questo punto di vista, è elaborazione dell'opera (e comprende al suo interno atti di riproduzione parziale della forma), ma è un'"elaborazione" la cui legittimità dovrebbe essere indipendente dal consenso dell'autore dell'opera originaria, ancorché essa non produca risultati autonomamente qualificabili come opere dell'ingegno (anzi, questo aspetto sembrerebbe fortificare la sussistenza di una "distanza semantica" tra opera e output dell'analisi).

Infatti, restringendo la visuale, il tema non sembra lontano da quello che concerne, ad esempio, sebbene secondo altre prospettive, le regole di appartenenza del software elaborato per effetto di licenze open source. In questa chiave di lettura, il risultato della data analysis pare avvicicabile a quelle situazioni nelle quali i risultati finali eccedono la "sufficiente creatività", e in cui «va perduta la riconoscibilità/identità del codice originario», per cui è ipotizzabile una loro «attribuzione "forte", in altri termini esclusiva, a colui che ha prodotto quel risultato⁴⁵⁰».

Così, appare decisiva la considerazione per cui da un effetto elaborativo "forte", in grado di mutare profondamente l'identità dell'opera, discenderebbe una sicura appartenenza dei risultati a chi ha determinato tale effetto elaborativo⁴⁵¹.

In questi termini sembra possibile ricavare una funzione della data analysis elaborativa del (solo) contenuto dell'opera dell'ingegno, non solo legittimando l'autonomia e la riconducibilità del risultato a chi ha condotto l'analisi computazionale, da cui il corollario – per quanto qui interessa – della

⁴⁴⁹ Così M. BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, cit., p. 166, argomentando l'applicazione del diritto di elaborazione a tutte le opere dell'ingegno, nonostante il diritto europeo riservi espressamente questa facoltà solo nel caso dei programmi per elaboratore e delle banche dati.

⁴⁵⁰ Cfr. E. LOFFREDO, *op. ult. cit.*, p. 84, che considera l'ipotesi all'estremo opposto rispetto a quella in cui il software derivato presenti degli interventi di mero livello correttivo, per l'autore dei quali non andrebbe riconosciuta alcuna tutela sul risultato, avendo egli prestato uno sforzo creativo non adeguato.

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 85: «è da escludersi che il risultato finale possa essere riferito congiuntamente ai due "creatori", più di quanto non sia possibile farlo nelle opere di autori diversi che attingono ad un comune motivo di ispirazione o che appartengono a uno stesso movimento o corrente».

irrilevanza dell'autorizzazione dell'autore dell'opera originaria per la produzione e utilizzazione economica di tale output "elaborativo".

L'autonomia dei risultati della data analysis rispetto alle opere analizzate andrebbe pertanto valorizzata in funzione di tutti gli aspetti di cui si è rilevata l'importanza: quello dell'assenza di competitività tra l'attività di chi produce una determinata opera e quella di chi compie analisi computazionali sulla stessa, accentuando in questo modo anche la rilevanza dell'ultimo passaggio del *three-step test*; quello della presenza di un gradiente elaborativo significativo rispetto all'identità dell'opera originale; infine, quello attinente alla conseguente distanza tra la "sequenza di segni" che caratterizza la protezione dell'opera d'origine e la forma espressa dall'output (indipendentemente dalla sua qualificazione quale autonoma opera dell'ingegno), manifestata dal carattere «trasformativo» dell'opera.

4. *Uno sguardo al contesto britannico e proposte di riforma.* – Di recente, il Governo del Regno Unito ha avviato una consultazione su alcuni temi legati alla proprietà intellettuale, al fine di innovare la disciplina settoriale, non più vincolata dall'armonizzazione europea a seguito della Brexit⁴⁵².

In particolare, le consultazioni hanno avuto a oggetto i rapporti tra la proprietà intellettuale e l'intelligenza artificiale, con l'intento di risolvere tre questioni specifiche: l'eventuale introduzione di una protezione dei cosiddetti *computer-generated works*; la protezione brevettuale di invenzioni ottenute mediante l'ausilio dell'intelligenza artificiale; e, specificamente per quanto qui interessa, come disciplinare il text and data mining, «which is often significant in AI use and development».

Il punto di partenza della legislazione era (ed è attualmente) la già richiamata eccezione di cui alla *Section 29A* del *Copyright, Designs and Patents Act* del 1988. Essa è tuttavia limitata alla ricerca non commerciale, per via del necessario adeguamento alla direttiva InfoSoc.

Dalle conclusioni emerse dalla consultazione, di cui si dirà nel paragrafo che segue, possono trarsi elementi utili nella prospettiva di una possibile riforma che recuperi quel divario di cui si è detto, tra il sistema UE e gli altri ordinamenti.

4.1. (segue) *L'orientamento del governo inglese per una nuova eccezione di text and data mining "for any purpose": un modello per la*

⁴⁵² Cfr. *Consultation outcome on Artificial Intelligence and Intellectual Property: copyright and patents. Government response to consultation*, ultimo aggiornamento del 28 giugno 2022, reperibile al link <https://www.gov.uk/government/consultations/artificial-intelligence-and-ip-copyright-and-patents/outcome/artificial-intelligence-and-intellectual-property-copyright-and-patents-government-response-to-consultation>.

riforma della legislazione europea? – Il Governo del Regno Unito ha dato seguito alle consultazioni, avendo due principi fondamentali da tenere in considerazione: «the first is to encourage innovation in AI technology and promote its use for the public good», «the second is to preserve the central role of intellectual property in promoting human creativity and innovation⁴⁵³». In sostanza, si ripresenta la dicotomia tra interessi legati allo sfruttamento della proprietà intellettuale e interessi a un più ampio accesso alle informazioni.

La soluzione adottata per la data analysis è stata scelta tra quattro diverse opzioni, a partire da quella di non modificare la normativa vigente, fino all'introduzione di una nuova eccezione, passando per l'incentivazione di accordi di licenza.

Il Governo, in conclusione, ha deciso di introdurre una nuova eccezione al copyright (e ai diritti sulle banche dati) che liberalizza il TDM «*for any purpose*». Tale scelta avrebbe il pregio di creare benefici per un'ampia platea: «researchers, AI developers, small businesses, cultural heritage institutions, journalists, and engaged citizens». Sostanzialmente, viene predisposto un coinvolgimento della comunità tutta nella possibilità di condurre la data analysis, con possibili risvolti pratici evidenti, «for example, by supporting research and innovation in public health».

Allo stesso tempo, la tutela della proprietà intellettuale verrebbe comunque garantita dal requisito dell'accesso legale: i titolari dei diritti, infatti, «can choose the platform where they make their works available, including charging for access via subscription or single charge», potendo altresì assicurare «the integrity and security of their systems».

La soluzione del Governo britannico si pone in evidente contrasto con quella europea. La prima non propone alcuna distinzione tra attività di ricerca scientifica e attività meramente commerciale, né l'utilizzazione viene subordinata a requisiti specifici, salvo l'accesso legittimo ai contenuti protetti.

Al contrario, essa manifesta una portata liberalizzante per qualsiasi soggetto, che sposa maggiormente il principio per il quale *the right to read is the right to mine*. La legittimità della “lettura” di un'opera coincide con la medesima legittimità di “estrazione” di informazioni dall'opera stessa.

Chiunque sia titolare di una banca dati o di un'opera dell'ingegno, infatti, vede comunque garantita la proprietà intellettuale sui beni immateriali, grazie alla sussistenza di un accesso legittimo, ove la legittimità sarà tendenzialmente il risultato di accordi di licenza.

Alla luce di tale progettata riforma del sistema britannico, occorre sottolineare che, se essa andrà in porto, l'ordinamento europeo risulterà scontare un deficit nell'accesso all'informazione rispetto ad altri ordinamenti nei quali operano regole differenti.

⁴⁵³ *Consultation outcome*, cit., §17.

Una riforma degli artt. 3 e 4, della dir. 2019/790, in senso più efficacemente liberalizzante, alla stregua del modello britannico, avrebbe innanzitutto il pregio di garantire alle imprese stabilite all'interno dei confini europei le medesime possibilità dei *competitors* stranieri.

Essa permetterebbe di correggere un assetto di disciplina del dato che, già al centro di un'attività normativa ipertrofica osservata nel Mercato Unico Digitale, finisce per attuare un "regime circolatorio computazionale" dei dati e dell'informazione ambivalente. Più ampio, se maneggiati da organismi di ricerca e istituti di tutela del patrimonio culturale, per finalità di ricerca scientifica non contaminate da finalità lucrative e logiche di mercato, decisamente più circoscritto in tutti gli altri casi, con insufficienti incentivi all'innovazione realizzata su base computazionale.

Ciò sembra infatti creare, più che un mercato digitale unico, un mercato del dato sostanzialmente compartimentato, forse incompatibile con quegli obiettivi di open science e open data che contestualmente vengono perseguiti, e comunque complessivamente insufficiente a sostenere quella misura di innovazione nell'ambito digitale e tecnologico cui mirano l'Unione Europea e, di conserva, gli ordinamenti degli Stati membri.

5. *La ricerca di una regola di accesso all'informazione nella disciplina del mercato.* – A presidio dell'accesso all'informazione potrebbero soccorrere regole che assicurano il corretto funzionamento del mercato e la lealtà della competizione.

Il tema si inserisce nel più ampio tentativo di conciliare il rispetto dei canoni antitrust con le condotte poste in essere dalle imprese che operano nei mercati digitali⁴⁵⁴, conciliazione che trova specifica considerazione in alcuni dei più recenti interventi legislativi dell'Unione Europea in tema, quali i già menzionati *Digital Markets Act* e *Digital Services Act*⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ Sulla difficoltà di conciliazione dei caratteri tipici dei big data con i requisiti di identificazione di un mercato rilevante, v. F. VESSIA, *Big Data e regolazione antitrust*, in M.T. PARACAMPO (a cura di), *Fintech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Torino, 2021, p. 164 ss., nel quale l'A. sottolinea la necessità di considerare in chiave antitrust le diverse fasi (*Big Data capture*, *Big Data storage*, *Big Data analytics* e *Big Data utilization*) che interessano un ciclo di vita dei dati (finalizzati a uno specifico risultato). V., per ricostruzioni sulla rilevanza del mercato in funzione delle imprese che operano in ambito digitale, M. BERTANI, *Big Data, proprietà intellettuale e mercati finanziari*, in *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, cit., p. 35 ss.; C. GALLI, M. BOGNI, *I requisiti per la tutela IP dei Big Data*, *ivi*, cit., p. 93 ss.; V. FALCE, *Big Data, Dataset e diritti esclusivi. Liaisons dangereuses tra innovazione e mercato*, *ivi*, p. 113 ss.

⁴⁵⁵ Per una recente ricognizione della questione, v. M. LIBERTINI, *Digital markets and competition policy. Some remarks on the suitability of the antitrust*

Nella prospettiva del mercato, le esclusive fondate sulla proprietà intellettuale possono infatti creare posizioni dominanti, e richiedere perciò comportamenti coerenti con il divieto di sfruttamento abusivo, ai sensi degli artt. 102, TFUE, e 3, della legge antitrust italiana⁴⁵⁶ (l. at.), risultando altrimenti vietati, come potrebbe riconoscersi nel caso di rifiuto di concedere licenza sui propri risultati protetti. Dall'eventuale riconoscimento, in quest'ultima ipotesi, di una forma di abuso potrebbe conseguire, a certe condizioni, l'obbligo di concessione della licenza a carico del titolare dell'esclusiva, strumento grazie al quale verrebbero abbattuti ostacoli non consentiti all'accesso ai contenuti protetti⁴⁵⁷ e, per quanto qui interessa, allo svolgimento di attività di data mining.

Nel *Digital Markets Act* il legislatore europeo ha introdotto una disciplina di condotta per le imprese che assumono una rilevanza particolare per i mercati digitali. Tale intervento normativo si lega peraltro a uno strumento alternativo, che, specie per l'ordinamento italiano, merita un'analisi parallela rispetto all'abuso di posizione dominante: ci si riferisce all'abuso di dipendenza economica, la cui sanzione potrebbe anch'essa garantire l'accesso alle informazioni e ai dati⁴⁵⁸ (v. *infra* §5.4).

In ordine alle modalità di imposizione dell'eventuale obbligo a contrarre, il ricorso all'abuso di posizione dominante permetterebbe l'estensione ai casi qui considerati dei criteri relativi alle licenze c.d. *FRAND*, adottate in tema di *standard essential patents*⁴⁵⁹ (v. *infra* §6).

toolkit. Mercati digitali e politica della concorrenza. Alcune riflessioni sull'efficacia dei tradizionali strumenti antitrust nel contesto digitale, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2021, p. 337 ss. Cfr. anche V. FALCE (a cura di), *Competition law enforcement in digital markets*, Torino, 2021, *passim*; G. COLANGELO, *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, in *Merc. conc. reg.*, 2016, p. 425 ss.

⁴⁵⁶ Legge 10 ottobre 1990, n. 287.

⁴⁵⁷ Sull'obbligo a contrarre, in generale, v. C. OSTI, *Nuovi obblighi di contrarre*, Torino, 2004, *passim*.

⁴⁵⁸ Sulla costruzione di un giudizio che qualifichi l'eventuale rifiuto di accedere ai dati come abuso di dipendenza economica cfr. T. TOMBAL, *Economic dependence and data access*, in *IIC*, 2020, p. 70 ss. Sull'inquadramento della fattispecie nei mercati digitali v. S. SCALZINI, *Abuso di dipendenza economica, mercati digitali e libertà d'impresa*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2022, p. 113 ss.; M. W. MONTEROSSO, *La tutela dell'utente commerciale nei mercati digitali*, in *Contr. impr.*, 2021, p. 920 ss.

⁴⁵⁹ Sull'applicazione delle licenze *FRAND* ai casi di richiesta di accesso ai dati, v. J. DREXL, *Designing competitive markets.*, cit., p. 285 ss.; T. TOMBAL, *op. cit.*, p. 70 ss. Si tratta di licenze quali risultati di obblighi procedurali di negoziazione a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie, applicate dalla giurisprudenza europea nell'ambito brevettuale. In particolare, v. Corte giust. UE, 16 luglio 2015, *Huawei Technologies Co. Ltd. c. ZTE Deutschland GmbH.*, C-170/13, sul cui

I riflessi di questi strumenti sulla possibilità di accedere alle informazioni e ai dati posseduti dalle imprese, ai fini di data analysis, verranno indagati nei paragrafi che seguono.

In una diversa ottica, peraltro, le condotte escludenti potrebbero rilevare anche come comportamenti contrari alla correttezza professionale, *ex art. 2598, c.c.*, benché a questa stregua l'accesso all'informazione non sembrerebbe poter essere assicurato, stante la natura principalmente risarcitoria e inibitoria dei rimedi previsti dalla legge.

5.1. *L'abuso di posizione dominante e l'obbligo a contrarre come strumenti per l'accesso all'informazione: il percorso della giurisprudenza europea.* – L'ampliamento dell'accesso all'informazione contenuta in opere e risultati protetti con diritti di proprietà intellettuale richiede una puntualizzazione sul rapporto tra i diritti di proprietà intellettuale e il diritto antitrust, quale può ricavarsi alla luce di una serie di sentenze della Corte di giustizia europea⁴⁶⁰.

La questione può essere riassunta in questi termini: i) se e quando la titolarità di diritti di proprietà intellettuale su un risultato protetto comporti una posizione di dominio sul mercato⁴⁶¹; ii) se, per effetto di tale dominio,

commento v., fra tutti, M. LIBERTINI, *Brevi riflessioni sulla sentenza Huawei: verso una regolazione delle licenze FRAND di 'Standard Essential Patents'*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 1/2017, p. 1 ss. V. anche E. AREZZO, *The «Non-discrimination» portion of the FRAND obligation: an EU perspective*, *ivi*, 2021, p. 517 ss.; V. MELI, *Standard Essential Patents e licenze a condizioni FRAND nel diritto della UE: equità e ragionevolezza tra antitrust e regolazione*, *ivi*, 2017, p. 489 ss.

⁴⁶⁰ Specificamente sul tema che qui interessa, ossia quello tra la proprietà intellettuale e il rifiuto di concedere licenza, per quanto riguarda l'ambito statunitense si veda la precisa ricostruzione delle tappe giurisprudenziali nell'opera monografica di M. BERTANI, *Proprietà intellettuale, antitrust e rifiuto di licenze*, cit., pp. 55-97. Per una prima ricognizione della questione, in generale, v. D. SARTI, *Antitrust e diritto d'autore*, in *AIDA*, 1995, p. 105 ss. R. PARDOLESI, M. GRANIERI, *Proprietà intellettuale e concorrenza: convergenza finalistica e liaisons dangereuses*, in *Foro it.*, 2003, V, p. 193 ss. Più di recente, v. A. TOFFOLETTO, L. TOFFOLETTI, *I rapporti tra IPRs e antitrust. Funzioni, ancoraggi, bilanciamenti*, in *AIDA*, 2014, p. 337 ss.

⁴⁶¹ Sulla posizione dominante come la posizione dell'impresa che detiene una potenza economica tale da ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato, trovandosi essa nella possibilità di tenere comportamenti sostanzialmente indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori, si v. *leading cases* Corte giust. CE, 14 febbraio 1978, *United Brands*, C-27/76 e Corte giust. CE, 13 febbraio 1979, *Hoffmann/La*

l'eventuale barriera all'ingresso del mercato di riferimento costituisca un abuso⁴⁶² (eventualmente sanzionabile con l'imposizione di un obbligo a contrarre).

Su entrambi i punti segnalati gli interventi della giurisprudenza europea hanno dato risposte quasi sempre non dirimenti.

Il percorso seguito dalla Corte di Giustizia ha visto la sua prima tappa⁴⁶³ nella – ancora oggi – fondamentale pronuncia sul caso *Magill*⁴⁶⁴.

In questa decisione, per quanto attiene alla questione indicata sopra *sub i*), la Corte sottolinea come «il semplice fatto di essere titolare di un diritto di proprietà intellettuale non è atto a costituire» una posizione dominante⁴⁶⁵. Pertanto, sarà necessario verificare in concreto se l'esclusiva conferisca effettivamente una situazione di monopolio, non identificabile *in re ipsa*⁴⁶⁶.

Roche, C-85/76. Per un inquadramento per tutti può rinviarsi a M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014, p. 267 ss.

⁴⁶² Per un'analisi della giurisprudenza sul tema, v. G. COLANGELO, *Le misure escludenti come illecito antitrust nel diritto comunitario*, in *Dir. ind.*, 2010, p. 61 ss. Cfr. anche M. MAGGIOLINO, *L'abuso di posizione dominante ed il trasferimento di diritti di proprietà intellettuale*, in A. CATRICALÀ, E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti nella concorrenza*, Torino, 2011, p. 873 ss.; D. CURLEY, *Balancing intellectual property rights and competition law in a dynamic, knowledge-based European economy*, in M. PEREZ PUGATCH (a cura di), *The Intellectual Property Debate*, Cheltenham (UK), 2006, p. 213 ss.; V. MELI, *Rifiuto di contrarre e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Torino, 2003, *passim*.

⁴⁶³ L'emersione della possibile illiceità di condotte escludenti che si traducono nel rifiuto di contrarre era in realtà già emersa nel caso Volvo che riguardava il rifiuto da parte del titolare di un brevetto per modello ornamentale di concedere una licenza, motivo per il quale si è scelto di circoscrivere la trattazione in questa sede ai soli casi concernenti le esclusive autoriali. V. Corte giust. CE, 5 ottobre 1988, *Volvo AB c. Erik Veng (UK) Ltd.*, C-238/87, in *Racc.*, 1988, p. 6211 ss. e in *Riv. dir. ind.*, 1988, II, p. 188 ss.

⁴⁶⁴ Corte giust. UE, 6 aprile 1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-241 e 242/91 P. Per un commento approfondito sulla pronuncia, v. M. RICOLFI, *Diritto d'autore e abuso di posizione dominante*, cit., p. 149 ss.

⁴⁶⁵ Corte giust. CE, *Magill*, cit., §46.

⁴⁶⁶ Il punto non è mai stato messo in discussione dalla giurisprudenza europea, v. Corte giust. CE, 29 febbraio 1968, *Parke, Davis & Co. c. Probel*, in *Racc.*, 1968, p. 55 ss., sulla privativa brevettuale. V. anche le conclusioni, al §13, dell'Avvocato generale Mischo sul già citato caso Volvo. Non ne dubita, per la dottrina, M. RICOLFI, *op. ult. cit.*, p. 157 ss.; v. anche M. BERTANI, *op. ult. cit.*, p. 162, il quale mette in evidenza anche il percorso evolutivo della giurisprudenza

L'assenza di una presunzione assoluta di una posizione monopolistica per il titolare di diritti di proprietà intellettuale è argomentata sulla base della surrogabilità dei beni oggetto dell'esclusiva⁴⁶⁷. A tal proposito viene messa in evidenza «la valenza concorrenziale di beni alternativi e succedanei rispetto al prodotto oggetto della esclusiva⁴⁶⁸».

Questa affermazione è da rapportare alla tutela di opere utilitaristiche, che ha rappresentato un *novum* rispetto alle opere c.d. «classiche⁴⁶⁹». Solo rispetto alle prime, infatti, la tutela assicurata potrebbe impedire la creazione di prodotti il cui risultato ha origine (e non può che dipendere) dal contenuto delle opere stesse.

L'interesse del diritto antitrust a vagliare la posizione dei titolari delle esclusive sulle opere che si connotano per contenuti funzionali⁴⁷⁰, per la loro potenziale capacità anticoncorrenziale, sembra trovare conferma già nelle direttive sui programmi per elaboratore e sulle banche dati.

Al considerando n. 17, dir. Software⁴⁷¹, si evidenzia la soggezione alle regole di concorrenza, richiamando l'art. 82, TCE (ora art. 102, TFUE), del fornitore in posizione dominante che si rifiuti di consentire l'interoperatività dei programmi per elaboratore. Si tratta delle informazioni necessarie per la decompilazione del programma, ossia dei principi e delle idee alla base del software, non tutelate dal copyright. Allo stesso modo, il considerando n. 47, dir. Database, nell'evidenziare il *favor* per «la concorrenza fra i fornitori di prodotti e servizi nel settore del mercato dell'informazione», sottolinea che la protezione delle banche di dati *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».

americana, in origine ancorata nella equiparazione tra posizione monopolistica e titolarità di diritti di proprietà intellettuale.

⁴⁶⁷ V. F. DENOZZA, *Il rifiuto di licenza come abuso: bilanciamento "ad hoc" o bilanciamento categorico?*, in *Studi in memoria di Paola A. E. Frassi*, 2010, p. 161 ss., benché con riferimento ai diritti di proprietà industriale.

⁴⁶⁸ Così G. SENA, *Note paradossali*, cit., p. 1535.

⁴⁶⁹ M. RICOLFI, *op. ult. cit.*, p. 152 ss.

⁴⁷⁰ Analoghi rilievi in P. FRASSI, *Riflessioni sul diritto d'autore. Problemi e prospettive nel mondo digitale*, in *Riv. dir. ind.*, 2002, I, p. 371 ss., spec. 382 ss., per la quale «quando per la tipologia di creazione in discussione la tutela si sposta verso forme di protezione del contenuto o interessa uno standard all'interno di economie di rete [...] la sensibilità del diritto della concorrenza verso i comportamenti imprenditoriali tenuti attraverso il diritto della proprietà intellettuale si accresce considerevolmente e si stacca dal modello delle opere dell'ingegno classiche».

⁴⁷¹ Ci si riferisce alla dir. 2009/24/CE. Analogamente, il considerando n. 26 dell'abrogata dir. 1991/250/CEE.

Una preoccupazione che emerge con specifico riferimento al diritto *sui generis*, e che sembra coincidere con le conclusioni alle quali giunge la Corte nel caso *Magill*⁴⁷².

Infatti, in essa si afferma che le informazioni grezze derivanti dalla attività di programmazione di emittenti televisive costituiscono l'unica risorsa per l'elaborazione di elenchi aventi ad oggetto i medesimi programmi televisivi, determinando così il riconoscimento di un monopolio di fatto su dette informazioni, controllato dalle emittenti⁴⁷³.

Tale monopolio sulle informazioni grezze si traduceva, in sostanza, sulla impossibilità per la *Magill* di offrire un prodotto che si collocava a un livello di mercato differente rispetto a quelli offerti dalle emittenti. Queste ultime, nel rifiutare l'accesso ai dati sui servizi dei propri palinsesti, facenti parte di un mercato a monte (*upstream market*), impedivano la creazione di prodotti appartenenti a un differente mercato, a valle (*downstream market*), ossia quello delle guide televisive.

Nonostante l'assenza di un espresso richiamo a riguardo, le informazioni delle emittenti sono state considerate alla stregua di una risorsa essenziale, con una evidente allusione al ricorso alla dottrina della *essential facility* (e.f.d.) nel sistema antitrust europeo⁴⁷⁴. Per tale dottrina, un'impresa

⁴⁷² Per M. BERTANI, *op. ult. cit.*, p. 112, il legame tra il considerando e la pronuncia è innegabile.

⁴⁷³ Corte giust. CE, *Magill*, cit., §47.

⁴⁷⁴ Per un compiuto riferimento a tale dottrina, v. Corte giust. CE, 26 novembre 1998, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint*, C-7/97. Per la dottrina italiana, v. L. TOFFOLETTI, *La nozione di essential facility*, in *Concorrenza e mercato*, 1998, p. 329 ss.; M. SIRAGUSA, M. BERETTA, *La dottrina delle essential facilities nel diritto comunitario ed italiano della concorrenza*, in *Contr. impr. Europa*, 1999, pp. 260 ss.; G. MOGLIA, D. DURANTE, *Le essential facility e la creazione di nuovi mercati concorrenziali: recenti sviluppi tra antitrust e regolamentazione*, in *Concorrenza e mercato*, 1999, p. 299 ss. D. DURANTE, G. MOGLIA, A. NICITA, *La nozione di "Essential Facility" tra regolamentazione e antitrust. La costruzione di un test*, in *Merc. conc. reg.*, 2001, p. 257 ss.; C. OSTI, *Nuovi obblighi di contrarre*, Torino, 2004, *passim*. Per spunti più recenti, v. M. LAMPING, *Refusal to License as an Abuse of Market Dominance – From Commercial Solvents to Microsoft*, in R. M. HILTY e KUNG-CHUNG LIU (a cura di), *Compulsory Licensing. Practical Experiences and Ways Forward*, Heidelberg e a., Springer, 2014, p. 121 ss.; M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, cit., p. 333 ss.; G. COLANGELO, R. PARDOLESI, *Faraway, so close: proprietà intellettuale ed essential facility in Cina (e altrove...)*, in *Merc. conc. reg.*, 2015, p. 475 ss. Nel sistema americano l'*essential facility doctrine* ha avuto seguito già dalla sentenza della Corte Suprema nel caso *U.s. v. Terminal Railroad Association*, 224 U.s. pp. 383, 410 (1912); cfr. P. AREEDA, *Essential Facilities: an Epithet in Need of Limiting Principles*, in *Antitrust Law*

detentrica di una *essential facility*, intesa come infrastruttura essenziale per lo svolgimento di attività d'impresa in mercati a valle, commetterebbe un abuso di posizione dominante nel negare l'accesso a tale infrastruttura⁴⁷⁵.

Più specificamente, secondo la giurisprudenza europea, per stabilire se un prodotto o un servizio è indispensabile per consentire a una impresa di svolgere un'attività in un determinato mercato contiguo, si deve accertare: innanzitutto, l'esistenza di prodotti o servizi che costituiscano soluzioni alternative; in secondo luogo, se esistano ostacoli di natura tecnica, normativa o economica che rendano «impossibile o quanto meno straordinariamente difficile», per qualsiasi impresa che voglia operare sul detto mercato, creare, eventualmente in collaborazione con altri operatori, prodotti o servizi alternativi⁴⁷⁶.

Tale considerazione ha permesso alla Corte di inquadrare il fatto come uno dei «casi eccezionali» in cui una legittima facoltà relativa all'esercizio di diritti di proprietà intellettuale si possa astrattamente qualificare come un «comportamento abusivo⁴⁷⁷».

Tuttavia, dall'eccezionalità dell'intervento giurisprudenziale in chiave antitrust si è passati a una lettura del sistema che sembrerebbe aver ribaltato il paradigma.

Journal, 1989, pp. 841-853; K. L. GLAZER E A. B. LIPSKY, *Unilateral Refusals To Deal Under Section 2 of The Sherman Act*, in *Antitrust Law Journal*, 1995, pp. 749-800;

⁴⁷⁵ La giurisprudenza ha avuto modo di considerare infrastrutture essenziali una lunga serie di beni, materiali o immateriali. Per una rassegna v. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, cit. p. 335 ss.; R. ROTIGLIANO, *Beni pubblici, reti e la dottrina delle Essential Facilities*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 947 ss.

⁴⁷⁶ Cfr. Corte giust. CE, *Oscar Bronner*, cit., §§43 e 44.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, §50. La complessità del tema è il risultato del bilanciamento da compiere tra il sistema del diritto antitrust, che sanziona come illeciti determinati comportamenti, e quello della proprietà intellettuale *tout court*, che invece li legittima. Il contrasto viene efficacemente descritto, proprio in tema di rifiuto di licenza, da M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, cit., p. 338 ss.: da un lato, «l'esclusiva attribuita dai diritti di proprietà intellettuale mira proprio ad attribuire un vantaggio competitivo temporaneo all'impresa innovatrice; sarebbe perciò incoerente che l'impresa, che ha il merito di avere prodotto o acquistato la creazione intellettuale in discorso fosse obbligato, di norma, a condividerla con i propri concorrenti»; dall'altro lato, però, potrebbe accadere «in qualche caso, che la disponibilità di tale creazione intellettuale sia presupposto necessario per la realizzazione di un prodotto diverso, e a sua volta innovativo». In questo caso «il rifiuto di licenza, da parte del titolare, si colora d'abusività». Coglie, altresì, la differenza dei ruoli svolti dai due settori coinvolti, F. DENOZZA, *op. ult. cit.*, p. 162.

Infatti, è vero che le riflessioni appena esposte sono state riprese in larga parte nel seguente caso *IMS*⁴⁷⁸, ma è altrettanto vero che la Corte ne ha esteso la portata.

La Corte richiama il proprio precedente, e considera eccezionale l'ipotesi in cui l'esercizio di un diritto di proprietà intellettuale possa risultare in un abuso illecito ai fini del diritto antitrust⁴⁷⁹, identificando tre condizioni cumulative: 1) che il rifiuto costituisca ostacolo alla comparsa di un nuovo prodotto per il quale esiste una domanda potenziale dei consumatori; 2) che tale rifiuto sia ingiustificato e 3) che sia idoneo a escludere qualsiasi concorrenza sul mercato derivato⁴⁸⁰.

Viene ribadita pertanto l'importanza di tenere distinti il mercato a monte e il mercato a valle. È all'interno di quest'ultimo che il comportamento dell'impresa verticalmente in una situazione di dominio nell'*upstream market* impedisce la nascita di nuovi prodotti o servizi nel mercato derivato, attraverso un ingiustificato diniego di licenza. A differenza del precedente *Magill*, però, per quanto attiene al mercato a valle, viene ritenuta sufficiente una rilevanza di esso anche solo potenziale, o ipotetica⁴⁸¹.

Requisito essenziale, quindi, per considerare abusivo il comportamento, è che l'impresa che ha chiesto la licenza «non intenda limitarsi [...] a riprodurre prodotti o servizi che sono già offerti sul mercato derivato dal titolare del diritto di proprietà intellettuale, ma abbia l'intenzione di offrire prodotti o servizi nuovi che il titolare non offre e per i quali esiste una potenziale domanda da parte dei consumatori⁴⁸²».

Questa valutazione è stata considerata un espediente della Corte per cercare di rispettare i canoni sanciti dalla giurisprudenza *Magill*: in *IMS*, infatti, non sembrerebbe pacifica la sussistenza di due mercati sulla base della quale fondare l'abusività della condotta escludente⁴⁸³, accontentandosi la Corte di distinguerli in via "potenziale".

⁴⁷⁸ Corte giust. CE, 29 aprile 2004, *IMS Health GmbH & Co. OHG c. NDC Health GmbH & Co. KG*, C-418/01. Per un'analisi approfondita sui fatti v. G. COLANGELO, *Il caso IMS*, in *Merc. conc.*, 2004, p. 407 ss.; cfr. anche M. BERTANI, *op. ult. cit.*, p. 115 ss. Critici sulla sentenza della Corte R. PARDOLESI, M. GRANIERI, *Licenza obbligatoria ed essential facilities nell'antitrust comunitario*, in *Riv. dir. ind.*, 2004, II, p. 323 ss.

⁴⁷⁹ Corte giust. CE, *IMS*, cit., §§34 e 35.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, §38.

⁴⁸¹ *Ibid.*, §44.

⁴⁸² *Ibid.*, §49.

⁴⁸³ Diffusamente sul punto, R. PARDOLESI, M. GRANIERI, *op. ult. cit.*, p. 334 ss., per i quali non vi sarebbe alcun modo di «rintracciare un mercato plausibilmente distinto da quello sul quale IMS opera [...], semplicemente perché non esiste una domanda diversa per un bene [...] che è inservibile al di fuori dell'uso per il quale viene concretamente utilizzato da IMS».

La necessità di identificazione dei due mercati sorge dalla necessità di sanzionare il vantaggio concorrenziale dell'impresa dominante, espresso dal *leverage* esercitabile per escludere l'accesso alle proprie informazioni, assicurandosi così l'attività in solitaria anche nel *downstream market*.

Se viene meno la presenza dei due mercati, crolla il presupposto – eccezionale – per l'applicazione dell'obbligo a contrarre. Pertanto, la strada intrapresa dalla Corte per consentirne l'applicabilità, in questo caso, è stata quella di considerare anche solo in via potenziale o ipotetica la presenza del mercato a valle. Direzione diametralmente opposta rispetto a quella, coeva, intrapresa dalla giurisprudenza americana⁴⁸⁴.

L'ultima tappa del percorso della giurisprudenza europea, finora, figura nella sentenza del Tribunale di primo grado nel caso *Microsoft*⁴⁸⁵. I fatti riguardavano il rifiuto di *Microsoft* di fornire informazioni sulla interfaccia necessaria per l'interoperabilità tra server, i quali erano oggetto dell'attività imprenditoriale dei richiedenti.

I già richiamati «casi eccezionali», per i quali è possibile riconoscere il carattere abusivo di un rifiuto di licenza, vengono ulteriormente definiti dal Tribunale, che li identifica in: presenza di una infrastruttura essenziale; idoneità del rifiuto di licenza a impedire la concorrenza in un mercato «vicino»; qualificazione del rifiuto come ostacolo alla creazione di un nuovo prodotto o servizio.

Risulta estremamente rilevante l'ulteriore specificazione su quest'ultimo requisito, che si traduce in una nuova e ulteriore estensione della possibilità di applicare l'obbligo a contrarre in presenza di un rifiuto del titolare di un'esclusiva.

Infatti, il Tribunale fa proprie le conclusioni della Commissione nella decisione impugnata, e muove dal presupposto per cui «nella ponderazione dell'interesse relativo alla tutela del diritto di proprietà intellettuale e alla libertà di iniziativa economica del suo titolare, da un lato, e dell'interesse relativo alla tutela della libera concorrenza, dall'altro,

⁴⁸⁴ U.S. Supreme Court, 13 gennaio 2004, *Verizon Communications Inc. c. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*. Sulle divergenze tra le due pronunce cfr. R. PARDOLESI, M. GRANIERI, *op. ult. cit.*, p. 323 ss.; J. DREXL, *Intellectual Property and Antitrust Law. IMS Health and Trinko—Antitrust Placebo for Consumers Instead of Sound Economics in Refusal-to-Deal Cases*, in *IIC*, 2004, p. 788 ss.

⁴⁸⁵ Trib. I gr. CE, Grande sez., 17 settembre 2007, *Microsoft Corp. C.* Commissione delle Comunità europee, T-201/04, in *Foro it.*, 2008, IV, p. 114 ss. con nota di, G. COLANGELO, R. PARDOLESI. Cfr. anche C. E. MEZZETTI, *Diritti di proprietà intellettuale e abuso di posizione dominante: da Magill a Microsoft*, in *Dir. ind.*, 2008, p. 246 ss. V. anche R. J. R. PERITZ, *Microsoft e il flusso di informazioni. Note (comparatistiche) dal fronte antitrust/proprietà intellettuale*, in *Merc. conc.*, 2007, p. 523 ss.

quest'ultimo può prevalere solo se il rifiuto di concedere una licenza impedisca lo sviluppo del mercato derivato a danno dei consumatori».

La creazione di un nuovo prodotto viene svalutata e sostituita dalla rilevanza del danno ai consumatori, il cui pregiudizio «può verificarsi in presenza di una limitazione non solo della produzione o degli sbocchi, ma anche dello sviluppo tecnico⁴⁸⁶» (corsivi aggiunti).

5.2. (segue) *Spunti sull'obbligo a contrarre nelle iniziative recenti sui mercati digitali.* – A fronte dell'incertezza della soluzione giuridica risultante dal quadro giurisprudenziale descritto⁴⁸⁷, anche la dottrina si è impegnata nel tentativo di identificare un criterio generale. In particolare, per evitare che la e.f.d. si trasformi in una «comoda scorciatoia⁴⁸⁸», e più in generale, per la predisposizione di un giudizio sull'applicazione dell'obbligo a contrarre alla presenza di un rifiuto di accedere al contenuto di un'esclusiva, sono stati elaborati criteri per il bilanciamento delle ragioni, da un lato, della proprietà intellettuale, con quelle, dall'altro, della concorrenza.

Talvolta si è valutata l'applicazione dell'abuso di posizione dominante con un riguardo speciale al rifiuto di licenza attinente alle opere utili⁴⁸⁹, talaltra si è individuata l'abusività delle condotte nei soli casi di rifiuto di condividere risorse di proprietà intellettuale la cui titolarità non rappresenta il frutto di un «premio per la partecipazione meritoria alla gara

⁴⁸⁶ Cfr. Trib. I gr., *Microsoft*, cit., parr. 646 e 647. Anche questo sviluppo argomentativo ha suscitato critiche da parte della dottrina, nel senso di aver eccessivamente esteso la possibilità di applicazione della *essential facility doctrine*, specialmente con possibili effetti negativi nel campo delle invenzioni tecnologiche: così G. COLANGELO, R. PARDOLESI, *Faraway, so close*, cit., p. 481 ss., secondo i quali «più un'invenzione è innovativa, e dunque unica e difficile da duplicare (senza impingere in profili di contraffazione), più sarà necessario che essa sia accessibile agli altri, in evidente spregio degli obiettivi perseguiti dalla normativa che, al fine di preservare gli incentivi all'innovazione, protegge il valore dell'unicità dell'invenzione riconoscendo al titolare il potere di conservare l'esclusiva del prodotto e del suo utilizzo. Il rischio che si corre è quello di veder sacrificato lo sforzo creativo e, più in generale, la promozione della concorrenza nel campo dell'innovazione: il ricorso all'*Efd* diventa una comoda scorciatoia per colmare uno svantaggio competitivo dovuto alla maggior capacità ed efficienza di un'impresa concorrente».

⁴⁸⁷ Anche chi vede favorevolmente l'applicazione della e.f.d. ai casi di rifiuti di contrarre aventi a oggetto opere utili sottolinea i limiti nella sua adozione a «schema concettuale come regola “autosufficiente”»: sul punto, v. L. MARCHEGANI, *op. cit.*, p. 251.

⁴⁸⁸ Cfr. G. COLANGELO, R. PARDOLESI, *op. ult. cit.*, p. 481 ss.

⁴⁸⁹ V. M. RICOLFI, *op. ult. cit.*, p. 179 ss.; cfr., altresì, L. MARCHEGANI, *op. cit.*, p. 240 ss.

dell'innovazione», quando si tratta imprese in monopolio legale o perché risultato della violazione delle regole di concorrenza⁴⁹⁰.

Ancora, vi è chi ha proposto l'imposizione dell'obbligo a condividere le risorse solo ed esclusivamente nel caso in cui l'effetto di tale imposizione non «comporti per i concorrenti un disincentivo a innovare a loro volta, e non si traduca in un puro e semplice approfittamento, da parte loro, dell'innovazione effettuata dall'impresa dominante⁴⁹¹».

Di recente, alcune iniziative di singoli Stati membri dell'UE hanno riconosciuto la sanzionabilità – quali abusi di posizioni dominanti – di condotte poste in essere da imprese che operano nel mercato digitale: ci si riferisce, in particolare, alle *Linee Guida e Raccomandazioni di policy* sui big data del 2019, ad opera dell'AGCM, di concerto con l'Autorità per la Protezione dei dati personali e con l'AGCom⁴⁹², con un'indagine conoscitiva finale pubblicata nel 2020⁴⁹³, e alla modifica della legge antitrust tedesca, nel 2021, che ha introdotto una nuova fattispecie di abuso di posizione dominante, che tipizza (e sanziona) proprio il rifiuto di accesso ai dati posseduti da imprese in posizioni dominanti⁴⁹⁴.

⁴⁹⁰ L'espressione è di M. BERTANI, *op. ult. cit.*, p. 219, che richiama gli obblighi di condivisione imposti dall'art. 8, commi 2-bis-2-sexies, l. at.

⁴⁹¹ Su tale bilanciamento, v. F. DENOZZA, *op. ult. cit.*, p. 175 ss., che si traduce, in ultima istanza, nella necessità di «accertare che l'imposizione dell'obbligo di contrarre non riduca drasticamente gli incentivi dei concorrenti dell'impresa dominante e sia invece funzionale all'incremento della concorrenza, anche sotto il profilo dell'innovazione, prima bloccata dal rifiuto di contrarre opposto dall'impresa in posizione dominante». Si vedano le riflessioni compiute già prima della sentenza nel caso *Microsoft* da M. BERTANI, *op. ult. cit.*, *passim* e spec. 260, e, in seguito alla sentenza sul caso *IMS, ID., Proprietà intellettuale e nuove tecniche di appropriazione delle informazioni*, cit., p. 328 ss. Cfr. anche A. TOFFOLETTO, L. TOFFOLETTI, *op. ult. cit.*, p. 348, per i quali «la qualità e l'entità dei vantaggi capaci di compensare le restrizioni di concorrenza devono essere concepiti e misurati in ragione della loro capacità di compensare i pregiudizi sofferti da chi subisce le restrizioni di concorrenza».

⁴⁹² AGCM, AGCom e Garante Privacy, *BIG DATA: Linee Guida e Raccomandazioni di policy*, 2019, reperibile al link https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/Big_Data_Lineeguida_Raccomandazioni_di_policy.pdf.

⁴⁹³ Consultabile al link <https://www.agcom.it/documents/10179/17633816/Documento+generico+10-02-2020+1581346981452/39c08bbe-1c02-43dc-bb8e-6d1cc9ec0fcf?version=1.0>.

⁴⁹⁴ Cfr. la Section 20(1°) del *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, reperibile al link http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/index.html. Per un commento più approfondito sulle linee guida di cui alla nota precedente e sulla modifica della legge antitrust tedesca cfr. F. VESSIA, *Big Data e regolazione*

Ancora, un recente appiglio per valutare come indispensabili (e possibilmente ricadere nell'ambito dei casi eccezionali considerati da *Magill* in poi) sembrerebbe fornirlo la qualificazione di imprese digitali quali *gatekeepers*, nel *Digital Markets Act*, che le definisce tali qualora esse abbiano un impatto significativo sul mercato interno (lett. a)), forniscano un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali (lett. b) e detengano una posizione consolidata e duratura, nell'ambito delle proprie attività (lett. c)).

Per queste imprese, gli artt. 5 e 6, *DMA*, prevedono una serie di obblighi di condotta, tra i quali è necessario sottolinearne alcuni che specificamente incidono sulla possibilità di accedere ai dati appartenenti ai *gatekeepers*.

In particolare, sembrerebbe rispondere alle esigenze segnalate nel corso del presente esame l'art. 6, §10, *DMA*, che sanziona il rifiuto di fornire gratuitamente agli utenti commerciali l'accesso (gratuito) ai dati da loro generati⁴⁹⁵, nonché l'obbligo per il *gatekeeper* di consentire, a titolo gratuito, ai fornitori di servizi e ai fornitori di hardware l'effettiva (e l'accesso ai fini della) interoperabilità (art. 6, § 7, *DMA*).

Questo intervento normativo, dunque, potrebbe rappresentare lo strumento per una più facile qualificazione dei dati posseduti dalle imprese più rilevanti nel mercato digitale quali infrastrutture essenziali, contestualmente sancendo altresì l'obbligo di condivisione degli stessi, con

antitrust, cit., p. 164 ss., spec. p. 186. Sulla riforma tedesca v. anche S. SCALZINI, *op. ult. cit.*, p. 128 ss., e A. LICASTRO, *La riscoperta dell'abuso di dipendenza economica nell'era dei mercati digitali*, in *federalismi.it*, 2022, p. 118 ss.

⁴⁹⁵ Si ritiene utile riportare per intero il disposto normativo, che così recita: «Il gatekeeper fornisce a titolo gratuito agli utenti commerciali e a terzi autorizzati da un utente commerciale, su richiesta, un accesso efficace, di elevata qualità, continuo e in tempo reale a dati aggregati e non aggregati, compresi i dati personali, e garantisce alle stesse condizioni l'uso di tali dati, che sono forniti o generati nel contesto dell'uso dei pertinenti servizi di piattaforma di base o dei servizi forniti contestualmente o in ausilio ai pertinenti servizi di piattaforma di base da parte di tali utenti commerciali e degli utenti finali che si avvalgono di prodotti o servizi forniti da tali utenti commerciali. Quanto ai dati personali, il gatekeeper fornisce tale accesso ai dati personali e ne garantisce l'uso solo se i dati sono direttamente connessi con l'uso effettuato dagli utenti finali in relazione ai prodotti o servizi offerti dal pertinente utente commerciale mediante il pertinente servizio di piattaforma di base e nel caso in cui gli utenti finali accettano tale condivisione esprimendo il suo consenso».

possibili ricadute anche per il caso di singole opere dell'ingegno o materiali protetti dal diritto d'autore a essere valutati *essential facilities*⁴⁹⁶.

5.3. *L'obbligo a contrarre in caso di rifiuto di concedere licenza ai fini del text and data mining.* – La specificità delle questioni inerenti ai casi appena segnalati deve essere rapportata e coordinata con il problema che qui interessa, legato all'accesso all'informazione da parte di imprese che conducano attività di data analysis.

In tal senso, può peraltro osservarsi un fattore comune ricavabile dalle pronunce trattate, ossia che la presunta carica monopolistica della proprietà intellettuale è maggiormente apprezzabile (se non esclusivamente) nelle opere dell'ingegno dalla portata utilitaristica. È in esse che la distinzione tra l'appropriabile dalla esclusiva e ciò che invece è estraneo alla sua tutela potrebbe sfumare e assumere dei connotati incerti⁴⁹⁷, al punto da fondare l'interrogativo se, con riferimento alle opere "utili", ci si trovi di fronte a quei casi eccezionali di abusività di condotte altrimenti legittime.

Al riguardo, entrambi i casi *Magill* e *IMS* attenevano al mancato accesso a banche dati, e in *Microsoft* si trattava di programmi per elaboratore, opere per le quali il rischio di una lettura in chiave protezionistica sono emerse nelle disposizioni più volte affrontate nel corso dell'esame, e correlativamente, sulle quali la data analysis rischia di avere un impatto ben più incisivo.

Occorre perciò valutare nel concreto se il diritto antitrust possa svolgere un ruolo di superamento dei limiti nell'accesso alle informazioni che risultano dal regime delle eccezioni di text and data mining.

Va innanzitutto premesso come la dottrina internazionale già da tempo ha rilevato la prevedibilità di casi in cui un'impresa che eserciti un'attività economica nell'ambito della data analysis richieda l'accesso a giacimenti di dati per finalità computazionali⁴⁹⁸.

Il confronto tra obbligo a contrarre e data analysis va inquadrato sotto due profili, quello oggettivo (inerente alla tecnica informatica) e quello soggettivo (relativo ai richiedenti l'accesso).

Sotto il profilo oggettivo, il principale ostacolo per imporre l'obbligo a contrarre, in tali casi, emergerebbe dal rapporto necessario (benché anche solo in via potenziale o ipotetica) tra i due mercati di riferimento, come considerati in *Magill* e *IMS*: ciò che risulta dirimente per l'imposizione dell'obbligo di condivisione, innanzitutto, è la qualificazione dell'opera dell'ingegno o della banca dati di riferimento quale risorsa essenziale per la

⁴⁹⁶ Per F. VESSIA, *op. ult. cit.*, p. 187, il DMA sarebbe decisivo nel permettere una più agevole valutazione di insostituibilità dei big data.

⁴⁹⁷ Per una valutazione analoga v. M. RICOLFI, *op. ult. cit.*, p. 160 ss.

⁴⁹⁸ Cfr. J. DREXL, *Designing Competitive Markets for Industrial Data*, cit., p. 281.

produzione di un prodotto in un mercato differente, intendendola pertanto indispensabile, alla stregua di quanto ritenuto in riferimento alle informazioni di solo possesso di emittenti televisive per le guide televisive dei medesimi palinsesti⁴⁹⁹.

La possibilità di duplicare o di reperire altrove tale risorsa sarebbe pertanto motivo di esclusione dall'applicazione dell'obbligo a contrarre⁵⁰⁰.

Un altro ostacolo è legato all'effetto che il rifiuto di concedere licenza dovrebbe determinare per essere qualificato come un comportamento abusivo: esso dovrebbe impedire lo sviluppo di nuovi prodotti in un mercato a valle. Potrebbe non essere facilmente riscontrabile, infatti, un legame chiaro tra la data analysis e la conseguente produzione di beni o servizi in un mercato secondario⁵⁰¹, giacché essa potrebbe essere realizzata non specificamente a tal fine.

Tuttavia, tale possibile limite potrebbe essere ovviato, valorizzando quanto emerso diffusamente nel corso del presente esame, ossia la sussistenza di un carattere trasformativo per l'opera o per i materiali "elaborati" per effetto della data analysis. A riguardo, infatti, potrebbe sussumersi nel concetto di "nuovo prodotto" la *knowledge discovery* ricavata dall'analisi computazionale, con l'onere per il richiedente l'accesso di dimostrare *ex ante* la finalità dell'attività che vuole condurre, nonché di segnalare specificamente su quali porzioni di opere o materiali intende compierla, le modalità e la durata.

Sotto il profilo soggettivo, è evidente che il ricorso all'obbligo a contrarre possa ipotizzarsi sia nel caso in cui un'impresa già licenziataria si veda opporre un rifiuto dal titolare di contrarre una licenza per l'esercizio di attività computazionali – il quale, tuttavia, eserciterebbe un suo diritto, previsto dall'art. 4, dir. 2019/790, nel riservarsi lo sfruttamento dell'opera –, sia nel caso in cui l'impresa richiedente l'accesso non vanti già un accesso legittimo.

Tale ipotesi applicativa sembrerebbe limitata solo ai casi appena citati: i beneficiari dell'eccezione per finalità di ricerca scientifica, ossia gli organismi di ricerca e gli istituti di tutela del patrimonio culturale (qualora non dispongano di accesso legittimo alle opere) – ancorché in una chiave di lettura il più "commerciale" possibile –, non esercitano attività economiche legate alla produzione di beni che interessano e sono ricomprese nel diritto

⁴⁹⁹ Cfr. Corte giust. CE, *Bronner*, cit., §44, per quanto attiene al già analizzato concetto di "indispensabilità" o essenzialità dell'infrastruttura del prodotto.

⁵⁰⁰ Cfr. J. DREXL, *op. ult. cit.*, p. 282.

⁵⁰¹ *Ibid.*, p. 284.

antitrust, escludendo per loro *prima facie* la possibilità di ricorrere a tale strumento⁵⁰².

L'ipotesi, tuttavia, sembra poter includere un più ampio spettro di situazioni, se si guarda alle zone grigie segnalate con riferimento all'ordinamento italiano (v. *supra*, cap. II, §5.1.1). Nel novero dei potenziali interessati all'obbligo a contrarre rientrerebbero anche gli enti che, sebbene astrattamente riconducibili agli organismi di ricerca beneficiari dell'eccezione *ex art. 3*, dir. 2019/790, agiscano nel caso concreto quali soggetti commerciali, anche in funzione di ricerca scientifica, ma non "pura".

In generale, può osservarsi come in assenza di una regola sul punto andrebbe in ogni caso valorizzato il carattere eccezionale del ricorso agli strumenti rimediali offerti dal diritto antitrust, onde evitare di compromettere la posizione concorrenziale di chi si sia aggiudicato l'esclusiva intellettuale per meriti propri⁵⁰³.

Pertanto, è già stato segnalato che risolvere i conflitti tra gli interessi privati all'appropriazione delle informazioni e quelli collettivi alla loro circolazione per finalità di ricerca scientifica e di avanzamento tecnologico e culturale, esclusivamente sul piano della proprietà intellettuale «evita di demandare questo compito al diritto antitrust, e dunque soddisfa meglio le esigenze di certezza del diritto⁵⁰⁴».

Può tuttavia ipotizzarsi, quantomeno, che il riconoscimento della funzione "trasformativa" dei contenuti protetti per mezzo di attività di data analysis, possa rappresentare in futuro un campo di applicazione di obblighi di contrarre fondati sul riscontro del valore innovativo dell'analisi

⁵⁰² *Ibid.*, con riferimento al fatto che la necessaria presenza di un nuovo prodotto in un mercato a valle «would also exclude application of competition law to public entities that seek access to data in the public interest where these entities do not engage in any economic activity in the sense of the concept of an undertaking under EU competition law».

⁵⁰³ Cfr. M. BERTANI, *Proprietà intellettuale e nuove tecniche di appropriazione delle informazioni*, cit., p. 328 ss., nel quale l'A. sottolinea ragioni di carattere sistematico e teleologico per escludere un'applicazione sistematica dei rimedi antitrust ad ogni rifiuto di licenze che ostacola l'innovazione. Le stesse argomentazioni, d'altronde, sembrano essere alla base della decisione della Corte Suprema statunitense sul citato caso *Trinko*, nel quale, sebbene non con riferimento alla proprietà intellettuale, sottolinea come «imporre di condividere la fonte del loro vantaggio» sia «in contrasto con l'obiettivo di base del diritto della concorrenza», come riportato da G. COLANGELO, R. PARDOLESI, *op. ult. cit.*, p. 479. Gli Autori mettono in luce il risultato finale di queste argomentazioni della Corte, che l'hanno indotta «ad assumere un atteggiamento di estrema cautela e a riguardare il *compulsory licensing* come una "bestia rara", che è bene rimanga tale».

⁵⁰⁴ Così M. BERTANI, *Proprietà intellettuale, antitrust e rifiuto di licenze*, cit., pp. 24-25, e diffusamente 201 ss.

computazionale, quando, in particolare, la fonte protetta sia oggetto di una protezione autoriale legata esclusivamente alla sua funzione utilitaristica.

5.4. *L'abuso di dipendenza economica nei mercati digitali e gli obblighi derivanti dal DMA.* – Il ricorso all'abuso di dipendenza economica sembra essere maggiormente aderente alle esigenze dell'economia digitale, nel garantire l'accesso ai dati e alle informazioni, più di quanto, come si è visto, possa farlo la riconducibilità dei *dataset* a infrastrutture essenziali. Ciò deriva dalla flessibilità dell'art. 9, legge 18 giugno 1998, n. 192, che delinea i caratteri della dipendenza economica sanzionata: essa sussiste in presenza di un «un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi» tra imprese, tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti (comma 1°), e potendo concretamente «consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare» (comma 2°).

A riguardo, la dottrina ha avuto modo di segnalare come lo squilibrio richiesto dalla legge possa essere appropriatamente ricondotto alle asimmetrie del potere economico delle imprese che operano in mercati digitali⁵⁰⁵. Tale requisito è stato ulteriormente specificato dal legislatore italiano, proprio in riferimento ai contesti digitali, introducendo con la novella⁵⁰⁶ (tra gli altri), ai commi 1° e 2° appena citati, una presunzione di dipendenza economica nel caso in cui «un'impresa utilizzi i servizi di intermediazione forniti da una piattaforma digitale che ha un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori, anche in termini di effetti di rete o di disponibilità dei dati».

L'inclusione nell'ambito dell'abuso di dipendenza economica dei contesti di squilibrio tra imprese digitali, data la sua già segnalata maggiore facilità di applicazione rispetto all'abuso di posizione dominante⁵⁰⁷, dunque,

⁵⁰⁵ Così specificamente F. VESSIA, *op. ult. cit.*, p. 188.

⁵⁰⁶ Cfr. l'art. 33 legge 5 agosto 2022, n. 118 (legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021).

⁵⁰⁷ Cfr. M. LIBERTINI, *La presunzione di dipendenza economica nei mercati digitali. Un commento all'art 33 della legge 5 agosto 2022, n. 118*, consultabile in *academia.edu*, p. 3, destinato a *Orizzonti del diritto commerciale*, 2023, il quale segnala che «la recente riforma italiana si inserisce in una tendenza più ampia – sostenuta dalle autorità antitrust nazionali - a rafforzare la possibilità di impiego di norme nazionali sull'abuso di dipendenza economica, in quanto ritenute di più facile applicazione rispetto alle norme sul divieto di abuso di posizione dominante». Per commenti alla riforma, che ha lo scopo di ampliare il ventaglio di strumenti di intervento per l'autorità nazionale contro le imprese che operano nei mercati digitali, v. A. MOLITERNI, *La legge annuale sul mercato e la concorrenza ai tempi del PNRR*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2022, p. 586; V. FALCE, *Rapporti asimmetrici fra imprese e soluzioni pro-concorrenziali*, in *Rivista di diritto*

potrebbe far ipotizzare un suo utilizzo in chiave di accesso a dati e a informazioni protetti (e non condivisi), non dovendo essere subordinato al sussistere delle condizioni richieste dalla giurisprudenza europea, da *Magill* in poi.

In realtà, il *DMA*, a cui ci si è più volte riferiti, sembra aver costruito un piano operativo parallelo rispetto a quello della disciplina dell'abuso di dipendenza economica, richiedendo perciò un intervento interpretativo di coordinamento tra le due fattispecie. Senza entrare nel merito del dibattito circa le differenti *rationes* alla base delle due discipline – l'una legata dalla garanzia dell'efficienza del mercato, l'altra dalla giustizia contrattuale tra imprese⁵⁰⁸ –, con l'entrata in vigore del *DMA*, l'ambito di applicazione tra le due fattispecie, innanzitutto, trova dei punti di contatto solo per il caso di abusi compiuti dai cc.dd. *gatekeepers*, ossia per coloro che superano i requisiti di soglia previsti dall'art. 3, *DMA*. La preminenza del regolamento europeo rispetto alle norme contenute in leggi ordinarie interne fa sì che per le imprese che abbiano un impatto significativo sul mercato interno⁵⁰⁹ sia esclusa l'applicazione dell'art. 9, l. 192/1998, in tema di abuso di dipendenza economica⁵¹⁰.

industriale, 2021, I, p. 200. Critica, sebbene con riferimento alla proposta e non alla riforma attuata, S. SCALZINI, *op. ult. cit.*, p. 145 ss., che segnala la pericolosità di introdurre una presunzione che farebbe venire meno la valutazione concreta dello squilibrio economico, da un lato, e l'eccessivo margine interpretativo del concetto di "piattaforma digitale", dall'altro. Per una ricostruzione delle maggiori flessibilità riscontrate nella verifica dello stato di dipendenza economica (nei mercati digitali), v. A. LICASTRO, *op. cit.*, p. 135 ss.

⁵⁰⁸ Questione che per M. LIBERTINI, *op. ult. cit.*, p. 10, non sembra essere ancora risolto, ma del quale non può tacersi l'accresciuta rilevanza per le dinamiche di mercato dell'abuso di dipendenza economica, per cui «non può mettersi in dubbio il fatto che il legislatore italiano abbia individuato una fattispecie costituita da casi di abuso di dipendenza economica la cui repressione si giustifica non più solo per ragioni di giustizia contrattuale, ma anche per ragioni generali di tutela della concorrenza». Il problema si pone in considerazione del fatto che la disciplina dell'abuso di dipendenza economica è contenuta all'interno di quella della subfornitura nelle attività produttive, principalmente orientata, dunque, da ragioni contrattuali tra imprese. Tuttavia, è lo stesso legislatore, all'art. 9, comma 3-*bis*, l. 192/1988, a prevedere che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato possa comminare diffide e sanzioni previste dalla legge antitrust qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato; segno di una chiara ed evidente commistione di interessi sottesi alla normativa.

⁵⁰⁹ Cfr. per gli altri requisiti, i §§ 1 e 2 dell'art. 3, *DMA*.

⁵¹⁰ Per un diffuso e ampio commento sui rapporti tra le due discipline, v. M. LIBERTINI, *op. ult. cit.*, p. 1 ss.

La normativa italiana, pertanto, sarà applicabile in tutti i casi di imprese non qualificabili *gatekeepers*, con l'ulteriore precisazione posta dall'art. 1, §6, *DMA*, che fa salva (tra le altre) l'applicazione delle norme nazionali in materia di concorrenza che vietano abusi di posizione dominante (lett. a)) e «delle norme nazionali in materia di concorrenza che vietano altre forme di comportamento unilaterale nella misura in cui sono applicate a imprese diverse dai *gatekeeper* o equivalgono all'imposizione di ulteriori obblighi ai *gatekeeper*⁵¹¹» (lett. b)).

Tra le fattispecie che possono interessare entrambe le discipline, inquadrabili sia come abusi di dipendenza economica, sia quali condotte vietate ai fini del *DMA*, meritano qui attenzione le imposizioni di prestazioni accessorie (c.d. *tying contracts*) qualora esse riguardino l'obbligo di acquisizione di dati congiuntamente al servizio di analisi ed elaborazione degli stessi: tale comportamento sarà alternativamente sanzionato dal *DMA* in virtù della tassativa previsione *ex art. 5, §§ 7 e 8*, - se l'obbligo venisse imposto da un *gatekeeper* - oppure *ex art. 9, l. 192/1998*, in qualsiasi altro caso⁵¹².

6. *Le licenze FRAND e le nuove frontiere delle regole del mercato per rimuovere gli ostacoli alla data analysis.* – Le ipotesi vagliate nel corso del presente esame consentono alcune riflessioni conclusive. Lo sviluppo e l'evoluzione delle regole inerenti al mercato digitale sembrano fornire un ventaglio di strumenti sempre più ampio per l'accesso ai dati e all'informazione. Allo stesso tempo, alcuni problemi paiono ancora irrisolti.

Se, per effetto del *DMA*, sembrerebbe venuto meno il problema della indispensabilità dei dati commerciali posseduti dai *gatekeeper* – nel senso per il quale si dovrà rispondere sempre affermativamente alla qualificazione di tali dati come *big data*, quando da loro posseduti –, sembra ancora tutt'altro che pacifica l'identità tra esclusive autoriali (o simil-autoriali) e monopoli.

Da questo punto di vista, l'abuso di dipendenza economica parrebbe rappresentare un'alternativa utile per consentire un superamento della difficoltà di addivenire a una soluzione univoca: l'assenza della necessità di individuare un mercato rilevante, e il solo requisito legato al rapporto

⁵¹¹ Pertanto, per M. LIBERTINI, *op. ult. cit.*, p. 10, dal combinato disposto delle norme citate discenderebbe che la normativa interna «potrà applicarsi integralmente alle piattaforme che non siano designate come *gatekeeper* dalla Commissione, mentre, per i *gatekeeper* designati, potrà applicarsi solo per quelle norme che prevedano “*ulteriori obblighi*” rispetto a quelli già sanciti dal *DMA*».

⁵¹² Cfr. F. VESSIA, *op. ult. cit.*, p. 189. Per M. LIBERTINI, *op. ult. cit.*, p. 13, la fattispecie in questione rappresenta uno dei casi di possibile interferenza tra le norme del *DMA* e quelle sull'abuso di dipendenza economica, con la conclusione che saranno soggetti all'applicazione di quest'ultima normativa i casi di *tying contracts* che non dovessero rientrare tra le ipotesi di cui all'art. 5, §§ 7 e 8, *DMA*.

bilaterale tra due imprese, farebbe di questa figura uno strumento importante per la riconduzione a illiceità di un rifiuto di concedere licenza altrimenti difficilmente sanzionabile⁵¹³.

La recente riforma tedesca rappresenta un modello interessante di interconnessione tra le fattispecie di abuso di posizione dominante e di dipendenza economica, per cui quest'ultima viene definita tale anche nel caso in cui «an undertaking is dependent on accessing data controlled by another undertaking in order to carry out its own activities» (Section 20(1a) della legge antitrust tedesca⁵¹⁴).

Tuttavia, e più in generale, va sottolineato che, anche laddove le autorità dovessero ritenere applicabili la dottrina dell'infrastruttura essenziale o l'abuso di dipendenza economica, è di fondamentale importanza stabilire le specifiche modalità di applicazione in concreto delle licenze obbligatorie⁵¹⁵.

A tal riguardo, il richiamo agli obblighi previsti dal *DMA* per i *gatekeepers* consente di collegarsi ad uno strumento di recente sviluppo e di sempre più frequente applicazione, ossia il *duty to share* imposto alle imprese che rifiutano di condividere le proprie invenzioni brevettate, ritenute *standard essential patents* (SEP), volto a imporre la concessione di una licenza a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie (c.d. *FRAND*, cioè *fair, reasonable and non-discriminatory*).

Infatti, gli obblighi di negoziazione a tali condizioni vengono richiamati dall'art. 6, §§ 11 e 12, *DMA*, rispettivamente, nel caso di rifiuto di fornire l'accesso ai dati generati da utenti finali e del rifiuto di fornire ad utenti commerciali i propri servizi.

⁵¹³ Si veda F. VESSIA, *op. ult. cit.*, p. 188, per la quale «nella dipendenza economica il rifiuto di vendere, o dare in licenza la risorsa posseduta, potrà considerarsi abusivo ove si dimostri che *non vi sia una reale possibilità sul mercato di reperire alternative soddisfacenti*», facendo sì che «se il titolare dei *Big Data* cui venga richiesto il rilascio di una licenza non sia l'unico a possedere quei dati, ma i suoi *dataset* siano notoriamente i più vasti, aggiornati e completi presenti sul mercato, questo potrà essere sufficiente a ritenere *insoddisfacenti* le altre *alternative* reperibili sul mercato» (i corsivi sono dell'Autrice).

⁵¹⁴ Cfr. A. LICASTRO, *op. cit.*, p. 118 ss., spec. 151 ss.

⁵¹⁵ Cfr. G. COLANGELO, *Accesso ai Data e condizioni di licenza F/RAND*, in *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, cit., p. 143 ss., il quale ricorda le parole della Corte Suprema americana nel caso *Trinko*, avvertendo come «nessuna corte dovrebbe sancire un *duty to deal* che non è in grado adeguatamente di giustificare e gestire, in quanto una licenza obbligatoria *improperly designed* può soffocare l'innovazione e il suo *drafting* è un processo altamente complesso, per il quale le autorità antitrust sono *ill-suited*».

Tuttavia, anche il ricorso alle condizioni *FRAND* lascia ampi spazi di incertezza sulle effettive modalità di applicazione della licenza⁵¹⁶.

In generale, va sottolineato come le recenti iniziative del legislatore europeo nell'ambito della regolamentazione del mercato mostrano un interesse che, alla luce delle esigenze della *data-driven economy*, specie in ottica di analisi computazionale, parrebbe aprire la strada a interventi correttivi rispetto ad abusi di dominio sul mercato derivanti dalla concentrazione di dataset nelle mani di uno sparuto numero di imprese.

Il quadro segnalato sembra poter essere ricostruito nei termini per cui l'accesso ai dati scientifici potrebbe essere soddisfatto tramite l'eccezione di ricerca scientifica, sebbene con i limiti ampiamente segnalati sopra; al contrario, a fronte di dati funzionali all'impiego in analisi e contesti commerciali, soccorrerebbero gli strumenti antitrust.

A sua volta, il problema di ricostruire il potere di mercato in caso di giacimenti di dati sembrerebbe essere risolto dal *DMA*, ma solo per i *gatekeepers*. In via residuale, in tutti gli altri casi, il meccanismo garantito dalla repressione dell'abuso di dipendenza economica parrebbe rappresentare il modello più adatto per l'accesso all'informazione.

Mancano, tuttavia, meccanismi di coordinamento tra le discipline attinenti alla proprietà intellettuale in senso stretto e le regole del mercato, con la dottrina dell'*essential facility* (così come interpretata dalla Corte di giustizia) che si mostra non efficacemente adeguata ai contesti moderni.

In particolare, sembra ancora irrisolta l'annosa questione relativa alla rilevanza sul mercato di una esclusiva autoriale (specie se dai tratti utilitaristici), ossia se e quando essa si traduca in una posizione di dominio. Sotto questo punto di vista, non sembra possibile rinvenire una soluzione *ex ante*, ma gli indizi che provengono dal *DMA* – circa la qualifica dei soggetti che eventualmente posseggano tali esclusive –, nonché dalle recenti riforme nazionali sull'abuso di dipendenza economica nei contesti digitali – volti a sanzionare anche solo una posizione di dipendenza e non di dominanza – segnalano un percorso che presenta importanti spunti di evoluzione.

È innegabile, in conclusione, che le regole del mercato possano offrire un opportuno strumento di soluzione ai problemi sollevati dalle eccezioni di text and data mining circa l'accesso ai dati e alle informazioni protetti dal diritto d'autore, in funzione della valorizzazione del carattere trasformativo della data analysis, che ne ampli le condizioni di legittimità anche in presenza di esclusive autoriali sui dati.

⁵¹⁶ Sulla difficoltà di applicare le condizioni *FRAND* per l'accesso a dataset cfr. G. COLANGELO, *op. ult. cit.*, p. 135 ss. Sui limiti dello strumento *FRAND* per le condizioni di licenza, legato ai brevetti, cfr. M. LIBERTINI, *Brevi riflessioni sulla sentenza Huawei*, cit., p. 1 ss.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV. (a cura di), *Confini e fronti dell'innovazione biotecnologica per la proprietà intellettuale*, Milano, 2014.
- AA.VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2020.
- AA.VV., *Mining Text Data* a cura di Aggarwal e Zhai, New York, 2012.
- ABRIANI N., *Le utilizzazioni libere nella società dell'informazione: considerazioni generali*, in *AIDA*, 2002, p. 98 ss.
- ADAM R., TIZZANO A., *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2020.
- AKMAN P., *Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets*, in *European Law Review*, 2022, p. 85 ss.
- ALETRAS N., TSARAPATSANIS D., PREOȚIUC-PIETRO D., LAMPOS V., *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective*, in *PeerJ Computer Science* 2:e93, 2016, reperibile al link <https://peerj.com/articles/cs-93/>.
- ALGERI L., *Intelligenza artificiale e polizia predittiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 724 ss.
- ALPA G., *Il mercato unico digitale*, in *Contr. impr. Europa*, 2021, p. 1 ss.
- ALPAYDIN E., *Introduction to Maching Learning. Fourth edition*, MIT Press, Cambridge (Massachusetts), 2020.
- ANGELICCHIO G., *Spunti sistematici sulle utilizzazioni libere*, in *AIDA*, 2005, p. 1048 ss.
- AREEDA P., *Essential Facilities: an Epithet in Need of Limiting Principles*, in *Antitrust Law Journal*, 1989, pp. 841-853.
- AREZZO E., *Hyperlinks and Making Available Right in the European Union – What Future for the Internet After Svensson?*, in *IIC*, 2014, p. 524 ss.
- AREZZO E., *The «Non-discrimination» portion of the FRAND obligation: an EU perspective*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2021, p. 517 ss.
- ARNLOD R., ROSATI E., *Are national courts the addressees of the InfoSoc three-step test?*, in *JIPLP*, 2015, p. 741 ss.
- ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960.
- AUTERI P., *Attuazione della direttiva 96/9/CE relativa alla tutela giuridica delle banche dati*, in Commentario a cura di Auteri, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2003, p. 1175 ss.
- AUTERI P., *Industrial design e opere d'arte applicate all'industria*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 272 ss.
- AUTERI P., *Internet ed il contenuto del diritto d'autore*, in *AIDA*, 1996, p. 84 ss.
- AUTERI P., *Iperprotezione dei diritti di proprietà intellettuale?*, in *AIDA*, 2007, p. 155 ss.

BANTERLE F., GHIDINI G., *A critical view on the European Commission's Proposal for a Directive on copyright in the Digital Single Market*, in *Giur. comm.*, 2018, I, p. 921 ss.

BANTERLE F., *Ownership of inventions created by Artificial Intelligence*, in *AIDA*, 2016, p. 2 ss.

BARNI A., *Una sentenza storica: i principi relativi all'aspetto semantico della poesia possono escludere il plagio*. in *Dir. aut.*, 2015, p. 384 ss.

BELONGUER L., *AI bias: exploring discriminatory algorithmic decision-making models and the application of possible machine-centric solutions adapted from the pharmaceutical industry*. *AI Ethics*. 2022 Feb 10:1-17. doi: 10.1007/s43681-022-00138-8. Epub ahead of print. PMID: 35194591; PMCID: PMC8830968.

BELLANI V., *Orphan Work in cerca di autore*, in *Dir. aut.*, 2013, p. 262 ss.

BERTANI M., *Banche dati ed appropriazione delle informazioni*, in *Europa e diritto privato*, 2006, p. 319 ss.

BERTANI M., *Big Data, proprietà intellettuale e mercati finanziari*, in *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, a cura di Ghidini e Falce, Milano, 2018, p. 35 ss.

BERTANI M., *Diritto d'autore e connessi*, in L.C. Ubertazzi (a cura di), *La proprietà intellettuale*, nel *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea* diretto da Ajani e Benacchio, vol. XII, Torino, 2011.

BERTANI M., *Diritto d'autore e personaggi di fantasia*, in *AIDA*, 2003, p. 919 ss.

BERTANI M., *Diritto d'autore europeo*, Torino, 2011.

BERTANI M., *Impresa culturale e diritti esclusivi*, Milano, 2000.

BERTANI M., *Open source ed elaborazione di software proprietario*, in *AIDA*, 2004, p. 105 ss.

BERTANI M., *Proprietà intellettuale, antitrust e rifiuto di licenze*, Milano, 2004.

BERTANI M., *Proprietà intellettuale e nuove tecniche di appropriazione delle informazioni*, in *AIDA*, 2005, p. 312 ss.

BERTÒN M. J., *Text and Data Mining Exception in South America: A Way to Foster AI Development in the Region*, in *GRUR Int.*, 2021, p. 1145 ss.

BONOMO G., *L'assenza del "fine commerciale" nelle utilizzazioni libere ex art. 70 l.d.a.*, in *IDA*, 2006, p. 529 ss.

BORGHI M., *Exceptions as users' rights in EU copyright law*, in *CIPPM/Jean Monnet Working Papers*, 2020.

BORGHI M., KARAPAPA S., *Copyright and Mass Digitization*, Oxford, 2013.

BORGHI M., KARAPAPA S., *Non-Display Uses of Copyright Works: Google Books and Beyond*, in *Queen Mary J. Intell. Prop.*, 2011, p. 21 ss.

BOSSHARD M., *La tutela dell'aspetto del prodotto industriale*, Torino, 2015.

BOSTROM N., YUDKOWSKY E., *The Ethics of Artificial Intelligence*, in *Cambridge Handbook of Artificial Intelligence*, a cura di Ramsey e Frankish, Cambridge, 2014, p. 316 ss.

BROWN M., *Exploring Article 8 of the Copyright Directive: Hope for Cultural Heritage*, in *CIPPM/Jean Monnet Working Papers*, 2020.

CALABRESE B., *Scientific TDM exception and communication to the public: did Italians do it better... or at least not worse?*, in *JIPLP*, 2022, p. 399 ss.

CALABRESE B., *Sulla dimensione imprenditoriale e societaria degli organismi di ricerca a fini di text and data mining*, in *Contr. impr.*, 2020, p. 1598 ss.

CAMPOBASSO G. F., *Diritto commerciale. Diritto delle società*, Torino, 2015.

CAREDDA V., *Campioni biologici e Big Data: l'evoluzione del consenso*, in *Dir. fam. pers.*, 2022, p. 1061 ss.

CARRARO G., *Le eccezioni per le opere fuori commercio*, in *AIDA*, 2019, p. 22 ss.

CARRARO G., *Le opere orfane nella prospettiva delle formalità costitutive e pubblicitarie*, in *AIDA*, 2013, p. 107 ss.

CARROLL M. W., *Copyright and the Progress of Science: Why Text and Data Mining Is Lawful*, *UC Davis L. Rev.*, 2019, p. 893 ss.

CARROLL M., *Creative Commons as Conversational Copyright*, in P.K. Yu (a cura di), *Intellectual Property and Information Wealth: Issues and Practises in the Digital Age*, Praeger, 2007, p. 445 ss.

CARULLO G., *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Dir. inf.*, 2021, p. 431 ss.

CASABURI G., *La Cassazione chiude il caso Zingara, tra diritto, estetica marxista e letteratura*, in *Dir. ind.*, 2015, p. 342 ss.

CASALINI L., *Accesso e digitalizzazione nella direttiva "copyright"*, in *Pers. merc.*, 2021, p. 412 ss.

CASO R., *Diritto d'autore, comunicazione al pubblico e misure tecnologiche di protezione contro il "framing": VG Bild-Kunst e l'ultimo cioccolatino della Corte di giustizia*, in *Foro it.*, 2021, IV, p. 456 ss.

CASO R., *I libri nella "tempesta perfetta": dal copyright al controllo delle informazioni digitali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, p. 97 ss.

CASO R., *Il conflitto tra diritto d'autore e ricerca scientifica nella disciplina del text and data mining della direttiva sul mercato unico digitale*, in *Dir. ind.*, 2020, p. 118 ss.

CASO R., *La Corte di giustizia e la tutela delle misure tecnologiche di protezione del diritto d'autore: cinquanta (e più) sfumature di grigio*, in *Foro it.*, 2014, IV, p. 207 ss.

CIAN M., *Le società start up innovative. Problemi definitivi e tipologici*, in *AIDA*, 2013, p. 425 ss.

CODAZZIE., *Scopo di lucro e di beneficio comune nel passaggio da società non benefit a società benefit*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2021, p. 1243 ss.

CODIGLIONE G., *Fair use e funzioni del copyright: uso trasformativo non autorizzato ed incentivo alla conoscenza e alla creatività nel caso "Google Books"*, in *Dir. inf.*, 2016, p. 196 ss.

COGO A., *Il plagio d'opera musicale tra identità del testo e diversità del contesto*, in *Giur. it.*, 2016, p. 106 ss.

COLANGELO G., *Accesso ai Data e condizioni di licenza F/RAND*, in *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, a cura di Ghidini e Falce, Milano, 2018, p. 143 ss.

COLANGELO G., *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, in *Merc. conc. reg.*, 2016, p. 425 ss.

COLANGELO G., *Enforcing Copyright Through Antitrust? The strange case of news publishers against digital platforms*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2022, 1, p. 133 ss.

COLANGELO G., *L'antitrust, i patent pools e le tragedie della (intellectual) property governance*, in *Merc. conc. reg.*, 2004, p. 54 ss.

COLANGELO G., *Le misure escludenti come illecito antitrust nel diritto comunitario*, in *Dir. ind.*, 2010, p. 61 ss.

COLANGELO G., PARDOLESI R., *Faraway, so close: proprietà intellettuale ed essential facility in Cina (e altrove...)*, in *Merc. conc. reg.*, 2015, p. 475 ss.

CONTALDI G., *Il DMA (Digital Markets Act) tra tutela della concorrenza e protezione dei dati personali*, in *OIDU*, 2021, p. 292 ss.

CORNISH W. ET AL., *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 2013, London.

COSSU M., *Spin-off universitari e accademici in forma societaria. Spunti sul modello organizzativo dello spin-off*, in *Aa.Vv., Impresa e mercato: studi in onore di Mario Libertini*, tomo I, Milano, 2015, p. 119 ss.

CURLEY D., *Balancing intellectual property rights and competition law in a dynamic, knowledge-based European economy*, in M. Perez Pugatch (a cura di), *The Intellectual Property Debate*, Cheltenham (UK), 2006, p. 213 ss.

CZARNY-DROŹDZEJKO E., *The Subject-Matter of Press Publishers' Related Rights Under Directive 2019/790 on Copyright and Related Rights in the Digital Single Market*, in *IIC*, 2020, p. 624 ss.

D'ALBERTI D., *Google e le nuove autorità private: la metamorfosi dal fatto al diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 745 ss.

DE MICHELIS C. A., *Il Digital Services Act: i nuovi obblighi volti a migliorare la lotta alla contraffazione e i temi aperti*, in *Dir. ind.*, 2022, p. 171 ss.

DE SANCTIS V., *I disegni e modelli ornamentali dopo la Direttiva 98/71/CE*, in *AIDA*, 1999, p. 291 ss.

DE SANTIS F., *Verso una riforma del diritto d'autore. Libertà di ricerca e libera circolazione della conoscenza*, in *Riv. dir. ind.*, 2013, I, p. 118 ss.

DENOZZA F., *Il rifiuto di licenza come abuso: bilanciamento "ad hoc" o bilanciamento categorico?*, in *Studi in memoria di Paola A. E. Frassi*, 2010, p. 161 ss.

DERCLAYE E., *Database sui generis right: what is a substantial investment? A tentative definition*, in *IIC*, 36, 2005, p. 2 ss.

DERCLAYE E., HUSOVEC M., *Sui generis database protection 2.0: judicial and legislative reforms*, in *EIPR*, 2022, p. 323 ss.

DERCLAYE E., *The Legal Protection of Databases: A Comparative Analysis*, Cheltenham-Northampton, 2008.

DERCLAYE E., *The Legal Protection of Databases: A Comparative Analysis*, Edward Elgar, 2008.

DICATALDO V., *Banche-dati e diritto sui generis: la fattispecie costitutiva*, in *AIDA*, 1997, p. 20 ss.

DICATALDO V., *La questione brevettuale all'inizio del XXI secolo*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, I, p. 37 ss.

DI LAZZARO F., *Fenomenologia del Three-Step test: evoluzione sistematica dell'istituto, approfondimenti del rapporto con le eccezioni e limitazioni nei sistemi "chiusi", cenni comparativi con il Fair use e valutazioni sull'applicazione di sistemi complementari*, in *Dir. aut.*, 2019, p. 47 ss.

DONATI A., *La fondazione giusnaturalistica del diritto sulle opere dell'ingegno*, in *AIDA*, 1997, p. 405 ss.

DREXL J. ET AL., *Data Ownership and Access to Data, Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 16 August 2016 on the Current European Debate*, 2016.

DREXL J., *Designing Competitive Markets for Industrial Data – Between Propertisation and Access*, in *JIPITEC*, 2017, p. 257 ss.

DREXL J., *Intellectual Property and Antitrust Law. IMS Health and Trinko—Antitrust Placebo for Consumers Instead of Sound Economics in Refusal-to-Deal Cases*, in *IIC*, 2004, p. 788 ss.

DUCATO R., *Data protection, scientific research, and the role of information*, 2020, in *Computer Law and Security Review*, p. 412 ss.

DUCATO R., STROWEL A., *Artificial Intelligence and Text and Data Mining: A Copyright Carol*, in E. Rosati (a cura di), *The Routledge Handbook of EU Copyright Law*, Londra, 2021, p. 294 ss.

DUCATO R., STROWEL A., *Ensuring text and data mining: remaining issues with the EU copyright exceptions and possible ways out*, in *EIPR*, 2021, p. 322 ss.

DUCATO R., STROWEL A., *Limitations to Text and Data Mining and Consumer Empowerment: Making the Case for a Right to "Machine Legibility"*, in *IIC*, 2019, p. 649 ss.

DURANTE D., MOGLIA G., NICITA A., *La nozione di "Essential Facility" tra regolamentazione e antitrust. La costruzione di un test*, in *Merc. conc. reg.*, 2001, p. 257 ss.

DUSOLLIER S., *The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some Progress, a Few Bad Choices, and an Overall Failed Ambition*, in *Common Market Law Review*, 2020, p. 979 ss.

DUSOLLIER S., *The Limitations and Exceptions to Copyright and Related Rights for Libraries, Research and Teaching Uses*, in J. P. Triaille (a cura di), *Study On The Application Of Directive 2001/29/EC On Copyright And Related Rights In The Information Society (the “Infosoc Directive”)*, European Union, 2013.

ERRIGO E., *“Big healthcare data sets”: circolazione e nuove forme di appartenenza*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2022, p. 85 ss.

FABBIO P., *Contro una tutela autoriale “facile” del design. Considerazioni a margine di una recente pronuncia della Cassazione tedesca (Bundesgerichtshof, sent. 13 novembre 2013 – “Geburtstagszug”) e brevi note sul diritto italiano vigente*, in *Riv. dir. ind.*, 2015, p. 45 ss.

FABBIO P., *Opere protette e requisiti di tutela nel diritto d’autore UE*, in *AIDA*, 2016, p. 281 ss.

FABIANI M., *La nozione di uso personale nel diritto d’autore nei confronti delle possibilità offerte dalla tecnica moderna di utilizzazione delle opere dell’ingegno*, in *IDA*, 1955, p. 176 ss.

FALCE V. (a cura di), *Competition law enforcement in digital markets*, Torino, 2021.

FALCE V., *Big Data, Dataset e diritti esclusivi. Liaisons dangereuses tra innovazione e mercato*, in *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, a cura di Ghidini e Falce, Milano, 2018, p. 113 ss.

FALCE V., BIXIO M.L., *Verso un nuovo diritto connesso a favore degli editori on line. Brevi note su recenti derive (iper)-protezionistiche*, in *Dmit.it*, 2017, p. 1 ss.

FALCE V., FARAONE F., *Mercati digitali e DMA: note minime in tema di enforcement*, in *Dir. ind.*, 2022, p. 5 ss.

FALCE V., *L’“insostenibile leggerezza” delle regole sulle banche dati nell’Unione dell’innovazione*, in *Riv. dir. ind.*, 2018, I, p. 377 ss.

FALCE V., *La disciplina comunitaria sulle banche dati. Un bilancio a dieci anni dall’adozione*, in *Riv. dir. ind.*, 2006, p. 227 ss.

FALCE V., *La modernizzazione del diritto d’autore*, Torino, 2012.

FALCE V., *Rapporti asimmetrici fra imprese e soluzioni pro-concorrenziali*, in *Rivista di diritto industriale*, 2021, I, p. 189 ss.

FAMENGO A., *Giornali: on line vs. carta*, in *Almanacco della Scienza*, 4 settembre 2019.

FICI A., *L’impresa sociale e le altre imprese del terzo settore*, in *AGE*, 2018, p. 19 ss.

FICI A., *La nuova impresa sociale*, in ID. (a cura di), *La riforma del terzo settore e dell’impresa sociale. Una introduzione*, Napoli, 2018, p. 343 ss.

FINOCCHIARO G., *La proposta di regolamento sull’intelligenza artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del rischio*, in *Dir. inf.*, 2022, p. 303 ss.

FLORIDI L., COWLS J., *A Unified Framework of Five Principles for AI in Society*, in *Harvard Data Science Review*, 2019.

FLYNN S., GEIGER C., QUINTAIS J. P., *Implementing User Rights for Research in the Field of Artificial Intelligence: A Call for Action at International Level*, in *Kluwer Copyright Blog*, 2020.

FRANCESCHELLI R., *Contenuto e limiti del diritto industriale*, in *Studi riuniti di diritto industriale*, Milano, 1972.

FRANKENREITER J., LIVERMORE M. A., *Computational Methods in Legal Analysis*, in *Annual Review of Law and Social Science, Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper*, 2020, reperibile al link <https://ssrn.com/abstract=3568558>;

FRANZOSI M., *Misure tecnologiche di protezione del diritto d'autore (art. 102 quater L.A.)*, in *Riv. dir. ind.*, 2016, II, p. 544 ss.

FRASSI P. E., *Riflessioni sul diritto d'autore. Problemi e prospettive nel mondo digitale*, in *Riv. dir. ind.*, 2002, I, p. 370 ss.

FRASSI P.E., *Creazioni utili e diritto d'autore*, Milano, 1997.

G. GUGLIELMETTI, *La tutela del segreto*, in C. Galli (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto dei brevetti*, Torino, 2003.

GALLI C., BOGNI M., *I requisiti per la tutela IP dei Big Data*, in *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, a cura di Ghidini e Falce, Milano, 2018, p. 93 ss.

GALLI C., *Diritti di proprietà intellettuale e remunerazione degli investimenti*, in *AIDA*, 2005, p. 68 ss.

GALLI C., *L'attuazione della direttiva comunitaria sulla protezione di disegni e modelli*, in *NLCC*, 2001, p. 883 ss.

GALLI C., *Le utilizzazioni libere: ricerca*, in *AIDA*, 2002, p. 135 ss.

GATTI L., *Access to the data: the European solution for text and data mining and the development of artificial intelligence*, in *Master of Laws in Intellectual Property – 2019/2020, WIPO Academy*, University of Turin and International Training Centre of the ILO.

GATTI L., *The European solution for text and data mining: a focus on the opt-out system provided by Article 4 of the DSM Directive*, in *EIPR*, 2021, p. 765 ss.

GEIGER C. ET AL., *Declaration on a balanced interpretation of the Three-Step Test in Copyright Law*, in *IIC*, 2008, p. 707 ss.

GEIGER C., BULAYENKO O., FROSIO G., *The Introduction of a Neighbouring Right for Press Publisher at EU Level: the Unneeded (and Unwanted) Reform*, in *EIPR*, 2017, p. 202 ss.

GEIGER C., *Copyright as an Access Right, Securing Cultural Participation through the Protection of Creators' Interests*, in *What if we could reimagine copyright?*, a cura di R. Giblin and K. G. Weatherall, ANU Press, 2016, p. 73 ss.

GEIGER C., *From Berne to National Law, via the Copyright Directive: The Dangerous Mutations of the Three-Step Test*, in *EIPR*, 2007, p. 486 ss.

GEIGER C., FROSIO G., BULAYENKO O., *Text and Data Mining in the Proposed Copyright Reform: making EU Ready for an Age of Big Data?*, in *IIC*, 2018, p. 814 ss.

GEIGER C., GERVAIS D., SENFTLEBEN M., *The Three Step Test Revisited How to Use the Test's Flexibility in National Copyright Law*, in *American University International Law Review*, 2014, p. 581 ss.

GEIGER C., GRIFFITHS J., HILTY R.M., *Towards a Balanced Interpretation of the 'Three-step test' in Copyright Law*, in *EIPR*, 2008, p. 489 ss.

GEIGER C., IZYUMENKO E., *The constitutionalisation of intellectual property law in the EU and the Funke Medien, Pelham and Spiegel Online decisions of the CJEU: progress, but still some way to go!*, in *IIC*, 2020, p. 282 ss.

GEIGER C., *Promoting Creativity through Copyright Limitations: Reflections on the Concept of Exclusivity in Copyright Law*, in *Vanderbilt Journ. Ent. & Tech. Law*, 2010, p. 515 ss.

GEIGER, *The Missing Goal-Scorers in the Artificial Intelligence Team: Of Big Data, the Fundamental Right to Research and the failed Text and Data Mining Limitations in the CSDM Directive*, in *Intellectual Property and Sports, Essays in Honour of P. Bernt Hugenholtz*, Senftleben, Poort, Van Eechoud, Van Gompel, Helberger (a cura di), Alphen Aan Den Rijn, 2021, p. 383 ss.

GERVAIS D. J., *Feist Goes Global: A Comparative Analysis of the Notion of Originality in Copyright Law*, in *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, 2002, p. 949 ss.

GERVAIS D., *Exploring the interfaces between Big Data and Intellectual Property Law*, in *JIPITEC*, 2019, p. 22 ss.

GHIDINI G., *Exclusion and Access in Copyright Law: The Unbalanced Features of the European Directive on "Information Society" (InfoSoc)*, in *Riv. dir. ind.*, 2013, I, p. 5 ss.

GHIDINI G., *Prospettive "protezioniste" nel diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 1995, I, p. 73 ss.

GHIDINI G., *Prospettive «protezionistiche» del diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 1995, I, p. 73 ss.

GINSBURG J. C., *People Not Machines: Authorship and What It Means in the Berne Convention*, in *IIC*, 2018, p. 131 ss.

GINSBURG J., *Berne – Forbidden Formalities and Mass Digitalization*, in *Boston University Law Review*, 2016, p. 746 ss.

GIULIANO M., *Regolare l'infosfera*, in *Contr. impr.*, 2021, p. 885 ss.

GLAZER K. L., LIPSKY A. B., *Unilateral Refusals To Deal Under Section 2 of The Sherman Act*, in *Antitrust Law Journal*, 1995, p. 749 ss.

GOLDSTEIN P., *Intellectual Property. The tough new realities that could make or break your business*, New York, 2007.

GRANIERI M., *Analisi economica dei beni comuni: una rilettura critica e una proposta*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, p. 403 ss.

GRANIERI M., *Soluzioni contrattuali agli "anticommons" ("pooling, collecting, standards")*. *Esperienze europee e statunitensi a confronto*, in *AIDA*, 2013, p. 277 ss.

GRECO P., VERCELLONE P., *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in *Tratt. dir. civ. italiano* diretto da Vassalli, XI, III, Torino, 1974, p. 164 ss.

GRIFFITHS J., *European Union copyright law and the Charter of Fundamental Rights – Advocate General Spuznar's Opinions in (C-469/17) Funke Medien, (C-476/17) Pelham GmbH and (C-516/17) Spiegel Online*, in *ERA Forum*, 2019, p. 35 ss.

GUGLIELMETTI G., *Il diritto di comunicazione e messa a disposizione del pubblico*, in *AIDA*, 2010, p. 147 ss.

GUGLIELMETTI G., *La tutela delle banche dati con diritto sui generis nella direttiva 96/9/CE*, in *Contr. impr. Europa*, 1997, p. 180 ss.

GUGLIELMETTI G., *Riproduzione e riproduzione temporanea*, in *AIDA*, 2002, p. 3 ss.

GUIBAULT L. ET AL., *Study on The Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society*, in *Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-18*, 2012, p. 57 ss.

HARDIN G., *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 1968, p. 1243 ss.

HE T., *Copyright Exceptions Reform and AI Data Analysis in China: A Modest Proposal*, in *Artificial Intelligence and Intellectual Property*, a cura di Lee, Hilty e Liu, Oxford, 2021, p. 196 ss.

HEARST M.A., in *What is text mining?*, SIMS, Berkley, 17 ottobre 2003.

HELLER M. A., *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Market*, in *Har. L. Rev.*, 1998, p. 621 ss.

HILTY R. M., KOKLU K., *Limitations and Exceptions to Copyright in the Digital Age. Four Cornerstone for a Future-Proof Legale Framework in EU*, in I. A. Stamatoudi (a cura di), *New Developments in EU and International Copyright Law*, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 283 ss.

HILTY R., RICHTER H., *Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition on the Proposed Modernisation of European Copyright Rules, Part B – Exceptions and Limitations (Art. 3 – Text and Data Mining)*, in *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 17-02*, 2017.

HUGENHOLTZ P. B. (a cura di), *Copyright Reconstructed Rethinking Copyright's Economic Rights in A Time of Highly Dynamic Technological and Economic Change*, Alphen aan den Rijn, 2018.

HUGENHOLTZ P. B., *Against 'Data Property'*, In H. Ullrich, P. Drahos, & G. Ghidini (a cura di), *Kritika: Essays on Intellectual Property*, Cheltenham, 2018, p. 48 ss.

HUGENHOLTZ P. B., *Data Property: Unwelcome Guest in the House of IP*, in *IViR*, 2017.

HUGENHOLTZ P. B., *Limits, limitations and exceptions to copyright under the TRIPS Agreement*, in C. M. Correa (a cura di), *Research handbook on the protection of intellectual property under WTO rules*, Cheltenham, 2010, p. 319 ss.

HUGENHOLTZ P. B., *The New Copyright Directive: Text and Data Mining (Articles 3 and 4)*, in *Kluwer Copyright Blog*, 2019.

HUGENHOLTZ P. B., VAN VELZE S., *Communication to a New Public? Three Reasons Why EU Copyright Law Can Do Without a “New Public”*, in *IIC*, 47(7), 2016, p. 797 ss.

HUGENHOLTZ P. B., *Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid*, in *EIPR*, 2000, pp. 501-502.

HUGENHOLTZ P.B., *Something Completely Different: Europe’s Sui Generis Database Right*, in Frankel e Gervais (a cura di), *The Internet and the Emerging Importance of New Forms of Intellectual Property*, L’Aja, 2016, p. 205 ss.

JACQUES S., *On the wax or wane? The influence of fundamental rights in shaping exceptions and limitations*, in E. ROSATI (a cura di), *Routledge Handbook of EU Copyright Law*, cit., reperibile al link https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4253081.

K. WALSH, WALLACE A., PAVIS M., OLSZOWY N., GRIFFIN J., HAWKINS N., *Intellectual Property Rights and Access in Crisis*, in *IIC*, 2021, p. 379 ss.

KARAPAPA S., *The Press Publication Right in the European Union: an Overreaching Proposal and the Future of News Online*, in E. Bonadio, N. Lucchi (a cura di), *Non-Conventional Copyright: Do New and Non-Traditional Works Deserve Protection?*, Cheltenham-Northampton, 2018, p. 316 ss.

KITCHIN R., MCARDLE G., *What makes Big Data, Big Data? Exploring the ontological characteristics of 26 datasets*, in *Big Data & Society*, 2016, p. 1 ss.

KOHLER J., *Das Autorrecht*, Gustav Fischer Verlag, Jena, 1880.

LAMPING M., *Refusal to License as an Abuse of Market Dominance – From Commercial Solvents to Microsoft*, in R. M. Hilty e Kung-Chung Liu (a cura di), *Compulsory Licensing. Practical Experiences and Ways Forward*, Heidelberg e a., Springer, 2014, p. 121 ss.

LAVAGNINI S. (a cura di), *Il diritto d’autore nel mercato unico digitale*, Torino, 2022.

LAVAGNINI S., *Intelligenza artificiale e proprietà intellettuale: proteggibilità delle opere e titolarità dei diritti*, in *Dir. aut.*, 2018, p. 452 ss.

LAVAGNINI S., *La direttiva digital copyright: evoluzione normativa e interessi in campo*, in *AIDA*, 2019, p. 208 ss.

LEDFORD H., *Millions of black people affected by racial bias in health-care algorithms*, in *Nature*, 2019, p. 608 ss.

LEHMANN M., *La teoria dei Property Rights e la protezione della proprietà intellettuale e commerciale: una analisi giuridica ed economica*, in *Riv. dir. ind.*, 1984.

LEVAL P., *Toward a Fair Use Standard*, in *Harvard Law Review*, 1990, p. 1105 ss.

LEVENDOWSKI A., *How Copyright Law Can Fix Artificial Intelligence’s Implicit Bias Problem*, in *Wash. L. Rev.*, 2018, p. 579 ss.

LIBERTINI M., *Brevi riflessioni sulla sentenza Huawei: verso una regolazione delle licenze FRAND di ‘Standard Essential Patents’*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 1/2017, p. 1 ss.

LIBERTINI M., *Digital markets and competition policy. Some remarks on the suitability of the antitrust toolkit. Mercati digitali e politica della concorrenza. Alcune riflessioni sull'efficacia dei tradizionali strumenti antitrust nel contesto digitale*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2021, p. 337 ss.

LIBERTINI M., *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014, p. 267 ss.

LIBERTINI M., *I centri di ricerca e le invenzioni dei dipendenti nel codice della proprietà industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 2006, p. 49 ss.

LIBERTINI M., *Il rapporto tra direttiva e decreto di attuazione e l'applicabilità in via interpretativa delle disposizioni comunitarie non inserite nel codice*, in C. GALLI (a cura di), *Il nuovo diritto del know-how e dei segreti commerciali*, Milano, 2018.

LIBERTINI M., *Impresa, proprietà intellettuale e Costituzione*, in *AIDA*, 2005, p. 50 ss.

LIBERTINI M., *La presunzione di dipendenza economica nei mercati digitali. Un commento all'art 33 della legge 5 agosto 2022, n. 118*, consultabile in *academia.edu*, p. 1 ss., destinato a *Orizzonti del diritto commerciale*, 2023.

LIBERTINI M., *Tutela e promozione delle creazioni intellettuali e limiti funzionali della proprietà intellettuale*, in *AIDA*, 2014, p. 299 ss.

LICASTRO A., *La riscoperta dell'abuso di dipendenza economica nell'era dei mercati digitali*, in *federalismi.it*, 2022, p. 118 ss.

LIONELLO L., *La creazione del mercato europeo dei dati: sfide e prospettive*, in *Dir. comm. int.*, 2021, p. 675 ss.

LOFFREDO E., *L'impresa di spettacoli, anche sportivi*, in *AIDA*, 2007, p. 313 ss.

LOFFREDO E., *Open source e appartenenza del software*, in *AIDA*, 2004, p. 67 ss.

LOFFREDO E., *Privative industriali e vantaggi competitivi*, in *Giornate di studio in ricordo di Giorgio Oppo: "uomo, persona e diritto"*, Atti dei convegni Lincei, Roma, 2010, p. 377 ss.

LOFFREDO E., *Start up innovative e lucratività*, in *Start-up e PMI innovative: scelte statutarie e finanziamento*, a cura di Corso, Atti del Convegno di Studi, Cagliari, 2018, p. 21 ss.

MAGGIOLINO M., *I Big Data e il diritto antitrust*, Milano, 2018.

MAGGIOLINO M., *L'abuso di posizione dominante ed il trasferimento di diritti di proprietà intellettuale*, in A. Catricalà, E. Gabrielli (a cura di), *I contratti nella concorrenza*, Torino, 2011, p. 873 ss.

MANSANI L., *Le eccezioni per estrazione di testo e dati, didattica e conservazione del patrimonio culturale*, in *AIDA*, 2019, p. 3 ss.

MANTELERO A., *La privacy all'epoca dei Big Data*, in *I dati personali nel diritto europeo* a cura di D'Orazio, Cuffaro, Ricciuto, Torino, 2019.

MANZINI P., *Unraveling the proposal of Digital Market Act*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2021, p. 435 ss.

MARASÀ G., *Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984.

- MARCHEGIANI L., *Opere "utili" e libertà della concorrenza*, Milano, 2006.
- MARGONIT., *Eccezioni e limitazioni al diritto d'autore in Internet*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1959 ss.
- MARGONIT., KRETSCHMER M., *A Deeper Look into the EU Text and Data Mining Exceptions: Harmonisation, Data Ownership, and the Future of Technology*, in *GRUR Int.*, 2022, p. 685 ss.
- MARI G., *Improvvisazioni d'autore*, in *Dir. aut.*, 2007, p. 549 ss.
- MASTROIANNI R., *Proprietà intellettuale e costituzioni europee*, in *AIDA*, 2005, p. 9 ss.
- MASUCCI A., *L'automatizzazione delle decisioni amministrative algoritmiche fra "big data" e "machine learning". Verso l'"algocratic governance"?*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 265 ss.
- MATULIONYTE R., *Australian Copyright Law impedes the development of Artificial Intelligence: what are the options?*, in *IIC*, 2021, p. 417 ss.
- MCWHIRTER A., *Communication to the public online: protecting copyright or breaking the Internet?*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2020, p. 390 ss.
- MELI V., *Rifiuto di contrarre e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Torino, 2003.
- MELI V., *Standard Essential Patents e licenze a condizioni FRAND nel diritto della UE: equità e ragionevolezza tra antitrust e regolazione*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2017, p. 489 ss.
- MEZZANOTTE F., *Le «eccezioni e limitazioni» al diritto d'autore UE (parte II: le libere utilizzazioni nell'ambiente digitale)*, in *AIDA*, 2017, p. 300 ss.
- MEZZANOTTE F., *Le «eccezioni e limitazioni» al diritto d'autore UE*, in *AIDA*, 2016, p. 480 ss.
- MEZZETTI C. E., *Diritti di proprietà intellettuale e abuso di posizione dominante: da Magill a Microsoft*, in *Dir. ind.*, 2008, p. 246 ss.
- MIDIRI M., *Le piattaforme e il potere dei dati (Facebook non passa il Reno)*, in *Dir. inf.*, 2021, p. 111 ss.
- MINER G., *Practical Text Mining and Statistical Analysis for Non-structured Text Data Applications*, Academic Press, 2012.
- MOGLIA G., DURANTE D., *Le essential facility e la creazione di nuovi mercati concorrenziali: recenti sviluppi tra antitrust e regolamentazione*, in *Concorrenza e mercato*, 1999, p. 299 ss.
- MOLITERNI A., *La legge annuale sul mercato e la concorrenza ai tempi del PNRR*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2022, p. 581 ss.
- MONTAGNANI M. L., AIME G., *Il text and data mining e il diritto d'autore*, in *AIDA*, 2017, p. 377 ss.
- MONTAGNANI M. L., *La libera circolazione dei dati al bivio. Tra tutela dei dati personali e promozione dell'intelligenza artificiale europea*, in *Merc. conc. reg.*, 2019, p. 293 ss.

- MONTAGNANI M. L., *Le utilizzazioni delle opere orfane*, in *AIDA*, 2013, p. 162 ss.
- MONTEROSSO M. W., *La comunicazione al pubblico di opere protette dal diritto d'autore nel "World Wide Web". Limiti all'utilizzo degli "hyperlink" per viaggiare nel cyberspazio*, in *Jus civile*, 2021, p. 736 ss.
- MONTEROSSO M.W., *Estrazione e (ri)utilizzo di informazioni digitali all'interno della rete Internet. Il fenomeno del c.d. web scraping*, in *Dir. inf.*, 2020, p. 327 ss.
- MOSCATI L., *Lo Statuto di Anna e le origini del Copyright nell'Inghilterra del Settecento*, in *Aa.Vv., Fides. Humanitas. Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, Napoli, 2007, p. 3671 ss.
- MUCIACCIA N., *Diritti connessi e tutela delle opere dell'intelligenza artificiale*, in *Giur. comm.*, 2020, I, p. 761 ss.
- MUCIACCIA N., *Osservazioni preliminari per uno studio sul riutilizzo dei big healthcare data*, in *Riv. dir. priv.*, 2020, p. 345 ss.
- MUSCOLO G., *Big data e concorrenza. Quale rapporto?*, in *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, a cura di Falce, Olivieri, Ghidini, Milano, 2018, p. 173 ss.
- MUSSO A., *Diritto d'autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja, Branca, Bologna-Roma, 2008.
- MUSSO A., *Eccezioni e limitazioni ai diritti d'autore nella direttiva UE n. 790/2019*, in *Dir. inf.*, 2020, p. 411 ss.
- MUSSO A., *L'impatto dell'ambiente digitale su modelli e categorie dei diritti d'autore o connessi*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 2018, p. 471 ss.
- NEBBIA P., *I diritti connessi di editori ed autori di pubblicazioni di carattere giornalistico*, in A. Cogo (a cura di), *Il diritto d'autore nel mercato unico digitale*, in *Giur. it.*, p. 1283 ss.
- NIVARRA L., *"Anticommons and legal standards"*, in *AIDA*, 2013, p. 260 ss.
- NIVARRA L., *La proprietà Europea tra controriforma e «rivoluzione passiva»*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 575 ss.
- NOTO LA DIEGA G., *Internet of Things and the Law. Legal Strategies for Consumer-Centric Smart Technologies*, Londra, 2022.
- NOTO LA DIEGA G., *Le idee e il muro del suono. I programmi per elaboratore nella più recente giurisprudenza europea*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, II, p. 579 ss.
- NUZZO G., *Impresa e società nell'era digitale (appunti)*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2022, p. 417 ss.
- OBERMEYER Z., POWERS B., VOGELI C., MULLAINATHAN S., *Dissecting racial bias in an algorithm used to manage the health of populations*, in *Science*, 2019, p. 447 ss.
- OLIVIERI G., *Sulle "relazioni pericolose" fra "antitrust" e "privacy" nei mercati digitali*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2021, p. 359 ss.
- OPPO G., *Conversazione sul diritto industriale*, in *AIDA*, 2003, p. 337 ss.

- OPPO G., *Creazione ed esclusiva nel diritto industriale*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 187 ss.
- OPPO G., *Creazione intellettuale, creazione industriale e diritti di utilizzazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, p. 1 ss.
- OSTI C., *Nuovi obblighi di contrarre*, Torino, 2004.
- OTTOLIA A., *Big Data e innovazione computazionale*, Torino, 2017.
- OTTOLIA A., *Il d. lgs. n. 63/18 di attuazione della dir. 2016/943/UE sulla protezione dei segreti commerciali fra tutela e bilanciamenti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, p. 1091 ss.
- OTTOLIA A., *L'interferenza permanente fra proprietà intellettuale e libertà di espressione nel diritto dell'Unione Europea: una proposta di bilanciamento*, in *AIDA*, 2016, p. 157 ss.
- OTTOLIA A., *L'opt out commons nella nuova disciplina del data mining*, in *Il diritto d'autore nel mercato unico digitale* a cura di Cogo, *Giur. it.*, 2022, p. 1253 ss.
- OTTOLIA A., *L'utilizzo computazionale dell'opera dell'ingegno in internet*, in *AIDA*, 2014, p. 386 ss.
- OTTOLIA A., ROSSI P., *Il problema della trasparenza algoritmica*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2020, p. 85 ss.
- OTTOLIA A., *The Public Interest and Intellectual Property Models*, Torino, 2010
- PARDOLESI R., *Diritti della personalità*, in *AIDA*, 2005, p. 3 ss.
- PARDOLESI R., GRANIERI M., *Licenza obbligatoria ed essential facilities nell'antitrust comunitario*, in *Riv. dir. ind.*, 2004, II, p. 323 ss.
- PARDOLESI R., GRANIERI M., *Proprietà intellettuale e concorrenza: convergenza finalistica e liaisons dangereuses*, in *Foro it.*, 2003, V, p. 193 ss.
- PARRELLO S., *Osservazioni in tema di plagio musicale. Il caso "Zingara"*, in *Riv. dir. ind.*, 2015, II, p. 270 ss.
- PASTUGLIA G. L., *Prime note in materia di coordinamento tra disciplina delle pratiche commerciali scorrette e regole privacy*, in *Dir. ind.*, 2021, p. 518 ss.
- PENNISI R., *L'applicazione della Direttiva Copyright in Digital Single Market ai diritti connessi*, in *AIDA*, 2019, p. 189 ss.
- PERITZ R. J. R., *Microsoft e il flusso di informazioni. Note (comparatistiche) dal fronte antitrust/proprietà intellettuale*, in *Merc. conc.*, 2007, p. 523 ss.
- PIOLA CASELLI E., *Codice del diritto d'autore. Commentario della nuova legge 22 aprile 1941, n. 633*, Torino, 1943.
- PIOLA CASELLI E., *Del diritto d'autore. Trattato*, Napoli, 1907.
- PIZZOFERRATO A., *Digitalisation of work: new challenges to labour law*, in *ADL*, 2021, p. 1329 ss.
- POLO M., SASSANO A., *Dma: "Digital Markets Act" o "Digital Markets Armistice"?*, in *Merc. conc. reg.*, 2021, p. 501 ss.

PRIORA G., *Diritto d'autore e accesso all'informazione giornalistica: accanimento o lungimiranza del legislatore comunitario?*, in *Dir. inf.*, 2020, p. 833 ss.

QUINTAIS J. P., *The New Copyright in the Digital Single Market Directive: A Critical Look*, in *EIPR*, 2020, p. 28 ss.

QUINTARELLI S., *Capitalismo immateriale. Le tecnologie digitali e il nuovo conflitto sociale*, Torino, 2019, p. 109 ss.

RAMALHO A., *Beyond the Cover Story – An Enquiry into the EU Competence to Introduce a Right for Publishers*, in *IIC*, 2017, p. 71 ss.

RAPISARDA I., *Ricerca scientifica e circolazione dei dati personali. Verso il definitivo superamento del paradigma privatistico?*, in *Europa e dir. priv.*, 2021, p. 301 ss.

RAUE B., *Free flow of data? The friction between the Commission's European data economy initiative and the proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market*, in *IIC*, 2018, p. 379 ss.

REICHMAN J. H., *Database Protection in a Global Economy*, in *Revue Internationale de Droit Economique*, 2002, p. 455 ss.

REICHMAN J.H., *Legal Hybrids Between the Patent and Copyright Paradigms*, in *Col. L. Rev.*, 1994, p. 2434 ss.

REICHMAN J.H., SAMUELSON P., *Intellectual Property Rights in Data?*, in *Vanderbilt Law Rev.*, 1997, p. 51 ss.

REICHMAN J.H., UHLIR P.F., *Database Protection at the Crossroads: Recent Developments and their Impact on Science and Technology*, in *Berkley Tech. L. J.*, 1999, p. 793 ss.

RENDAS T., *Does size matter? The press publishers' right and the implementation of the 'very short extracts' limitation*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2022, p. 473 ss.

RENDAS T., *Spiegel Online: Do copyright exceptions and fundamental rights make easy bedfellows*, in *JIPLP*, 2018, p. 10 ss.

RESTA G., *Cosa c'è di 'Europeo' nella proposta di regolamento UE sull'intelligenza artificiale?*, in *Dir. inf.*, p. 323 ss.

RESTA G., *La privatizzazione della conoscenza e la promessa dei beni comuni: riflessioni sul caso 'Myriad Genetics'*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 281 ss.

RICKETSON S., GINSBURG J. C., *International Copyright and Neighbouring Rights: the Berne Convention and Beyond*, Oxford-New York, 2006.

RICKETSON S., *People or Machines: The Berne Convention and the Changing Concept of Authorship*, in *16 Colum.-VLA J.L. & Arts 1*, 1991, p. 1 ss.

RICOLFI M., *Comunicazione al pubblico e distribuzione*, in *AIDA*, 2002, p. 48 ss.

RICOLFI M., *Diritto d'autore e abuso di posizione dominante*, in *Riv. dir. ind.*, 2001, I, p. 149 ss.

RICOLFI M., *Il diritto d'autore*, in *Aa.Vv., Diritto industriale*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da Cottino, Padova, 2001, p. 362 ss.

RICOLFI M., *Internet e le libere utilizzazioni*, in *AIDA*, 1996, p. 115 ss.

RICOLFI M., *IP Limitations and Exceptions and Competition: A Normative Assessment*, in *AIDA*, 2013, p. 306 ss.

RICOLFI M., *La tutela delle pubblicazioni giornalistiche in caso di uso online*, in *AIDA*, 2019, p. 33 ss.

RODRIGUEZ MORENO S., *La nuova disciplina delle opere orfane*, in *NLCC*, 2015, p. 893 ss.

ROMANO R., *Attribuzione e revoca dello status di opera orfana ovvero nemesi dell'iperprotezionismo*, in *AIDA*, 2013, p. 124 ss.

ROMANO R., *L'attuazione della direttiva sul diritto d'autore nella società dell'informazione: tecniche di tutela e diritto della concorrenza*, in *Europa e dir. priv.*, 2003, p. 943 ss.

ROSATIE. (a cura di), *Routledge Handbook on EU Copyright Law*, Londra, 2021.

ROSATI E., *An EU text and data mining exception for the few: would it make sense?*, in *JIPLP*, 2018, p. 429 ss.

ROSATI E., *Copyright as an obstacle or an enabler? A European perspective on text and data mining and its role in the development of AI creativity*, in *Asia Pacific Law Review*, 2019, p. 198 ss.

ROSATIE., *Copyright in the Digital Single Market*, Oxford, 2021.

ROSATI E., *Neighbouring Rights for Publishers: Are National and (Possible) EU Initiatives Lawful?*, in *IIC*, 2016, p. 569 ss.

ROSATIE., *The German "Google Tax" Law: groovy or greedy?*, in *JIPLP*, 2013, p. 497 ss.

ROTIGLIANO R., *Beni pubblici, reti e la dottrina delle Essential Facilities*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 947 ss.

RUOTOLO M., *La «terza missione» dell'Università*, in *Lo Stato*, 2018, p. 109 ss.

SAMMARCO P., *Il trasferimento di dati da una banca dati all'altra mediante l'attività dei motori di ricerca*, in *Dir. inf.*, 2022, p. 56 ss.

SAMUELSON P., SCOTCHMER S., *The Law and Economics of Reverse Engineering*, in *Yale L. J.*, 2002, p. 1575 ss.

SAMUELSON P., *The EU's Controversial Digital Single Market Directive – Part II: Why the Proposed Mandatory Text and Data-Mining Exception Is Too Restrictive*, in *Kluwer Copyright Blog*, 2018.

SANNA F., *Il messaggio estetico del prodotto. La tutela d'autore della forma industriale*, Torino, 2018.

SANTINI G., *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 151 ss.

SANTORO E., *Note introduttive sul fondamento costituzionale della protezione del diritto d'autore*, in *Dir. aut.*, 1975, p. 307 ss.

SANTOSUOSSO A., SARTOR G., *La giustizia predittiva: una visione realistica*, in *Giur. it.*, 2022, p. 1760 ss.

SAPPA C., *Opere orfane: la soluzione europea*, in *NLCC*, 2014, p. 671 ss.

- SAPPA C., Rodriguez Moreno S., *Bibliografia sulle opere orfane*, in *AIDA*, 2013, p. 175 ss.
- SARTID., *Antitrust e diritto d'autore*, in *AIDA*, 1995, p. 105 ss.
- SARTID., *Commento ad art. 2 della l. 9 gennaio 2008, n. 2 in tema di diritto d'autore, reti telematiche e libere utilizzazioni*, in *NLCC*, 2009, p. 349 ss.
- SARTID., *Copia privata e apprendisti stregoni*, in *AIDA*, 2014, p. 410 ss.
- SARTID., *Il "licensing" collettivo*, in *AIDA*, 2019, p. 148 ss.
- SARTID., *La tutela dell'estetica del prodotto industriale*, Milano, 1990.
- SARTID., *Open Access and Legal Exceptions to Copyright: Towards a General Fair Use Standard?*, in *Law via the internet: free access, quality of information, effectiveness of rights*, a cura di Peruginelli e Ragona, Firenze, 2009, p. 123 ss.
- SCACCIA G., *Il bilanciamento degli interessi in materia di proprietà intellettuale*, in *AIDA*, 2005, p. 198 ss.
- SCALZINI S., *Abuso di dipendenza economica, mercati digitali e libertà d'impresa*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2022, p. 113 ss.
- SCALZINI S., *L'estrazione di dati e di testo per finalità commerciali dai contenuti degli utenti. Algoritmi, proprietà intellettuale e autonomia negoziale*, in *AGE*, 2019, p. 395 ss.
- SCOLA S., *"Digital Services Act": occasioni mancate e prospettive future nella recente proposta di regolamento europeo per il mercato unico dei servizi digitali*, in *Contr. impr. Europa*, 2022, p. 127 ss.
- SENA G., *Considerazioni sulla proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 1994, I, p. 5 ss.
- SENA G., *Note paradossali sulla proprietà intellettuale*, in *Aa.Vv., Studi di diritto industriale in onore di Adriano Vanzetti*, Milano, 2004, p. 1533 ss.
- SENFLEBEN M.R.F., *Copyright, Limitations, and the Three-Step Test. An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, Den Haag, 2004, p. 279 ss.
- SERVANZI R., *Il patrimonio culturale e le opere fuori commercio nella direttiva "digital copyright"*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2019, p. 657 ss.
- SGANGA C., CONTARDI M., *The new Italian press publishers' right: creative, fairness-oriented... and invalid?*, in *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 2022.
- SGANGA C., CONTARDI M., TURAN P., SIGNORETTA C., BUCARIA G., MEZEI P., HARKAI I., *Copyright Flexibilities: Mapping and Comparative Assessment of Eu and National Sources*, 2023, reperibile al link <https://ssrn.com/abstract=4325376>, p. 1 ss.
- SGANGA C., *Evoluzioni e trasformazioni dei diritti connessi nei percorsi di armonizzazione del diritto d'autore europeo*, in *Dir. ind.*, 2021, I, p. 146 ss.
- SGANGA C., *Le mille sorti e progressive delle eccezioni nel diritto d'autore europeo tra obbligatorietà, discrezionalità e flessibilità*, in *AIDA*, 2021, p. 449 ss.

SGANGA C., *The many metamorphoses of related rights in EU copyright law: unintended consequences or inevitable developments?*, in *GRUR Int.*, 70, 2021, p. 821 ss.

SGANGA C., *Ventisei anni di direttiva database alla prova della nuova strategia europea per i dati: evoluzioni giurisprudenziali e percorsi di riforma*, in *Dir. inf.*, 2022, p. 651 ss.

SIRAGUSA M., BERETTA M., *La dottrina delle essential facilities nel diritto comunitario ed italiano della concorrenza*, in *Contr. impr. Europa*, 1999, p. 260 ss.

SMIT E., VAN DER GRAAF M., *Journal article mining: the scholarly publishers' perspective*, *Learned Publishing* 25/1, 2012.

SOBEL B., *A Taxonomy of Training Data: Disentangling the Mismatched Rights, Remedies, and Rationales for Restricting Machine Learning*, in J.A. Lee, K. C. Liu and R.M. Hilty (a cura di), *Artificial Intelligence & Intellectual Property*, Oxford, 2020, p. 221 ss.

SPADA P., *“Creazione ed esclusiva”, trent'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 215 ss.

SPADA P., *Attività artistiche e sportive e diritto dell'impresa*, in *AIDA*, 1993, p. 87 ss.

SPADA P., *Banche di dati e diritto d'autore (il «genere» del diritto d'autore sulle banche di dati)*, in *AIDA*, 1997, p. 5 ss.

SPADA P., *Copia privata ed opere sotto chiave*, in *Riv. dir. ind.*, 2002, I, p. 592 ss.

SPADA P., *La proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 635 ss.

SPADA P., *Variazioni sul tema del plagio musicale*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, p. 1 ss.

SPEDICATO G., *Creatività artificiale, mercato e proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2019, I, p. 253 ss.

SPEDICATO G., *Digitalizzazione di opere librarie e diritti esclusivi*, in *Aedon*, 2011, p. 1 ss.

SPEDICATO G., *Interesse pubblico e bilanciamento nel diritto d'autore*, Milano, 2013.

SPOLIDORO M. S., *I criteri di accertamento del plagio nel diritto d'autore*, in *Riv. dir. ind.*, 2019, p. 580 ss.

SPOLIDORO M. S., *Le eccezioni e le limitazioni*, in *AIDA*, 2007, p. 179 ss.

SPRIGMAN C., *Reform(aliz)ing Copyright*, in *Stan. L. Rev.*, 2004, p. 485 ss.

STAZI A., CORRADO F., *Datificazione dei rapporti socioeconomici e questioni giuridiche: profili evolutivi in prospettiva comparatistica*, in *Dir. inf.*, 2019, p. 433 ss.

STAZI A., *Intellectual property and consumer law in the knowledge economy*, in *Dir. aut.*, 2010, p. 342 ss.

SYNODINOU T. E., *Reflections on the CJEU's judgment in the Spiegel Online case*, in *EIPR*, 2020, p. 129 ss.

TAN D., *Designing Future-Ready Copyright Regime in Singapore: Quick Wins and Missed Opportunities*, in *GRUR Int.*, 2021, p. 1131 ss.

TAN P.N., STEINBACH M., KARPATNE A., KUMAR V., *Introduction to Data Mining. Second Edition*, Boston, 2018.

TOFFOLETTI L., *La nozione di essential facility*, in *Concorrenza e mercato*, 1998, p. 329 ss.

TOFFOLETTO A., TOFFOLETTI L., *I rapporti tra IPRs e antitrust. Funzioni, ancoraggi, bilanciamenti*, in *AIDA*, 2014, p. 337 ss.

TOMBAL T., *Economic dependence and data access*, in *IIC*, 2020, p. 70 ss.

TORREGIANI S., *La circolazione dei dati secondo l'ordinamento giuridico europeo. Il rischio dell'ipertrofia normativa*, in *Riv. it. inf. dir.*, 2021, p. 47 ss.

TORTI V., *Personaggi di fantasia tra plagio e contraffazioni*, in *Riv. dir. ind.*, 2019, II, p. 57 ss.

TRIAILLE J.P. ET AL., *Study on the legal framework of text and data mining (TDM)*, European Union, De Wolf & Partners, 2014.

UBERTAZZI L. C. (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2019.

UBERTAZZI L. C. (a cura di), *La legge sul software. Commentario sistematico*, Milano, 1994.

UBERTAZZI L. C. (a cura di), *La proprietà intellettuale*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea* diretto da Ajani e Benacchio, Torino, 2011.

UBERTAZZI L. C., *I diritti d'autore e connessi*, Milano, 2000.

UENO T., *The Flexible Copyright Exception for "Non-Enjoyment" Purposes. Recent Amendment in Japan and Its Implication*, in *GRUR Int.*, 2021, p. 145 ss.

VAN GOMPEL S., *Copyright Formalities in the Internet Age: Filters of Protection or Facilitators of Licensing*, in *Berkeley Tech. L.J.*, 2013, p. 1425 ss.

VAN GOMPEL S., *Formalities in the Digital Era: An Obstacle or Opportunity?*, in L. Bently, in U. Suthersanen e P. Torremans (a cura di), *Global Copyright: Three Hundred Years Since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace*, Cheltenham, 2010, p. 395 ss.

VESSIA F., *Big Data e profili di concorrenza*, in M.T. Paracampo (a cura di), *Fintech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Torino, 2017, p. 81 ss.

VESSIA F., *Big Data e regolazione antitrust*, in M.T. Paracampo (a cura di), *Fintech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Torino, 2021, p. 164 ss.

VESSIA F., *Big Data: dai vantaggi competitivi alle pratiche abusive*, in *Giur. comm.*, 2018, I, p. 1064 ss.

VESSIA F., *Monopoli digitali e prospettive di regolazione antitrust*, in AA.VV., *Studi di diritto commerciale per Vincenzo Di Cataldo*, Torino, 2021, p. 635 ss.

VOZZA V., *Screenscraping, browse-wrap e abuso di posizione dominante: il volo in picchiata di Ryanair!*, in *Danno e resp.*, 2014, p. 314 ss.

VUČKOVIĆ R. M., *The Effectiveness of the Press Publishers' Related Right*, in *IIC*, 2021, p. 1050 ss.

VUOPALA A., *Assessment of the orphan works issue and Costs for Rights Clearance*, DG Information Society and Media dell'Unione Europea, 2010.

WACHTER S., MITTELSTADT B., RUSSELL C., *Why Fairness Cannot Be Automated: Bridging the Gap Between EU Non-Discrimination Law and AI*, in *Computer Law & Security Review*, 2021, disponibile su <https://ssrn.com/abstract=3547922>.

WALTER M., VON LEWINSKI S., *European Copyright Law. A Commentary*, Oxford, 2010.

XALABARDER R., *The Remunerated Statutory Limitation for News Aggregation and Search Engines Proposed by the Spanish Government - Its Compliance with International and EU Law*, in *IN3 Working Paper Series*, 2014.

ZENO ZENCOVICH V., *Ten Legal Perspectives on the "Big Data Revolution"*, in *Conc. merc.*, 2016, p. 29 ss.

ZUDDAS C., *Espressioni culturali tradizionali e opere orfane nell'era della rete: spunti dalla direttiva 28/2012/UE*, in *ibattellidelreno.it*, 2013.