

Trattamento dei dati personali e archivi storici in rete

Dal diritto all'oblio in Internet alla tutela dell'identità dinamica. È la Rete, bellezza!

di **Francesco Di Ciommo** e **Roberto Pardolesi**

Secondo una recente sentenza di Cassazione, il titolare di un archivio fruibile via Internet, in cui vengano spostate notizie già di cronaca, è tenuto, al fine di tutelare l'identità personale degli interessati, a predisporre un sistema idoneo a segnalare, in tutti i documenti contenenti dette notizie, la sussistenza di un loro eventuale seguito o sviluppo. Senonché, Internet può essere considerato un mega archivio di archivi, nel quale vengono continuamente memorizzate o comunque trattate innumerevoli informazioni da milioni di utenti sparsi nel mondo. La soluzione indicata si rivela, già sul piano filosofico, inconciliabile con la stessa natura della Rete, mentre sul piano operativo rischia di tradursi, ove trovasse concreta applicazione (e cioè non fosse aggirata dai *provider* attraverso pratiche di *rule o forum shopping*), in un aggravamento insopportabile dei costi per i gestori dei siti, che produrrebbe effetti a catena sulle dinamiche e sui flussi informativi di Internet. Viceversa, considerato che il rapporto tra informazione e memoria umana è stato profondamente inciso dalla diffusione delle reti telematiche, e in particolare dallo sviluppo dei motori di ricerca del Web, occorre oggi impostare nuovi equilibri tra tutela del diritto di informare (e informarsi) e tutela on-line dell'identità personale degli interessati. In tale prospettiva merita apprezzamento lo sforzo che in questi anni sta compiendo in Italia il Garante per la Protezione dei Dati Personali, sebbene i risultati raggiunti non risultino ancora pienamente soddisfacenti.

1. Internet, società dell'informazione e rivoluzione

Ogni rivoluzione ha il suo prezzo. La storia dell'evoluzione umana, così come quella delle vicende dei popoli e delle nazioni, in proposito, non registra eccezioni, e, di conseguenza, non consente romantiche illusioni.

Il trapasso da una condizione ad un'altra, che sia definibile in termini, per l'appunto, di rivoluzione, implica indefettibilmente abbandoni e perdite. Ed è ingenuo pensare che sia possibile prevederne esattamente natura e misura. Ché, se tale previsione fosse stata possibile, alcune rivoluzioni non ci sarebbero mai state.

Senza questa consapevolezza - che in filosofia è stata declinata anche in termini di "eterogenesi dei fini" (1) - non è oggi possibile per il giurista indagare con una qualche speranza di concreto successo i modi, i tempi ed i luoghi di Internet, ovvero di quel mondo telematico interconnesso e globale in cui ogni giorno vengono scambiati o pubblicati, da una parte all'altra del mondo, miliardi di dati, personali e non, a fini comunicativi o informativi, e tramite il

quale vive e si alimenta la c.d. "società dell'informazione" (2). E, ancor più, tentare di tutelare gli interessi umani nell'intricata galassia dei nuovi *media*, costellata di computer portatili o palmari, *notebook*, *smartphone*, lettori MP3, mobili per la casa o l'ufficio e macchinari intelligenti che dialogano a distanza con l'uomo e qualche altra diavoleria dietro l'angolo.

Di vera e propria rivoluzione, infatti, deve parlarsi con riferimento alla diffusione che Internet e, più in generale, la telematica o l'informatica di rete, hanno avuto nel mondo a partire dai primi anni Novan-

Note:

(1) L'espressione "*Heterogenie der Zwecke*" fu coniata dal filosofo e psicologo empirico tedesco Wilhelm Wundt, in riferimento al vasto tema delle «*conseguenze non intenzionali di azioni intenzionali*».

(2) Questa la formula con cui il legislatore europeo e molti legislatori nazionali, tra cui quello italiano, individuano il complesso di attività che vengono svolte in Internet. Cfr. la direttiva 2000/31/CE "relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico nel mercato interno", attuata in Italia con il D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70.

ta del secolo scorso e, più in particolare, con riguardo all'impatto dei nuovi *media* sull'organizzazione e sulle dinamiche quotidiane di svolgimento della stessa vita umana. Nessuna scoperta scientifica, nessun prodotto tecnico, nessuna nuova idea aveva mai in così poco tempo inciso tanto significativamente sul comportamento dell'uomo, fino al punto da determinare la nascita di una realtà parallela a quella biologica, tradizionale o aristotelica che dir si voglia, quale senz'altro è la realtà *on-line*, che opera su e si alimenta tramite la grande rete telematica (3).

Si tratta, secondo alcuni, dell'approdo, in qualche modo prevedibile, cui è attualmente pervenuto lo sviluppo, sempre più rapido ed incontrollabile, che il fattore tecnico ha avuto nei secoli passati. E che ha determinato, dalla rivoluzione industriale in avanti, il ribaltamento del tradizionale rapporto con l'*homo faber*, così che la tecnica è divenuta, da strumento nelle mani di quest'ultimo, ambiente che, oltre a condizionare le relazioni umane, determina i tempi ed i modi della sua stessa evoluzione (4).

Il tema è, ormai da anni, all'attenzione degli studiosi attivi in ogni area del sapere: dall'antropologia alla sociologia, dalla psicologia al marketing, dalla robotica alla teologia. Comune è la percezione che l'uomo, dopo Internet, non sarà mai più lo stesso: profondamente cambiato è il senso di sé, degli altri e del mondo che lo circonda; profondamente connotata all'esperienza umana è ormai la constatazione di essere tutti, cibernetici e non, inevitabilmente immersi in un flusso di informazioni continue e di vivere, per l'appunto, calati nella "società dell'informazione", dove apparire è importante quanto (e, a volte, più che) essere.

Le possibilità concesse all'uomo dalla tecnologia di rete al momento appaiono infinite, in quanto ancora in buona parte inesplorate. Le opportunità culturali, sociali, relazionali, politiche, commerciali che Internet - soprattutto se interconnesso con apparecchiature informatiche mobili - offre oggi ai suoi utilizzatori promettono la realizzazione di un mondo migliore, in cui, in particolare, l'eguale accesso all'informazione da parte dei cittadini in tutto il mondo non sarà più un'utopia, la conoscenza dell'altro da sé, che pure sia fisicamente lontano, favorirà il progresso individuale e collettivo dell'umanità, e la partecipazione collettiva al dibattito pubblico rafforzerà il governo democratico dei territori e dei popoli.

A che cosa l'uomo debba rinunciare per ottenere tutto questo, nella logica del prezzo da pagare cui si cennava in apertura, non è ancora ben chiaro, ma - tanto per fare un esempio - è evidente come l'uomo nella galassia Internet sia esposto a continui perico-

li per la sua *privacy* e come, soprattutto utilizzando i *social network*, egli metta a repentaglio e magari baratti quotidianamente la propria sfera di riservatezza. Rispetto a tale innovativo scenario, sorgono (e s'impongono all'attenzione del giurista) problematiche originali, a volte apparentemente simili a tematiche già note perché comuni al mondo *off-line*. Sennonché, mutato il contesto di riferimento, cambiano necessariamente le connotazioni del problema; di conseguenza, le risposte tradizionali offerte dall'ordinamento giuridico si rivelano spesso inadeguate. È il caso della questione affrontata dalla III sezione civile della Corte di Cassazione in una interessante sentenza del 5 aprile scorso (5), che ha ispirato la presente riflessione ed alla quale sono dedicati i paragrafi che seguono.

2. Una sentenza animata da buone intenzioni

La pronuncia riguarda un tema di grande suggestione ed attualità, costituito dal rapporto tra nuovi *media* e diritti della personalità (6).

Più in particolare, nel caso di specie, la Corte di cassazione muove alla ricerca di un difficile equilibrio tra il "*mare magnum* di informazioni" in cui si sostanzia oggi Internet e quello che, da principio, viene individuato come "diritto all'oblio" del singolo interessato (utilizzando un'espressione ormai divenuta di comune esperienza pur in assenza di espresso riconoscimento legislativo), ma che poi nella stessa sentenza assume la diversa conformazio-

Note:

(3) Per ampie e varie riflessioni sul punto sia dato rinviare, anche per le citazioni bibliografiche ivi contenute, a F. Di Ciommo, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003; nonché Id., *Evoluzione tecnologica e categorie civilistiche*, in E. Russo (a cura di), *Interpretazione della legge civile e «ragione giuridica»*, Padova, 2003, 141; Id., *Internet e crisi del diritto privato: globalizzazione, dematerializzazione e anonimato virtuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 117; Id., *La responsabilità civile in Internet*, in A.C. Amato Mangiameli (a cura di), *Parola chiave: informazione. Appunti di diritto, economia e filosofia*, Milano, 2004, 77; Id., *La responsabilità civile in Internet. Prove tecniche dell'anarchia tecnocratica*, in *La resp. civ.*, 2006, 548; Id., *Civiltà tecnologica, mercato ed insicurezza: la responsabilità del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 565, nonché in F. Ruscello (a cura di), *Scritti in onore di Davide Messinetti*, Vol. II, Milano, 2009, 257.

(4) Sul tema diffusamente, tra gli altri, U. Galimberti, *Psiche e tecnica. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, 1999, in part. 457 ss., ma anche Di Ciommo, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, cit., in part. il primo capitolo.

(5) La sentenza è pubblicata in questo stesso numero, 747.

(6) In proposito, sia consentito rinviare, *ex ceteris*, a F. Di Ciommo, *Diritti della personalità tra media tradizionali e avvento di Internet*, in G. Comandé (a cura di), *Persona e tutele giuridiche*, Torino, 2003, 3 ss.

ne del diritto alla completa ed attuale informazione su di sé.

La vicenda nasce dalla richiesta del ricorrente, rivolta al Garante Privacy prima ed al Tribunale civile di Milano poi, di ottenere lo «spostamento di un articolo pubblicato molti anni prima in un'area di un sito Web non indicizzabile dai motori di ricerca» ovvero l'integrazione dello stesso «con le notizie inerenti gli sviluppi successivi della vicenda narrata». Nell'occasione, in particolare, il ricorrente lamenta che l'articolo in questione dia la corretta notizia del suo arresto, ma non rechi altresì la notizia - distinta e successiva - che l'inchiesta giudiziaria «si sia poi conclusa con il proscioglimento». Egli, dunque, non contesta la veridicità del contenuto dello scritto, né il fatto che esso possa essere considerato ancora di pubblico interesse. Sicché, a ben vedere, nella fattispecie non emerge tecnicamente l'esigenza di tutelare il «diritto all'oblio», consistendo quest'ultimo nel diritto a non essere più ricordato per fatti che in passato furono oggetto di cronaca ma che attualmente non sono più di interesse pubblico (7). Bensì, la differente esigenza dell'interessato a che la notizia in questione non sia resa disponibile *on-line* in quanto, non essendo completa ed aggiornata, giacché non fa espresso riferimento al successivo proscioglimento, «getta un intollerabile alone di discredito sulla persona del ricorrente, vittima di una vera e propria gogna mediatica» (8).

Il vero *thema decidendum* è, dunque, se esista, o non, il diritto soggettivo del singolo individuo a che le informazioni che lo riguardano, presenti *on-line*, siano sempre e comunque costantemente aggiornate in modo che l'identità personale dell'interessato risulti fedelmente rappresentata nel suo dinamico divenire, e cioè anche in relazione agli accadimenti più recenti. La Cassazione, al contrario di quanto ritenuto nel caso in rassegna dal Garante e dal giudice di prime cure, riconosce la sussistenza di tale diritto, salvo precisare che lo stesso non può essere inteso nel senso di imporre la cancellazione dal «Web» delle notizie datate, in quanto, all'esito di un corretto bilanciamento degli interessi in rilievo, e dunque anche alla luce dell'interesse della collettività a mantenere memoria delle notizie passate, bisogna piuttosto imporre al responsabile dell'archivio contenente la notizia, o più in generale al responsabile del sito Internet su cui la notizia risulta pubblicata, l'obbligo di predisporre «un sistema idoneo a segnalare (nel corpo o a margine) la sussistenza nel caso di un seguito e di uno sviluppo della notizia, e quale esso sia, consentendone il rapido ed agevole accesso ai fini del relativo adeguato approfondimento».

Più in particolare, la Corte ha evidenziato - previo richiamo ai criteri di proporzionalità, necessità, pertinenza allo scopo, esattezza e coerenza del trattamento dei dati personali (di cui al D.Lgs. n. 196/2003), nonché alla possibilità dell'interessato di opporsi anche a trattamenti leciti quando ciò si renda necessario per un contemperamento degli interessi in gioco - la sussistenza di un obbligo di integrare o aggiornare la notizia non più attuale, divenuta «fatto storico» e quindi transitata nel relativo archivio, ma potenzialmente dannosa per la lesione della «proiezione sociale dell'identità personale» dell'interessato, che ha «diritto al rispetto della propria identità personale o morale». E ciò perché, sempre secondo i giudici, anche quando sussiste, come nella fattispecie, l'interesse pubblico alla persistente conoscenza di un fatto avvenuto in epoca passata, e dunque non può essere accolta l'istanza di tutela dell'oblio formulata dall'interessato, «emerge la necessità, a salvaguardia dell'attuale identità sociale del soggetto cui la stessa afferisce, di garantire al medesimo la contestualizzazione e l'aggiornamento della notizia già di cronaca che lo riguarda».

Tale aggiornamento deve essere garantito tramite «il collegamento della notizia ad altre informazioni successivamente pubblicate concernenti l'evoluzione della vicenda, che possano completare o financo radicalmente mutare il quadro evincentesi dalla notizia originaria», dal momento che «i dati devono risultare 'esatti' e 'aggiornati' in relazione alla finalità del loro trattamento». In caso contrario, infatti, «la notizia, originariamente completa e vera, diviene non aggiornata, risultando, quindi, parziale e non esatta, e pertanto sostanzialmente non vera». Su come si possa arrivare a questo risultato, la sentenza tace. Ma essa non sembra postulare un obbligo di aggiornamento che scatti solo - come sembrerebbe più logico, e coerente con i principi emersi in ordine alla (ir)responsabilità del *provider* sino al-

Note:

(7) Con tale espressione, in giurisprudenza, si è più volte fatto riferimento al diritto di un individuo ad essere dimenticato, o meglio, a non essere più ricordato per fatti che in passato furono oggetto di cronaca. Il suo presupposto concettuale poggia sul rilievo per cui l'interesse pubblico alla conoscenza di un fatto è racchiuso in quello spazio temporale necessario ad informarne la collettività, mentre con il trascorrere del tempo esso si affievolisce fino a scomparire. In sostanza, con il trascorrere del tempo il fatto cesserebbe di essere oggetto di cronaca per riacquisire l'originaria natura di fatto privato. Sul punto si tornerà brevemente *infra* nel paragrafo 4. Cfr. Cass. 9 aprile 1998, n. 3679, in *Foro it.*, 1998, I, 1834.

(8) Cfr. G. Finocchiaro, *La memoria della rete e il diritto all'oblio*, in *Dir. inf.*, 2010, 392.

l'attivazione di una procedura di "notice and take-down" - a seguito della formale relativa richiesta dell'interessato; i giudici mirano, piuttosto, ad affermare l'operatività di un tale obbligo a prescindere da qualsiasi iniziativa di chicchessia.

3. Obbligo di aggiornamento degli archivi on-line e ricadute economiche

La conclusione cui perviene il ragionamento svolto in sentenza è potenzialmente esplosiva: ogni gestore di siti Internet, *rectius* chiunque detenga un archivio in rete (cfr. il paragrafo 9), dovrebbe impiegare risorse economiche e tecniche per realizzare e gestire quotidianamente un sistema in grado di aggiornare costantemente all'attualità ogni contenuto immesso on-line. In caso contrario, egli risponderà senz'altro in sede civile per i danni causati, ma, in presenza dei presupposti di legge, anche in sede penale per illecito trattamento dei dati personali dell'interessato.

Il corollario di una simile impostazione è che i *content provider* soggetti all'applicazione della legge italiana e alla giurisdizione nazionale - o, più in generale, tutti coloro hanno creato o gestiscono un archivio on-line - potrebbero, d'ora innanzi, essere chiamati a rispondere per non aver inserito, nel corpo del testo in cui è riferita la notizia o comunque a fianco dello stesso, tanto per fermarci agli archivi testuali (9), un riferimento (anche nella forma del *link*) a notizie successive a quella pubblicata, che rendano l'informazione in questione completa e rispettosa dell'identità attuale dell'interessato.

Il tutto senza considerare i notevoli costi che la gestione di un sistema del genere richiederebbe, oltre che le oggettive difficoltà tecniche di realizzazione di una banca dati che, dunque, deve essere costantemente aggiornata e si deve alimentare di notizie che non è nemmeno detto siano inserite nel circuito informativo in cui "pesca" il suo gestore. E, infatti, potrebbe accadere che il sito Internet in questione metta a disposizione dell'utenza esclusivamente gli articoli di giornale apparsi in certo periodo storico, ovvero relativi ad una determinata località geografica, di talché le notizie successive a detto periodo o relative a circostanze non di interesse per la comunità che vive in tale località sfuggono completamente al controllo, e dunque alla possibilità di facile reperimento, del responsabile del sito. Può, inoltre, accadere che una certa persona in un determinato momento della sua vita goda di attenzione mediatica in ragione della sua posizione sociale o di particolari vicende, mentre successivamente non più, sicché il responsabile del sito, trascorso il primo

periodo, materialmente potrebbe avere grandi difficoltà a reperire informazioni utili ad aggiornare la notizia, pubblicata quando sussisteva un interesse pubblico per la data persona.

A prescindere da situazioni particolari, ma non poco comuni, quali quelle appena cennate, il problema è di carattere più generale. Pensare che ognuno debba, a pena di responsabilità civile ed eventualmente penale, organizzare i propri archivi on-line in modo tale da renderli sempre aggiornati all'attualità vuol dire, per un verso, postulare una missione davvero impossibile, per l'altro trascurare la realtà della rete Internet.

Sul primo profilo, è doveroso sottolineare che l'aggiornamento del complesso d'informazioni contenute in un archivio richiederebbe attività analitiche da svolgere nelle direzioni più diverse e con le sollecitazioni più disparate, obbligando il creatore e/o gestore, e comunque il responsabile dell'archivio, a svolgere in proprio, e con gli oneri che è facile prevenire, il compito di raccordo diacronico svolto normalmente da chi quell'archivio compulsa a fini di studio e ricerca. Nessuno, va da sé, si sognerebbe di pretendere nulla del genere con riguardo al corrispondente archivio cartaceo o, per quel che conta, alla sua versione per microfilm: chi, accedendo a queste fonti, reperisca una notizia storicamente inoppugnabile per il momento in cui è stata immessa in circolazione, dovrà farsi carico di verificare la 'tenuta' di quell'informazione nel tempo; e proprio su questa capacità di verifica si misurerà la qualità della ricostruzione attuata. Sul punto, la differenza di Internet consiste essenzialmente nel fatto che la ricerca on-line può essere svolta direttamente da qualsiasi utente, meno preoccupato della qualità e completezza dell'informazione che va a raccogliere. Di qui, però, a trasferire su chi pone a disposizione del pubblico uno strumento conoscitivo, qual è un archivio storico, l'onere di spiegare la storia nei suoi svolgimenti ne corre, e neppure poco: una direttiva come questa rischia, nel segno di intenzioni più che commendevoli (ma dimentiche del monito che il meglio è spesso nemico del buono), di togliere dalla disponibilità allargata strumenti preziosi di acquisizione delle informazioni. L'imposizione di un obbligo generale di aggiornamento degli archivi on-line, in definitiva, minaccia di tradursi, laddove non elusa attraverso la dislocazione geografica dei siti e dei server in altri stati nazionali, quanto meno in una

Nota:

(9) Ovviamente il tema coinvolge, in termini simili, anche gli archivi di immagini, video e quant'altro.

inevitabile e brusca contrazione del numero degli archivi, e ciò a discapito della ricchezza informativa di Internet.

Quanto al secondo profilo, ci si carica della fatica dell'ovvio col rimarcare che Internet - tralasciando per il momento l'attività dei singoli utenti che immettono contenuti in Rete, ad esempio tramite i *social network*, sulla quale v. *infra* - è popolata da tanti piccoli o medi *provider*, per la più parte senza organizzazione ed alcuna professionalità, che inseriscono contenuti quando vogliono, li aggiornano se e quando ne hanno la possibilità, assumendo spesso come principale obiettivo solo quello di immettere *on-line* dati ritenuti di interesse degli utenti, o di alcuni utenti, il tutto con spese minime ed oneri di gestione ridottissimi, il che consente a chiunque di accedere a questi contenuti senza costi e, dunque, in modo libero e diretto. Per operatori di struttura così essenziale l'obbligo di aggiornamento suonerebbe condanna a morte. Anche se, per assurdo, lo si volesse imporre ai soli *provider* importanti - ma la sentenza in esame non si presta ad una simile lettura -, bisognerebbe considerare quanto già si è detto, ossia che, per costoro, lo sforzo necessario potrebbe risultare talmente oneroso, anche in ragione dei volumi di dati riversati in rete, da non essere praticabile, se non a condizione di ribaltare i pesantissimi oneri del controllo sui fruitori e, quindi, di offrire l'accesso all'archivio solo agli utenti sottoscrittori di un abbonamento o comunque disposti a pagare un prezzo (salato).

In ogni caso, dunque, ad essere pregiudicata sarebbe la ricchezza attuale che fa di Internet un contenitore pressoché infinito di informazioni, nel quale ogni utente, spesso molto rapidamente, è in grado di rinvenire l'informazione che cercava. E qui si apre un'altra questione rilevante su cui la recente sentenza della Cassazione non pare esaustiva, come si vedrà nel paragrafo che segue.

4. Il ruolo svolto dai motori di ricerca del Web e l'errata qualificazione dell'interesse protetto in termini di diritto all'oblio

Un documento, o più in generale un qualsiasi dato, una volta caricato in Internet e reso disponibile ai naviganti, esce dalla sfera di esclusiva disponibilità dell'autore ovvero di colui che lo ha riversato *on-line* o, comunque, del sito sorgente, e cioè del primo sito nel quale il dato è apparso, in quanto esso può essere copiato e, dunque, memorizzato da altri siti e può essere raggiunto e rintracciato tramite i c.d. motori di ricerca (10).

Proprio i motori di ricerca in Internet - piuttosto che fungere da soggetti neutrali rispetto all'attività di mediazione tra utenti ed informazioni, come erroneamente li considera la Cassazione nella sentenza in esame (11) - svolgono un'attività e interpretano un ruolo particolarmente delicati ed importanti. In definitiva, infatti, così come normalmente succede leggendo un periodico *off-line*, anche visitando un certo sito Internet può capitare di imbattersi in un'informazione non specificamente cercata. Ciò si verifica, ad esempio, quando l'utente si collega ad un sito giornalistico per leggere le notizie proposte nella *home page*, in quanto assume che siano le più importanti o le più fresche. È, tuttavia, di gran lunga più comune che, al contrario, il cibernauta acceda alla notizia dopo averla ricercata, più o meno direttamente, consultando un motore di ricerca. In tal caso non è il *content provider* a proporre la notizia agli utenti - così come fa l'editore con il quotidiano tradizionale - perché la notizia sta lì, disponibile sul Web chissà da quanto, ma essa viene rinvenuta solo in quel momento perché il rinvenimento costituisce l'esito dell'attività compiuta dal motore di ricerca debitamente interrogato dall'utente.

Dunque, nel caso di specie non si pone il problema di tutelare il diritto all'oblio che, per quanto ricordato nel precedente paragrafo, viene comunemente inteso in termini di diritto del singolo a che un certo fatto della sua vita privata, in una data epoca oggetto di interesse pubblico, venuto meno tale inte-

Note:

(10) Un motore di ricerca (in inglese *search engine*) è un sistema automatico che analizza un insieme di dati, spesso da esso stesso raccolti, e restituisce un indice dei contenuti disponibili classificandoli in base a formule statistico-matematiche che ne indicano il grado di rilevanza data una determinata chiave di ricerca. Riguardo al "Web" sono denominati motori di ricerca i siti che offrono il servizio *on-line* di rinvenimento in tempo reale dei contenuti di Internet, pubblicati su altri siti, c.d. siti sorgente, che possono soddisfare le esigenze dell'utente, individuati in funzione delle parole che l'utente immette nel motore e dunque usa per svolgere la sua ricerca.

(11) Al tema occorre dedicare una riflessione approfondita che in questa sede non è dato svolgere. Sulla delicatezza del ruolo svolto dai motori di ricerca di Internet nel trattamento dei dati personali presenti *on-line* si è a più riprese pronunciato il Garante Privacy italiano, dapprima con un provvedimento del 10 novembre 2004, intitolato "*Reti telematiche e Internet. Motori di ricerca e provvedimenti delle Autorità indipendenti: le misure necessarie a garantire il c.d. diritto all'oblio*", doc. web n. 1116068, e successivamente con una serie di iniziative assunte nei confronti di Google di cui il Presidente dell'Autorità ha riferito nel *Discorso* tenuto in occasione della presentazione della *Relazione* annuale del 2006. Cfr. anche il "Parere 1/2008 sugli aspetti della protezione dei dati connessi ai motori di ricerca" adottato il 4 aprile 2008 dal "Gruppo di lavoro art. 29 per la protezione dei dati personali", reperibile sul sito http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/index_en.htm.

resse con il passaggio del tempo non venga riproposto all'attenzione della collettività, così che l'interessato non debba sentirsi per sempre indelebilmente "marchiato" (12). Qui, infatti, non c'è qualcuno che propone, *rectius* ripropone, la vecchia notizia ad una comunità indistinta di possibili fruitori, incurante del fatto che nella comunità in questione l'interesse pubblico alla conoscenza della notizia non è più sussistente. Ma c'è un interessato che, attraverso l'utilizzazione del motore prescelto, e dunque in ragione delle parole che utilizza per svolgere la ricerca, raggiunge la data informazione in quanto questa gli viene indicata, normalmente insieme ad altre, in risposta dal sistema stesso, il quale a sua volta la recupera, nel mare di informazioni che costituiscono Internet attualmente, da un sito sorgente su cui la notizia è pubblicata da tempo, oppure, nel caso in cui la risorsa originale sia irraggiungibile, dalla propria "memoria cache".

Infatti, tramite la funzione c.d. "copia cache" molti motori di ricerca operanti sul Web, mettono a disposizione degli utenti una copia di dati testuali di ogni pagina archiviata per quando la risorsa originale sia irraggiungibile. In questo modo, essi finiscono per svolgere una vera e propria attività di memorizzazione di tutti i contenuti della Rete, finalizzata a far sì che Internet non dimentichi nulla, e cioè che nulla possa essere distrutto di ciò che è stato, almeno una volta, messo *on-line*.

La conseguenza dell'osservazione appena svolta è che, se anche, alla luce della sentenza in esame, chi archivia dati su Internet periodicamente li cancellasse o li volesse rendere non più visibili agli utenti perché non aggiornati, quelli sarebbero, in larga parte, rinvenibili senza problemi dagli utenti all'esito dell'interrogazione dei motori di ricerca che utilizzano la "funzione cache". Ed anche in questa prospettiva la soluzione adottata dalla Cassazione nell'odierna pronuncia non pare particolarmente indovinata.

5. Memoria umana ed Internet

Come si cennava poc'anzi a proposito della funzione di "copia cache", e come è stato recentemente affermato, «dimenticare è umano ma Internet non vuole dimenticare» (13). La Rete, infatti, sa bene che gran parte del fascino e dell'attrattività che essa esercita sugli utenti consiste proprio nella sua capacità di contenere all'infinito, e cioè senza limiti di spazio e di tempo, informazioni e dati di qualsiasi tipo e specie. In altre parole, e capovolgendo il discorso, se l'utente non avesse la ragionevole certezza di poter trovare *on-line*, compulsando il motore di ricerca

giusto, qualche (e, nella stragrande maggioranza dei casi, molto più che qualche) informazione su qualsiasi argomento, Internet oggi non sarebbe quel che è, e la storia del mondo degli ultimi anni sarebbe stata, con tutta probabilità, diversa.

È tecnicamente possibile cercare di contenere, limitare, filtrare o comunque, in qualche modo, gestire questo flusso disordinato e costante di dati, che si alimenta da ogni dove e in ogni istante (14)? Inoltre, ammesso che la risposta a tale domande sia positiva, può serenamente ritenersi che consentire un tale contenimento sia giuridicamente lecito ed economicamente opportuno?

Su queste domande, la cui lontana eco è percepibile leggendo la odierna sentenza della Cassazione, è attualmente aperto un interessante, ed epocale, dibattito a livello mondiale in particolare tra filosofi e tecnologi. Secondo alcuni, in ragione del rapporto antropologico tra uomo e memoria, occorre evitare che la rete aiuti a ricordare troppo a lungo perché l'essere umano ha bisogno di elaborare e, spesso, dimenticare, per potersi evolvere positivamente (15). Secondo altri, Internet determina un'inflazione della memoria anche perché nella società dell'informazione il bisogno di sapere, espresso dai cibernauti, sarebbe cresciuto più rapidamente della capacità umana di raccontare la storia. La situazione, in qualche modo paradossale, viene sintetizzata nell'espressione "troppa memoria uccide la storia" (16).

Note:

(12) Nella letteratura italiana, sul diritto all'oblio, tra gli altri, v. M. Mezzanotte, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Napoli, 2009; S. Niger, *Il diritto all'oblio*, in G. Finocchiaro (a cura di), *Diritto all'anonimato. Anonimato, nome e identità personale*, Padova, 2007, 59; S. Morelli, voce *Oblio (diritto all')*, in *Enc. dir. agg.*, VI, Milano, 2002; E. Gabrielli (a cura di), *Il diritto all'oblio, Atti del convegno di studi del 17 maggio 1997*, Napoli, 1999; S. Morelli, *Fondamento costituzionale e tecniche di tutela dei diritti della personalità di nuova emersione (a proposito del cd "diritto all'oblio")*, in *Giust. civ.*, 1997, 515; G.B. Ferri, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, 801; T. Auletta, *Diritto alla riservatezza e "droit à l'oubli"*, in G. Alpa-M. Bessone-L. Boneschi-G. Caiazza (a cura di), *L'informazione e i diritti della persona*, Napoli, 1983, 127. In giurisprudenza, tra le pronunce più significative, v. Cass. 18 ottobre 1984, n. 5259, in *Giur. it.*, 1985, 762; Cass. 9 aprile 1998, n. 3679, in *Foro it.*, 1998, 123; Trib. Roma 15 maggio 1995, in *Dir. inf.*, 1996, 427; e Trib. Roma, ord. 20/27 novembre 1996, in *Dir. aut.*, 1997, 372.

(13) In questi termini si esprime V. M. Schonberger, *Delete: the virtue of forgetting in the digital age*, Princeton University Press, USA, 2009, tradotto in italiano per i tipi di Egea: *Delete. Il diritto all'oblio nell'era digitale*, Milano, 2010.

(14) Cfr. F. Di Ciommo, *Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on-line. A proposito della sentenza Google/Vivi Down*, in *Dir. inf.*, 2010, 829.

(15) Cfr. Schonberger, *op. cit.*

(16) Così E. Hoog, *Memoire Année Zéro*, Parigi, 2009, la quale, in proposito, parla anche di «inflazione della memoria».

I propugnatori di tali tesi affermano, in buona sostanza, che anche nel terzo millennio è indispensabile recuperare la capacità di dimenticare i fatti del passato perché proprio tale attitudine gioca, da sempre, un ruolo fondamentale nelle scelte personali, professionali e politiche dell'umanità. E auspicano, da un lato, che si consenta la pubblicazione in rete di contenuti a tempo o a scadenza, dall'altro, che gli internauti siano resi edotti della necessità di non abbandonare, per un tempo indefinito e potenzialmente lunghissimo, alla deriva telematica, frammenti del proprio presente destinati a divenire preziose tessere del mosaico della propria identità digitale (17).

Di opinione ancora diversa sono quanti, valorizzando le peculiarità tecniche di Internet e ragionando in termini innovativi circa i rapporti umani incisi dalle nuove tecnologie di rete, propongono soluzioni finalizzate a riconoscere maggior peso specifico all'interesse della collettività, e dei suoi singoli membri, a conoscere, informarsi, essere informati e informare (art. 21 Cost.), piuttosto che a quello a far dimenticare fatti specifici che possono, per qualche ragione (anche idiosincratice), arrecare fastidio agli interessati. Chi è su queste posizioni afferma - in modo plastico, ma efficace - che chiunque voglia dimenticare è padrone di tentar l'impresa, ma il diritto a che altri dimentichino costituisce pretesa insana, che invade uno spazio che non appartiene al singolo (18). Intesa in questo senso, paradossalmente, la pretesa dell'interessato sembra violare, in qualche modo, la riservatezza, o comunque le potenzialità della memoria di ognuno degli altri consociati, nonché della memoria collettiva, la quale, peraltro, nell'era digitale tecnicamente non conosce limiti, ed in definitiva il diritto dell'uomo alla conoscenza, cui la memoria è da sempre finalizzata.

Né, rispetto a tali ultime considerazioni, sembra giocare un ruolo necessariamente negativo il fatto che la memorizzazione delle informazioni in Internet sia, o appaia, casuale, confusa, ingovernabile (ma sul punto cfr. il paragrafo 9), giacché molti antropologi, filosofi e studiosi delle scienze naturali, ed in particolare molti cognitivisti, sono concordi nel sostenere che «l'accumulo della conoscenza avvenga per linee spezzate, anziché continue; attraverso false partenze, correzioni, dimenticanze, riscoperte; grazie a filtri e schemi che accecano e fanno vedere nello stesso tempo» (19).

Da qui si può ricavare l'importanza delle "tracce", anche della tracce lasciate *on-line*, e cioè della possibilità di mantenere memoria di tutto, sebbene in modo disordinato. Ed anzi, in questa prospettiva,

sembra possibile sostenere che più disordinata e casuale risulta l'archiviazione delle informazioni, più tale conservazione risulterà neutra rispetto ai contenuti, e dunque rispettosa degli stessi. In altre parole, l'archiviazione organizzata influenza il contenuto dell'informazione alterando, quanto meno, il sistema percettivo della stessa. Al contrario, una memorizzazione diffusa ed incontrollata, lasciata alla libera attività di chiunque intenda diffondere una notizia (ovviamente, sempre che questa sia vera), potrebbe addirittura favorire l'accesso alla conoscenza dei fatti per ciò che sono, o sono stati (20).

La necessità di affrontare in modo efficace l'inevitabile *trade-off* tra tutela giuridica dell'interesse all'oblio del singolo (inteso, con qualche forzatura, in senso ampio anche come interesse a che gli altri abbiano sempre una percezione il più possibile aggiornata circa la mia identità) e difesa dell'interesse individuale e collettivo a conoscere non costituisce, in sé, un portato della rivoluzione digitale (o telematica, che dir si voglia). Sebbene senz'altro i nuovi *media* l'abbiano enfatizzata.

Già Richard Posner, in un celebre (quanto controverso) articolo del 1978 (21), ricordava che, a prescindere da Internet, «una tipica questione di *privacy* è se una persona debba avere un diritto a nascon-

Note:

(17) Così ancora Schonberger, *op cit.*

(18) Così C. Blengino, *Dimenticami: c'è il copyright sui miei dati*, in <http://www.ilpost.it/carloblengino/2012/02/06/il-copyright-sui-miei-dati/>

(19) Cfr. C. Ginzburg, *Il filo e le tracce*, Bologna, 2006, in particolare 111, ma anche M. Ferraris, che nel suo recente *Documentabilità. Perché è necessario lasciare tracce*, Roma-Bari, 2009, in part. 250, definisce la traccia come «ogni forma di modificazione di una superficie che vale come segno o come promemoria per una mente capace di apprenderlo come tale», e spiega come "tener traccia" abbia una doppia valenza di tracciare e registrare, processo che si completa nella "iscrizione", una traccia codificata il cui significato è accessibile almeno a due persone. Se si assume questo modello si accetta il passaggio dal paradigma della *prescrizione* a quello della *iscrizione/descrizione*; cioè da un paradigma fondato sulla gerarchia e l'autorità della organizzazione e comunicazione delle informazioni ad un paradigma fondato sulla reciprocità e la condivisione, da uno fondato sull'idea di continuità e linearità del divenire umano ad uno fondato, più realisticamente, sulla discontinuità.

(20) Così sostanzialmente accade *on-line*, dove il vero importante filtro è svolto dai motori di ricerca, che archiviano le informazioni e comunque, anche a prescindere da questo, e cioè anche rispetto ai contenuti che non archiviano direttamente, rispondono alle ricerche degli utenti, sulla base di algoritmi complessi legati a logiche tecniche ma anche commerciali, e dunque in modo tutt'altro che casuale.

(21) R.A. Posner, *The right of privacy*, 12 *Georgia L. Rev.* 33 (1978), poi ripreso nel celebre manuale *Economic Analysis of Law*, V ed., New York, 1998, 46, e (2005) nel blog gestito con Gary Becker.

dere fatti imbarazzanti che la riguardano», ed osservava come in ciò «l'economista individua un parallelo con gli sforzi dei venditori di nascondere vizi occulti nei propri prodotti». Più precisamente, per restare nel paragone, si potrebbe dire che «una persona si vende tentando di persuadere potenziali controparti relazionali - un datore di lavoro, una fidanzata, persino una conoscenza occasionale - circa le sue buone qualità». E rispetto a ciò bisogna chiedersi se sia lecito e opportuno, oltre che economicamente efficiente, che l'ordinamento giuridico incoraggi, apprestando gli opportuni strumenti di tutela, chi voglia nascondere i suoi «vizi occulti». La risposta, a detta di Posner, almeno dal punto di vista economico è di segno negativo, con l'avvertenza che sarebbe diverso se «ciò che si maschera fosse non già un dato imbarazzante, ma una superba ricetta culinaria» perché in questo secondo caso «la segretezza è un metodo per sostanziare un informale *property rule*» (22). A ben vedere, si potrebbe aggiungere che quest'ultimo caso è diverso dal primo anche, e soprattutto, perché la ricetta culinaria in sé non costituisce, neanche indirettamente, un elemento in grado di incidere sulla percezione collettiva della personalità del singolo, salvo che ad essere coperta da segretezza non sia la ricetta in sé, ma l'identità del suo primo ideatore. In buona sostanza, la ricetta culinaria è un dato esterno all'identità personale, e dunque al patrimonio morale, dell'individuo, anzi di qualsiasi individuo, e dunque può costituire oggetto di una privativa commerciale o industriale, che si può tradurre anche nel diritto alla piena segretezza, laddove, invece, le informazioni che concernono, in qualche modo, detto patrimonio morale, una volta divenute di pubblico dominio per volontà dell'interessato o nell'ambito di una vicenda di cronaca, è legittimo che restino a disposizioni di tutti.

Come evidente, il tema si presta ad infinite possibilità di approfondimento, anche perché - al di là del (potremmo dire ormai classico) problema relativo al bilanciamento tra il diritto di informare, informarsi ed essere informati (art. 21 Cost.) ed il diritto alla *privacy* o all'oblio, inteso nel senso ampio chiarito (art. 2 Cost.) (23) - oggi nei *social network*, come già accennato, centinaia di milioni di persone ogni giorno immettono volontariamente dati personali propri ed altrui, anche molto sensibili, più o meno consapevoli che la memoria di Internet non dimenticherà mai nulla di tali dati, i quali, se anche oggi inseriti in un circuito protetto da credenziali di accesso in qualche modo selettive, potrebbero in futuro divenire, sul piano squisitamente tecnico, e dunque a prescindere dalla liceità giuridica di una tale

eventualità, di libera fruizione. E ciò sebbene il titolare degli stessi possa, da un momento all'altro, decidere di non condividerli più con alcuno sulla piattaforma telematica, ovvero sul sito, su cui essi sono stati inizialmente riversati.

6. I tentativi di intervento legislativo

In Italia, nel 2009, è stato presentato alla Camera dei Deputati un progetto di legge che si propone di disciplinare il c.d. diritto all'oblio in Internet, stabilendo tra l'altro che: «decorso un lasso temporale, variabile a seconda della gravità del reato, e salvo che risulti il consenso scritto dell'interessato, non possano più essere diffusi o mantenuti [online] immagini o dati, anche giudiziari, che consentano, direttamente o indirettamente, l'identificazione della persona già indagata o imputata, sulle pagine Internet liberamente accessibili dagli utenti oppure attraverso i motori di ricerca esterni al sito web sorgente» (24). Più in particolare, trascorso un certo intervallo di tempo dal verificarsi di taluni eventi giudizialmente rilevanti, l'interessato, ovvero la persona cui i dati personali si riferiscono, dovrebbe avere il diritto di richiedere «ai siti Internet ed ai motori di ricerca» la rimozione delle immagini e delle informazioni che lo riguardano.

In Francia, in assenza di una normativa in argomento, è stata firmata il 30 settembre 2010 la «Charte du droit à l'oubli dans les sites collaboratifs et les moteurs de recherche», e cioè una sorta di codice di autocondotta con la quale alcuni tra i principali provi-

Note:

(22) A proposito della «provocazione» posneriana, già R. Pardolesi, *Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali: una storia di evoluzione e discontinuità*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, 2003, in particolare 43-44, osservava come «l'azzeramento del passato transita attraverso un percorso di autentico riscatto e non per la scorciatoia rappresentata dalla selezione opportunistica di ciò che si vuol far conoscere di sé», e chiosava evidenziando che «esiste, per tagliar corto con un discorso che ci porterebbe molto lontano, un interesse a sapere, non meno rilevante di quello contrapposto a celare».

(23) Da notare, peraltro, come la pronuncia della Cassazione del 5 aprile 2012, qui analizzata, ribadisca a più riprese il convincimento, alquanto isolato in dottrina (e, francamente, piuttosto controintuitivo), che il diritto alla riservatezza rimonta agli artt. 21 e 2 Cost.

(24) Il disegno di legge, attualmente al vaglio della Commissione Giustizia, è il n. 2455/2009. La proposta, presentata dall'on. Carolina Lussana, mira a regolamentare il diritto all'oblio attraverso l'eliminazione dal Web, dopo un periodo prestabilito, delle informazioni configgenti con la *privacy* individuale. In particolare, si vuol fissare la permanenza in rete della notizia da un minimo di un anno (per i reati minori) fino a 20 anni (per quelli più gravi). All'inottemperante proprietario del sito verrebbe irrogata una sanzione dai 5.000 ai 100.000 euro.

der di Internet operanti Oltralpe si sono impegnati ad adottare le soluzioni tecniche condivise per tutelare il diritto all'oblio on-line. Sennonché, l'accordo privato in questione non è stato firmato da "Google" né da "facebook".

Il tema è stato recentemente fatto oggetto di specifica attenzione anche da parte del legislatore europeo. Nell'ambito del dibattito sulla riforma della *privacy*, ed in particolare all'interno della proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio «concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e la libera circolazione di tali dati», presentata dalla Commissione lo scorso 25 gennaio (25), è stato sancito il principio per cui i cittadini europei hanno diritto al pieno controllo sui propri dati. Il considerando 53 spiega che «ogni persona deve avere il diritto di rettificare i dati personali che la riguardano e il diritto all'oblio, se la conservazione di tali dati non è conforme al presente regolamento. In particolare, l'interessato deve avere il diritto di chiedere che siano cancellati e non più sottoposti a trattamento i propri dati personali che non siano più necessari per le finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati». L'indicazione si trova trasfusa nell'art. 17 della proposta di regolamento.

Secondo Viviane Reding, la Commissaria UE per la Giustizia, in ragione della riforma che entrerà in vigore con l'adozione del regolamento, i fornitori di servizi *on-line* saranno obbligati a passare dalla regola dell'*opt-out* (i dati dell'utente, a meno di una sua esplicita richiesta, appartengono al fornitore) a quella dell'*opt-in* (i dati appartengono solo all'utente, è lui a decidere come usarli, dovendo fornire un consenso espresso al trattamento degli stessi da parte dei terzi). Il che comporterà, tra l'altro, la possibilità per l'interessato di chiedere «che i propri dati personali siano cancellati o trasferiti altrove e non siano più processati laddove non siano più necessari in relazione alle finalità per cui erano stati raccolti». Ulteriori elementi di novità recati dalla proposta di regolamento concernono: 1) l'obbligo di tenere aggiornato ogni cittadino sul trattamento e la gestione dei propri dati da parte di aziende con sede locale in Europa, in virtù del quale i titolari del trattamento dovranno indicare il tipo di dati che posseggono, gli scopi per cui verranno usati, l'eventuale trasferimento a terzi dei dati ed il periodo di conservazione all'interno del database; 2) l'obbligo di informare i cittadini-utenti sui rischi connessi al trattamento in modo tale che questi non perdano il controllo sui propri dati e da essere sicuri che questi non vengano in qualche maniera usurpati; 3) l'applicazione

di una regola individuata dall'espressione "*privacy by default*", a tenore della quale l'utilizzo dei dati per scopi diversi da quelli specificati, in assenza di altro motivo che renderebbe il trattamento comunque legittimo, dovrebbe essere autorizzato solo dall'esplicito consenso dell'utente; 4) la previsione per cui le norme sulla *privacy* dei cittadini europei dovrebbero applicarsi indipendentemente dalla zona del mondo in cui i dati sono trattati e a prescindere dalla collocazione geografica del fornitore di servizi e di qualsiasi mezzo tecnico utilizzato per fornire il servizio; 5) l'obbligo per i *social network* di provare che la conservazione di una certa informazione è necessaria per la prestazione del servizio reso all'interessato e di avvertire tempestivamente l'utente (si prevede un "*alert*" entro 24 ore) qualora i suoi dati personali vengano utilizzati da altri in modo illegittimo.

Se la proposta di regolamento verrà effettivamente approvata così come formulata originariamente, al momento è impossibile prevederlo. Quel che appare certo è che si tratta di un testo normativo ambizioso e forse fin troppo protettivo nei confronti degli utenti, e dunque gravido di oneri formali a carico dei *provider*.

Altra certezza è che l'articolato regolamentare in parola, malgrado la cennata severità nei confronti dei titolari dei trattamenti, non consentirà ai cittadini europei di richiedere la rimozione di dati che li riguardano dai *database* delle testate giornalistiche, in quanto esiste un'espressa previsione in tal senso finalizzata a tutelare il diritto di cronaca e, più in generale, il diritto di informare e di essere informati (26). Quanto dire che l'odierna decisione della Cassazione

Note:

(25) La proposta è stata presentata unitamente alla proposta di direttiva sulla «tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, e la libera circolazione di tali dati».

(26) Il citato art. 17 della proposta di regolamento, tra l'altro, prevede precise ipotesi in cui, a dispetto del passaggio di tempo, il responsabile del trattamento non ha l'obbligo di procedere alla cancellazione dei dati pubblicati in Internet. Tra queste ipotesi, vi è quella per cui la conservazione dei dati è resa necessaria per tutelare «l'esercizio del diritto alla libertà di espressione in conformità dell'art. 80». Il richiamato art. 80, infatti, dispone espressamente che «gli Stati membri prevedono, per il trattamento dei dati personali effettuato esclusivamente a scopi giornalistici o di espressione artistica o letteraria, le esenzioni o le deroghe alle disposizioni concernenti i principi generali di cui al capo II, i diritti dell'interessato di cui al capo III, il responsabile del trattamento e l'incaricato del trattamento di cui al capo IV, il trasferimento di dati personali verso paesi terzi e organizzazioni internazionali di cui al capo V, le autorità di controllo indipendenti di cui al capo VI e la cooperazione e la coerenza di cui al capo VII, al fine di conciliare il diritto alla protezione dei dati personali e le norme sulla libertà d'espressione».

italiana non pare destinata a lasciare tracce indelebili nel percorso ad ostacoli che è attualmente il tentativo di regolazione giuridica di Internet.

7. La posizione del Garante per la protezione dei dati personali

In Italia il Garante per la *privacy* è intervenuto in tema di diritto all'oblio, o più in generale all'identità personale, molto spesso negli ultimi anni al fine dichiarato di evitare che l'operatività dei motori di ricerca del Web determini il rischio di "gogne elettroniche".

In un caso emblematico del 2004, al ricorrente era stata erogata una sanzione da parte della Autorità garante della concorrenza e del mercato e di tale circostanza era stata data notizia sul sito Internet dello stesso ente. Da qui le lagnanze dell'interessato, il quale, invocando il diritto alla riservatezza, chiedeva al Garante di imporre la rimozione dal sito del contenuto per lui dannoso ovvero di trovare le modalità tecniche per impedire che una ricerca svolta da chiunque sui comuni motori di ricerca, utilizzando come chiavi il suo nome e cognome, potesse indirizzare l'utente curioso a detto contenuto.

La decisione dell'Autorità, che ha concluso il giudizio in data 10 novembre 2004 (27), si snoda attraverso un percorso logico condivisibile, ma perviene ad una soluzione che, come si dirà più oltre, rischia di rivelarsi in concreto inidonea a realizzare le finalità perseguite.

Essa muove dalla considerazione per cui, decorsi determinati periodi, la diffusione istantanea e cumulativa su siti Web di dati personali relativi a una pluralità di situazioni riferite ad un medesimo interessato può comportare un sacrificio sproporzionato dei suoi diritti e legittimi interessi quando si tratta di provvedimenti risalenti nel tempo e che hanno raggiunto le finalità perseguite. Rispetto a tale criticità, a dire del Garante, il Codice in materia di protezione dei dati personali prevede che le decisioni e le sentenze dell'autorità giudiziaria possano essere rese accessibili anche attraverso Internet, ma nel rispetto di alcune specifiche cautele (art. 51, comma 2, del Codice), tra cui figura la possibilità per l'interessato di chiedere per motivi legittimi che sia apposta sull'originale del provvedimento un'annotazione volta a precludere la diffusione delle generalità e dei dati identificativi riportati nelle decisioni medesime (art. 52, comma 4). A tal riguardo, tuttavia, la pronuncia correttamente sottolinea che tale cautela non opera, allo stato, per decisioni di autorità amministrative.

Quindi, acclarato che non esisteva nel caso specifico un diritto dell'interessato a chiedere l'oscuramento delle proprie generalità - e ciò in ragione del dovere di trasparenza della pubblica amministrazione, consistente anche nel rendere i provvedimenti, salve ipotesi straordinarie, integralmente conoscibili per i terzi -, la pronuncia del Garante esplora la possibilità di bilanciare tal ultimo interesse con quello dell'interessato a evitare che, attraverso una qualsiasi ricerca svolta in Internet, chiunque possa accedere al provvedimento oramai datato, in ragione del semplice inserimento del nome e del cognome del primo nel motore di ricerca prescelto.

La questione appare ben circoscritta. L'esigenza di bilanciamento qui indagata potrebbe, in teoria, essere efficacemente perseguita facendo leva sulla differenza, propria di Internet, tra ricerca specifica della notizia e ricerca generica. Il punto, dunque, non è impedire ai terzi di accedere all'informazione non gradita all'interessato, che invece è bene rimanga archiviata e disponibile il più a lungo possibile, per esigenze di trasparenza della pubblica amministrazione ma anche in ragione di quanto detto sopra circa l'importanza della memoria collettiva e le peculiarità di Internet. Conta piuttosto la realizzabilità tecnica di una soluzione che, ferma restando la possibilità per chi nutre una curiosità specifica alla notizia di ritrovarla cercandola direttamente sul sito sorgente (e cioè sul sito nel quale essa è istituzionalmente, o comunque originariamente, pubblicata), impedisca che la notizia sia offerta a chiunque cerca informazioni generiche sul protagonista della stessa. Come sopra cennato, questa è anche la soluzione valorizzata nella proposta di legge attualmente pendente nel Parlamento italiano. E in tale prospettiva si pone il Garante quando, nella decisione in questione, conclude stabilendo che ogni provvedimento amministrativo, se coinvolgente dati personali, trascorso un congruo periodo di tempo idoneo a ritenere che sia venuto meno l'interesse pubblico diffuso alla sua conoscenza, deve essere collocato in una pagina del sito sorgente accessibile solo dall'indirizzo Web dello stesso, e non reperibile in caso di consultazione di un motore di ricerca esterno a tale sito (28).

Note:

(27) La pronuncia, datata 10 novembre 2004, doc. web n. 1116068, è reperibile sul sito www.garanteprivacy.it.

(28) La decisione si conclude anche con l'ordine del Garante, impartito ai sensi dell'art. 150, comma 2, del Codice della *privacy*, di adottare le seguenti due misure: 1) «entro tre mesi [...] l'Autorità resistente istituirà, nell'ambito del proprio sito web, una
(segue)

Il principio è analogo a quello affermato a più riprese nella copiosa giurisprudenza del Garante in materia di archiviazione *on-line* di notizie, messe così a disposizione degli utenti, da parte di siti che perseguono finalità giornalistiche. Nell'ambito di tale giurisprudenza, si è andata, infatti, cristallizzando una condivisibile prassi che si fonda sulla distinzione tra ipotesi in cui vi è un interesse pubblico diffuso attuale a conoscere la notizia, rispetto alle quali non viene giustificata nessuna limitazione alla reperibilità delle informazioni su Internet (29), e ipotesi in cui tale interesse diffuso è venuto meno, o comunque non c'è, sì che possono ammettersi restrizioni alla fruibilità *on-line* della notizia (30).

Concretamente tale restrizione si traduce nell'imposizione ai gestori dei siti sorgente - da parte del Garante e su ricorso dell'interessato - dell'obbligo di «adottare [entro termini che, peraltro, relativamente a questioni medesime e medesimi *content provider*, incomprensibilmente variano, a seconda dei casi, dai 40 ai 60 giorni] ogni misura tecnicamente idonea a evitare che le generalità del ricorrente contenute nell'articolo pubblicato *on-line* oggetto del ricorso siano rinvenibili direttamente attraverso l'utilizzo dei comuni motori di ricerca esterni al proprio sito Internet [...]» (31).

La prassi in parola viene argomentata nei provvedimenti più recenti sulla base delle seguenti osservazioni: 1) il trattamento dei dati dell'interessato, in origine effettuato per finalità giornalistiche, a seguito della conservazione nell'archivio *on-line* del testo dell'articolo a suo tempo pubblicato, rientra tra i trattamenti effettuati per fini storici; 2) tale ulteriore finalità, per espressa previsione normativa (art. 99, comma 1, del Codice), è compatibile con i diversi scopi per i quali i dati sono stati in precedenza raccolti o trattati, rendendo pertanto lecito il perdurante trattamento, pur in assenza di espresso consenso dell'interessato; 3) ai sensi dell'art. 7, comma 3, lett. b) del Codice, ogni interessato ha diritto di chiedere la cancellazione, la trasformazione in forma anonima o il blocco dei dati personali soltanto ove essi siano trattati in violazione di legge, oppure nel caso in cui la loro conservazione non sia necessaria in relazione agli scopi per i quali essi sono stati raccolti o successivamente trattati; 4) è infondata, dunque, la richiesta volta a ottenere la cancellazione dei dati personali dall'archivio *on-line* di una testata giornalistica, stante la liceità di tale trattamento; 5) infondata è altresì la richiesta di aggiornamento dei dati riferiti nell'articolo già oggetto di pubblicazione e successivamente di archiviazione *on-line*, non potendosi disporre un intervento modificativo

e/o integrativo del contenuto di un articolo che, nato come espressione di libera manifestazione del pensiero, viene in seguito legittimamente conservato, per finalità di documentazione, all'interno di un archivio che, benché informatizzato, svolge pur sempre la medesima funzione degli archivi cartacei; 6) viceversa, quando si accerti la mancanza di un interesse pubblico diffuso ed attuale rispetto alla notizia, bisogna che il responsabile del sito adotti le misure tecniche idonee ad escludere l'indicizzazione dell'articolo in questione da parte dei motori di ricerca esterni al suo sito Internet, rendendo, per converso, l'articolo in questione rinvenibile esclusivamente attraverso la consultazione diretta dell'archivio *on-line* e dunque, eventualmente, attraverso l'utilizzazione del motore di ricerca interno al suo sito (32).

8. Alla ricerca della soluzione tecnica utile a rendere non reperibili alcuni contenuti tramite i comuni motori di ricerca

Sotto il profilo tecnico, e cioè in tema di modalità

Note:

(continua nota 28)

sezione (nella quale collocare la predetta decisione del 1996) liberamente consultabile telematicamente accedendo allo stesso indirizzo web, ma tecnicamente sottratta alla diretta individuabilità delle decisioni in essa contenute per il tramite dei comuni motori di ricerca esterni»; e 2) «entro lo stesso termine dei tre mesi, l'Autorità individuerà, altresì, il periodo temporale entro il quale si potrà ritenere proporzionato, in rapporto alle finalità perseguite, mantenere sul sito provvedimenti (come, allo stato, quello del 2002 relativo ai ricorrenti) direttamente individuabili anche tramite motori di ricerca esterni».

(29) Così, tra le altre, le decisioni del Garante, tutte reperibili sul sito www.garanteprivacy.it, 2 ottobre 2008, doc. web n. 1557445, 12 febbraio 2009, doc. web 1601624, 22 maggio 2009, doc. web n. 1635938, 28 maggio 2009, doc. web n. 1535910, 18 febbraio 2010 doc. web n. 1706475.

(30) Così, tra le altre, le decisioni del Garante, tutte reperibili sul sito www.garanteprivacy.it, dell'11 dicembre 2008, doc. web n. 1582866, 11 dicembre 2008, doc. web n. 1583162, 19 dicembre 2008, doc. web n. 1583152, 25 giugno 2009, doc. web n. 1635966, 15 gennaio 2009, doc. web n. 1589209, e 8 aprile 2009, doc. web n. 1617673.

(31) Così, testualmente, *ex ceteris*, la citate decisioni del Garante dell'11 dicembre 2008, del 19 dicembre 2008, del 15 gennaio 2009, dell'8 aprile 2009 e del 25 giugno 2009. Cfr. anche, la decisione 24 giugno 2011, doc. web n. 1832491. Tutte le decisioni sono reperibili sul sito www.garanteprivacy.it.

(32) In questi termini, *ex ceteris*, le decisioni del Garante 19 maggio 2011, doc. web n. 1821331, 29 settembre 2010, doc. web n. 1763552, e 23 settembre 2010, doc. web n. 1762090. Cfr. anche le decisioni 16 giugno 2010, doc. web n. 1734973, 22 luglio 2010, doc. web n. 1748818, 23 marzo 2011, doc. web n. 1807050, 19 maggio 2011, doc. web n. 1821331, 24 giugno 2011, doc. web n. 1832491, 16 febbraio 2012, doc. web n. 1882081, e 21 marzo 2012, doc. web n. 1892254. Tutte le decisioni sono reperibili sul sito www.garanteprivacy.it.

attraverso cui limitare la reperibilità dei contenuti da tutelare tramite motori di ricerca esterni, deve notarsi che, nella citata decisione del 10 novembre 2004, il Garante aveva ritenuto di non poter accogliere la richiesta del ricorrente di ordinare al responsabile dell'archivio di scegliere quali parti dei propri documenti rendere rilevabili dai motori di ricerca a seconda delle parole utilizzate da chi compie la ricerca, così da nascondere le generalità dell'interessato se la ricerca non viene svolta attraverso le parole chiave *ex ante* collegate, proprio dal predetto responsabile del sito, a tali generalità.

Tale soluzione, a ben vedere, avrebbe avuto il pregio di consentire la integrale visione del documento amministrativo, completo di generalità e altri dati personali, solo a chi svolga una ricerca mirata. Ad avviso del Garante, tuttavia, essa risulta impraticabile in quanto incompatibile con il "reale funzionamento dei motori di ricerca standard", *id est* quelli a maggiore diffusione, la cui azione nella fase di raccolta delle informazioni sulle pagine disponibili nel Web (fase di *grabbing* e di successiva indicizzazione) è influenzabile dal singolo amministratore di un sito soltanto tramite la compilazione del file "robots.txt", previsto dal "Robots Exclusion Protocol", o tramite l'uso del "Robots Meta tag" (33).

Tali convenzioni prevedono la possibilità per il gestore di un sito Web di escludere selettivamente alcuni contenuti dall'azione di uno o più motori di ricerca. Oggetto dell'esclusione o della limitazione di accesso resta, però, sempre la pagina Web o l'insieme di pagine Web o di *link* in essa contenuti, anziché singole parole chiave o specifiche clausole di ricerca composte con operatori logici. Ciò, avviene sia con il "Robots Exclusion Protocol", sia con il ricorso ai "Robots Meta tag" da inserire nel codice delle pagine da visualizzare. Un'azione su singole parole chiave - come notava il Garante sempre nella pronuncia del 10 novembre 2004 - sarebbe possibile, ma soltanto "in positivo". L'amministratore del sito, infatti, può promuovere la rilevabilità di alcune pagine Web inserendo, con opportuni comandi, determinate *keyword* che possono anche non corrispondere a parole presenti nel documento pubblicato. Viceversa, non risulterebbe allo stato tecnicamente praticabile la soluzione volta a far sì che i nominativi degli interessati contenuti nelle decisioni pubblicate sul sito siano rilevabili da motori di ricerca solo mediante l'associazione di più parole chiave che uniscano il nominativo dei ricorrenti alla materia trattata nei provvedimenti.

In coerenza con tale impostazione, anche nelle decisioni in materia di archiviazione di articoli giornali-

stici il Garante si guarda bene dallo stabilire che il responsabile dell'archivio deve rendere visibili le generalità dei protagonisti della notizia soltanto quando il cibernauta ha svolto la ricerca tramite alcune parole chiave, così dimostrando il proprio interesse specifico per la questione, piuttosto che altre. Mentre, caso per caso - e cioè, sempre che non sussista un interesse pubblico diffuso ed attuale a conoscere la notizia, ovvero che il gestore dell'archivio non abbia già provato in giudizio di aver provveduto ad impedire la indicizzazione dei contenuti contestati nei motori di ricerca esterni al proprio sito (34) -, sollecitato dal relativo ricorso, si limita ad ordinare al responsabile dell'archivio, ai sensi dell'art. 150, comma 2, del Codice della *privacy*, di adottare «ogni misura tecnicamente idonea ad evitare che i dati personali del ricorrente contenuti negli articoli oggetto del ricorso siano rinvenibili direttamente attraverso l'utilizzo dei comuni motori di ricerca esterni al proprio sito Internet» (35). E ciò, «anche, ad esempio, mediante predisposizione di distinte versioni o di differenti modalità di presentazione della pagine Web interessate a seconda dello strumento di ricerca utilizzato dagli utenti - motori di ricerca Internet o funzioni di ricerca interne al sito - o con modalità che l'Autorità si riserva, ove del caso, di valutare ai sensi dell'art. 150, comma 5, del Codice» (36).

La soluzione scelta dal Garante risulta, sul piano teorico, convincente. In concreto, però, essa sconta difficoltà operative di non poco momento. Per un verso pare tecnicamente assai difficile, per i responsabili degli archivi *on-line*, intervenire in modo selettivo sui contenuti dei documenti in funzione della reperibilità degli stessi tramite i comuni motori di ricerca, tanto che, come conferma la lettura delle più recenti decisioni del Garante, anche i gestori degli archivi più organizzati e importanti ad oggi adottano *tout court* come unica misura la richiesta ai mo-

Note:

(33) Si tratta, come spiega anche il Garante sempre nella citata decisione del 10 novembre 2004, «di convenzioni concordate nella comunità Internet dai soggetti che sviluppano i protocolli, e non di standard veri e propri, allo stato largamente accettate nel contesto dei motori di ricerca».

(34) In varie pronunce del Garante può leggersi che il responsabile del sito ha provato in corso di giudizio di aver impedito l'indicizzazione del documento, o contenuto, contestato ai motori di ricerca esterni, e ciò attraverso la compilazione del file *robots.txt*. Così, ad esempio, per fermarci alle più recenti, nelle citate decisioni del 23 marzo 2011, del 19 maggio 2011, 24 giugno 2011, del 21 marzo 2012 e del 16 febbraio 2012.

(35) Così, *ex ceteris*, le già citate decisioni del 19 maggio 2011, del 29 settembre 2010, e del 23 settembre 2010.

(36) Così, testualmente, le già citate decisioni dell'11 dicembre, del 19 dicembre 2008, dell'8 aprile 2009 e del 15 gennaio 2009.

tori di ricerca di non indicizzazione dell'intero documento contestato.

Per altro verso, detta soluzione pare sottovalutare la circostanza per cui, laddove un certo contenuto sia già stato pubblicato su Internet, è altissima la probabilità che un motore di ricerca o un altro sito lo abbia memorizzato, sicché l'eventuale rimozione dello stesso da una pagina Internet indicizzabile del sito sorgente non esclude affatto che esso risulti ancora reperibile attraverso la consultazione dei comuni motori di ricerca (37). In tale eventualità, la possibile ubicazione all'estero del sito memorizzatore rende la vicenda ancora più complessa e riduce di molto le speranze per l'interessato di riuscire a tutelare il proprio diritto a che l'articolo o, più in generale, il contenuto controverso non sia raggiungibile se non nell'ambito di una ricerca condotta all'interno del sito sorgente.

9. Archivi *on-line* e dinamismo dell'identità individuale: è la Rete, bellezza, la Rete!

Come anticipato nei paragrafi precedenti, la memoria in, e di, Internet attualmente sembra essere illimitata. Notizie, dati, immagini, audio, informazioni complete o frammenti di informazione sono sulla grande rete telematica a disposizione di chi riesce a scovarle, di chi vuole trovarle, di chi le cerca così come di chi in esse si imbatte per caso.

Informazioni riversate in rete da *content provider* organizzati così come da piccoli fornitori improvvisati, da siti istituzionali come da ciascun singolo navigatore, e dunque, più o meno consapevolmente, da centinaia di milioni di utenti che ogni giorno usano Internet per motivi professionali, ludici, culturali, relazionali o quant'altro, e a volte anche per tutti questi motivi insieme. Notizie vere e false, notizie autorevoli e non, prodotti digitali autentici e taroccati, copie di notizie e riproduzioni di notizie. Contenuti leciti ed illeciti. Di tutto, di più.

“È la Rete, bellezza, e tu non ci puoi fare niente!”, verrebbe da dire, parafrasando la celebre battuta di Humphrey Bogart ne “*L'ultima minaccia*”. È la Rete. Prendere o lasciare.

Al di là delle apparenze, non si tratta certo di un ingestibile e pericoloso ammasso di notizie confuse ed indistinte, ma di un'immensa piattaforma informativa, articolata in infiniti archivi (giacché ogni sito, ma anche all'interno del singolo sito una data sezione, è potenzialmente un archivio autonomo), navigabili all'interno e quindi esplorabili verticalmente, nonché collegati tra loro attraverso *link* o richiami, raggiungibili comunque, anche da utenti che non li

conoscono, attraverso l'utilizzazione dei motori di ricerca generici (38). Non si può, dunque, parlare di Internet facendo riferimento al solo concetto di memoria o di memorizzazione, in quanto la Rete, a ben vedere, costituisce un vero e proprio archivio (39), o meglio un mare di archivi, e cioè uno strumento di memorizzazione e ricerca, idoneo ad incidere significativamente sulla formazione e lo svolgimento della memoria individuale e collettiva.

E infatti, come noto, tradizionalmente sono considerati archivi tutte le raccolte di documenti organizzate razionalmente allo scopo di permettere un'agevole consultazione dei contenuti. Nel concetto di documento rientrano da tempo anche i supporti utili a memorizzare e riprodurre immagini, filmati e opere musicali, tanto che esistono archivi fotografici, cinematografici e audiofonici. Con l'avvento della tecnologia digitale non sembra potersi revocare in dubbio che in questa accezione del concetto di documento rientrino anche i “*file*”, di qualsiasi formato, intesi come supporto di memorizzazione e riproduzione di conversazioni, comunicazioni, notizie, immagini, filmati, libri, musiche e quant'altro. A voler essere tecnicamente più precisi deve riconoscersi che, in realtà, gli stessi singoli *file* altro non sono che archivi. Non a caso, il termine inglese “*file*”

Note:

(37) Il Garante è tornato più recentemente sul tema, se pure solo in chiave problematica, nella Relazione 2009, nella quale si legge che «con riferimento alla diffusione in Internet, si pone anche per questi archivi, l'interrogativo se, in quali casi, e fino a che punto sia utile ed opportuno disporre che i siti on-line dei giornali e degli altri media, o almeno quella parte che contiene gli archivi del passato, sia resa sempre e comunque accessibile ai motori di ricerca che catturano e decontestualizzano informazioni che, pur risalenti nel tempo, entrano così a far parte di un eterno presente, senza alcuna verifica della sussistenza di un ragionevole interesse pubblico a conoscerle».

(38) La memoria, a differenza degli archivi, non è necessariamente strutturata, in quanto può essere emozionale ed evocativa. Cfr. S. Vitali, *Memorie, genealogie, identità*, in L. Giuva-S. Vitali-I. Zanni Rosiello (a cura di), *Il potere degli archivi. Usi del passato e difesa dei diritti della società contemporanea*, Milano, 1997, 67; nonché Id., *Archivi, memoria, identità*, in Aa.Vv., *Storia, archivi, amministrazione*, Roma, 2004, 337. Per un'attenta riflessione sui molteplici significati e le ramificate implicazioni del concetto di memoria, v. in particolare P. Ricoeur, *La memoria, la storia, l'oblio*, a cura di D. Iannotta, Milano-Cortina, 2000. Sul rapporto tra archivi e memoria esiste oramai una consistente bibliografia, in specie, internazionale: cfr. B.L. Craing, *Selected Themes on the Literature on Memory and Their Pertinence to Archives*, in *The American Archivist*, 45 (2002)2, 276; L. Millar, *Evidence, Memory and Knowledge: The Relationship between Memory and Archives*, Vienna, 2004.

(39) In senso contrario pare esprimersi Finocchiaro, *op. cit.*, in part. 394, la quale sostiene che «le informazioni su Internet non sono archiviate, ma solo memorizzate», salvo precisare che «l'archivio è la tecnologia della memoria» e che in Internet «l'archivio può essere quello dei singoli archivi», potendosi forse intendere che ogni sito costituisce in Rete un archivio.

significa proprio “archivio”, ed il *file* informatico è comunemente inteso come un contenitore di informazione digitalizzata, nel quale, cioè, sono codificate, in sequenza di “byte”, informazioni leggibili solo da *software* (40). I *file*, a loro volta, sono immagazzinati e organizzati su dispositivi di archiviazione, come un disco rigido o un CD-ROM, attraverso un meccanismo - denominato, in gergo tecnico, “*file system*” - che consente di memorizzare, organizzare gerarchicamente, leggere, manipolare e modificare i dati contenuti nel *file* (41).

Tali rilievi confermano che non solo tutti i siti Internet che ospitano dati sono archivi, ma qualunque risorsa informatica in grado di supportare la memorizzazione di dati va considerata archivio. Così è a dirsi, ad esempio, per la “pagina” personale del *social network* “facebook”, in cui un utente registrato, e titolare di un proprio “profilo”, ha “postato” (*id est*, inserito), ed eventualmente posta periodicamente, notizie, pensieri, immagini, video e quant’altro, affinché siano disponibili *on-line* per lui e per una cerchia più o meno ampia di altri interessati, a seconda che tali contenuti siano resi visibili a tutti coloro che hanno accesso a “facebook” ovvero solo ai c.d. “amici”, e cioè ad un gruppo di utenti abilitati.

In definitiva, Internet, scomposto e ricondotto alla sua intima essenza, può essere considerato uno sconfinato contenitore di *file*, o rete di contenitori di *file*. Rispetto ai contenuti destinati ad essere memorizzati, e non solo veicolati (42), *on-line*, esso va senz’altro inteso, nella prospettiva strettamente giuridica qui indagata, come mega-archivio ovvero, secondo quanto già sopra cennato, se si preferisce, mare di archivi. E, dunque, come strumento senz’altro in condizione di influenzare la memoria, e di conseguenza l’identità, dell’uomo (43).

Ciò spiega meglio di qualunque altro riferimento come e perché nell’era digitale la tematica dei diritti della personalità rischi di essere stravolta dall’affermazione di nuovi *media* (44). E inoltre evidenzia una volta di più quanto la larga, massiva e diffusa utilizzazione di tali strumenti, in combinazione con altri importanti fenomeni sociali in atto, abbia prodotto, negli ultimi lustri, sull’uomo occidentale effetti antropologicamente rilevanti in termini di liquidità dei rapporti umani e dinamismo della personalità individuale (45).

Né deve stupire il fatto che gli archivi informatici, e più ancora gli archivi di Internet, siano governati da logiche, presentino caratteristiche e seguano processi affatto diversi dagli archivi tradizionali, visto che, come è stato efficacemente osservato, «nel corso della storia, il mutamento delle forme di dominio e

delle loro articolazioni istituzionali ha segnato in modo decisivo non solo la geografia degli archivi, cioè la loro aggregazione e loro organizzazione, ma anche le modalità della loro organizzazione, del controllo esercitato su di essi nonché, in ultima analisi, delle ragioni profonde che hanno sovrinteso alla loro stessa produzione e, soprattutto, alla loro tradizione e utilizzazione nel tempo» (46).

10. Conclusioni: l’informazione in Internet come risultato cooperativo e relativa regolamentazione giuridica

Una volta chiarito che, quando parliamo di Internet, parliamo di archivi, bisogna precisare che la finalità della singola archiviazione *on-line* va verificata di volta in volta in quanto un certo sito, o meglio una certa risorsa informatica su cui sono memorizzati dati, o l’attività che alimenta la memorizzazione sull’uno o sull’altra, potrebbero avere finalità gior-

Note:

(40) Così, tra l’altro, si legge alla voce “*file*” di Wikipedia, consultata il 17/05/2012 alla pagina Internet <http://it.wikipedia.org/wiki/File>.

(41) V. la voce “*file system*” di Wikipedia, consultata il 17 maggio 2012 alla pagina Internet http://it.wikipedia.org/wiki/File_system.

(42) Una conversazione che si svolge su Internet in una *chat room* o attraverso un servizio tipo “Skype” non è destinata, di *default*, ad essere memorizzata per un successivo utilizzo, e dunque in modo duraturo, in quanto, nel caso di specie, la Rete è utilizzata solo come veicolo di trasferimento, tra i soggetti coinvolti, dei *file* utilizzati per esprimere i “segnni” (può trattarsi di parole scritte, ma anche pronunciate, ovvero di gesti del corpo) attraverso i quali detta conversazione si svolge. Ovviamente, può accadere che invece, per volontà di uno o tutti i partecipanti, ovvero anche per volontà di terzi in grado di intercettarla, la conversazione sia memorizzata in modo duraturo. La vicenda è del tutto simile a quella che si ha quando una tradizionale conversazione telefonica viene registrata.

(43) La memoria, come ha scritto J. Le Goff, *Memoria*, in *Enciclopedia*, VIII, Torino, 1979, 1004, in part. 1012-1013, «è un elemento essenziale di ciò che ormai si usa chiamare identità, individuale o collettiva, la ricerca della quale è una delle attività fondamentali degli individui e delle società di oggi».

(44) Cfr. Di Ciommo, *Diritti della personalità tra media tradizionali e avvento di Internet*, cit.; Id., *La responsabilità civile nell’era di Internet*, in G. Ponzanelli (a cura di), *La responsabilità civile. Tredici variazioni sul tema*, Padova, 2002; Id., *Internet (responsabilità civile)*, voce di *Enc. giur. Treccani, Aggiornamento 2001*, Roma, vol. XVII; Id., *Internet, diritti della personalità e responsabilità aquiliana del provider*, in questa *Rivista*, 1999, 754; e D. Messinetti, *Identità telematiche, identità virtuali, nick name. Il problema delle tutele giuridiche*, in *Liber amicorum* per Francesco Donato Busnelli, Milano, 2008.

(45) Così D. Messinetti-F. Di Ciommo, *Diritti della personalità*, in *Diritto civile*, a cura di S. Martuccelli-V. Pescatore, Milano, 2011, 559 ss., in part. 614.

(46) Così S. Vitali, *Premessa*, in L. Giuva-S. Vitali-I. Zanni Rosiello, *Il potere degli archivi. Usi del passato e difesa dei diritti nella società contemporanea*, Milano, 2007, VIII.

nalistica, ovvero, alternativamente, finalità storica, sanitaria, statistica, ludica ecc.

L'individuazione, caso per caso, della finalità è necessaria a comprendere quali norme in materia di *privacy*, riservatezza e tutela dell'identità personale, tra quelle di cui al D.Lgs. n. 196/2003 e della relativa regolamentazione di secondo livello, troveranno applicazione al caso concreto (47). E così, ad esempio, quando si tratterà di un archivio avente finalità storica statistica o scientifica, si applicherà il Titolo VII di detto decreto.

A proposito di finalità del trattamento, va qui ricordato come il Garante abbia recentemente stabilito che il trattamento dei dati personali, svolto al fine di inserire dei contenuti, per fini personali, in una pagina Web visibile solo ad un numero limitato di persone - nella specie, nel *social network* "facebook" in un "profilo chiuso" (48) -, non è soggetto all'applicazione del c.d. Codice della *privacy*, e ciò ai sensi dell'art. 5, comma 3, dello stesso, in quanto non riguarda «dati personali destinati alla comunicazione sistematica o alla diffusione» (49).

In conclusione deve evidenziarsi che la peculiarità di Internet rispetto ad ogni altro *medium* preesistente, nella prospettiva qui indagata, consiste nel fatto che la Rete consente a chiunque di essere fornitore e fruitore di informazioni, tanto che l'informazione *on-line* è, per la più parte, il risultato cooperativo dell'attività di chi ha inserito il dato sul Web e di chi lo ha ricercato o comunque lo ha "pescato" nell'ambito di una sua navigazione. Ciò determina un profondo mutamento di scenario. Chi voglia dolersi di un danno derivante dalla presenza *on-line* di una notizia vera che lo riguarda, salvo che tale notizia non compaia sulla *home page* di un sito a scopo giornalistico (50), piuttosto che lamentare una lesione del proprio diritto all'oblio, deve chiedere di agire a tutela del proprio diritto alla identità personale, che si declina, come sopra si è visto, anche in termini di diritto a che le informazioni relative all'interessato diffuse dai terzi siano corrette, attuali, aggiornate e complete, e cioè nella sua prospettiva dinamica.

In poche parole, e come già evidenziato nel paragrafo 4, il diritto all'oblio, relativamente ad attività compiute in Internet, e salva l'eccezione appena cennata, non viene punto il rilievo. Mentre, rispetto al tema della tutela dell'identità "dinamica" - e cioè costantemente in divenire -, va ribadito che chi gestisce un archivio *on-line* non può essere tenuto ad aggiornarlo periodicamente, per non dire quotidianamente, come la Cassazione pretende, e ciò anche qualora l'interessato lo richieda espressamente.

Ad ogni utente di Internet, ed anche ad ogni *provi-*

der, deve, al contrario, riconoscersi il diritto a realizzare o implementare un archivio *on-line* in una certa occasione o per un certo periodo, senza poi essere, per ciò solo, costretto a rielaborarlo costantemente nel tempo a venire, per altro con informazioni che obiettivamente potrebbero essere anche difficili da rinvenire (51). Solo in questo modo può preservarsi

Note:

(47) Tra la normativa di secondo livello applicabile alle tematiche in esame si segnala particolarmente il provvedimento del Garante n. 8/P/2001 del 14 marzo 2001, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* 5 aprile 2011 n. 80, recante il "Codice di deontologia e buona condotta per i trattamenti di dati personali per scopi storici", nonché la deliberazione del Garante del 2 dicembre 2010, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* 4 gennaio 2011 n. 2, recante "Linee Guida in materia di trattamento dei dati personali nella riproduzione di provvedimenti giurisdizionali per finalità di informazione giuridica".

(48) V. la decisione del 18 febbraio 2010, doc. web n. 1712776, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it. Nel caso di specie, la ricorrente, titolare di un profilo "facebook" a lei riconducibile alla luce di alcune informazioni personali che la riguardavano (luogo e data di nascita, indirizzo email, fotografie) e che la rendevano identificabile, chiedeva al Garante in via d'urgenza di ordinare a Facebook Inc., e ad un altro utente di Internet titolare di proprio profilo sul celebre *social network*, di cancellare l'etichetta (*tag*) che associava il predetto suo profilo ad una fotografia pubblicata dall'altro *user* in quanto il collegamento tra quella foto ed il suo profilo le creava imbarazzo perché idoneo a svelare il suo orientamento sessuale. Sennonché, il Garante ha dichiarato il ricorso inammissibile in quanto nella vicenda, a suo dire, il trattamento poteva essere considerato a fini meramente personali e non destinato alla comunicazione sistematica o alla diffusione giacché la pagina Web sui cui era collocata detta etichetta non poteva essere raggiunta che da un gruppo ristretto di utenti annoverati tra gli "amici" abilitati ad accedere al profilo "chiuso" dello *user* convenuto.

(49) Lo stesso Presidente dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali italiana, F. Pizzetti, ha, tuttavia, recentemente osservato (*I diritti nella "Rete" della Rete. Il caso del diritto d'autore*, Torino, 2011, in part. 17-18) che: «Cresce a dismisura, soprattutto come conseguenza dei *social network*, la possibilità e l'abitudine di diffondere dati altrui senza consenso dell'interessato, aggravata dalla difficoltà di distinguere, in questa nuova dimensione del fenomeno, fra uso personale delle immagini e dei dati altrui, legato all'ambito della piccola comunità chiusa di amici, e quelle che appaiono essere invece vere e proprie forme di diffusione generalizzata perché messe in rete senza alcuna restrizione né protezione e senza nessuna consapevolezza di chi possa venirci a conoscenza». Ed inoltre (pag. 17) che: «È emerso con sempre maggiore evidenza che non bastano più le regole della protezione dei dati personali, che vietano ogni tracciamento senza esplicito consenso informato dell'interessato, per proteggere gli utenti da qualunque forma di controllo indebito: sia questo finalizzato soltanto alla profilazione a fini commerciali o a forme di controllo più autoritarie ed invasive».

(50) Nel qual caso riemerge una situazione simile a quella che si verifica quando una notizia viene pubblicata su un quotidiano, e dunque torna attuale il tema della tutela del diritto all'oblio.

(51) Eccezione a tale principio si ha quando a gestire l'archivio è un soggetto organizzato e professionale, il quale, in ragione della clausola generale di correttezza - cui deve conformarsi, tra l'altro, l'esercizio dell'attività imprenditoriale nonché, per espressa previsione legislativa, il trattamento dei dati personali -, sarà obbligato, nei limiti dell'esigibile, ad aggiornare costantemente l'archivio nella misura in cui esso non sia percepito come archivio meramente storico, bensì come organizzazione elaborata di informazioni.

l'attuale ricchezza di Internet, in quanto solo così si rispetta la natura della Rete. Senza considerare, inoltre, che una deriva, quale quella qui stigmatizzata, costituirebbe un'assurdità impraticabile sul piano fattuale e ingiustificabile sul piano giuridico.

Ciò, beninteso, non implica una rinuncia a tutelare *on-line* il diritto all'identità personale. Una cosa, infatti, è sostenere che una notizia riversata in Internet deve restare, senza limiti temporali, a disposizione di tutti i cybernauti, e cioè deve essere rinvenibile da chiunque svolga una ricerca idonea allo scopo, giacché esiste un interesse diffuso, e meritevole di affermazione e tutela, a che la Rete funzioni per ciò che è, e dunque come un mega-archivio di informazioni, dati, prodotti musicali, video e quant'altro.

Altro è ritenere che una notizia, non più di interesse pubblico, possa essere riproposta ad uno o più consociati a discrezione di chi la detiene e, dunque, a prescindere da una specifica attività di ricerca svolta da questi ultimi. Il diritto all'oblio riguarda la seconda ipotesi e va senz'altro affermato e salvaguardato anche in Internet, dove però nella stragrande maggioranza dei casi viene in rilievo una situazione diversa, che pertiene alla prima ipotesi. Rispetto alla quale, giova ripeterlo, deve affermarsi la piena legittimità del mantenimento *on-line* dei contenuti riversati in Rete in modo lecito, al più ponendosi il problema (di cui sopra, ai paragrafi 8 e 9) relativo all'eventuale limitazione della reperibilità degli stessi tramite i motori di ricerca esterni al sito sorgente.

RIVISTE

Oggi anche su Tablet



Studi e materiali

Quaderni trimestrali

Direzione e redazione: Consiglio Nazionale del Notariato

Coordinatore: G. Laurini

Comitato scientifico: Roberto Braccio, Giuseppe Celeste, Maria Luisa Cenni, Guido De Rosa, Paolo Guida, Giampiero Monteleone, Francesco Giambattista Nardone, Donatella Quartuccio

Redazione: Emanuele Calò, Mauro Leo, Annarita Lomonaco, Paolo Longo, Enrico Mozzati, Antonio Ruotolo

Segreteria di redazione: Stéfanie Busso, Gabriella De Angelis

Editoriale: opinioni su temi di attualità e di interesse generale per il mondo notarile

Studi: la sezione comprende lavori approvati collegialmente dalle Commissioni del Consiglio Nazionale del Notariato competenti per materia (Commissione studi civilistici, Commissione studi di impresa, Commissione studi tributari e Commissione affari europei e internazionali). Alcuni di tali lavori, per la particolarità e la rilevanza degli argomenti trattati, formano oggetto di ulteriore attenzione e successiva approvazione espressa anche da parte del Consiglio Nazionale del Notariato.

Materiali: la sezione comprende lavori che rappresentano ed esprimono esclusivamente il pensiero dei loro autori, com-

ponenti delle suddette Commissioni. In questa sezione sono pubblicati anche studi e ricerche sulla storia del notariato.

Risposte a quesiti: la sezione comprende le risposte, di norma non esaminate collegialmente dalle Commissioni, che l'Ufficio Studi dà a specifici quesiti di interesse generale rivolti al Consiglio Nazionale del Notariato.

Abbonamento annuale: € 160,00

Per informazioni e acquisti

- Servizio Informazioni Commerciali

(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)

- Agente Ipsoa di zona (www.ipsoa.it/agenzie)

- <http://shop.wki/ipsoa>

Giudizio di vessatorietà

Clausole “claims made”, professionisti e “terzo contratto”

di **Bruno Tassone** (*)

L'autore parte da una recente decisione per offrire una panoramica sugli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali inerenti le clausole “claims made”, nonché per metterli in relazione alla tematica del cosiddetto “terzo contratto”. In tal modo, emerge la necessità di chiedersi quale collocazione trovino nell'ambito di tale elaborazione i contratti conclusi fra professionisti (nel senso domestico del termine) e imprenditori, anche considerando le più recenti disposizioni normative inerenti la “micro-impresa” e quelle contenute nel decreto legge (poi convertito) sulle “liberalizzazioni”.

Introduzione

Una recente sentenza di merito, la quale affronta alcuni interessanti problemi inerenti le clausole *claims made*, offre lo spunto per una riflessione sul cosiddetto “terzo contratto”, in specie considerando il ruolo che, rispetto ad esso, può giocare il professionista (1).

Nel richiamare un lavoro già edito per una più analitica disamina della pronuncia (2), si può brevemente ricordare che essa si occupava di un contratto di assicurazione per la responsabilità civile patrimoniale concluso dal neo-direttore di un'azienda sanitaria, munito di particolari previsioni in punto di delimitazione del suo ambito di applicazione temporale: l'assicurazione avrebbe tenuto indenne l'assicurato per richieste di risarcimento presentate per la prima volta durante il suo periodo di efficacia (avente decorrenza iniziale dalla sottoscrizione e termine finale coincidente con la cessazione dell'incarico) a condizione che esse derivassero da comportamenti colposi posti in essere entro i due anni precedenti la conclusione del contratto; oppure per richieste presentate nei cinque anni successivi alla scadenza, purché riferibili a comportamenti colposi posti in essere durante la vigenza della polizza e non prima (secondo quanto previsto nell'altra ipotesi).

Ad incarico concluso la struttura riceveva una sanzione di Euro 20.000 per un'omissione del direttore (in costanza di rapporto) e ne nasceva un giudizio amministrativo-contabile (3), sicché l'assicurato chiedeva in sede civile il rimborso degli esborsi sostenuti per procurarsi un'idonea difesa (4), affermando che il sinistro rientrava nella copertura e, co-

munque, che andava dichiarata l'invalidità e/o l'inefficacia di ogni clausola atta a precludere l'operatività della polizza, in quanto vessatoria e non specificamente sottoscritta ai sensi dell'art. 1341 c.c.

Tuttavia, il giudice di prime cure osservava come l'inadempimento agli obblighi incombenti sull'attore si collocasse in un periodo (ancorché di poco) precedente la stipula (e quindi l'efficacia) della polizza, ed era all'origine di una richiesta risarcitoria pervenuta dopo la sua cessazione, sicché non era applicabile né la clausola *loss occurrence* né

Note:

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

(1) Trib. Catanzaro, sentenza (parziale) 1° aprile 2011, n. 962, G.U. Tallaro, in corso di pubblicazione (in cartaceo) su *La resp. civ.* e già disponibile su www.ipsoa.it/ilcorriereedelmerito.

(2) Si veda, in proposito, B. Tassone-D. Nardo, *Clausole claims made e loss occurrence di nuovo al vaglio della giurisprudenza*, in *Corr. merito*, 2012, 148 ss.

(3) In particolare, la procura della competente sezione giurisdizionale della Corte dei Conti contestava all'attore che per sua colpa la struttura sanitaria aveva ricevuto la sanzione di cui nel testo per via dell'omissione di una notifica da effettuarsi (entro il 30 aprile 2004) ai sensi del Codice in materia di protezione dei dati personali. Al termine del procedimento, tuttavia, l'attore veniva condannato a corrispondere solo la somma di Euro 2.666, oltre accessori, in forza delle particolari regole che disciplinano la responsabilità amministrativo-contabile.

(4) Ciò per Euro 21.000 e coinvolgendo nel giudizio anche il *broker*: nei confronti del quale veniva spiegata una domanda risarcitoria relativa alle condotte tenute sia in fase precontrattuale sia nel corso del procedimento svoltosi di fronte alla Corte dei Conti, lamentando la violazione dei canoni di correttezza e buona fede, dacché i convenuti non avevano a suo dire eccepito in sede stragiudiziale l'inoperatività della polizza e avevano indotto l'assicurato a ritenere dovuto il rimborso delle spese legali, con domanda sulla quale viene disposta la prosecuzione del giudizio.

quella *claims made* (5), nemmeno ritenute vessatorie (6).

Come si vedrà fra un attimo - dopo aver offerto una breve panoramica degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali in materia, al fine di collocare nel suo ambito specifico il caso da cui si prendono le mosse -, proprio le modalità con le quali è stato posto in essere il giudizio di vessatorietà della clausola, basato pure sulle caratteristiche soggettive dell'assicurato, induce a meditare sul ruolo giocato dalla figura generale di cui in apertura.

Gli orientamenti giurisprudenziali

Anche se è solo da pochi lustri che la giurisprudenza si confronta con le clausole in parola, si riscontrano in materia almeno tre orientamenti (7).

Secondo un primo filone - approvato dall'unica sentenza dei giudici di legittimità che si registra - le clausole *claims made* sono vessatorie perché tali da comportare per l'assicuratore una limitazione di responsabilità (quindi valide ed efficaci solo ove specificamente approvate per iscritto), dacché esse non rientrano nella fattispecie disciplinata dall'articolo 1917 c.c., ma rendono il contratto atipico ai sensi dell'art. 1322 c.c. (8).

Da questo punto di vista, la ricostruzione approvata dei giudici di Piazza Cavour si pone in linea con un'importante pronuncia del Tribunale di Milano del 2010, che considera vessatorie le clausole *claims made* di carattere «misto», cioè utilizzate congiuntamente a clausole «*loss occurrence*» o «*act committed*», decidendo per converso di non sanzionare quelle poste al di fuori di tale schema (9): premesso che la sentenza va piuttosto collocata nell'orientamento che sostiene in principio la validità e l'efficacia delle clausole di cui si discorre (10), il giudice meneghino ne afferma pure la tipicità, perché con il modello *claims made* non viene meno il rischio e non muta l'oggetto del contratto (11), pur sempre definiti in ragione della condotta negligente dell'assicurato (12).

Per giunta - come in parte anticipato -, la decisione considera le pattuizioni valide ed efficaci a condizione che esse assumano la forma «pura» (13), perché

Note:

(5) Come anticipato nel testo, la clausola *loss occurrence* presupponeva una condotta colposa tenuta durante il periodo di efficacia della polizza a fronte di una richiesta di risarcimento presentata successivamente, mentre quella *claims made* presupponeva una condotta colposa tenuta entro i due anni precedenti la stipula della polizza a fronte di una richiesta di risarcimento presentata durante il periodo di efficacia.

(6) Quanto alla prima, dal raffronto con il modello codicistico

emerge che essa operava in conformità all'art. 1917 c.c. e - sebbene il sinistro fosse stato denunciato entro il limite temporale fissato dalla polizza (cioè nei cinque anni successivi alla sua cessazione, secondo la c.d. garanzia postuma) -, era pacifico che la condotta all'origine della richiesta fosse stata tenuta *prima* della stipula del contratto; quanto alla seconda, si riconosceva che (a differenza di quella in questione) le clausole *claims made* coprono solitamente sinistri denunciati dal danneggiato nel periodo di vigenza dell'assicurazione indipendentemente da quando il terzo ha subito il danno e il rischio dedotto nella polizza si è materializzato; ma poiché la richiesta era stata nel caso di specie presentata solo dopo lo «spirare del contratto di assicurazione», non veniva in concreto ad operare alcuna barriera all'effetto retroattivo (in ipotesi costituente una limitazione di responsabilità di carattere vessatorio) basata sul momento in cui il comportamento era stato tenuto.

(7) Al cui esame si può premettere la menzione di una decisione in cui non vengono in esponente problemi di validità o di efficacia delle clausole in questione (contenute in una serie di polizze), bensì la loro inoperatività per via della definizione del rischio assicurato, della non tempestiva denuncia del sinistro (interventiva successivamente alla scadenza), nonché delle dichiarazioni false o reticenti rese dagli assicurati: Trib. Milano, 5 luglio 2005, in *Fallimento*, 2006, 438, con nota di M. Costanza, *L'assicurazione r.c. professionale in caso di insolvenza di società*.

(8) Cass. 15 marzo 2005, n. 5624, in *Assicurazioni*, 2006, II, 2, 4, con nota di S. Landini, *La clausola claims made è vessatoria?*; in questa *Rivista*, 2005, 1071, con note di R. Simone, *Assicurazione claims made, sinistro (latente) e dilatazione (temporale) della responsabilità civile*, e di C. Lanzani, *Clausole claims made: legittime, ma vessatorie*; in *Dir. e pratica società*, 2005, fasc. 14, 64, con nota di F. Amabili; in *Nuova giur. civ.*, 2006, I, 153, con nota di A. Antonucci, *Prassi e norma nel contratto di assicurazione: la clausola claims made*; in *Resp. e ris.*, 2005, fasc. 8, 9, con note di C. De Pascale, R. Rodolfi e F. Martini; nonché in *Dir. e giustizia*, 2005, fasc. 37, 20, con nota di M. Rossetti.

(9) Trib. Milano 18 marzo 2010, n. 3527, in *Nuova giur. civ.*, 2010, I, 857, con nota di C. Lanzani, *La travagliata storia delle clausole claims made: le incertezze continuano*, nonché in *Corr. merito*, 2010, 1054, con nota di A. Luberti, *Clausola claims made: un minoritario (e indivisibile) indirizzo giurisprudenziale*.

(10) L'indirizzo può farsi risalire ad una decisione del Tribunale di Crotone dell'8 novembre 2004, che si legge in *Assicurazioni*, 2004, II, 2, 260, con la quale il tribunale calabrese dichiarava la validità di una clausola «a richiesta fatta», che comporterebbe una deroga del tutto legittima all'art. 1917, comma 1, c.c., non figurando la disposizione tra quelle dichiarate inderogabili dall'art. 1932 c.c. (che si riferisce espressamente ai soli commi 3 e 4 dell'art. 1917), mentre sarebbe pacifico che secondo la prima norma la condotta dell'assicurato debba essere tenuta «durante il tempo dell'assicurazione».

(11) In proposito, il tribunale lombardo evidenzia che un contratto si configura come atipico «quando le parti predispongono un regolamento di interessi non riconducibile ai tipi aventi una disciplina particolare» e che «la disciplina dei contratti tipici è affidata [...] a norme dispositive [sicché] non ogni deroga allo schema astratto previsto dalla legge comporta la creazione di un nuovo negozio», per tale via rinvenendo nel comma 1 dell'art. 1917 c.c. proprio una regola di *default* e, peraltro, avversando la ricostruzione proposta dalla citata sentenza dei giudici di legittimità.

(12) Dacché a cambiare è solo il criterio attraverso il quale si attribuisce rilevanza a tale condotta, attraverso la richiesta di risarcimento del terzo. Sul punto, Lanzani, *La travagliata storia* cit., 857 ss., nonché Luberti, *Clausola claims made*, cit., 1054 ss.

(13) È tale quella in virtù della quale l'assicuratore copre richieste di risarcimento pervenute all'assicurato durante il periodo di efficacia della polizza, purché i rischi in essa dedotti si siano verificati nel decennio precedente, vale a dire fino al momento in cui
(segue)

le clausole *claims made* «miste» (tali da coprire richieste di risarcimento basate su fatti verificatisi in un torno di tempo precedente e inferiore a quello inerente la prescrizione del diritto del danneggiato, ad esempio di due o tre anni) sono da ritenersi vessatorie in quanto limitative della responsabilità dell'assicuratore, ancorché l'accertamento giudiziale non possa portare al ripristino di uno schema *loss occurrence* proiettato 'in avanti' (14).

Sebbene sia il più risalente nel tempo, il maggior numero di decisioni si deve ricondurre infine all'orientamento che afferma la radicale nullità del contratto contenente una clausola *claims made*: riscontrandosi queste nella giurisprudenza romana (15), in quella genovese (16), anche qui con varie argomentazioni (17), nonché in quella emiliana (e non solo) (18), da propiziando l'inserzione automatica ai sensi degli artt. 1339 e 1419 c.c. (a differenza, come anticipato, di quanto stabilito nella citata decisione del Tribunale di Milano).

Peraltro, come si vedrà fra un attimo, non è solo il formante giurisprudenziale a ritenere che le clausole *claims made* siano vessatorie, valide ed efficaci o - all'opposto - radicalmente nulle, pur se in quello dottrinale la varietà di opinioni e argomenti rende possibile una schematizzazione solo di massima, anche perché le decisioni passate in rassegna hanno stimolato contributi a diversi livelli, da quello redazionale e di primo commento fino a quello saggistico (19),

Note:

(continua nota 13)

l'assicurato può ritualmente eccepire la prescrizione del diritto del danneggiato di chiedere il risarcimento del danno, nel caso di specie appunto pari a dieci anni: volendosi così creare una chiara simmetria con la clausola *loss occurrence*, che obbliga l'assicuratore a coprire l'assicurato per tutto il periodo prescrizione successivo alla cessazione della polizza per condotte tenute durante la vigenza della stessa.

(14) In altri termini, dalla vessatorietà non si fa discendere l'applicazione del comma 1 dell'art. 1917 c.c. - appunto il ripristino di uno schema *loss occurrence* (per così dire) *pro futuro* -, bensì una regola in linea con la clausola *claims made*, cioè volta a far (ulteriormente) retroagire l'efficacia della polizza: invero, rileva il giudice che se si rendesse operativo il comma 1 dell'art. 1917 c.c. non solo l'autonomia delle parti non sarebbe rispettata, ma l'assicurato potrebbe scegliere a suo piacimento se far operare la copertura assicurativa per rischi verificatisi nei dieci anni precedenti la stipulazione, ovvero (facendo valere la nullità dell'intera clausola) le condotte colpose poste in essere durante il periodo di vigenza del contratto, in relazione a tutte le richieste di risarcimento avanzate successivamente fino alla prescrizione del diritto del danneggiato.

(15) In particolare, in favore della posizione più radicale si è schierato il Tribunale di Roma, che in varie occasioni (peraltro sottoposte al medesimo estensore) ha ritenuto la pattuizione in contrasto tanto con l'art. 1917 c.c. (dacché la norma obbligherebbe l'assicuratore a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, de-

ve pagare a un terzo), quanto con l'art. 1895 c.c. (il quale confermerebbe indirettamente che il rischio dedotto nel contratto deve costituire un «evento futuro ed incerto»); e poiché la clausola copre anche fatti realizzatisi prima del termine iniziale di efficacia dell'assicurazione, essa non contemplerebbe mai un rischio, in quanto - a prescindere dalla successiva richiesta di risarcimento - la condotta lesiva sarebbe stata sempre (o no) già tenuta quando il contratto viene concluso, chiosando nel senso che la legge non consentirebbe né l'assicurazione retroattiva, né l'assicurazione per rischi già verificatisi, ancorché ignorati dalle parti: così Trib. Roma, 12 gennaio 2006, e Trib. Roma, 10 marzo 2006, in banca dati *De Jure*, cui *adde* Trib. Roma, 10 agosto 2006, in *Dir. econ. ass.*, 2007, 171, con nota di D. De Strobel, *Claim's made e rischio putativo*; peraltro, vale la pena di notare che la prima decisione aveva ad oggetto una clausola *claims made* pura (relativa a «richieste di risarcimento presentate [...] nel corso del periodo di assicurazione, qualunque sia l'epoca in cui sia stato commesso il fatto che ha dato origine alla richiesta di risarcimento») e che nella trama motivazionale viene citata una precedente decisione orientata in senso contrario, cioè Trib. Roma, 2 febbraio 2005, inedita.

(16) Sulla scia della giurisprudenza capitolina si colloca la decisione del Tribunale di Genova datata 8 aprile 2008, che si legge in questa *Rivista*, 2009, 103, con nota di I. Carassale, *La nullità della clausola claims made nel contratto di assicurazione della responsabilità civile*, nonché in *Dir. econ. ass.*, 2010, 3, 784, con nota di G. Locasciulli, *Ancora in tema di clausola claims made: due pronunce a confronto*.

(17) Ciò muovendo dalla considerazione per cui l'art. 1917 c.c. - a prescindere da un suo inquadramento come norma derogabile o no - definirebbe la funzione stessa del contratto di assicurazione, sicché una clausola che non ne rispetti il dettato sarebbe nulla per mancanza di causa: dunque, prosegue il ragionamento del giudice ligure, una pattuizione congegnata secondo lo schema in parola non andrebbe ad assicurare l'attività potenzialmente lesiva, ma la richiesta di risarcimento, privando il contratto del necessario trasferimento del rischio dall'assicurato all'assicuratore.

(18) La dose è rincarata dalla pronuncia del Tribunale di Bologna del 2 ottobre 2002, che non solo dichiara la nullità della clausola *claims made* per contrasto con la richiamata norma codicistica, ma considera la stessa «primaria e imperativa», in linea con la qualificazione operata da altre decisioni, come Trib. Casale Monferrato, 25 febbraio 1997, in *Arch. civ.*, 1997, 647, nonché Trib. Casale Monferrato, 25 febbraio 1995, in *Giur. merito*, 1997, 700. Il ragionamento svolto nella parte motiva della decisione del tribunale bolognese in punto di atipicità della clausola viene peraltro ripreso da App. Napoli, 28 febbraio 2001, in *Dir. econ. ass.*, 2005, 711, con nota di A. Monti, *In tema di liceità della clausola claims made nel contratto di assicurazione della responsabilità civile*, i cui passi sono pure riportati da U. Carassale, *La clausola claims made nelle polizze di responsabilità civile professionale*, in questa *Rivista*, 2006, 603.

(19) Al riguardo, si vedano Antonucci, *Prassi e norma nel contratto di assicurazione*, cit.; A. Boglione, *Le clausole loss occurrence e claims made nell'assicurazione di responsabilità civile (r.c.)*, in *Assicurazioni*, 2009, I, 469; I. Carassale, *La nullità della clausola claims made*, cit.; U. Carassale, *La nullità della clausola claims made*, cit.; Id., *La clausola claims made*, cit.; *Origine e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, in *Dir. econ. ass.*, 2007, 799; Id., *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, id., 2011, 501; Costanza, *L'assicurazione r.c. professionale*, cit.; D. De Strobel, *La vicenda del claims made*, in *Dir. econ. ass.*, 2006, 531; Id., *Claim's made*, cit.; Landini, *La clausola claims made*, cit.; Lanzani, *La travagliata storia*, cit.; Id., *Clausole claims made*, cit.; L. Locatelli, *Clausole claims made e loss occurrence nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *La resp. civ.*, 2005, 1030; Locasciulli, *Ancora in tema di clausola claims made*, cit.; Luberti, *Clausola claims made*, cit.; G. Mastrogiorgio, *La giurisprudenza italiana e la clausola claims made*, in *La resp.*

(segue)

arrivando a trovare altresì spazio nei manuali inerenti il diritto delle assicurazioni e dei contratti (20).

Gli orientamenti dottrinali

Venendo dunque - ancorché con il *caveat* appena indicato - al formante dottrinale, lo schema tracciato nel citato commento (21) consente di porre in luce che una parte della dottrina è propensa ad ammettere dette clausole, mentre non mancano posizioni più caute o nettamente contrarie.

Invero, alcuni appaiono abbastanza favorevoli al cambiamento di contenuti che la prassi contrattuale sta mostrando attraverso le clausole *claims made* anche in dipendenza dei connessi mutamenti della r.c., seppur con attenta analisi dei problemi che la tematica solleva (22). E vi è chi addirittura nega in radice che i contratti assicurativi debbano esser basati sull'elemento dell'aleatorietà e osserva che la più moderna nozione di causa intesa come «funzione concreta» del negozio dovrebbe far disattendere l'orientamento negativo che fa leva sull'elemento *de quo* (23).

Secondo altri le clausole in questione non sono incompatibili con lo schema di cui all'art. 1917 c.c. - anche perché grazie ad esse l'assicurato può ottenere copertura per sinistri che altrimenti cadrebbero al di fuori dell'operatività della polizza - e le stesse non hanno mai natura atipica, escludendone in principio sia la nullità sia la vessatorietà (24).

Peraltro, vi è chi condivide solo l'assunto di partenza ma non le (due) conclusioni appena indicate, per via del più gravoso esercizio dei diritti eventualmente imposto all'assicurato o dell'esonero da responsabilità da esse implicato, invocando dunque una valutazione caso per caso anche alla luce dell'esigenza di offrire protezione al contraente debole (25) ed eventualmente rimettendo in discussione il carattere tipico della pattuizione (26).

Di contro, vi è chi propende non solo per l'atipicità ma anche per la nullità delle clausole in parola, in ragione della sensibile riduzione del rischio (rilevante ex art. 1882 c.c.) e delle limitazioni all'esercizio del diritto che esse comportano (rilevanti ex artt. 1418 e 2965 c.c.) (27); mentre secondo una tesi esse cozzano con l'inderogabilità della stessa "struttura" contrattuale basata sullo schema *loss occurrence* e del comma 1 dell'art. 1917 c.c. (28), con stigmatiz-

Pfennigstorf, *L'assicurazione r.c. danni da inquinamento*, in *Assicurazioni*, 1991, I, 61 ss.; G. Romeo, *La clausola claims made nei contratti di assicurazione delle amministrazioni pubbliche*, in *Riv. guardia di finanza*, 2007, 220; M. Rossi, *Contratti assicurativi - Clausole claims made e sinistri latenti*, in *Merito*, 2007, fasc. 6, 2; Simone, *Assicurazione claims made*, cit.; G. Volpe Putzolu, *La clausola claims made - Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.*, in *Assicurazioni*, 2010, 3.

(20) Fra gli altri, A.D. Candian, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993, 290 ss.; A.D. Candian-S. Paci, *Manuale di tecnica delle assicurazioni*, Milano, 2002, 306 ss.; F. Carbonetti, *La formazione ed il perfezionamento del contratto*, nonché N. De Luca, *L'attuazione del rapporto assicurativo*, entrambi in R. Cavallo Borgia (a cura di), *Responsabilità e assicurazione*, Milano, 2007, 144 e 82; A. Donati-G. Volpe Putzolu, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, IX ed., Milano, 2009, 180-181; D. De Strobel-V. Ogli, *L'assicurazione di responsabilità civile e il nuovo codice delle assicurazioni private*, VI ed., Milano, 2008, 661-663; M. Franzoni, *Responsabilità civile (assicurazione della)*, *Dig. disc. priv. - sez. comm.*, Torino, 1996, XII, 401; M. Martini-R. Riboldi, *Claims Made*, in Aa.Vv., *I Nuovi contratti nella prassi civile e commerciale - Clausole ricorrenti, interessi e adempimenti*, vol. XXVI, Torino, 2005, trattato diretto da P. Cendon, 455 ss.

(21) Sia consentito, di nuovo, il rinvio a Tassone e Nardo, *Clausole claims made*, cit.

(22) Simone, *Assicurazione claims made*, cit., 1079 ss.

(23) Salvo poi plaudire al limite posto dalla richiamata decisione del Tribunale di Milano e ammettere comunque una 're-interpretazione' del modo di dispiegarsi dell'autonomia privata: così Luberti, *Clausola claims made*, cit., il quale afferma che è dato alle stesse imprese di assicurazione autorizzate dalla normativa speciale di offrire contratti in tutto o in parte privi di tale carattere, mentre il suddetto modo di intendere la causa del contratto non consente di usarla per scrutinare l'utilità e la rilevanza sociale in astratto del modello contrattuale. Tuttavia, rispetto al problema della qualificazione della clausola come atipica paventa che in tal modo si rischia di configurarla come contratto che l'impresa di assicurazione non può validamente stipulare perché vincolata dal principio di esclusività dell'oggetto sociale, limitato all'esercizio delle attività normativamente classificate nei diversi rami di assicurazione per cui è autorizzata, Antonucci, *Prassi e norma*, cit., 153.

(24) Tali clausole, in definitiva, non rendono inoperante o difficilmente operante l'assunzione del rischio da parte dell'assicuratore, con esclusione o delimitazione della sua obbligazione, esprimendo invece una scelta delle parti di aderire a una forma di efficacia piuttosto che a un'altra: in argomento Locatelli, *Clausole claims made*, cit., apparendo orientati sulla medesima linea, sebbene con diverse sfumature, Boglione, *Le clausole loss occurrence e claims made*, cit., Cesarani, *Origini e sviluppi della clausola claims made*, cit., nonché Monti, *In tema di liceità della clausola claims made*, cit.

(25) Espone *in nuce* il percorso argomentativo di cui nel testo, ad esempio, Costanza, *L'assicurazione r.c. professionale*, cit., 443-444.

(26) In proposito, sempre a titolo di esempio, Lanzani, *Clausole claims made*, cit., nonché - rispetto ai dubbi sulla tipicità delle pattuizioni in parola - Id., *La travagliata storia delle clausole claims made*, cit., 867.

(27) Così Locasciulli, *Ancora in tema di clausola claims made*, cit.

(28) In quanto detta norma sarebbe derogabile solo in punto di colpa grave e dolo, lamentandosi quindi uno svuotamento di contenuto del contratto di assicurazione e ritenendosi che le clausole *claims made* non siano «meritevoli di tutela» ai sensi dell'art. 1322 c.c.: così U. Carassale, *La clausola claims made cit.*, 604 ss., seguito da I. Carassale, *La nullità della clausola claims made*, cit. Ritiene meno preoccupanti alcuni dei profili evocati da tale Autore, Simone, *Assicurazione claims made*, cit., 1080. Inoltre, per un'opposta lettura del carattere "rigido" delle norme in parola Antonucci, *Prassi e norma*, cit., 154.

Note:

(continua nota 19)

civ., 2009, 533; D.M. Miele, *La clausola claims made nei contratti di assicurazione delle amministrazioni pubbliche: gestione del rischio e controllo di gestione*, in *P.Q.M.*, 2006, fasc. 2, 144; Monti, *In tema di liceità della clausola claims made*, cit.; W.

zazione del fatto che le compagnie offrono ormai solo tale opzione contrattuale sul mercato.

Come ci si può attendere e come in parte anticipato, nell'ambito di queste e altre posizioni vengono spiegati una serie di argomenti *pro* e *contro* il nuovo schema contrattuale (29), osservandosi ad esempio che esso consente di far meglio fronte ad un danno lungo-latente (30), senza contare la riduzione dei costi che ne deriva (31). Proprio questa viene tuttavia contestata - assieme ai 'benefici' sopra indicati - da una parte della dottrina (32), paventandosi perfino il rischio di una ridotta produttività dei professionisti e il loro impiego di risorse per costituire una sorta di «riserva tecnica privata» (33).

Ebbene, è evidente che tutti gli snodi problematici citati meriterebbero ben altra trattazione. Ma è significativo che, come anticipato, alcuni di essi vengano espressamente ricollegati ad una struttura sostanzialmente oligopolistica dell'offerta: preso atto da tempo, e non solo nel settore *de quo* (34), dell'inefficacia della formalità di cui all'art. 1341 c.c. (al massimo idonea a propiziare un cambiamento nel *drafting* dei formulari), viene da chiedersi se non siano altri i mezzi con cui si possa o si debba incidere su una prassi contrattuale globalmente criticata (quali la regolazione, la disciplina posta a salvaguardia della concorrenza e del mercato, nonché le attività svolte dagli ordini professionali e dalle associazioni di categoria).

D'altronde, è da notare che, nel caso da cui prende origine la presente riflessione, al *broker* si addebitava proprio una condotta negligente sotto il profilo dello specifico contenuto della polizza consigliata al cliente, facendo ciò presumere (salva una verifica da compiere altrove) che alcune opzioni invece fossero presenti e, dunque, potendosi dubitare del fatto che le clausole in questione siano da colpire - o da elidere in radice - mediante gli istituti del diritto dei contratti sopra richiamati: pertanto, senza sottovalutare gli specifici problemi che tali clausole sollevano (35), da un uso 'improprio' di detti istituti si deve diffidare, come pure emerge dalle riflessioni di più ampio respiro che si andranno a svolgere fra un attimo.

Il giudizio di vessatorietà

Guardando più da vicino il giudizio di vessatorietà compiuto nel caso all'origine della presente riflessione - cui si farà ancora e nel presente paragrafo riferimento, prima di relazionarne il *pattern* all'elaborazione richiamata in apertura -, diviene intanto evidente che non si considerano le clausole *claims ma-*

de in radice affette da nullità, scartandosi dunque la possibilità di modificare il relativo regolamento di interessi tramite l'imposizione dello schema di cui all'art. 1917 c.c. (36); il che avrebbe peraltro e altrimenti richiesto di considerare come la condotta dell'assicurato fosse precedente alla conclusione del contratto, secondo quanto si sottolinea poi nell'escludere in concreto la vessatorietà della clausola

Note:

(29) Evidenziandosi ad esempio che esso è particolarmente utile sia per l'assicurato che sia coperto da altra polizza per il periodo indicato, sia per l'assicuratore, il quale viene messo in condizione di gestire in maniera più idonea le riserve e adeguare l'ammontare dei premi richiesti ai massimali di polizza: sull'aspetto in parola Simone, *Assicurazione claims made*, cit., 1079 ss.

(30) Che, anche per via delle modifiche apportate al regime della prescrizione, può dar vita ad una richiesta risarcitoria a distanza di molti anni ed alla cosiddetta «sinistrosità tardiva»: in proposito, Locatelli, *Clausole claims made*, cit., 1031, cui *adde* De Strobel, *La vicenda del «claims made»*, cit., 531 ss. per l'illustrazione di come l'elemento di cui nel testo ha determinato la genesi delle polizze *de quibus*, nonché per uno sguardo sulla disciplina francese, belga e spagnola, che ammettono l'uso delle clausole *claims made*; ancora più esteso sul punto lo studio di F. Cesarani, *Origini e sviluppi della clausola claims made*, cit., che rinvia la genesi nella *liability crisis* statunitense degli anni '80.

(31) In argomento, sempre a titolo esempio, Lanzani, *Clausole claims made*, cit.

(32) In tale prospettiva si evocano anche gli inconvenienti connessi alla successione delle polizze stipulate con diversi assicuratori, al recesso in caso di sinistro e alla mancanza di copertura (fatta salva la contrazione di apposita *sunset clause*) per il periodo successivo alla cessazione della polizza: così Carassale, *La clausola claims made*, cit., 604 ss.; ritiene tuttavia meno preoccupanti alcuni dei profili in parola, Simone, *Assicurazione claims made*, cit., 1079 ss.

(33) Carassale, *La nullità della clausola claims made*, cit., 108.

(34) Fra i tanti, De Nova, *Le condizioni generali di contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, X, Torino, 1995, 109 ss.

(35) Come quelli inerenti la (mai sopita *querelle* inerente la stessa) definizione di «sinistro» secondo gli artt. 1913, 1914 e 1917 c.c. o in punto di dichiarazioni false o reticenti a mente degli artt. 1892, 1893 e 1894 c.c.

(36) Non solo perché - altrimenti - la stessa si sarebbe potuta eventualmente rilevare d'ufficio, ma soprattutto perché nella sentenza citata in apertura è chiara la scelta di far riferimento solo alla «più recente giurisprudenza [che] pur dividendosi sulla natura tipica [...] o atipica [...] del contratto denotato da siffatta pattuizione, rit[ie]ne che essa debba essere valutata (anche in ordine alla sua possibile vessatorietà) secondo il suo concreto atteggiarsi». Inoltre, dopo il richiamo a Cass. n. 2005/5624 e a Trib. Milano 3527/2010 rispetto a tale alternativa ricostruttiva, si specifica con riguardo alla seconda decisione che «possono presentare profili di vessatorietà le clausole *claims made* a cui, come nel caso di specie, si aggiunga la pattuizione che l'evento dannoso non si sia verificato prima di una certa soglia temporale». Ancora, si precisa che «ogni questione relativa alla natura, validità ed efficacia di un contratto assicurativo articolato secondo lo schema illustrato scolorisce in considerazione della circostanza che l'invito a dedurre da parte della Procura Regionale [...] è stato notificato [all'assicurato] successivamente al venir meno [...] dell'efficacia del contratto».

loss occurrence (37); e potendosi allora ipotizzare - dopo aver registrato il mancato richiamo alla formula meneghina (38) - che per tale via si suggerisca di impostare il giudizio di vessatorietà secondo diverse direttrici (39), se del caso traendo spunto da altri 'settori', come quello delle cassette di sicurezza (40).

In proposito, rinviando ad altra sede per l'esame degli spunti ritraibili da altre materie e da quella assicurativa, va ricordato che secondo l'art. 34 del D.Lgs. n. 206/2005 (c.d. Codice del consumo) «la valutazione del carattere vessatorio della clausola non atiene alla determinazione dell'oggetto del contratto»; e ancora, che il 19° Considerando della Direttiva 93/13 in materia di clausole abusive prevede la non operatività delle norme poste a tutela del consumatore nei confronti delle pattuizioni che riguardano gli elementi maggiormente qualificanti del rapporto di assicurazione, specificandosi che «le clausole che definiscono o delimitano chiaramente il rischio assicurativo e l'impegno dell'assicuratore non formano oggetto di siffatta valutazione qualora i limiti in questione siano presi in considerazione nel calcolo del premio pagato dal consumatore» (41).

Invero, le norme appena evocate consentono non solo di portare ulteriori argomenti a favore della tesi per cui in prima battuta le clausole *claims made* riguardano in definitiva l'oggetto del contratto, al contempo sottolineando l'importanza del 'dialogo' da istituire fra la vessatorietà codicistica e quella di origine comunitaria (anche perché eventualmente applicabili in via cumulativa, ferma restando la loro diversa sfera di operatività); ma pure di evidenziare che anche la prima è perlopiù rivolta (beninteso: non in senso tecnico e senza pregiudizio per gli altri ambiti di disciplina) a proteggere il consumatore, essendo noto che le condizioni generali vengono utilizzate soprattutto nei rapporti fra le imprese e il novello *minus habens*.

Ma, se così è, si deve di contro considerare che in molti casi regolati dalle clausole *claims made* ci si trova di fronte ad assicurati-professionisti, i quali dovrebbero avere le competenze o almeno l'attenzione necessaria ad intendere il contenuto della copertura che 'comprano' (fermi restando gli obblighi di chiarezza, esautività e trasparenza nella redazione dei documenti informativi incombenti sulle assicurazioni (42)): essendo cioè meno toccati dall'ineludibile asimmetria informativa che affligge i consumatori (e che costituisce la principale ragione di intervento (43), da non rinvenire, invece, in una struttura in ipotesi non concorrenziale del mercato) (44).

È forse proprio in questa chiave che vanno allora lette o valorizzate le considerazioni tramite le quali

Note:

(37) Perché la denuncia del sinistro era pacificamente pervenuta entro i cinque anni di estensione da essa contemplati, ma in relazione ad un «fatto» generatore di responsabilità (erariale) posto in essere antecedentemente alla stipula della polizza.

(38) Nonostante l'attenzione che il giudice riserva alla «complessa architettura contrattuale sottoposta alla [sua] attenzione» - all'interno di un esame complessivo degli effetti che la garanzia postuma produce sulla copertura sotto il profilo temporale - colpisce il mancato richiamo alla distinzione tracciata dal Tribunale di Milano in punto di clausole *claims made* pure o «miste».

(39) Colpisce inoltre che il tribunale non si soffermi più di tanto sulla «natura limitativa della responsabilità [...] della previsione che obbliga alla denuncia del sinistro entro un determinato limite temporale», cioè sulla richiamata *sunset clause*, descrivendo di contro la clausola *claims made* come una pattuizione volta a «determinare l'ambito cronologico della copertura», alla «determinazione dei limiti di efficacia temporale della copertura» e con cui «vengono circoscritti cronologicamente gli eventi dannosi per cui la compagnia assicurativa si impegnava a pagare l'indennizzo»: anche senza poter indagare oltre il reale pensiero dell'estensore, sembra infatti porsi sullo sfondo della pronuncia l'idea per cui le clausole in parola non sono in principio da ricostruire in termini di esonero da responsabilità, perché più semplicemente tese a definire sotto il profilo temporale l'oggetto del contratto.

(40) In materia assicurativa la Suprema Corte ha avuto modo di stabilire che «nel contratto di assicurazione sono da considerare clausole limitative della responsabilità, per gli effetti dell'art. 1341 c.c., quelle che limitano le conseguenze della colpa o dell'inadempimento o che escludono il rischio garantito», mentre «attengono, viceversa, all'oggetto del contratto le clausole che riguardano il contenuto ed i limiti della garanzia assicurativa e, dunque, specificano il rischio garantito» (Cass. 29 maggio 2006, n. 12804, in *Foro it.*, Rep. 2007, n. 133, voce *Assicurazione*, nonché Cass. 9 marzo 2005, n. 5158, *id.*, Rep. 2005, n. 90, voce *cit.*). Con riguardo alla vicenda delle cassette di sicurezza, fra le altre Cass. 29 marzo 1976, n. 1129 (in *Banca, borsa tit. cred.*, 1987, II, 173), rinviandosi per ulteriori riferimenti a F. Macario, *Rubini, smeraldi e... giuramenti: le cassette di sicurezza dopo le sezioni unite* (in nota a Trib. Roma, 8 novembre 1995, Trib. Roma, 12 giugno 1995 e Trib. Roma, 25 maggio 1994), in questa *Rivista*, 1996, 241.

(41) Sul significato del considerando, per tutti, A.D. Candian, *Contratto di assicurazione e clausole vessatorie - Lineamenti generali*, in G. Alpa-S. Patti (a cura di), *Le clausole vessatorie con i consumatori*, Milano, 1997, II, 972 ss.

(42) Volpe Putzolu, *La clausola claims made*, cit., 13 ss.

(43) Sulle ragioni che portano ad intervenire in materia, con approccio giuseconomico, A. Gambaro, *Perché si vessa il cliente - Note ed appunti di un itinerario tra i modelli occidentali*, in *Quadrimestre*, 1991, 386; R. Pardolesi-A. Paces, *Clausole vessatorie e analisi economica del diritto: note in margine alle ragioni (e alle incongruenze) della nuova disciplina*, in *Aa.Vv., Diritto privato - Condizioni generali e clausole vessatorie*, II, Padova, 1996, 377; nonché R. Cooter-U. Mattei-P.G. Monateri-R. Pardolesi-T. Ulen, *Il mercato delle regole - Analisi economica del diritto civile*, II, Applicazioni, Bologna, 1999, 116 ss.

(44) L'idea secondo cui la vessatorietà delle clausole dipende essenzialmente dalla disparità di forza contrattuale tra le parti anche a causa della struttura non concorrenziale del mercato si è diffusa a partire dal dopoguerra sulla scena internazionale (anzi comparatistica) soprattutto in relazione agli studi di Friedrich Kessler, che hanno avuto una straordinaria fortuna: si consulti, per tutti, F. Kessler, *Contracts of Adhesion - Some Thoughts about Freedom of Contract*, 43 Colum. L. Rev. 629 (1943). Per ulteriori riflessioni sul fenomeno degli *adhesion contracts* negli Stati

(segue)

viene rigettata anche la domanda con cui l'assicurato lamentava che l'assicuratore non lo aveva tempestivamente informato della mancanza di copertura e lo aveva così indotto a sostenere gli esborsi sopra richiamati per procurarsi l'assistenza legale, non rivenendosi un nesso eziologico fra la condotta e il danno: l'attore era dotato della «professionalità necessaria a ricoprire l'incarico di direttore generale [e] poteva ben rendersi conto, leggendo le clausole del contratto, che, nel caso di specie, non vi era operatività della copertura» (45), il che porta finalmente a meditare i temi evocati alla luce del più volte menzionato "terzo contratto".

(Segue:) I profili soggettivi del "terzo contratto"

Ove il giudizio di vessatorietà delle clausole *claims made* venga svolto anche tenendo conto del fatto che le stesse sono spesso il frutto di un esercizio consapevole dell'autonomia privata, viene da chiedersi che ruolo giochino le più recenti e generali elaborazioni che - al di fuori del binomio (in senso comunitario) professionista-consumatore - suggeriscono di riconsiderare la disciplina del contratto facendo leva (anche) sulle caratteristiche soggettive delle parti.

In proposito, si deve intanto considerare che sotto il profilo oggettivo lo schema di cui si tratta è applicabile ad ogni polizza inerente domande risarcitorie di terzi e ciò spiega forse perché (rinviando ad altra sede per una più compiuta rassegna) la dottrina specialistica si è perlopiù limitata a mettere in luce, in via generale, che esse vengono usate per la copertura di rischi professionali o di impresa, senza dedicare (usualmente) un particolare spazio a considerazioni inerenti le caratteristiche delle parti (46). In ogni caso, concentrandoci sul segmento che qui interessa (che non esclude l'esistenza di altre aree meritevoli di considerazione (47)) e senza la pretesa di abbracciare ogni epifania del fenomeno, vengono in esponente prevalentemente polizze concluse da liberi professionisti o soggetti che hanno assunto un incarico gravido di responsabilità (in forza di un contratto d'opera o di mandato), che nell'esercizio della propria attività possono trovarsi a cagionare danni a terzi o all'ente per cui prestano servizio.

Ebbene, di là dalle incongruenze da alcuni rilevate nell'impianto di una nota decisione della Corte Costituzionale che non vi è qui lo spazio per riesaminare (48) e senza poter in questa sede soffermarci sulle difficoltà di inquadramento che la stessa categoria delle professioni intellettuali solleva (49), è verosi-

mile ritenere che la controparte dell'assicuratore non sia equiparabile al consumatore non solo sul piano formale, ma soprattutto - per quanto qui interessa - sul piano sostanziale: l'avvocato, il commercialista e l'ingegnere da un lato, nonché l'amministratore, il direttore generale o il sindaco di una so-

Note:

(continua nota 44)

Uniti, dove esso è da più tempo oggetto di attenzione, si vedano il meticoloso contributo di T.D. Rakoff, *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*, 96 Harv. L. Rev. 1195 (1983), nonché quello di D.W. Slawson, *The New Meaning of Contract: The Transformation of Contracts Law by Standard Forms*, 46 U. Pitt. L. Rev. 21 (1984).

(45) Ciò con l'aggiunta per cui «dinanzi alla Sezione giurisdizionale della Corte dei Conti egli era stato assistito da due legali, ai quali avrebbe certamente potuto domandare ausilio nell'interpretazione del contratto, verificando se i compensi ad essi dovuti fossero ricompresi nella garanzia assicurativa», sicché solo «alla propria negligente condotta deve imputare la circostanza di non aver avuto conoscenza delle [relative] limitazioni».

(46) Sempre con la riserva di cui nel testo, ricorda da ultimo che si esclude l'applicabilità del controllo di natura sostanziale diviso dalla disciplina a tutela del consumatore «sia perché la clausola viene utilizzata esclusivamente nelle coperture di rischi professionali o di impresa, non riferibili dunque ad atti di consumo, sia comunque per il fatto che, quale clausola delimitativa del rischio, essa viene presa in considerazione quale fattore di calcolo del premio», Ceserani, *Ancora nuvole di vaghezza*, cit.

(47) In effetti, anche qui con riserva di approfondire il tema in altra sede, possono venire intanto in considerazione fattispecie legate all'area della piccola impresa individuale, che non sembrano però comportare un sostanziale mutamento dei termini del discorso: le stesse - anticipando alcuni aspetti trattati fra breve nel testo - non solo possono essere sotto il profilo economico-sostanziale assai vicine a quelle che riguardano i professionisti, ma soprattutto richiamano immediatamente il confronto con i contratti B2b, sui quali ci si soffermerà fra un attimo. Ovviamente, è anche possibile ipotizzare che la conclusione delle polizze di cui si tratta avvenga nell'ambito di rapporti caratterizzati da un più intenso vincolo di subordinazione (come quelli relativi ai quadri aziendali o ai dipendenti pubblici in posizioni apicali) ovvero, per converso, nell'ambito di relazioni (imprenditoriali) meno squilibrate (come quelle relative alle grosse società di revisione): sembrando però nell'un caso che la logica giuslavoristica possa diventare assorbente e, nell'altro, che ci si trova fuori dei contratti B2b per ragioni, appunto, strutturali.

(48) Il riferimento è a Corte cost. 22 novembre 2002, n. 469 - secondo la quale «è infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1469 bis, 2° comma, c.c. nella parte in cui non equipara al consumatore le piccole imprese e quelle artigiane, in riferimento agli art. 3, 25, 1° comma, e 41 Cost.» - fra le tante in *Foro it.*, 2003, I, 332, con note di A. Palmieri, *Consumatori, clausole abusive e imperativo di razionalità della legge: il diritto privato europeo conquista la Corte costituzionale*, e di A. Plaia, *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*. Per ulteriori richiami alla giurisprudenza inerente i profili soggettivi della nozione di consumatore e che aveva portato alla pronuncia del giudice delle leggi, sia consentito il richiamo a B. Tassone, *La vendita fuori dei locali commerciali*, in E.M. Tripodi-B. Tassone (coordinato da), *La vendita*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, trattato diretto da P. Cendon, vol. XIV, tomo I, Torino, 227 ss.

(49) Per cenni ancora attuali, G. Oppo, *Antitrust e professioni intellettuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 123.

cietà dall'altro, conoscono abbastanza bene i rischi connessi al proprio mestiere e sono o dovrebbero essere naturalmente indotti a prestare attenzione alle polizze con le quali si coprono da essi, senza che eventuali atteggiamenti 'devianti' assumano, in via di prima analisi, un rilievo significativo (del resto, i panni del consumatore sono vestiti anche dal magnate che acquista uno yacht o dall'hacker che si procura un componente *hardware*, ancorché essi siano dotati di un patrimonio economico e conoscitivo ben superiore a quello del rivenditore (50)).

Il fatto che le *transactions* relative alle polizze *claims made* stiano - secondo la lettura sulla quale si tornerà fra un attimo - al di fuori dei rapporti B2B e B2C, non implica che esse rientrino in quelli B2b, ponendo piuttosto il quesito se e fino a che punto il terzo contratto riguardi pure l'accordo intercorso fra l'imprenditore e il professionista.

In proposito, è noto che la figura prende le mosse da un'idea di Roberto Pardolesi secondo la quale accanto al contratto di diritto comune (che ruota attorno alla disciplina generale del contratto contenuta nel Titolo II del Libro IV del Codice) e al contratto del consumatore si colloca appunto un terzo contratto: quello posto fra le pieghe di «un'ampia fascia di rapporti - B2B fra operatori non sofisticati, C2C e quant'altro - che non si lasciano ricondurre ai modelli estremi», cioè «un'area grigia, che, forse più di ogni altra, richiama oggi (o dovrebbe farlo) l'attenzione dello studioso del diritto privato» (51). Ed è pure noto che lo spunto è stato sviluppato nel corso di vari incontri (senesi, bolognesi e milanesi) di qualche anno fa (52), sebbene esso non abbia mancato di suscitare riserve (53), pure nell'ambito di un lavoro monografico ad esso dedicato (54).

Tuttavia - con l'eccezione di cui si dirà fra un attimo - gli autori che si sono in quelle sedi dedicati al tema hanno discusso dei profili soggettivi soprattutto rispetto alla necessità di circoscrivere la «ipotesi ermeneutica» ai rapporti fra imprese (55), anche sulla scia delle osservazioni mosse da una più critica dottrina (56); mentre quando il discorso ha incidentalmente toccato il professionista (nel senso domestico) si è ipotizzato che gli strumenti da utilizzare per difende-

Note:

(50) Con l'osservazione di cui nel testo non si vuole ovviamente affermare che, sempre dal punto di vista sostanziale, il professionista non meriti tutela e non abbia una posizione, in vari casi, assai vicina a quella del consumatore, perché i contratti conclusi da entrambi non si conformano al modello ideale da cui prende le mosse la tradizione liberale ottocentesca (sulla quale si vedano le efficaci pagine di D. Carusi, *I precedenti*, in G. Gitti-G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008): si vuole solo dire che, rispetto alla specifica tipologia di polizze che viene in consi-

derazione, pare che quella vicinanza non sussista o non sia predicabile, anche perché definire un contraente genericamente come «debole» non vale ancora a collocarlo nella stessa posizione del consumatore.

(51) In effetti, secondo R. Pardolesi, *Introduzione* a G. Colangelo, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti - Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, da un lato si pone «il contratto nobile, quello negoziato in ogni dettaglio da soggetti avvertiti, pienamente consapevoli del fatto di agire in un'arena ruvida, dove gli errori di programmazione si pagano a prezzo carissimo», cioè fra «soggetti sofisticati, consapevoli del fatto che, nell'agire contrattuale, *quisque faber fortunae suae*» e consci «della necessità di "azzerare il rischio giudice"»; dall'altro lato e anzi «al polo opposto» si colloca «il vasto continente del contratto dei consumatori», ai quali «non si può chiedere di supplire alla carenza di informazione che ne caratterizza l'agire», perché «la razionalità limitata di cui sono prigionieri e vittime, è tutto quello che è dato di pretendere da chi compie atti di mero consumo», appunto osservando - anche con le considerazioni riportate nel testo che, tuttavia, tali «ovvie polarità non catturano l'universo». La riflessione viene poi ripresa e sviluppata in Id., *Conclusioni*, in Gitti-Villa, *Il terzo contratto*, cit., 338 ss., dove si precisa - per i fini che qui interessano - che «tra i due poli si estende una "terra di mezzo" ancora sprovvista di marcatori di identità, apparentemente orfana di caratterizzazioni rilevanti e, perciò, rimessa a regolazione amorfa», ove «alligna, se mai ha ragion d'essere, l'ipotesi del terzo contratto» (p. 346), sì da «individuare un contesto di ineguaglianze sistemiche, a carico di imprenditori segnati dalle stimmate della dipendenza economica, entro il quale dispiegare correttivi nel segno del riequilibrio tendenziale», cioè un contesto «in cui prende corpo un potere conformativo di equità, evidentemente incompatibile con la *ratio* del contratto negoziato, come pure con la logica e l'intervento a tutela del consumatore» (pp. 348-349).

(52) I cui lavori, più oltre richiamati, sono compendati in Gitti-Villa, *Il terzo contratto*, cit.

(53) Al riguardo, V. Roppo, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. privato*, 2007, 669 ss., cui si aggiunge, D. Valentino, *Il contratto «incompleto»*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 509 ss., nonché E. Minervini, *Il «terzo contratto»*, in *I Contratti*, 2009, 493 ss.

(54) R. Franco, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica - Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010.

(55) Secondo G. Amadio, *Il terzo contratto - Il problema*, in Gitti-Villa, *Il terzo contratto*, cit., 9, la figura costituisce in sostanza «l'indicatore di un'ipotesi ermeneutica, e prim'ancora di una scelta ideale (ideologica?) dell'interprete, di fronte alla fenomenologia e alla disciplina attuali dei *contratti fra imprese*», sintetizzando i dati dei consessi di cui nel testo mercé l'affermazione per cui essa ha aperto la strada ad una ricerca «le cui tappe hanno condotto prima a restringere, poi a specificare (attenuando forse l'impatto sistematico) l'ipotesi formulata in origine» proprio con riguardo all'aspetto in questione. Anche G. D'Amico, *La formazione del contratto*, *ibid.*, 38, ritiene che la formula «individua un'area forse meno ampia di quella alla quale pensava in origine Pardolesi, ma in compenso più omogenea e coesa», perché relativa «alla *contrattazione fra imprese in contesti di «asimmetria contrattuale»*».

(56) In specie, procede a criticare la figura di cui si tratta proprio in base alla proposta di estenderla anche ai rapporti C2C, Roppo, *Parte generale del contratto*, cit., 669 ss. Di tale Autore si vedano anche Id., *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. privato*, 2010, fasc. 3, 19 ss., nonché Id., *Prospettive del diritto contrattuale europeo - Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, 267 ss.

re quello «debole» siano da individuare nella disciplina dettata per l'aderente consumatore (57) (con un precedente saggio in cui si ipotizzava che a vantaggio di tale soggetto, in quanto «protagonista di una contrattazione terza», potesse operare un «approccio protettivo differenziato» animato dalla ricerca della «asimmetria in concreto») (58).

Inoltre, nemmeno gli altri contributi dedicati ad aspetti più specifici, se del caso con la premessa di considerazioni di carattere generale, hanno fornito particolari indicazioni per rispondere al quesito: lasciando margine per chiedersi se le nozioni utilizzate fossero (o no) quelle comunitarie ovvero se la parola «professionista» fosse da riferire solo alle modalità organizzative di cui dall'art. 2082 c.c. (59), di là dalla lettura alla quale inducevano (o indurrebbero) i riferimenti ai contratti commerciali ovvero la collocazione della disciplina delle professioni intellettuali all'interno di quella dell'impresa (secondo la sistematica del Libro V del Codice) (60).

Di contro, in un contributo la costruzione è stata criticata perché, una volta creata la sotto-categoria degli imprenditori non sofisticati, essa postulerebbe la possibilità di configurare un terzo contratto anche fra consumatori (61); perché i requisiti sogget-

Note:

(57) Ritene «irrazionale, in presenza di modalità identiche di contrattazione (e dunque della medesima asimmetria), negare al professionista debole, costretto ad aderire al regolamento integralmente predisposto dall'impresa dominante, una tutela analoga a quella prevista per l'aderente consumatore (mediante il ricorso al modello codicistico, tendenzialmente generale, della vessatorietà)», Amadio, *Il terzo contratto*, cit., 23.

(58) G. Amadio, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso dell'autonomia contrattuale»)*, in *Riv. dir. privato*, 2005, 303.

(59) Ad esempio, dopo le indicazioni sopra richiamate, Amadio, *Il terzo contratto* cit., 15, afferma che dalla nozione «vengono espunti i contratti fra non professionisti» e che essa riguarda il «professionista debole (l'imprenditore "economicamente dipendente")», peraltro aggiungendo notazioni (di cui alla nota che segue) le quali fanno pensare che la nozione di impresa sia quella domestica. Nel suo *excursus* sull'evoluzione storica della disciplina del contratto fa riferimento ai «contratti dell'impresa debole», rapportandoli alla «posizione dell'operatore economico sul mercato e ai concreti suoi rapporti con il partner contrattuale», Carusi, *I precedenti*, cit., 35. In aggiunta a quanto esposto nel contributo introduttivo sopra citato, osserva D'Amico, *La formazione del contratto*, cit., 58, nt. 49, che va accertata in concreto «la "debolezza" [di un'impresa] nei confronti di altra impresa con la quale abbia stipulato un contratto». Prima di esaminare la nozione di oggetto del contratto e le disposizioni normative rilevanti per il tema posto, ricorda la distinzione fra «contratti civili e contratti dei consumatori», da un lato, e la categoria dei «contratti commerciali» dall'altro, G. Gitti, *La determinazione del contenuto*, in Gitti-Villa, *Il terzo contratto*, cit., 83 ss. Afferma, con riguardo ai dati normativi di cui fra un attimo nel testo, che «sono comuni anche i presupposti soggettivi di tali discipline, dal momento che si è al cospetto di rapporti tra imprenditori, nei quali una parte subisce pattuizioni svantaggiose a causa di condizioni di partenza asimmetriche», G. Villa, *Invalidità e contratto*

fra imprenditori in posizione asimmetrica, *ibid.*, 113. Sceglie come direzione dell'indagine quella rivolta «alla vasta area dei contratti fra imprese», chiedendosi se si possa elaborare uno «strumento concettuale che consenta di classificare e disciplinare i contratti [...] commerciali» e, dopo aver posto in luce che «è la "attività professionale" a segnare unilateralmente gli atti di consumo», afferma che «le qualifiche soggettive di professionista e consumatore riposano appunto sul carattere dell'attività svolta», concludendo che «entrambe le categorie di rapporti sono segnate dalla "commercialità"»: ciò prima di dedicarsi «alla categoria dei contratti bilateralmente commerciali, che disciplinano l'attività economica dei due professionisti», in cui «le parti non appaiono geneticamente diseguali, attraverso i modelli [...] del professionista e del consumatore», ma nei quali può essere commesso un «illecito commerciale [definito come] fatto (dolo o colposo) lesivo dell'equilibrio economico strutturale dell'impresa dominata senza apprezzabile vantaggio economico dell'impresa dominante», M. Orlandi, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, *ibid.*, 144-146, nonché 153 e 163. Fa riferimento alla «contrattazione d'impresa», nonché alla «teoria dei contratti d'impresa e, più in particolare, fra imprese», F. Macario, *Sopravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto*, *ibid.*, 188-190. Individua l'ambito della riflessione in quello «dei contratti di cui sono parti imprese concorrenti» e dei «contratti di impresa», tentando di «isolare il *proprium* dei contratti fra imprenditori», cioè di «quei vincoli contrattuali che legano soggetti professionali», distinguendo «autonomia d'impresa e autonomia dei privati», nonché soffermandosi sulle norme che autorizzano il giudice ad intervenire su detti contratti a prescindere dalla «natura soggettiva della parte», cioè dalla «qualità di imprenditore, e poi d'imprenditore commerciale», A. Zoppini, *Premesse sistematiche al recesso nei contratti fra imprese*, *ibid.*, 228, 231, 239 e 240. Circo-scrive l'oggetto dell'indagine alla «possibilità di enucleare criteri di *rilevanza giuridica* di una condizione di asimmetria di potere economico nei rapporti commerciali fra imprese», G. Doria, *Impresa pubblica e terzo contratto*, *ibid.*, 249. Colloca fra gli interrogativi di ordine generale la «distinzione tra asimmetria nelle relazioni contrattuali fra imprese ed asimmetria nella relazione tra imprese e consumatori», F. Caffaggi, *Interrogativi deboli sui fondamenti del terzo contratto*, *ibid.*, 303. Richiama il «contratto asimmetrico fra imprenditori» e contrappone il contratto dei consumatori a quello da un «imprenditore non sofisticato», attribuendo al terzo contratto un ruolo di «coordinamento sistematico fra il contratto asimmetrico fra imprenditori e altri contratti asimmetrici», E. Navaretta, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, *ibid.*, 318, 319 e 322. Infine, trova il "*fil rouge*" che collega le disposizioni assunte quali frammenti di una più ampia ricostruzione nel fatto di «riferirsi a contesti contrattuali (o dintorni) che vedono impegnati due imprenditori, l'uno dei quali appare in condizione di prevaricare l'altro», Pardolesi, *Conclusioni*, cit., 347-349.

(60) Nemmeno a dirlo, i contributi di cui alla nota che precede (e il tema posto con quello presente) andrebbero riesaminati prendendo in considerazione l'elaborazione che ha accompagnato l'abrogazione del Codice di Commercio del 1882 e l'inquadramento dei contratti di impresa, rinviandosi per adesso (e per tutti) a G. Oppo, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 841 ss., a G. Cian, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa: valore sistematico-ermeneutico delle classificazioni*, *id.*, 2004, I, 849, nonché a G. Oppo, *Note sulla contrattazione d'impresa*, *id.*, 1995, I, 629 ss.

(61) P. Femia, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contratto? Per una teoria giuridica della contrattazione*, in Gitti-Villa, *Il terzo contratto*, cit., 266-267, ove si rileva che se tutti i contratti fra imprenditori non sofisticati sono terzi contratti, non è vero il contrario e si deve ammettere che sussistano terzi contratti fra non imprenditori, senza che però si indichi una «ragione di aggregazione» (cosa li tiene insieme ai primi) e una «ragione di separazione» (cosa li distingue da essi), a prescindere dalla mancanza di una «regola finale distributiva dei casi omessi».

tivi alla base di essa sarebbero solo «caratteri ricorrenti», sicché i tre modelli risulterebbero «non definiti, ma suggeriti da esempi» (62); e perché, rifugiando da un inquadramento soggettivo rigido e provando a «cogliere flussi», si ridefinirebbe il terzo contratto come una «funzione continua della razionalità informativa», tuttavia inapplicabile (63); con la chiosa per cui confutare una teoria non vuol dire non apprezzarla e per cui la dissezione delle categorie da essa suscitata serve da trampolino di lancio per passare dalla nozione di contratto a quella di contrattazione (64): ma, in linea con l'impostazione data al problema delle definizioni, il pezzo non dedica uno spazio al quesito posto nel presente lavoro, cui si aggiunge il fatto che all'inizio della trattazione pare non revocarsi in dubbio che le formule B2C e B2B assumano quale primo termine la nozione di professionista in senso comunitario (cui si preferisce sostituire linguisticamente quella di «imprenditore») (65), evocandosi poi la nozione del «professionista debole» idealmente affiancata a quella del consumatore (66).

Poiché un primo sguardo alla letteratura successiva - con il rinvio ad altro lavoro per un più approfondito esame - sembra dimostrare che il punto di riferimento continui ad essere costituito dai contratti fra imprenditori (67), per sciogliere il nodo si potrebbe cercare conforto nel formante legislativo, con dati normativi (quelli appunto riletti tramite il terzo contratto) che non appaiono tuttavia del tutto in linea: mentre l'art. 9 della l. 192/1998 si rivolge chiaramente all'imprenditore (anche non subfornitore, potendosi ritenere ormai superata la relativa *querelle*), il D.Lgs. 231/2002 tutela essenzialmente (per quanto la si voglia caratterizzare con notazioni che non vi è qui lo spazio per esaminare) la posizione debitoria del professionista (nel senso comunitario del termine), mentre la l. 109/2004 ha (ovviamente) ad oggetto quei rapporti di integrazione fra imprese riconducibili al solo *franchising*.

Del resto, dati non univoci ma rilevanti sono contenuti in successivi interventi, fra i quali - in aggiunta al Regolamento c.d. "Roma I" sulla legge applicabi-

do sempre possibile «che uno dei casi da esse descritti [...] faccia parte non del terzo ma del primo o del secondo contratto: di quell'area del primo e del secondo non coperta dalla definizione (appunto, parziale) di primo e secondo», concludendo che B2b e C2C «sono *exempla*, non metonimie né condizioni sufficienti di una categoria».

(63) Femia, *Nomenclatura del contratto*, cit., 270-271, ove la conclusione discende dal fatto che la suddetta funzione continua «che si estende da un massimo ("primo" contratto) ad un minimo ("secondo" contratto)» è tale da «ridurre gli altri due a punti ideali agli estremi [...] di una linea continua»: essa infatti non ha «scalini» che consentano di saltare da una qualifica all'altra, per cui si finirebbe per affermare che «quasi ogni contratto è un terzo contratto», con la constatazione a tenore della quale «la terra di mezzo è cresciuta fino a divorare i suoi confini, trasformando il "primo" e il "secondo" negli opposti infiniti cui tende una funzione».

(64) Ancora, Femia, *Nomenclatura del contratto*, cit., 271 ss.

(65) Sempre Femia, *Nomenclatura del contratto*, cit., 266, nt. 3, precisa preliminarmente che «B2B sta per *business-to-business*; B2C per *business-to-consumer*», che «corrisponde all'ingrosso alla distinzione europea professionista/consumatore» e che «[n]el testo si preferisce "imprenditore", perché reputiamo l'indicazione metonimica e non predicativa di qualità necessaria».

(66) Femia, *Nomenclatura del contratto*, cit., 270, nt. 15.

(67) Così, ad esempio, nella voce di A. Gianola, *Terzo contratto* [aggiornamento-2009], in *Digesto civ.*, Torino, 570 ss., ove non vi sono riferimenti al professionista nel senso domestico del termine e si prende in considerazione il solo «imprenditore debole». Inoltre, anche qui con riserva di una più approfondita disamina, il profilo evidenziato nel presente contributo non riceve sistematica trattazione nemmeno in Franco, *Il terzo contratto*, cit., ove peraltro essi si riferisce ora ai «rapporti fra professionisti con asimmetria di potere» (ad es. p. 11), ora ai «contratti fra imprese con un imprenditore debole» (ad es. p. 71) Fra gli altri contributi che - in aggiunta a quelli citati e ovviamente con diversa ampiezza - fanno richiamo alla riflessione sul terzo contratto, A. Gentili, *La «nullità di protezione»*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 77 ss.; C. Consolo, *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 941 ss.; L. Rossi Carleo, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi della disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, id., 2010, 685 ss.; S. Mazzamuto, *Il contratto europeo nel tempo della crisi ed ecco venire un grande vento di là dal deserto (Giobbe 1, 19)*, id., 2010, 601 ss.; A. Mastroilli, *L'abuso del diritto e il terzo contratto* (nota a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106), in questa *Rivista*, 2010, 347 ss.; E. Russo, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, in *Contr. impr.*, 2009, 121 ss.; G. La Rocca, *Sezione prima vs. sezioni unite: differenti visioni del diritto dei contratti del mercato finanziario in Cassazione?* (nota a Cass. 25 giugno 2008, n. 17340 e 17341), in *Foro it.*, 2009, I, 1851; F. Bocchini-E. Quadri, *Diritto privato*, III ed., Torino, 2008, 624; C. Camardi, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 847; E. Minervini, *Status delle parti e disciplina del contratto*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 11 ss.; P. Perlingieri, *Relazione conclusiva*, in P. Perlingieri-L. Ruggieri, *Diritto privato comunitario*, II, Napoli, 2008, 401; A. Zoppini, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 529 ss.; G. Vettori, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 751 ss.; A. Bregoli, 2008, *I contratti di impresa*, in *Giur. comm.*, 2008, 140 ss.; A. Gianola, *Autonomia privata e «terzo contratto»*, in *Aa.Vv.*, *Autonomia privata individuale e collettiva*, a cura di P. Rescigno, Napoli, 2006, 131 ss.; E. Scoditti, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale* (nota a Cass. 29 settembre 2005, n. 19024), in *Foro it.*, 2006, I, 1107.

Note:

(62) Femia, *Nomenclatura del contratto*, cit., 268-269, secondo il quale, dunque, il terzo contratto finirebbe per essere «categoria intermedia fra altre due, le quali sono prive di definizione completa», perché basate su connotati sufficienti ma non necessari: tutti i contratti fra imprenditori sofisticati sarebbero allora primi contratti ma non tutti i primi contratti sarebbero contratti fra imprenditori sofisticati e tutti i contratti fra imprenditori e consumatori sarebbero secondi contratti ma non tutti i secondi contratti sarebbero contratti fra imprenditori e consumatori, essen-

le alle obbligazioni contrattuali (68) - va ricordato intanto il cosiddetto statuto dell'impresa di cui alla l. 11 novembre 2011, n. 180, espressamente adottata sulla scorta della Comunicazione della Commissione europea n. 394 del 25 giugno 2008, recante «una corsia preferenziale per la piccola impresa - alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la piccola impresa (uno "small business act" per l'Europa)» (69), che appunto evoca la nozione di «microimpresa» di matrice comunitaria (70): per poi concedere al Governo una delega affinché sia rafforzata la citata disciplina contro il ritardo dei pagamenti, contrastando gli effetti negativi della posizione dominante di imprese sui propri fornitori o sulle imprese sub-committenti, in particolare nel caso in cui si tratti di micro, piccole e medie imprese (71); nonché arrivando ad affermare (normativamente) la possibilità di configurare un abuso di dipendenza economica ex art. 9 l. 192/1998 'senza dipendenza', ricavandone l'indice dalla ripetuta violazione del D.Lgs. 231/2002 (72).

Inoltre, merita menzione il recente decreto legge sulle cosiddette "liberalizzazioni", poi convertito con modifiche (73): il quale riprende la nozione di «microimpresa» lasciando fuori dal giro (sembrerebbe) il professionista nel senso domestico del termine (74) e la contrappone a quella di professionista nel senso comunitario quale possibile destinatario di pratiche commerciali scorrette (mercé la modifica *in parte qua* del Codice del consumo) (75), di là da quanto una norma poi lasciata cadere stabiliva in tema di compensi professionali (76).

Infine, il suddetto decreto legge va ricordato anche per la dirompente disciplina dettata per le relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari, perché dopo aver imposto alcune prescrizioni in tema di forma, principi applicabili e validità (77) - la cui inosservanza è peraltro

Note:

(68) Si vedano, in specie, i considerando 23, 24 e 25 del Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I) - il primo dei quali afferma che «per quanto riguarda i contratti conclusi da soggetti considerati deboli, è opportuno proteggere tali soggetti tramite regole di conflitto di leggi più favorevoli ai loro interessi di quanto non lo siano le norme generali», con i due successivi dedicati «in particolare» ai consumatori -, nonché l'art. 4.1, lett. e) ed f), dove si stabilisce che, in assenza di scelta concordata tra le parti, il contratto di *franchising* e quello di distribuzione saranno governati dal diritto del paese in cui l'affiliato o il distributore hanno residenza abituale.

(69) Si veda, in proposito, l'art. 1 della legge di cui nel testo.

(70) Ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. a) si definiscono «"microimprese", "piccole imprese" e "medie imprese" le imprese che rientrano nelle definizioni recate dalla raccomandazione del-

la Commissione europea 2003/361/CE del 6 maggio 2003 pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea n. L 124 del 20 maggio 2003».

(71) Ai sensi del comma 1 dell'art. 10 «il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, un decreto legislativo recante modifiche al decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, per l'integrale recepimento della direttiva 2011/7/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, sulla base dei seguenti principi e criteri direttivi: a) contrasto degli effetti negativi della posizione dominante di imprese sui propri fornitori o sulle imprese sub-committenti, in particolare nel caso in cui si tratti di micro, piccole e medie imprese; b) fermo quanto previsto dall'articolo 12 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, previsione che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato possa procedere ad indagini e intervenire in prima istanza con diffide e irrogare sanzioni relativamente a comportamenti illeciti messi in atto da grandi imprese».

(72) Ai sensi del comma 2 dell'art. 10 viene aggiunto al comma 3-bis dell'art. 9 della l. 18 giugno 1998, n. 192, un periodo a tenore del quale «in caso di violazione diffusa e reiterata della disciplina di cui al decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, posta in essere ai danni delle imprese, con particolare riferimento a quelle piccole e medie, l'abuso si configura a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica».

(73) Il riferimento è al noto d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, recante «disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività», convertito con la l. 24 marzo 2012, n. 27, munita del medesimo titolo.

(74) Ai sensi dell'art. 7 della suddetta legge di conversione, il Codice del Consumo viene novellato, definendo le microimprese come le «entità, società o associazioni, che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un'attività economica, anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, dell'allegato alla raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003».

(75) Sempre ai sensi del citato art. 7 l'art. 19, comma 1, del Codice del Consumo, viene ora a disporre che «il presente titolo si applica alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto, nonché alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e microimprese», con l'aggiunta che «per le microimprese la tutela in materia di pubblicità ingannevole e di pubblicità comparativa illecita è assicurata in via esclusiva dal decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 145».

(76) In proposito, il comma 2 dell'art. 9 del decreto stabiliva che, ferma restando l'abrogazione delle tariffe professionali disposta con il comma 1 per quelle «regolamentate nel sistema ordinistico», nel caso di liquidazione da parte di un organo giurisdizionale, il compenso del professionista è determinato con riferimento a parametri stabiliti con decreto del ministro vigilante, precisando per quanto qui interessa che «l'utilizzazione dei parametri nei contratti individuali tra professionisti e consumatori o microimprese dà luogo alla nullità della clausola relativa alla determinazione del compenso ai sensi dell'articolo 36 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206».

(77) Al riguardo, il comma 1 dell'art. 62 della suddetta legge di conversione dispone che «i contratti che hanno ad oggetto la cessione dei prodotti agricoli e alimentari, ad eccezione di quelli conclusi con il consumatore finale, sono stipulati obbligatoriamente in forma scritta e indicano a pena di nullità la durata, le quantità e le caratteristiche del prodotto venduto, il prezzo, le modalità di consegna e di pagamento», aggiungendo che «i contratti devono essere informati a principi di trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca corresponsività delle prestazioni, con riferimento ai beni forniti» e che «la nullità del contratto può anche essere rilevata d'ufficio dal giudice».

sanzionata anche in via amministrativa (78) - stabilisce una fitta serie di divieti: la cui formulazione prende chiaramente quale punto di riferimento la normativa *antitrust* e l'abuso di dipendenza economica (79), oltre che quella inerente il ritardo nei pagamenti più volte citata (80), salvo non richiamarne i relativi presupposti applicativi e di nuovo affiancando una sanzione amministrativa all'inosservanza dei divieti posti (81), sì da rendere necessaria una lettura in chiave di terzo contratto anche per non perdere il senso dell'orientamento rispetto ad una sfera d'applicazione tutta da definire.

(Segue:) I profili oggettivi e alcune riflessioni

Come è pure noto, il terzo contratto si caratterizza altresì per alcuni profili per così dire "oggettivi", nel senso che l'imprenditore si qualifica come *non-sophisticated* in base a certi connotati del rapporto, fra i quali si colloca in prima linea la situazione di *hold-up* che ha (a suo tempo) fornito la più convincente chiave di lettura dell'abuso di dipendenza economica, anche al fine di evitare non corretti accostamenti con la disciplina relativa alle clausole vessatorie di origine comunitaria (evidenziandone quindi le diverse *rationes* giuseconomiche) (82).

Peraltro, accanto al suddetto dato si trovano - con rilievo e intensità variabili - quelli inerenti l'incompletezza del contratto e la tipologia assolutamente non *on the spot* dell'operazione economica sottostante, cui si aggiunge un peculiare uso del formalismo fra gli strumenti di protezione approntati dal legislatore, da porre accanto al potere conformativo del giudice sul quale viene giustamente e primariamente appuntata l'attenzione (83).

Ebbene, anche se un pieno confronto con le tematiche in questione richiederebbe ben altri approfondimenti, pare che l'elemento inerente la situazione di *imbalance* in cui si trova il professionista schiuda nuove strade da battere, proprio rapportandola (non necessariamente per omologarla) al terzo contratto. In effetti, se in vari casi detta situazione non potrà che essere assente, per lo meno nella forma che ha finora assunto, in altri andranno attentamente considerate ora le ricadute dell'obbligo normativo di munirsi di un'assicurazione professionale, ora la stessa architettura contrattuale (84): dacché, tornando alle polizze in questione, per avere copertura rispetto a sinistri "latenti" (che possono originare una richiesta in qualsiasi momento, per giunta correlata a condotte tali da abbracciare più annualità) il contraente può essere "costretto" o comunque forte-

mente incentivato al rinnovo della polizza con il medesimo assicuratore.

Di contro, l'eventuale incompletezza del contratto - che pure sarebbe idonea a segnare la distanza fra le due figure - appare di minor rilievo perché (per così dire) "assorbita" dall'uso di condizioni generali (che ovviamente non fanno di per sé collocare

Note:

(78) Si veda il comma 5 dell'art. 62.

(79) In proposito, il comma 2 dell'art. 62 dispone che «nelle relazioni commerciali tra operatori economici, ivi compresi i contratti che hanno ad oggetto la cessione dei beni di cui al comma 1, è vietato: a) imporre direttamente o indirettamente condizioni di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, nonché condizioni extracontrattuali e retroattive; b) applicare condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti; c) subordinare la conclusione, l'esecuzione dei contratti e la continuità e regolarità delle medesime relazioni commerciali alla esecuzione di prestazioni da parte dei contraenti che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto degli uni e delle altre; d) conseguire indebite prestazioni unilaterali, non giustificate dalla natura o dal contenuto delle relazioni commerciali; e) adottare ogni ulteriore condotta commerciale sleale che risulti tale anche tenendo conto del complesso delle relazioni commerciali che caratterizzano le condizioni di approvvigionamento».

(80) In proposito, il comma 3 dell'art. 62 dispone che «per i contratti di cui al comma 1, il pagamento del corrispettivo deve essere effettuato per le merci deteriorabili entro il termine legale di trenta giorni e per tutte le altre merci entro il termine di sessanta giorni», precisando che «in entrambi i casi il termine decorre dall'ultimo giorno del mese di ricevimento della fattura» e che «gli interessi decorrono automaticamente dal giorno successivo alla scadenza del termine», sicché «in questi casi il saggio degli interessi è maggiorato di ulteriori due punti percentuali ed è inderogabile».

(81) Si vedano i commi 6 e 7, cui va aggiunto il comma 8 a tenore del quale l'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato è incaricata della vigilanza sull'applicazione delle citate disposizioni e all'irrogazione delle sanzioni ivi previste, senza nulla togliere ai poteri di accertamento degli ufficiali e degli agenti di polizia giudiziaria dall'art. 13 della l. 24 novembre 1981, n. 689.

(82) Con riguardo ai modelli economici utilizzabili per interpretare l'art. 9 della l. n. 192/1998, sia consentito il richiamo a B. Tassone, «Unconscionability» e *abuso di dipendenza economica*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 527 ss. D'altronde, come emerge anche da C. Osti, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Mercato, concorr. reg.*, 1999, 9 ss., e A. Renda, *Esito di contrattazione e abuso di dipendenza economica: un orizzonte più sereno o la consueta "pie in the sky"?*, in *Riv. dir. impr.*, 2000, 243 ss., la relativa elaborazione era - ancora prima che si parlasse di terzo contratto - basata su concetti di carattere generale: per i quali, all'interno di una letteratura sterminata, indicativamente Klein-Crawford-Alchian, *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*, 21 J.L. & Econ. 141 (1979), e Williamson, *Transaction-cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, 23 J.L. & Econ. 223 (1980), cui si aggiunga - per le regole applicabili in mercati competitivi e con prestazioni specializzate -, Goetz-Scott, *The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation*, 69 Va. L. Rev. 967 (1983).

(83) Al riguardo, si veda di nuovo Pardolesi, *Conclusioni*, cit., 338 ss., mentre sugli altri profili si vedano ancora i contributi contenuti in Gitti-Villa, *Il terzo contratto*, cit.

(84) Si veda, al riguardo, quanto dispone l'art. 185 del Codice delle assicurazioni private.

la fattispecie al di fuori del terzo contratto, in quanto proprio la predisposizione unilaterale e l'incidenza limitata della negoziazione - se del caso declinate attraverso gli *standard forms* - spesso inducono a designare con la lettera "b" uno dei due imprenditori); mentre gli aspetti relativi alla forma sono perlopiù (e anche qui) assorbiti dalla specifica normativa in materia assicurativa (85) (dovendosi solo aggiungere che la presenza di una disciplina di settore non preclude ovviamente riflessioni sul suo rapporto con quella indirizzata al consumatore o al "contraente debole", come altri esempi dimostrano (86)).

Peraltro, nonostante le specifiche regole che il legislatore pare disegnare per alcune categorie di professionisti, è ancora presto per verificare se valga la pena di (tentare di) costruire un'ulteriore formula a composizione binaria, anche perché di fronte agli interrogativi sollevati dall'evoluzione del contratto e dei rapporti che esso abbraccia, proprio nel confrontarsi con l'elaborazione in questione alcuni hanno osservato come i criteri di numerazione assumano una «invitabile relatività» (87) e altri hanno già vagliato alcune (delle assunte) ricadute di una divisione (forse non correttamente interpretata come rigidamente) cartesiana (88): in definitiva, rimanendo non solo (tutte) da vagliare l'opportunità e l'eventuale metodologia da seguire nella mappatura di un territorio sia assai vasto, sia da osservare ponendosi a distanze sempre diverse (nel variabile cammino che dal particolare conduce all'universale e viceversa), ma sembrando anzi questa la vera sfida posta dal terzo contratto.

Dunque, anche se non si considerasse plausibile estendere la lente offerta dalla nuova figura oltre i confini dello statuto dell'impresa e (contestualmente) immaginare un'area dei rapporti degna di autonoma attenzione ovvero ricostruire percorsi in parte paralleli (prendendo a prestito *rationes* proprie degli interventi normativi destinati agli altri quadranti); anche se lo stesso terzo contratto fosse solo un'ipotesi ermeneutica inidonea a costruire uno statuto normativo completo o a individuare una regione con confini netti (o sue specifiche province) all'interno della generale nozione di cui all'art. 1321 c.c. (senza che, peraltro, con il terzo contratto si sia espressa la pretesa di identificare l'intera "terra di mezzo" (89)); anche se la figura valesse solo a dotare la stessa disciplina del contratto di uno strumento a tratti idoneo influenzare con la sua logica la decisione del caso concreto; insomma, anche se tutti questi ed altri *disclaimer* fossero da sottoscrivere in pieno, il terzo contratto sarebbe comunque diventato un

punto di riferimento (obbligato) per ogni riflessione in materia, non solo dottrina.

In proposito, va ricordato che la figura e i relativi riferimenti normativi vengono espressamente citati in una recente decisione del Tribunale di Forlì (90), mentre una pronuncia delle Sezioni Unite intervenuta alla fine di novembre del 2011 nella vertenza fra una distributrice di veicoli industriali nell'Italia centro-meridionale e la preponente svizzera che lamentava di aver subito una serie di comportamenti rilevanti ex art. 9 l. n. 192/1998, sebbene volta a dirimere problemi di giurisdizione (91), non perda l'occasione per affermare che detta norma ha portata generale e, soprattutto, che tale soluzione «si pone in armonia con altri istituti elaborati dalla dottrina» (92).

Note:

(85) In proposito, il comma 4 del già citato art. 9 della l. n. 27/2012 di conversione del decreto liberalizzazioni dispone ad esempio che «il compenso per le prestazioni professionali è pattuito, nelle forme previste dall'ordinamento, al momento del conferimento dell'incarico professionale», che «il professionista deve rendere noto al cliente il grado di complessità dell'incarico, fornendo tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento fino alla conclusione dell'incarico e deve altresì indicare i dati della polizza assicurativa per i danni provocati nell'esercizio dell'attività professionale».

(86) Per alcuni brevi cenni al problema del rapporto fra il consumatore e il risparmiatore, con espressa evocazione del terzo contratto, F. Greco, *Il consumatore-risparmiatore e gli obblighi informativi «continuativi» tra fonte legale e fonte convenzionale* (nota a Trib. Torino, 22 dicembre 2010, n. 7674), in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1357 ss.

(87) Carusi, *I precedenti*, cit., 36.

(88) Rammenta la possibilità di delineare «un contratto asimmetrico al di fuori degli squilibri di rilevanza macroeconomica, il contratto C2c, che resta ai margini della riflessione del terzo contratto», ma che «dovrebbe evocare l'ipotesi del "quarto contratto"», per «postulare per ogni tipologia di contratto asimmetrico segmenti di disciplina fra di loro comunicanti», Navarretta, *Luci e ombre*, cit., 317-318 e 320.

(89) Sul punto, come in parte anticipato, Pardolesi, *Conclusioni*, cit., 346.

(90) Trib. Forlì, 27 ottobre 2010, in *Foro it.*, 2011, I, 1578.

(91) Il riferimento è a Cass., sez. un., 25 novembre 2011, n. 24906, secondo la quale una clausola che demandi ad un foro convenzionale «tutte le controversie inerenti il contratto» ricomprende anche quelle in cui il contratto sia solo un fatto costitutivo della pretesa congiunto ad altri, sicché ove una delle parti invochi contro l'altra tanto la responsabilità aquiliana quanto quella contrattuale, fondandole ambedue sui medesimi fatti materiali, resta devoluta alla competenza del foro convenzionale sia l'azione contrattuale, sia quella extracontrattuale, affermandosi dunque la mancanza di giurisdizione (anche in forza della Convenzione di Lugano del 16 settembre 1968) del giudice italiano rispetto agli illeciti di cui nel testo.

(92) Peraltro, le Sezioni Unite non menzionano espressamente il «terzo contratto»; richiamando piuttosto la responsabilità derivante dalla direzione e dal coordinamento di società ex art. 2497 c.c., nonché l'abuso del diritto, «inteso come esercizio dello stesso senza rispettare la buona fede e la correttezza, ma generando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale».

Inoltre, colpisce non poco che nella seconda sezione civile del Tribunale di Bologna - quella che si occupa di obbligazioni e contratti ed è dunque «capace di intercettare la domanda di giustizia in misura assai prossima al 50%» -, il tentativo di ricostruire un complessivo governo della sezione ha assunto un fondamentale «punto di osservazione» nella presa d'atto «della perdita di unità del paradigma contrattuale non rimediabile con reazioni conservative [...] registrando la sempre più estesa presenza delle tematiche sottese al terzo contratto», con la conseguenza per cui la «implementazione di ruolo e di significato dei principi generali, la frantumazione del sistema tipologico dei contratti in favore di un'articolazione contrattuale tendenzialmente aperta alla diversa composizione degli interessi perseguita dalle parti» hanno imposto «alla sezione un'opera di allineamento culturale costante, e soprattutto la sedimentazione di orientamenti e metodiche di intervento sui conflitti all'altezza della diversa tassonomia dei valori insita nel nuovo sistema» (93): con il che il terzo contratto pare poter acquisire una qualche valenza euristica, ancorché in buona parte tutta da definire.

Nota:

(93) Così P. Liccardi, *Governance e tempo storico del processo: un esercizio di stile*, in *Dir. e proc. civ.*, 2011, fasc. 4, 93, il quale prosegue ricordando che «si è pertanto provveduto a definire un orizzonte culturale comune alla sezione, sia con l'attivazione delle metodiche sottese alle attività di indirizzo e governo previste dall'art. 47-ter ordinamento giudiziario, sia attraverso la costruzione di un sistema sezionale di *case management*, in cui superare il pressapochismo delle esperienze individuali», di modo che «il livello di rappresentazione cognitiva sperimentato mir[il] alla costruzione di una visione metrica del contenzioso che superi le informazioni dei registri di cancelleria, nella dinamica rito/materia/oggetto, in forza di rappresentazioni cognitive più elevate, capaci di rendere effettivamente visibile e misurabile la reale natura del conflitto introdotto dalle parti e gestito nel processo attraverso, articolazioni successive e specificative della natura del contenzioso per il tramite di classificazioni e riferimenti normativi selettivi», ad esempio, implementando la «capacità rappresentativa dell'oggetto, in quanto la sua generalità oscura o disperde la specificità del contenzioso introdotto» (perché «l'oggetto appalto potrà essere ulteriormente specificato nelle azioni di cui agli artt. 1667, 1668, 1669 ecc., ovvero corretto nella qualificazione - dissonante rispetto alla nota di iscrizione a ruolo - come vendita, con le ulteriori specificazioni connesse alla operata classificazione»); nonché per il tramite di «riferimenti giurisprudenziali, valori economici o sociali introdotti, su cui innescare analisi della litigiosità a dimensioni diverse, quali quelle rivolte alla sperimentazione e verifica di condizioni di efficienza del sistema giudiziario» e, ancora, attraverso la «classificazione della produzione giurisprudenziale con operatività dei sistemi relazionali *common law*, già sperimentati in Polis, ed innesco di sistemi ponderali del contenzioso non meramente nominali, quali quelli sempre più incisivamente richiesti dagli studi di economia del diritto».

LIBRI

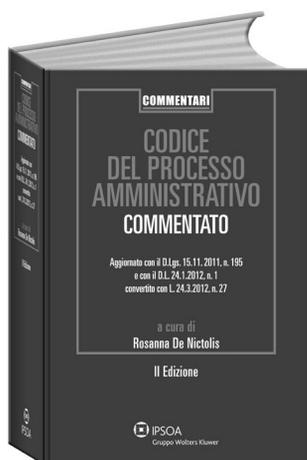
COLLANA: **Commentari**

Codice del processo amministrativo Commentato

II edizione

Aggiornato con il d.lgs. 15.11.2011, n. 195 e con il d.l. 24.1.2012, n. 1 conv. in l. 24.3.2012, n. 27

a cura di **Rosanna De Nictolis**



L'Opera commenta approfonditamente il testo del Codice del processo amministrativo, così come integrato e modificato dal decreto correttivo n. 195/2011 (in vigore dall'8 dicembre 2011).

Le disposizioni del Codice sono esaminate tenendo conto della **copiosa giurisprudenza** formatasi nei primi diciotto mesi di applicazione e delle **ultime novità normative**.

Per ciascun istituto vengono anche evidenziate le **criticità esegetiche** poste dalla recente disciplina.

Completano e arricchiscono il volume le **tabelle riassuntive degli atti processuali e dei relativi termini** e un **dettagliato indice analitico**.

Ipsoa 2012, Euro 180,00

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- **<http://lpsshop.ipsoa.it>**