



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto processuale civile

**LA TUTELA DEI DIRITTI IN RETE TRA INIBITORIA
URGENTE E RESPONSABILITA' DEL PRESTATORE
INTERMEDIARIO**

RELATORE

Chiar.mo Prof. Andrea Panzarola

CANDIDATO

Filippo Marchetti

Matr. 138613

CORRELATORE

Chiar.mo Prof. Bruno Capponi

ANNO ACCADEMICO 2019-2020

A mio Padre, mio modello da sempre, sui cui passi muovo da prima che sapessi camminare, per tutto quello che mi ha insegnato, anche in silenzio.

A mia Madre, che mi conosce come nessuno, per avermi sempre parlato come a un adulto, senza mai tacermi le contraddizioni di un mondo che non ha la sua stessa sensibilità.

Ai miei Nonni, le mie radici e i miei affetti più intensi.

Ai miei Fratelli, perché sappiano che potranno sempre contare su di me.

A mia Zia, perché un giorno vorrei riconoscere in mia figlia le sue virtù.

A mio Zio, generoso maestro, i cui consigli mi sono sempre preziosi, anche quando disattesi.

A chi non è qui oggi, ma mi accompagnerà per sempre.

A chi, standomi accanto, mi ha dato la forza di guardarmi da fuori e il coraggio di tracciare da solo la mia strada.

All'Italia, ove nasce quel che v'ha di utile, perché dai contrasti dei suoi innesti germogli il genio, che dalla palude del presente, le porga un futuro felice.

INDICE

INDICE	3
INTRODUZIONE	6

CAPITOLO PRIMO:

LA TUTELA CAUTELARE DEI DIRITTI E L'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE

1. Il rapporto tra processo e diritto sostanziale: strumentalità ed effettività.....	10
2. La tutela di condanna	20
2.1. (segue) La duplicità funzionale della tutela di condanna. L'inibitoria.....	24
3. La tutela esecutiva. La "attuazione" delle misure cautelari. Le misure cautelari aventi per oggetto il pagamento di somme di denaro.....	28
3.1. (segue) La condanna ad obblighi fungibili. L'esecuzione diretta	33
3.2. (segue) L'esecuzione indiretta. L'art. 614- <i>bis</i> e la condanna in futuro.....	36
4. La tutela sommaria	42
5. La costituzionalizzazione dei principi chiovendiani: provvedimenti d'urgenza e giurisprudenza costituzionale	47
5.1. (segue) Le "direttive di ragionevolezza": la sentenza 190 del 1985	51
5.2. (segue) La tutela cautelare e la protezione <i>ex art.</i> 24 Cost.	53

CAPITOLO SECONDO:

L'ARTICOLO 700 C.P.C.

Sezione I: i provvedimenti d'urgenza

1. I provvedimenti d'urgenza	61
------------------------------------	----

Sezione II: la disciplina sostanziale

2. Il <i>periculum in mora</i> : imminenza ed irreparabilità del pregiudizio	69
3. Il <i>fumus boni iuris</i>	86
4. La residualità dei provvedimenti d'urgenza.....	90
5. I c.d. limiti interni.....	100
6. Le situazioni giuridiche soggettive tutelabili.	108
7. La strumentalità. I limiti oggettivi e soggettivi del provvedimento. Il principio dispositivo.	113
8. Il contenuto del provvedimento. La provvisorietà. Misure aventi carattere anticipatorio e conservativo	120
8.1. (segue) Le forme dell'anticipazione.....	124

Sezione III: la disciplina processuale

9. Il procedimento cautelare uniforme	135
9.1 (segue) La revoca e la modifica	147

9.2 (segue) Il reclamo cautelare	149
9.3 (segue) L'attuazione	153

CAPITOLO TERZO:

L'ARCHITETTURA DI *INTERNET* E LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL PRESTATORE

1. La architettura <i>client-server</i> ovvero la transnazionalità dell'illecito. La giurisdizione cautelare italiana ed i conflitti con altro foro europeo od extra-comunitario	158
2. La responsabilità del prestatore dei servizi in rete.	171
2.1. (segue) Il semplice trasporto, <i>mere conduit</i>	179
2.2. (segue) La memorizzazione temporanea, il <i>caching</i>	182
2.3. (segue) <i>Hosting</i> , l'ospitalità entro i propri spazi di contenuti altrui.	186
3. Brevi riflessioni conclusive. La rete-spazio virtuale e la rete-spazio fisico. <i>Internet</i> e le misure urgenti, la legittimazione processuale passiva, l'attuazione del comando del giudice.	207

CAPITOLO QUARTO:

I RIMEDI D'URGENZA AVVERSO GLI ILLECITI CIVILI IN *INTERNET*

Sezione I : la tutela dell'utente

1. L'accesso ad <i>internet</i>	214
2. Tutela del diritto alla partecipazione al dibattito democratico: i <i>social networks</i> e l'oscuramento del "profilo"	224
3. Le esternazioni diffamatorie. Le testate telematiche. La viralità dei contenuti lesivi. ..	233
4. Il diritto all'oblio e la deindicizzazione. L'usurpazione del nome o dell'immagine. Il Regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali: tutela avverso il trattamento illecito e diritto alla decisione umana.	251

Sezione II : la tutela del diritto d'autore

5. Il diritto d'autore e i provvedimenti d'urgenza	263
6. La pirateria digitale e la tutela delle opere protette: l'elasticità del rimedio inibitorio .	271

Sezione III : la tutela dell'impresa

7. Recensioni false e recensioni infamanti: la reputazione commerciale. Vendite online e contraffazione. Le attività di agganciamento del sito altrui nei motori di ricerca. La tutela del nome a dominio.	279
8. La dialettica col gestore del mercato. La chiusura ingiustificata del profilo del venditore.	285
9. <i>Smart contracts</i> e provvedimenti d'urgenza.	287
10. Il <i>fil rouge</i> tra concorrenza, proprietà intellettuale e dati. La "gara" per le informazioni. Il software di terze parte in competizione con quello del gestore della piattaforma. La tutela del patrimonio informativo "Big Data".	290

CONCLUSIONI	299
PROVVEDIMENTI CITATI	
<i>Corte costituzionale</i>	311
<i>Corte di Giustizia delle Comunità europee e Corte di Giustizia dell'Unione europea</i>	312
<i>Corte Europea dei Diritti dell'Uomo</i>	313
<i>Consiglio di Stato</i>	313
<i>Suprema Corte di Cassazione</i>	313
<i>Giurisprudenza di merito</i>	314
<i>Autorità giurisdizionali straniere</i>	322
BIBLIOGRAFIA	323

INTRODUZIONE

Il tema centrale attorno al quale ruota la presente ricerca è costituito dall'analisi dei rimedi spendibili in funzione di tutela dei diritti che si trovino, di volta in volta, ad essere lesi a causa – o per mezzo – di un'attività che avvenga sulla rete.

La rete costituisce un formidabile luogo di incontro, una componente ormai ineliminabile della relazione umana, che, in ragione delle sue caratteristiche, si presta al compimento di una serie di illeciti (non solo civili, né con implicazioni unicamente civilistiche) di varia gravità, talvolta lesivi di diritti della personalità, talvolta capaci di compromettere in misura rilevante gli interessi patrimoniali dei soggetti coinvolti (si pensi ad esempio alla “pirateria digitale”, che può ledere i diritti di utilizzazione economica delle opere dell'ingegno; o ancora, le pratiche commerciali sleali nei confronti dei concorrenti, particolarmente importanti sui motori di ricerca) ma di attingere anche la sfera più intima dei consociati (come avviene quando divengono “virali” informazioni diffamatorie).

La repressione di tali fenomeni si rivela particolarmente complessa, non soltanto per la frequenza con cui questi avvengono – indicativa, questa, forse, di una scarsa consapevolezza tra i consociati del carattere illecito di talune attività (una fra tante, la “pirateria digitale”) – quanto piuttosto per la stessa architettura sulla quale gli spazi virtuali poggiano: elementi questi che rendono difficoltosa l'individuazione dei responsabili delle violazioni, e quantomai irrealistica la prospettiva di una collaborazione dei soggetti autori dell'illecito, anche in caso intervenga una decisione giurisdizionale che li concerna. Quando ciò non sia, come si vedrà, non si dubita – né si è mai dubitato – della possibilità di inibire la condotta illecita all'autore della violazione, agendo direttamente nei suoi confronti (per ragioni di effettività della tutela, in via urgente).

A ciò si aggiungono le difficoltà che derivano da una disciplina positiva di matrice europea, la quale, a talune condizioni, tende ad accordare l'*immunità* ai soggetti che operano garantendo il funzionamento della rete *internet* nel suo complesso, soggetti le cui infrastrutture sono utilizzate per commettere gli illeciti, e che, in virtù di detta “immunità”, hanno mostrato (e tanto si evince dalla casistica giurisprudenziale) di non voler essere chiamati a prendere parte al contrasto delle violazioni. Si è insomma forse confuso, anche a cagione di una interpretazione che ha preso a (fuorviante) modello la

disciplina positiva statunitense, il regime di favore (“irresponsabilità sostanziale”) con una licenza a disinteressarsi degli illeciti, e ad agire, semmai, solo quando una decisione da parte di un giudice concerne direttamente ciascun prestatore intermediario. Tali resistenze da parte di codesti operatori che curano il trasporto delle informazioni (ben presto “messe all’angolo” da parte della giurisprudenza europea, intervenuta a più riprese a fugare i dubbi dei giudici nazionali, quasi sempre nel senso di ampliare la portata dei rimedi) hanno un fondamento economico che è facile intuire: si avrà modo di vedere infatti che il prestatore intermediario è chiamato a svolgere un difficile compito di *quasi iudex*, che lo espone a pretese risarcitorie in un senso o in un altro, stringendolo fra “l’incudine e il martello”.

Infatti, accanto alle regole di immunità (condizionata: la quale, *a contrario*, definisce i connotati della tutela risarcitoria esperibile nei confronti dei suddetti prestatori intermediari) i legislatori europeo e nazionale hanno previsto un rimedio inibitorio (trasversale alle fattispecie lesive, quindi invocabile quale che sia il “*tort*” commesso per mezzo della rete *internet*), che in via cautelare si esplica nelle forme urgenti. Tali formule hanno conosciuto uno sviluppo rapido e sembrano giunte anzitempo ad una elaborazione approfondita.

Il compito che ci si prefigge è di districare il fitto intreccio di norme processuali e “sostanziali”, adottando un angolo di visuale che si pone a cavallo tra diritto e processo, e che è quello del *rimedio*: tale ottica prospettica – fugato l’equivoco per cui la tutela dei diritti dovrebbe intendersi esclusivamente “in senso esclusivamente giusprocessualistico” – pare il punto d’osservazione privilegiato per analizzare un apparato rimediale che sembra avere come assi portanti l’inibitoria urgente e la responsabilità omissiva del prestatore (anche se, forse, più a guisa di mezzo coercitivo indiretto, che non di serio ristoro per la lesione, come si metterà in luce).

Dopo aver ricostruito l’apparato rimediale di matrice europea (come detto, fondato sulla coppia inibitoria urgente-responsabilità civile), saranno passati in rassegna taluni selezionati casi di illeciti civili, al fine di verificare la tenuta (diremo: l’*effettività*), di quello.

Ciò non sarà possibile senza una previa approfondita analisi della disciplina della cautela atipica *ex art. 700 c.p.c.*, che è la medesima su cui si regge l'impalcatura di matrice sovranazionale.

La cautela atipica, che ha sempre destato particolare interesse per via di talune sue caratteristiche – caratteristiche tali da farne un “rimedio di chiusura” – e che hanno consentito e consentono tutt'ora di dare tutela a situazioni giuridiche soggettive insuscettibili di riceverne in via ordinaria, ovvero per le quali la tutela per equivalente de sola sarebbe rimedio non soddisfacente – e dunque non effettivo - perché frustrante la natura e l'importanza dei diritti stessi, i quali talvolta godono di “protezione costituzionale”; con il mutare delle esigenze sociali (o dei connotati della “società” stessa, tanto che si è parlato di “*Information Society*”) tale rimedio ha invece chiaramente assunto un significato diverso, altro cioè da quello immaginato dal legislatore del Codice, ed è divenuta *il rimedio* per eccellenza avverso le lesioni “nuove”, perché non più confinato nel perimetro della tutela approntata per i diritti della personalità, o comunque della “straordinarietà”.

L'ipotesi di ricerca è proprio che la procedura d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, giusta la sua duttilità e celerità, si presta ad essere strumento declinabile al fine di assecondare la domanda di tutela *effettiva* che proviene dagli utenti, come dagli attori della vita economica o politica, allorquando abbiano a dolersi di una lesione dei propri interessi giuridicamente rilevanti che abbia luogo sulla rete, o che comunque richieda un intervento su uno “spazio virtuale”.

L'interesse che il tema, con la sua attualità, suscita non abbisogna di illustrazioni. Oramai, la rete costituisce cardine della vita economica, sociale, politica, relazionale di un numero ingente di individui. Le sue peculiarità non possono essere ignorate dal giurista, che ha il dovere – imposto dall'art. 24 della Costituzione – di non cedere alle facili tentazioni di liquidarlo alla stregua di teorie che vogliono la rete “terra di nessuno”, *Rechtsfreier Raum*, non raggiunta dagli ordinamenti, ove tutto, *de facto*, è concesso, stante l'anonimato dietro al quale si celano i soggetti, e la facilità con la quale le informazioni, anche quando eliminate, possono essere riproposte. La lettera dell'articolo 24 Cost. è chiara nell'escludere che possano concepirsi “zone franche”, ove la tutela dei diritti si arresta.

Diviene allora compito del diritto processuale – e quindi compete all'interprete uno sforzo ermeneutico teso a – garantire che il processo sia in grado di assicurare “*tutto quello che*

è praticamente possibile alla luce del diritto sostanziale”, secondo la nota formula chiovendiana.

Riprendendo il filo di una riflessione dottrinale processualistica feconda, si dovrà verificare se il particolare rimedio previsto dall’art. 700 del codice di rito è *ancora* idoneo candidato a soddisfare questa “prova di resistenza” dell’ordinamento alla rivoluzione in seno al processo cagionata dalla forza espansiva del dettato costituzionale, e se diritti variegati ed eterogenei (dai diritti costituzionalmente garantiti come la libertà di espressione o di partecipazione alla vita politica; a diritti avente contenuto patrimoniale, come quelli di sfruttamento esclusivo delle opere frutto dell’ingegno; ai diritti figli della legislazione europea, come quelli al corretto e lecito trattamento dei dati personali; infine diritti della personalità previsti dalla legislazione civile o penale ma con chiare implicazioni costituzionali quali il diritto al nome, all’immagine, alla reputazione e al decoro) possono trovare adeguata protezione nelle forme della tutela cautelare atipica, quando si trovino ad essere lesi in rete.

Il superamento di questo “*stress test*” dell’ordinamento processuale si rivela quantomai essenziale, pena l’abdicazione da parte dell’ordinamento processuale di quella funzione “chiovendiana”, che ormai trova conferma nell’art. 24 della Costituzione, il quale è sempre più letto nel senso che chiunque si affermi titolare di una situazione soggettiva giuridicamente rilevante ha diritto a vederla tutelata in sede processuale con rimedi *pieni, efficaci ed effettivi*.

CAPITOLO PRIMO: LA TUTELA CAUTELARE DEI DIRITTI E L'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. Il rapporto tra processo e diritto sostanziale: strumentalità ed effettività – 2. La tutela di condanna – 2.1. (segue) La duplicità funzionale della tutela di condanna. L'inibitoria – 3. La tutela esecutiva. La “attuazione” delle misure cautelari. Le misure cautelari aventi per oggetto il pagamento di somme di denaro – 3.1. (segue) La condanna ad obblighi fungibili. L'esecuzione diretta – 3.2. (segue) L'esecuzione indiretta. L'art. 614-bis e la condanna in futuro – 4. La tutela sommaria – 5. La costituzionalizzazione dei principi chiovendiani: provvedimenti d'urgenza e giurisprudenza costituzionale – 5.1. (segue) Le “direttive di ragionevolezza”: la sentenza 190 del 1985 – 5.2. (segue) La tutela cautelare e la protezione *ex art. 24 Cost.*

1. Il rapporto tra processo e diritto sostanziale: strumentalità ed effettività

Cimentarsi nel tentativo di ricostruire compiutamente il ventaglio di opzioni di cui dispone il giurista, allorquando sia chiamato a stroncare illeciti civili che abbiano luogo in rete, è operazione che impone di “ribaltare” l'ottica prospettica “tradizionale”, per assumere quella che è stata definita “*rimediale*”¹.

Prima, quindi, di indagare i requisiti e il concreto atteggiarsi del rimedio cautelare urgente (“dentro” e “fuori” la rete) appare corretto muovere dal rapporto che tale rimedio deve avere col diritto soggettivo che deve soccorrere, il che non conduce ad esiti differenti rispetto all'indagare, più in generale, il rapporto tra diritto e processo.

A tale proposito, la pregevole analisi di Giuseppe Chiovenda, formulata sotto la vigenza del Codice del 1865, manifesta tutt'ora grande attualità: a detta di Chiovenda, “il processo

¹ V. A. PULEO, *Quale giustizia per i diritti di libertà?*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 106. Questo perché, si argomenta in dottrina, la prospettiva rimediale costituisce la saldatura fra diritto sostanziale (teso a verificare i rimedi) e diritto processuale (incline piuttosto a verificare le tecniche di tutela). Non da ora, si sa che tale ottica è la più adatta per quei nuovi interessi *ex art. 2 Cost.* che premono per giungere alla soglia di “giustiziabilità” (A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, in *Foro it. online*, 1989). Ciò perché, non avendo tali interessi contenuto patrimoniale, non è semplice ricostruirli nel senso di poteri insistenti su a beni o qualità (cioè come “diritti soggettivi”!), poiché sollecitano un intervento del giudice differente, che richiede, come si tenterà di approfondire, un bilanciamento – operazione sconosciuta nel campo dei diritti di credito – e la valutazione del giudice non si arresta al *quomodo* della tutela, ma investe anche anche l'*an*. Inoltre, ed è quanto più qui interessa, tale angolo di visuale è quello che sembra più consono a comprendere la disciplina di matrice europea, che costituisce un intricato groviglio di disposizioni processuali e “sostanziali”, che rimane insolubile quando artificialmente scomposto (sezionato?) entro le categorie di “disposizioni processuali” e “sostanziali”.

per quanto possibile deve dare praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che ha diritto di conseguire alla stregua del diritto sostanziale”. Tale magistrale sintesi fonda il rapporto tra diritto sostanziale e processuale nei termini di *strumentalità*, il che equivale ad affermare che gli istituti processuali altro scopo non perseguono se non quello di far conseguire all’avente diritto tutto quello che la normativa sostanziale gli attribuisce².

Con ricorso ad una figura che affonda le proprie radici nel diritto formulare romano³, si ricostruisce il processo come “contropartita” che lo Stato offre ai consociati in ragione del divieto di farsi giustizia da sé⁴.

Sia quel che sia, la “contropartita” deve constare di rimedi *effettivi*⁵.

Alla stregua di quali fatti umani, giuridicamente rilevanti, detti rimedi siano chiamati ad intervenire, è presto detto: costituisce acquisizione sicura della riflessione dottrinale quella secondo la quale la necessità del processo sorge allorquando si verifica una “crisi di cooperazione”⁶ da parte del soggetto obbligato. L’ordinamento, a fronte delle possibili

² Dalle *Istituzioni* di Giuseppe Chiovenda, n. 12: «La volontà della legge tende ad attuarsi nel campo dei fatti fino alle estreme conseguenze praticamente e giuridicamente possibili. Conseguentemente il processo deve dare per quanto possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire. Un principio così generale non è, né ha d’uopo d’essere, formulato in alcun luogo. Non esiste alcuna norma espressa che assicuri l’azione al creditore insoddisfatto d’un capitale mutuato: le norme del codice civile sul mutuo riguardano gli obblighi delle parti, non l’azione; gli artt. 35 e 36 c.p.c. presuppongono una norma più generale che conceda l’azione, ma non la contengono; pure nessuno dubita che l’azione ci sia. Il processo come organismo pubblico d’attuazione della legge è per sé stesso fonte di tutte le azioni praticamente possibili, che tendano all’attuazione d’una volontà di legge».

³ Come si vedrà, sembra un eco di quel “*ambo mittite hominem*” che il pretore rivolgeva alle parti in causa.

⁴ Artt. 392 e 329 del Codice penale. Le norme, rispettivamente rubricate “esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle cose” ed “esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone” sembrano idonee ad incriminare la grandissima parte delle condotte di “giustizia privata”, rimandone esclusi soltanto i profili civili di autotutela che constano della ritenzione delle cose e avvengano senza violenza.

⁵ In questi termini, F. FIORUCCI, *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 10.

⁶ A. PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, cit., p. 9. Vale a dire quando il soggetto obbligato (tenuto ad una prestazione ai sensi della “normativa primaria”, cioè del diritto sostanziale) attua una violazione. Il concetto di “crisi di cooperazione” abbraccia, oltre alle violazioni in senso stretto, descrive anche i casi in cui la violazione è semplicemente minacciata, e la turbativa si manifesta anche solo nel *vanto* da parte di un terzo

modalità con cui le violazioni si atteggiavano, deve approntare idonei e specifici rimedi⁷, il cui studio dà contezza della esatta consistenza del diritto⁸: non solo insomma deve esservi corrispondenza tra risposta di giustizia e interesse protetto, ma è vero anche che solo lo studio di tale “protezione”, cioè del *rimedio*, può dire davvero, in ultima istanza, quale interesse sia un *diritto soggettivo*.

L'affermazione è ritenuta tradizionalmente applicabile nel suo massimo grado a quegli ordinamenti, quali quelli di *common law*⁹, in cui la regola di diritto è dichiarata dal giudice: qui può a buon titolo dirsi che *ubi remedium, ibi ius*. Si osserva in dottrina¹⁰ che, al contrario, i Paesi che hanno conosciuto le codificazioni sono avvezzi alla teorica enunciazione del diritto, che precede i rimedi, che sono quindi quasi degli *attributi*¹¹, ma che, almeno teoricamente, non influiscono sulla qualificazione del diritto in termini dogmatici. In realtà, non risiede esattamente in questo la differenza fra Paesi a diritto

(secondo la terminologia chiovendiana), vale a dire la affermazione circa la spettanza di un diritto da parte di un terzo soggetto, che è idonea ad arrecare (latamente) un danno al titolare, che, piuttosto, non lo lascia indifferente, per ragioni di fatto, di contiguità spaziale, ma anche per ragioni empiriche, come quando il dubbio circa la titolarità del diritto è di per sé idoneo ad incidere sulla concreta possibilità di alienare i beni, reperendo acquirenti sul mercato. In senso analogo, v. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 4: la funzione del processo è di “costituire un rimedio alla carenza di cooperazione che si verifica nei rapporti interprivati”. Nonché *ibidem*, p. 71: tutelare un interesse “significa predisporre rimedi o strumenti per la ipotesi in cui quell’interesse non trovi soddisfazione nei rapporti inter-soggettivi”.

⁷ Sicché l’eredità chiovendiana della teorizzazione del diritto di azione, quale categoria *atipica*, pur recepita dalla lettera della norma costituzionale (in specie, l’art. 24), si rivela insufficiente in un ordinamento che non ha più al centro i diritti patrimoniali, ma i diritti della personalità. Il risultato – faticosamente raggiunto dall’elaborazione chiovendiana – della enunciazione del diritto di azione come diritto generale e *atipico* – è oggi, alla luce della previsione dell’art. 24 già menzionato, sulla scorta del quale va predicata l’effettività della tutela (nel senso che questa deve differentemente atteggiarsi a seconda del diritto fatto valere), da solo inadeguato a tutelare situazioni giuridiche sostanziali aventi carattere non patrimoniale.

⁸ “Non è possibile ottenere alcuna conoscenza del contenuto di una situazione soggettiva prescindendo dall’analisi dei concreti *remedies* a disposizione del suo titolare”, secondo la formula di U. Mattei, riportata in A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè Editore, Milano, 2003, p. 17. Detto in altre parole: “non esistono astratte posizioni soggettive ma posizioni concretamente conformate dai rimedi messi a disposizione dei soggetti” (*ibidem*, p. 19).

⁹ Il diritto romano ha conosciuto la stessa evoluzione, con le formule concesse dal pretore nel suo editto, o col processo formulare. Non esisteva quindi alcuna enunciazione astratta del diritto, che era invece era ricavata dall’analisi dei rimedi.

¹⁰ A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, cit.

¹¹ Per la constatazione che i Codici sarebbero influenzati dall’angolo di visuale della coppia “diritto” più “azione”, A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. xvii.

consuetudinario e ordinamenti di *civil law*: in *common law*, il rimedio è la protezione che l'ordinamento riserva ad un interesse del soggetto (i rimedi essendo *cures for wrongs*, risposte concrete ad un *tort*)¹²; ma, se il rimedio significa (la protezione di un interesse e quindi implica un) “interesse protetto”, ecco che si ripropone una visione che si avvicina sorprendentemente alla teorica del diritto soggettivo di Jhering¹³. Insomma, sebbene in i rimedi siano selezionati dal giudice in *common law*, dal legislatore nei Paesi di *civil law*, (ma questo solo in via tendenziale)¹⁴, è chiaro che per entrambe le tradizioni giuridiche i due piani (diritto e rimedio) siano due parti di un *unicum*¹⁵, di talché, se si ha riguardo all'effettività, è difficile non considerare che – al fondo – *un diritto può dirsi esistente in quanto si possa esperire un rimedio adeguato al bisogno di tutela*¹⁶. In questi sensi, il detto *ubi ius, ibi remedium* (e con esso, l'ottica prospettica “tradizionale”) può facilmente essere ribaltato¹⁷, senza con ciò snaturare i formanti della tradizione giuridica dei Paesi di *civil law*. Sarà compito (del legislatore della procedura, quindi dello Stato, prima che)

¹² A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 15.

¹³ V. R. JHERING, *Geist des röm. Rechts*, III, Lipsia 1878, pp. 328 ss.. Il che, detto con le parole del chiarissimo filosofo Kelsen, suona come segue: “il diritto soggettivo consiste non già nell'interesse presunto ma nella protezione giuridica”; su questo v. A. PULEO, *Quale giustizia per i diritti di libertà?*, cit., p. 105.

¹⁴ L'art. 700 c.p.c. è esempio eccellente di un caso in cui il rimedio ha consentito l'emersione di *bisogni* di tutela, facendo assurgere al rango di “diritti” interessi che non trovavano alcuna consacrazione formale. Così A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 16.

¹⁵ Cfr. nota precedente. V. le pregnanti parole di A. PULEO, *Quale giustizia per i diritti di libertà?*, cit., p. 38: “La nozione di tutela giurisdizionale è identificata nel nesso dinamico tra titolarità del diritto soggettivo-esercizio d'azione-domanda-giurisdizione, percolando tra i due piani, sostanziale e processuale, quale espressione della fondamentale unità dell'ordinamento”.

¹⁶ Che “alle singole situazioni corrispondano forme di tutela omogenee, e cioè tali da assicurare soddisfazione agli interessi dei quali quelle situazioni sono espressione”, questa è, in una parola, l'*effettività*. Così in A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 107.

¹⁷ “Si tratta, come si è visto, di spostare l'attenzione dal piano delle norme che si definiscono attributive di diritti a quello delle regole di tutela che assicurano rimedi in occasione di torti o di situazioni anti-giuridiche. Non si tratta di una modifica di facciata. Se si vuole, l'impostazione tradizionale figura così capovolta. Il soggetto intanto potrà definirsi titolare di un diritto e cioè di una posizione giuridicamente protetta nella misura in cui ad esso sia garantita la disponibilità di un rimedio che sia adeguato al *bisogno* di tutela che quella posizione manifesta. Le regole di tutela divengono dunque veramente un *prius* rispetto all'astratta predicazione di diritti”. A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, cit..

dell'ermeneutica del processo civile assicurare che i singoli rimedi siano coerenti con i diritti che mirano a tutelare, declinando detta tutela secondo *effettività*.

Però, se ciò è corretto, non basta garantire un processo di ordinaria cognizione per assicurare una tutela *effettiva* (nel che si sostanzia quel che si usa chiamare “atipicità del diritto d'azione”¹⁸), come si osserva in dottrina¹⁹: l'atipicità del diritto di azione non è idonea a garantire tutela *effettiva in via ordinaria* dei diritti di libertà, dei diritti costituzionalmente protetti, dei diritti della personalità²⁰, diritti che meritano una tutela “forte” almeno quanto quella riservata – nella sistematica del Codice – ai diritti di proprietà²¹. Risulta infatti inaccettabile, alla stregua della Costituzione del 1948, il sacrificio di diritti della personalità cui l'ordinamento reagisca solo con la tutela risarcitoria²², quando ormai la violazione si è consumata, aggravata, è perfetta.

¹⁸ Da intendersi nel senso che chiunque si assuma leso in una situazione giuridica soggettiva può agire in giudizio per vedersi tutelato e che ha per corollario il principio secondo il quale ogni modo di attuazione della legge (e ogni mezzo esecutivo) che sia praticamente possibile e non sia contrario a previsione legislativa deve ritenersi per ciò solo ammissibile, senza necessità che una norma processuale si ponga come *medium*. Su questo, v. A. PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, cit., p. 34.

¹⁹ Su questo, v. A. PROTO PISANI, *Emergenza nella giustizia civile*, in *Foro it. online*, 1987: “Ma il sistema della giustizia civile non è esaurito dai processi a cognizione piena. È costituito anche dalla predisposizione di ipotesi tipiche di tutela sommaria oltre che dalla previsione di una misura cautelare atipica a chiusura del sistema stesso: tutto il primo e in parte il secondo titolo del quarto libro ce lo stanno a ricordare. Se così è, allora non può non apparire alquanto grave che il legislatore ordinario non abbia avvertito la necessità di introdurre ipotesi tipiche di tutela sommaria (cautelare o non cautelare, sulla falsariga di quanto fatto isolatamente dall'art. 24 l. 990/69, dagli art. 18, 4° comma, e 28 l. 300/70, dall'art. 148 c.c., dall'art. 15 l. 903/77) con riferimento a *bisogni* di tutela urgente emersi dopo il 1942: soprattutto a favore di libertà formali classiche, di diritti della personalità, di diritti c.d. fondamentali, di situazioni soggettive del lavoratore, di diritti alla fruizione di servizi essenziali gestiti in regime di monopolio legale o di fatto, ecc.”

²⁰ A. PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, cit., pp. 37 ss.

²¹ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 6: “il bisogno di tutela che manifesta il diritto di proprietà non è solo di essere riconosciuto proprietario e di ottenere la reintegrazione nel possesso di cui si sia stati provati (e cioè la *restitutio in integrum*), ma anche di essere tenuto indenne dal (peso del danno) che la cosa abbia subito ad opera di altri”.

²² La dottrina forte dell'elaborazione dell'analisi economica del diritto ha evidenziato la funzionale inadeguatezza dei rimedi risarcitori a garantire la tutela dei diritti a contenuto non patrimoniale. In A. PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, in *Foro it. online*, 1990, si afferma che le tutele solo per equivalente monetario – che è quanto potrebbe conseguirsi in sede di cognizione ordinaria, vale a dire ottenere una sentenza a violazione ormai consumata che accerti il carattere illecito della condotta e imponga una condanna al risarcimento del danno – a fronte della lesione di diritti che non hanno contenuto patrimoniale. Allora così, nell'opinione dell'A., si introduce surrettiziamente una disposizione che consente di espropriare il diritto a contenuto non patrimoniale a fronte

L'ordinamento non può quindi rimanere inerte dinanzi ad attentati a interessi (che patrimoniali non sono), consentendo che dette violazioni si consumino indisturbate, dietro corresponsione del risarcimento *per equivalente* (quasi un *pretium sceleris*).

Insomma, *la aticipità del diritto d'azione testimonia la latitudine, ma non la profondità, della tutela*²³.

Questo discorso interessa perché è d'uopo rimarcare la inadeguatezza dell'ordinamento a tutelare efficacemente in via ordinaria una serie di diritti, anche, ed in special modo, quando si discorre delle violazioni che si verificano in rete. Molte volte non v'è nemmeno il risarcimento monetario a premere sulla generalità dei consociati (a guisa di minacciata sanzione) stante l'anonimato dietro il quale si celano gli attori della rete: così il precetto generale del *neminem ledere* resta vano.

Occorre allora notare che l'unica tutela immaginabile per i diritti lesi in rete (non solo quindi i diritti "a contenuto non patrimoniale"²⁴) è *specifica, preventiva, inibitoria,*

di un indennizzo, il che la Costituzione non consente se non in casi precisi (artt. 42 e 43 Cost.). Il rilievo è condivisibile ma la precisione "matematica" dell'analisi economica inquadra il problema in maniera più nitida (A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., pp. 92 ss, sulle orme della fortunata riflessione di G. CALABRESI, A. D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harvard Law Review*, 1972). Quella del "diritto soggettivo" (nell'articolo cit., "entitlement") è una galassia costellata di posizioni giuridiche eterogenee: gli AA. ritengono di tripartire l'*entitlement* in *liability rules, property rules, inalienability*. La funzione della *property rule* è quella di assicurare un bene (o una utilità) in maniera *incondizionata* ad un avente diritto, non consentendo il sacrificio di questo bene se non col consenso di chi gode della posizione di vantaggio (e la *inalienability* invece limita la possibilità di trasferire l'utilità, o sacrificarla, impedendo che il prezzo stabilito dall'avente diritto sia l'unica condizione giuridicamente rilevante). Al contrario, la funzione della *liability rule* è quella di assicurare che una posizione soggettiva sia *sacrificabile*: chi vuole appropriarsi della utilità non ha che a sopportarne il costo. Ebbene l'art. 2043 c.c. fonderebbe una *liability rule*, non una *property rule*. Così dovrebbe essere chiaro il perché dell'intollerabilità della sola tutela in via ordinaria (quindi a violazione già consumata, quindi solo con risarcimento monetario per equivalente) a fronte della lesione diritti personali, costituzionalmente protetti o no. Allo stesso modo, può dirsi che è la concreta forma di protezione assicurata dall'ordinamento ("la tutela") a descrivere l'esatta consistenza del diritto.

²³ V. la prima nota del Capitolo seguente.

²⁴ Su questo, v. *infra*. Per tali si intendono i diritti di libertà, i diritti della personalità, i diritti costituzionalmente protetti, la lesione dei quali impegna l'ordinamento a reagire senza attendere il compimento della condotta lesiva, senza convertirli in diritto al risarcimento del danno, senza attendere le more della cognizione ordinaria.

*urgente*²⁵. Il risarcimento del danno, coi già evidenziati limiti suoi strutturali, è una forma di ristoro non accettabile per le lesioni a diritti non patrimoniali; d'altro canto, anche per gli interessi patrimoniali, non può rimandarsi il momento in cui la protezione dell'ordinamento s'attivi sino al giorno in cui la violazione ha compromesso l'interesse una volta per tutte.

Tali considerazioni anticipano il discorso sul tema della *effettività della tutela*, che deve essere affrontato. Per *effettività della tutela* si intende la rispondenza dei fatti alla previsione normativa: è la c.d. *effettività dell'ordinamento*²⁶, vale a dire vale a dire la concreta possibilità di realizzazione di quanto stabilito dalle norme sostanziali, l'attitudine dell'ordinamento a essere realmente applicato e osservato. Suo corollario è l'efficacia del diritto processuale nel singolo caso concreto. È un concetto che si sovrappone, forse arricchendo in senso descrittivo, quello di "strumentalità", che si è detto fondare il rapporto tra diritto sostanziale e processo. Così, se il processo deve dare – per quanto possibile praticamente – all'avente diritto tutto ciò che gli spetta alla stregua del diritto sostanziale, allora è chiaro che, rimanendo fedeli ai principi chiovendiani, "ogni volontà di legge di cui sia possibile la formazione secondo una legge sostanziale deve trovare nella legge processuale idonei mezzi d'attuazione, anche se..." (e qui risiede la discrezionalità del legislatore) "...il numero e la natura di questi mezzi variano secondo le leggi dei vari luoghi e dei vari tempi"²⁷. Tale principio di *effettività* vieta, insomma, di sacrificare un diritto – o un interesse giuridicamente rilevante – per insufficienza, assenza,

²⁵ A. PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, in *Foro italiano online*, 1990.

²⁶ M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Dejure online*, 2018.

²⁷ L'opera è citata in A. PROTO PISANI, *Nel centenario del magistero di Giuseppe Chiovenda*, in *Foro it. online*, 2005. Oggi, vedi Corte Cost. 238 del 2014, per l'affermazione del principio che il riconoscimento di un diritto non può non accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere dinnanzi al giudice; che "l'azione in giudizio per la difesa dei propri diritti (...) è essa stessa il contenuto di un diritto, protetto dagli articoli 24 e 113 della Costituzione e da annoverarsi tra quelli inviolabili e caratterizzanti lo stato democratico di diritto"; che l'affermazione del diritto al giudice e alla tutela effettiva è senz'altro da annoverarsi tra i grandi principi di civiltà giuridica contemporanea. V. altresì Cass., III, 17 settembre 2013, n. 21255, per la constatazione che il principio di *effettività*, inteso quale "diritto ad un rimedio adeguato", è una regola cardine.

inadeguatezza dello strumento processuale²⁸. In sintesi, effettività significa rispondenza della tutela al contenuto intrinseco del diritto²⁹.

Il principio, immanente nel sistema³⁰, trova applicazione nel momento ermeneutico, imponendo all'interprete di privilegiare le ricostruzioni sistematiche e le chiavi di lettura dei singoli istituti che a tale canone si ispirano: *ut res magis valeat quam pereat*, vale a dire in modo che le norme raggiungano davvero questo *effetto utile*.

Il legislatore, nella sua discrezionalità, gode di un ampio ventaglio di strumenti al fine di assicurare l'effettività dei mezzi di tutela quando vi sia *pericolo nel ritardo*, generalmente "accantonando" – ma solo temporaneamente, o comunque non definitivamente – le regole che reggono il *giusto processo costituzionale*.³¹ Tipicamente vi rientrano, fra gli altri, proprio i provvedimenti cautelari³², dal che si trae ulteriore conferma (come si illustrerà

²⁸ Così P. MARTINELLI, *Alcune questioni sull'ambito di applicazione del nuovo rito cautelare uniforme*, in *Foro it. online*, 1995.

²⁹ Il che equivale a predicare la "equipollenza tra diritto e processo" (A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 6). Ma, potremmo più in generale notare, come fa attenta dottrina (cfr. LIBERTINI, *le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Dejure online*, 2018), effettività significa rispondenza dei fatti alle previsioni normative e, in questo senso, si estende oltre il campo della tutela dei diritti (effettività della pena, effettività della normazione europea, e così via). Applicato al campo dei diritti soggettivi, il principio di effettività implica che i titolari della situazione sostanziale protetta possano beneficiare di strumenti di tutela capaci di garantire la soddisfazione dell'interesse azionato: in termini ancora più netti, si deve disporre di rimedi in forma specifica, accompagnati da idonee misure coercitive. L'ordinamento, sulla spinta della legislazione europea, ha conosciuto nuovi impulsi atti a garantire la effettività della tutela e provato vero l'assunto secondo cui sembra che il diritto al rimedio effettivo (all'effettività del rimedio) prema per l'ampliamento dei poteri del giudice e la moltiplicazione e l'espansione delle misure coercitive.

³⁰ Si insegna in LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, cit., che il diritto il diritto positivo è costellato di enunciazioni del principio di effettiva, anche sulla della legislazione spinta sovranazionale, in specie nella forma del diritto al rimedio effettivo o diritto al ricorso effettivo ad un giudice (art. 19 TUE, art. 47 CDFUE, art. 13 CEDU). Gli artt. 24 e 113 Cost. non ne fanno parola, ma la mancanza di menzione espressa non deve essere ritenuta decisiva in tal senso.

³¹ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 7. Giusto processo ed effettività della tutela (esigenza sottesa al diritto di difesa) non sempre coincidono, perché, ad esempio, i procedimenti sommari non sempre corrispondono ai canoni del giusto processo.

³² Uno *ex multis*: A. PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it. online*, 2000. L'A. evidenzia come tra questi strumenti, allorché il canone di effettività sia da bilanciare con il *periculum in mora*, ovvero il pregiudizio che il diritto subirebbe in mancanza di provvedimenti immediati, rientrano: provvedimenti cautelari a strumentalità rigida; provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata; procedimenti sommari a struttura non cautelare capaci di sfociare in provvedimenti con attitudine al giudicato laddove non opposti.

meglio fra breve) che questi ultimi sono di estrema rilevanza nell'analisi dei rimedi offerti avverso le lesioni dei dritti che prendono luogo in rete, vista la velocità alla quale si propagano le informazioni.

Anche al di fuori delle lesioni in rete, poi, è chiaro da tempo che, attestata l'assenza nel sistema di una forma di tutela che sia *preventiva, specifica, urgente* per ciascun diritto rilevante per l'art. 2 Cost., quanto meno per siffatte situazioni giuridiche soggettive non resta che fare leva sulla *atipicità* dei provvedimenti urgenti³³. La atipicità della tutela cautelare, non costretta in schemi predeterminati di *dictum* giudiziale, meglio si presta a congruamente assicurare il rispetto del canone di *strumentalità* del processo (o piuttosto, come diremmo ora, della effettività dei rimedi processuali): la duttilità e la adattabilità al caso concreto della pronunzia conferiscono garanzia, per l'avente diritto, di ottenere quanto *tutto quello che è praticamente possibile alla luce del diritto sostanziale* (per richiamare la formula chiovendiana che appunto tale rapporto di strumentalità fonda).

Ciò, si sa, non costituisce una soluzione ottimale³⁴, dal momento che, per propria natura, i diritti a contenuto non patrimoniale tendono sempre a collidere con altri diritti di pari rango, lasciando così al giudice il compito di pronunziarsi operando un bilanciamento secondo la propria sensibilità e perseguire la giustizia del caso concreto: ma un tale ruolo, fatalmente creativo a causa della fattispecie aperta, è in collisione con il principio di separazione dei poteri e dunque non dovrebbe appartenere al sistema. Non di meno, deve prendersi atto che, allo stato, l'art. 700 c.p.c. (da rimedio residuale, di chiusura, quale era stato concepito) è divenuto il perno che regge il sistema e garantisce la costituzionalità dell'ordinamento processuale del 1942³⁵ nel suo complesso, stante la mancanza della

³³ A. PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, cit..

³⁴ A. PROTO PISANI, *Tecniche di tutela, Costituzione del 1948 e processo civile (a proposito di una prolusione non tenuta)*, in *Foro it. online*, 2018.

³⁵ Come testimonia l'ampia casistica di pronunce pretorie che hanno per oggetto diritti costituzionalmente garantiti in via d'urgenza. In A. PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. (anni settanta)*, *Foro it. online*, 2012. Ivi si rammentano provvedimenti in materia di: tutela del diritto al nome, tutela del diritto alla riservatezza, tutela del segreto epistolare, tutela del diritto alla identità personale, tutela del diritto all'immagine, tutela del diritto alla partecipazione politica, tutela del diritto a fruire dei servizi gestiti in regime di concessione o monopolio., e così via. A buon titolo può dirsi che l'art. 700 c.p.c. è "l'asse portante dei diritti di libertà" all'interno dell'ordinamento processuale italiano.

enunciazione, da parte del legislatore del Codice, di alcuna norma che, in via generale, preveda la giustiziabilità di qualsivoglia diritto – fatti, come ovvio, salvi i limiti di carattere giuridico o materiale – in forma specifica³⁶.

Questi assunti costituiscono gli esiti di una riflessione della dottrina processualistica feconda, che però debbono oggi misurarsi con l'avvento di *internet* – fenomeno capace di mettere in discussione certezze e impostazioni che, consolidate, sembravano destinate ad essere eterne – e con la normativa di matrice europeistica, tanto attenta alla *pienezza ed effettività* dei rimedi anche al di fuori delle geometrie di impronta dogmatica.

Così, se la velocità alla quale viaggiano le informazioni in rete rende impensabile attendere le more della cognizione ordinaria, *il pericolo nel ritardo* diviene la norma: questo determina un ulteriore aggravio del “carico” cui è sottoposto il procedimento *ex art. 700 c.p.c.* ogni qualvolta difettino idonei procedimenti sommari (anche) non cautelari tipici (il che accade senz'altro nel caso in cui si agisce contro l'autore di una violazione in rete). Ad incrementare ulteriormente il bisogno diffuso di ricorrere al rimedio urgente *ex art. 700 c.p.c.* concorre anche la circostanza che (quando debba agirsi nei confronti dei soggetti che intermediano le informazioni in rete, e al di fuori della tutela della proprietà intellettuale ed industriale, come accade per il caso di pubblicazioni diffamatorie ad opera di soggetti “identificati”³⁷, o nel caso di azione avverso la controparte contrattuale, o ancora nel caso di fattispecie di concorrenza sleale) il legislatore ha deciso di codificare, quale rimedio tipico, proprio quello urgente³⁸, secondo una scelta che non è inedita, ma che, contribuisce ad incrinare il rapporto di “strumentalità” del rimedio urgente³⁹, caratteristica, questa, che ne faceva, nella sistematica del Codice, se così piace, un “rimedio straordinario”. Su tutti questi aspetti, però, si avrà modo di tornare ampiamente.

³⁶ Lamenta, in tal senso, la deficienza del libro VI del Codice civile A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, cit..

³⁷ Su cui v. *infra*, Cap. IV, par. 3.

³⁸ Come si vedrà, nelle forme della inibitoria rivolta verso i soggetti che svolgono la funzione di intermediare le informazioni in rete.

³⁹ Così F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. Del Diritto online*, Giuffrè Francis Lefevre, 1998, a proposito della scelta di codificare il rimedio della rettifica, di cui all'art. 8 della legge 47 del 1948 (“legge sulla stampa”), da far valere con ricorso *ex art. 700 c.p.c.*

2. La tutela di condanna

Giova ora svolgere alcune considerazioni sulla tutela di condanna, giacché questa costituisce il fulcro della tutela dei diritti lesi sulla rete. Non solo o non tanto per una questione di struttura dell'art. 700 c.p.c., la quale, *per se* considerata, pur col “filtro” dell'interesse ad agire⁴⁰, non sembrerebbe ostare a pronunzie di accertamento mero⁴¹, perlomeno quando la “crisi di cooperazione” si riduca ad un *vanto*, secondo la dizione chiovendiana, dell'accampamento di una pretesa che assuma la consistenza della turbativa anche solo minacciata⁴². In questo stesso senso peraltro è orientata la giurisprudenza⁴³. Piuttosto, si è detto che per le lesioni che avvengono sulla rete, più frequentemente vi sarà domanda di provvedimenti suscettibili, in mancanza di ottemperanza del soggetto obbligato, di essere coattivamente eseguiti, direttamente o, più frequentemente ancora, in maniera indiretta⁴⁴.

Tradizionalmente la tassonomia del *genus* tutela giurisdizionale dichiarativa prevede una tripartizione secondo tre *species*⁴⁵: tutela di accertamento mero, tutela costitutiva e, per l'appunto, tutela di condanna.

⁴⁰ A. PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, cit., pp. 52 ss.

⁴¹ Così A. PROTO PISANI, *Note sulla tutela civile dei diritti*, in *Foro it. online*, 2002. L'opinione non è unanime ma, per la verità, chi argomenta per l'impossibilità fa piuttosto leva sul profilo funzionale, che non su quello strutturale (cfr. A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, a cura di Sergio Chiarloni, Zanichelli, 2016, Torino, p. 287).

⁴² A. PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, cit., p. 70 s.

⁴³ *Ex multis*, Trib. Bari, 9 novembre 2012, sez. III.

⁴⁴ La coazione all'adempimento comprende “un più vasto arco di rimedi”, rispetto alle misure “a carattere specifico”, includendo anche le forme di “coazione indiretta”. Così A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 297 s. V. anche ISDEM, *Forme e tecniche di tutela*: “coda necessaria della tutela giurisdizionale dei diritti è la possibilità di portare ad esecuzione (forzata) il *dictum* del giudice”.

⁴⁵ N. CORBO, *La tutela dei diritti*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 17.

Sempre tradizionalmente si ritiene che la sentenza di condanna si differenzi dalla sentenza di mero accertamento per tre fondamentali sue caratteristiche⁴⁶.

La prima, e più importante, è quella di essere idonea a sorreggere l'esecuzione forzata, fungendo il provvedimento condannatorio da titolo esecutivo. L'art. 474 del codice di rito, che disciplina per l'appunto il titolo esecutivo, prescrive che l'esecuzione non avvenga se non in forza di un titolo *certo*⁴⁷, *liquido*⁴⁸, *esigibile*⁴⁹, secondo l'adagio *nulla executio sine titulo*.

Peraltro, l'art. 474 cit. non parla espressamente di sentenza di condanna, ma sembrerebbe pacifico che l'esecuzione non possa avvenire se non sulla scorta di un provvedimento condannatorio⁵⁰.

⁴⁶ A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, in *Foro it. online*, 2010., nonché ISDEM, *I diritti e le tutele*, cit., pp. 73 ss.

⁴⁷ La certezza, atteggiandosi variamente all'interno della categoria dei titoli esecutivi, essendo i provvedimenti dotati della qualifica di titolo esecutivi assistiti da diversissimi gradi di certezza (per quello che qui interessa, gli stessi provvedimenti cautelari non possono dirsi "certi" quanto una sentenza di condanna passata in giudicato), si risolve nella formalistica constatazione che il legislatore considera certi quei titoli che gli paiono tali. In altre parole, certo è il titolo che offre sufficiente certezza circa l'esistenza del diritto al legislatore, secondo un giudizio che si sottrae – in linea di principio – alle censure nel merito. V. B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Giappichelli Editore, Torino, 2020, pp. 178 ss.

⁴⁸ La liquidità si riassume come la determinatezza dell'importo, o la sua determinabilità secondo operazioni matematiche, anche con riferimento ad indici esterni, purché noti e inoppugnabili (es.: il tasso di rivalutazione monetaria, gli interessi, e così via). Non si pretende, in altre parole, che la liquidità si riduca ad una cifra impressa nel titolo, quanto che questa cifra sia calcolabile alla stregua di operazioni matematiche. Così ricostruito, il criterio non può che riferirsi esclusivamente alla espropriazione forzata. In realtà il problema assume maggior interesse per quanto riguarda la c.d. *autoliquidazione* del titolo, operazione necessaria per la condanna in futuro che sia assistita da efficacia esecutiva, in particolare, che è quanto qui interessa, in caso di condanna *ex art. 614-bis* del codice di rito. V. in tal senso B. CAPPONI, *Ancora su astreinte e condanna civile*, in *Judicium online*, 2017, p. 1 s.

⁴⁹ L'esigibilità attiene alla mancata sottoposizione del diritto a condizione o termine, o, comunque, che la condizione si sia avverata o il termine dilatorio sia spirato. È interessante rilevare che di *inesigibilità* si parla anche in tema di debiti dichiarati appunto *inesigibili* al termine di procedure concorsuali che prevedano l'esdebitazione o istituti analoghi. V. N. CORBO, *La tutela dei diritti*, cit., p. 134.

⁵⁰ N. CORBO, *La tutela dei diritti*, cit., p. 19.

Ancora, la sentenza di condanna è idonea a costituire titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, ai sensi dell'art. 2818 del codice civile⁵¹. L'ipoteca verrà iscritta per la somma determinata dalla sentenza (secondo il disposto dell'art. 2838 c.c.) ovvero, in mancanza, per la somma determinata dal creditore (sotto la propria responsabilità) nella nota di iscrizione, somma che potrà essere rivista a seguito dell'esperienza vittorioso del procedimento di riduzione (art. 2872 c.c.). La costituzione di un diritto reale di garanzia svolge una funzione indiretta di pressione, e sembra idonea a costituire un mezzo indirettamente coercitivo, capace di influire sui processi volitivi dell'inadempiente, facendolo deliberare per risolversi ad ottemperare⁵².

Finalmente, l'art. 2953 c.c. assegna alla sentenza di condanna l'effetto di "allungare" la prescrizione, assegnando rilievo a quella ordinaria, per i diritti che sarebbero invece soggetti a prescrizione breve.

Meritano menzione le disposizioni, frutto della legislazione di riforma del 1990, di cui agli artt. 282 e 337 del codice di rito. Per opinione diffusa – ma non unanime⁵³ – tali articoli contribuiscono ad arricchire lo statuto della sentenza di condanna. Vi si stabilisce che la sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva (art. 282 c.p.c.) e che l'esecuzione della sentenza non viene sospesa per effetto dell'impugnazione della sentenza stessa (337, comma I, c.p.c.), così aprendo uno iato fra esecutività della sentenza e giudicato (337, comma II, c.p.c.).

⁵¹ Per espressa disposizione legislativa sono a tal fine equiparate alle sentenze di condanna le sentenze di condanna generica (art. 278 c.p.c., n. 1), che a dispetto del nome sono sentenze di accertamento mero (inidonee a fondare titolo per l'esecuzione forzata stante la mancanza del requisito di liquidità) che dichiarano l'esistenza del nesso fra condotta e danno, ma non quantificano il danno, che rimane completamente indeterminato. A tal fine alla sentenza di condanna sono equiparati anche altri provvedimenti giurisdizionali cui la legge conferisce il medesimo effetto (cfr. art. 655 c.p.c.). Così A. PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, cit., p. 167 s.

⁵² *Ibidem*, p. 76.

⁵³ In B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, cit., si suggerisce come siano gli interpreti a complicare disposizioni per la verità semplici. L'art. 282 c.p.c. non parla di sentenza di condanna. Voler forzare il disposto dell'art. cit. ha dato vita a contraddittorie pronunzie giurisprudenziali, ove ci si è spinti ad affermare l'esistenza di "sentenze di condanna implicite" pur di rimanere aggrappati alla tradizionale interpretazione. Rimangono isolate pronunce in cui non si distingue e si riconosce provvisoria esecutività anche a sentenze di accertamento mero. V. anche ISDEM, *Ancora su astreinte e condanna civile*, cit., p. 5, per la constatazione che l'art. 614-bis c.p.c. potrebbe rendere provvedimenti costitutivi o di accertamento coercibili, quindi il riferimento alla "condanna" è problematico.

Dalla visuale prospettica del bene della vita oggetto degli obblighi, possono distinguersi vari casi. La condanna al pagamento di una somma di denaro è certamente il caso che desta meno problemi. Difatti qui la *strumentalità* processo-diritto sostanziale è al suo massimo grado. Mediante l'articolato procedimento di espropriazione forzata, diretto dal giudice dell'esecuzione, il creditore può fare espropriare i beni del debitore (2910 c.c.) vincolati a garanzia del credito o ricompresi entro la garanzia patrimoniale generica (2740 c.c.). Altrettanto può dirsi nel caso in cui l'obbligazione concerna la consegna di un bene mobile o il rilascio di un immobile⁵⁴. Qui l'ordinamento resiste benissimo alla verifica alla stregua della formula chiovendiana, dato che appare in grado di assicurare all'avente diritto tutto quanto gli spetta ai sensi del diritto sostanziale, almeno strutturalmente⁵⁵.

Quando ad essere violato è un obbligo di fare, si fa prioritaria la verifica della *fungibilità* dell'obbligo, vale a dire la sua attitudine a che un terzo (in specie, l'ufficiale giudiziario) si surroghi al debitore, addossando a costui le spese. La distinzione è importante perché, in caso di obblighi non surrogabili "materialmente" o "giuridicamente" da parte di un terzo⁵⁶, non ci si può che affidare alla *esecuzione indiretta*, vale a dire all'impiego delle *misure coercitive* variamente previste dall'ordinamento, sulle quali però si avrà modo di tornare.

Quanto precede è sufficiente a chiarire perché la presente trattazione incrocia necessariamente il tema della tutela condannatoria: occorrerà una pronuncia di condanna a garantire effettività ai rimedi approntati dall'ordinamento, condanna che sia forzatamente eseguibile, seppure per il solo tramite delle misure coercitive, dunque

⁵⁴ A. PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, cit., p. 18.

⁵⁵ I casi in cui ciò non avviene dipendono dalla situazione patrimoniale del soggetto obbligato, ad esempio l'esecuzione si rivela infruttuosa, ovvero il bene è uscito dal patrimonio del debitore perché perito o alienato. In questi casi, il mancato conseguimento dell'avente diritto di quanto gli spetta ai sensi del diritto sostanziale non dipende da uno iato tra quanto il processo assicura e quanto il diritto sostanziale prevede, bensì da mutamenti della realtà fattuale o giuridica per così dire *esterni*. V. *ibidem*.

⁵⁶ A. PROTO PISANI, in *Tecniche di tutela, Costituzione del 1948 e processo civile (a proposito di una prolusione non tenuta)*, cit., insegna che la nozione di infungibilità ha carattere più empirico che di necessità logica. Esistono alcuni obblighi di fare *fungibili*, perché a contenuto positivo, che per la loro complessità, o onerosità economica, divengono di difficile esecuzione da parte di un terzo. L'A. illustra proprio il caso dell'esecuzione delle opere per assicurare la tutela della salute fisica dei lavoratori *ex art. 2087 c.c.*, o ancora l'obbligo di reintegrazione nel posto di lavoro *ex art. 18 Statuto dei lavoratori*.

indirettamente. Con ciò non si nega che siano concepibili talune ipotesi in cui la tutela accertamento mero è idonea di per sé a costituire un rimedio bastevole (e saranno essenzialmente i casi in cui la lesione è *minacciata* e il soggetto autore della minaccia o della turbativa solo potenziale si attiene al contenuto dichiarativo della sentenza); solo si intende affermare che saranno infinitamente più rilevanti le vicende nelle quali la tutela giurisdizionale dei diritti spiega la sua massima forza conformativa grazie ai capi a contenuto condannatorio, in ragione del fatto che così essa si presta all'esecuzione forzata (anche solo *indiretta*). Ciò è massimamente vero con riguardo ai casi in cui il prestatore dei servizi in rete sarà tenuto all'intervento, che consti di una serie di operazioni tecniche non surrogabili, poiché presuppongono l'accesso ad un sistema informatico e l'immissione di stringhe di istruzioni nel sistema (il che rende l'intervento "giuridicamente" e "materialmente" insurrogabile).

2.1. (segue) La duplicità funzionale della tutela di condanna. L'inibitoria

L'importanza del discorso si coglie maggiormente nei suoi risvolti pratici allorché si allarga la visuale alla duplicità funzionale della tutela di condanna. Essa ha natura *bifronte*, giacché guarda al passato e al futuro contemporaneamente, come si è già accennato⁵⁷.

Difatti nella maggior parte dei casi, perlomeno quando si discorre di attività in rete, il soggetto che si assume leso si troverà dinnanzi a una violazione già in atto, che non è più quindi solo minacciata. In questo caso la tutela di condanna sarà vocata – in primissimo luogo – ad eliminare (ordinare l'eliminazione) della violazione in essere. La tutela sarà mirata all'ottenimento di un titolo idoneo a ottenere l'arresto dell'attività pregiudizievole in corso (e qui la funzione della tutela di condanna sarà *repressiva*). Natura bifronte, si è detto, perché la tutela di condanna guarda necessariamente anche al futuro, ordinando al soggetto autore della violazione di astenersi dalla condotta pregiudizievole. Allora qui la

⁵⁷ V. A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, cit.. Dal punto di vista *funzionale* il discorso potrebbe anche essere impostato nei termini seguenti. La condanna *reprime* le violazioni in atto, premunisce l'avente diritto di un *titolo idoneo a reprimere le violazioni future* (la condanna in futuro, su cui vedi *infra*), stimola all'adempimento mediante la minaccia delle *misure coercitive* (è il caso dell'inibitoria, su cui si dirà subito sotto) e *reprime* gli effetti delle violazioni già effettuate e *contemporaneamente previene* quelle future.

funzione della condanna non sarà repressiva, bensì *preventiva* (semmai, come si avrà modo di approfondire, la complessità dell'architettura tecnica che regge *internet* pone delle difficoltà in sede di esecuzione forzata del comando discendente dal provvedimento giurisdizionale).

La tutela condannatoria preventiva ha quindi sempre forma di provvedimento di condanna a contenuto negativo, recante l'ordine di astenersi, *pro futuro*, dalla turbativa messa in atto o minacciata (ma questo vale per *internet* meno di quanto non valga per le lesioni che avvengono "al di fuori della rete")⁵⁸. L'attuazione di obblighi a contenuto negativo è, per sua definizione, infungibile⁵⁹, pertanto inattuabile mediante l'esecuzione forzata. Essa deve essere assistita mediante misure coercitive (c.d. esecuzione indiretta).

Il discorso si salda con la tutela inibitoria, la cui ammissibilità generale va ricavata dal sistema dei rimedi codicistici e previsti dalla legislazione speciale, anche coeva al Codice. Il dibattito a monte ruotava attorno alla necessaria correlazione tra sentenza di condanna ed esecuzione forzata. Sebbene il dibattito⁶⁰ abbia avuto la sua importanza in specie negli

⁵⁸ Qui effettivamente la rete (come anche i rimedi di matrice europea) sfida talune impostazioni concettuali consolidate. La condanna inibitoria (cioè l'ordine di astenersi per il futuro) ha un significato differente a seconda che sia impartita all'autore della violazione ovvero ad un soggetto intermediario. Infatti, sarà sufficiente che l'autore della violazione si astenga dalla reiterazione della condotta (generalmente, il caricamento di determinate informazioni in rete); tale ordine, impartito all'intermediario, impegnerà quest'ultimo al compimento di una serie di attività tecniche insurrogabili che si sostanziano nell'adottare accorgimenti affinché la violazione non possa essere ripetuta: insomma, parlare di astensione dalla condotta lesiva, con riguardo alla suddetta classe di pronunzie inibitorie, può essere problematico.

⁵⁹ F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2017, p. 228 s. Certo, possono essere fungibili gli obblighi *secondari* aventi natura restitutoria o ripristinatoria.

⁶⁰ Anche prima dell'introduzione dell'art. 614-bis c.p.c. era agevole constatare che la supposta necessaria correlazione tra sentenza di condanna ed esecuzione forzata non era ricavabile né da alcuna previsione normativa espressa, né era supposta a livello di sistema (A. PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, cit., p. 94). Di fatti se era pur vero che un nutrito numero di obblighi (obblighi materialmente o giuridicamente infungibili, obblighi fungibili ma che presentano complessità tali da renderli di difficile surrogabilità, obblighi di non fare) non trovavano ristoro nel Libro III del Codice di procedura civile, pretendere di desumere da questo una inconciliabilità tra tutela condannatoria e obblighi insuscettibili di esecuzione diretta voleva dire provare troppo. Non solo perché la Costituzione non autorizza l'interprete ad accordare a diritti (tanto più se costituzionalmente protetti) una tutela solo per equivalente monetario, ma anche perché l'esame della legislazione non portava comunque a concludere quanto in antitesi. Nulla era dato desumere dall'art. 474 c.p.c., che taceva sul punto (come più in generale, tace sulla stessa natura di *condanna* del provvedimento giurisdizionale); null'altro diceva l'art. 2818 c.c., già esaminato, che offre il fianco ad interpretazioni estensive, senza adoperare forzature; null'altro ancora poteva suggerire a riguardo l'art. 2953 c.c. Peraltro il Codice è costellato di disposizioni che prevedono condanna ad obblighi *infungibili*

anni Settanta, ora tale discussione sembra consegnata alla storia dal legislatore stesso, con la (ri-)formulazione dell'art. 614-*bis* del codice di rito. Deve quindi ritenersi che le disposizioni che prevedano condanna *inibitoria* costituiscano non eccezioni, sibbene epifanie di una *generale tutela di condanna a non fare*⁶¹, ammessa dall'ordinamento a condizione che il richiedente vi abbia interesse, come recenti interventi normativi in materia suggeriscono⁶². In generale, l'*inibitoria* sembra ammissibile a una duplice

perché a contenuto negativo. Possono farsi taluni significativi esempi. Il primo e – forse più significativo – è senz'altro il caso del diritto al nome (art. 7 c.c.). Il Codice prevede non solo il diritto al risarcimento del danno per il pregiudizio subito (in che si ravvisa la funzione *repressiva* della tutela condannatoria, che qui non è in discussione) ma anche l'ordine di cessazione del fatto lesivo. L'ordine di cessazione del fatto lesivo impone così un *obbligo continuativo di astensione*, un obbligo di non fare avente contenuto continuativo. Questo è un tipico esempio di *inibitoria*, di talché venga evitata la violazione futura, la quale, laddove venisse ammessa dietro corresponsione del risarcimento, avrebbe per effetto di realizzare una espropriazione del diritto non ammessa dalla Costituzione. Perfettamente sovrapponibile è la tutela dello pseudonimo e l'ordine di cessazione dell'abuso di immagine altrui (rispettivamente artt. 9 e 10). Significativo è anche il caso degli artt. 942, II comma e 1079 c.c.. Le azioni ivi disciplinate (*negatoria e confessoria servitutis*) prevedono a fianco dei rimedi risarcitori-ripristinatori, la possibilità di chiedere al giudice l'*ordine di cessazione delle turbative*. Quivi si riscontra una forma di tutela preventiva (non attuabile in via surrogatoria, giacché si sostanzia in un comando a contenuto negativo, rivolto al futuro). Ancora l'art. 2599 c.c. a tenore del quale la sentenza che accerta atti di concorrenza sleale ne *inibisce* la continuazione. Sarà approfondito *infra*, invece, l'art. 156 l.d.a., che consente anche solo a chi *ha ragione di temere la violazione di un diritto di utilizzazione economica* a lui spettante, di agire in giudizio al fine di fare accertare la violazione e farla interdire. Così avviene anche per la tutela in materia di brevetti. Di più. Il legislatore ha espressamente qualificato come provvedimento avente efficacia esecutiva e quindi costituente titolo quello *ex* art. 28 Statuto dei lavoratori, il che costituiva certamente argomento spendibile al fine di escludere la pretesa necessaria correlazione tra sentenza di condanna ed esecuzione forzata. Considerazioni analoghe potrebbero farsi attorno agli artt. 18 e 30 del cit. Statuto dei lavoratori. Il dibattito, come detto, va considerato chiuso, giacché comunemente si ammette l'*inibitoria* in via generale. V. *Ibidem*, pp. 88 ss.

⁶¹ A. PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, cit., p. 95.

⁶² La legge n. 31 del 2019 apporta rilevanti modifiche all'ordinamento processuale, introducendo un art. 840-*bis* del codice di rito che disciplina l'azione di classe, al fine di tutelare i diritti individuali omogenei, a sommaria cognizione. Contestualmente, viene introdotto un nuovo art. 840-*sexiesdecies*, che reca la disciplina della *azione inibitoria collettiva*, a contenuto atipico, con la quale *chiunque abbia interesse* può ottenere la pronuncia di una *inibitoria*, nonché può agire per ottenere l'ordine di cessazione o il divieto di reiterazione della condotta omissiva o commissiva, nei confronti di imprese o enti gestori di pubblici servizi. Si prevede espressamente che “con la condanna alla cessazione della condotta omissiva o commissiva, il tribunale può, su istanza di parte, adottare i provvedimenti di cui all'articolo 614-*bis*, anche fuori dei casi ivi previsti. Con la condanna alla cessazione della condotta omissiva o commissiva, il tribunale può, su richiesta del pubblico ministero o delle parti, ordinare che la parte soccombente adotti le misure idonee ad eliminare o ridurre gli effetti delle violazioni accertate”. In argomento si segnala A. D. DE SANTIS, *L'azione inibitoria collettiva*, in *Foro it. online*, 2019, V, 387. Ivi si osserva che il legislatore sembra avere operato una anticipazione della soglia della tutela, non avendo subordinato l'esperibilità del rimedio alla produzione di un danno, essendo richiesto solo un illecito. Ivi si osserva anche che l'attore potrà domandare al giudice di «ordinare che la parte soccombente adotti le misure idonee ad eliminare o

condizione: quando chi la richiede vi abbia interesse, e quando essa non pregiudichi i valori attinenti a intimità e dignità della persona⁶³. Peraltro i dubbi circa l'ammissibilità generale della pronunzia inibitoria – si ritiene definitivamente superati⁶⁴, di talché è corretto parlare di *tutela inibitoria*⁶⁵ – potevano porsi con esclusivo riguardo alle pronunzie di merito, non certo con riguardo ai profili cautelari, stante il contenuto *atipico* dei provvedimenti che possono essere pronunziati *ex art. 700 c.p.c.*.

Si conferma così l'art. 700 c.p.c. quale “candidato ideale” ad offrire tutela ai soggetti lesi da violazioni che hanno luogo in rete, vista la centralità, in quel contesto, del rimedio inibitorio: una condanna che “reprima” la singola violazione già consumata non potrebbe, di per sé sola, scongiurare future violazioni di identico contenuto, e, più importante, assai spesso gli illeciti in rete consistono di atti la cui efficacia lesiva si protrae nel tempo, e di condotte che possono essere indefinitamente ripetute, anche da parte di soggetti, il che potrebbe vanificare l'intervenuto provvedimento giudiziale⁶⁶. Si vedrà in seguito come la architettura di *internet* è tale da costituire una sfida anche per il caso in cui la condanna si rivolga al futuro, con l'inibitoria, costringendo l'ordinamento a prevedere – tramite il diritto pretorio europeo – il rimedio della “*dynamic injunction*”, se si vuole una versione

ridurre gli effetti delle violazioni accertate». Il rilievo desta particolare interesse ai sensi delle osservazioni già compiute *supra* circa la differenza tra *liability rules*, regole che reagiscono agli illeciti stabilendo che l'autore deve addossarsi un costo (che diviene così corrispettivo del sacrificio della posizione di vantaggio del soggetto leso) e *property rules*, rimedi che impediscono che la situazione soggettiva di vantaggio sia sacrificata senza il consenso degli aventi diritto. Il rimedio in esame si ascrive a buon diritto fra le misure reintegratorie.

⁶³ Per lo stesso motivo deve ritenersi sia stata esclusa l'applicabilità di *astreinte* per costringere all'adempimento di obbligazioni relative a rapporti di lavoro, *ex art. 614-bis c.p.c.*. V. comunque A. PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, in *Foto it. online*, 1990.

⁶⁴ Cfr. A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, cit..

⁶⁵ Così in A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, cit.. Tutela inibitoria che sarebbe parte di un complessivo sistema di tutela dei diritti, il cui fondamento è l'effettività, e il cui referente è il *torto*, non il danno, destinata ad assumere un ruolo di primo piano ove c'è interesse alla prevenzione e non solo alla repressione.

⁶⁶ Opportunamente, come si vedrà, non è sempre necessario agire contro ciascun prestatore intermediario su cui *servers* si rendano disponibili informazioni lesive. È necessario e sufficiente che *un* giudice (o una autorità amministrativa) abbia dichiarato illecita l'informazione. Insomma, il provvedimento ha effetto *ultra partes*; peraltro, non costituisce litisconsorte necessario l'autore delle violazioni. Questo però sarà approfondito *infra*.

della tutela inibitoria adeguata alle potenzialità offensive della rete. Questo però riceverà apposita trattazione *infra*.

3. La tutela esecutiva. La “attuazione” delle misure cautelari. Le misure cautelari aventi per oggetto il pagamento di somme di denaro

Il discorso circa la tutela di condanna si salda con la tutela esecutiva. Sebbene l’interesse a una pronuncia a contenuto condannatorio – come dovrebbe essere chiaro alla luce dei rilievi svolti – non è riducibile all’accesso alla esecuzione forzata (perché sono concepibili – come meglio si vedrà – situazioni di fatto nelle quali la tutela di mero accertamento è sufficiente al fine di porre il titolare del diritto nella), essa (possibilità di attuazione forzosa del comando contenuto nel provvedimento giudiziale) rappresenta, nel campo di indagine della presente trattazione, l’aspetto pratico più rilevante.

L’esecuzione ha proprio per scopo quello di adeguare al diritto i fatti, rimuovendo gli ostacoli che si frappongono fra il titolare del diritto e l’utilità che gli spetta secondo la normativa sostanziale⁶⁷.

La tecnica qui in esame è proprio quella dell’esecuzione forzata, ovvero di garantire detta utilità al titolare del diritto mediante l’attività surrogatoria di un terzo (il che – come si è detto – è inservibile per prevenire l’inadempimento o più in generale per *facere infungibili*).

Il discorso non è superfluo, stante il disposto dell’art. 669-*duodecies* c.p.c. (che reca la rubrica “attuazione”), giusta il quale “l’attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto somme di denaro avviene nelle forme degli articoli 491 e seguenti in quanto compatibili”. Così, per espressa disposizione legislativa, l’attuazione delle misure cautelari che consistono nella condanna al pagamento di somme di denaro avviene nelle forme

⁶⁷ “L’esecuzione ha per scopo la rimozione (esecuzione forzata) di quegli ostacoli che non consentirebbero al titolare del diritto il godimento del bene, della utilità assicurategli dalla legge sostanziali, o l’impedire (esecuzione processuale indiretta, misure coercitive) che siano posti degli ostacoli che non consentirebbero al titolare del diritto il godimento del bene, delle utilità assicurategli dalla legge sostanziale”. A. PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, cit., p. 164.

dell'espropriazione forzata⁶⁸, dinnanzi al giudice dell'esecuzione (e non quindi quello che ha emesso il provvedimento cautelare).

L'espropriazione forzata è il processo esecutivo che conosce la disciplina più articolata, nonché l'unico che inizia e finisce davanti al giudice dell'esecuzione, e si svolge sotto la sua direzione⁶⁹. Detto processo esecutivo ha per finalità la espropriazione del bene del debitore, che viene così subastato (e conseguentemente liquidato), affinché il creditore consegua quanto gli spetta (art. 2910 c.c.). Ciò è logica conseguenza del generale principio di responsabilità patrimoniale contenuto all'art. 2740 c.c.⁷⁰: tale articolo, collocato nel Libro VI del Codice civile, al Titolo III (recante “della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale”) prevede che: il “debitore risponde delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri”. Tanto giustifica l'aspirazione del soggetto leso a veder dichiarata la responsabilità (piuttosto che dell'autore dell'illecito) degli operatori che professionalmente intermediano le informazioni in rete, i quali – più spesso capienti di quegli altri – “avranno

⁶⁸Il provvedimento cautelare costituisce titolo esecutivo e l'espropriazione forzata avviene nelle forme del libro III del Codice di procedura. Tuttavia, la notificazione del precetto costituisce formalità non richiesta (così Trib. di Palmi, 18 giugno 2018).

⁶⁹ B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, cit., p. 78 s. Ad esempio, nell'esecuzione per consegna e rilascio l'intervento del giudice è solo eventuale. Più delicato è invece il ruolo del giudice nel procedimento per esecuzione forzata di obblighi di fare o disfare. Il fatto che il titolo esecutivo non indica che il risultato dell'attività esecutiva impone che il giudice intervenga al fine di determinare concretamente le modalità di svolgimento dell'attività surrogatoria. La determinazione del g.e. a riguardo può assumere una importanza tale da avere legittimato una parte della giurisprudenza a ravvisarvi *sentenze in senso sostanziale* e legittimare l'esperimento del rimedio dell'appello avverso tali abnormi provvedimenti. In tal senso vedi Cass., III, 28 dicembre 2016, n. 27185: “l'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 612 c.p.c. che abbia risolto una contestazione che non attiene alla determinazione delle modalità esecutive, bensì alla portata sostanziale del titolo esecutivo, acquista natura di sentenza in senso sostanziale decisiva di una opposizione all'esecuzione e come tale è impugnabile con i mezzi ordinari, anziché con lo strumento dell'opposizione agli atti esecutivi”.

⁷⁰ Nel caso in cui l'obbligazione inadempita sia proprio il pagamento di una somma di danaro, *nulla quaestio*. Nel caso in cui l'obbligazione rimasta inadempita consista in un *dare* o un *facere*, si ricorre alla espropriazione forzata secondo una logica di *soddisfazione per equivalente*, quindi una forma di esecuzione diretta del diritto all'equivalente monetario, se si vuole, idealmente contrapposta alla logica della *esecuzione in forma specifica* di cui agli artt. 2930-2933 del Codice civile. Detto in altre parole, e in conclusione, l'espropriazione diretta mira a procurare all'interessato l'equivalente del bene della vita cui aveva diritto; l'esecuzione in forma specifica farà conseguire all'interessato il bene della vita stesso cui aveva diritto. Così N. CORBO, *La tutela dei diritti*, cit., p. 229.

qualcosa da perdere” se non eseguono il comando che discende dal provvedimento del giudice, o almeno potranno subire una espropriazione fruttuosa.

Si diceva che l’espropriazione forzata è normalmente preceduta dalla notificazione del titolo esecutivo⁷¹ e del precetto, ed inizia col pignoramento. Il precetto è l’intimazione rivolta al debitore ad adempiere entro il termine indicato (non inferiore a dieci giorni). Il precetto partecipa di una natura ambigua, a metà fra atto processuale e atto negoziale, rimanendo comunque anteriore – e dunque estraneo – alla espropriazione forzata⁷²; su questo però si tornerà.

⁷¹ Ai sensi dell’art. 474 c.p.c., son titoli esecutivi: A) “le sentenze, i provvedimenti e gli altri atti ai quali la legge espressamente attribuisce efficacia esecutiva”. Come detto *supra*, la pressoché totalità degli interpreti limitano l’efficacia esecutiva alle sentenze di condanna (di primo grado, *ex art. 282 c.p.c.*). Fra gli altri atti cui la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva possono enumerarsi le ordinanze di pagamento aventi per oggetto somme non contestate *ex art. 186-bis c.p.c.*, il verbale di conciliazione in materia di lavoro dichiarato esecutivo con decreto *ex art. 411 e 412 c.p.c.*, il decreto ingiuntivo non opposto oppure dichiarato esecutivo provvisoriamente, l’ordinanza di convalida di sfratto *ex art. 663*, l’ordinanza immediata di rilascio *ex art. 665*, il decreto con cui il lodo arbitrale è munito di *exequatur*. B) “le scritture private autenticate, relativamente alle obbligazioni di somme di danaro in esse contenute, le cambiali nonché gli altri titoli di credito ai quali la legge attribuisce espressamente la stessa efficacia”. C) “gli atti ricevuti da notaio o altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli”. Omesso qualsiasi discorso classificatorio, perché non pregnante in questa sede, è forse più interessante notare come nel caso dei provvedimenti giudiziali l’opposizione per motivi di merito si atteggia in maniera diversa. V. F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., p. 258. Se quindi per l’ufficio esecutivo non v’è differenza in quanto ai titoli e al diverso atteggiarsi della *certezza* con riguardo a ciascuno di essi, i provvedimenti giudiziali potranno essere attaccati solo facendo valere atti modificativi od estintivi *successivi* alla formazione del titolo, stante il la circostanza che la preclusione operata dal giudicato copre il *dedotto* e il *deducibile*. Parimenti, a causa dell’operare della regola enunciata all’art. 161 del codice di rito, i *motivi di nullità* essendosi convertiti in motivi di impugnazione, il giudice dell’opposizione di merito non può conoscere di dette nullità, salvo che si versi nel più grave vizio di *inesistenza*. Viceversa, in presenza di titoli a formazione stragiudiziale, la regola di cui all’art. 161 non può operare e in sede di opposizione può contestarsi non solo l’*estrinseco* (inteso quest’ultimo come uno sguardo sul titolo che prenda in considerazione solo fatti successivi, operando sul titolo una *congitio ab aexterno*), ma anche l’*intrinseco*, precluso laddove il creditore proceda sulla scorta di un titolo a formazione giudiziale.

⁷² È rimasta isolata l’autorevole opinione (F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., p.73) che attribuisce al precetto atto di natura processuale, distinguendo processo esecutivo dall’esecuzione forzata, il primo iniziando appunto col precetto, la seconda col pignoramento (491 c.p.c.). I rilievi contrari argomentano che la base normativa, sulla quale la distinzione processo esecutivo-espropriazione forzata poggia, appare malsicura (cfr. B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell’esecuzione civile*, cit., p. 194). Non sembra comunque possibile negare che il precetto contenga *la domanda esecutiva*, e individua così l’oggetto della prestazione dovuta sulla base del titolo (se del caso, “attualizzandola”, il che è particolarmente importante alla luce dell’istituto della *condanna in futuro*) pur non essendo diretto al giudice dell’esecuzione, sibbene alla parte (quasi a guisa di una diffida ad adempiere particolarmente qualificata).

Questa fase precedente l'esecuzione forzata svolge altresì la funzione di *provocatio ad opponendum*, si direbbe⁷³. Ha per scopo, in altre parole, quello di consentire all'intimato di sollevare opposizione a precetto, aprendo un ordinario giudizio di cognizione al fine di accertare l'insussistenza della pretesa del precettante. Tale controllo si rileva quantomai necessario in un sistema di tutela esecutivo, quale il nostro, sprovvisto di un controllo preventivo sul titolo, che da solo giustifica che l'esecuzione sia portata a termine, prescindendo dalla sussistenza del diritto ivi rappresentato⁷⁴. Una volta sollevata l'opposizione, la questione si pone in termini di sospensione della efficacia esecutiva del titolo, unico vero strumento di raccordo fra processo esecutivo e cognizione ordinaria in sede oppositiva⁷⁵. La questione si coglie in tutta la sua importanza pratica laddove si pone a mente che un provvedimento che accoglie l'opposizione non travolge gli effetti della vendita forzata e che l'opposizione tardiva (disposta cioè dopo che è stata autorizzata la vendita forzata) quanto agli effetti è equiparata dallo stesso legislatore all'opposizione

⁷³ Si realizza, in altre parole, un'inversione dell'iniziativa processuale (F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. III, cit., p. 271), e oggetto del processo è l'accertamento negativo del diritto processuale di agire *in executivis*. Così A. PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, cit., p. 171.

⁷⁴ In ciò risiede la *astrattezza* della azione esecutiva (B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, cit., p. 168). Il titolo è condizione necessaria e sufficiente a portare a termine l'esecuzione e il giudice d'ufficio è (dovrebbe) essere sprovvisto di poteri di controllo officiosi sul titolo che prescindano da rilievi di parti (sanzioni estintive atipiche, ormai invalse nella prassi) ovvero dalla proposizione dei giudizi di opposizione. In mancanza di dette contestazioni, al g.e. sarebbe precluso qualsiasi esame, che esondi da un semplice controllo di regolarità formale del titolo.

⁷⁵ B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, cit., pp. 454 ss. Ivi potranno farsi valere: A) *motivi di rito*, che investono la qualità di *titolo esecutivo* del provvedimento o dell'atto, la sua efficacia esecutiva, la inesistenza per riforma, andando quindi a contestare il *diritto processuale di agire in executivis*. B) *motivi di merito*, con i quali si afferma l'inesistenza del titolo per insussistenza dei fatti costitutivi, o per esistenza o sopravvenienza di fatti impeditivi od estintivi. Si è già osservato che, al cospetto di titoli a formazione giudiziale, dette contestazioni non sono senza limiti, ma debbono tenere conto della preclusione del dedotto e del deducibile, che è conseguenza del giudicato. Se quindi il titolo è di formazione giudiziale, i fatti modificativi/estintivi saranno necessariamente quelli successivi alla emanazione del provvedimento. C) la *legittimazione*, nelle ipotesi in cui il titolo vale a favore o contro soggetti diversi (successori) da quelli rappresentati nel titolo D) *l'impignorabilità* dei beni, che pure non attiene al diritto di agire *in executivis* ma al modo in cui l'esecuzione si svolge.

tempestiva per la quale non si è ritenuto di concedere la sospensione⁷⁶. L'esecuzione forzata può essere sospesa solo con provvedimento del giudice dell'esecuzione⁷⁷.

Si è detto che l'esecuzione inizia col pignoramento (il quale si declina differentemente a seconda procedura espropriativa)⁷⁸, altro non essendo quest'ultimo che un atto costitutivo di un vincolo di *inopponibilità* impresso sulla cosa pignorata: per cui diviene irrilevante, a beneficio dei creditori precedenti, qualsiasi vicenda – successiva al pignoramento – che incida sulla titolarità del bene o comunque sulla sua attitudine ad essere aggredito da parte del creditore procedente⁷⁹(art. 2913 c.c.).

Il processo esecutivo – e ciò si manifesta ancor di più nell'esecuzione forzata – è costruito secondo una struttura per fasi, al fine di rendere intangibili i risultati prodotti⁸⁰.

⁷⁶ F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., p. 273.

⁷⁷ Secondo la dizione dell'art. 623 c.p.c.. Peraltro, il giudice dell'impugnazione del titolo può sospendere l'efficacia esecutiva dello stesso, concedendo l'inibitoria. Sono invece marginali i casi nei quali la legge prevede la sospensione automatica.

⁷⁸ N. CORBO, *La tutela dei diritti*, cit., p. 231. Così nel pignoramento mobiliare all'ingiunzione segue lo *spossessamento*, stante l'impossibilità di rendere altrimenti opponibili ai terzi di buona fede il vincolo pignoratizio (cfr. art. 1153 c.c.); nel pignoramento presso terzi è necessaria anche la notificazione al terzo di un atto complesso contenente, fra l'altro, la *vocatio in ius* del terzo, invitandolo a comparire dinnanzi al g.e. per rendere la dichiarazione; per il pignoramento immobiliare si richiede anche la trascrizione dell'atto di pignoramento, al solo precipuo fine di realizzare l'opponibilità (secondo la logica della fattispecie complessa a formazione progressiva).

⁷⁹ In altre parole, il pignoramento ha il pregio, mediante la costituzione di un vincolo, di rendere *relativamente inopponibili* ai creditori della procedura qualsiasi vicenda giuridica intervenuta sul bene. N. CORBO, *La tutela dei diritti*, cit., pp. 233 ss. Così non si priva della capacità dispositiva del bene il debitore, che rimane libero di alienare il bene (sotto la vigenza del codice abrogato invece si usava fare un parallelo *res litigiosa-res pignorata*, giacché il bene circolava *cum onere suo*, quindi le vicende di circolazione del bene non erano punto inopponibili alla procedura, semplicemente non erano idonee a scalfire il vincolo pignoratizio). Resta inteso che, sebbene così si sia rimosso un pesante vincolo alla circolazione dei beni, tuttavia si sono creati gravi inconvenienti per i creditori intervenienti in un processo di espropriazione forzata, allorquando il titolo del creditore procedente venga a cadere, determinando così l'inefficacia del vincolo e l'uscita del bene dal patrimonio del debitore. A ciò si reagisce con due istituti: il pignoramento successivo e la elaborazione giurisprudenziale, avallata dalle SS.UU. civili della S.C. circa la *oggettivizzazione* (B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, cit., p. 267 s) del titolo, che impone di tenere conto di tutti i titoli che hanno fatto il proprio ingresso nella procedura, e quindi di ritenere che la procedura può essere sorretta dal titolo di un creditore intervenuto successivamente al pignoramento, quando il titolo del creditore pignorante venga a mancare.

⁸⁰ Sul principio di tendenziale stabilizzazione del processo esecutivo e sulla articolazione per fasi, v. B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, cit., pp. 116 ss.

La vendita forzata realizza un trasferimento a titolo derivativo⁸¹ assistito dall'effetto *purgativo*, cioè dall'ordine del giudice della procedura esecutiva di provvedere alla cancellazione di pesi ed ipoteche che insistono sul bene.

Alla fase *liquidativa* (che culmina con la vendita forzata, o l'assegnazione), segue la fase detta *satisfattiva*, detta tale perché le somme ricavate dall'espropriazione vengono ripartite tra i creditori concorrenti. È questa la *sedes naturalis* dell'attuazione del principio della *par condicio creditorum*⁸², fase nella quale confluiscono i diritti al ricavato di ciascuno.

L'impossibilità, normativamente sancita, di attuare la misura cautelare contenente condanna al pagamento di somma di danaro "in via breve" ha il pregio manifesto di salvaguardare la parità di trattamento tra i creditori concorrenti.

3.1. (segue) La condanna ad obblighi fungibili. L'esecuzione diretta

Si è visto che la condanna può avere ad oggetto – a parte il pagamento di una somma di danaro – altri obblighi (*facere e dare*) fungibili.

Il legislatore del Codice del 1942 ha inteso distinguere gli obblighi di dare (2930 c.c.), di fare (2931 c.c.) e di non fare (2933 c.c., anche se, piuttosto, oggetto di esecuzione forzata è l'obbligazione derivata di disfare) e di concludere un contratto (2932 c.c., che meriterebbe comunque un discorso a parte, visto che esso è un processo cognitivo ed esecutivo ad un tempo)⁸³.

⁸¹ Sebbene con spiccati profili "pubblicistici", per i quali è escluso (cfr. art. 2922 c.c.) l'esperimento dell'azione di garanzia per vizi ed anche dell'azione di lesione. È stata fonte di incertezza la questione circa la proponibilità dell'*aliud pro alio*, ma sembra prevalere in giurisprudenza la tesi negativa. B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, cit., p. 343.

⁸² Principio enunciato in sede sostanziale all'art. 2741 c.c.: "I creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione". N. CORBO, *La tutela dei diritti*, cit., p. 138.

⁸³ Infatti, il mutamento della realtà che si verifica a seguito dell'accoglimento della domanda *ex art. 2932 c.c.* è quello tipico del processo esecutivo (con la sola differenza che a venire modificata sarebbe la realtà *giuridica*, non materiale). Cfr. B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, cit., p. 19 s.

Per queste forme di esecuzione forzata, il legislatore genericamente rimanda alle disposizioni del codice di rito⁸⁴.

Senonché l'art. 669-*duodecies* c.p.c., stabilisce che “l'attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare avviene sotto il controllo del giudice che ha emanato il provvedimento cautelare il quale ne determina anche le modalità di attuazione e, ove sorgano difficoltà o contestazioni, dà con ordinanza i provvedimenti opportuni, sentite le parti”.

La disposizione *prima facie* avvicina l'attuazione delle misure cautelari diverse da quelle aventi per oggetto il pagamento di una somma di danaro all'ottemperanza amministrativa⁸⁵. La formulazione della norma, non particolarmente limpida, tanto da dare adito a contrastanti interpretazioni, è tuttavia sufficientemente chiara nello stabilire la distinzione seguente: le misure cautelari avente per oggetto il pagamento di una somma di danaro trovano la loro attuazione all'intero del processo di espropriazione forzata, dinnanzi al giudice dell'esecuzione; che, al contrario, l'attuazione delle altre misure cautelari avviene dinnanzi al giudice del procedimento cautelare (costituendo una fase del procedimento cautelare stesso) e non già dinnanzi al giudice dell'esecuzione. Insomma, non vi è alcun processo esecutivo, e la notifica del precetto e del titolo costituisce formalità non dovuta⁸⁶.

In giurisprudenza si usa propendere per la tesi di maggior libertà, per quanto attiene all'esecuzione di obblighi diversi dal pagamento di somme di danaro: “come risulta dalla stessa utilizzazione del termine *attuazione* nella rubrica dell'art. 669-*duodecies* in luogo del termine *esecuzione*, il legislatore ha inteso evidenziare la specificità delle misure cautelari – quindi, per quanto qui interessa, anche dei provvedimenti *ex art. 700 c.p.c.* –

⁸⁴ Cioè al Libro III del Codice di procedura civile.

⁸⁵ Cfr. la dettagliata disciplina dell'art. 114 c.p.a., nel quale sono previsti gli amplissimi poteri in sede di giudizio di ottemperanza del giudice amministrativo, ottemperanza che può, per espressa previsione di legge, avere ad oggetto *facere infungibili*, la cui attuazione è assicurata mediante l'emanazione del provvedimento da parte del giudice, la nomina del commissario *ad acta*, la previsione delle penalità di mora.

⁸⁶ Per queste considerazioni, che non vengono approfondite in questa sede, si rinvia a A.G. DIANA, *Procedimenti cautelari e possessori*, Utet Giuridica, Milano, 2010, pp. 433 ss.

in sede esecutiva, laddove l'esecuzione trae origine da un provvedimento che non costituisce, ai sensi e per gli effetti dell'art. 474 c.p.c., titolo esecutivo”⁸⁷.

Allora il giudice è libero di determinare le forme dell'attuazione del provvedimento, con l'unico limite dell'adeguatezza al raggiungimento dello scopo⁸⁸. Taluni⁸⁹ ritengono che l'attuazione dei provvedimenti nelle forme (piuttosto secondo le modalità) del Libro III costituirebbe una scelta obbligata, poiché queste forme non corrisponderebbero a scelte discrezionali del legislatore, ma sarebbero anzi meccanismi di tutela funzionali al soddisfacimento dell'interesse creditorio, quindi in un certo qual modo sarebbero necessari e immutabili. Da altre parti, però, questa considerazione è oggetto di ridimensionamento, giacché queste forme individuate al libro III del Codice di rito si rivelerebbero, all'atto pratico, niente più che ad un “canovaccio”⁹⁰. Il dibattito nella pratica tende a sfumare vista l'insistenza della giurisprudenza per la libertà delle forme e dei contenuti della fase attuativa⁹¹. Il discorso sarà ripreso in seguito, giacché è di particolare interesse ai fini della presente indagine.

⁸⁷ Così Cassazione civile sez. III, 26 febbraio 2008, n. 5010, che fa proprie le parole di Tribunale Nocera Inferiore sez. I, 20 marzo 2012. E' logica conseguenza concludere che: “l'attuazione della misura cautelare concernente obbligo di fare o non fare, affidata allo stesso giudice della cautela, non consente l'inizio della esecuzione forzata nelle forme del libro III c.p.c., giacché il provvedimento cautelare non è titolo esecutivo ex art. 474 c.p.c., e pertanto, ove chi abbia ottenuto detta misura intimi precetto preannunciando esecuzione forzata, la controparte può vittoriosamente proporre opposizione all'esecuzione allegando l'inesistenza del diritto accampato in esecutivis”.

⁸⁸ Così Cass., III, 12 marzo 2008, n. 6621: “Per procedere all'esecuzione dei provvedimenti possessori di natura sommaria non deve essere seguita la disciplina normativa dell'esecuzione forzata relativa agli obblighi di fare stabilita negli artt. 612 - 614 c.p.c.. Pertanto, a tal fine, non è necessaria la notificazione del precetto (con la conseguenza che le spese sostenute per la sua eventuale intimazione non sono ripetibili) ma, esclusivamente, la notifica del titolo esecutivo, e, in caso di contestazione relativa alle modalità di attuazione del provvedimento, deve essere proposto ricorso, ai sensi dell'art. 669–*duodecies* c.p.c. allo stesso giudice che ha emesso il provvedimento sommario.”

⁸⁹ Cfr. ancora A. G. DIANA, *i procedimenti cautelari e possessori*, libro digitale in *Biblioteca WKI*, 2011.

⁹⁰ Sul punto v. più diffusamente A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 440.

⁹¹ Il principio è ancora una volta ribadito da Cass., III, 19 ottobre 2016, n. 21062: “l'attuazione di misure cautelari, aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare, non avvia un separato procedimento di esecuzione ma costituisce una fase del procedimento cautelare in cui il giudice (da intendersi come ufficio), che ha emanato il provvedimento cautelare, ne determina anche le modalità di attuazione, risolvendo con ordinanza le difficoltà e le contestazioni sorte (così, da ultimo, Cass. n. 15761/14)”.

Restano escluse tanto le obbligazioni infungibili⁹²: obbligazioni queste che assorbono quasi interamente l'interesse di ricerca, stante la già preannunziata insurrogabilità delle prestazioni oggetto della condanna.

3.2. (segue) L'esecuzione indiretta. L'art. 614-bis e la condanna in futuro.

Più frequentemente, con riguardo al campo di indagine della presente trattazione, si dovrà discorrere di provvedimenti di condanna ad un *facere* infungibile (infungibilità che potrà essere di "natura giuridica", se la esecuzione forzata, pur possibile materialmente, urterebbe con principi minimi di libera determinazione degli individui; "di natura materiale", stante la inutilità pratica di un adempimento coattivo che passi per l'attività di un terzo, quale è il caso delle prestazioni che si basano su *intuitus personae*; anche solo "empirica", perché eccessivamente difficoltosa o costosa, o in quanto consta di un complesso di attività materiali – anche tutti fungibili – ovvero perché richiederebbe un anticipo di spesa non sostenibile da parte del creditore procedente, come si è già osservato *supra*).

Come si è già accennato, in tali casi di insurrogabilità della prestazione si versa in materia di esecuzione c.d. indiretta, la quale non può che avere luogo come riflesso indotto di misure coercitive, le quali, a guisa di minaccia, spingono l'obbligato a deliberare per l'adempimento⁹³. La dottrina ha individuato tre modelli di misure coercitive.

In primo luogo, hanno destato particolare interesse le penalità di mora, introdotte nell'ordinamento francese per via pretoria, denominate *astreintes*. Secondo il modello francese, il giudice, all'atto di pronuncia della condanna all'adempimento di obblighi di fare o non fare determina la somma di danaro che l'obbligato dovrà pagare per ciascun

⁹² A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 305 s; nonché N. CORBO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 240.

⁹³ B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, cit., p. 34. L'utilità delle misure coercitive simili è "maggiormente evidente con riferimento agli obblighi di fare infungibili, costituendo alternativa all'altrimenti inevitabile conversione del diritto alla prestazione specifica in diritto all'equivalente pecuniario".

giorno di ritardo⁹⁴. La somma di danaro è “sganciata” dal danno. Per lunghissimo tempo tale modello – che potremmo definire – “privatistico”, giacché la penalità di mora è corrisposta al debitore, non ha conosciuto applicazione generale nell’ordinamento italiano, il quale prevedeva disposizioni particolari a riguardo, a tutela della proprietà intellettuale ed industriale.

A codesto modello se ne contrappone uno che definiremmo “pubblicistico”, in vigore in Germania, che prevede il versamento della penalità di mora non al creditore rimasto insoddisfatto, ma allo Stato⁹⁵. Questo modello conosce tutt’ora isolate applicazioni nell’ordinamento italiano (per rafforzare le previsioni di cui allo Statuto dei Lavoratori), con la differenza che la penalità di mora non è prevista dal giudice, bensì direttamente dalla legge. Il modello non esclude il ricorso *anche* alla tutela penale (la sanzione concorre con l’applicazione dell’art. 650 c.p.).

Il terzo ed ultimo modello è quello spiccatamente penalistico, di derivazione statunitense, secondo l’incriminazione del *contempt of Court*⁹⁶. Una opinione minoritaria in dottrina ha tentato di fare leva sull’art. 388 c.p. per lungo tempo, al fine di sopperire alla – pur intollerabile – mancanza di un sistema di misure coercitive previste in via generale⁹⁷. Il tentativo sembrava aver perso slancio, sin da quando il legislatore ha introdotto l’art. 614-*bis* c.p.c., del quale si dirà subito appresso, sebbene non possa, come è evidente,

⁹⁴ B. CAPPONI, *Ancora su astreinte e condanna civile*, cit., p. 2 s.

⁹⁵ A. PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, cit., p. 98.

⁹⁶ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 59.

⁹⁷ Per questa isolata opinione cfr. A. PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, cit., pp. 100 ss. L’A. ritiene di condividere le riflessioni del Vassalli, il quale era persuaso che l’art. 388 c.p. aveva introdotto un sistema di misure di coercizione suscettibile di applicazione generalizzata, non settoriale, al fine di sopperire alle carenze strutturali della esecuzione forzata civile. L’art. cit., rubricato “mancata osservanza dolosa di un provvedimento del giudice” dispone la pena detentiva o pecuniaria per chiunque “sottraendosi all’adempimento di obblighi civili nascenti da una sentenza di condanna, o dei quali è in corso l’accertamento dinnanzi l’autorità giudiziaria, compie, sui propri o gli altrui beni, atti simulate o fraudolenti”, subordinando l’irrogazione della pena alla circostanza della mancata ottemperanza all’ingiunzione di eseguire la sentenza. Il tentativo pare naufragato anche per la formulazione della norma, la quale richiede il compimento di atti fraudolenti, oltreché il dolo specifico. Così la semplice inottemperanza pare destinata ad essere insuscettibile di sanzione penale.

escludersi in radice l'utilità della sanzione penale, specialmente in particolari casi⁹⁸. Senonché, lo sforzo ermeneutico di quegli Autori che sostenevano l'applicabilità dell'art. 388 c.p. a mo' di misura coercitiva generale, che sembrava ormai consegnato alla storia, pare ritornato attuale, come dimostrano recenti interventi a carattere settoriale⁹⁹, a riprova del fatto che la materia è in continuo.

In disparte le prospettive comparative, è d'uopo rimarcare che il legislatore italiano, raccogliendo finalmente le sollecitazioni della dottrina sul punto, è intervenuto introducendo l'art. 614-*bis* c.p.c., colmano così un vuoto (di tutela) che non appariva giustificabile.

Nella sua originale formulazione, l'art. 614-*bis* era rubricato: "attuazione degli obblighi di fare infungibili e di non fare". L'istituto, come osservato in dottrina, appariva regolato "nella minima misura in astratto concepibile"¹⁰⁰. Il testo si limitava a prevedere che il giudice, su richiesta di parte, e fatto salvo il caso in cui ciò fosse iniquo, provvedeva a fissare la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni giorno di ritardo, o per ogni inosservanza. La l. 69 del 2009 di riforma, introduttiva della disposizione in esame, taceva circa la spettanza della somma (non era dato desumere con chiarezza se questa era dovuta nei confronti del creditore o dello Stato)¹⁰¹. Dalla rubrica della norma, ma anche dalla sua collocazione topografica, si desumeva che l'art. 614-*bis* c.p.c. poteva assistere solamente condanna ad obblighi di fare o non fare¹⁰² infungibili. Questione qui particolarmente interessante era costituita dal fatto che il legislatore aveva espressamente qualificato come

⁹⁸ È naturale osservare infatti che, in presenza di incapienza patrimoniale del debitore o, viceversa, quando il debitore abbia ingenti risorse, escludere in toto l'applicazione di una sanzione penale può portare a frustrare l'interesse creditorio. Peraltro, ciò è tanto più vero se si accede all'interpretazione – niente affatto isolata – che l'art. 614-*bis* abbia natura di riparazione del danno (per rilievi critici, v. B. CAPPONI, *Ancora su astreinte e condanna civile*, cit., p. 5). Così facendo, si torna al paradossale risultato di consentire la conversione in equivalente monetario di diritti non suscettibili di esecuzione diretta.

⁹⁹ Il riferimento è all'art. 9, d. lgs. 11 maggio 2018, n. 63, che novella l'art. 388 c.p., prevedendone l'applicazione della pena ivi prevista a "chi elude l'esecuzione di un provvedimento del giudice che prescriva misure inibitorie o correttive a tutela dei diritti di proprietà industriale".

¹⁰⁰ B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, cit., pp. 40 ss.

¹⁰¹ B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, cit., p. 41.

¹⁰² Confermando però così che potevano esistere provvedimenti di condanna a obblighi infungibili, e che non esisteva alcuna volontà positiva circa la corrispondenza necessaria fra condanna ed esecuzione forzata.

titolo esecutivo il provvedimento emesso ai sensi dell'art. 614-*bis* c.p.c. (“il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza”). Così facendo, trova espreso accoglimento un generale provvedimento di *condanna in futuro*, la cui ammissibilità in termini generali poteva comunque essere desunta in via interpretativa¹⁰³. Rispetto al modello francese (dispiegato su due fasi, una di “minaccia”, l'altra di “attuazione” della condanna, una volta riscontrate le violazioni)¹⁰⁴, il legislatore italiano aveva evidentemente optato per un giudizio “monofasico”, che rimandava in altra sede (i processi cognitivi oppositivi nati in seno all'esecuzione) la verifica circa l'attualità della inottemperanza.

Appena sei anni più tardi, il legislatore (col d.l. 83 del 2015) è intervenuto nuovamente sull'istituto, ampliandone la portata. L'intervento ha avuto luogo svincolando l'art. 614-*bis* c.p.c. dalla sua precedente collocazione (Titolo IV, Della esecuzione degli obblighi di

¹⁰³ V. A. PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, cit., pp. 107 ss. A differenza della *inibitoria*, la condanna in futuro, che pure è destinata a spiegare i propri effetti sul futuro, prescinde dall'attualità della violazione e mira proprio a dotare di un titolo esecutivo l'interessato, sicché egli possa immediatamente reprimere le violazioni. In altre parole, la condanna in futuro scongiura l'inconveniente che può verificarsi laddove tra inadempimento divenuto attuale e pronuncia della condanna si divarichi. Le disposizioni che prevedono condanna in futuro sono numericamente meno rilevanti rispetto alle copiose disposizioni in tema di inibitoria. Di qui una maggiore difficoltà ad affermare che nel sistema era immanente un principio di generale ammissibilità della condanna pronunciata quando l'inadempimento non è attuale. I casi che tradizionalmente si riconducono alla condanna in futuro sono: A) art. 148 c.c., che prevede la possibilità di pronunciare un provvedimento verso il *debitor debitoris* di chi provvede al mantenimento del figlio al fine di ottenere il versamento diretto delle somme che periodicamente vengono versate al debitore tenuto al mantenimento. B) l'art. 657 c.p.c., che prevede “l'intimazione di licenza per finita locazione, prima della scadenza del contratto, con la contestuale citazione per la convalida”. Così il locatore è provvisto di titolo esecutivo per il rilascio coattivo dell'immobile. C) art. 644 c.p.c., che, in ipotesi di sfratto per morosità, prevede che il giudice possa pronunciare decreto di ingiunzione al pagamento dei canoni scaduti e a scadere fino all'esecuzione dello sfratto. Quest'ultima ipotesi, per la verità, non prescinde dall'inadempimento *tout court*. All'obiezione classica spesa contro l'ammissibilità in via generale del provvedimento di condanna in futuro, vale a dire che il titolo esecutivo veniva ad esistenza in mancanza di inadempimento, si soleva rispondere che la *certezza* offerta dal provvedimento condannatorio in futuro non si atteggiava diversamente rispetto agli altri titoli, a formazione giudiziale o no: non esiste alcuno strumento, diverso dalle opposizioni di merito, per assicurare che l'inadempimento sia attuale, anche quando il titolo si sia formato in un momento in cui l'inadempimento sussisteva. Ciò avviene per la particolare struttura del processo esecutivo, che è sorretto dal titolo, anche quando il diritto ivi rappresentato non esiste, e ciò ai fini della procedura rimane senza importanza. Tanto basta, a che il processo esecutivo sia portato a compimento, che il creditore proceda sulla scorta di un titolo *formalmente* valido. Qualsiasi indagine sull'attualità dell'inadempimento ha luogo in sede di opposizione di merito. Peraltro, cogenti ragioni di economia dei processi, tanto più alla presenza di obbligazioni periodiche, consigliavano di risolvere positivamente la questione.

¹⁰⁴ B. CAPPONI, *Ancora su astreinte e condanna civile*, cit., 2017, p. 2 s.

fare e non fare), tanto importante per l'esegesi della norma, per consacrarli un nuovo Titolo IV-*bis*, denominato "misure di coercizione indiretta".

L'attuale lettera dell'art. 614-*bis* prevede (al I comma) che con il provvedimento di condanna¹⁰⁵ di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro, il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su istanza di parte, la somma dovuta *all'obbligato* per ogni inosservanza o violazione successiva. Le *astreinte* possono ora assistere condanne ad obblighi di fare o dare a carattere fungibile.

Il comma secondo continua a prevedere che il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza, così confermando che si è al cospetto di provvedimento di condanna in futuro. Resta inteso che, così formulato, il titolo non è liquido, poiché dal titolo solamente non è dato desumere il *quantum* dovuto. Allora sarà necessario che in sede di precetto il creditore istante rimedi a tale deficienza del titolo mediante *autoliquidazione*¹⁰⁶, salvo il caso in cui

¹⁰⁵ Questo è dunque il nuovo orizzonte di confine della tutela mediante le penalità di mora. La scelta non è scevra di inconvenienti pratici. L'art. 2932 c.c., ad esempio, non è riconducibile alla tutela di condanna (bensì costitutiva, c.d.) e pertanto i provvedimenti di condanna, ad esempio, al pagamento del prezzo, sono capi condannatori posti in dipendenza (perché legati da un nesso di *sinallagmaticità*) a capi costitutivi. Pertanto, essi non possono essere provvisoriamente esecutivi (perlomeno finché si continuerà a ritenere che l'art. 282 c.p.c. si riferisca alle sole pronunce di condanna). Dovrà dunque attendersi il passaggio in giudicato per l'eseguibilità della pronuncia *ex art. 2932 c.c.*. Così B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, cit., p. 54.

¹⁰⁶ La giurisprudenza, non senza qualche incertezza (cfr. Trib. Roma, 2 febbraio 2017, duramente criticata dagli interpreti, fra i quali si segnala U. COREA, *Disorientamenti in materia di esecuzione delle misure coercitive indirette ex art. 614-bis c.p.c.*, in *Judicium online*, 2017), ha aderito alla tesi, profilata dalla dottrina, secondo la quale non è necessario un autonomo giudizio di liquidazione, essendo sufficiente che il creditore espliciti nel precetto le somme che ritiene dovute sulla scorta del titolo. In senso conforme Tribunale Milano, 16 novembre 2012: "a livello sistematico il legislatore – introducendo con la novella del 2009 all'art. 614-*bis* c.p.c. in via generale nel nostro ordinamento la figura *dell'astreinte* o penale di mora – ha espressamente previsto che tale misura costituisca titolo esecutivo, discostandosi in parte dal modello francese ove invece espressamente *l'astreinte* non può essere portata ad esecuzione se non previa liquidazione delle somme dovute (art. 53 del decreto 31 luglio 1992 n. 755). Sebbene tale regime presenti profili di criticità come puntualmente sottolineato in sede interpretativa – *giacché l'esistenza in concreto dei presupposti di effettiva operatività dell'astreinte e la sua concreta monetizzazione sono rimesse al creditore vittorioso* – la lettera della disposizione di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. non sembrerebbe lasciare dubbi in ordine all'intendimento legislativo. *Del resto, il debitore non rimane sprovvisto di tutela*, giacché eventuali contestazioni potranno refluire in altra sede, come a breve. Tale esplicito intervento legislativo sembra, sotto il profilo sistematico, aggiungere uno spunto interpretativo anche con riguardo alle penali già previste in materia di diritto industriale, ugualmente poste a presidio dell'adempimento coattivo di obblighi di non fare. [...] *L'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme qui esaminate, tenuto conto della necessità di garantire una ragionevole durata del processo ed al contempo di garantire l'effettività*

la genericità della statuizione contenuta nel provvedimento cautelare costringa a una quantificazione più precisa in sede di attuazione¹⁰⁷.

Per espressa disposizione legislativa, l'art. 614-*bis* non è applicabile alle controversie di lavoro – pubblico o privato – né ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa secondo una logica che ha destato perplessità in dottrina¹⁰⁸.

Ne esce confermata la amplissima discrezionalità di cui gode il giudice nel determinare *an* e *quantum* della concedenda misura coercitiva indiretta. Difatti, oltre a prevedere che il giudice provvede alla pronunzia salvo il caso in cui ciò sia *iniquo*, tacendo i parametri alla stregua dei quali tale verifica di iniquità dovrebbe essere condotta, si dispone che “il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile”. L'unica previsione normativa alla quale agganciarsi per la *verifica di iniquità* parrebbe ravvisarsi, come prospettato in dottrina¹⁰⁹, nell'art. 2058 c.c., che consente la condanna alla riparazione del danno in forma specifica purché ciò non risulti *eccessivamente oneroso* per il debitore, secondo una logica di comparazione – e quindi di bilanciamento – degli interessi da parte del giudice.

La duttilità della misura in esame fa di codesto strumento un rimedio eccellente al fine di assistere condanne a prestazioni di fare aventi carattere infungibile e costituisce pertanto una delle migliori risorse dispiegate a presidio delle situazioni giuridiche bisognose di

della tutela giurisdizionale di tutte le parti coinvolte non può che condurre ad un'interpretazione la quale – a fronte di una condanna in futuro con un contenuto dell'obbligazione pecuniaria già cristallizzato – consenta al creditore di intimare immediatamente al debitore di pagare gli importi ritenuti dovuti a cagione del mancato rispetto dell'interdetto. E ciò salva la facoltà del debitore di ottenere una statuizione a cognizione piena attraverso il rimedio dell'art. 615 c.p.c.”.

¹⁰⁷ Così si osserva in A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 220 ss.

¹⁰⁸ V'è più di qualche sospetto circa l'illegittimità costituzionale di una norma che preclude una tutela al lavoratore subordinato. Cfr. A. PROTO PISANI, *Tecniche di tutela, Costituzione del 1948 e processo civile (a proposito di una prolusione non tenuta)*, cit.

¹⁰⁹ Cfr. B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, cit, p. 42 s.

tutela perché lese in rete, oltretutto, a livello sistematico, fornire conferma circa la ammissibilità di provvedimenti cautelari recanti condanna ad un *facere* infungibile¹¹⁰.

4. La tutela sommaria

Non sembra in questa sede potersi prescindere da una cursoria analisi degli aspetti generali che connotano la *tutela sommaria*. I provvedimenti d'urgenza evidentemente partecipano di questa natura, non solo per espressa disposizione positiva¹¹¹, bensì per necessità logico-giuridica. Laddove si avesse una cognizione piena da parte del giudice, ne riuscirebbe frustrata l'esigenza di immediatezza del procedimento cautelare, la cui *ratio* è proprio scongiurare che nelle more del procedimento possano verificarsi fatti o condotte tali da vanificare la emananda pronunzia di merito¹¹².

Chiarito quale è l'interesse, ai fini del presente discorso, per la tutela sommaria, potrebbe essere più semplice tentare di conoscerla per "contrasto", individuando cosa la distingue dalla cognizione piena ed esauriente.

Attenta dottrina¹¹³ individua tale *discrimen* nella predeterminazione legale dei poteri (e dei doveri), delle facoltà processuali, delle parti e del giudice¹¹⁴, nonché delle forme e dei

¹¹⁰ Si argomenta (A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 220 ss.) che se può aversi condanna ad una prestazione di fare infungibile assistita da penalità di mora, allora parimenti le *astreinte* possono presidiare alla attuazione di un provvedimento cautelare che obblighi al compimento di prestazioni infungibili: del resto, opportunamente, l'art. 614-bis c.p.c. discorre di "provvedimenti", non di sentenze.

¹¹¹ Cfr., ad esempio, art. 669-*sexies*, c.p.c., a tenore del quale il giudice deve omettere ogni formalità non indispensabile al contraddittorio, quindi limitarsi agli atti di istruzione indispensabili.

¹¹² Per una riflessione sul punto, con particolare riferimento ai diritti di libertà e della personalità, vedi A. PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità*, in *Foro it. online*, 1990, cit..

¹¹³ Vedi, per una enunciazione distesa della tesi, A. PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, cit, p. 179.

¹¹⁴ In A. PROTO PISANI, *Appunti sul valore della cognizione piena*, in *Foro it. online*, 2002, V, 65, si dimostra con dispiego di argomenti persuasivi come, sebbene talvolta il legislatore impieghi formule elastiche ("può"), tuttavia non intende, nella maggioranza dei casi, concedere alcun potere discrezionale al giudice civile, il quale si trova così vincolato ai presupposti desumibili sistematicamente per la spendita di qualsiasi potere processuale. Ciò non esclude in radice l'esistenza di qualsivoglia potere discrezionale del giudice della cognizione piena, ma essendo, nell'opinione dell'A., tali poteri riconducibili essenzialmente al potere di fissazione delle udienze (quindi di dirigere il processo in maniera sollecita bilanciando il principio di economia processuale col diritto di difesa e di prova della parti) – e in quanto tali insuscettibili

termini a difesa¹¹⁵, con particolare riferimento alla allegazione di fatti costitutivi, impeditivi, estintivi¹¹⁶. Similmente, è il legislatore a determinare i mezzi di prova, nonché le modalità di assunzione delle prove costituende¹¹⁷.

Per quanto attiene al contraddittorio fra le parti, esso si svolge in forma piena *prima* che sia emanato alcun provvedimento del giudice. In considerazione di questo “garantismo”, è all’accertamento che avviene nel processo a cognizione piena che il legislatore – con scelta forse costituzionalmente doverosa ai sensi dell’art. 111 Cost.¹¹⁸ – riserva l’autorità di cosa giudicata sostanziale¹¹⁹, nei rapporti futuri fra le parti, i loro eredi e aventi causa¹²⁰.

di influire sul merito della decisione, salvi i casi di patenti e gravi violazioni – nonché di poteri limitati in quanto relativi alla istruzione d’ufficio o alla determinazione del termine concesso alle parti, poteri che – come spiega l’A. – sono sempre pienamente controllabili in sede di impugnazione in quanto sempre interni all’unico potere giurisdizionale

¹¹⁵ Vedi, ad esempio, art. 163-*bis*, 181, 183, 189 c.p.c..

¹¹⁶ Cfr la nutrita disciplina che il codice di rito riserva alla fase introduttiva e di trattazione (in particolare artt. 163, 167, 183 c.p.c.).

¹¹⁷ Esemplicativamente si veda la disciplina collocata nel Libro VI del codice civile, artt. 2697-2739 c.c. o le disposizioni del codice di rito in materia di assunzione dei mezzi di prova (Libro II, Titolo I, Capo II, Della istruzione della causa).

¹¹⁸ L’art. 111 Cost. rappresenta il recepimento interno del canone del *due process of law* (art. 6 CEDU). Nelle parole di A. PULEO, *Quale giustizia per i diritti di libertà?*, cit., p. 57 ss, il tenore letterale della norma “palesa l’intenzione dei *conditores* di compendiare in poche battute i formanti del modello di giusto processo, tradizionalmente presenti tanto nella *common law* che nell’area di *civil law*”.

¹¹⁹ È esecrabile, agli occhi della dottrina, la tendenza del legislatore ad estendere il procedimento camerale, idoneo alla cura degli interessi, alla tutela dei diritti, poiché sprovvisto delle garanzie minime del contraddittorio. La denuncia di questa “cameralizzazione dei diritti” si accompagna alla constatazione che la scelta del legislatore vada letta come tentativo di porre in mano alle parti un provvedimento che costituisca titolo per l’esecuzione, ma che non statuisce in maniera definitiva sui diritti. In altre parole, nei casi in cui il legislatore richiama le forme camerali per pronunciare su diritti, si deve ritenere si sia il cospetto di “provvedimenti sommari-semplificati-esecutivi” (che seguono la logica dei titoli esecutivi stragiudiziali) non preclusivi di un processo di ordinaria cognizione sulla spettanza dei diritti, anche, se del caso, nelle forme della opposizione di merito all’esecuzione. Così in A. PROTO PISANI, *i diritti e le tutele*, cit., p. 260.

¹²⁰ Ciò va più correttamente formulato nei termini che seguono: il legislatore è libero di predisporre riti sommari, da affiancare al procedimento a cognizione piena, che sfocino in provvedimenti aventi attitudine al giudicato. Ciò deve essere però senza pregiudizio per il diritto delle parti ad optare per il procedimento di ordinaria cognizione, che offra loro la garanzia della controllabilità in iure del rispetto della procedura da parte della S.C., e nel quale il contraddittorio sia pieno e non rimesso, nella sua attuazione, alla discrezionalità del giudice. Su questo vedi comunque *infra*.

Per contro, la cognizione sommaria si caratterizza per una differente attuazione della regola del contraddittorio. Esso, infatti, potrebbe realizzarsi solo successivamente. Per impiegare una classificazione che risale a Chiovenda, ma che pare di stringente attualità, qui la cognizione sarà *sommaria perché parziale*, vale a dire che il giudice conoscerà solo dei fatti costitutivi, senza esaminare le eccezioni del convenuto¹²¹. Questo è quanto accade con la tecnica del procedimento monitorio (ad esempio: decreto ingiuntivo, emanato sulla scorta delle produzioni documentali e allegazioni fatto dell'istante). È solo quando viene dispiegato il giudizio di opposizione che il contraddittorio viene integrato. Un caso simile è quello della condanna con riserva delle eccezioni, provvedimento condannatorio non avente natura generale risolutivamente condizionato all'accoglimento delle eccezioni del convenuto. Meno scontato è il caso dell'art. 186-*bis* c.p.c., che prevede una tutela sommaria per il caso di non contestazione circa la debenza di somme di danaro. La riflessione dottrinale riconosce che le tecniche ivi rappresentate possono concorrere a rendere *effettiva* la tutela dei diritti in sede giurisdizionale¹²².

Viceversa, quando il contraddittorio è pieno e realizzato anticipatamente, allora si avrà una cognizione *sommaria perché superficiale*, vale a dire senza quella aspirazione alla completezza e alla certezza che deve essere propria del procedimento ordinario¹²³. Questo

¹²¹ A. PROTO PISANI, *Tutela sommaria*, in *Foro it. online*, 2007.

¹²² Si argomenta in A. PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, cit., che la tecnica del procedimento monitorio, dei titoli esecutivi di formazione stragiudiziale (ma anche dei cc.dd. procedimenti sommari-semplificati-esecutivi), la condanna con riserva delle eccezioni evitano il costo del processo che non sia giustificato da una contestazione effettiva da parte del resistente, ridimensionando il rischio che si abusi del diritto di difesa a scopo dilatorio. L'A. sostiene che la conformità ai principi costituzionali va sostenuta e difesa a patto che 1) nel procedimento monitorio possa ottenersi la revoca della clausola di provvisoria esecutività, non solo quindi ottenere la sospensione della procedura esecutiva instaurata (infatti questo secondo arresto non precluderebbe di iniziare una nuova procedura esecutiva, sulla scorta del medesimo titolo); 2) in sede di opposizione a precetto possa ottenersi la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo stragiudiziale; 3) in caso di condanna con riserva di eccezioni, che quest'ultima non venga emessa senza la previa delibazione delle eccezioni stesse, e a patto che queste ultime siano di lungo esame e si rivelino *prima facie* infondate.

¹²³ Riflessioni dottrinali convincenti suggeriscono di non attribuire un significato dirimente a queste affermazioni. Paradossalmente, l'assenza di un procedimento di istruzione codificato potrebbe portare ad un accertamento addirittura più razionale, avvicinando la verità processuale alla verità storica. Non è quindi nella minore o maggiore attendibilità dell'accertamento che deve essere soppesata la differenza fra la cognizione piena e quella sommaria. Così A. PROTO PISANI, *Tutela sommaria*, cit..

peraltro non esclude che il legislatore possa decidere di prevedere, *accanto* al “generale” procedimento a cognizione piena, riti sommari che abbiano attitudine al giudicato¹²⁴.

La differenza va piuttosto ravvisata nella controllabilità *in iure* del processo che porta alla formazione del convincimento del giudice, che è frutto di questa stessa predeterminazione

¹²⁴ Il che è quanto potrebbe sembrare sia accaduto con la riforma del 2009 che ha introdotto l’art. 702-bis c.p.c., disciplinando un rito di cognizione sommario, ove è previsto che “alla prima udienza il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all’oggetto del provvedimento richiesto e provvede con ordinanza all’accoglimento o al rigetto delle domande”. La formula ricalca quella dell’art. 700 del codice di rito. Si prevede, peraltro, che “l’ordinanza è provvisoriamente esecutiva e costituisce titolo per l’iscrizione di ipoteca giudiziale e per la trascrizione”. Addirittura, il d. lgs. 150 del 2011 è giunto a prevedere l’obbligatorietà del rito sommario avuto riguardo ad un novero di materie (artt. 14-30) disomogenee. Senonché deve comunque rilevarsi che la giurisprudenza (ad esempio: Trib. Varese, 18 novembre 2009) ritiene di qualificare l’art. 702-bis c.p.c. quale rito di cognizione piena, non ascrivendolo alla tutela sommaria. La dottrina svolge i medesimi rilievi osservando che nel procedimento *de quo* la “sommarietà” (della cognizione) non sembra atteggiarsi allo stesso modo del provvedimento cautelare, vale a dire sottendendo una valutazione probabilistica, un accertamento della realtà processuale in termini di verosimiglianza. In altre parole, qui non si rinunciava alla pienezza (alla profondità) della cognizione, bensì si sarebbe solo disciplinato un rito nel quale lo svolgimento dell’istruzione è interamente rimesso alla discrezionalità del giudice (cfr. M. BOVE, *Il procedimento sommario di cognizione di cui agli articoli 702-bis ss. c.p.c.*, in *Judicium.it*). Nello stesso senso B. CAPPONI, *Note sul procedimento sommario di cognizione (art. 702-bis e segg. c.p.c.)*, in *Judicium online*, 2010, p. 3: “Anche la trattazione (secondo il disposto dell’art. 54 cit., riferito tuttavia ai soli procedimenti da attrarre al sommario tout court) dovrebbe essere non sommaria; ma la formula è più difficile da interpretare, perché trattazione non è sinonimo di cognizione e, checché ne dica il legislatore del luglio 2009, nessun processo, per quanto a cognizione sommaria, dovrebbe essere trattato nel contraddittorio delle parti in modo parziale, incompleto, superficiale, unilaterale”. *Contra* v. A. PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, cit., p. 179 s, secondo cui, transitivamente, cognizione piena significa controllabilità dello svolgimento del processo che ha portato al convincimento del giudice e non solo controllo della ragionevolezza della motivazione del provvedimento decisivo in merito alle scelte discrezionali. Peraltro, in A. PROTO PISANI, *il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, cit., si rileva come la dizione della norma costituzionale (giusto processo “regolato dalla legge”) dovrebbe essere interpretata nel senso che il processo a cognizione piena conforme a Costituzione è quello il cui svolgimento è regolato da disposizioni di legge (peraltro, deve ritenersi, con riserva di legge) e non può essere rimesso alla discrezionalità del giudice. Altre ricostruzioni (cfr., per un approfondimento del dibattito) A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d’urgenza*, op cit., p. 183) s’impennano attorno alla differente formulazione testuale delle norme (degli artt. 669-sexies e 702-bis, i quali, rispettivamente, dispongono che si proceda ora agli atti di istruzione *indispensabili*, ora invece a quelli *rilevanti*). Il *proprium* della tutela cautelare dovrebbe riscontrarsi nel *periculum in mora* e nella strumentalità; la tutela sommaria mira, al contrario, come si è osservato, ad evitare l’abuso del diritto di difesa (così A. PROTO PISANI, *La tutela sommaria*, cit.). La tesi è in contraddizione solo apparente con quanto sostenuto da chi afferma che alla presenza della urgenza della tutela (cioè il *periculum in mora*), l’ordinamento reagisce con la tutela sommaria cautelare, con i provvedimenti sommari- semplificati-esecutivi, o la tutela sommaria non cautelare. Si osserva infatti (P. MARTINELLI, *Alcune questioni sull’ambito di applicazione del nuovo rito cautelare uniforme*, in *Foro it. online*, 1995) che l’urgenza sembra atteggiarsi diversamente: se nel procedimento sommario la urgenza deriva dalla natura del diritto, nel procedimento cautela essa si deve piuttosto al tentativo di scongiurare che la durata del processo renda inutile la tutela (e se ne può desumere che non sussisterebbe alcuna incompatibilità tra procedimenti sommari e concessione di provvedimenti d’urgenza).

delle forme da parte del legislatore. Viceversa, nella tutela cautelare il convincimento del giudice ha luogo a seguito di una istruttoria de-formalizzata¹²⁵, e il contraddittorio si realizza nelle forme che lo stesso giudice determina. Discrezionalità che incontra i limiti della congrua motivazione del provvedimento decisorio, ma non conosce la più pervasiva censura che i provvedimenti emessi in sede di cognizione piena incontrano ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 4¹²⁶.

I procedimenti sommari, che mirano allo scopo di conseguire l'economia dei processi (realizzando una inversione dell'onere di iniziativa processuale, addossandolo al convenuto, che così si troverà nella condizione di adempiere prima di poter sollevare eccezioni) ma anche al fine di evitare l'abuso del diritto di difesa¹²⁷, si differenziano dalla tutela cautelare perché in quest'ultima la cognizione non è piena, ma limitata ai presupposti per l'emanazione della misura (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*, tradizionalmente), ma anche perché la tutela cautelare è legata, sempre tradizionalmente, da un nesso di strumentalità al giudizio di merito¹²⁸. In realtà il legislatore è libero di derogare ad entrambi questi requisiti (ora richiedendo solo *il fumus boni iuris*, avendo valutato una volta per tutte *il periculum in mora*, ora allentando il nesso di strumentalità del processo).

¹²⁵ Deve ritenersi, in breve, che non debba applicarsi l'intera disciplina sul regime delle prove. F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. IV, cit., p. 215.

¹²⁶ A. PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, cit., p. 213.

¹²⁷ A. PROTO PISANI, *Tutela sommaria*, cit..

¹²⁸ In A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., pp. 182 ss si rammenta come la tutela sommaria, che pur costituisce uno dei modi con cui l'ordinamento garantisce l'effettività della tutela in presenza del *periculum in mora*, non è legato al giudizio di merito da una relazione che assuma i canoni della necessità. Di più: la categoria dei procedimenti sommari è variegata e niente affatto omogenea. Ve ne è che, in concreto, i provvedimenti procedimenti sommari possono essere molto diversi fra loro, anche con riguardo alla attitudine al giudicato prevista o meno per ciascun provvedimento (cfr. art. 702-bis c.p.c.). La funzione dei procedimenti sommari senza attitudine al giudicato è piuttosto quella di evitare, come già ricordato, l'abuso del diritto di difesa e garantire la ragionevole durata del processo. Gli AA. (*ibidem*, pp. 69 ss) svolgono una comparazione con l'esperienza giuridica francese ravvisandovi nettezza concettuale in merito alla distinzione tra misure cautelari (subordinate alla urgenza di provvedere) e misure (che prescindono dal ricorrere del requisito dell'urgenza) e che costituiscono anticipazione degli effetti esecutivi della emananda sentenza, dipendenti invece dalla forza della prova raggiunta. Considerazioni schematiche sul tema vengono svolte in A. PROTO PISANI, *la tutela sommaria*, cit..

In conclusione, può rilevarsi come l'articolato campo della tutela dei diritti civili lesi in rete è costellato di tecniche di tutela diverse e numerose; essa ne incontra – se non tutte – molte, allorché voglia dispiegarsi secondo *effettività*. Nella maggior parte delle ipotesi, la tutela dei diritti lesi da attività *online* non potrà che atteggiarsi come una condanna (emessa in seguito a un procedimento sommario) in via cautelare alla esecuzione di obblighi, (quasi sempre) infungibili, (per lo più, e per espressa previsione del legislatore comunitario) in forma inibitoria, necessariamente (pena il rischio di rimanere *flatus vocis*) assistita da penalità di mora *ex art. 614-bis c.p.c.*, eventualmente da attuare in via forzata, mediante espropriazione forzata oppure in via breve (il che è importante per la *c.d. dynamic injunction*, su cui si avrà modo di tornare).

Tanto basta a confermare, provvisoriamente, la scelta del legislatore di affidarsi alla tutela urgente *ex art. 700 c.p.c.*¹²⁹, e a rinforzare l'ipotesi di ricerca inizialmente prefissa: l'effettività della tutela per i diritti lesi in rete è incompatibile con la ordinaria cognizione, e non può che essere affidata alle forme sommarie-cautelari.

5. La costituzionalizzazione dei principi chiovendiani: provvedimenti d'urgenza e giurisprudenza costituzionale

Con una sintesi concettuale luminosa, Giuseppe Chiovenda ebbe ad affermare che la durata del processo non deve andare in danno dell'attore che ha ragione¹³⁰. Esso costituisce uno dei principi cardine del processo civile, a fianco ad altri fondamentali principi elaborati dal celebre processualista, tra i quali potrebbero ricordarsi il *victus victori*, il principio per cui il processo deve dare per quanto possibile tutto quello cui si ha diritto secondo la legge sostanziale, la enunciazione del diritto di azione come categoria generale e atipica, il principio per cui ogni modo di attuazione della legge (e

¹²⁹ Il legislatore si è affidato al rimedio urgente solo nel caso di azione cautelare avverso il prestatore intermediario e al di fuori delle materie in cui ha scelto di codificare un rimedio cautelare inibitorio generale (tutela della proprietà intellettuale e industriale). Al di fuori di tale ambito, il ricorso all'art. 700 c.p.c. si declina ancora secondo "sussidiarietà". Su tutto questo si tornerà ampiamente.

¹³⁰ G. CHIOVENDA, *Sulla "perpetuatio iurisdictionis"*, in *Foro it.*, 1923, I, 362, e in *Saggi di diritto processuali civile*, Roma 1930, I, 271 ss..

ogni mezzo esecutivo) che sia praticamente possibile e non sia contrario a previsione legislativa deve ritenersi per ciò solo ammissibile.

Queste “direttive”, che costituiscono principi cardine insostituibili del “processo dei popoli civili” – come ebbe a dire un allievo di Chiovenda¹³¹ – rimangono ad oggi, principi di derivazione razionale dai quali non può prescindere. Ciò è vero a tal punto che – si ritiene – detti principi, dei quali non v’è alcuna enunciazione espressa in sede normativa, godono tutti di copertura costituzionale ai sensi dell’art. 24 Cost., poiché tutti costituiscono aspetti particolari della *effettività della tutela*, che neppure è esplicitamente enunciata, ma che è implicita nella formulazione della disposizione sopracitata¹³². Ciò è vero al punto che nella fondamentale sentenza che ha esteso l’applicabilità dell’art. 700 c.p.c. alla giurisdizione amministrativa, la Corte non ebbe che a motivare con l’enunciazione stessa del principio¹³³.

In una parola, l’art. 24 Cost. (“tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi”) include il diritto ad una tutela *effettiva* e contiene così *in nuce* tutti quei principi razionali di “civiltà processuale”, implicando – per riassumerli in una frase – che la parte che è costretta a rivolgersi al giudice deve essere messa nella stessa situazione in cui si sarebbe trovata se non avesse dovuto ricorrere al processo¹³⁴.

Per quanto più specificamente qui interessa, la dottrina ha già evidenziato che la “base razionale”¹³⁵ della tutela cautelare sarebbe da riscontrarsi nel principio chiovendiano per cui il tempo necessario ad ottenere una pronuncia giurisdizionale non deve andare in danno dell’attore che ha ragione. Che un simile argomento costituisca un corollario del

¹³¹ Il riferimento è a Virgilio Andrioli, che scrisse le parole riportate nella Prefazione della ristampa del 1965 dell’opera del Maestro “*Principi*”.

¹³² A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, cit.: l’art. 24 Cost. “ha sconvolto il placido pelago entro il quale il momento della tutela sembrava dover essere confinato”, introducendo il principio per cui “la tutela dei diritti deve essere effettiva”.

¹³³ Su questo vedi *infra*, Corte Cost. sent. 190 del 1985.

¹³⁴ Così F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., vol. I, p. 32.

¹³⁵ Così in A. PROTO PISANI, *Attualità di Giuseppe Chiovenda*, in *Foro it. online*, 1995, V, 1.

principio di effettività, è idea che ha ricevuto l'autorevole avallo della stessa Corte costituzionale¹³⁶.

La fondamentale sentenza n. 190 del 1985 è in questo senso emblematica. Per mezzo di questa sentenza additiva, la Corte costituzionale è arrivata ad estendere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (quindi pur sempre su diritti soggettivi) l'applicabilità dell'art. 700 c.p.c., laddove prima era ammessa la sola tutela sospensiva. La sentenza costituisce il punto di partenza di una giurisprudenza che, con grande sicurezza, inquadra la necessarietà costituzionale della previsione della tutela cautelare, quale parte integrante ed imprescindibile di un meccanismo di tutela dei diritti che possa dirsi effettivo.

Prima della richiamata sentenza n. 190 del 1985 la Corte aveva serbato un contegno che potrebbe definirsi ambiguo. Se, da un lato, aveva ritenuto che al potere di sindacare gli atti amministrativi è connaturato il potere cautelare di sospenderne l'efficacia¹³⁷ per

¹³⁶ Il riferimento è alla sent. 253 del 1994 della Corte cost. La Corte, chiamata a giudicare sulla legittimità costituzionale dell'art. 669-*terdecies*, nella parte in cui non ammetteva la reclamabilità da parte dell'istante del provvedimento declinatorio della tutela cautelare, si è trovata ad osservare che la sperequazione dei poteri delle parti risultava irragionevole alla luce del fatto che la reclamabilità offre garanzie diverse e superiori rispetto alla revocabilità o alla riproposizione ("La sperequazione determinata dalla reclamabilità dei soli provvedimenti che concedono il provvedimento cautelare non può nemmeno considerarsi compensata dal fatto che, a norma dell'art.669-*septies*, primo comma, il provvedimento negativo non preclude la riproposizione dell'istanza di provvedimento cautelare quando si verificano mutamenti delle circostanze o vengano dedotte nuove ragioni di fatto e di diritto. E' evidente infatti che tra i due rimedi non vi è rapporto di equivalenza in termini di garanzia, posto che sul reclamo di cui all'art.669-*terdecies* è chiamato a decidere un giudice diverso da quello che ha pronunciato il provvedimento impugnato, mentre la riproposizione dell'istanza ai sensi dell'art. 669-*septies* si rivolge al medesimo giudice che ha già respinto la richiesta di misura cautelare"), e che la tutela cautelare è "strumentale all'effettività della stessa tutela giurisdizionale", poiché espressione del principio per il quale "la durata del processo non deve andare in danno dell'attore che ha ragione".

¹³⁷ Dal testo della sentenza n. 284 del 1974 della Corte costituzionale, con la quale la Corte era chiamata a giudicare la legittimità costituzionale, in materia di esecuzione delle dichiarazioni di pubblica utilità, decreti di occupazione e provvedimenti espropriativi posti in essere per la realizzazione delle opere di edilizia residenziale pubblica, della scelta del legislatore di limitare la sospensione ai soli casi di errore grave ed evidente nell'individuazione degli immobili ovvero nell'individuazione delle persone dei proprietari: "osserva la Corte che l'affermazione dell'Avvocatura - che, ex art. 113, comma terzo, della Costituzione, resta demandata alla legge ordinaria la determinazione dei casi in cui possono annullarsi gli atti della P.A. e delle autorità a ciò deputate - è, indubbiamente, esatta. *Errata è, però, la conclusione che da tale premessa si intende trarre, che, cioè, resti a fortiori, in ogni caso, nella libera disponibilità del legislatore di limitare (od eliminare) il potere strumentale di sospensione degli atti impugnati.* Infatti, una volta che il legislatore ha operato le sue scelte in ordine all'attribuzione del potere finale di annullamento dell'atto e ha strutturato un sistema di giustizia amministrativa, il quale ha il suo cardine, appunto, nella giurisdizione generale di

evitare che la decisione sia *inutiliter data*¹³⁸, e ciò in ben due pronunzie di identico contenuto¹³⁹ – nelle quali era prospettata la violazione dell’art. 3 Cost. (*sub specie* di irragionevole disparità di trattamento) – dall’altro ha ritenuto insindacabile la scelta del legislatore di escludere la tutela cautelare (in specie nelle forme di consentire l’applicabilità dell’art. 700 c.p.c.) al processo tributario¹⁴⁰, non ritenendo che essa abbia

annullamento degli atti illegittimi, è naturale e conseguenziale l’attribuzione, all’organo medesimo deputato all’annullamento, del concorrente potere di sospensione cautelare dell’atto impugnato. L’esercizio di tale potere consente, infatti, di anticipare, sia pure a titolo provvisorio, l’effetto tipico del provvedimento finale della giurisdizione, permettendo che questo intervenga *re adhuc integra*. 4. - Posto che il potere di sospensione della esecuzione dell’atto amministrativo è un elemento connaturale di un sistema di tutela giurisdizionale che si realizzi in definitiva con l’annullamento degli atti della pubblica amministrazione e che le citate leggi sugli organi di giustizia amministrativa, in via generale e in conformità di una lunga tradizione storica, consentendo di valutare caso per caso la ricorrenza delle gravi ragioni (o del pericolo di irreparabilità degli effetti della esecuzione), una esclusione del potere medesimo o una limitazione dell’area di esercizio di esso con riguardo a determinate categorie di atti amministrativi o al tipo del vizio denunciato contrasta col principio di uguaglianza consacrato nell’art. 3 della Costituzione, qualora non ricorra una ragionevole giustificazione del diverso trattamento”.

¹³⁸ Così in F. FIORUCCI, *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 11 ss..

¹³⁹ La seconda pronuncia della Corte costituzionale è la n. 277 del 1975 (dell’anno dopo la precedente citata). Il T.A.R. Veneto aveva denunciato la illegittimità costituzionale del dell’art. 13, ultimo comma, della legge 22 ottobre 1971, n. 865 (Norme sull’edilizia residenziale pubblica), e dell’art. 7 del d.l. 2 maggio 1974, n. 115 (Norme per accelerare i programmi di edilizia residenziale) in quanto limitavano la capacità del giudice amministrativo di sospendere l’efficacia degli atti impugnati nei soli casi indicati dalla legge (errore grave ed evidente nell’individuazione degli immobili ovvero nell’individuazione delle persone dei proprietari). Allora la Corte, rigettando la questione di legittimità costituzionale e dichiarandola manifestamente infondata, ha richiamato la già citata sentenza 284 del 1974, tenendone fermi i principi (illegittimità costituzionale per violazione dell’art. 3 Cost.).

¹⁴⁰ La sentenza in questione è la n. 63 del 1982, con la quale la Corte costituzionale era stata chiamata, con ordinanze di remissione su questioni diverse ma riunite dalla Corte, a sindacare la legittimità costituzionale – in generale, come mostra la Corte di avere posto la questione – di disposizioni escludenti l’applicabilità dell’art. 700 c.p.c. al processo tributario. È la Corte stessa a riassumere nei seguenti termini la questione posta dai rimettenti giudici *a quibus*: “Le ragioni in base alle quali i giudici *a quibus* dubitano della legittimità costituzionale della normativa sopra indicata risultano in sostanza coincidenti e possono sinteticamente così riassumersi: la pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, garantita dall’art. 24 Cost. in via generale e dall’art. 113 Cost. nei confronti degli atti della pubblica amministrazione, impone che il giudice tributario abbia la potestà di sospendere la esecutorietà degli atti dell’amministrazione finanziaria; diversamente, si afferma, detta tutela potrebbe risultare priva di reale contenuto. Inoltre, aggiungono i giudici *a quibus*, la giurisdizione tributaria costituisce una giurisdizione di annullamento, e, poiché questa esige per la sua stessa essenza il potere di sospensione, risulta arbitraria e irrazionale l’esclusione disposta dal legislatore”. Prosegue la Corte argomentando che “Per quanto concerne il primo di essi, va rilevato che l’art. 24 Cost., garantendo l’accesso alla giurisdizione, non predetermina alcuna forma di tutela, né vincola il legislatore sul contenuto dei poteri da attribuire agli organi giurisdizionali [...] *In particolare, va osservato che la potestà cautelare non costituisce una componente essenziale della tutela giurisdizionale ex artt. 24 e 113 Cost., ma la sua disciplina è demandata alla legge ordinaria, alla quale spetta di regolare la materia. Da ciò consegue come nessun appunto sul piano della legittimità*

natura necessaria, giacché “effettività della tutela giurisdizionale non significa che necessariamente deve essere consentito di anticipare le conseguenze di una pronuncia (solo eventualmente) favorevole – come avviene con la sospensione della procedura esecutiva – ma vuol dire che la pretesa fatta valere in giudizio deve trovare, se fondata, la sua concreta soddisfazione, il che è assicurato, come si è già detto, mediante la reintegrazione successiva”.

5.1. (segue) Le “direttive di ragionevolezza”: la sentenza 190 del 1985

La sentenza 190 del 1985, come detto, costituisce invece una vera e propria pietra miliare. Non segna solo il momento in cui può finalmente dirsi suggellata l’importanza della tutela cautelare, ma anche il momento in cui possono dirsi costituzionalizzati quei “principi” razionali di derivazione chiovendiana che fondano il canone di strumentalità del processo e che si sublimano secondo la comune notazione che l’esigenza del processo non deve andare in danno all’attore che ha ragione. Non è un caso che estensore della sentenza sia Virgilio Andrioli ¹⁴¹, secondo il quale l’attualità di Chiovenda risiede nell’aver individuato sapientemente le “direttive” che costituiscono “principi cardine del processo dei popoli civili”¹⁴².

costituzionale possa essere mosso al nostro sistema processuale, nel quale, a differenza di quanto è dato riscontrare in qualche legislazione straniera, *non sussiste un potere cautelare generale come espressione dell’esercizio della giurisdizione: tale potere va riconosciuto soltanto nei casi stabiliti dalla legge e trova attuazione secondo gli istituti in essa previsti*. Il principio suddetto, salvo quanto è detto al numero seguente, vale anche per la sospensione dell’esecutorietà degli atti della pubblica amministrazione, la quale, per *communis opinio*, ha natura cautelare [...] Deve pertanto escludersi che la tutela giurisdizionale prevista dagli artt. 24 e 113 Cost. includa necessariamente il su indicato potere di sospensione”. La Corte, peraltro, ha continuato a tenere fermo il proprio precedente (sentt. 284 del 1974 e 227 del 1975) per cui il potere di annullare gli atti comprende anche quello di sospenderne l’efficacia in via cautelare, ma ha escluso che la giurisdizione tributaria possa dirsi giurisdizione di annullamento.

¹⁴¹ Rammenta G. SCARSELLI, *Virgilio Andrioli giudice della Corte costituzionale*, in *Foro it. online*, 2008, come Virgilio Andrioli, allievo di Chiovenda, fu estensore di numerose pronunce che realizzano la aspirazione chiovendiana del processo a dare a chi ha un diritto praticamente tutto quello, e proprio quello, che gli spetta.

¹⁴² Così nella già rammentata prefazione alla terza ristampa dell’opera *Principi* di Chiovenda (1965). Le “direttive” sarebbero: «La durata del processo non può andare a danno dell’attore che ha ragione»; «La normale correlazione tra le situazioni subiettive sostanziali e la titolarità dell’azione»; «La tendenza dell’ordinamento ad offrire a coloro che bussano alla porta del tempio di Temi quelle utilità che l’apparato del diritto sostanziale può, nella spontanea cooperazione dei consociati, assicurare»; «La rigorosa

La Corte, in quell'occasione, è stata chiamata ad affrontare la questione della legittimità costituzionale della l. 6 dicembre 1971, n. 1034 (Istituzione dei tribunali amministrativi regionali) nella parte in cui, limitando l'intervento d'urgenza del Giudice Amministrativo alla mera sospensione dell'esecutività dell'atto impugnato, non consentiva al giudice amministrativo di intervenire d'urgenza nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva. Poiché si versava in materia di giurisdizione esclusiva (pubblico impiego) il parametro di costituzionalità è, ancora una volta, l'art. 3 Cost. (illegittimità costituzionale per irragionevole disparità di trattamento); tuttavia il richiamo all'art. 3 Cost. non si rivela del tutto coerente con la motivazione della sentenza stessa, come si vedrà.

In motivazione, la Corte afferma che il sospetto di costituzionalità della legge istitutiva dei Tribunali Amministrativi Regionali, nella parte in cui determina una inammissibile disparità di trattamento tra dipendenti pubblici e privati (i primi esclusi dalla tutela ex art. 700 c.p.c.) è fondato, giacché “esige rispetto il principio, per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione”¹⁴³. Stupisce allora come la Corte osservi che l'art. 700 c.p.c. “si esibisce quale espressione di *direttiva di razionalità tutelata dall'art. 3 comma primo e, in subiecta materia, dall'art. 113 Cost.*”. Detto altrimenti, il richiamo all'art. 3 serve (soltanto, in maniera non totalmente convincente) a dare copertura costituzionale al principio chiovendiano sopra riportato, il quale, se non può sempre trovare attuazione per via ermeneutica – come osserva il Giudice di legittimità costituzionale – allora, dato che “quel che è precluso dal diritto vivente ben può e deve essere realizzato dalla Corte”, deve essere oggetto di pronuncia additiva.

La sentenza, accogliendo quindi i rilievi di illegittimità costituzionale, ha esteso alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo l'applicabilità dell'art. 700 c.p.c., con

coincidenza tra oggetto della domanda ed area della sentenza coperta dall'autorità del giudicato»; «La concezione del processo come procedimento di produzione del provvedimento, al quale parti e giudice debbono conferire apporti, vari ma necessari, sin dall'inizio e senza soluzione di continuità». Non sfugge a chi scrive la critica (CIPRIANI, *Giuseppe Chiovenda tra Salvatore Satta e Virgilio Andrioli*, in *Foro it. online*, 2002) cui questa ricostruzione in particolare del pensiero di Chiovenda è andata incontro. Ciò non interessa, qui si voleva solo evidenziare come il riferimento alle “direttive”, che costituirebbero principi irrinunciabili di civiltà processuale, sarà ripreso nella sentenza 190 del 1985, di cui è per l'appunto estensore Virgilio Andrioli.

¹⁴³ È fin troppo chiaro il richiamo a Chiovenda.

ciò sugellando l'idea che la tutela cautelare atipica, nei limiti dell'irreparabilità del pregiudizio, rappresenta un *minimum* incompressibile.

5.2. (segue) La tutela cautelare e la protezione ex art. 24 Cost.

Il sistema sembra avere recepito la lezione per cui “la deficienza dei mezzi cautelari può indebolire la efficacia della tutela giurisdizionale nel momento esecutivo, ed impedire alla giustizia, per difetto di misure preventive pronte, energiche, complete, il raggiungimento dei suoi ultimi fini”¹⁴⁴.

La pronunzia n. 253 del 1994 della Corte costituzionale (già richiamata in nota *supra*), che ha introdotto il reclamo avverso i provvedimenti che rigettano l'istanza cautelare (laddove tale reazione era data solo verso i provvedimenti di accoglimento) rammenta che “con la legge 26 novembre 1990, n. 353, recante provvedimenti urgenti per il processo civile, il legislatore ha, tra l'altro, introdotto una nuova ed unitaria disciplina del procedimento cautelare, sollecitata [... dall'esigenza] di evitare che, a fronte di una crescente domanda di provvedimenti implicanti cognizione sommaria, le differenze strutturali fra i vari procedimenti e le lacune delle rispettive discipline si traducessero in una abnorme ampiezza dei confini delle opzioni ermeneutiche sulla ricostruzione di queste ultime e sui relativi àmbiti di applicabilità. D'altronde, come questa Corte ha avuto occasione di notare con riguardo ai provvedimenti di urgenza ex art. 700 c.p.c. (sentenza n. 190 del 1985), *la disponibilità di misure cautelari costituisce espressione precipua del <principio per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione>*; ed una siffatta funzione *strumentale all'effettività della stessa tutela giurisdizionale*, essendo innegabilmente comune sia alle misure di contenuto anticipatorio che a quelle conservative, giustifica l'introduzione di una uniforme disciplina che assicuri i requisiti propri (e minimi) imposti al modello processuale dalle garanzie di cui al sistema costituito dagli artt. 3 e 24 della Costituzione, in tema di

¹⁴⁴ Le parole sono di Calamandrei, riportate in V. ANDRIOLI, *Sull'introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari di Piero Calamandrei*, in *Foro it. online*, 2009.

contraddittorio, di obbligo di motivazione e, per quanto qui interessa, di posizione delle parti nell'esercizio dei rispettivi diritti.”

La giurisprudenza della Corte, da quel momento, non ha subito ripensamenti o ridimensionamenti.

Anzi, si è confermato¹⁴⁵ che la menomazione del potere cautelare deve essere determinato da motivi di ragionevolezza, essendo sottratta alla libera determinazione del legislatore¹⁴⁶, dovendosi peraltro riconoscere che alla maggiore intensità della “della difesa giurisdizionale” “concorre comunque anche la tutela cautelare”: tutela cautelare che costituisce “espressione del principio secondo cui ogni situazione giuridica deve poter

¹⁴⁵ La sentenza di cui si fa questione è la n. 318 del 1995, con la quale la Corte costituzionale dichiara la illegittimità costituzionale delle norme in materia di riscossione di entrate di natura non tributaria (quindi privatistica) dell'Ente acquedotto pugliese nella parte in cui, determinando un trattamento peggiore rispetto agli altri servizi pubblici, non consentivano all'autorità giudiziaria di sospendere la efficacia esecutiva dell'iscrizione a ruolo delle somme contestate.

¹⁴⁶ Dalla sent. della Corte citata alla nota precedente: “si deve osservare che, come già altre volte questa Corte ha avuto occasione di affermare (sentenza n. 284 del 1974), l'esclusione del potere di sospensione cautelare, nell'ambito del sistema della tutela giurisdizionale, per considerarsi legittima, deve pur sempre risultare ispirata a motivi di ragionevolezza”.

trovare un suo momento cautelare¹⁴⁷, e che va raffigurata come componente essenziale della stessa tutela giurisdizionale”¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Salvo che ciò sia completamente inutile. Chiare le indicazioni, in tal senso, provenienti dalla sentenza n. 161 del 2000 della Corte costituzionale: “i Pretori di Padova e Palermo dubitano altresì - rispettivamente - dell’art. 11, commi 8 e 9, della legge n. 40 del 1998 (ora art. 13 del decreto legislativo n. 286), e 13, commi 8, 9 e 10, del decreto legislativo n. 286 del 1998, nella parte in cui non consentono di sospendere, in via cautelare, l’efficacia del provvedimento impugnato. La questione non è fondata. Il procedimento avverso il decreto prefettizio di espulsione, come disciplinato dalla normativa censurata, è caratterizzato da particolare speditezza. Esso si inizia infatti su ricorso dell’interessato, da proporsi entro cinque giorni dalla notifica del provvedimento, e deve essere deciso - come si è già fatto cenno - entro dieci giorni dal deposito. Orbene, *posto che la sospensione costituisce una forma di tutela cautelare, anticipatoria dell’esito della decisione, la necessità di essa viene meno - è il caso di specie - quando sia la stessa legge a imporre che la pronuncia definitiva intervenga entro un termine breve dalla formulazione della domanda. Non vi è quindi lesione dell’art. 24 della Costituzione, in quanto si garantisce comunque all’interessato di ottenere entro un certo giorno un provvedimento definitivo senza far ricorso all’anticipazione, in via cautelare, degli effetti della pronuncia di merito* (sentenza n. 427 del 1999). *La norma censurata, altrimenti detto, non è “mutila” nella parte in cui non prevede strumenti di sospensione cautelare: semplicemente, non li prevede, essendo superflui, se e in quanto il procedimento segua il suo iter normale. Quanto sin qui esposto induce a ritenere che, non essendo necessaria la tutela cautelare anticipatoria, là dove per il procedimento siano stabiliti tempi talmente rapidi da far sì che la decisione sia temporalmente contigua alla introduzione del procedimento stesso, essa è possibile allorché, patologicamente deviando dallo schema normativo astratto, il procedimento non possa concludersi nei dieci giorni fissati: ciò che potrebbe accadere ad esempio nelle ipotesi di legittimo impedimento del giudice, o di sua astensione o ricusazione, o per interruzione necessitata del procedimento.* D’altra parte, non va dimenticato che il procedimento di opposizione al decreto prefettizio di espulsione dello straniero, il quale versi in condizioni di irregolarità, è strutturato in modo tale che la mera proposizione del reclamo non impedisce il decorso del termine di quindici giorni stabilito dall’art. 13, comma 6, del menzionato decreto legislativo n. 286, scaduto il quale l’espulsione è eseguita, ai sensi dell’art. 13, comma 4, lettera a), coattivamente dal questore. Sì che, contrariamente a quanto disposto in tema di impugnazione delle misure cautelari *de libertate* nel procedimento penale, il ritardo o l’impedimento da parte del giudice nella definizione del procedimento non comporta la caducazione del provvedimento impugnato, bensì la sua esecutività. *In questi casi particolari ed eccezionali, venendo meno la contiguità temporale fra l’introduzione del giudizio e la sua definizione, la tutela cautelare non sarebbe superflua*, per cui non è inibito al giudice dell’opposizione di individuare lo strumento più idoneo, nell’ambito dell’ordinamento, per sospendere l’efficacia del decreto prefettizio impugnato”.

¹⁴⁸ L’inciso è tratto dalla sentenza n. 326 del 1997 con la quale la Corte, definitivamente pronunciando sulla questione, ha escluso la illegittimità costituzionale dell’art. 51 c.p.c. nella parte in cui non prevede l’obbligo di astensione da parte del giudice che ha conosciuto della fase cautelare. La Corte, argomento dalla diversità della cognizione del giudice penale e del giudice civile (la prima, improntata al *favor rei*), valorizza la “scelta di fondo” del legislatore di affidare la cognizione circa le istanze cautelari al giudice del merito (“Così da non potersi negare che il pieno rendimento dell’attività giurisdizionale, alla stregua del principio di concentrazione, venga più agevolmente conseguito se è sempre lo stesso giudice a condurre il processo (v. sentenza n. 158 del 1970); e neppure che il giudice più adatto a decidere del merito possa essere ritenuto, secondo ragione, appunto quello già investito di una cognizione *ante causam*, cautelare o più genericamente sommaria. Del resto, proprio in coerenza con un tale avviso il legislatore del 1990, operando una vera e propria scelta di fondo in sede di riforma del processo civile, ha attribuito all’ufficio giudiziario competente per il merito anche la competenza ad emettere provvedimenti cautelari *ante causam*”).

Appare oggi sicuro il richiamo all'art. 24 Cost.¹⁴⁹, per offrire copertura al principio per cui l'esigenza del processo non deve andare in danno della parte che ha ragione, così quindi a suggellare la necessità della previsione di una tutela cautelare nell'ordinamento costituzionale.

Di fatti, l'elaborazione giurisprudenziale successiva alla sentenza 190 del 1985, avendo abbandonato il terreno della "direttiva di razionalità" ai sensi dell'art. 3 Cost., ha aderito alle ricostruzioni dottrinali che riconducono alla effettività della tutela *ex art. 24 Cost.*¹⁵⁰ la possibilità di fruire della anticipazione cautelare¹⁵¹. Così è stato riconosciuto¹⁵² che "la tutela cautelare, infatti, in quanto preordinata ad assicurare l'effettività della tutela

¹⁴⁹ La Corte, nella citata sentenza 190 del 1985 ha ritenuto che "esige rispetto il principio, per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione", principio che trova il suo ingresso salvo che ragioni valide (ai sensi dell'art. 3 Cost.) orientino la scelta del legislatore nel senso di escluderlo. Così, se l'art. 3 è la norma-parametro alla stregua della quale sindacare la scelta del legislatore circa l'esclusione o la menomazione della tutela cautelare, è l'art. 24, come unanimemente riconosciuto in dottrina, ad offrire copertura costituzionale al principio chiovendiano di strumentalità. V., a tal proposito, A. PULEO, *Quale giustizia per i diritti di libertà?*, cit., p. 168.

¹⁵⁰ Illuminante, sul punto, la sintesi di Cass, lavoro, 4 agosto 2016, n. 16349 che, citata quasi testualmente nel corpo del paragrafo, reca: "[II] principio di effettività della tutela giurisdizionale ai sensi dell'art. 24 Cost., la quale, per la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, implica che le modalità di attuazione della tutela giudiziaria non debbano rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti (*ex plurimis*, CGUE, 19 settembre 2006 *Germany e Arcor*, C- 392/04 e C422/04, punto 57; 30 giugno 2011, *Meilicke e a.*, C-262/09, punto 55; *Pelati contro Republika Slovenija*, 18 ottobre 2012, n. 603, punto 23 e 25)". V. altresì A. PULEO, *Quale giustizia per i diritti di libertà?*, cit., p. 44: con l'art. 24 Cost., "l'azione cessa di porsi come diritto al processo *stricto sensu* per assumere il contenuto precipuo di garanzia alla tutela giurisdizionale latamente intesa, nella essenziale accezione di tutela effettiva". Questo, per lo stesso A., (*ibidem*, p. 45), smentirebbe la presenza di "diritti senza azione".

¹⁵¹ *Ex multis*, può citarsi la sentenza della Corte n. 336 del 1998: ivi il richiamo è all'art. 24 Cost. (oltre che all'art. 3 Cost. per l'indagine circa la ragionevolezza della esclusione della tutela cautelare); ancora, la sentenza 161 del 2000 è molto chiara nell'impostare la questione di legittimità costituzionale con riguardo all'art. 24.

¹⁵² Così la Corte costituzionale si è espressa nella sentenza n. 403 del 2007, con la quale ha rigettato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 11, della legge 31 luglio 1997, n. 249 (Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo) «nella parte in cui esso esclude anche la possibilità di proporre ricorso in sede giurisdizionale, fino a che non sia stato esperito il tentativo obbligatorio di conciliazione ivi previsto», sull'assunto per cui "un istituto di generale applicazione in ogni controversia di lavoro (il tentativo obbligatorio di conciliazione) si arresta in presenza di un'istanza cautelare, prevalendo - sulle altre perseguite dal legislatore - le esigenze proprie della tutela cautelare» (sentenza n. 199 del 2003). In termini più generali, questa Corte ha inoltre riconosciuto, sia pure incidentalmente, che, per i procedimenti cautelari, «l'esclusione dalla soggezione al tentativo di conciliazione si correla alla stessa strumentalità della giurisdizione cautelare» (sentenza n. 276 del 2000) rispetto alla effettività della tutela dinanzi al giudice ripetutamente ribadita da questa Corte".

giurisdizionale, in particolare a non lasciare vanificato l'accertamento del diritto, è uno strumento fondamentale e inerente a qualsiasi sistema processuale (sentenza n. 190 del 1985), anche indipendentemente da una previsione espressa”¹⁵³.

La predetta riconduzione della tutela cautelare al principio di effettività *ex art. 24 Cost.* ha il pregio, fra gli altri, di trovare dispiegamento dapprima nell’ermeneutica, assurgendo

¹⁵³ Analoga soluzione è adottata dalla CGUE. Nella causa C-213/1989 “*Factorame*”, la Corte insegna che “la piena efficacia del diritto comunitario sarebbe del pari ridotta se un a norma di diritto nazionale potesse impedire al giudice chiamato a dirimere una controversia disciplinata dal diritto comunitario di concedere provvedimenti provvisori allo scopo di garantire la piena efficacia della pronuncia a giurisdizionale sull'esistenza dei diritti invocati in forza del diritto comunitario. Ne consegue che in una situazione del genere il giudice è tenuto a disapplicare la norma di diritto nazionale che sola osti alla concessione di provvedimenti provvisori. Questa interpretazione trova conferma nel sistema istituito dall'art. 177 del Trattato CEE, il cui effetto utile sarebbe ridotto se il giudice nazionale che sospende il procedimento in attesa della pronuncia della Corte sulla sua questione pregiudiziale non potesse concedere provvedimenti provvisori fino al momento in cui si pronuncia in esito alla soluzione fornita dalla Corte. La questione pregiudiziale va pertanto risolta dichiarando che il diritto comunitario dev'essere interpretato nel senso che il giudice nazionale chiamato a dirimere una controversia vertente sul diritto comunitario, qualora ritenga che un a norma di diritto nazionale sia l'unico ostacolo che gli impedisce di pronunciare provvedimenti provvisori, deve disapplicare detta norma”.

a canone interpretativo¹⁵⁴ e ciò per una giurisprudenza ormai consolidata ed univoca¹⁵⁵, che ritiene di dover escludere pronunzie di illegittimità costituzionale quando può darsi interpretazione (costituzionalmente conforme) ammissiva della tutela cautelare: allora l'interprete dovrà sforzarsi di ricostruire il sistema nel senso che la praticabilità del rimedio cautelare non sia preclusa e, solamente ove questa operazione ricostruttiva si riveli non possibile, adire la Corte costituzionale. L'impianto ermeneutico suddetto ha inoltre il pregio di chiarire i rapporti fra tutela cautelare e condizioni di procedibilità dell'azione che diviene attuale ogniqualvolta il legislatore preveda, ad esempio, dei tentativi di conciliazione obbligatori¹⁵⁶ quali condizioni di accesso al processo).

¹⁵⁴ Ancora dalla sentenza 403 del 2007 della Corte costituzionale: “Alla luce delle richiamate indicazioni - considerando peraltro che la stessa lettera della disposizione censurata non è preclusiva della esegesi costituzionalmente orientata della medesima (sentenza n. 379 del 2007) - si deve, quindi, interpretare la predetta disposizione nel senso che il mancato espletamento del prescritto tentativo di conciliazione non preclude la concessione di provvedimenti cautelari. Tale opzione interpretativa - che obbedisce al principio, espresso anche dalla giurisprudenza di legittimità, secondo il quale le disposizioni che prevedono condizioni di procedibilità, costituendo deroga alla disciplina generale, devono essere interpretate in senso non estensivo - consente di fugare i dubbi di legittimità costituzionale proposti dal rimettente e si impone pertanto come doverosa, in linea con l'ormai consolidato orientamento di questa Corte secondo il quale «una disposizione deve essere dichiarata incostituzionale non perché può essere interpretata in modo tale da contrastare con precetti costituzionali, ma soltanto qualora non sia possibile attribuire ad essa un significato che la renda conforme alla Costituzione» (tra le molte, sentenze n. 379 del 2007, n. 343 del 2006, n. 336 del 2002, n. 356 del 1996; ordinanze n. 86 del 2006, n. 147 del 1998)”. La giurisprudenza di merito, non dimentica dell'insegnamento della Corte, ha a più riprese tenuto ferme interpretazioni ammissive della tutela cautelare anche in presenza di disposizioni normative che imponevano procedimenti conciliativi quali condizioni per ricorrere al giudice. In Trib. Bari 18/11/2010, si legge: “l'adito Tribunale, pur consapevole dell'esistenza di pronunce difformi sul punto, ritiene di aderire al quell' orientamento giurisprudenziale formatosi in sede di merito secondo cui *“in mancanza di una espressa previsione normativa, non si applica la condizione di procedibilità del tentativo obbligatorio di conciliazione disciplinato dall'art. 3 comma 1 della delibera n. 173/07/Cons. dell'Autorità Garante per le comunicazioni ai procedimenti cautelari d'urgenza, poiché la tutela cautelare costituisce uno strumento d'azione necessario per l'effettiva tutela del diritto controverso, costituzionalmente rilevante ai sensi degli artt. 24 e 111 Cost., quando si prospetti una situazione di pericolo nel ritardo, che, in quanto tale, non tollera attese e necessita di una risposta di tutela a volte immediata”* (cfr. sul punto Tribunale Taranto, 25/11/2008, Trib. Milano 12 ottobre 2006, orientamento poi confermato da C. cost. 30 novembre 2007, n. 403)”.

¹⁵⁵ Oltre alla già rammentata sentenza 336 del 1998, può richiamarsi la pronuncia n. 217 del 2000 (“Il primo motivo di inammissibilità discende dal fatto che il rimettente, nonostante la mancanza di un diritto vivente sul punto, non ha esperito alcun tentativo di interpretare la disposizione censurata nel senso che essa consenta l'applicazione al processo tributario della sospensione cautelare prevista dall'art. 373 cod. proc. civ., con conseguente insussistenza del prospettato contrasto con gli evocati parametri costituzionali”), la sentenza n. 403 del 2007 citata in nota *supra*, ma anche la pronunzia, coeva a quest'ultima, n. 379 del 2007.

¹⁵⁶ Corte cost. sent. n. 276 del 2000, con la quale la Corte ritiene non illegittima ai sensi dell'art. 24 Cost. la disciplina di cui agli artt. 410, 410-*bis* e 412-*bis* del Codice di procedura civile, in quanto prevede un

La Corte di Cassazione, vinte le iniziali resistenze¹⁵⁷, ha dato prova di essersi confermata alla lezione proveniente dai *dicta* della Corte costituzionale e ha dimostrato di sapere fare uso accorto del canone chiovendiano di strumentalità, riconducendolo all'art. 24 Cost. e conferendogli dignità di principio ermeneutico costituzionalmente imposto: “questo principio di risalente origine (*Non solet deterior condicio fieri eorum qui litem contestati sunt* - Dig. L. - 17,86) venne illustrato dalla più autorevole dottrina processualistica fra le due guerre, la quale affermò che il processo deve dare alla parte tutto quello (e proprio quello) a cui essa ha diritto, senza che qualcosa possa esserle sottratto dalla durata del processo, neppure per (asserite e vaghe) esigenze pubblicistiche della controparte. Il principio viene oggi ricondotto all'art. 24 Cost. onde ad esso deve adeguarsi ogni interpretazione nei casi dubbi”¹⁵⁸.

tentativo di conciliazione obbligatorio, anche in forza del fatto che “prima dell’espletamento del tentativo di conciliazione e durante il termine per il suo espletamento, la situazione sostanziale è comunque tutelabile in via cautelare, onde è posta al riparo da eventuali pregiudizi derivanti dalla durata del processo a cognizione piena”.

¹⁵⁷ Corte di Cassazione, SS.UU., 26 agosto 1991, n. 9129, così stabilisce: “Nè vale, [...] invocare la tutela cautelare (propria dei provvedimenti di sospensione dell'esecuzione) nei riguardi del detto provvedimento amministrativo [...]. Simile tutela, *che per evidenti ragioni di opportunità* viene di regola affidata allo stesso giudice (amministrativo o ordinario) chiamato a decidere la controversia nel merito, *non costituisce tuttavia un risvolto necessario della giurisdizione, nel senso cioè che là dove esiste giurisdizione per la decisione di una determinata controversia nel merito esista anche il potere di adottare provvedimenti di sospensione in sede cautelare. Non è configurabile infatti nel nostro ordinamento un potere cautelare generale come espressione dell'esercizio della giurisdizione. Un simile potere va riconosciuto soltanto nei casi stabiliti dalla legge e trova attuazione secondo gli istituti in essa previsti* (Corte Cost. 1.4.1982 n. 63, in motivazione), con la precisazione che *la mancata previsione di una misura cautelare* (Quale la sospensione dell'esecutorietà degli atti amministrativi in determinati casi, sia pure in materia di diritti soggettivi) *non importa violazione dell'art. 24 Cost. per mancanza di effettività della tutela giurisdizionale, la quale si attua non solo attraverso l'anticipazione degli effetti (solo eventualmente) favorevoli della pronuncia definitiva, ma anche attraverso l'esecuzione di questa al momento in cui interviene, con la restituzione delle somme (in ipotesi) indebitamente versate in ottemperanza dell'atto esecutorio, oltre agli interessi di legge e gli eventuali danni. Questo significa che la mancanza nel sistema di una specifica previsione di tutela cautelare contro gli atti esecutori dell'autorità amministrativa nazionale in materia di riscossione della penalità [...] impedisce[e] di ravvisare una tutela giurisdizionale, sia davanti al giudice amministrativo sia davanti al giudice ordinario e impon[e] perciò di concludere che, nel caso in esame, manca per il giudice ordinario, al quale (per quanto sopra detto) è devoluta la cognizione della controversia inerente alla legittimità del provvedimento di diniego della causa di forza maggiore e di incameramento della cauzione, la "potestas iudicandi" in orine alla domanda di sospensione, sia se proposta in via autonoma ai sensi dell'art. 700 CPC.”.*

¹⁵⁸ Così Cass., SS. UU., 5 luglio 2004, n. 12270.

La stessa consapevolezza della importanza della tutela cautelare ai fini della effettività della tutela pervade la giurisprudenza di merito, dalla quale proviene la sicura riconduzione della tutela cautelare ad azione generale, capace di munire la generalità dei diritti soggettivi di idonea tutela sommaria urgente¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Degna di nota è la sent. del Trib. di Milano, s.i., del 3 gennaio 2013, in *Dejure online*, con la quale (ammettendo che la tutela cautelare non può ritenersi esclusa in materia di azioni costitutive) si dimostra padronanza dei risvolti costituzionali in materia cautelare, con una sintesi che merita di essere riportata: “Si verte, dunque, in un’ipotesi di azione costitutiva ai sensi dell’art. 1453 cc [...]. In relazione a detta azione, la parte resistente ha eccepito l’inammissibilità della domanda cautelare, a suo dire possibile solo per diritti perfetti e preesistenti alla data della proposizione della domanda. La tesi non può essere condivisa. *Lo strumento cautelare costituisce infatti una componente essenziale e ineliminabile della tutela giurisdizionale, tutela da intendersi come concreta attuazione del principio secondo il quale la durata del processo non deve andare a danno della parte che ha ragione, rendendo vana l’attuazione soddisfattiva del diritto.* Si può affermare che la garanzia costituzionale del diritto d’azione trova completa attuazione sul versante cautelare solo con l’azione cautelare intesa come azione generale. La tutela d’urgenza è dunque lo strumento che munisce la generalità dei diritti soggettivi di un’idonea tutela sommaria urgente, e ne rappresenta una componente irrinunciabile, in un sistema giurisdizionale dei diritti che voglia essere efficiente e, soprattutto, effettivo. È oggi pertanto acquisito il principio - dalla maggior parte della giurisprudenza - che in tanto si può raggiungere la finalità di assicurare gli effetti della sentenza di merito, in quanto si possano adottare, in via cautelare, misure volte ad anticipare in tutto o in parte gli effetti di tale pronuncia. *Questo collegamento strumentale della tutela cautelare d’urgenza con l’esigenza d’attuare il principio d’effettività della giurisdizione, mostra con tutta evidenza che l’ambito oggettivo di applicazione della tutela d’urgenza deve essere identico a quello della tutela giurisdizionale di cognizione che è, com’è noto, la via ordinaria di tutela dei diritti soggettivi.* Questo implica che la tutela d’urgenza è strumentale a tutte indistintamente le forme di tutela giurisdizionale “in via ordinaria”, e che la misura cautelare è quindi strumento di salvaguardia dei diritti soggettivi di qualunque natura, senza che si possano operare distinzioni di sorta. Ritiene il Tribunale che la stretta correlazione che esiste tra la tutela di cognizione e la tutela cautelare - una correlazione che ha rilevanza costituzionale essendo il diritto alle misure cautelari una dimensione essenziale del diritto alla tutela giurisdizionale garantito dall’art. 24 Cost. - si esprime nella constatazione, ormai prevalentemente ammessa, che il *bisogno* di tutela cautelare può presentarsi ogni volta che vi sia *bisogno* di tutela giurisdizionale di cognizione.”.

CAPITOLO SECONDO: L'ARTICOLO 700 C.P.C.

SOMMARIO: 1. I provvedimenti d'urgenza – 2. Il *periculum in mora*: imminenza ed irreparabilità del pregiudizio – 3. Il *fumus boni iuris* – 4. La residualità dei provvedimenti d'urgenza – 5. I c.d. limiti interni – 6. Le situazioni giuridiche soggettive tutelabili. – 7. La strumentalità. I limiti oggettivi e soggettivi del provvedimento. Il principio dispositivo. – 8. Il contenuto del provvedimento. La provvisorietà. Misure aventi carattere anticipatorio e conservativo – 8.1. (segue) Le forme dell'anticipazione – 9. Il procedimento cautelare uniforme – 9.1 (segue) La revoca e la modifica – 9.2 (segue) Il reclamo cautelare – 9.3 (segue) L'attuazione

Sezione I: i provvedimenti d'urgenza

1. I provvedimenti d'urgenza

Alla luce delle considerazioni svolte nelle pagine precedenti, dovrebbe essere chiaro quale è l'interesse per i provvedimenti d'urgenza. Con una sintesi tagliente, si è osservato che *ogni attività giurisdizionale consuma necessariamente del tempo*¹⁶⁰: la tutela cautelare è l'unico mezzo per neutralizzare il pregiudizio¹⁶¹ che quel tempo recherebbe

¹⁶⁰ Sia consentito un tributo alla lezione di un Maestro. V. la nota seguente.

¹⁶¹ Non si è ritenuto, nel corso della presente trattazione, di avventurarsi in raffronti con le misure cautelari conosciute nell'ordinamento processuale amministrativo. Tuttavia, un insigne giurista, che chi scrive reputa da sempre suo Maestro, ci ha rivolto due suggerimenti. Innanzitutto, ci ha fatto dono di una bellissima sintesi, che condensa il pensiero di taluni grandissimi Autori del secolo scorso; *in secundis*, contrariato dal fatto che non si era data adeguata centralità al tema del *periculum in mora*, ha caldeggiato di guardare al processo amministrativo, perché ivi sono più chiari taluni concetti, confusi invece nel processo civile dalla patologica lentezza della giustizia, nella quale taluni interpreti – e non pochi giudici, con essi – hanno ritenuto di ravvisare una fonte di pregiudizio *in re ipsa*. La giustizia amministrativa, invece – per ragioni che non ci interessa analizzare – tende ad essere più veloce e non ha pertanto conosciuto la *distorsione* di cui si dirà subito. Dall'analisi dell'atteggiamento dei giudici amministrativi, da questo processo decisionale in materia cautelare spesso così ineffabile, alla cui comprensione non sovviene nemmeno “la motivazione espressa delle ordinanze cautelari, che è molto sintetica e spesso non esprime compiutamente il ragionamento giuridico che la precede” (G. SEVERINI, *Le procedure d'urgenza davanti al giudice amministrativo*, in *giustizia amministrativa online*, 2017), si ricava che la *curia* è chiamata ad arrestare un *pregiudizio che si genera per la natura delle cose*, secondo una *delibazione* che è tanto più di fatto che di diritto. Il cautelare, in altri termini, non è che un arresto per ordine del giudice di quel pregiudizio. Questa è la concezione tradizionale, *ortodossa*, della tutela cautelare. A questa si affianca una idea – *eterodossa* rispetto alla prima – che sulla spinta della necessità (necessità che “genera l'urgenza di provvedere per non rendere poi inutile o intempestiva la sentenza”), ritiene giustificata, soprattutto negli interessi pretensivi, l'*anticipazione* della sentenza di merito. Vi è poi un *tertium*, un orientamento che consente, stavolta in nome della effettività della tutela declinata al massimo grado, alle misure cautelari di spingersi “a offrire utilità ulteriori rispetto a quelle accordabili con la sentenza; finanche in eccesso dal rapporto di

alle ragioni dell'istante, e i provvedimenti d'urgenza sono l'*extrema ratio*, il rimedio che si suole brandire quando nessuna misura cautelare immaginata dal legislatore sarebbe all'altezza del pericolo che minaccia “chi bussa alla porta del tempio di Temi”¹⁶². In questo, risiede il fascino di una misura, *pensata* – se a chi scrive è concesso di porre la questione in simili termini – *per far fronte all'impensabile*.

Tale – se ne è consapevoli – poco tecnica premessa può ora cedere il passo ad una disamina della disciplina positiva dei provvedimenti d'urgenza, che trova collocazione nel Codice di rito, nel Libro IV (Dei procedimenti speciali), al Titolo I (Dei procedimenti sommari), Capo III (Dei procedimenti cautelari), Sezione V (Dei provvedimenti d'urgenza)¹⁶³, all'art. 700.

Esso reca: “fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”.

strumentalità”. Su questo si tornerà subito di seguito. Ora preme osservare che nel giudizio civile, i tempi essendo maggiormente dilatati, si è avuta una *aberratio* rispetto allo schema logico *ortodosso*, che vuole l'intervento del giudice cautelare confinato ad un giudizio sul *periculum*: la funzione di anticipazione (che è giudizio che, al contrario soppesa il *fumus*) in ossequio a talune prassi – che non si mancherà di approfondire nel corso del presente elaborato, ma che sembrano in via di superamento – si realizza mediante una delibazione ove talvolta tende a darsi il *periculum* per presupposto volgendosi l'attenzione del giudice *più al diritto che non al fatto* (*sub specie di fumus boni iuris*: in argomento v. C. DELLE DONNE, *Riflessioni sulla tutela “anticipatoria” d'urgenza nell'esperienza applicativa della giurisprudenza*, in *Judicium online*, 2013, pp. 1 ss). Ma questo, come sovviene al mio Maestro, non è che una *deviazione* che origina dalla rassegnazione per uno stato patologico delle cose, e non risponde a necessità. Peraltro, sembra che anche taluni autorevoli interpreti, che saranno citati nel prosieguo, abbiano subito il fascino di quel *terzo orientamento*, di cui si è detto sopra, che si pretende di declinare la tutela cautelare a servire finalità ulteriori, financo dando di più di quello che potrebbe ottenersi col giudizio di merito (v. A. PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, cit., p. 61: “[...] in via provvisoria si riesce ad ottenere più di quanto si riesca ad ottenere in via definitiva, ma mi sembra che ciò non costituisca niente di scandaloso o di illegittimo [...]”). Allora ci si consenta, seppure nella modesta sede di un elaborato di laurea, di fare ordine e rendere al giudizio sul *periculum* la centralità che merita.

¹⁶² Le parole sono prese in prestito da Virgilio Andrioli (M. ACONE, *Ricordo di Virgilio Andrioli*, in *Foro it. online*, 2011, 3, p. 134).

¹⁶³ Ivi collocato assieme agli artt. 701 e 702, rispettivamente rubricati “competenze” e “procedimento”, abrogati dalla l. 353 del 1990 la quale ha introdotto il procedimento cautelare uniforme.

Come è evidente, il legislatore del Codice ha immaginato un apposito istituto, cui affidare la funzione di consentire l'emissione di provvedimenti cautelari di contenuto non predeterminato ("atipici"), per pericoli non previsti ("atipici" anch'essi)¹⁶⁴, al fine di garantire che il tempo occorrente a far valere il diritto in via ordinaria¹⁶⁵, non pregiudichi – diremmo in termini correnti – l'effettività della tutela.

Per come è congegnato, l'art. 700 c.p.c. è vocato ad assumersi il fardello di fungere "da valvola di sfogo" del sistema¹⁶⁶, al fine di colmare le lacune previsionali¹⁶⁷. Se, come detto, il legislatore dichiarava di aspirare a "di integrare le lacune del sistema lamentate sotto il cessato Codice, e di non lasciare in alcun caso il giudice sprovvisto dei poteri d'urgenza indispensabili per far fronte a tutte le necessità della pratica"¹⁶⁸, è invece tutt'altro che condiviso l'assunto per cui questo potere di cautela – definito "generico" dal legislatore del 1942 – costituirebbe effettivamente un "potere di cautela generale"¹⁶⁹,

¹⁶⁴ V. la bella sintesi di F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. del diritto online*, Giuffrè Francis Lefebvre, 1988: "la tutela cautelare trova sempre una disciplina che ne consente l'attuazione: di solito la troverà nell'ambito delle figure nominate, ma se queste sono inapplicabili la si troverà nelle norme che regolano l'azione generale di cautela delineata dall'art. 700 c.p.c."

¹⁶⁵ "Per quanto si accelerino i tempi del processo di cognizione, per quanto si semplifichino le forme del processo di esecuzione, la tutela giurisdizionale non può mai rispondere nello stesso istante in cui è invocata, con prontezza così fulminea da evitare che tra il momento in cui il richiedente si rivolge alla giustizia e il momento in cui questa provvede, passi un intervallo tale da rendere in certi casi meno fruttuoso o addirittura inefficace il provvedimento", così la Relazione alla Maestà del Re Imperatore, del Ministro Guardasigilli Grandi, presentata nell'udienza del 28 ottobre 1940-XVIII per l'approvazione del testo del Codice di Procedura Civile, n. 32 (mezzi cautelari).

¹⁶⁶ Così la Relazione al Codice di procedura civile, già citata: "Merita sotto questo profilo speciale menzione [...] la innovazione consistente nel conferire al giudice il potere generico di prendere «provvedimenti d'urgenza» (art. 700-702) adeguati alle necessità delle circostanze in tutti quei casi in cui non sembrino abbastanza efficaci le altre misure cautelari specificatamente nominate e regolate dalla legge". In realtà "l'art. 700 c.p.c. ha fornito e fornisce da mezzo secolo a questa parte lo strumento tecnico capace di colmare lo storico steccato tra *bisogni* emergenti – prevalentemente correlati a *bisogni* costituzionali – e tecniche di protezione". Così A. PULEO, *Quale giustizia per i diritti di libertà?*, cit., p. 107.

¹⁶⁷ In tale modo la questione viene posta in F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 11.

¹⁶⁸ Relazione al Codice di procedura civile, *ibidem*.

¹⁶⁹ La tesi negativa è prevalente in dottrina: cfr. F. FIORUCCI, *op. cit.*, p. 37; N. DI SANTI PAOLA, *I procedimenti cautelari e d'urgenza dopo la riforma del c.p.c.*, s.l., Maggioli Editore, [Sant'Arcangelo di Romagna], 2009, p. 27. Esistono tuttavia voci isolate che rinvergono nell'art. 700 c.p.c. l'espressione di un

essendo ormai prevalente la lettura la quale, in luogo della potestà cautelare generale, riscontra, nella norma di cui qui si ha contezza, l'espressione di una *azione* cautelare generale¹⁷⁰ (“è pacifico che la norma di cui all’art. 700 c.p.c. attribuisce alla parte un’azione generale per la tutela cautelare di situazioni non previste o non disciplinate in modo specifico”¹⁷¹), con rilevanti conseguenze: da un lato, l’applicabilità ai provvedimenti d’urgenza del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato¹⁷² (il

generale potere di cautela (vedi A. SCARPA, R. GIORDANO, *I procedimenti cautelari*, cit., p. 28), seppure tale norma non sia “espedito di illimitata potestà giudiziale di ripristino della legalità”. Invero, se è concesso, neppure così “corretta” (ponendo la potestà cautelare al servizio del diritto soggettivo piuttosto che del diritto oggettivo) la tesi appare del tutto condivisibile. *Per distinctionem*, vedi il c.d. Progetto Carnelutti (CARNELUTTI, *Progetto del Codice di procedura civile presentato alla Sottocommissione Reale per la riforma del Codice di procedura civile del 1926*) il quale spicca – come si osserva in dottrina (cfr. A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d’urgenza*, cit., pp. 31 ss.) – per il prospetto di una misura cautelare a contenuto amplissimo e generalissimo, tesa ad assicurare non solo i provvedimenti decisori bensì anche gli atti della esecuzione forzata, dai presupposti tali da far propendere per la coloritura “pubblicistica” (inferiorità di una parte rispetto all’altra, timore che sia commessa violenza, rischio del compimento di atti capaci di compromettere il diritto controverso). Se questa misura è correttamente definita fenomenologia di una potestà cautelare del giudice, appare stridente l’accostamento dell’art. 700 c.p.c. ad essa. E ciò non tanto, o non solo, per l’accento sulla caratura “pubblicistica”, ma per la ampiezza del potere (che appare indefinito), ma anche per la generalità (capacità di assicurare anche gli atti esecutivi), che cozza con la predicata residualità dell’art. 700 c.p.c.. Ci si permette allora di porre l’accento sulla lettera della norma ([la parte...] “può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d’urgenza”) per insistere circa la esclusione della suddetta potestà cautelare generale in capo al giudice, che potrebbe invece apparire predicata nella Relazione.

¹⁷⁰ Vedi A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d’urgenza*, cit., p. 39. Gli AA. rinviengono nell’art. 700 c.p.c. l’espressione di “una vera e propria azione generale, preordinata alla tutela urgente del diritto soggettivo della parte che vi ricorre”, che sebbene debba normalmente consistere nella attuazione del diritto oggettivo, non per questo perde la propria dimensione soggettiva. Proseguono gli AA. (*ibidem*, nota 124) che tale azione avrebbe carattere generale in quanto, spiegandosi nella rimozione del pregiudizio che minaccia il diritto soggettivo dell’istante, “soddisfa l’interesse fondato sul principio generale di effettività”. La contraddizione tra “generalità” e “residualità” (*ibidem*, p. 37) sarebbe soltanto apparente, giacché la generalità andrebbe intesa nel senso che il giudice può “modulare liberamente il contenuto della emananda misura cautelare”, senza che vi sia alcun conflitto tra i due attributi (generalità e residualità).

¹⁷¹ Così in F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d’urgenza*, cit..

¹⁷² La dottrina insiste per la applicabilità della regola di cui all’art. 112 c.p.c. alla domanda cautelare, deducendo l’operatività della regola di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, essendo rimasto minoritario l’orientamento opposto (A. G. DIANA, *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 c.p.c.*, UTET Giuridica, Torino, 2012, p. 5). Così opinando, si conclude che il giudice che emani un provvedimento confliggente con il volere espresso delle parti incorrerebbe nel vizio di ultra-petizione. Le diverse interpretazioni dottrinali sono ricostruite in G. FRUS, *Riflessioni sul petitum cautelare, tra rispetto del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e potere discrezionale del giudice*, in *Giurisprudenza italiana*, 1998, pp. 197 ss. L’A. ritiene senz’altro applicabile l’art. 112 c.p.c. alle domande cautelari, sulla scorta del rilievo che – poiché la domanda cautelare costituisce una domanda giudiziale – nessuna norma autorizza l’esclusione per via interpretativa della regola di cui all’art. 112 c.p.c., norma che

che responsabilizza l'istante richiedente la cautela¹⁷³), dall'altro di portare a concludere per la necessità di vagliare – in concreto – i presupposti per l'esercizio dell'azione¹⁷⁴.

Quanto asserito non vale ad escludere che una ampia discrezionalità da parte del giudice comunque sussista¹⁷⁵, bensì ad affermare che il potere cautelare del giudice, “generale”

è invece imperativa ed applicabile a qualsiasi giudizio civile. In giurisprudenza, Trib. Spoleto, 14 luglio 2016 sebbene *incidenter tantum*, sembra invero ammettere l'operatività del principio. Più chiaro sul punto è Trib. Cagliari, 5 maggio 2005: “Deve ritenersi palesemente priva di fondamento, inoltre, l'affermazione secondo cui il provvedimento reclamato sarebbe affetto dal vizio di ultra-petizione, nella parte in cui prevede che l'insegnante di sostegno da nominarsi sia dotato di adeguata specializzazione. Come osservato, l'art. 112 c.p.c. nel prevedere che il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti della stessa, introduce il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, ed il principio trova certa applicazione anche in sede cautelare, con divieto di attribuire alla parte un bene non richiesto o, comunque, di emettere una statuizione che non trovi corrispondenza nella domanda. Tale situazione non è ravvisabile nel caso di specie, atteso che, come si è detto, è la stessa legge a prevedere che le attività di sostegno devono essere obbligatoriamente assicurate ‘mediante l'assegnazione di docenti specializzati’. La questione appare pretestuosa, d'altra parte, solo che si consideri la richiesta esplicita delle parti e, *in ogni caso, il potere del giudice, in sede di cautela atipica ai sensi dell'art. 700 c.p.c., di disporre ogni misura idonea ad assicurare provvisoriamente la tutela dei diritti, altrimenti irrimediabilmente pregiudicati*. Non dovrebbe essere necessario far notare, da ultimo, che l'assegnazione al minore di un insegnante di sostegno può avere una sua reale efficacia solo in quanto l'insegnante stesso abbia un'idonea specializzazione in relazione allo specifico handicap di cui l'avente diritto alla prestazione è portatore, con la conseguenza che, *contrariamente a quanto sostenuto, non vi sarebbe stata neppure la necessità di proposizione di una specifica domanda*, in vista della regolare instaurazione del contraddittorio”. Per l'orientamento contrario, Trib. Padova, 17 novembre 1998, con la quale il giudice della cautela ha prescritto al resistente – in materia di provvedimenti d'urgenza per la tutela del diritto alla salute – obblighi non espressamente richiesti dal ricorrente (sul punto v. A. SCARPA, R. GIORDANO, *I procedimenti cautelari*, cit., p. 31, in special modo nota 23).

¹⁷³ Per F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d'urgenza*, cit., la domanda cautelare non deve essere genericamente limitata ad invocare i provvedimenti opportuni, ma, in ossequio ai principi generali, deve contenere un preciso riferimento al provvedimento richiesto, alle ragioni che ne suggeriscono l'adozione, e alla situazione che si intende vedere prodotta a seguito dell'accoglimento dell'istanza.

¹⁷⁴ Cfr. A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 41. Gli AA. ritengono imperativo che si valuti la sussistenza dei “requisiti cui è subordinata l'esistenza di quel diritto di azione, dall'interesse alla legittimazione ad agire, da coordinare alla situazione giuridica soggettiva cautelanda e, mediamente, alla [oramai eventuale] azione di merito”.

¹⁷⁵ Se ne prende atto nella stessa Relazione cit., allorché reca che “il nuovo Codice [...] principalmente si preoccupa di innalzare l'autorità del giudice”.

in quanto *atipico*¹⁷⁶ dovrà misurarsi con la domanda di parte¹⁷⁷; discrezionalità che la dottrina si sforza di relegare a due precisi momenti: la interpretazione della domanda cautelare e l'elezione delle misure attuative¹⁷⁸, restando, in linea di principio, preclusa al giudice la emanazione di provvedimenti non voluti dalle parti¹⁷⁹. Detto altrimenti, e ribaltando la prospettiva, la domanda di parte, che individua il diritto e – almeno nella prassi, solo eventualmente¹⁸⁰ – il provvedimento di tutela, si erge a limite del potere cautelare del giudice¹⁸¹.

¹⁷⁶ E' questo il significato con il quale deve ri-leggersi l'attributo della generalità che connota il potere cautelare del giudice ai sensi dell'art. 700 c.p.c.. Così in N. DI SANTI PAOLA, *Provvedimenti cautelari e d'urgenza dopo la riforma del c.p.c.*, p. 28.

¹⁷⁷ Si ritiene in dottrina (A. G. DIANA, *Procedimenti cautelari e possessori*, cit.) che “il giudice stesso [...] rimane sfornito di un potere determinativo, il cui luogo formativo resti definito dal suo ufficio, il quale possa, a sua volta, essere spiegato, anche oltre i limiti di natura oggettiva imposti dalla domanda cautelare di parte”. Per l'A. allora, l'istante ha l'onere di fissare con la domanda cautelare: il diritto soggettivo (che sarebbe poi il *petitum* c.d. mediato, il bene della vita cui si aspira) e il provvedimento richiesto al giudice della cautela (niente altro che il *petitum* c.d. immediato). La sopradetta attività di specificazione attuata dalla parte si pone quale “condizione-limite”.

¹⁷⁸ Così in A. G. DIANA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 4. Questi due ambiti di discrezionalità del giudice (rispettivamente “esatto inquadramento dell'aspetto attuativo della tutela cautelare” e “interpretazione della domanda resa dall'istante”) vocano il giudice a “rendere, in base alla natura e alla specificità del caso vagliato, il provvedimento che sotto il profilo della capacità e idoneità, si delinea come quello che meglio è in grado di offrire, appunto, concreta attuazione alla tutela cautelare stessa rispetto alla situazione obiettiva suggerita dalla fattispecie definita”.

¹⁷⁹ A. G. DIANA, *Procedimenti cautelari e possessori*, cit.. Identici rilievi in F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. IV, cit., p. 289.

¹⁸⁰ A. G. DIANA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 2, nota 1. L'A. osserva che, nella prassi, parte ricorrente non indica compiutamente il provvedimento cautelare da assumere. Nell'opinione dell'A., la prassi origina dalla convinzione che il giudice sia fornito di potere discrezionale circa la determinazione del contenuto del provvedimento. L'opinione contraria fa leva sulla finalità del provvedimento d'urgenza (anticipare gli effetti della sentenza di merito): allora, “transitivamente”, il provvedimento d'urgenza resta partecipe di quegli “ambiti vincolistici, che si risolvono nel condizionare il giudice in relazione alla definizione del contenuto della sentenza, i quali fanno rimando alla osservanza del principio della domanda da cui discende il rispetto del principio che vuole la corrispondenza del chiesto e del pronunciato”.

¹⁸¹ Peraltro, si asserisce in dottrina (A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., pp. 37 ss.) che la domanda cautelare ha finalmente guadagnato la dimensione sostanziale, sicché il fondamento sostanziale dell'azione non “può che elevarsi a misura e limite” del potere cautelare del giudice). Gli AA. insistono sulla circostanza che la lettera della norma, per quanto designi un ampio potere in capo al giudice, lo circoscrive “alla assicurazione degli effetti della futura decisione di merito, con un giudizio di idoneità (delle misure da assumere) commisurato alle circostanze [...]”. Allora, concludono gli AA., “di tanto si

Tirando le fila, potrebbe sinteticamente asserirsi con la dottrina che l'art. 700 c.p.c. esplica la funzione di “assicurare in via provvisoria, a favore e nei confronti di determinate parti, gli effetti della decisione di merito che successivamente dovrà essere – all'esito del giudizio a cognizione piena – pronunciata tra le stesse parti sul medesimo diritto”, e che quindi, lo scopo in concreto assegnato all'art. 700 c.p.c. è quello di “proteggere i diritti minacciati da un pregiudizio imminente ed irreparabile durante il tempo occorrente per farli valere in via ordinaria”¹⁸², scopo da attuare mediante l'adozione dei provvedimenti che di volta in volta si profilino più “idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”, secondo la lettera della norma.

L'art. 700, ha, negli anni, costituito la risposta ad ogni vuoto di tutela cautelare che l'ordinamento presentasse, forse in una misura inevitabile, come universale (e quindi ineluttabile) è il bisogno¹⁸³ che preme per l'ampliamento delle maglie della tutela *extra ordinem*.

A questa crescente domanda di tutela urgente il legislatore ha prestato ascolto, intervenendo¹⁸⁴ con la legge di riforma n. 353 del 26 novembre 1990, la quale, secondo l'autorevole interpretazione della Corte costituzionale, “ha, tra l'altro, introdotto una nuova ed unitaria disciplina del procedimento cautelare, sollecitata dall'esigenza [...] di evitare che, a fronte di una crescente domanda di provvedimenti implicanti cognizione sommaria, le differenze strutturali fra i vari procedimenti e le lacune delle rispettive discipline si traducevano in una abnorme ampiezza dei confini delle opzioni

estendono i poteri del giudice civile nell'ambito della giurisdizione di merito, di quanto si allargare i poteri cautelari d'urgenza, nel cui disegno di indovina un logica che diremmo della ‘continenza’ [e che altri denoterebbero con l'usuale richiamo alla strumentalità del cautelare]”.

¹⁸² Sono le parole di N. DI SANTI PAOLA, *I procedimenti cautelari e d'urgenza dopo la riforma del c.p.c.*, cit., p. 27.

¹⁸³ Una simile riflessione critica viene svolta in A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 10. Gli Autori argomentano che le forme di tutela urgente, variamente disciplinate dai legislatori nazionali, sembrano costituire epifanie di “un comune anelito”.

¹⁸⁴ Il “caos normativo” nel quale versava la materia è rammentato da A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, in *Foro it. online*, 1991, V, p. 57 e, più nel dettaglio, in F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., pp. 34 ss.

ermeneutiche sulla ricostruzione di queste ultime e sui relativi àmbiti di applicabilità”¹⁸⁵. L’indagine dei profili processuali dovrà quindi necessariamente allargarsi sino a ricomprendere il procedimento cautelare uniforme.

La materia, lungi dall’aver raggiunto un punto di definitiva stasi, ha dato prova di essere in movimento con la legge 80 del 2005, della quale si darà contezza, che è intervenuta sul regime di “provvisorietà”, comune alle misure cautelari aventi contenuto anticipatorio della futura decisione di merito quanto alle misure a carattere c.d. “conservativo”.

Prima di indulgere nella trattazione della disciplina del rito cautelare sembra d’uopo ripercorrere gli aspetti che diremmo “sostanziali” (non senza forse uno – si auspica – scusabile abuso terminologico), al solo fine di poter racchiudere entro una unica più ampia categoria i presupposti per la concessione della misura d’urgenza, la “residualità” di dette misure, la loro “strumentalità” rispetto al giudizio di merito, la “provvisorietà”, il contenuto possibile dei provvedimenti d’urgenza.

¹⁸⁵ L’inciso è estrapolato dalla cit. sentenza n. 253 del 1994 della Corte cost., inciso che prosegue rimarcando: “d'altronde, come questa Corte ha avuto occasione di notare con riguardo ai provvedimenti di urgenza *ex art. 700 cod. proc. civ.* (sentenza n. 190 del 1985), la disponibilità di misure cautelari costituisce espressione precipua del <principio per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione>; ed una siffatta funzione strumentale all'effettività della stessa tutela giurisdizionale, essendo innegabilmente comune sia alle misure di contenuto anticipatorio che a quelle conservative, giustifica l'introduzione di una uniforme disciplina che assicuri i requisiti propri (e minimi) imposti al modello processuale dalle garanzie di cui al sistema costituito dagli artt. 3 e 24 della Costituzione, in tema di contraddittorio, di obbligo di motivazione e, per quanto qui interessa, di posizione delle parti nell'esercizio dei rispettivi diritti”.

Sezione II: la disciplina sostanziale

2. Il *periculum in mora*: imminenza ed irreparabilità del pregiudizio

Si è già avuto modo di osservare che la tutela cautelare ha per presupposti *fumus boni iuris* e *periculum in mora*¹⁸⁶. Quest'ultimo requisito si declina, secondo la lettera dell'art. 700 c.p.c., nella forma del “pregiudizio imminente e irreparabile”¹⁸⁷, tale da suscitare un fondato timore di compromissione del diritto, durante il tempo occorrente a far valere il diritto stesso.

Il *periculum*, come immaginato dal legislatore, è quel pregiudizio innominato¹⁸⁸ – imminente – che si verificherà con ragionevole certezza¹⁸⁹ (come si desume dal carattere di “fondatezza” che deve connotare il timore perché questo sia rilevante ai fini che interessano) e che diverrà irreparabile, in mancanza dei provvedimenti del giudice della cautela. In altre parole, svolgendo la formula testuale dell'art. 700 c.p.c. (“durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile”), si ricava che il *periculum* è il rischio di non poter

¹⁸⁶ Ma (si osserva in F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d'urgenza*, cit.) mentre nelle misure nominate il *periculum* viene esattamente determinato dalla legge, nella tutela urgente quello acquista rilevanza allorquando – checche sia il modo in cui si manifesta – assuma i contorni della irreparabilità.

¹⁸⁷ In giurisprudenza, *ex multis*, Trib. Roma, XI, 27 gennaio 2017: “considerato, inoltre, che presupposti per la concessione del provvedimento atipico di cui all'art. 700 c.p.c., al pari di ogni altra misura cautelare tipica volta ad impedire che la futura pronuncia del giudice possa risultare pregiudicata dal tempo necessario ad ottenerla e, quindi, ad assicurare provvisoriamente gli effetti della successiva decisione di merito, sono: a) il *fumus boni iuris* [...]; b) la presenza di un *periculum in mora*, costituito dall'imminenza di un pregiudizio irreparabile che possa compromettere il diritto azionato nel periodo necessario a farlo valere in via ordinaria”.

¹⁸⁸ Il *periculum*, come osservato in dottrina (F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 116), è innominato, atipico: ciò implica che il legislatore, limitandosi a prevedere che il *periculum* rivesta i caratteri di imminenza ed irreparabilità, ha con ciò inteso che potenzialmente può costituire oggetto di ricorso al provvedimento d'urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c. qualsiasi pregiudizio (qualsiasi atto o fatto dannoso, interno od esterno al processo). In realtà, i *pericula* che la tutela cautelare è destinata a neutralizzare sono il pericolo da infruttuosità e il pericolo da tardività. Il primo (pericolo da infruttuosità) null'altro sarebbe che il rischio che intervengano circostanze tali da vanificare la decisione nel merito (esso sarà allora fronteggiato con misure “conservative” del diritto). Il pericolo da tardività è il rischio che la tutela dichiarativa giunga troppo tardi e si impone allora di accelerare in via cautelare la soddisfazione del diritto. La distinzione – teoricamente non inattaccabile, come osserva l'A. – reca seco quella *summa distinctio* dei provvedimenti in conservativi e anticipatori. L'argomento sarà trattato più diffusamente *infra*.

¹⁸⁹ La dottrina è – senza eccezioni – orientata nel senso di ritenere che il pregiudizio deve “incombere con vicina probabilità”. F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 117.

fruire in modo utile del provvedimento ottenibile in via ordinaria, ovvero di giungere troppo tardi al soddisfacimento del diritto. Quindi si comprende come il pericolo, da neutralizzare col provvedimento concesso dal giudice, assuma una pregnante dimensione temporale¹⁹⁰: con ciò non si allude solo al fatto che la cautela avrà come orizzonte temporale la durata del processo¹⁹¹, bensì anche al fatto che si richiede che il pregiudizio incomba in maniera tale da avere il carattere – secondo una terminologia invalsa nella dottrina – di attualità ed imminenza¹⁹².

Se quindi il pregiudizio deve porsi in termini di attualità e imminenza impegna l'interprete allora – sul piano del nesso di probabilità – non possono ravvisarsi gli estremi per la concessione del provvedimento d'urgenza ogniqualvolta il pronostico circa la verifica dell'evento dannoso si arresti sulla soglia della eventualità¹⁹³: secondo una ricostruzione condivisibile, i fatti costitutivi dell'evento pregiudizievole dovranno avere iniziato il proprio percorso formativo, ovvero dovrà potersi riscontrare qualche elemento di fatto che faccia ragionevolmente concludere che l'avversità sarà giunta a compimento

¹⁹⁰ In una valutazione, però, che sembrerebbe “astrarsi”, rispetto invece a quanto prescriverebbe la lettera della norma, la quale impegna l'interprete all'apprezzamento del rischio discendente dal tempo necessario a celebrare il processo. Così in C. DELLE DONNE, *Riflessioni sulla tutela “anticipatoria” d'urgenza nell'esperienza applicativa della giurisprudenza e in alcune recenti scelte del legislatore*, cit., p. 2.

¹⁹¹ Ovvero non potrà concepirsi cautela che duri oltre il tempo necessario a far valere il diritto nelle forme che l'ordinamento prevede.

¹⁹² Il riferimento è ad A. G. DIANA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 42.

¹⁹³ Trib. Treviso, sez. I, 19 gennaio 2017: “imminenza del pregiudizio implica che l'evento dannoso paventato da chi domanda il provvedimento d'urgenza debba non essere di remota possibilità, ma incombere con vicina probabilità, non essendo sufficiente ai fini dell'emissione del provvedimento d'urgenza, la sola remota possibilità di un pregiudizio al diritto cautelando”. La decisione citata si iscrive in una scia formata da numerose altre decisioni, di talché può dirsi che l'orientamento in materia è consolidato. V., in senso conforme, la non recente Pret. Taranto 15 luglio 1986 il cui *decisum* è il seguente: “solo in casi di effettiva urgenza, e cioè dall'imminenza di pregiudizio per un diritto, può essere utilizzato lo strumento eccezionale del ricorso al pretore ai sensi dell'art. 700 c.p.c.; ove si tratti, invece, di semplice possibilità che si verifichi un pregiudizio occorre promuovere l'azione ordinaria dinanzi al giudice competente, il quale potrà pronunciare eventuali provvedimenti urgenti, ai sensi dell'art. 701 c.p.c., quando sopravvenga l'imminenza del pregiudizio per il diritto stesso”.

prima dell'intervento giurisdizionale in via ordinaria¹⁹⁴. Perlomeno in un numero rilevante di casi, intercorrerà un breve lasso di tempo tra pericolo e danno¹⁹⁵.

L'imminenza del pregiudizio – che realizza la saldatura fra carattere *repressivo* e *preventivo* della tutela cautelare¹⁹⁶ – va apprezzata avuto riguardo alla situazione concreta, tanto per quanto attiene alla situazione giuridica soggettiva minacciata, che ai connotati della minaccia. Quindi, se pure non potrà – in linea di massima – dirsi imminente un

¹⁹⁴ Vedi A. G. DIANA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., pp. 42 ss. In giurisprudenza il punto è pacifico, sin dalla risalente pronuncia Pret. Milano, 10 agosto 1996 che – muovendo dalla premessa che il giudice del procedimento cautelare può emettere i suoi provvedimenti prima del verificarsi dell'evento dannoso, oltre che nel corso della produzione del danno – conclude che l'imminenza del pregiudizio, più che ad un criterio cronologico deve essere parametrata alla possibilità di ravvisare elementi di fatto diretti già alla produzione del pregiudizio, che deve essere avviato o almeno direttamente ed univocamente “preparato” così da poter ritenere in base ad una valutazione probabilistica che l'evento dannoso possa verificarsi in tempi brevi. In altre parole, la tutela cautelare troverebbe il suo limite nell'impossibilità di essere “meramente preventiva” di “eventuali lesioni” giuridiche connesse a futuri comportamenti. In senso conforme una serie di decisioni – fra cui Tribunale Napoli, p.i., 1 agosto 2005 – che inquadrano oggi il problema in termini di “attualità del pregiudizio” ovvero contestualità rispetto al momento in cui il giudice è chiamato a decidere sull'istanza cautelare, non ritenendo possano essere prese in considerazione le valutazioni di tipo probabilistico circa nocimenti futuri ipotetici ed eventuali.

¹⁹⁵ Da Trib. Roma, 30 gennaio 2008: “che per completezza di analisi va rilevato che nel caso in esame non si ravvisa neppure il requisito del *periculum in mora*; – che in particolare la stessa ricorrente afferma che l'attività contraffattiva delle resistenti sarebbe «durata ormai già da diversi anni» [...]; – che il ritardo nella reazione rispetto a tale attività delle resistenti non appare giustificato [...] deve ritenersi pertanto che il decorso di un apprezzabile periodo di tempo rispetto all'inizio della condotta lesiva risponda piuttosto ad una precisa e consapevole scelta di politica aziendale; – che pertanto tra il verificarsi dell'evento prospettato come dannoso e la proposizione della domanda giudiziaria è decorso un rilevante periodo di tempo, durante il quale la parte ricorrente ha consapevolmente tollerato la condotta illecita addebitata alle resistenti, ciò che vale ad escludere il carattere dell'imminenza del *periculum*, cosicché anche sotto questo profilo il ricorso va rigettato”.

¹⁹⁶ Trib. Treviso, I, 19 gennaio 2017, cit. *supra*: “L'imminenza è requisito della tutela urgente che pare correlato con il carattere preventivo della medesima, e nondimeno l'aggettivo 'imminente' non è attribuito soltanto ad eventi comunque futuri, ma vale anche come sinonimo di 'pressante' o di 'impellente': è imminente quindi anche un pregiudizio attuale a cui sia urgente porre rimedio, come d'altronde è pacificamente ammesso. Il ricorso all'art. 700 c.p.c. è, pertanto, proficuamente esperibile sia per evitare il prodursi di un evento lesivo, sia per inibire le conseguenze pregiudizievoli della condotta illecita già verificatasi”. In dottrina, A. PULEO, *Quale giustizia per i diritti di libertà?*, cit., p. 178, per cui l'imminenza del pregiudizio è un requisito che ha per conseguenza la valorizzazione della funzione preventiva della tutela. V. anche N. DI SANTI PAOLA, *op. cit.*, pp. 118 ss. A tal proposito l'A. osserva che i provvedimenti d'urgenza possono svolgere una funzione tanto repressiva quanto preventiva, potendosi dispiegare al fine di evitare che il pregiudizio si realizzi o che il perdurare del fatto lesivo continui a produrre danni, tali provvedimenti non svolgendo solo una funzione anticipatoria, ma anche di vera e propria inibitoria, divenendo fonte di obblighi di fare e non fare tra le parti.

pregiudizio che si è già consumato (poiché sarà deficiente il canone della attualità), occorrerà comunque condurre una valutazione caso per caso¹⁹⁷.

Del pari, l'imminenza del pregiudizio impegna ad una indagine tesa a riscontrare elementi di fatto identificabili con condotte preparatorie, le quali, con pressoché certezza, conducano ad un pregiudizio (irreparabile) in un breve lasso di tempo¹⁹⁸. Imminenza, però, non è soltanto la "seria eventualità" che si verifichi un evento avverso foriero di danno, ma essa si riscontra pure nei casi in cui detto pregiudizio è in procinto di verificarsi nel momento in cui viene attivata la tutela cautelare¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Cfr. N. DI SANTI PAOLA, *op. cit.*, pp. 118 ss. L'A. ammonisce che – entro i precisi limiti che saranno detto subito – è ammissibile l'intervento del provvedimento d'urgenza ad eliminare un pregiudizio che ha già avuto corso. Ciò accade quando si è accertato che il pregiudizio persiste e la tutela cautelare può ancora rivestire funzione assicurativa (in altre parole, è fondato il timore di reiterazione della condotta) oppure che è diretto a rimuovere o mitigare gli effetti del pregiudizio – tutt'ora presenti – ma in tal caso l'istante sarà gravato della prova della circostanza che la domanda cautelare è volta a scongiurare gli ulteriori effetti dannosi che ancora possono prodursi, o si stanno producendo. Concorde sul punto F. FIORUCCI, *op. cit.*, p. 119. L'A. aggiunge – in accordo con la giurisprudenza – che il procedimento *ex art. 700 c.p.c.* debba concludersi con pronuncia di rigetto per sopravvenuta carenza di interesse ad agire allorché il pregiudizio – al momento della proposizione della domanda solo minacciato – si sia definitivamente trasformato in danno, non essendo più suscettibile di cagionare ulteriori incombenze negative. In giurisprudenza, *ex multis*, Trib. Catania, sez. p.i., 7 gennaio 2006: "A tal riguardo allora si reputa di dovere, a tal uopo, confermare l'indirizzo costantemente espresso dalla giurisprudenza per cui l'imminenza del *periculum in mora*, sussiste allorché l'attività illecita è in atto e vi è il rischio fondato che essa possa essere ripresa o ripetuta, determinando un ulteriore aggravamento del danno [...]. [...] tutti elementi che concludono il dedotto *periculum* di persistente pericolo e aggravamento dello stesso qualora non si disponesse conseguentemente per via cautelare". In senso conforme anche Trib. Venezia, 30 gennaio 2006, che sancisce che in caso di contraffazione sussiste il '*periculum in mora*' anche quando l'attività contraffattiva è iniziata da molto tempo se tra le parti non si è verificata una stabilizzazione nei rapporti di mercato ma il contraffattore aumenta progressivamente il proprio giro d'affari.

¹⁹⁸ *Ex multis*, Trib. Bari, lav., 30 aprile 2011: "L'imminenza del danno, più che a un criterio cronologico, deve essere parametrata alla possibilità di ravvisare elementi di fatto diretti già alla produzione del pregiudizio che deve essere iniziato o almeno direttamente ed univocamente preparato, così da poter ritenere in base ad una valutazione probabilistica che l'evento dannoso possa verificarsi in tempi brevi. E' onere del ricorrente fornire la prova, sia pure in termini di probabilità e non di certezza, circa l'imminenza del pregiudizio, da individuarsi non già in uno stato soggettivo di timore, ma in una situazione oggettiva, riscontrabile dalle circostanze dedotte".

¹⁹⁹ Per la tesi cfr. A. G. DIANA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 49. In giurisprudenza, Trib. Bari, lav., 30 aprile 2011, cit.: "Circa il *periculum in mora* lo stesso deve essere accertato oggettivamente, dovendo corrispondere ad una situazione di pericolo attuale, reale ed obiettiva, determinata dalle effettive condizioni in cui si è venuta trovare il richiedente. Per costante giurisprudenza al fine di valutare l'immanenza ed irreparabilità del pregiudizio è necessario distinguere i vari momenti in cui può intervenire il giudice dell'urgenza. Infatti, nell'ipotesi in cui questi intervenga prima del verificarsi del danno, occorre che sussistano elementi tali da cui risulti l'esistenza di atti preparatori che, sia pure in termini

Il giudizio prognostico non dovrebbe aggravarsi indulgendo in valutazioni approfondite circa la diligenza dimostrata dall'istante, ma l'inerzia del titolare del diritto appare incompatibile con la configurazione di quella situazione di urgenza che costituisce presupposto per l'emanazione della misura. L'assunto sembra pacifico in giurisprudenza, la quale ritiene il decorso di un notevole lasso di tempo espressione di tolleranza del

di probabilità, conducano ad un evento oggettivamente idoneo a determinare entro un tempo ragionevolmente breve un pregiudizio di tipo irreparabile. Invece, nell'ipotesi in cui il pregiudizio si sia già realizzato, l'intervento del giudice sarà diretto, da un lato ad eliminare l'immediata situazione antiggiuridica determinatasi e dall'altro, a prevenire gli eventuali ulteriori e possibili effetti dannosi nel caso in cui la potenzialità lesiva non si sia ancora totalmente esaurita”.

pregiudizio²⁰⁰, e l'orientamento appare da condividere²⁰¹, a patto di non trincerarsi dietro ad un eccessivo concettualismo, dimentico del normale svolgimento delle vicende della

²⁰⁰ Da ultimo, Trib. Roma, s.i., 15 luglio 2020: “Nella fattispecie in esame, infatti, risulta decisivo, ai fini della valutazione della sussistenza del *periculum in mora* relativamente alle presunte condotte illecite di parte resistente [...] il notevole lasso temporale intercorso tra l'avvenuta conoscenza delle stesse da parte del soggetto danneggiato – il quale a tutela dei propri diritti ha proposto nell'anno 2018 l'azione di merito di contraffazione e di concorrenza sleale più volte richiamata - e l'instaurazione del presente procedimento d'urgenza in corso di causa nel mese di giugno 2020. [...] 19. Quanto appena evidenziato priva [...] il pericolo paventato dalla ricorrente dei requisiti dell'irreparabilità, gravità, attualità ed imminenza, nei termini in cui tali requisiti sono richiesti per l'adozione delle misure cautelari e urgenti. Tale assunto trova conforto nella condivisibile giurisprudenza di merito secondo la quale, a prescindere dalle formule giurisprudenziali tratte sul *periculum in mora in re ipsa* nelle controversie in materia di proprietà industriale (sull'assunto che la contraffazione crea sempre un pericolo attuale di sviamento di clientela tendenzialmente irreversibile e perché i danni sono difficilmente quantificabili e risarcibili all'esito del procedimento ordinario), va comunque esclusa la concreta 'irreparabilità' del paventato pericolo una volta trascorso un notevole lasso di tempo senza che il danneggiato eserciti il proprio *ius agendi* in sede cautelare, atteso che il lungo protrarsi della situazione asseritamente lesiva porta a ritenere sostanzialmente 'stabilizzate' le possibili conseguenze lesive della condotta lamentata (Trib. Palermo, 29.09.2012). Sul punto, la giurisprudenza ha precisato che il *periculum in mora* va escluso quando tra il verificarsi dell'evento prospettato come dannoso e la proposizione della domanda cautelare sia decorso un apprezzabile periodo di tempo e la situazione prospettata come pregiudizievole era ben nota alla parte che si assume lesa, dato che il tempo trascorso costituisce sintomo di una tolleranza che è incompatibile con l'assunta urgenza. Sicché ha ritenuto esclusa la dedotta irreparabilità del paventato pericolo una volta trascorso un notevole lasso di tempo prima che il danneggiato, benché consapevole della situazione ritenuta lesiva, abbia esercitato il proprio '*jus agendi*' in sede cautelare (Trib. Bologna, 08.04.2010; Trib. Bologna 23.04.2014). Al riguardo, va osservato come la giurisprudenza abbia ritenuto insussistente il requisito del *periculum in mora* richiesto per la proposizione del procedimento di urgenza ex art. 700 c.p.c. 'quando sia trascorso un periodo di circa un anno dal più recente dei fatti contestati al momento della proposizione del ricorso, in quanto tale decorso del tempo evidentemente costituisce sintomo di una tolleranza antinomica rispetto alla assunta urgenza' (Trib. Napoli 4.2.2005, Trib. Napoli 5.7.2002). 20. Alla stregua delle argomentazioni che precedono, dal momento che, per stessa ammissione di parte ricorrente, [...] il giudizio di merito è stato instaurato da oltre due anni e mezzo, va esclusa, per questi ultimi la 'irreparabilità' del pregiudizio e, con essa, la sussistenza del *periculum in mora*”. La pronuncia citata è espressione di un orientamento giurisprudenziale consolidato (cfr. la risalente Pret. Taranto 15 luglio 1986, che ha escluso la sussistenza dei requisiti di imminenza e irreparabilità del pregiudizio nella condotta di esercizio abusivo di laboratori di analisi chimiche protrattasi per diversi anni prima che il consiglio dell'ordine dei chimici richiedesse la cessazione dell'attività ex art. 700 c.p.c.; o ancora Pret. Roma, 16 luglio 1991).

²⁰¹ Cfr., per l'opinione dottrinale, A.G. DIANA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., pp. 45 ss. L'A. argomenta che sarebbe contraddittorio – e pertanto insostenibile logicamente – allegare che un pregiudizio minaccia un diritto nel tempo occorrente a farlo valere in via ordinaria se il giudizio ordinario non è stato tempestivamente coltivato. Simili affermazioni – senz'altro corrette in principio – costituiscono una reazione alle interpretazioni, soprattutto giurisprudenziali, che avevano oltremodo allentato lo scrutinio sui requisiti di imminenza del pregiudizio (spesso ritenuto provato *in re ipsa*, quando era provato il *fumus boni iuris*), secondo l'idea, senz'altro da respingere, che il provvedimento d'urgenza costituisca una sorta di alternativa al giudizio ordinario di cognizione. Ci si permette di osservare che così si impegna il giudice in una indagine sulla diligenza – i cui parametri rimangono oscuri, o quantomeno non definiti – che la norma non sembra richiedere, e qualora portata alle estreme conseguenze, tale sindacato reca il rischio di introdurre un vaglio quasi di “meritevolezza”, una sorta di giudizio sulla condotta dell'istante, che rischia

vita²⁰², che restringa oltremodo le maglie della tutela d’urgenza; di contro, non si può svuotare di ogni significato il requisito della imminenza del pregiudizio ritenendolo implicito nella fisiologica durata del processo di ordinaria cognizione nel quale far valere il diritto. Ciò perché l’art. 700 c.p.c. non è stato concepito per essere la soluzione alla durata *patologica* del processo, ma per far fronte ad un pregiudizio imminente ed irreparabile, che minaccia di abbattersi sul diritto nelle more del giudizio²⁰³. Sebbene qualche autore abbia tentato di dimostrare l’illegittimità di una compressione della libertà di scelta sul momento in cui rivolgersi al giudice²⁰⁴, la lettura di maggior rigore operata dalla giurisprudenza sembra suscitare il plauso dei commentatori²⁰⁵.

di assumere contorni di irrealtà se basato sulla *fictio* che i soggetti siano sempre consapevoli dei propri diritti, quindi sappiano valutare immediatamente quando il pregiudizio minaccia un loro bene della vita e in quale momento è opportuno attivare una tutela urgente.

²⁰² Talvolta però anche di ragioni giuridiche che suggeriscono di attendere un determinato lasso di tempo prima di attivare la tutela d’urgenza. V., per simili considerazioni, A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d’urgenza*, cit, p. 217, nota 582. Gli AA. rammentano che per il c.d. *mobbing* la giurisprudenza richiede la reiterazione della condotta per un arco di tempo rilevante.

²⁰³ Così F. FIORUCCI, *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 119 s. L’A. argomenta – in accordo con la migliore dottrina (F. TOMMASEO, *op. cit.*) – che la “mera, fisiologica durata del processo non può assurgere a fonte autonoma di danno”. Il pregiudizio imminente, al contrario, è fuori dal processo, esterno ad esso, ed è quello che minaccia il diritto nel tempo occorrente a farlo valere. Le more della cognizione sono, nell’opinione dell’A., indefettibile caratteristica del fenomeno processuale ed in quanto tale non suscettibili di produrre pregiudizio alcuno. In altre parole, non è possibile ravvisare il *periculum in re ipsa*, insito, cioè, nella stessa necessità di servirsi del processo, ma occorre un danno che discenda direttamente da tale – fisiologica o patologica – durata.

²⁰⁴ Si v. F. FIORUCCI, *op. cit.*, p. 123. Sono principalmente due le argomentazioni impiegate per confutare la tesi che nega la disponibilità del rimedio urgente a quanti abbiano atteso troppo a lungo. La prima ruota attorno alla libertà del titolare del diritto di scegliere il momento in cui attivare la tutela. Tale libertà di scelta costituirebbe l’essenza stessa del diritto soggettivo, quindi appare scorretto che il giudice si sostituisca al titolare nell’esercitare simile sindacato. L’altro rilievo che viene mosso, di natura squisitamente empirica, è imperniato sulla constatazione che tra le ragioni per cui si può tollerare una lesione non sempre rientra una accettazione della situazione pregiudizievole. Provverebbe troppo il ragionamento di chi ravvisi nell’inerzia, “automaticamente”, una abdicazione volontaria ai propri poteri di reazione. L’A. conclude tuttavia – in accordo con la giurisprudenza pressoché unanime – che le opinioni non persuadono per l’insanabile contraddizione insita nell’allegare un pregiudizio connotato da urgenza di provvedere e tolleranza della violazione, inerzia del titolare.

²⁰⁵ Purché si tenga a mente che per “tardiva proposizione della domanda” non si intendono quei casi in cui la violazione, già perfetta, può essere reiterata oppure si prospetti effetti dannosi più gravi od ultronei. La dottrina (F. FIORUCCI, *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 124 s.) rammenta che la tutela d’urgenza non mira a rimuovere solo la violazione in sé, ma anche le sue perduranti conseguenze ed i suoi effetti. Allora, se gli effetti della lesione si prospettano ancora attuali, deve ritenersi ricorrente il requisito della imminenza del pregiudizio (in veste di attualità).

Riassumendo quanto detto sopra con una formula elaborata dalla dottrina, il pregiudizio deve corrispondere ad un pericolo *attuale, reale, involontario, obiettivo*²⁰⁶, che appaia in grado di frustrare l'effettività della tutela.

Il secondo requisito che deve connotare il *periculum* perché si possa attivare la tutela d'urgenza è quello della irreparabilità del pregiudizio.

Quest'ultimo è concetto la cui esegesi ha impegnato seriamente gli interpreti, essendo numerosi gli orientamenti che si sono via via contesi il campo. La riflessione ha anche risentito dell'evoluzione dell'ordinamento in senso "costituzionale", e dell'espansione ed accelerazione dei diritti della personalità. Non è di particolare interesse ripercorrere il dibattito distesamente²⁰⁷.

La caratteristica di "irreparabilità" del danno paventato, se intesa in senso rigoroso, porterebbe ad escludere la possibilità di tutelare in via d'urgenza i diritti di credito e potestativi, giacché questi diritti, si è osservato in dottrina²⁰⁸, sono passibili di pregiudizio irreparabile solo in via di fatto.

In realtà l'irreparabilità del danno è un concetto molto più ampio, dai contorni sfuggenti, di talché s'è detto che è insuscettibile d'esser racchiuso entro una nozione unitaria²⁰⁹. Oggi però alcuni punti sembrano potersi dire sicuramente raggiunti.

²⁰⁶ Così in A. SCARPA, R. GIORDANO, *I procedimenti cautelari*, cit., p. 38.

²⁰⁷ Cfr. A. G. DIANA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, p. 55, per un sunto delle posizioni prospettate in dottrina e giurisprudenza. L'A. individua tre filoni interpretativi. Uno, più elastico, senz'altro da preferire, che è quello prevalente e di cui si darà conto più compiutamente. Gli altri orientamenti, più rigorosi circa la lettura del requisito della "irreparabilità", limitavano la tutela in via d'urgenza ai soli diritti assoluti, ovvero estendendola anche a diritti che insistono su beni infungibili. È preferibile dire con la più autorevole dottrina (Andrioli) che l'irreparabilità del danno altro non significhi che incapacità di risarcimento per equivalente, reintegrazione in forma specifica, o qualsiasi altro mezzo di tutela apprestato dall'ordinamento di determinare il soddisfacimento del diritto (anche quando solo una parte dell'interesse – oltre la normale tollerabilità – rimanga insoddisfatta con gli ordinari strumenti di tutela). Per simili considerazioni vedi subito *infra*.

²⁰⁸ V., per taluni rilievi critici nei confronti di questa tesi (sattiana, v. *infra*) F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d'urgenza*, cit..

²⁰⁹ V. N. DI SANTI PAOLA, *I processi cautelari e d'urgenza dopo la riforma del c.p.c.*, cit., pp. 122-130. Al nocciolo della questione, la irreparabilità si identifica con la perdita diritto o la irrimediabile compromissione delle facoltà che costituiscono espressione della titolarità del diritto sottoposto a cautela:

Superata ormai la tesi sattiana²¹⁰ che voleva tutelabili in via d'urgenza i soli diritti assoluti²¹¹, la posizione prevalente in dottrina sembra identificare l'irreparabilità con *quod factum infectum fieri nequit*, pur quando si attivino gli strumenti processuali e sostanziali di tutela che l'ordinamento offre²¹². Altrettanto superata è la tesi di quanti ritengono che l'art. 700 c.p.c. possa tutelare solo l'aspettativa al conseguimento di diritti su beni infungibili – considerato che per i beni fungibili non si potrebbe mai escludere la possibilità che il ricorrente si procuri un mezzo equivalente – perché totalmente

la irrimediabilità del pregiudizio null'altro costituirebbe se non il patimento da parte del diritto di effetti non reversibili. Fuori da questo "guscio", le nozioni di irreparabilità si moltiplicano e si relativizzano. Come si vedrà *infra*, se per quanto riguarda i diritti a contenuto non patrimoniale qualsiasi evento pregiudizievole si connota per irreversibilità degli effetti, allora in tale categoria di diritti non sarà possibile ravvisare alcun pregiudizio "riparabile", e qualsiasi pregiudizio che attinga il diritto si connoterà di irreparabilità. L'irreparabilità qui è data dalla impossibilità – o estrema difficoltà – a tutelare il diritto leso coi mezzi apprestati dall'ordinamento. Allora, piuttosto, essendo il pregiudizio *in re ipsa* irreparabile, la tutela dovrà orientarsi in senso preferibilmente inibitorio.

²¹⁰ V., per un approfondimento della tesi sattiana, A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., pp. 220 ss. La lettura di Satta si basa, nelle parole degli AA., sulla distinzione teorica tra situazioni strumentali e finali. Le prime (fra le quali rientrano appunto i diritti di obbligazione e potestativi) per definizione non sarebbero capaci di subire pregiudizi irreparabili, giacché non c'è potere immediato, attuale sul bene, che possa essere leso nelle more del giudizio. Tale potere è, al contrario, condizionato alla successiva pronuncia di merito. Le situazioni finali (come i diritti assoluti), invece, articolandosi in un potere sul bene immediato, *subiscono* inevitabilmente, nel tempo occorrente a servirsi del processo, un pregiudizio cui non è dato rimedio, se è vero che il danno non può compensare la privazione del diritto durante il tempo del giudizio di merito. La lettura "strutturale" – che subordina, cioè, l'esperimento della procedura d'urgenza alla strutturale della situazione tutelata – e che finisce, nelle parole degli AA., per negare la natura di diritti alle situazioni giuridiche strumentali – appare dettata dalla apprensione di Satta a costringere la cautela *ex art. 700 c.p.c.* entro un rigido canone "assicurativo", sacrificando il profilo anticipatorio. Tale visione dell'istituto, che fraintendeva la sussidiarietà ("fuori dei casi...") con l'eccezionalità della misura, non è autorizzata, nell'opinione degli AA. (*ibidem*, par. 4) dalla Relazione al Codice di procedura civile, la quale, invero, appare piuttosto ambigua circa la natura dell'istituto e non consente con certezza di propendere per l'una (anticipatoria) o l'altra (assicurativa) natura, ed è stata negletta in favore di quella "funzionale" del rimedio urgente. V. per analoghe riflessioni, A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, cit.: "E tutto ciò come se l'opera di diritto, in punto di tutela, non debba avere pari intensità, dovendo essa, in ogni caso, garantire che interessi, quali che siano contenuto e natura, trovino soddisfazione nella realtà materiale".

²¹¹ Che peraltro, come si osserva in F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 129, lascia prive di tutela situazioni che godono di copertura costituzionale (*ex art. 2 Cost.*), fra le quali, peraltro, l'obbligazione alimentare *ex art. 433 c.c.*.

²¹² Questa è la lettura dell'Andrioli, su cui v. *infra*.

disancorata dal dato testuale²¹³; può dirsi quindi prevalente l'autorevole opinione²¹⁴ che ravvisa l'irreparabilità in tutte le ipotesi in cui i rimedi processuali – incluso il risarcimento del danno – non valgono in concreto ad attuare il diritto dedotto in giudizio²¹⁵.

La ricchissima esperienza di dialogo tra dottrina e giurisprudenza consente in queste sede di operare una schematica tripartizione, e svolgere taluni brevi osservazioni sulla scorta delle grandi categorie cui si è già fatto cenno, discorrendone in maniera più ordinata.

Per quanto attiene ai c.d. diritti a contenuto e funzione non patrimoniale²¹⁶, atteso che il risarcimento per equivalente è (ontologicamente) inadeguato ai fini delle considerazioni

²¹³ Si v. F. FIORUCCI, *op. cit.*, p. 130. Ivi si osserva che l'art. 700 c.p.c. non mostra affatto di distinguere tra beni fungibili ed infungibili. Peraltro, insiste sul punto l'A., sovente beni fungibili (in specie il denaro) assolvono a “funzioni non patrimoniali”. La tesi ha per (insoddisfacente, nelle parole dell'A.) presupposto che il danno debba incidere sul diritto stesso, a nulla rilevando il danno che minaccia altri ambiti di attività o interessi del soggetto leso.

²¹⁴ V., in argomento, F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d'urgenza*, cit., che cristallizza il concetto così: l'irreparabilità coinciderebbe con lo scarto tra contenuto del diritto ed effetti scaturenti dalla emananda pronuncia di merito, quando difficilmente può compensarsi detto scarto con la liquidazione del danno. L'orientamento, nelle parole dell'A., istituisce un collegamento tra tutela d'urgenza ed attuazione del principio di effettività della tutela.

²¹⁵ Così N. DI SANTI PAOLA, *I processi cautelari e d'urgenza dopo la riforma del c.p.c.*, cit., p. 122. La tesi affonda le proprie radici nella preclara dottrina dell'Andrioli. A tal proposito, l'insigne giurista ritiene irreparabile il pregiudizio insuscettibile di reintegrazione in forma specifica né risarcibile per equivalente, ma anche quello che si realizza quando il mezzo di tutela è inidoneo a dare attuazione al contenuto del diritto (cioè lo scarto che si realizza fra utilità assicurata dal processo e diritto sostanziale, purché detto scarto superi la normale tollerabilità). La più recente dottrina ritiene sia d'uopo parametrare la irreparabilità del danno alla persona, quindi alla dimensione “dinamica del diritto”; in altre parole assume rilievo l'interesse che sta alla base del diritto, più che la dimensione “statica” del diritto stesso. Quindi sebbene il pregiudizio attenti al diritto, il carattere della irreparabilità può ben discendere dalla lesione di interessi o situazioni soggettive del titolare del diritto che appaiano legate alla soddisfazione del diritto stesso (o dell'interesse ad esso sotteso). La ricostruzione così operata, seppur irrinunciabile, ha il difetto di aprire le porte ad uno “*ius singulare*”, un diritto alla tutela d'urgenza per classi di soggetti. La replica è che non sarebbe la persona in quanto tale a godere della tutela, piuttosto la posizione giuridica soggettiva di quella (così in Trib. Milano, 23 dicembre 1993, in *Giurisprudenza Italiana*, 1995, I, 2, p. 856).

²¹⁶ Per tali intendendosi i diritti costituzionali o diritti della personalità quali diritto all'immagine, al nome, allo pseudonimo, all'onore, alla riservatezza, alla libertà religiosa, alla libertà di manifestazione del pensiero, e così via.

già svolte²¹⁷, e che la reintegrazione in forma specifica è impossibile²¹⁸, qui si avrà un ricorso praticamente obbligato alla procedura d'urgenza, e, per lo meno nella maggioranza dei casi, dovrà scorgersi, sussistendo la lesione, un pregiudizio irreparabile *in re ipsa*²¹⁹ giacché la permanenza del diritto in uno stato di insoddisfazione per il tempo occorrente a farlo valere determina un pregiudizio cui – per forza di cose – non sarà dato ristoro.

La giurisprudenza – soprattutto in materia laburistica – in numerosissime pronunzie, ha osservato che esistono diritti patrimoniali (relativi), la cui funzione è però *non-patrimoniale*: tali diritti patrimoniali a “rilevanza costituzionale”, o funzione-non-patrimoniale²²⁰ – che dir si voglia – sembrano certamente capaci di subire una lesione irreparabile²²¹. È chiaro che, sebbene tali diritti abbiano ad oggetto una somma di denaro

²¹⁷ Si allude alle pregnanti ragioni di diritto costituzionale, addotte da autorevole dottrina (A. PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, cit., p.?), che impediscono di consentire l'esproprio di un diritto diverso da quello di proprietà dietro indennizzo, che è di fatto quanto accade quando un diritto si tramuta in (diritto all') equivalente monetario.

²¹⁸ È proprio il caso di osservare che in questo campo *quod factum infectum fieri nequit*.

²¹⁹ A. PULEO, *Quale giustizia per i diritti di libertà?*, cit., p. 175.

²²⁰ Sono diritti di credito che però sopperiscono a esigenze primarie del titolare, ovvero garantiscono il godimento di situazioni di libertà. Vi rientrano il diritto alla retribuzione *ex art. 36 Cost.*, il diritto del lavoratore alla reintegrazione *ex art. 18 Stat. Lavoratori*, il diritto alla fruizione di servizio erogato in regime di monopolio, il diritto del lavoratore a non subire il demansionamento o un trasferimento illegittimo, il diritto agli alimenti, e così via. Taluni interpreti (cfr. F. FIORUCCI, *op. cit.*, p. 135) scorgono nei crediti dell'impresa la cui insoddisfazione cagiona lo stato di decozione un elemento da ricondurre alla predetta categoria. Sebbene le conclusioni (consentire l'esperimento della procedura d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* quando l'insoddisfazione del diritto lede interessi funzionalmente collegati, purché vitali, o costituzionalmente protetti, del soggetto) siano condivisibili, sembra carente dal punto di vista metodologico qualificare *ex post* tali crediti come aventi funzione non patrimoniale, e questo a seconda che un credito dell'impresa sia o no idoneo, ove soddisfatto, a scongiurare un fallimento. Non sembra corretto che un diritto possa o non possa essere ricondotto fra quelli a funzione non patrimoniale a seconda delle circostanze contingenti.

²²¹ Non è mutata l'opinione giurisprudenziale sul punto, se si trascura la recente insistenza nell'affermare che il *periculum in mora* non è *in re ipsa* nel caso di lesione a diritti patrimoniali a contenuto patrimoniale ma funzione non-patrimoniale. Per l'interpretazione più recente cfr. Trib. Palermo, lav., 9 agosto 2019: “Costituisce, infatti, *ius receptum* quello secondo cui il *periculum in mora* non possa ritenersi sussistente *in re ipsa* né possa essere ravvisato in una qualsiasi violazione dei diritti del ricorrente in sé considerata, ma solo quando tale lesione, in quanto incidente su posizioni giuridiche soggettive a contenuto non patrimoniale ed a rilevanza in genere costituzionale a quel diritto strettamente connesse, sia suscettibile di pregiudizio non ristorabile per equivalente (Cass. n. 8373/2002). [...] Ne discende la necessità, per la parte ricorrente, di allegazioni puntuali che consentano alle parti processuali e al giudice di operare una

e che quindi, almeno in astratto, potrebbero sempre essere reintegrati in forma patrimoniale, tuttavia anche questa categoria di diritti (la cui perimetrazione è invero incerta²²²) mira a garantire delle utilità eccedenti, la cui lesione, per il tempo che dura il processo, non è capace di essere risarcita. In termini pratici, il diritto alla esistenza libera e dignitosa, cui è funzionalmente collegato il diritto alla percezione del corrispettivo per l'attività lavorativa svolta, non può subire lesione, nelle more del processo, capace d'esser risarcita a seguito della pronuncia di merito.

L'ultima delle "macro-categorie" (tale perché più recentemente giunta a maturazione in seno alla riflessione dottrinale) è quella dei diritti a contenuto e funzione esclusivamente patrimoniali²²³. Per i presenti diritti, sarà lo scarto tra danno subito e danno risarcito a qualificare l'irreparabilità del pregiudizio²²⁴. Ciò avviene perché il pregiudizio

verifica finalizzata alla tutela di un pregiudizio concretamente e non teoricamente irrimediabile. [...] Nella verifica di tale presupposto, il giudice deve attuare una indagine rigorosa [...]. La giurisprudenza di merito più recente, infatti, propende per la necessaria verifica dell'esistenza concreta ed attuale di uno specifico *periculum in mora* discostandosi da quelle decisioni giurisprudenziali che in passato ritenevano il requisito *de quo* presente nella maggioranza dei casi, tenuto conto del disagio insito naturalmente in certe vicende del rapporto di lavoro (quali licenziamenti, trasferimenti, procedimenti disciplinari) che, inevitabilmente, possono essere fonte di disagio, in particolare per il lavoratore, considerato contraente debole. Può allora affermarsi che il provvedimento emesso *ex art. 700 c.p.c.* deve essere uno strumento straordinario che la legge fornisce solamente quando vi sia un effettivo e non potenziale pericolo di grave ed irreparabile pregiudizio".

²²² La dottrina (A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 230) ha osservato che la categoria ha valore meramente indicativo stante la impossibilità, a presente, di individuare un sicuro criterio per individuare la "non-patrimonialità" della funzione.

²²³ Inquadrandolo la questione da un punto di vista storico, può dirsi con la dottrina (A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., pp. 225 ss.) che la tutela dei diritti a contenuto e funzione solo patrimoniale è sdoganata (grazie alla già richiamata lettura *funzionale*) con l'indagine circa la destinazione concreta, del diritto di credito, a garantire *bisogni* non patrimoniali, e assegnando rilievo allo scarto tra danno subito e risarcituro. Il ricorrente così dovrà provare che non intende agire per la salvaguardia del diritto di credito in quanto tale, ma per un interesse ad esso funzionalmente collegato, oppure che, dato lo scarto temporale tra tempo della lesione e momento del ristoro, vi è il serio rischio che il risarcimento non sia appagante per il creditore (vuoi per le condizioni della parte, vuoi per la difficoltà pratica di procedere alla quantificazione dell'equivalente).

²²⁴ A. PULEO, *Quale giustizia per i diritti di libertà?*, cit., p. 175. V., sul punto, A. G. DIANA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., pp. 61 ss. Il pregiudizio economico – monetario, di per sé, non è mai fonte di pregiudizio irreparabile. Prevale però la lettura "relativa" che ravvisa il pregiudizio che apre le porte della tutela urgente al diritto di credito nel rilevante scarto (temporale) tra lesione e riparazione (effettiva). Rimangono quindi sforniti di tutela urgente quei casi in cui, avuto riguardo al contenuto del diritto e all'interesse del titolare, il risarcimento monetario rappresenta piena soddisfazione del diritto. Così è orientata anche la giurisprudenza, fra cui, *ex plurimis*, Trib. Vasto, 11 ottobre 2019: "Quanto al requisito

squisitamente economico menomera le potenzialità della persona²²⁵, ovvero perché – sulla base delle circostanze – non sarà risarcito a seguito del giudizio di merito²²⁶.

Così si è ritenuto irreparabile il danno non quantificabile, o quantificabile solo con estrema difficoltà, specialmente in materia di proprietà intellettuale o industriale, ovvero

della irreparabilità del pregiudizio, esso può dirsi sussistente solo nel caso in cui sia la reintegrazione in forma specifica che il risarcimento per equivalente pecuniario non siano in grado di attuare integralmente il diritto dedotto in giudizio, a causa degli effetti dannosi medio tempore manifestatisi”.

²²⁵ L’attenzione sulla *persona*, reclamata da autorevole dottrina (Proto Pisani), non equivale, secondo l’opinione espressa in A. SCARPA, R. GIORDANO, *I procedimenti cautelari*, cit., p. 39, a teorizzare una “soggettivizzazione” del pregiudizio. Rigettate le ricostruzioni che connettono l’irreparabilità del pregiudizio alla natura del diritto cautelando, il punto è di “reclamare la dovuta attenzione per la soddisfazione dell’interesse del titolare della situazione giuridica sostanziale da sottoporre a cautela”. Nell’opinione degli AA. non occorre cadere nella suggestione di valutazioni “tipiche e presuntive”, ravvisando automaticamente l’irreparabilità del pregiudizio, a seconda dell’appartenenza del soggetto che invoca la cautela in una categoria, che normalmente è indice di debolezza economica. Al contrario, la irreparabilità, per gli AA., poggia su tre condizioni: a) irreversibilità degli effetti in capo al diritto; b) grave difficoltà, quando non impossibilità, di ottenere ristoro pieno nelle forme risarcitorie; c) impossibilità che il diritto assurga alla funzione che gli è propria.

²²⁶ L’amplessissima casistica in materia merita una menzione cursoria. Schematizzando, il pregiudizio irreparabile si abbatte sui diritti a contenuto e funzione meramente patrimoniale: a) quando la mancata soddisfazione del diritto nelle in via urgente compromette ogni *chance* di soddisfarsi per via ordinaria; b) quando si attinge ad un interesse della persona avente rilevanza costituzionale, o comunque dimensione non patrimoniale. A sua volta, la mancata soddisfazione del diritto cagiona irreparabile compromissione del diritto ogniqualvolta: a1) il danno non è quantificabile (è frequente tale rilievo in materia di concorrenza sleale) a2) il danno è quantificabile con estrema difficoltà (come potrebbe verificarsi in illeciti in materia di proprietà intellettuale) a3) la controparte non sarà solvibile, attuerà manovre preordinate a cagionare la propria insolvenza (così nel caso di escussione fraudolenta di garanzie autonome). Invece, la compromissione irrimediabile del diritto arriva ad attingere agli interessi della persona aventi rilevanza non patrimoniale nei casi in cui: b1) la mancata corresponsione delle somme dovute cagiona il dissesto del titolare del diritto b2) o comunque, nel caso concreto e purché se ne dia prova, la mancata disponibilità del denaro minaccia un interesse vitale, come quello alla salute; b3) quando occorre vincere la resistenza possessoria, e vi è ragione di ritenere che il bene subirà una compromissione irreversibile o irrisarcibile (es: un patrimonio aziendale male amministrato, del quale si dimostra il rischio di pressoché certa perdita dell’avviamento). Parte di questa – invero vastissima – casistica è riportata in A. G. DIANA, *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., pp. 84 ss. Individua, l’A., fra i casi in cui sono concesse misure d’urgenza a tutela di diritti patrimoniali a funzione esclusivamente patrimoniale, i seguenti significativi esempi: nell’eventualità in cui la situazione di illecito sia suscettibile di essere reiterata; quando è impossibile attendersi un risarcimento in misura integrale del danno, o si cagionerà una lesione non risarcibile per equivalente; quando la quantificazione del danno è estremamente difficoltosa, o impossibile; quando l’illecito comporta un difetto di godimento per lungo tempo, specialmente nel caso di *res fructifera*; quando vi è un divario superiore alla normale tollerabilità tra risarcimento per equivalente e conseguenze ricondotte alla necessità di attendere la decisione di merito (che poi è come dire che sussiste uno scarto tra soddisfazione integrale del diritto e effetto conseguibile con i mezzi approntati dall’ordinamento).

in materia concorrenziale²²⁷. Ancora: esistono numerose pronunzie che, in materia di rapporti tra imprenditori, ravvisano la irreparabilità del danno nei casi in cui vi è serio rischio di decozione di una parte²²⁸. Pure consolidata è la giurisprudenza che ravvisa il pregiudizio irreparabile nella fraudolenta escussione delle garanzie c.d. autonome²²⁹.

²²⁷ È amplissima la casistica sul punto. V., ad esempio, Trib. Torino, sez. p.i., 15 maggio 2009, in *Dejure online*: in materia di storno di dipendenti, il *periculum in mora* consiste nel fatto che l'impresa stornante — potendosi avvalere del gruppo di dipendenti stornati in grado di assicurarle un insieme di specifiche competenze “pronte” per essere spese nel mercato sul quale opera l'impresa che ha subito lo storno — può illegittimamente causare a quest'ultima un grave pregiudizio sia organizzativo, sia nei confronti della clientela attuale o potenziale e, di conseguenza, un grave danno economico di difficile quantificazione.

²²⁸ Si v. Trib. Roma, 25 marzo 2000, che ritiene sussistente il pregiudizio irreparabile quando un imprenditore, a seguito di insoddisfazione di diritti di credito, rischia il dissesto economico. Il punto è pacifico. In senso conforme, Trib. Venezia, 6 novembre 2019, che ravvisa gli estremi della irreparabilità del danno nella dissennata gestione di un complesso aziendale, tale da pregiudicare la posizione della ricorrente in maniera irrimediabile, sotto due profili: “a) sul piano della perdita delle garanzie per il recupero del suo credito, in ragione della morosità accumulata, dell'incapienza del patrimonio aziendale, dell'assenza di beni in proprietà all'Affittuario e del fatto che la società doveva essere posta in liquidazione; b) sul piano della potenzialità economica dell'attività, pregiudicata dalla gestione del ricorrente, che non è in grado di mantenere attivo il complesso aziendale”. Corposa la casistica delle decisioni che ritengono il *periculum in mora* — per eccellenza — nei rapporti imprenditoriali quello che conduce al dissesto economico dell'impresa, e lo ravvisano nella indebita segnalazione alla centrale rischi: “Quanto al *periculum in mora*, e cioè al pregiudizio grave ed irreparabile che il ricorrente subirebbe nelle more del giudizio ordinario va rilevato che esso, più che essere *in re ipsa*, può essere facilmente desunto da indici presuntivi. La segnalazione ha proprio lo scopo di rendere edotte le banche sull'identità dei soggetti inaffidabili, i quali verosimilmente non potranno più accedere al credito. Trattandosi di società, ed operando questa sul mercato, è evidente che l'impossibilità di accedere ai finanziamenti la pone in una situazione di netto svantaggio rispetto ai concorrenti, *gap* che verosimilmente andrà aumentando con il passar del tempo, finché gli effetti della segnalazione (impossibilità di ottenere linee di credito) permarranno, fino a diventare incolmabile ed irreversibile. Il ragionamento può essere esteso ad altri ambiti (es: rischio per il lavoratore subordinato non retribuito secondo quanto pattuito di trovarsi sprovvisto di mezzi di sostentamento) ma il pregiudizio va dimostrato in concreto: “È pure possibile una cautela che abbia contenuti patrimoniali, ma in tali casi, deve aversi riguardo alla condizione economica del ricorrente, onde valutare giudizialmente le conseguenze che un depauperamento, in concreto, comporterebbe sulla vita dell'aspirante alla tutela cautelare” (così Trib. Caltanissetta, 20 settembre 2019).

²²⁹ V., a tal riguardo, A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., pp. 330-336. Qui il provvedimento d'urgenza ha per effetto quello di inibire la escussione alla banca garante il pagamento della garanzia (cd. autonoma, avente funzione indennitaria, di trasferimento del rischio economico in capo al garante, non “satisfattiva”, tesa cioè a garantire l'adempimento dell'obbligazione, quando dovuto, dal che si ricava il carattere della accessorialità, connotante invece la fideiussione). Nonostante i rilievi critici che fanno leva su una asserita incompatibilità dell'istituto con l'intervento in via d'urgenza provocato dal debitore principale, il quale è, invero, estraneo al rapporto tra (istituto di credito) garante e creditore beneficiario della garanzia autonoma. In effetti, non è del tutto scorretto notare una frizione fra causa in concreto del contratto di garanzia autonoma e intervento del debitore principale, il quale intervento, finisce, astrattamente, per ridimensionare la caratura di “autonomia” della garanzia. Appare agli AA., al contrario, che prevalga l'idea per cui — pur non potendo venire in discussione la già richiamata “autonomia” tra i

Resta inteso che cui l'irreparabilità va valutata alla stregua degli effetti i quali, nel caso particolare²³⁰, si determinano in seno alla sfera giuridica del soggetto che invoca la tutela (è il caso del rapporto di credito che, insoddisfatto, determina conseguenze negative su diritti incompressibili della persona, come il diritto alla salute²³¹). Questo, se da un lato

rapporti – la indipendenza del rapporto principale rispetto a quello di garanzia incontra il suo limite naturale nella *exceptio doli*, la quale richiede la “prova liquida” della malafede del beneficiario escutente la garanzia. Tale prova di manifesta abusività della condotta, secondo l’analisi degli AA., assurge a condizione di ammissibilità della stessa istanza cautelare.

²³⁰ Eloquente sul punto Trib. Vasto, 11 ottobre 2019, che a sua volta conferma la linea interpretativa, espressa da Trib. Bologna, 27 giugno 2006, che richiede la dimostrazione dell'irreparabilità delle conseguenze attraverso un procedimento inferenziale: “occorre quindi una concreta dimostrazione dell'irreparabilità delle possibili conseguenze – legate alla mancata adozione del provvedimento cautelare – attraverso l'indicazione di validi indici dai quali poter desumere in termini di piena oggettività la consistenza dell'eventuale nocimento legato alla condotta di controparte”. La più recente giurisprudenza laburistica sembra collocarsi sulla scia di questo orientamento. Cfr. la già cit. Trib. Caltanissetta, 20 settembre 2019: “Consegue che l'esistenza del requisito del *periculum in mora* deve essere verificata in concreto in relazione all'effettiva situazione personale, professionale o socioeconomica del lavoratore, sul quale incombe l'onere di allegazioni concrete e puntuali sulle circostanze di fatto dalle quali possa desumersi il concreto rischio che, nel tempo occorrente per l'espletamento del processo di merito, la sua professionalità venga effettivamente a depauperarsi o ne venga compromessa la situazione personale e familiare o il suo equilibrio psicofisico; e dalle quali quindi emerga che la situazione lavorativa attuale, nel tempo occorrente per il giudizio ordinario, possa configurarsi quale fonte di pregiudizio irreparabile”. Conforme: in Tribunale Potenza, lav., 6 novembre 2018, n. 13520.

²³¹ Cfr. Trib. Torino, 4 ottobre 2019: “Ebbene, ritiene questo Tribunale di aderire a quell'orientamento giurisprudenziale che ammette il ricorso alla tutela cautelare d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* del credito pecuniario solo a condizione che la stessa sia rivolta a salvaguardare non la mera situazione patrimoniale in quanto tale, bensì situazioni giuridiche soggettive - di cui il ricorrente deve fornire la prova - a tale diritto indissolubilmente ed immediatamente correlate (come il diritto all'integrità fisica o alla salute), le quali potrebbero essere pregiudicate definitivamente dal ritardo nella soddisfazione del diritto di credito (cfr. in tal senso: Tribunale Bari, I, 30 giugno 2009 in *Giurisprudenzabarese online*; in senso conforme: Tribunale Milano, s. i., 30 ottobre 2017; Tribunale Salerno, 7 aprile 2015; Tribunale Torino, 6 giugno 2014; Tribunale Reggio Calabria, lav., 10 febbraio 2010, n. 21 in *Redazione Giuffrè*, 2010). Si ritiene, infatti, che il diritto avente ad oggetto una somma di denaro di per sé non sia suscettibile di essere leso in maniera irreparabile, ai fini dell'art. 700 c.p.c., dal ritardo determinato dal tempo occorrente per la definizione del giudizio di merito, salvo nei casi in cui si tratti di un diritto immediatamente e istituzionalmente preordinato al soddisfacimento di beni della vita di natura infungibile, in quanto eccedenti la dimensione meramente patrimoniale. In altri termini, al fine di non snaturare i caratteri propri del rimedio cautelare d'urgenza, l'irreparabilità del pregiudizio rispetto ai diritti di credito è ravvisabile unicamente per i diritti a contenuto patrimoniale e funzione non patrimoniale ovvero per i diritti a contenuto e funzione patrimoniali, allorquando il rimedio del risarcimento del danno (ancorché astrattamente ipotizzabile) si riveli insufficiente a soddisfare l'esigenza primaria del creditore, ossia l'interesse ad ottenere l'attuazione del contenuto del rapporto dedotto in giudizio, così determinando un eccessivo scarto tra ‘danno subito e danno risarcito’ (cfr. in tal senso: Tribunale Bari, I, 30 giugno 2009 in *Giurisprudenzabarese online*; in senso sostanzialmente conforme cfr. altresì: Tribunale Bari, IV, 15 luglio 2010, *ibidem*; Tribunale Napoli, 23 marzo 2005 in *Lavoro nella giur.* 2005, p. 700; Tribunale Firenze 4 marzo 2005, in *Giur. merito*, 2005, n. 11, 2323; Trib. Nocera Inferiore, 23 febbraio 2005, in *Redazione Giuffrè*; Tribunale Torino, 22 dicembre

porta ad ammettere l'irreparabilità del pregiudizio ogniqualvolta sia tale il riflesso negativo che la violazione ha nella sfera giuridica del soggetto invocante la tutela²³², d'altro canto porta ad escludere (con la dottrina²³³) che l'attributo della irreparabilità ricorra ogni qualvolta si possa sopportare una modesta lesione economica²³⁴ (anziché innescare la pregiudizievole reazione della controparte), ovvero il danno possa essere scongiurato mediante il corretto esercizio di poteri sostanziali²³⁵, o addirittura mediante

2000 in *Giust. civ.* 2002, p. 103; cfr. Tribunale Isernia, 5 dicembre 2007; Tribunale Torino, 22 dicembre 2000; negli stessi termini, più di recente: Tribunale Lamezia Terme, ordinanza 25 marzo 2011”.

²³² Per dirlo in altre parole (A. G. DIANA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., pp. 93 s.) l'irreparabilità va letta alla stregua della lesione non solo alla situazione strumentale, ma alla situazione finale.

²³³ Per l'opinione dottrinale v. F. TOMMASEO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit..

²³⁴ In questo senso una serie di risalenti decisioni (tra cui, per esempio, Pret. Roma, 3 dicembre 1973 in *Foro italiano*, 1974, I, p. 905) che tutte rigettano le istanze cautelari ritenendo che il pericolo sia provocato dalla condotta dell'istante, il quale avrebbe potuto patire una modesta lesione patrimoniale, invece che provocare la reazione della controparte della quale ora lamenta l'irreparabilità. Cfr. A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., pp. 244 – 246. Gli AA. riconducono al principio di auto-responsabilità l'impossibilità di fruire della tutela d'urgenza quando il ricorrente ha consapevolmente preferito, al subire una modesta perdita economica, scatenare una reazione di controparte asseritamente foriera di danno. Questa la logica che gli AA. definiscono “del modesto sacrificio”, a sua volta espressione del principio per cui non è dato soccorso nelle forme dell'urgenza alla parte che consapevolmente si pone in condizione di pericolo.

²³⁵ Cfr. ancora Pret. Roma, 23 aprile 1981, in *Foro it.*, 1981, I, p. 2084, secondo cui l'esercizio dei poteri sostanziali, in specie quelli *ex art. 1461 c.c.*, costituiscono auto-tutela sufficiente a scongiurare il danno irreparabile discendente dalla impossibilità di ricevere la controprestazione; o, ancora, Pret. Roma, 20 dicembre 1967, in *Giustizia civile*, 1968, I, p. 545, che ritiene la revoca libera del mandato potere sostanziale idoneo agli effetti di cui sopra. In F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 128, si argomenta che simili pronunce appaiono tutte logicamente fondate sull'assunto per cui la tutela d'urgenza di cui trattasi non è data per la soluzione di questioni di principio, e che l'irreparabilità va valutata in relazione ai poteri spendibili dalla parte ricorrente. Osservano taluni interpreti (A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, pp. 244 s.) che *in consimili casu*, l'esperimento della procedura d'urgenza di cui trattasi sarebbe finalizzata ad ottenere una indebita preventiva autorizzazione a tenere una condotta che la parte, in virtù dei poteri sostanziali che le competono (come l'eccezione di inadempimento, o la tutela del conduttore *ex art. 1577*, comma II, c.c.) avrebbe potuto serbare da sé. Il punto non è pacifico, sicché talaltra dottrina (cfr. A. G. DIANA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 98), al contrario, ritiene che l'utilità del provvedimento nei casi in cui si teme di compiere atti illegittimi costituisca ragione sufficiente a giustificare la teorizzazione.

iniziative economiche espressione della doverosa diligenza, richiesta a chi opera sul mercato²³⁶.

I requisiti predetti (imminenza ed irreparabilità del pregiudizio) devono essere ambedue presenti, e la mancanza di uno solo di essi rende vana qualsivoglia indagine sulla sussistenza dell'altro: in ossequio al canone della "ragione più liquida" la domanda cautelare andrà rigettata²³⁷. La tendenza giurisprudenziale contemporanea, riflessa in una molteplicità di pronunce, è di escludere che, sussistendo il *fumus*, il *periculum* possa riscontrarsi *in re ipsa*, nella necessità di attendere le more del processo: la sussistenza del *fumus boni iuris* non esenta da una cognizione puntuale sul *periculum in mora*.

È appena il caso di osservare che il vaglio circa la sussistenza dei requisiti potrebbe riuscire superfluo laddove il legislatore abbia richiamato l'art. 700 c.p.c. senza però, con ciò, ritenere di impegnare ad accertare la sussistenza del *periculum in mora*²³⁸.

²³⁶ Similmente, v. Pret. Bari, 25 marzo 1980, in *Foro it.*, 1980, I, p. 1179. Il giudice della cautela ravvisa la carenza del requisito dell'irreparabilità, stante il fatto che il ricorrente avrebbe potuto reperire sul mercato agevolmente i beni la cui mancata consegna cagiona il lamentato danno. V. anche, in dottrina, A. G. DIANA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 90. L'A. rammenta come in giurisprudenza, in materia di sospensione del servizio telefonico da parte dell'operatore di telefonia per morosità, si è ritenuto insussistente il requisito dell'irreparabilità del danno: sarebbe bastato pagare l'importo richiesto, poi domandare la ripetizione in giudizio (la decisione va inquadrata sempre nella dottrina del *modesto sacrificio*, di cui *supra*). Non va dimenticato, nell'opinione dell'A. citato, che la funzione del provvedimento inizia e finisce con l'assicurazione della fruttuosità della successiva decisione di merito. Nei casi in cui ciò non appare in serio pericolo, non vi è motivo di ricorrere alla procedura d'urgenza.

²³⁷ *Ex multis*, Trib. Nola, II, 23 marzo 2011, in *Dejure online*.

²³⁸ Cfr. A. G. DIANA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 45. L'A. allude alla legge sulla stampa (c.d., l. 47 del 1948), che prevede il diritto alla rettifica all'art. 8 (introdotto dall'art. 42 l. 416 del 1981), il quale esordisce: "Il direttore o, comunque, il responsabile è tenuto a fare inserire gratuitamente nel quotidiano o nel periodico o nell'agenzia di stampa le dichiarazioni o le rettifiche dei soggetti di cui siano state pubblicate immagini od ai quali siano stati attribuiti atti o pensieri o affermazioni da essi ritenuti lesivi della loro dignità o contrari a verità, purché le dichiarazioni o le rettifiche non abbiano contenuto suscettibile di incriminazione penale". Nel caso in cui non si ottemperi a tale obbligo entro il termine previsto, è data all'autore della richiesta di rettifica la possibilità di chiedere al tribunale che sia ordinata la pubblicazione "ai sensi dell'articolo 700 del Codice di procedura civile". A tal proposito la giurisprudenza ha da lungo tempo osservato che il giudizio *ex art. 8, l. 8 febbraio 1948, n. 47* configura un'ipotesi speciale di procedimento di urgenza in cui il richiamo all'art. 700 c.p.c. riguarda soltanto le norme di procedura, e non anche la sussistenza dei requisiti di imminenza ed irreparabilità del pregiudizio propri di quel procedimento, e che sono invece qui presupposti dal legislatore. Così in innumerevoli pronunzie (*ex plurimis*: Pret. Roma, 23 dicembre 1991; Trib. Milano, 25 giugno 1993). V., per rilievi critici, F. TOMMASEO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., che osserva come – per il diritto alla rettifica – la tutela d'urgenza è divenuta la forma tipica: il giudice accorda la tutela senza previamente verificare "la clausola

Nonostante, come è chiaro, il giudice sarà chiamato a una cognizione solo sommaria²³⁹, detta indagine non si profila affatto semplice. Ciò anche a cagione del fatto che, nel suo prudente apprezzamento, il giudice, una volta accertata la fondatezza del timore che il diritto rimanga insoddisfatto, non può trascurare il contrapposto interesse del resistente, che, in astratto, potrebbe patire un danno maggiore di quello che il provvedimento cautelare è chiamato a scongiurare²⁴⁰.

3. Il *fumus boni iuris*

Si è già osservato come tradizionalmente i presupposti per la concessione di una misura cautelare siano *periculum in mora*, il pregiudizio che – ove non tempestivamente rimosso – minaccia di compromettere irrimediabilmente il diritto nelle more del procedimento di merito e il *fumus boni iuris*.

Quest'ultimo requisito si atteggia alla stregua di “apparenza di fondatezza della pretesa”²⁴¹. Quella che deve condurre il giudice è una indagine, nelle forme della *summaria cognitio*, che tenda – non sicuramente alla certezza, bensì alla *verisimiglianza*²⁴². In altre parole, si indaga la “ragionevole esistenza del diritto” alla

di sussidiarietà”, cioè se vi sia la possibilità di cautelarsi con altro rimedio tipico. L’A. ritiene che con ciò facendo si “obliteri il rapporto di sussidiarietà”.

²³⁹ Come rammentato *supra*, la cognizione – sempre sommaria – del giudice del procedimento cautelare si atteggia in maniera affatto differente a seconda che il provvedimento venga emesso all’esito di un contraddittorio “deformalizzato” (la cognizione che – con terminologia presa in prestito da Chiovenda – si era definita sommaria in quanto superficiale) ovvero *inaudita altera parte*, con cognizione (“sommaria in quanto parziale”) limitata ai fatti costitutivi e alle allegazioni dell’istante.

²⁴⁰ Così N. DI SANTI PAOLA, *I processi cautelari e d’urgenza dopo la riforma del c.p.c.*, cit., pp. 115 ss.

²⁴¹ Così F. FIORUCCI, *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., pp. 111 ss.

²⁴² In giurisprudenza si esprimono in tale maniera numerose pronunce. *Ex multis*, Trib. Bari, lav., 29 aprile 2018: “quanto al *fumus boni iuris*, va premesso che deve essere inteso quale *verosimile* esistenza del diritto che il ricorrente intende far valere”; Trib. Roma, XI, 27 gennaio 2017: “il *fumus boni iuris*, inteso come presenza di elementi che, a livello di cognizione sommaria, fondino l’opinione positiva in ordine alla esistenza e tutelabilità del diritto azionato (c.d. *verisimiglianza*)”.

stregua di una *prima facie cognitio*²⁴³. La cognizione “strutturalmente semplificata”²⁴⁴, che è tema che si interseca con il *fumus boni iuris* al punto che i concetti sembrano presupporli l’un l’altro, avrà ad oggetto la “probabile esistenza del diritto”²⁴⁵, ovvero la verifica circa la consistenza (cioè se in astratto possa darsi tutela *ex art. 700 c.p.c.* alla situazione giuridica soggettiva dedotta, e, quindi della sussistenza) della situazione giuridica soggettiva protetta; detto più concisamente, il giudice sarà chiamato a pronosticare l’esito del giudizio di merito.

Il concetto di *fumus boni iuris*, cioè di “dimostrazione della verosimile esistenza del diritto per cui si agisce” presuppone²⁴⁶ le forme sommarie per necessità²⁴⁷, oltre che per

²⁴³ È chiaro allora che il *fumus boni iuris* è inscindibilmente connesso alla forma sommaria. Il tema è stato ampiamente dibattuto. Qui giova solo richiamare che la cognizione sommaria si articola in forme procedurali snelle e rimesse *in toto* al prudente apprezzamento del giudice, senza una predeterminazione legislativa. A venire meno è l’intera disciplina sul regime delle prove, essendo pertanto assenti vincoli di carattere probatorio invece gravanti sul giudizio in sede di cognizione ordinaria (così in A. G. DIANA, *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit, p. 34).

²⁴⁴ Vedi N. DI SANTI PAOLA, *I procedimenti cautelari e d’urgenza dopo la riforma del c.p.c.*, cit., pp. 112 ss. Su simili questioni v. comunque *infra*, giacché questo “bilanciamento” fra interessi contrapposti – del ricorrente e del resistente – si riconnette con il contermino argomento della ammissibilità dei provvedimenti la cui attuazione rechi conseguenze irrimediabili. Non è questa la sede in cui affrontare il discorso, ma ci pare di poter osservare che è lo stesso legislatore che mostra di non disprezzare provvedimenti *ex art. 700 c.p.c.* che abbiano conseguenze irreversibili (con ciò si allude – ma ciò sarà oggetto di approfondimento più oltre – all’art. 8 della legge n. 47 del 1948 che disciplina il diritto di rettifica, che può farsi valere nelle forme dell’art. 700 c.p.c.).

²⁴⁵ *Ibidem.*

²⁴⁶ Trib. Roma, III, 9 maggio 2017: “la concessione dell’invocato provvedimento d’urgenza presuppone la coesistenza dei due noti requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, intesi, il primo, come dimostrazione della verosimile esistenza del diritto per cui si agisce, essendo infatti sufficiente, *in base ad un giudizio necessariamente sommario*”.

²⁴⁷ Trib. Bologna, sez. p.i., 22 maggio 2005: “la disciplina della fase cautelare - tanto più quando si tratti di iniziative adottate *ante causam*, allorché l’ordinamento prevede che la verifica delle rispettive ragioni sia in via generale prodromica (almeno fino alle più recenti novelle) ad una causa di cognizione ancora ipotetica, che in futuro dovrebbe decidere definitivamente la controversia ‘nel merito’ - si caratterizza per la sua natura ‘sommaria’, sotto un duplice profilo: da un lato, quello dell’esame circa la fondatezza delle posizioni delle parti antagoniste - ai fini del necessario riscontro sia sull’esistenza del diritto (che viene tradizionalmente definito *fumus [boni] iuris*, appunto a significare la mera ‘delibazione’ ivi richiesta), sia riguardo lo specifico presupposto della ‘urgenza’ (cd. *periculum in mora*), quale situazione incompatibile fra l’invocata tutela di un diritto ed i tempi ‘ordinari’ per accertarlo definitivamente in giudizio - d’altro canto, la struttura del relativo procedimento assume funzionalmente tempi più rapidi e modalità ‘informali’, affidate poi alla ‘prudente discrezionalità’ del Giudice monocratico; e su quest’ultimo punto, l’art.669/*sexies* co.1° c.p.c. designa i motivi delle relative scelte qualificandoli con le nozioni abbastanza generiche di

espressa formulazione legislativa²⁴⁸: se è vero che qui si versa in un campo ove “il fare presto conta più del fare bene”²⁴⁹, la cognizione sommaria, che sacrifica la certezza raggiungibile in sede di ordinaria cognizione²⁵⁰ sull’altare della celerità, è – a ben vedere – essa stessa il mezzo con il quale, concretamente, si neutralizza il *periculum* (per l’appunto: *in mora*) che minaccia il diritto²⁵¹, la mancanza di certezza essendo cagionata da “minor rigore nel passaggio logico-storico dalle circostanze acquisite alle conclusioni fattuali rilevanti per l’accoglimento od il rigetto della domanda”²⁵² ed essendo compensata dalla assenza di “ipoteche” dell’accertamento sommario sulla fase di merito, oltre che da ampi poteri di iniziativa del giudice tipici della tutela sommaria²⁵³.

‘opportuni’ ed ‘indispensabili’ - da riferire al singolo caso concreto - sicché tale norma non esclude, in linea di principio, alcuna attività od acquisizione ‘istruttoria’, una volta resa compatibile con le esigenze minime che pure la *deregulation* deve imporre, soprattutto alla luce del primario diritto al contraddittorio”.

²⁴⁸ Il già rammentato art. 669-*sexies* c.p.c., reca: “Il giudice, sentite le parti, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto, e provvede con ordinanza all’accoglimento o al rigetto della domanda / Quando la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l’attuazione del provvedimento, provvede con decreto motivato assunte ove occorra sommarie informazioni [...]”

²⁴⁹ Secondo le note parole di Calamandrei.

²⁵⁰ La diversità tra il grado di cognizione cui si giunge nel giudizio di merito e nella fase cautelare (rispettivamente, la ragionevole certezza e la probabilità, la parvenza) è tale che sarebbe un errore ravvisare nel giudizio di merito una “conferma” dell’accertamento svoltosi in fase cautelare. Per Cass., II, 27 luglio 1983, n. 5157, non è di “conferma” il giudizio di merito, in quanto ivi ha luogo una cognizione del tutto autonoma.

²⁵¹ Così F. FIORUCCI, *op. ult. cit.*, pp. 111 ss. L’A. rassicura circa la convenienza del baratto tra e celerità. Infatti l’accertamento nelle forme sommarie non è destinato a dispiegare alcuna preclusione o porre alcuna “ipoteca” sul successivo – ed eventuale – accertamento in sede di piena cognizione. In altre parole, e per dirla con l’illustre dottrina poco anzi citata nel testo, il pericolo del fare male è attenuato dalla provvisorietà del provvedimento.

²⁵² Trib. Milano, p.i., 7 luglio 2005, in *Dejure online*: “In linea generale, l’accertamento cautelare – necessariamente sommario ed incompleto – si distingue da quello proprio del giudizio di merito sul piano istruttorio per un ambito oggettivo e cronologico più limitato e sul piano dell’induzione e della valutazione del materiale probatorio per un minor rigore nel passaggio logico-storico dalle circostanze acquisite alle conclusioni fattuali rilevanti per l’accoglimento od il rigetto della domanda; in sostanza, un pur limitato novero di elementi documentali o testimoniali, di presunzioni e di indizi potranno giustificare - nella loro (sufficiente) univocità l’induzione del c.d. ‘*fumus boni iuris*’, ma non sembra lecito collegare la sommarietà – addirittura – all’intrinseca ‘attendibilità’ degli elementi raccolti, ove di natura tecnico documentale”.

²⁵³ Si deve ritenere, pur nel rispetto del principio dispositivo e quindi delle allegazioni in punto di fatto svolte dalle parti: sui fatti dedotti da ciascuna delle parti, quindi, il giudice dispone di amplissimi poteri di

Questa “logica della probabilità” non deve essere esagerata. È intervenuta la giurisprudenza a mitigarne i connotati. Si allude, in particolare, ad una ampia casistica, consolidata nel senso di declinare la tutela d’urgenza quando l’indagine cui è chiamato il giudice è incompatibile con la asciuttezza della *summaria cognitio*²⁵⁴, e a quella che, con atteggiamento di rigore, identifica il *fumus boni iuris* con una “pretesa difficilmente discutibile”²⁵⁵, essendo quest’ultima riscontrabile allorquando, all’esito del giudizio sommario, non siano ravvisabili – ragionevolmente – quali esistenti fatti impeditivi od estintivi²⁵⁶.

indagine che discendono dal meccanismo di funzionamento della cognizione sommaria. Su questo però v. *infra*.

²⁵⁴ Fondamentale, e sovente citata dalla giurisprudenza successiva, è la pronuncia del Trib. Milano, 30 marzo 1995, a tenore della quale: “la nozione di *fumus boni iuris* non può non essere influenzata in modo decisivo dalla considerazione delle caratteristiche del procedimento cautelare, singolare per i tempi di attuazione, ridotte possibilità di contraddittorio, sommarietà degli accertamenti in fatto e della dialettica in diritto, pur nella pienezza ed efficacia del comando giudiziale anticipatore della sentenza di merito. Questo sistema non può essere correlato se non con una pretesa difficilmente discutibile. L’evidente fondatezza di essa giustifica appunto la sommarietà di tutte le fasi del procedimento che conduce all’emissione del provvedimento d’urgenza. In tutti i casi in cui non esiste tale evidenza (il *fumus boni iuris*) la pretesa non può essere esaminata se non secondo i modelli istituzionalmente ordinari”; ancora, Trib. Bologna, p.i., 22 maggio 2005: “le opposte difese hanno formulato in modo complesso ed assai articolato le rispettive tesi, deducendo specifici elementi tecnici a loro sostegno - costituiti altresì dai pareri degli esperti, che ciascuna parte ha presentato anche in forma di ponderosi elaborati - onde illustrare la fondatezza delle proprie affermazioni; l’elevato grado ‘specialistico’ dell’esaminata materia giustifica appieno l’allegazione delle suddette ‘perizie di parte’, il cui valore ed il cui ‘pregio’ - pur tenendo conto della particolare ‘qualifica’ dei professionisti che ne sono la fonte, così da rendere entrambe le relazioni parimenti ‘attendibili’ in linea di principio - risultano tuttavia *ex se* insufficienti per giungere ad una decisione, visto che nella fattispecie non valgono reciprocamente a superare la soglia di semplici allegazioni difensive a carattere tecnico (v. Trib. Modena 18/7/1998, in *Giur. Dir. Industr.*, 1999, p. 550): tali produzioni rientrano dunque nella generale categoria dei dati ‘indiziari’, concorrendo alla formazione del libero convincimento del Giudice - come ogni altro elemento noto, processualmente ‘efficace’ - ma senza che nel nostro caso possano assumere un ruolo ‘consultivo’ di specifica ‘affidabilità’, tra il materiale utilizzabile per la sua pronuncia circa l’istanza cautelare (cfr. Cass. 2378/64, Cass. 2468/71, C. App. Milano 2/10/1991 su “*Giur. Ann. D. Ind.*”, 1992, n. 1453, ecc.)”.

²⁵⁵ La casistica è ampia. *Ex plurimis*, vedi Trib. Bari, lav., 4 ottobre 2016: “alla luce del dettato normativo in tema di tutela cautelare atipica, il provvedimento d’urgenza richiesto dal lavoratore *ex art. 700 c.p.c.* presuppone che ricorrano congiuntamente i requisiti del c.d. *fumus boni iuris*, ossia l’evidente fondatezza della pretesa, e del *periculum in mora*”.

²⁵⁶ Così la massima di Trib. Firenze, II, 16 giugno 2015, in *Dejure online*: “In un’istanza cautelare finalizzata alla restituzione di un’azienda subaffittata non sussiste il ‘*fumus boni iuris*’ quando a fronte della violazione da parte dell’affittuario dell’obbligazione del pagamento di alcune rate dei canoni del contratto di subaffitto e della mancata prestazione della fideiussione, vi è il ben più grave inadempimento della ricorrente consistente nell’aver subaffittato una azienda di affittacamere senza la garanzia per l’affittuario

4. La residualità dei provvedimenti d'urgenza

La *residualità* dei provvedimenti d'urgenza trova consacrazione normativa nella lettera dell'art. 700 c.p.c., il quale recita: “fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo (...)”. La dizione usata dal legislatore (tratta dal Libro IV, Dei procedimenti speciali; Titolo I, Dei procedimenti sommari; Capo III, Dei procedimenti cautelari) sarebbe *ad litteram* riferita solo al sequestro (Sezione II), alla denuncia di nuova opera e danno temuto (Sezione III), del procedimento di istruzione preventiva (Sezione IV). In realtà, come evidenziato dalla dottrina unanime, l'interpretazione sistematica²⁵⁷ della formula porta ad affermare con certezza che il legislatore *minus dixit quam voluit*.

È sempre stato pacifico che la caratteristica di residualità (o sussidiarietà che dir si voglia) vada intesa rispetto alle misure cautelari nominate²⁵⁸, e, come detto, rispetto a *tutte* le

di godere dell'immobile e, di conseguenza, di poter svolgere l'attività turistico recettiva dedotta nel contratto.” Così anche il Trib. Castrovillari, 30 dicembre 2011, n. 6290: “Presupposti indefettibili, dunque, per concedere la tutela in via d'urgenza prevista dall'art. 700 c.p.c. sono il *fumus boni iuris*, la cui verifica implica la formulazione di un giudizio di probabilità in ordine all'eventuale fondatezza della pretesa, risolvendosi nella comparazione fra l'attendibilità delle prospettazioni svolte dalle parti in conflitto, ed il *periculum in mora*, ossia un pericolo al quale il ritardo può esporre il diritto”. V. ancora Trib. Roma, 21 marzo 1997, massimata in *Dejure online*: “Nel procedimento *ex art. 700 c.p.c.*, avente ad oggetto l'impugnazione di un licenziamento, nella delibazione dell'esistenza del requisito del '*fumus boni iuris*' deve tenersi conto del fatto che il soggetto onerato della prova della giustificazione del licenziamento rimane il datore di lavoro secondo le regole ordinarie; tuttavia, trattandosi di un giudizio sommario, per ritenere assolto l'onere probatorio è sufficiente che sia dimostrata l'esistenza di un '*fumus*' di giustificazione”.

²⁵⁷ V. sul punto F. TOMMASEO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit. che ritiene che opinare diversamente condurrebbe ad ipotizzare un inedito “concorso elettivo” fra tutela urgente e misura nominata, il che è contrario alla logica dell'art. 700 c.p.c..

²⁵⁸ Si v., in tal senso, A. G. DIANA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 38. In giurisprudenza, Trib. S. Maria Capua V. sez. lav., 12 febbraio 2013, in *Dejure online*: per valutare l'ammissibilità dell'azione *ex art. 700 c.p.c.* occorre verificare se, in astratto, e, quindi, indipendentemente dalle ragioni che in concreto ostano all'esercizio dell'azione o la rendono infondata nel merito, l'ordinamento appresti una forma tipica di tutela, che consenta di conseguire, in via d'urgenza, la tutela innominata prevista dagli art. 700 e ss. c.p.c., sicché a ben vedere, il c.d. principio di residualità opera nell'ambito della tutela e dei procedimenti di natura cautelare, come peraltro confermato dalla lettera dell'art. 700 c.p.c., che appunto richiama i casi regolati dalle precedenti sezioni di questo capo, vale a dire procedimenti di natura pacificamente cautelare.

misure cautelari: non solo con riguardo a quelle previste al Codice di procedura, ma anche a quelle previste al Codice civile²⁵⁹ o in leggi speciali²⁶⁰.

Il richiamo (ai “casi regolati”) non va inteso, come insegna la dottrina, come riferimento al diritto cautelato²⁶¹, sibbene al *periculum*²⁶². L’interpretazione corretta è allora quella che ritiene la cautela *ex art. 700 c.p.c.* non invocabile ogni qualvolta siano disponibili altri mezzi cautelari, per fare fronte al medesimo pregiudizio²⁶³. Del resto, osservano gli

²⁵⁹ Fra le quali spicca, senz’altro, la misura della concessione in via provvisoria dell’assegno alimentare *ex art. 446 c.c.* (“Finché non sono determinati definitivamente il modo e la misura degli alimenti, il presidente del tribunale può, sentita l’altra parte, ordinare un assegno in via provvisoria ponendolo, nel caso di concorso di più obbligati, a carico di uno solo di essi, salvo il regresso verso gli altri”).

²⁶⁰ Sovvengono, *exempli gratia*, il sequestro previsto al Codice della navigazione, l’ordinanza *ex art. 18 Stat. Lav. di reintegrazione nel posto di lavoro*.

²⁶¹ Come osserva la dottrina (A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d’urgenza*, cit., p. 88), la “genericità della formula” suddetta avrebbe ben potuto giustificare una lettura estensiva, alla stregua della quale non si sarebbe potuto invocare il rimedio di cui all’art. 700 c.p.c. in quei casi in cui il diritto era minacciato da un pregiudizio diverso da quello della cautela tipica. Osservano gli AA. che simili letture si ponevano in contrasto con la lettera della norma, giacché non può dirsi che il diritto soggettivo stesso sia “regolato” in alcune delle Sezioni anzidette. Peraltro, nell’opinione degli AA., può parlarsi di cautela “regolata” in quanto la norma contempli – a fianco al diritto soggettivo, oggetto della cautela – “i presupposti per somministrarla e gli estremi per attuarla”, di talché, al variare di quelli (presupposti, fra i quali va annoverato senz’altro il *periculum*) non potrebbe parlarsi di caso “regolato”. Cfr., in argomento, F. TOMMASEO, *Provvedimenti d’urgenza*, cit. ove viene bollata, la opinione in commento, come “formalistica”, fondata su argomenti fallaci, quali la negazione che potessero esistere *pericula* diversi da quelli contemplati dal legislatore.

²⁶² Così in F. TOMMASEO, *Provvedimenti d’urgenza*, cit..

²⁶³ Unanime sul punto la giurisprudenza. *Ex multis*, si v. Tribunale Milano, 2 marzo 2002, in *Dejure online*, per la quale pronuncia presupposto di ammissibilità della tutela cautelare atipica prevista dall’art. 700 c.p.c. è la sussidiarietà del rimedio d’urgenza, nel senso che ad esso non può ricorrersi qualora sia invocabile altra misura cautelare tipica. Tale riserva vale anche per le misure cautelari tipiche previste al di fuori del capo III, titolo I, libro IV, del c.p.c.. Per pronunzie più recenti, cfr. Tribunale Milano, 8 agosto 2019: “il quarto comma dell’art. 2378 c.c. (in quanto richiamato per le s.r.l. dall’ultimo comma dell’art. 2479 ter c.c.) disciplina dunque una misura cautelare ‘tipica’, sia pure non compresa nel codice di rito, che in quanto tale preclude la concessione della tutela cautelare ‘atipica’ di cui all’art. 700 c.p.c., che è esperibile solo in via residuale, quale norma di chiusura che può operare solo quando nessun altro rimedio cautelare è esperibile. Questa peculiarità del provvedimento d’urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, definita come ‘sussidiarietà’ o ‘residualità’ ne limita l’applicazione e ne determina l’inammissibilità qualora la parte abbia a disposizione un altro provvedimento cautelare tipico”; Tribunale Torino, I, 13 maggio 2019: “In giurisprudenza, si è così affermato che non è invocabile l’intervento cautelare di cui all’art. 700 c.p.c. qualora sussistano altre misure tipiche idonee a soddisfare le esigenze di cautela urgente”; Tribunale Salerno II, 14 aprile 2018, n.1810: “caratteristiche peculiari del procedimento *ex art. 700 c.p.c.* sono (oltre alla strumentalità, propria di tutti i procedimenti cautelari) la sussidiarietà e l’atipicità. Tanto emerge, infatti, dal contesto della citata norma, e precisamente sia dalla premessa, secondo cui tale possibilità sussiste solo ‘fuori dei casi regolati

interpreti, il principio per cui il *periculum* cui fa fronte la misura d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* deve essere diverso da quello cui reagisce la cautela tipica, è specchio della già richiamata *atipicità* (del *periculum*), che connota i provvedimenti d'urgenza ed è linea con la funzione di "norma di chiusura" del sistema²⁶⁴ dell'istituto in esame.

Allora, se a determinare l'incompatibilità tra art. 700 c.p.c. e misura cautelare tipizzata dal legislatore è il *periculum*, occorrerà distinguere, caso per caso, se il pregiudizio contro il quale il ricorrente intende cautelarsi è o meno identico a quello di una misura tipica, purché quest'ultima sia idonea allo scopo²⁶⁵, come peraltro ha mostrato di ragionare la Suprema Corte in uno dei rari arresti sul tema²⁶⁶.

La giurisprudenza ha recepito le indicazioni di quegli autori²⁶⁷ i quali ritenevano che, nel dirimere il conflitto tra ambito riservato alle misure tipiche e sfera di azione dei

dalle precedenti sezioni di questo capo, ossia, e più genericamente, quando non risultano utilizzabili altre misure cautelari; sia dalla specificazione che i provvedimenti d'urgenza concretamente chiedibili ed ottenibili sono 'quelli che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito'. In sostanza, il giudice può pronunciare provvedimenti di contenuto non predeterminato dalla legge, con il solo duplice limite che, da un lato, l'esigenza alla quale soccorrono non sia conseguibile con altra misura cautelare tipica o 'nominata'".

²⁶⁴ Così in F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., pp. 39 s.

²⁶⁵ Così in A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., pp. 103 s., donde la riflessione sul fatto che, ad esempio, il provvedimento *ex art. 700 c.p.c.* non sarà spendibile per cautelare un diritto di credito a una prestazione pecuniaria contro il pericolo da infruttuosità, giacché il legislatore ha previsto il sequestro allo scopo. Laddove invece il pregiudizio che minaccia il diritto sia quello da tardività, non esistono misure tipiche idonee ad escludere l'esperibilità del rimedio *ex art. 700 c.p.c.*. Emblematico, in questo caso, l'esempio del credito alimentare o retributivo, che verrebbe invano cautelato col sequestro. Gli AA. ravvisano un ulteriore esempio nell'applicazione dell'art. 700 c.p.c. al fine di ottenere la custodia e la gestione temporanea di un bene o di un complesso aziendale quando proprietà o possesso sono *sub iudice*.

²⁶⁶ Il riferimento è a Cass., II, 15 giugno 1999, n. 5925: "per valutare l'ammissibilità dell'azione *ex art. 700 c.p.c.* occorre verificare se, in astratto, l'ordinamento appresti una forma tipica di tutela che consenta di conseguire in via di urgenza la tutela innominata prevista dagli articolo 700 e seguenti c.p.c."

²⁶⁷ V., ad esempio, F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d'urgenza*, cit.. L'A. argomenta per l'ammissibilità del ricorso alla cautela atipica non solo quando misure nominate non vi siano, ma anche quando non appaiano efficaci. Non per questo, però, può ritenersi di impiegare l'art. 700 c.p.c. al fine di ampliare l'ambito applicativo di una misura cautelare tipica: ciò sarà tentato invano perché devono comunque sussistere i requisiti per l'esperimento della tutela d'urgenza (es: pregiudizio irreparabile) ma anche perché l'art. 700 è escogitato dal legislatore al fine di assicurare gli effetti della decisione di merito, e non di un provvedimento giurisdizionale qualunque, in specie cautelare.

provvedimenti d'urgenza deve verificarsi se, nel caso concreto²⁶⁸, la misura tipica è idonea a garantire al richiedente “tutte quelle utilità”²⁶⁹ assicurate dalla cautela atipica²⁷⁰. In caso affermativo, alla istanza di concessione della cautela atipica deve seguire un rigetto, si ritiene per inammissibilità²⁷¹. L'interpretazione è quella costituzionalmente doverosa ai sensi dell'art. 24 Cost., giacché il diritto (per il quale è prevista una misura tipica) abbisogna di cautela anche avverso *pericula* non previsti dal legislatore.

Rimane invece da chiarire quale sia il rapporto tra cautela atipica e misure cautelari nominate delle quali il legislatore abbia previsto l'esperibilità unicamente in corso di causa. Ebbene, come argomenta la dottrina, deve ritenersi, stante la portata generale del

²⁶⁸ La formula deve essere intesa come un invito alla valutazione che tenga conto dell'interesse del richiedente la cautela sotteso al diritto, cioè con riguardo alle particolarità del *periculum*, e non nel senso di ritenere ammissibile la cautela atipica ogni qualvolta si versi, per colpevole inerzia, nell'impossibilità di fruire della cautela tipica. Detto altrimenti, si deve procedere ad un giudizio “in astratto”. Si rinvia alle riflessioni svolte in A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 108, per un approfondimento circa la dialettica tra valutazione “in astratto” e giudizio “in concreto” per l'apprezzamento del canone di residualità della misura richiesta. Gli AA. concludono per la necessità di svolgere una prognosi “astratta e preventiva”, pena l'ammissione del provvedimento *ex art. 700 c.p.c.* nei casi in cui si sia decaduti dalla percorribilità del rimedio tipico o addirittura nel caso in cui l'istanza non si sia rivelata fondata. Nell'opinione degli AA., ciò realizzerebbe una inversione del dato letterale e della funzione della norma, che somiglierebbe pericolosamente ad un “potere generale di cautela” del giudice. Paradigmatica la pronuncia Trib. S. Maria Capua V. sez. lav., 12 dicembre 2013, per cui il giudizio di residualità si atteggia alla stregua di verifica “in astratto” circa la disponibilità di altra misura cautelare. Secondo la pronuncia Cass., II, 15 giugno 1999, n. 5925 occorre, al fine di valutare l'ammissibilità, verificare se, in astratto, quindi indipendentemente dalle ragioni che in concreto ostino all'esercizio dell'azione o la rendano infondata nel merito, l'ordinamento appresti una forma di tutela tipica tale da consentire il conseguimento in via d'urgenza della tutela innominata prevista dall'art. 700 c.p.c..

²⁶⁹ Secondo la formula di Trib. Bari, 7 maggio 1992, in *Foro It.*, 1992, I, p. 3115.

²⁷⁰ È utile, al riguardo, rimarcare che la riserva introdotta dall'art. 700 c.p.c. opera non tanto con riferimento al tipo di diritto sostanziale di cui si chiede la protezione, ma alla natura del concreto *periculum in mora*, così che anche lo *ius ad rem* può essere cautelato con la tutela atipica *ex art. 700 c.p.c.* ove si tratti di scongiurare minacce non ricadenti in uno dei *pericula*, connotati da tipicità, neutralizzabili attraverso il sequestro giudiziario. [...] Il ricorso alla cautela innominata è, pertanto, inammissibile quando l'istante disponga concretamente di un'azione cautelare tipica parimenti idonea a neutralizzare il rischio di pregiudizio paventato”. Così Tribunale Latina, II, 23 aprile 2016.

²⁷¹ “Questa peculiarità del provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, definita come ‘sussidiarietà’ o ‘residualità’ ne limita l'applicazione e ne determina l'inammissibilità qualora la parte abbia a disposizione un altro provvedimento cautelare tipico”. Così la già cit. Trib. Milano, 8 agosto 2019, conforme a Trib. Napoli, 1 dicembre 2017.

procedimento cautelare uniforme, ed in specie dell'art. 669-ter c.p.c.²⁷², che ogni misura possa essere richiesta *ante causam*, senza necessità di ricorrere all'art. 700 c.p.c. quale *cavallo di Troia* per ottenere *ante causam* la misura tipica, che il legislatore aveva voluto esperibile solo a seguito della proposizione della domanda²⁷³.

Dal canone di residualità discendono taluni corollari, di pregnante importanza pratica. Dapprima, che è inammissibile il ricorso *ex art. 700 c.p.c.* quando potrebbe chiedersi un sequestro conservativo²⁷⁴, un sequestro giudiziario²⁷⁵ (salvo il caso, per l'appunto, in cui

²⁷² ... il cui primo comma recita: "Prima dell'inizio della causa di merito la domanda si propone al giudice competente a conoscere del merito".

²⁷³ Sul punto, si v. la dettagliata disamina di A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, in *Foro it. online*, 1991, V, p. 57.

²⁷⁴ Così è in Trib. Roma, sez. p. i., 30 novembre 2008, in *Dejure online*: "Il ricorso proposto *ex art. 700 c.p.c.* per cautelare il credito del ricorrente al pagamento di un corrispettivo per la progettazione di opera asseritamente di architettura non è ammissibile, per la presenza della misura tipica del sequestro conservativo".

²⁷⁵ Si v. Trib. Milano, 6 dicembre 2016, in *Dejure online*, per cui: in tema di provvedimenti d'urgenza, non può emanarsi l'ordine di restituzione dei beni *ex art. 700 c.p.c.* qualora difetti il requisito della residualità del rimedio cautelare (nel caso di specie, potendosi utilizzare lo specifico rimedio di cui all'art. 670 c.p.c., in materia di controversia sulla proprietà di beni). Cfr. anche Trib. Roma, III, 14 gennaio 2016, ove il collegio ha rigettato l'istanza cautelare *ex art. 700 c.p.c.*, eseguita una approfondita analisi della funzione del sequestro giudiziario, ravvisando che il *periculum* prospettato dal ricorrente poteva trovare adeguata cautela nel sequestro giudiziario: "Ciò premesso, nel caso in esame i ricorrenti hanno posto a fondamento della domanda cautelare la intervenuta risoluzione di diritto del contratto di cessione di quote stipulato con il P., paventando il rischio che il predetto cessionario –ancora nel possesso delle quote essendo rimasto inerte alla richiesta della loro retrocessione- possa vendere le stesse a terzi ovvero possa esercitare i diritti sociali, pur non avendo più la qualità di socio. Tuttavia, alla luce di quanto sopra osservato, il nostro ordinamento prevede uno strumento cautelare tipico per tutelare in via anticipata e urgente il diritto vantato dai ricorrenti, consistente nell'accertamento della risoluzione del contratto di cessione e nella retrocessione delle quote. Tale strumento è quello del sequestro giudiziario, che consente di evitare sia il rischio che il bene controverso possa essere venduto a terzi, sia il dedotto rischio di una impossibilità di funzionamento dell'assemblea, potendo essere esercitati dal custode i diritti sociali. Del resto, l'art. 670 c.p.c. consente di utilizzare tale strumento tipico quando è opportuno provvedere alla custodia o alla gestione temporanea dei beni di cui è controversa la proprietà o il possesso. Inoltre, il provvedimento di sequestro giudiziario è destinato ad essere iscritto nel Registro delle Imprese, risultando così tutelata la posizione dei ricorrenti anche nei confronti dei terzi. Sussistendo, pertanto, una tutela cautelare tipica, ne consegue l'inammissibilità della tutela cautelare atipica concedibile, a norma dell'art. 700 c.p.c., solo fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo [Capo III – Dei procedimenti cautelari]". Identico il *decisum* di Trib. Catania, 22 dicembre 2014, in *Dejure online*: in caso di controversia sulla detenzione o sul possesso di determinati beni, quale è quella che si ingenera in ipotesi di domanda di risoluzione del contratto per inadempimento e connessa domanda restitutoria *ex art. 1458 c.c.*, la tutela anticipatoria atipica d'urgenza alla restituzione del bene può ricorrere in casi eccezionali e solo qualora il sequestro giudiziario non sia idoneo, tenuto conto delle sue finalità tipiche, a tutelare, nelle more dello svolgimento del giudizio di merito, le peculiari esigenze del caso concreto.

possano derivare al ricorrente utilità ultronee rispetto a quelle conseguibili col sequestro²⁷⁶), o un procedimento di istruzione preventiva²⁷⁷. Parimenti, si osserva, non può ricorrersi per provvedimenti d'urgenza al fine di conseguire gli *effetti* di altra misura cautelare tipica²⁷⁸, che il ricorrente potrebbe (o avrebbe potuto) esperire.

Taluni di questi corollari s'atteggiano quali "limiti interni", così detti, e sono desumibili dalla lettera dell'art. 700 c.p.c., oltreché dal collegamento sistematico con gli istituti del Codice.

²⁷⁶ Va menzionata la puntuale analisi svolta in Trib. Roma, V, 22 luglio 2020, che opera una ricognizione sulla funzione del sequestro giudiziario, ed enumera i casi in cui può esservi interesse ad utilità eccedenti. Laddove, al contrario, il ricorrente richieda un provvedimento le cui utilità sono identiche a quelle del sequestro giudiziario, l'istanza deve ritenersi inammissibile: "Bisogna quindi chiedersi se, nell'ottica del ricorrente, i risultati ottenibili con lo strumento tipico (sequestro giudiziario) siano i medesimi conseguibili con lo strumento della tutela innominata *ex art. 700 c.p.c.* La risposta a questa domanda non può che essere negativa. Gli effetti conseguibili con il sequestro giudiziario dell'azienda non possono ritenersi corrispondenti a quel godimento pieno ed immediato che, al contrario, può essere ottenuto con il provvedimento di rilascio dell'azienda al titolare/ ricorrente. Il sequestro giudiziario, difatti: a) ha prevalente funzione conservativa e non è funzionale ad assicurare il godimento pieno ed immediato del bene da parte del suo titolare. Il titolare, difatti, non potrà, almeno di regola, in pendenza del sequestro, operare investimenti, ricapitalizzazioni, operazioni di risanamento aziendale e/o finanziario o adottare altre misure tipiche dell'azione imprenditoriale (ivi compreso il riaffitto a terzi o persino la cessione a terzi dell'azienda) ma dovrà confidare nella gestione di un terzo (il custode) ed attendere l'esito del giudizio di merito per riacquisire pienezza operativa; quand'anche fosse nominato custode, sarà in ogni caso chiamato ad operare in un'ottica conservativa non avendo avuto definitivamente restituito il bene; b) non è idoneo ad acquisire immediata stabilità, ma richiede in ogni caso l'introduzione di un giudizio di merito e solo all'esito dello stesso il ricorrente può acquisire una disponibilità piena ed effettiva. Trattasi di una differenza di assoluto rilievo se posta nella necessaria correlazione con le esigenze imprenditoriali, tipicamente caratterizzate da decisioni rapide anche mediante l'assunzione di rischi operativi, che sono difficilmente compatibili con la necessità di attendere l'esito di un giudizio di merito, inevitabile nel caso di sequestro giudiziario; c) comporta costi e spese (di custodia e legali) ben superiori a quelli di un giudizio *ex art. 700 c.p.c.*. Non può dunque ritenersi che esista nell'ordinamento un rimedio tipico che permetta di assolvere alle medesime esigenze che possono essere soddisfatte con il provvedimento d'urgenza di restituzione dell'azienda; da ciò l'ammissibilità della domanda cautelare spiegata".

²⁷⁷ In dottrina v. A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 90, i cui AA. ritengono che un ricorso per provvedimento d'urgenza che "dissimuli il contenuto" di una misura di istruzione preventiva presenterebbe due motivi di inammissibilità. Oltre al difetto di residualità, vi sarebbe che la misura non potrebbe dirsi diretta ad assicurare gli effetti della decisione sul merito, secondo il precetto normativo dell'art. 700 c.p.c..

²⁷⁸ La giurisprudenza sul punto è unanime. Si v., per esempio, anche per una disamina dei "limiti interni", Trib. Modena, II, 5 giugno 2015: "in tema di provvedimenti *ex art. 700 c.p.c.*, in forza del principio di residualità non possono conseguirsi effetti propri di altre misure cautelari tipiche mediante il ricorso ai provvedimenti d'urgenza".

Così, si ritiene, non è spendibile il ricorso per provvedimento d'urgenza al fine di influire sulla efficacia esecutiva di un provvedimento giurisdizionale. Ciò principalmente per una serie di ragioni, che tendono a convergere, e che attengono alla asserita completezza dei rimedi codicistici tesi a scongiurare i *pericula* derivanti dall'esecuzione di provvedimenti ingiusti²⁷⁹ (la cui chiave di volta sarebbe rinvenibile nell'art. 623 c.p.c.²⁸⁰, ragion per cui non dovrebbe potersi incidere sul processo esecutivo²⁸¹), e al fatto che il rimedio *ex art. 700 c.p.c.* sembra avere per presupposto che la situazione controversa non sia stata composta²⁸². L'idea è, appunto, che la cautela innominata, per vocazione sua propria (assicurare interinalmente gli effetti della decisione definitiva), “non può che essere recessiva ed inammissibile allorquando sia volta a paralizzare l'efficacia di provvedimenti giurisdizionali a cognizione piena”²⁸³.

Considerazioni analoghe possono essere addotte a sostegno dell'assunto per cui la cautela innominata non può spendersi per inficiare la portata di altro provvedimento cautelare d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, visto che “non è in alcuna norma previsto che possa promuoversi un giudizio ordinario al solo fine di sentir dichiarare che un provvedimento emesso in via d'urgenza, per sua natura esecutivo ed espressamente dichiarato non

²⁷⁹ Così in F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., pp. 46 s.

²⁸⁰ Rubricato “Limiti della sospensione” e che recita: “Salvo che la sospensione sia disposta dalla legge o dal giudice davanti al quale è impugnato il titolo esecutivo, l'esecuzione forzata non può essere sospesa che con provvedimento del giudice dell'esecuzione”. È pertanto predicabile la incapacità dell'art. 700 c.p.c. di influire sugli atti del processo esecutivo, ma v. la nota seguente.

²⁸¹ È ormai superato dagli interventi del legislatore l'orientamento che ammetteva il ricorso *ex art. 700 c.p.c.* al fine di paralizzare l'esecuzione forzata già dalla notifica del precetto, prima che fosse instaurata l'esecuzione. Infatti, essendo il legislatore intervenuto sull'art. 615 e avendo consentito al giudice di sospendere l'efficacia esecutiva del titolo, non si realizza più alcun vuoto di tutela al quale occorre reagire con la cautela atipica. Questo il *decisum* di Trib. Piacenza, 18 gennaio 2011.

²⁸² Così la eloquente pronuncia Trib. Trani, 16 ottobre 1974, in *Foro it. online*, 1974, I, p. 3532: “Peraltro la esegesi dell'art. 700 fa rilevare che uno dei limiti della sua applicazione è segnato dalla finalità di assicurare in via provvisoria gli effetti della decisione di merito, e in funzione strumentale rispetto a questa; la cautela generica ha dunque la sua ragion d'essere fino a quando la situazione di fatto suscettibile di variazione nel tempo, che costituisce l'oggetto del diritto dedotto e sulla quale essa è destinata ad operare, non abbia ricevuto in sede giurisdizionale il suo regolamento con la decisione di merito [...] a seguito della quale viene a cadere ogni ulteriore occasione di emissione di provvedimenti cautelari innominati”. Sulla stessa scia, Cass. 11 giugno 1990, n. 5670, in *Foro it. online*, 1991, I, p. 528.

²⁸³ Il *dictum* è estrapolato da Trib. Bari, 10 ottobre 2004, in *Dejure online*.

impugnabile, sia illegittimo sotto il profilo dell'incompetenza o dell'assenza dei presupposti richiesti ²⁸⁴, e che quindi tale pretesa, non avendo consistenza di diritto soggettivo, non può ricevere tutela in via urgente.

L'ultimo punto, più impegnativo e controverso, attiene ai rapporti tra provvedimenti d'urgenza e procedimenti speciali (sommari non cautelari). Stavolta la clausola di riferimento è quella della esperibilità della tutela d'urgenza per cautelare il diritto da "fare valere in via ordinaria". Se, come è opinione della dottrina, la formula "via ordinaria" va intesa come sinonimo di procedimento di "ordinaria cognizione"²⁸⁵ (cioè, a seconda dei casi, procedimento di cognizione di cui al Libro II del Codice di procedura²⁸⁶, il processo secondo il rito del lavoro, o la via arbitrale, riturale o irrituale²⁸⁷), è corretto affermare, come generalmente si fa, che vada esclusa l'esperibilità della cautela generica ogniqualvolta siano dati rimedi sommari non cautelari, o comunque che abbiano una fase sommaria urgente²⁸⁸. Pur sussistendo indubbie differenze fra i due rimedi quanto alle utilità che possono essere conseguite²⁸⁹, l'interpretazione assolutamente dominante²⁹⁰ ritiene che la cautela innominata non possa essere concessa laddove il *periculum* sia

²⁸⁴ Da Trib. Lucca, 1° marzo 1988, in *Giustizia civile*, 1989, I, p. 991.

²⁸⁵ La formula potrebbe essere, in alternativa, intesa come sinonimo di "giurisdizione ordinaria", quindi civile, in forza del principio costituzionale che vuole la cautela – generalmente e anche a prescindere della espressa attribuzione da parte del legislatore – affidata al giudice del merito. Cfr., in tal senso, A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., pp. 166 s. Se, al contrario, si legge "via ordinaria" come "ordinaria cognizione", allora non v'è – nel caso il diritto possa essere fatto valere in procedimenti speciali – alcun procedimento di ordinaria cognizione nelle more del quale un pregiudizio minaccia il diritto.

²⁸⁶ Si osservi comunque che Cass., SS.UU., 10 giugno 2013, n. 14503 non è ammissibile il ricorso *ex art. 700 c.p.c.* nel giudizio di legittimità.

²⁸⁷ V. in tal senso A. G. DIANA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 35.

²⁸⁸ V., in argomento, F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d'urgenza*, cit., che ammette che il rapporto di esclusione tra art. 700 c.p.c. e misure interinali anche a carattere non cautelare, poiché, quando è data simile misura, viene meno l'interesse alla azione cautelare e, più convincentemente, fa difetto il requisito della irreparabilità del pregiudizio, che postula una valutazione nei termini di *inevitabilità altrimenti*.

²⁸⁹ Come si osserva in A. SCARPA, R. GIORDANO, *I procedimenti cautelari*, cit., p. 30 i provvedimenti sommari non cautelari anticipano necessariamente il contenuto della decisione nel merito, quindi "la soddisfazione del diritto", mentre i provvedimenti d'urgenza possono assumere, come sarà illustrato *infra*, tanto contenuto "anticipatorio" quanto "assicurativo".

²⁹⁰ Cfr. F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 52.

fronteggiabile con un procedimento cd. speciale (cioè sommario non cautelare) ma – in ossequio al canone della residualità come concretamente parametrata al *periculum* – solo in questo caso, non potendosi escludere *a priori* che, in talune circostanze²⁹¹, neppure sporadiche né eccezionali, l’art. 700 c.p.c. sia candidato migliore al fine di assicurare la decisione sul merito dal pericolo di un pregiudizio irreparabile²⁹². Valga altrettanto per il caso dell’art. 702-*bis*²⁹³, indipendentemente si acceda o meno alla opinione minoritaria

²⁹¹ Quello che la dottrina ha elaborato è il *criterio del risultato*, in virtù del quale va ricusato, avuto riguardo alla singola fattispecie, l’approdo ermeneutico che compromette l’effettività della tutela. Questo in termini pratici significa, a bene vedere, tenere ferma la esperibilità della sola tutela sommaria ogniqualvolta essa è sufficiente a scongiurare il *periculum*, e consentire l’azionabilità della tutela d’urgenza se il *periculum* è eccedente rispetto alle possibilità di tutela offerte dal procedimento speciale di volta in volta considerato. Ribaltando il discorso, l’ottica del risultato consente di escludere la cautela atipica ogniqualvolta esistano mezzi procedurali che consentono di ottenere lo stesso risultato.

²⁹² Questa la opinione preferibile (sulla quale v. A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d’urgenza*, cit., pp. 166 ss). La contraria opinione s’impenna attorno alla formula (del diritto da far valere) “in via ordinaria”. Così si nega la esperibilità della tutela d’urgenza sulla base di un “inaccettabile concettualismo”. Più articolata la posizione della giurisprudenza, che richiede, nel caso concreto, la dimostrazione del fatto che la sommarietà del procedimento non è bastevole a scongiurare il *periculum* che minaccia il diritto.

²⁹³ Sul punto v. il commento a sentenza di S. IZZO, *Sulla compatibilità tra tutela cautelare in corso di causa e procedimento sommario di cognizione*, in *Judicium online*, 2012, p. 6 s. Secondo l’A. la “sommarietà” (non tecnicamente intesa, giacché l’A. pare propendere per la tesi che identifica nel rito sommario di cognizione con un rito a cognizione piena ma a trattazione deformalizzata, con la dottrina maggioritaria) non vale ad escludere la necessità della tutela cautelare ogniqualvolta il procedimento, per la diversa – e più distesa – articolazione della istruttoria rispetto alla tutela cautelare, debba svolgersi lungo un arco temporale eccedente il tempo che occorrerebbe per la pronunzia sulla istanza di tutela d’urgenza. Se il procedimento funziona, al contrario, nel modo che pare quello fisiologico, concludendosi in prima udienza, allora, nelle parole dell’A., “le istanze che miravano a preservare le ragioni del ricorrente durante il tempo necessario ad accertare il diritto azionato in via principale verranno ad essere assorbite, come avvenuto nel caso di specie, dal provvedimento di accoglimento che garantisce fin da subito il bene della vita con un’intensità maggiore, e perciò solo escludente, di quella ottenibile con il provvedimento cautelare”.

che lo vorrebbe un procedimento sommario²⁹⁴; quanto al procedimento di convalida (o al procedimento speciale di rilascio di cui alla legge c.d. equo canone)²⁹⁵.

La lettura corrente (“funzionale”, che nega la tutela d’urgenza quando è dato un procedimento sommario non cautelare), in ossequio alla logica della *inevitabilità altrimenti*²⁹⁶, vale anche quando si discorra di procedimenti monitori, quali il ricorso per ingiunzione, o i procedimenti possessori²⁹⁷, essendo disponibili i quali rimedi, sempre per la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, dovrebbe escludersi il ricorso alla tutela cautelare atipica.

La ricostruzione qui prospettata, pur non essendo l’unica²⁹⁸, è anche quella più consona alle esigenze e ai bisogni della vita, più pronta al soddisfacimento dell’*interesse*

²⁹⁴ Il dibattito, pur interessante e ricco di validi argomenti spesi per entrambe le opposte opinioni, può solo essere richiamato perché già citato *supra*. Vale la pena di osservare che l’importanza pratica dell’una o dell’altra soluzione può essere ridimensionata, laddove si concordi con il fatto che la tutela sommaria non esclude (ontologicamente) la necessità, in casi concreti, di una tutela d’urgenza ai sensi dell’art. 700 c.p.c.. Infatti, alla luce dell’opinione seguita nel testo, il canone della sussidiarietà (quindi la impossibilità di fronteggiare il *periculum* – nel caso concreto – con altri mezzi) andrà valutato con eguale rigore, senza che la supposta natura sommaria o di procedimento a cognizione piena del rito *ex art. 702-bis* c.p.c. possa in qualche modo influire sull’apprezzamento del giudice, e questo vale senza dubbio almeno nelle materie che ai sensi del d. lgs. 150 del 2011 debbono forzatamente essere trattate col rito sommario di cognizione.

²⁹⁵ Per la tesi affermativa, in linea con la giurisprudenza maggioritaria, si v. A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d’urgenza*, cit., pp. 170-172.

²⁹⁶ Secondo la “valutazione” che il canone di sussidiarietà postula, così in A. SCARPA, R. GIORDANO, *I procedimenti cautelari*, cit., p. 34.

²⁹⁷ Ammonisce la dottrina (v. A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d’urgenza*, cit., p. 176) che i presupposti per la concessione del provvedimento monitorio sono diversi (cioè è diverso il *periculum*). *Ibidem* (p. 179) per una riflessione circa diversità di presupposti per accedere alla tutela possessoria (oltretutto tali procedimenti sono organizzati secondo una prima fase interdittale). Utilizzando il già richiamato *criterio del risultato* dovrebbero dirimersi le questioni circa la sovrapposizione tra i rispettivi ambiti di operatività.

²⁹⁸ Si v. ancora A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d’urgenza*, cit., p. 181 s. per la ricostruzione alternativa che distingue tra tutela sommaria facoltativa ovvero necessaria e che limita la proponibilità del ricorso per provvedimento d’urgenza solo nel secondo caso. Per gli AA. seguendo tale impostazione – come peraltro non mostra di fare la giurisprudenza assolutamente prevalente, che pare ricusare la conclusione di cui subito appresso – dovrebbe dedursi la non ammissibilità della tutela d’urgenza nei casi in cui la parte liberamente scelga di proporre la domanda nelle forme del rito sommario (facoltativo, quindi al di fuori dei casi in cui il legislatore, al d. lgs. 150 del 2011, impone la domanda sia trattata nelle forme del rito di sommaria cognizione).

dell'istante²⁹⁹, che anzi è elevato a criterio di discernimento fra ammissibilità del solo procedimento speciale tipico o apertura alla cautela atipica. A temperamento dei rigori che discendono dal criterio della sussidiarietà contribuisce, ad ogni buon conto, il principio che consente al giudice di riqualificare – secondo il canone *iura novit curia* – la domanda cautelare proposta dal ricorrente³⁰⁰.

5. I c.d. limiti interni

Dalla esegesi dell'art. 700 c.p.c. si ricavano taluni limiti circa gli effetti e le utilità conseguibili – che qui sono congiuntamente nominati “limiti interni” – fra i quali è da annoverare la già richiamata impossibilità di influire su un provvedimento giurisdizionale, sugli atti dell'esecuzione, su altra misura cautelare per estenderne o limitarne gli effetti³⁰¹ (e che invece qui si è ritenuto di ricondurre alla nozione di “sussidiarietà”, giacché tali divieti traggono origine dalla predisposizione di un rimedio alternativo *tipico* da parte dell'ordinamento).

Pare doversi intraprendere il discorso presente da una pronuncia della Corte costituzionale³⁰², che è di capitale importanza per quanto attiene al presente discorso.

La questione di legittimità costituzionale sottoposta allo scrutinio della Corte afferiva l'art. 10 c.c. e la legge sul diritto d'autore (nella parte in cui regola i diritti relativi al ritratto)

²⁹⁹ Interesse ad utilità ottenibili con altri mezzi (secondo il canone della *inevitabilità altrimenti*) ovvero ad utilità ultronee, che scongiurino il pregiudizio che minaccia il diritto, e che siano ottenibili solo con il ricorso per provvedimento d'urgenza.

³⁰⁰ Così in F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d'urgenza*, cit.. Sul punto v. comunque *infra*.

³⁰¹ Basti qui riportare Trib. Modena, II, 5 giugno 2015: “In tema di provvedimenti *ex art. 700 c.p.c.*, in forza del principio di residualità: non possono conseguirsi effetti propri di altre misure cautelari tipiche mediante il ricorso ai provvedimenti d'urgenza; non si può ricorrere a tale strumento per interferire con l'efficacia di una misura cautelare tipica riducendone o integrandone la sfera di azione; non può sospendersi l'esecutività di altri provvedimenti giurisdizionali; deve escludersi l'ammissibilità di provvedimenti di urgenza quando, per l'affermazione del diritto cautelare, siano esperibili procedimenti sommari tipici”.

³⁰² Si tratta della sent. n. 122 del 1970 della Corte costituzionale.

“in relazione” – nelle parole del giudice *a quo* – all’art. 700 c.p.c.³⁰³. Nell’ordinanza di rimessione si dubitava della legittimità costituzionale degli articoli in esame in quanto contrastanti con l’art. 21 Cost., il cui terzo comma consente il sequestro della stampa solamente al ricorrere di due condizioni: la previsione di una fattispecie criminosa e l’espressa autorizzazione al sequestro di cui alla legge sulla stampa³⁰⁴.

L’Avvocatura generale dello Stato, nel chiedere che la questione fosse dichiarata non fondata, ha argomentato le proprie conclusioni a partire da due ordini di ragioni. Dapprima, a partire dall’inquadramento corretto della *quaestio iuris*: come notato dall’Avvocatura dello Stato, la questione, tale che prospettata dal giudice rimettente, non riguarda affatto l’art. 10 c.c. né la normativa sul diritto d’autore, bensì, più correttamente l’art. 700 c.p.c.. Peraltro, secondo la ricostruzione prospettata dall’Avvocatura dello Stato “la norma processuale impugnata, che consente l’emissione in via di urgenza di provvedimenti dal contenuto non preventivamente determinato, attribuisce al giudice un potere nell’esercizio del quale egli deve tener conto di altre norme dell’ordinamento, che eventualmente escludano l’ammissibilità di una determinata misura cautelare, e, quindi, anche dei limiti derivanti dall’art. 21, terzo comma, della Costituzione”.

La seconda questione, invece, afferente all’efficacia delle norme di rango costituzionale di cui al titolo sui “rapporti civili”³⁰⁵, le quali, a giudizio della Avvocatura resistente dovessero intendersi formulate con esclusivo riguardo al rapporto tra pubblici poteri e cittadini, non quindi nei rapporti non coinvolgenti la parte pubblica³⁰⁶. Riassumendo:

³⁰³ Più precisamente: “giudizio di legittimità costituzionale dell’art. 10 del codice civile e degli artt. 96 e 97 della legge 22 aprile 1941, n. 633, sulla protezione del diritto d’autore, in relazione all’art. 700 del codice di procedura civile, promosso con ordinanza emessa il 30 dicembre 1968 dal pretore di Roma nel procedimento civile vertente tra Perini Anna Maria, Vistarini Patrizia e la società editrice Balsamo ed altri, iscritta al n. 37 del registro ordinanze 1969 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 78 del 26 marzo 1969”.

³⁰⁴ “Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell’autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescriva per l’indicazione dei responsabili”.

³⁰⁵ Artt. da 13 a 28 Cost.

³⁰⁶ “Ad avviso dell’Avvocatura si deve perciò pervenire alla conclusione che la norma costituzionale di cui l’ordinanza denuncia la violazione non si estende al campo dei diritti privati e che la tutela della libertà di stampa non può eliminare tutti i mezzi che l’ordinamento predispone a presidio dei diritti subiettivi dei

l'Avvocatura dello Stato era dell'avviso che quello prospettato era "un problema di interpretazione del combinato disposto della legge ordinaria e della norma costituzionale, non già di una questione di legittimità costituzionale"; d'altro canto, doveva escludersi che "l'art. 21, terzo comma, della Costituzione impedisca al giudice di emanare, a tutela del diritto dell'immagine, un provvedimento di sequestro di stampati".

La Corte, dopo avere fornito, come di consueto, con sintesi glaciale, un inquadramento della portata della ordinanza di rimessione³⁰⁷ – puntualizzando in termini più corretti la questione posta dal giudice *a quo* contenente un improprio riferimento alla normativa sostanziale³⁰⁸ – affronta le questioni sollevate dalla Avvocatura dello Stato, nell'ordine inverso rispetto al quale erano state mosse.

Quanto all'ambito di applicazione dell'art. 21 Cost., comma III, la Corte ritiene "occorr[a] partire dalla non controvertibile constatazione che la rigorosa disciplina disposta dalla Costituzione a proposito della stampa e la tassativa delimitazione degli interventi consentiti al legislatore ordinario ed alle pubbliche autorità sono preordinate, in un settore di particolare rilevanza, a garanzia del diritto di libera manifestazione del pensiero". Posta una simile impegnativa premessa, la Corte esclude possa essere di alcun pregio l'assunto per cui le disposizioni costituzionali afferenti i "rapporti civili" siano inapplicabili ai

singoli: di tal che é da ritenere che il sequestro *ex art.* 700 del codice di procedura civile, in quanto costituisce mezzo di attuazione del diritto all'immagine e non strumento di limitazione della libertà di stampa da parte dei pubblici poteri, non incide sul divieto posto dalla norma costituzionale di raffronto".

³⁰⁷ "La Corte é chiamata a decidere se il potere del giudice civile di disporre il sequestro di pubblicazioni a stampa "al fine di far cessare l'abuso dell'immagine altrui" - potere che l'ordinanza di rimessione fa discendere dagli "artt. 10 del codice civile e 96, 97 della legge 22 aprile 1941, n. 633, in rapporto all'art. 700 del codice di procedura civile" risulti compatibile con l'art. 21, terzo comma, della Costituzione. Nel proporre tale questione il pretore di Roma esprime l'avviso che non sia conforme alla Costituzione una norma che, come quella denunciata, consenta il sequestro della stampa "al di fuori di ipotesi delittuose e di espressa previsione da parte della legge sulla stampa".

³⁰⁸"La Corte ritiene che debba escludersi che gli artt. 96, 97 della legge n. 633 del 1941 e l'art. 10 del codice civile attengano alla materia del sequestro preventivo: i primi, infatti, elencano i casi in cui esporre, riprodurre o mettere in commercio il ritratto di una persona é legittimo o illegittimo e, quindi, hanno per contenuto la disciplina sostanziale del c.d. diritto all'immagine; il secondo riguarda i provvedimenti definitivi attraverso i quali in sede giudiziaria viene represso l'abuso dell'immagine altrui. Né negli uni né nell'altro c'é riferimento alcuno a misure cautelari e provvisorie".

rapporti *iure privatorum*³⁰⁹. Prosegue la Corte: “le considerazioni esposte devono indurre a ritenere che quando la stampa viene in considerazione come strumento di diffusione del pensiero - presupposto che discende dalla già rilevata connessione fra libertà di stampa e libertà di pensiero -, la norma contenuta nel terzo comma dell'art. 21 della Costituzione copre l'intera area del sequestro, qualunque sia il contrapposto interesse col quale la stampa entra in collisione”. In altre parole, il terzo comma dell'art. 21 Cost. avrebbe “disciplinato il conflitto fra l'interesse al sequestro e l'interesse alla circolazione della stampa: la norma costituzionale di raffronto, mentre consente al legislatore ordinario di dar prevalenza al primo (purché attraverso un'espressa previsione) nel caso di delitti, direttamente stabilisce la prevalenza del secondo in ogni altra ipotesi”.

Sancita in questa termini la prevalenza dell'interesse alla circolazione della stampa su qualsiasi altro interesse (anche avente la consistenza del diritto soggettivo dei terzi), la Corte affronta il punto di maggiore interesse, ovvero quello relativo alla legittimità costituzionale dell'art. 700 c.p.c.. Nel farlo, la Corte aderisce alla ricostruzione dell'Avvocatura dello Stato: osserva la Corte che l'*elasticità* dell'art. 700 c.p.c. consente “al giudice di adottare il provvedimento che più gli appaia congruo rispetto al fine di assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”; non può dubitarsi che la disposizione valga a consentire anche la concessione di un sequestro preventivo. Tuttavia, prosegue la Corte, che in virtù di questa “elasticità” (“proprio a causa della

³⁰⁹ “La tesi muove esplicitamente dal presupposto che tutte le disposizioni attinenti ai rapporti civili nulla abbiano a che fare con ‘i rapporti che possono sorgere tra i cittadini’: ma tale opinione, segnatamente nella sua formulazione così assoluta e generale deve essere fermamente respinta. Ed invero nel titolo primo della prima parte della Costituzione vengono affermati, garantiti e tutelati alcuni fondamentali diritti di libertà - in gran parte compresi nella categoria dei diritti inviolabili dell'uomo genericamente contemplati nell'art. 2 -, che al singolo sono riconosciuti e che il singolo deve poter far valere *erga omnes*. Così, ad es., per quanto riguarda la materia che specificamente interessa la presente controversia, non é lecito dubitare che la libertà di manifestare il proprio pensiero debba imporsi al rispetto di tutti, delle pubbliche autorità come dei consociati, e che nessuno possa recarvi attentato senza violare un bene assistito da rigorosa tutela costituzionale. Né può trarre in inganno la circostanza che il più delle volte, in tema di rapporti civili, le disposizioni costituzionali appaiono rivolte a delimitare le competenze, i casi ed i modi di intervento dei pubblici poteri. É vero che in tal modo vengono disciplinati rapporti di indubbio carattere pubblicistico, ma ciò nulla ha a che vedere col diverso problema attinente alla natura degli interessi, pubblici e privati, rispetto ai quali i diritti costituzionalmente protetti devono prevalere. Se si pensasse diversamente, si dovrebbe giungere alla conclusione, sicuramente inaccettabile, che la Costituzione, mentre con estremo rigore stabilisce (non importa se in modo esplicito od implicito) quali pubblici interessi possano costituire legittimo limite ai diritti costituzionali di cui si discorre, nel contempo lasci al pieno arbitrio del legislatore ordinario la disciplina dei conflitti fra questi diritti e gli interessi privati, fino al punto di consentire la totale subordinazione dei primi ai secondi”.

genericità dei poteri che conferisce al giudice”), la norma in esame “incontra tutti i limiti desumibili da una sua interpretazione nel sistema vigente e – come esattamente pone in rilievo la difesa dello Stato – non consente, quindi, che siano adottate misure che risultino vietate da altre norme dell’ordinamento: a maggior ragione se si tratti di norme di rango costituzionale”. E’ giocoforza per la Corte concludere che non è dato conseguire un risultato precluso dall’art. 21 Cost., pertanto non è dato dubitare della legittimità costituzionale dell’art. 700 c.p.c..

La lezione che se ne trae³¹⁰ è proprio che l’art. 700 c.p.c. va ricollegato alle norme primarie e costituzionali dell’ordinamento, ovvero, nella sintesi dell’Avvocatura dello Stato, che l’art. 700 c.p.c. “attribuisce al giudice un potere nell’esercizio del quale egli deve tener conto di altre norme dell’ordinamento, che eventualmente escludano l’ammissibilità di una determinata misura cautelare”³¹¹.

Proprio la “elasticità” in commento, secondo una interpretazione che la Corte ebbe a confermare³¹², impegna l’interprete ad una complessa attività esegetica volta a rinvenire – nel diritto positivo – i limiti circa il contenuto dei provvedimenti cautelari concessi ai sensi della norma in commento.

Oltre, quindi, ai limiti desumibili dalla normativa costituzionale³¹³, si ha qui riguardo per la connaturata *provvisorietà* dei provvedimenti *ex art. 700 c.p.c.*, dalla quale discenderebbe – come fossero due facce della stessa medaglia – la impossibilità di

³¹⁰ Per coglierne l’importanza v. A. PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, cit. L’A., nell’illustrare quale può essere il contenuto del provvedimento di tutela di un diritto della personalità (tutela che in un rilevante numero di casi avviene per mezzo dell’art. 700 c.p.c. *sub specie* di inibitoria, elargita a seguito di un temperamento tra diritti diversi e di pari rango), proprio la sentenza *de quo*, fra quelle dalle quali trarre indicazioni dal diritto positivo per la disciplina dei conflitti e la determinazione della portata dell’emanando provvedimento di tutela. V. inoltre, per considerazioni sulle massime estrapolabili, G. NICASTRO, *Libertà di manifestazione del pensiero e tutela della personalità nella giurisprudenza costituzionale*, in *Corte Costituzionale online*, 2015.

³¹¹ Ciò vale senz’altro ad escludere in radice il conseguimento di qualsiasi risultato vietato ai sensi di una norma di diritto europeo.

³¹² Dalla sent. della Corte cost. n. 300 del 1996: [l’art. 700 c.p.c.] “per l’elasticità del suo contenuto, consente al giudice di emettere il provvedimento che più gli appaia congruo al fine di assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”.

³¹³ Ci si riferisce, in pratica, alla inammissibilità dei provvedimenti d’urgenza per comprimere diritti costituzionali, di libertà, della personalità, dei terzi estranei al procedimento.

accedere ad una regolazione definitiva dell'assetto degli interessi³¹⁴, mediante la emanazione di una cautela *irreversibile* negli effetti.

Sembrano contendersi il campo due opposti orientamenti – giurisprudenziali e dottrinali – divisi circa la ammissibilità di pronunce irreversibili che apportino mutamenti irreversibili nello stato di fatto.

Se da un lato si argomenta per la naturale preferenza che l'ordinamento dovrebbe accordare al diritto *probabile*, sacrificando, in nome di questo, l'opposto diritto ritenuto *improbabile*, richiedendo, come contraltare una maggiore severità nella valutazione del *fumus boni iuris*³¹⁵; e d'altro canto, numerosi arresti giurisprudenziali chiudono le porte alla cautela dagli effetti irreversibili³¹⁶; esistono posizioni in dottrina – sembrerebbe più prossime per approdi interpretativi al bilanciamento³¹⁷ cui impegna la pronuncia

³¹⁴ Questo perché in dottrina (A. SCARPA, R. GIORDANO, *I procedimenti cautelari*, cit., p. 34) si è ritenuto che codesti provvedimenti travalicherebbero la funzione di “assicurazione provvisoria degli effetti” che è desumibile, oltretutto dalla natura cautelare dei provvedimenti d'urgenza, dalla espressa formulazione dell'art. 700 c.p.c..

³¹⁵ Trib. Roma, 23 novembre 2001, in *IusImpresa online*, ha ritenuto che, sebbene sarebbe abnorme il provvedimento cautelare che aspiri a regolare definitivamente gli interessi in gioco, la questione sulla reversibilità degli effetti non deve essere sopravvalutata, giacché la provvisorietà del provvedimento non necessariamente si identifica con provvisorietà degli effetti (emblematico è l'esempio degli effetti irreversibili che potrebbero prodursi a seguito della sentenza di primo grado, provvisoriamente esecutiva, poi ribaltata in appello): è chiaro, per il Trib., che l'ordinamento preferisce la tutela del diritto probabile, sacrificando quello ritenuto improbabile, ma in cambio impegna l'interprete ad una valutazione più rigorosa del *fumus boni iuris* come del *periculum in mora*. V., sulla tesi in commento, A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 249. Gli autori apostrofano l'opinione in commento (che si rinviene in F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d'urgenza*, cit.) come “la logica che sacrifica senza limiti l'improbabile al probabile”.

³¹⁶ *Ex multis*, Trib. Trani, 10 luglio 2003, in *OrdineavvocatiTrani online*. La citata pronuncia ha ritenuto inadatto l'art. 700 c.p.c. a regolare definitivamente la situazione controversa e pertanto ha ritenuto di non concedere la cautela richiesta sulla scorta della inammissibilità della pronuncia per esaustività degli effetti. Ancora, Trib. Roma, sez. p.i., 17 novembre 2004, ha ritenuto inconciliabile la distruzione delle opere con l'art. 700 c.p.c. per irreversibilità degli effetti prodotta dalla concessione della misura richiesta.

³¹⁷ Per l'insistenza sulla importanza del contemperamento degli interessi dell'istante e del convenuto v. Trib. Brescia, 12 febbraio 1998, in *Giur. annotata di dir. Industriale*, 1998, p. 556.

costituzionale poc'anzi citata – più originali, che sebbene ritengono che della irreversibilità debba tenersi conto, comunque insistono per l'ammissibilità³¹⁸.

Rimane comunque sconsigliabile, ad avviso della dottrina maggioritaria³¹⁹, l'adozione di misure dal contenuto irreversibile. Sia pure utile la valenza di simili *consigli*, sembrano in ogni caso da respingere quelle suggestioni ad ossequio delle quali nulla vieterebbe, al fine di assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito, di adottare provvedimenti le cui modalità esecutive siano diverse rispetto a quelle della (probabile) decisione di merito³²⁰, e che comportino un sacrificio più modesto del diritto ritenuto meno probabile dell'altro³²¹.

³¹⁸ Così A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, cit.. L'A. ritiene che si debba senz'altro tenere conto delle conseguenze materiali irreversibili prodotte dalle misure concesse ex art. 700 c.p.c. ma che l'interpretazione restrittiva dei requisiti di ammissibilità della tutela d'urgenza in questo caso costituirebbe una lesione intollerabile dei principi costituzionali in materia di accesso alla tutela cautelare. Posto che "provvisorietà del provvedimento" per l'A. non significa affatto "provvisorietà degli effetti", occorre piuttosto ridurre la "sommarietà" in punto di *fumus boni iuris* e valutare comparativamente le conseguenze che si paventano in capo al richiedente la cautela, soppesando il danno che potrebbe derivare al convenuto nel caso in cui il provvedimento sia pronunciato. Insiste l'A. per l'utilizzo semmai della contro-cautela della cauzione (ma non a danno dei non abbienti), e per soppesare il rango degli interessi coinvolti (ritenendo quindi cedevoli quelli patrimoniali su quelli non patrimoniali) e di tentare di modulare il provvedimento in maniera tale da eliminare per quanto possibile detti effetti irreversibili in capo al resistente.

³¹⁹ V. sul punto A. SCARPA, R. GIORDANO, *I procedimenti cautelari*, cit., p. 30. Cfr. sul punto F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d'urgenza*, cit., il quale A., concorde sul punto che sarebbe "fallace" ritenere che la provvisorietà si fonda sulla reversibilità degli effetti sostanziali – e di conseguenza sulla riparabilità del pregiudizio causato dalla esecuzione del provvedimento cautelare ingiustamente accordata, ritiene spetti alla prudenza del giudice dare al provvedimento urgente contenuto tale da evitare il prodursi di effetti non eliminabili. Ciò però – nell'opinione dell'A. – non deve significare più che una esortazione e non discende dalla struttura della tutela cautelare urgente.

³²⁰ Questa la tesi propugnata da autorevole, ma minoritaria, dottrina, che pure ha trovato larghi riscontri in giurisprudenza. Su questo, v. *infra*.

³²¹ Quest'ultima è invece una parte della tesi che va salvaguardata. Nulla osta, come pare corretto ad autorevole dottrina (F. P. LUISO, *op. cit.*, vol. IV p. 289), a che sia concesso *meno* (quantitativamente), al fine di salvaguardare gli interessi del convenuto, nel caso in cui la concessione del provvedimento cui aspira l'istante rischia di cagionare un *pregiudizio più grave* in capo al convenuto. Ciò sarà oggetto di approfondimento *infra*.

Le sopradescritte oscillazioni in dottrina circa l'ammissibilità dei provvedimenti aventi ad effetti irreversibili³²² non è rimasta senza conseguenze pratiche, del che è esemplare la giurisprudenza sulla possibilità di ottenere provvedimenti d'urgenza aventi per oggetto la cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale³²³; la sopra detta incertezza si riflette nei dubbi di legittimità costituzionale – infine respinti – della normativa sul diritto di rettifica³²⁴.

³²² Con una prevalenza netta delle posizioni d'apertura. V. C. DELLE DONNE, *Riflessioni sulla tutela "anticipatoria" d'urgenza nell'esperienza applicativa della giurisprudenza e in alcune recenti scelte del legislatore*, cit., p. 5.

³²³ Si osserva in A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 273 (nota 764), forti di un'ampia casistica orientata per negare la ammissibilità di detti provvedimenti, che la cancellazione potrebbe condurre ad effetti irreversibili (giacché la nuova iscrizione potrebbe avere effetto solo *ex nunc*) che male si conciliano con la natura provvisoria dei provvedimenti d'urgenza. Tra la tesi negativa, e l'arresto delle Sezioni Unite della S.C. di Cassazione del 23 marzo 2011, n. 6597 – che sembra potersi interpretare nel senso di rinsaldare l'opinione giurisprudenziale che ammette la cancellazione in via d'urgenza della trascrizione "illegittima", cioè avvenuta al di fuori dei casi previsti agli artt. 2653 e 2653 c.c. – si interpone un orientamento – ritenuto dagli AA. minoritario – che ammette la cancellazione delle domande "palesamente infondate", sebbene non "illegittimamente trascritte". L'orientamento permissivo è ricostruito dagli AA. come fondato sulla considerazione della funzione di valvola di sfogo che l'art. 700 c.p.c. è chiamata ad assumere (garantendo tutela ogni qualvolta manchi uno specifico rimedio), e sulla constatazione che manca un rimedio effettivo al fine di tutelare il diritto nel caso di abusivo esercizio dell'azione. *Contra*, e per la inammissibilità, v. F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d'urgenza*, cit, che ritiene anticipabili solo gli effetti cd. principali della sentenza, cioè quelli che formano oggetto della domanda e della decisione; non potrebbero invece anticiparsi gli effetti cd. secondari, ovvero gli effetti la cui produzione è ricollegata alla sentenza in quanto elemento di una più complessa fattispecie normativa. Per lo stesso motivo non potrebbe darsi iscrizione di ipoteca giudiziale, né cancellazione della domanda trascritta. In giurisprudenza v., *ex multis*, Trib. Arezzo, 20 marzo 2008, che ritiene non possa ottenersi cancellazione della iscrizione di ipoteca perché ne discenderebbero effetti irreversibili. Cfr. Trib. Lecce, 17 giugno 2019, per cui può darsi ordine di prestare consenso alla cancellazione della iscrizione della ipoteca assistito da *astreinte*.

³²⁴ Il riferimento è a Cass., III, 25 febbraio 2005, n. 4082 che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della disciplina sul diritto alla rettifica (art. 8, l. 47 del 1948), giacché, a giudizio del supremo consesso, l'irreversibilità degli effetti prodotta dalla concessione della misura *ex art. 700 c.p.c.* non produrrebbe alcuna lesione del diritto di difesa *ex art. 24* (così pure quando concessa *inaudita altera parte*) in quanto è dato il successivo giudizio di merito cui affidare le eventuali pretese risarcitorie.

6. Le situazioni giuridiche soggettive tutelabili.

Il testo dell'art. 700 c.p.c., con il riferimento espresso al “diritto” da far valere in via ordinaria, esclude possano trovare tutela situazioni giuridiche soggettive la cui consistenza non sia di pari fatta (diritto soggettivo).

Ne discende che non possono essere tutelati interessi di fatto, interessi semplici, perché appunto manca la situazione giuridicamente protetta³²⁵. Occorre comunque tenere conto del fatto che, come già anticipato, l'art. 700 c.p.c. è stato terreno fecondo per l'emersione di istanze di tutela, che poi hanno trovato accoglimento proprio nelle forme provvedimentali d'urgenza, di talché può dirsi che *il rimedio ha preceduto il diritto*³²⁶: potrebbe altrimenti osservarsi che, talvolta, interessi prima qualificati come meramente di fatto hanno assunto, a causa della espansione dei diritti costituzionali, un successivo riconoscimento. Ciò vale senz'altro per il diritto alla salute, nelle sue molteplici declinazioni, quale quello all'ambiente salubre³²⁷. Il discorso non muta se si ha riguardo alla dimensione collettiva dell'interesse, che trova riconoscimento crescente nell'ordinamento anche civile, e non solo amministrativo³²⁸.

³²⁵ Alla stregua di Pret. Firenze, 14 dicembre 1982, in *Dejure online*, va respinto per difetto di una situazione giuridicamente protetta il ricorso ex art. 700 c.p.c., con cui il comune chiede al giudice ordinario la tutela di interessi di fatto rientranti nel merito amministrativo (nella specie, il pretore ha qualificato come interesse di fatto l'interesse della collettività rappresentata dal comune di Firenze a che i detenuti del carcere di Poggioreale non siano trasferiti nel nuovo carcere di Sollicciano). In dottrina v. A. G. DIANA, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 35.

³²⁶ Il richiamo è all'opera di A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 13. La tutela urgente è una “*cognitio extra ordinem*”, che si è rivelata capace di “colmare il gap secolare tra metodi di produzione di diritti assoluti e quello dei diritti relativi”, attraverso la quale “anche il nostro ordinamento ha sperimentato quel metodo secondo cui ‘ il rimedio può precedere il diritto ’”. V. anche, in argomento, A. SCARPA, F. LAZZARO, *I provvedimenti d'urgenza*, 2011, libro digitale in *Biblioteca WKI*, p. 165, per la constatazione che “i provvedimenti d'urgenza si sono poi storicamente rivelati preziosi nell'opera di emersione dei diritti di libertà”.

³²⁷ V., per esempio, Trib. Pietrasanta, 8 novembre 1986, in *rass. Giur. Enel*, 1988, p. 485, per un provvedimento d'urgenza inibitorio avente per oggetto la costruzione di un elettrodotto a 380 kV, sulla scorta della primazia del diritto alla salute, e ciò in mancanza di una sicura prova circa la sicurezza dell'impianto, nell'impossibilità quindi di escluderne la sicurezza (non già perché ne era sicuramente determinabile la nocività).

³²⁸ V., ad esempio, per il rito civile, l'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c., che reca: “Chiunque abbia interesse alla pronuncia di una inibitoria di atti e comportamenti, posti in essere in pregiudizio di una pluralità di individui o enti, può agire per ottenere l'ordine di cessazione o il divieto di reiterazione della condotta omissiva o

La tutela urgente deve senz'altro arrestarsi nelle fattispecie involgenti situazioni giuridiche soggettive che abbiano la natura di interesse legittimo³²⁹. La scelta del legislatore è stata giudicata conforme a Costituzione³³⁰, e non è stata oggetto di

commissiva. Le organizzazioni o le associazioni senza scopo di lucro i cui obiettivi statuari comprendano la tutela degli interessi pregiudicati dalla condotta di cui al primo periodo sono legittimate a proporre l'azione qualora iscritte nell'elenco di cui all'articolo 840-bis, secondo comma. / L'azione può essere esperita nei confronti di imprese o di enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività. / La domanda si propone con le forme del procedimento camerale, regolato dagli articoli 737 e seguenti, in quanto compatibili, esclusivamente dinanzi alla sezione specializzata in materia di impresa competente per il luogo dove ha sede la parte resistente. Il ricorso è notificato al pubblico ministero [...]

³²⁹ Normalmente si spiega l'assunto sul rilievo che il potere cautelare in materia è in mano al giudice del merito, cioè il Giudice amministrativo. Allora sarebbe la carenza di giurisdizione a impedire che il giudice si pronunci *ex art. 700 c.p.c.* Si osserva in A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 99, che "l'argomento non è però a perfetta tenuta". Infatti esistono materie per le quali si è parlato di "giurisdizione esclusiva del giudice ordinario" (fra le quali rientra la disciplina del trattamento dei dati personali), materie in cui l'impossibilità di agire *ex art. 700 c.p.c.* dovrebbe ricercarsi nella *littera legis*; assunto questo, che non soddisfa gli AA. perché "dinnanzi al giudice ordinario, l'interesse legittimo è di norma frammisto di diritto soggettivo e non si lascia distinguere da esso: di modo che la ammissibilità del ricorso valevole per questo diritto, non può che al contempo riconoscersi per quell'altro interesse, per la loro reciproca compenetrazione". Allora, in siffatte materie, e per ragioni di effettività della tutela, è mestieri concludere che il giudice ordinario debba essere in grado di intervenire nei confronti delle autorità amministrative. Osservano gli AA. che simili considerazioni sembrano avere spirato la misura cautelare della sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato di cui all'art. 5, d. lgs. 150 del 2011. La sovrapposizione che eventualmente si porrà fra codesta norma e l'art. 700 c.p.c. va risolta nel senso di ritenere ammissibile il secondo quando le esigenze cautelari siano esuberanti rispetto a quelle soddisfatte da tale norma.

³³⁰ Nel giudizio di legittimità costituzionale definito con ordinanza 179 del 2002, giudizio che, tra le altre, concerneva la "questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3, 24 e 113 della Costituzione, dell'art. 700 cod. proc. civ. 'laddove espressamente prevede che la tutela cautelare *ante causam* sia accordabile, nel concorso dei presupposti di legge, solo ai diritti soggettivi e non agli interessi legittimi'", la Corte ha ritenuto manifestamente infondata la suddetta questione sulla base di una pluralità di motivi, fra i quali: la constatazione che "il legislatore, nella sua discrezionalità - con il solo limite della non manifesta irragionevolezza o non palese arbitrarietà - può adottare norme processuali differenziate tra i diversi tipi di giurisdizioni e di riti procedurali, non essendo tenuto, sul piano costituzionale, ad osservare regole uniformi rispetto al processo civile, proprio per le ragioni che possono giustificare la pluralità di giurisdizioni, le diversità processuali e le differenze delle tipologie dei riti speciali"; inoltre "che il legislatore, nella sua discrezionalità - con il solo limite della non manifesta irragionevolezza o non palese arbitrarietà - può adottare norme processuali differenziate tra i diversi tipi di giurisdizioni e di riti procedurali, non essendo tenuto, sul piano costituzionale, ad osservare regole uniformi rispetto al processo civile, proprio per le ragioni che possono giustificare la pluralità di giurisdizioni, le diversità processuali e le differenze delle tipologie dei riti speciali"; ancora "che l'anzidetto completo sistema di tutela, anche di urgenza e cautelare, che riguarda tutte le posizioni azionabili davanti al giudice amministrativo, senza distinzione tra interessi legittimi o diritti soggettivi tutelabili, esclude l'applicabilità di altri istituti propri del processo civile e, quindi, che si possa configurare una esigenza (rilevante sul piano costituzionale) di intervento additivo sulle norme relative ai procedimenti di urgenza della procedura civile".

discussione in giurisprudenza³³¹ (ma il principio dovrebbe valere anche con riguardo alle materie devolute alla cognizione di giudici speciali³³²). Ciò non osta punto alla pronuncia di provvedimenti d'urgenza a tutela di diritti soggettivi – e al di fuori delle materie che la legge riserva alla cognizione del giudice amministrativo – nei casi in cui la P.A. abbia agito senza potere d'imperio³³³, in caso di carenza assoluta di potere, ma non nel caso di esercizio del potere all'infuori dei presupposti normativi (carenza di potere c.d. in concreto)³³⁴.

Incertezze connotano il tema della proteggibilità dei diritti potestativi in forma urgente. Chiarito come si atteggia il *periculum* rispetto a tali situazioni giuridiche soggettive,

³³¹ Cass., SS.UU. 4 dicembre 1992, n. 12944 ha ribadito che non è dato il rimedio cautelare atipico nelle materie che abbraccino interessi legittimi. Alla stregua di Cass., SS.UU., 9 dicembre 1985, n. 6192 l'art. 700 c.p.c. non integra alcuna deroga ai criteri sul riparto di giurisdizione.

³³² Cass. SS.UU., 14 febbraio 1994, n. 1435.

³³³ Così, se per Cass., SS.UU., 5 marzo 1993, n. 2670 non può ottenersi in via d'urgenza la sospensione di ordinanza contingibile e urgente, per Cass., SS.UU., 29 gennaio 1993, n. 1151 il comportamento meramente materiale della p.a. (perché messo in atto in assenza di un provvedimento ablatorio o contingibile e urgente) lesivo di un diritto può essere inibito *ex art. 700 c.p.c.*

³³⁴ V. Cass., SS.UU., 5 marzo 2018, n. 5097, in *ItalGiureWeb online*, “una fattispecie di carenza di potere in astratto. L'unica che consente di configurare, nel sindacato giurisdizionale relativo all'esercizio di funzioni restrittive, la giurisdizione del giudice civile. Sussiste, infatti, la giurisdizione del giudice ordinario quando, nelle funzioni restrittive, il provvedimento nullo per difetto di attribuzione pretende di incidere su un diritto soggettivo a stampo conservativo. In questa ipotesi l'azione amministrativa che si riversa in un provvedimento nullo per difetto di attribuzione non è idonea a scalfire il diritto soggettivo. È, pertanto, tale posizione giuridica che viene fatta valere direttamente dal soggetto leso, con conseguente devoluzione della controversia al giudice ordinario. Tuttavia, va precisato che secondo la giurisprudenza amministrativa ormai consolidata, «con l'art. 21septies, l. 7 agosto 1990, n. 241 il legislatore, nell'introdurre in via generale la categoria normativa della nullità del provvedimento amministrativo, ha ricondotto a tale radicale patologia il solo difetto assoluto di attribuzione, che evoca la c.d. 'carenza in astratto del potere', cioè l'assenza in astratto di qualsivoglia norma giuridica attributiva del potere esercitato con il provvedimento amministrativo, con ciò facendo implicitamente rientrare nell'area della annullabilità i casi della c.d. 'carenza del potere in concreto', ossia del potere, pur astrattamente sussistente, esercitato senza i presupposti di legge» (Cons. Stato, IV, 17 novembre 2015, n. 5228, cfr. anche Cons. Stato, IV, 18 novembre 2014, n. 5671; Cons. Giust. Amm. Sic., 21.07.2015, n. 571; Cons. Stato, V, 10.01.2017, n. 45). Per contro, quando mancano, nel caso concreto, i requisiti fissati dalle norme per l'esercizio del potere formalmente attribuito alla Pubblica Amministrazione, ricorre una violazione di legge che mette in discussione la legittimità dell'atto e il corretto esercizio del potere amministrativo. L'orientamento della giurisprudenza amministrativa è stato confermato anche da questa Corte, secondo cui «il difetto assoluto di attribuzione delineato in via generale dalla l. 7 agosto 1990, n. 241, art. 21septies (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi) è configurabile solo in casi in cui un atto non possa essere radicalmente emanato dall'autorità amministrativa, in quanto priva di alcun potere nel settore (Consiglio di Stato, 6, 31 ottobre 2013, n. 5266)» (Cass., SU, 23 settembre 2014, n. 19974; Cass. SU, 28 luglio 2016, n. 15667)».

rimane qui da registrare il contrasto interpretativo circa la ammissibilità o meno della tutela d'urgenza dei diritti potestativi. La tesi negativa, ormai non più rappresentata significativamente, cede il passo alla constatazione per cui le sentenze i cui effetti sono anticipabili appartengono alla intera tipologia delle sentenze pronunziabili al termine del giudizio di cognizione³³⁵, cioè indifferentemente sentenze di condanna, di accertamento e costitutive.

A nulla rilevando la natura “assoluta” o “relativa” del diritto possono qui richiamarsi le osservazioni e le conclusioni già svolte circa la tutelabilità in via d'urgenza – più in generale – di qualsivoglia diritto. Può anzi, generalmente, statuirsi che “nessun diritto soggettivo possa ritenersi a priori insuscettibile di essere salvaguardato in via d'urgenza”³³⁶.

Certamente è da ricusare l'idea che vuole l'art. 700 c.p.c. idoneo a salvaguardare l'aspettativa di un diritto: si osserva che la funzione del provvedimento d'urgenza è quella di salvaguardare il diritto, non di agevolarne o anticiparne l'acquisizione³³⁷.

L'attribuzione di un potere immediato sul bene non è dirimente, poiché, come autorevolmente sostenuto, occorre guardare a qualsiasi interesse tutelato dal diritto oggettivo³³⁸ (tanto autorizza a ritenere la generica formula “diritto da far valere in via ordinaria”). Sarà giocoforza escludere che sotto l'usbergo dell'attuale dizione dell'art. 700 c.p.c. possa trovare protezione l'obbligazione naturale, poiché sebbene detta

³³⁵ Così in F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d'urgenza*, cit..

³³⁶ F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit, p. 81.

³³⁷ Così A. SCARPA, F. LAZZARO, *I provvedimenti d'urgenza*, 2011, libro digitale in *Biblioteca WKI*, p. 164. Possono farsi valere, per gli AA. solo i “diritti perfetti”, cioè non gli interessi legittimi né gli interessi collettivi. Escludono, per la stessa ragione, la tutelabilità dei diritti derivanti da obbligazioni naturali, le semplici aspettative, i diritti sottoposti a condizione sospensiva. Le medesime premesse conducono taluni in giurisprudenza a negare cittadinanza alla anticipazione di sentenze costitutive (perché, si argomenta, il diritto non è perfetto). Così Trib. Latina, II, 30 marzo 2010 e Trib. Cuneo, 19 aprile 2012. *Contra*, Trib. Civitavecchia, 5 settembre 2008.

³³⁸ Così F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 82. L'autorevole dottrina riportata (Dini-Mammone) ritiene elevato a diritto soggettivo qualsivoglia interesse tutelato dal diritto oggettivo, anche non accompagnato dalla attribuzione di un potere immediato sul bene, essendo bastevole “un potere di pretendere la prestazione del bene dall'obbligato (diritto di credito) o di produrre una nuova situazione entro la quale la soddisfazione dell'interesse sia immediatamente assicurata (diritti potestativi)”.

situazione giuridica conosca forme mediate di tutela, tuttavia detta pretesa non può farsi valere in giudizio, e tale limite testuale non è superabile.

Questa sembra la sede più consona per ribadire che i provvedimenti d'urgenza, se non sono invocabili per comprimerli, sono il mezzo più idoneo³³⁹ al fine di tutelare i diritti costituzionali, i diritti della personalità, i diritti non patrimoniali³⁴⁰.

Per quanto attiene ai diritti di credito, sembra preferibile rigettare l'orientamento che li vuole proteggibili solo in quanto posti in rapporto di strumentalità con diritti "assoluti", pena la arbitraria esclusione di un intero novero di diritti dalla protezione urgente³⁴¹, e quindi occorre aderire alla tesi per cui non vi siano requisiti ulteriori, rispetto a quelli già analizzati, anche per tale categoria di diritti.

Se è già osservato che dalla locuzione "diritto da far valere in via ordinaria" si fa discendere l'esclusione dall'ambito di applicazione della tutela d'urgenza della situazione giuridica che – pure avendo la consistenza del diritto soggettivo – viene tutelata attraverso procedimenti di esecuzione, procedimenti speciali (sommari, anche non cautelari), e – deve aggiungersi – procedimenti in camera di consiglio³⁴²; occorrerà però sempre

³³⁹ La tesi è ampiamente argomentata in A. PROTO PISANI, *Tecniche di tutela, Costituzione del 1948 e processo civile (a proposito di una prolusione non tenuta)*, cit.. Scrive l'A.: "il procedimento previsto dall'art. 700 c.p.c. ha assolto in questi anni una funzione inestimabile, in quanto molto spesso [...] esso è stato l'unico procedimento idoneo a munire di tutela giurisdizionale adeguata una vasta e variegata serie di diritti specie a contenuto e/o funzione (esclusivamente o prevalentemente) non patrimoniale". Cfr. però F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d'urgenza*, cit., critico dell'opinione per cui l'art. 700 c.p.c. sarebbe forma di tutela ordinaria delle situazioni "nuove", stante la collocazione – invece chiara – che l'art. 700 c.p.c. trova nel sistema.

³⁴⁰ Si v., per una ampia casistica, A. PROTO PISANI, *I provvedimenti di urgenza ex art. 700 c.p.c. (anni Settanta)*, cit.. V. altresì A. PULEO, *Quale giustizia per i diritti di libertà?*, cit., p. 110, per considerazioni circa la primazia, nel campo di cui trattasi, di un modello di tutela specifico, differenziato, preventivo e urgente "che ha la sua punta di diamante nel rimedio inibitorio".

³⁴¹ Cfr. F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d'urgenza*, cit. che opina come il superamento della soglia della tutela urgente sia avvenuto per i crediti pecuniari su impulso della necessità di soddisfare interessi strumentali rispetto a beni non patrimoniali. Se non la si vuole vedere *in re ipsa*, la irreparabilità del danno è in questi casi più facile da dimostrare; ciò non esclude, per l'A., che la tutela possa operare anche a favore di diritti che manchino di una connessione con beni non patrimoniali, pena l'introduzione per via interpretativa di una discriminazione tra diritti, della quale non v'è traccia nella lettera della norma.

³⁴² V., per approfondire, A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 202 ss. La procedura camerale avente per funzione la cura di interessi (e non la risoluzione di controversie su diritti) non permette l'esperimento della procedura d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*. Nel caso in cui le forme camerali

guardare alla effettività del rimedio, non potendosi escludere *a priori* che talune circostanze facciano propendere per l'ammissibilità dell'art. 700 c.p.c. ove il rimedio tipico riveli la propria insufficienza³⁴³.

7. La strumentalità. I limiti oggettivi e soggettivi del provvedimento. Il principio dispositivo.

Viene qui in rilievo una delle caratteristiche tradizionalmente ricondotte alle misure cautelari in generale: la strumentalità³⁴⁴. Essa – che nei provvedimenti d'urgenza – può definirsi in generale come il nesso che lega misura cautelare all'emanando provvedimento di merito³⁴⁵, la cui utilità pratica si vuole assicurare, sebbene questa (la strumentalità) si

siano richiamate per decidere su diritti dovrebbe concludersi per l'ammissibilità della tutela urgente, coerentemente con la tesi che, più in generale, ritiene ammissibile la tutela urgente quando non è data alla parte la scelta tra il rito cd. speciale e la via ordinaria. In ogni caso, osservano gli AA., nelle more del pur spedito procedimento camerale potrebbero prospettarsi *pericula* non dilazionabili. La mancanza di garanzie di pienezza e speditezza della gestione del procedimento suggeriscono quindi di aprire alla tutela urgente.

³⁴³ V. N. DI SANTI PAOLA, *I procedimenti cautelari e d'urgenza dopo la riforma del c.p.c.*, cit., pp. 30 ss. L'A. – se è vero che “via ordinaria” significa “cognizione piena ed esaustiva” – esclude che possa ricorrersi per provvedimenti d'urgenza nell'ambito di procedure contenziose che abbiano una fase sommaria-urgente, quali il decreto ingiuntivo, i procedimenti possessori, la convalida di sfratto, il provvedimento *ex art. 28 Stat. Lav. repressivo della condotta antisindacale*, i provvedimenti di separazione tra coniugi, i procedimenti camerale. Se invece è vero il contrario, cioè che occorre dare rilievo alla effettività della tutela, non può escludersi aprioristicamente il ricorso al rimedio urgente, perché deve guardarsi all'interesse alla tutela nel caso concreto.

³⁴⁴ Perché “caratteristica costante” dei provvedimenti cautelari è la strumentalità rispetto al merito. Così in F. FIORUCCI, *Provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 17, ove si riporta anche l'autorevole dottrina (Calamandrei) che ha notato come la misura cautelare non è mai fine a se stessa, ma è immancabilmente preordinata all'emanazione di un ulteriore provvedimento definitivo, di cui preventivamente assicura la fruttuosità pratica. Carattere questo che sembra connesso – pur non confondendosi, come dimostrano le innovazioni introdotte con la legge di riforma n. 80 del 2005 – con quello della provvisorietà della misura, poiché i provvedimenti cautelari sono adottati in previsione di un successivo “provvedimento definitivo, sopraggiunto o mancando il quale esauriscono la loro funzione”.

³⁴⁵ V. ancora F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d'urgenza*, cit.. Per l'A. la strumentalità si identifica nel rapporto di necessaria coordinazione fra misura cautelare e sentenza di merito, il che emergerebbe con chiarezza dalla lettera dell'art. 700 c.p.c, nella parte in cui sancisce che lo scopo pratico dei provvedimenti d'urgenza è quello di “assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito”.

atteggi differentemente a seconda che si voglia fronteggiare un pericolo da infruttuosità o da tardività³⁴⁶

La strumentalità porta con sé varie e notevoli conseguenze pratiche. La giurisprudenza è stata costante nel richiedere la indicazione del successivo giudizio di merito e ciò a pena di nullità del ricorso³⁴⁷. L'opinione non sembra, al di là di enunciazioni formali, essere stata seriamente pregiudicata dalle recenti riforme³⁴⁸, così come impregiudicato sembra

³⁴⁶ Cfr. F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d'urgenza*, cit. ove si opina che la peculiarità del nesso di strumentalità in materia di provvedimenti d'urgenza tende a sfumare – e rientrare nella dimensione consueta che è propria, in generale, della tutela cautelare – quando si ha riguardo per le misure a carattere conservativo. Quivi la statuizione nel merito non è “il parametro che determina il contenuto del provvedimento d'urgenza”, ma vi è solo “la preoccupazione di mantenere inalterato *lite pendente* lo stato di fatto mediante misure atte a realizzare tale fine”.

³⁴⁷ È nullo il ricorso per provvedimento cautelare quando manchi ogni indicazione circa l'azione che l'istante intende proporre nel successivo giudizio di merito”, così in Trib. Potenza, 29 marzo 1995, in *Giur. di merito*, 1995, I, p. 405.

³⁴⁸ Più propriamente, come si vedrà *infra*, è indiscutibile che per volontà del legislatore sia venuta meno la provvisorietà per taluni provvedimenti concessi in via d'urgenza, ma non la strumentalità, che gli interpreti insistono essere immanente all'art. 700 c.p.c. In giurisprudenza v. l'ottima sintesi di Trib. Salerno, II, 4 dicembre 2016, n. 6466: “Il Tribunale ha già da tempo aderito all'orientamento, prevalente sia in dottrina che in giurisprudenza, secondo cui il ricorso *ex art. 669-bis* c.p.c. deve contenere la precisa indicazione non solo del provvedimento cautelare richiesto, ma anche della *causa petendi* e del *petitum* del giudizio di merito, cui è prodromica l'azione cautelare [...] In altri termini, tale collegamento non può ritenersi essere venuto meno, anche e soprattutto in virtù del giudizio prognostico cui il giudice è chiamato: mai, infatti, potrebbe concedersi in via cautelare ciò che non sarebbe consentito all'esito di un giudizio a cognizione piena, ragion per cui ciò che oggi è, in realtà, venuta meno non è la strumentalità, bensì la naturale precarietà (e, dunque, la provvisorietà) del provvedimento cautelare, il quale, invece, a determinate condizioni, è *ex lege* ritenuto idoneo a regolare con stabilità i rapporti tra le parti, a prescindere dallo svolgimento futuro ed eventuale del giudizio di merito. La strumentalità consente, inoltre, al giudice di verificare la sussistenza del *fumus boni iuris* (inscindibilmente connesso alla situazione giuridica soggettiva che la parte può astrattamente far valere nel successivo giudizio di merito), nonchè ad assicurare l'operatività del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato nei casi in cui, sebbene solamente eventuale e facoltativa, la fase di merito venga comunque iniziata”.

l'onere di indicare il *petitum* del giudizio di merito³⁴⁹, onere che anzi si ripropone in forme non dissimili³⁵⁰.

³⁴⁹ Onere questo che sembra essersi solo formalmente “attenuato”, come più in generale si sarebbe “attenuata” la strumentalità. V. in giurisprudenza Trib. Roma, XVI, 25 marzo 2019: “In rito va ricordato che, a seguito della riforma dell'art. 669 *octies* c.p.c. (cfr. d. l. 35 del 2005, convertito con modificazioni nella l. 80 del 2005 e successive modifiche), il provvedimento emesso *ex art.* 700 c.p.c. ha perso la sua natura anticipatoria e di stretta ed obbligata strumentalità relativamente alla (ormai eventuale) instauranda causa di merito (arg. *ex art.* 669 *octies*, 6° comma, c.p.c.), con la conseguenza che non è più necessario ricollegare il provvedimento d'urgenza alla necessaria instaurazione di una futura causa di merito, anche se questo non esclude, in base alla dottrina ed alla giurisprudenza assolutamente maggioritaria, che per chi invoca la tutela innominata d'urgenza sussista pur sempre l'onere di indicare specificamente l'azione di merito, cui il ricorso è strumentale (arg. *ex Cass.* SU 19256/2010). Pertanto, seppur con una portata attenuata rispetto a quanto previsto dalla disciplina previgente, la strumentalità e la provvisoria rimangono elementi tipizzanti i provvedimenti d'urgenza e, insieme alle altre caratteristiche della residualità ed atipicità ed ai requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, contribuiscono a delineare i profili di ammissibilità e di contenuto nonché l'ambito di applicazione dei provvedimenti in questione”.

³⁵⁰ Nella specie, sotto le spoglie di onere di indicare le conclusioni del ricorso di merito. Così Trib. Lodi, 23 agosto 2019: “Il ricorso *ex art.* 700 c.p.c. costituisce misura cautelare con funzione anticipatoria degli effetti della decisione di merito. Nonostante la l. 80/2005 - e, in particolare, il nuovo sesto comma dell'art. 669-*octies* c.p.c., ove è disposto che le norme contenute all'art. 669-*octies* e al primo comma dell'art. 669-*novies* c.p.c. non si applicano ai provvedimenti d'urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 c.p.c. - abbia operato un'attenuazione del vincolo di strumentalità (che tradizionalmente condizionava l'efficacia dei provvedimenti d'urgenza all'instaurazione del successivo giudizio di merito nel termine perentorio stabilito dalla legge), il ricorrente risulta ancora oggi tenuto ad indicare la *causa petendi* e il *petitum* (mediato e immediato) del successivo giudizio di merito (*ex multis*, Trib. Torino 15 ottobre 2018; Trib. Modena, 5 giugno 2015; Trib. Torino 8 febbraio 2011; Trib. Bari 30 settembre 2010; Trib. Modena 13 settembre 2007). Il ricorso d'urgenza è infatti subordinato alla sussistenza di una serie di presupposti (in particolare, il c.d. *fumus boni iuris* e il c.d. *periculum in mora*), la cui verifica presuppone necessariamente l'individuazione dei caratteri dell'azione di merito. Secondo la tesi prevalente in giurisprudenza, nel ricorso devono specificarsi il *petitum* mediato e la *causa petendi*, ma non anche le analitiche conclusioni che integrano il *petitum* immediato del giudizio di merito. La mancata indicazione nel ricorso cautelare delle conclusioni di merito comporta l'inammissibilità dello stesso, sempre che dal tenore dello stesso non sia possibile dedurre chiaramente il contenuto del futuro giudizio di merito; in altre parole, il ricorso contenente una domanda cautelare proposta prima dell'inizio della causa di merito deve contenere l'esatta indicazione di quest'ultima o, almeno, deve consentirne l'individuazione in modo certo. A sostegno di tale ricostruzione militano i seguenti argomenti: solo l'indicazione del contenuto del giudizio di merito consente di accertare il carattere strumentale, rispetto al diritto cautelando, della misura richiesta; l'indicazione degli elementi costitutivi dell'instauranda azione di merito è necessaria per verificare la competenza del giudice adito in sede cautelare; tale indicazione serve per capire se il provvedimento cautelare richiesto sia effettivamente anticipatorio; infine, l'indicazione in questione è necessaria anche per tutelare il soggetto destinatario passivo del provvedimento cautelare anticipatorio, il quale deve poter essere in grado di intraprendere il giudizio di merito attraverso il mero richiamo al provvedimento ed al ricorso cautelare, chiedendo il rigetto della domanda di controparte già virtualmente formulata nello stesso ricorso (Trib. Torino 15 ottobre 2018). Nel caso di specie, la sussistenza del requisito della strumentalità non può desumersi dal ricorso, non essendo state indicate le conclusioni della futura causa di merito né potendo essere chiaramente dedotte dal tenore del ricorso stesso. In particolare, il ricorrente si limita genericamente ad affermare che il disvalore della condotta del sig. Ce. potrebbe essere oggetto di procedimento per responsabilità professionale nei suoi confronti. Pertanto, tenuto conto dei rilievi che precedono, il ricorso dev'essere dichiarato inammissibile”.

A partire dalla strumentalità (cioè “accessorietà” rispetto al merito) si esclude che i provvedimenti d’urgenza producano gli effetti processuali e sostanziali propri del giudicato³⁵¹.

Infine, dal carattere di strumentalità – pure con la sua natura “ipotetica”³⁵² – si pretende di ricavare indicazioni circa il possibile contenuto del provvedimento d’urgenza³⁵³: a detta dei giudici, essa “esige che i provvedimenti concretamente chiedibili ed ottenibili siano quelli tra i più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”³⁵⁴.

Il discorso si intreccia con la determinazione dei limiti soggettivi e oggettivi della tutela provvedimentale d’urgenza (ed in questa ottica va inquadrato il problema della operatività del principio di rispondenza tra chiesto e pronunciato³⁵⁵). Sullo sfondo della questione, si contrappongono due orientamenti: l’uno che ammette, l’altro che nega il carattere di “strutturale anticipazione in funzione satisfattiva del diritto sottoposto a cautela atipica”³⁵⁶. Sembra corretto sdrammatizzare la questione – teoricamente senz’altro di difficile soluzione – sul rilievo che l’ordinamento offre un sistema di misure a carattere conservativo pressoché completo³⁵⁷, quindi maggiore spazio rimane senz’altro per le

³⁵¹ V. Cass., lav., 2 ottobre 2001, n. 12193. Allora non si producono preclusioni o decadenze circa la difesa e le eccezioni opponibili nel successivo giudizio di merito.

³⁵² F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d’urgenza*, cit.. La strumentalità partecipa sempre della natura ipotetica, poiché la prognosi circa il contenuto della sentenza cautelanda è frutto di una valutazione in termini probabilistici.

³⁵³ V. Trib. Civitavecchia, 6 maggio 2017: “va, tuttavia, osservato che tale indeterminatezza ed atipicità dei possibili contenuti del provvedimento d’urgenza trova, comunque, un limite nel requisito della strumentalità (proprio di tutti i procedimenti cautelari), da intendersi sia sotto l’aspetto dell’impossibilità di introdurre forme di tutela non previste dal sistema vigente, sia sotto l’aspetto della idoneità del provvedimento richiesto ad assicurare provvisoriamente gli effetti della pronuncia di merito”. In dottrina v. F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d’urgenza*, cit., per cui essa non è solo generica preordinazione della misura cautelare alla decisione nel merito, invece contribuisce anche a modellare il contenuto della stessa misura.

³⁵⁴ Il virgolettato è estrapolato da Trib. Napoli, 20 novembre 2015.

³⁵⁵ Cui si è già data – incidentalmente – risposta positiva *supra*.

³⁵⁶ Così in A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d’urgenza*, cit., p. 251.

³⁵⁷ V. le autorevoli opinioni riportate in A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d’urgenza*, cit., p. 252, nota 701.

misure a carattere anticipatorio. Rimarrebbe, alla stregua di autorevoli interpreti, la possibilità di provvedere ad anticipazione meno-che-totale (vale a dire concedere solo in parte quanto – astrattamente – potrebbe dare la sentenza di merito³⁵⁸).

Inquadrandolo correttamente la questione nell’ottica della azione generale cautelare, sembra d’uopo dire con la dottrina che il giudice potrà aderire, se ritiene, alla richiesta di parte della misura atipica, ma non potrà oltrepassare i limiti che quella segna³⁵⁹.

Riallacciando il discorso – in maniera circolare – alla questione della strumentalità, pare da difendere la consolidata prassi di richiedere l’indicazione del *petitum* della domanda del giudizio di merito, giacché in nessun caso l’istante potrà chiedere – né il giudice concedere – che sia dato per via cautelare più di quanto poteva aversi nel giudizio di merito³⁶⁰: da qui, a guisa di cerchi concentrici, il più stringente limite sarà dato dalla domanda cautelare di parte, al più – nel caso di anticipazione totale – coincidente col già descritto limite dell’ottenibile nel merito. Entro tale secondo limite (del *petitum* cautelare³⁶¹), il giudice sembra libero di concedere meno³⁶². Pare che ciò sia predicabile

³⁵⁸ Così in A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, in *Foro it. online*, 1991. L’opinione sembra in linea con il “bilanciamento” cui gli interpreti sono chiamati alla stregua dei principi costituzionali che regolano la materia e richiamati dalla sentenza 122 del 1970 della Corte costituzionale, già esaminata *supra*. L’A. però non esclude che il contenuto del provvedimento possa essere diverso da quanto il giudice può dare in sede di merito.

³⁵⁹ La tesi è prospettata in A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d’urgenza*, cit., pp. 253 s. Gli AA. concludono per la vigenza del principio dispositivo nel procedimento in questione. La discrezionalità del giudice si rinviene, oltre che nel potere di riqualificare la domanda cautelare ignorando il *nomen iuris* dato dal proponente, in ambito attuativo, ma non quanto alla determinazione degli effetti anticipabili in via d’urgenza, rispetto ai quali “è la domanda di parte a fungere da limite e misura della decisione urgente”. Ciò è vero anche per i limiti soggettivi che la domanda cautelare di parte fonda (di talché sarebbero inammissibili provvedimenti d’urgenza pronunciati *in incertam personam* aventi contenuto inibitorio).

³⁶⁰ Così F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d’urgenza*, cit.: “il provvedimento d’urgenza non può attribuire alle parti beni che esse non chiedono al giudice, né utilità che le parti non potrebbero comunque conseguire in sede giurisdizionale”.

³⁶¹ V. il rilievo in F. FIORUCCI, *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 18, circa l’autonomia di oggetto della azione cautelare.

³⁶² Perché il giudice dovrà tenere conto dell’esigenza di salvaguardia del diritto [ma anche del bilanciamento con l’interesse del convenuto], di talché “il contenuto della successiva decisione di merito costituisce, più che il parametro di riferimento, il limite a tale potere di scelta” della misura cautelare da concedere. Così in N. DI SANTI PAOLA, *I procedimenti cautelari e d’urgenza dopo la riforma del c.p.c.*, cit., p. 38.

anche con riguardo alle misure conservative, di cui si discorrerà *infra*, sebbene con esse non si discuta di anticipazione degli effetti della sentenza di merito, e pertanto dal nesso di strumentalità più difficilmente si ricaveranno indicazioni circa il contenuto della misura³⁶³.

Rimane da notare che, come accennato, il legislatore è intervenuto con la l. 80 del 2005, la quale, fra l'altro, ha previsto che all'art. 669-*octies* c.p.c. fosse apportata (dopo il quinto comma) la modifica normativa seguente: “Le disposizioni di cui al presente articolo e al primo comma dell'articolo 669-*novies* non si applicano ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'articolo 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali, nonché ai provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto ai sensi dell'articolo 688, ma ciascuna parte può iniziare il giudizio di merito. / L'estinzione del giudizio di merito non determina l'inefficacia dei provvedimenti di cui al primo comma, anche quando la relativa domanda è stata proposta in corso di causa. / L'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo”.

Come dovrebbe essere stato esaustivamente argomentato, la cautela atipica è sempre coordinata col giudizio di merito, e continua ad avere per referente l'azione del giudizio di merito, le conclusioni che in tale giudizio (ormai eventuale) si vogliono – e possano – proporre, il giudice competente per quel giudizio. A venire intaccato non è quindi il nesso di coordinazione con il giudizio di merito (di talché seppure *allentata*³⁶⁴, la “strumentalità”

³⁶³ In F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d'urgenza*, cit. si ritiene che dette misure dovranno modellarsi su quelle tipiche dei sequestri.

³⁶⁴ Così in A. PROTO PISANI, *Novità nella disciplina dei procedimenti cautelari in generale (1994/2005)*, in *Foro it. online*, 2007, V, p. 81: “strumentalità allentata o attenuata la quale si coglie soprattutto nella persistente soggezione anche di tali provvedimenti cautelari al regime d'inefficacia di cui all'art. 669-*novies*, 3° comma, secondo cui il provvedimento cautelare perde ogni efficacia se con sentenza anche non passata in giudicato è dichiarata l'inesistenza del diritto cautelato”.

del cautelare è ancora predicabile³⁶⁵), bensì la provvisorietà³⁶⁶ del cautelare: a seguito della riforma il provvedimento urgente è idoneo a disciplinare stabilmente il rapporto³⁶⁷, ma ciò solo nel caso in cui poi – entro il termine di prescrizione decennale – non sia instaurata la causa cui la cautela accede, e la cui fruttuosità pratica vuole garantire. Ciò dovrebbe valere non solo per le misure urgenti a carattere anticipatorio, ma, secondo una opinione che evita una serie di incertezze capaci di frustrare il senso stesso della riforma³⁶⁸, per tutti i provvedimenti concessi ai sensi dell’art. 700 c.p.c.³⁶⁹.

³⁶⁵ *Contra* v. R. CAPONI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, in *Foro it. online*, 2006, II, p. 129: “venuto meno tale nesso, il rapporto tra i provvedimenti cautelari anticipatori ed il giudizio di merito è analogo a quello proprio dei provvedimenti sommari semplificati esecutivi. Essi sono dotati cioè di un’efficacia meramente esecutiva, che non viene meno se il processo a cognizione piena non viene instaurato o si estingue e può protrarsi indefinitamente nel tempo, fino all’esaurimento del conflitto d’interessi o fino alla sentenza che si pronuncia in via di cognizione piena sul diritto”.

³⁶⁶ V. la già cit. Trib. Salerno, II, 4 dicembre 2016, n. 6466: “In altri termini, tale collegamento non può ritenersi essere venuto meno, anche e soprattutto in virtù del giudizio prognostico cui il giudice è chiamato: mai, infatti, potrebbe concedersi in via cautelare ciò che non sarebbe consentito all’esito di un giudizio a cognizione piena, ragion per cui ciò che oggi è, in realtà, venuta meno non è la strumentalità, bensì la naturale precarietà (e, dunque, la provvisorietà) del provvedimento cautelare, il quale, invece, a determinate condizioni, è *ex lege* ritenuto idoneo a regolare con stabilità i rapporti tra le parti, a prescindere dallo svolgimento futuro ed eventuale del giudizio di merito”.

³⁶⁷ Pur non avendo autorità di cosa giudicata, che sia spendibile in diverso procedimento. V., a tal riguardo A. PROTO PISANI, *Novità nella disciplina dei procedimenti cautelari in generale (1994/2005)*, in *Foro it. online*, 2006 che definisce la formula utilizzata dal legislatore “non felice”, e ritiene che con essa il legislatore abbia voluto prescrivere “l’assenza di qualsiasi efficacia preclusiva del provvedimento in esame in qualsiasi processo a cognizione piena successivamente instaurato (se dal caso anche in via di opposizione all’esecuzione *ex art.* 615)”.

³⁶⁸ Nel caso della tutela cautelare atipica sarebbe particolarmente difficile distinguere tra misure anticipatorie e conservative. V. allora A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d’urgenza*, cit., pp. 63 ss. per un approfondimento del dibattito e della analisi. Gli AA. rilevano che l’incertezza circa la qualificazione di una misura come avente carattere anticipatorio o conservativo sarebbe scontata dalla parte che ha ottenuto la cautela, la quale rischia di vedersi qualificata *ex post* la cautela come conservativa dal giudice del merito. Infatti, argomentano gli AA., non è rilevante la qualificazione che eventualmente abbia dato il giudice del cautelare, poiché essa opererebbe alla stregua di un limite esterno, non rimesso alla determinazione del giudice, ma discendente direttamente dalla legge.

³⁶⁹ In questo stesso senso anche A. PROTO PISANI, *Novità nella disciplina dei procedimenti cautelari in generale (1994/2005)*, cit.. L’opinione sarebbe poi quella più ossequiosa della lettera della norma, poiché per l’art. 700 c.p.c. il legislatore non ha mostrato di distinguere provvedimenti aventi contenuto anticipatorio o conservativo. Così anche in R. CAPONI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale (l. n. 80 del 2005)*, in *Foro it. online*, 2006, V, p. 69.

8. Il contenuto del provvedimento. La provvisorietà. Misure aventi carattere anticipatorio e conservativo

Si pone qui il delicato problema del contenuto che può assumere il provvedimento concedente la cautela atipica. Delicato perché gravido di conseguenze pratiche – come facilmente si indovina – ma anche perché interroga l'interprete circa l'operatività di taluni principi cardine del processo³⁷⁰.

Il contenuto del provvedimento provvisorio non è predefinito dal legislatore: è *atipico*. Il giudice, salvo il rispetto del principio di rispondenza fra chiesto e pronunciato, sarà libero di concedere quanto richiesto o *meno*, in ciò soppesando gli opposti interessi del richiedente la cautela e del convenuto, che a sua volta rischia di subire un danno *irreparabile* dalla concessione (e conseguente attuazione) della misura richiesta dalla parte istante. Questa sembra la soluzione adottata in giurisprudenza³⁷¹, essendo rimasta minoritaria la corrente che, episodicamente, continua ad insistere per la sussistenza di un potere discrezionale in capo al giudice della cautela³⁷².

³⁷⁰ Il riferimento è, ad esempio, all'operatività del principio dispositivo, la predicabilità di un potere discrezionale in capo al giudice quanto agli effetti del provvedimento, l'operatività del limite del concedibile-nel-merito relativamente a quanto può darsi in sede urgente. Molti degli interrogativi trovano risposta obbligata dall'inquadramento dell'art. 700 c.p.c. entro la cornice teorica della azione cautelare generale di parte, riusata la dogmatica del "potere generico di cautela" (su cui v. A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., pp. 34 ss.). V., in giurisprudenza, Pret. Milano, 16 novembre 1985, in *Giur. Commerciale*, 1985, II, p. 902.

³⁷¹ Cass., sez. lav., 14 dicembre 2010, n. 25246: "basandosi su di una altrettanto palese erronea convinzione della necessaria coincidenza di una mera pronuncia cautelare di sospensione dell'efficacia del recesso - e di condanna al pagamento delle retribuzioni maturate dalla data di comunicazione dell'ordinanza sino a quella dell'effettiva reintegrazione - con le conseguenze risarcitorie previste dall'art. 18 stat. Lav. discendenti dalla sentenza dichiarativa di illegittimità del licenziamento. Secondo, infatti, l'orientamento consolidato di questa Corte, i provvedimenti d'urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ. hanno di norma il carattere dell'atipicità, nel senso che vanno adottati, secondo le circostanze, allo scopo di assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito ma non devono necessariamente anticipare il prevedibile contenuto della medesima. Ne consegue che il provvedimento d'urgenza con cui si ordina la reintegrazione nel posto di lavoro di un lavoratore, il cui licenziamento 'appaia' illegittimo, non ha necessariamente contenuto ed efficacia analoghi a quelli di un ordine di reintegrazione emesso ai sensi della L. 20 maggio 1970, n. 300, art. 18 con la sentenza di merito, con la quale 'si dichiara' la illegittimità del suddetto atto di recesso (*ex plurimis*, Cass. n. 12767/2004; Cass. n. 551/1997)."

³⁷² In questo senso, A. G. DIANA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 5.

Il contenuto del provvedimento – che è destinato allora ad essere o assorbito o travolto dalla successiva decisione di merito³⁷³ (nel caso in cui questa vi sia)³⁷⁴, come lo sono in generale i provvedimenti cautelari³⁷⁵ – è determinato dal giudice, con il limite implicito di non potere attribuire alle parti beni od utilità *diverse* rispetto a quelle che hanno chiesto, e purché queste siano concedibili nel giudizio di merito³⁷⁶.

Ciò non vuol dire aderire alla tesi che fa dell'anticipazione degli effetti della sentenza di merito la vocazione principale, se non l'unica possibile *strutturalmente*, dell'art. 700 c.p.c., seppure vada riconosciuto che tale funzione rivesta l'importanza maggiore³⁷⁷. Infatti, come osservato in dottrina, il testo dell'art. 700 c.p.c., al di là delle ambiguità della Relazione Ministeriale³⁷⁸, si presta ad una lettura l'anticipazione degli effetti della

³⁷³ In ciò risiede la provvisorietà, così Cass., II, 1 agosto 1995, n. 8436, per cui i provvedimenti d'urgenza, avuto riguardo alla intrinseca provvisorietà, esauriscono la loro funzione una volta che sul diritto sia pronunciata la decisione nel merito, dalla quale restano, a seconda dei casi, assorbiti o travolti. In dottrina, v. A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, cit.: "Il provvedimento cautelare in quanto emanato sulla base di una cognizione sommaria – di un giudizio di probabilità e verosimiglianza – e non di una cognizione piena è per sua natura provvisorio nel senso che non sarà mai in grado di reggere di per sé solo in modo definitivo gli effetti che ad esso si ricollegano, ancorché questi – quanto a contenuto – siano totalmente anticipatori del futuro provvedimento a cognizione piena".

³⁷⁴ Su questo v. *infra*.

³⁷⁵ Strumentalità e provvisorietà sarebbero connotati caratteristici della tutela cautelare. Provvisorietà, che si risolve in una limitazione temporale della efficacia del provvedimento, non sarebbe null'altro che necessità che gli effetti permangano (solo) fino al momento in cui sopraggiunge la decisione nel merito. La misura urgente non potrebbe pertanto indefinitamente disciplinare il rapporto controverso. A ben vedere, la provvisorietà non è che un altro aspetto della strumentalità del provvedimento cautelare. Il provvedimento urgente (fondato su una cognizione sommaria) è sostituito da quello di merito al quale è strumentalmente coordinato. Così in F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d'urgenza*, cit..

³⁷⁶ V., sul punto, F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d'urgenza*, cit. per cui il giudice non potrebbe spendere il proprio potere cautelare per porre una parte in una posizione "meno deteriore", né intervenire modificando la disciplina dei rapporti di obbligazione al fine di impedire l'esercizio legittimo dei poteri attribuiti dalla legge ai soggetti di tale rapporto, né infine per intervenire a comporre i dissidi fra membri di un medesimo gruppo sociale.

³⁷⁷ F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d'urgenza*, cit. riflette sulla fortuna dei provvedimenti d'urgenza, attribuendola alla idoneità ad assicurare gli effetti della decisione di merito dal pericolo "del" ritardo (tardività) più che dal pericolo "nel" ritardo (infruttuosità).

³⁷⁸ Su cui, condivisibilmente, A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., pp. 18 ss.

(probabile) decisione di merito³⁷⁹, quanto la concessione di provvedimenti aventi natura conservativa. Opinare in senso opposto, significherebbe giungere a conclusioni che mortificano l'utilità pratica dell'art. 700 c.p.c.³⁸⁰.

La suddetta *atipicità* consente – in concreto – di modellare il contenuto del provvedimento a seconda che si debba neutralizzare il pericolo da *infruttuosità*³⁸¹ o *tardività*³⁸².

Il primo (pericolo c.d. da infruttuosità) sarebbe la frustrazione della utilità del provvedimento di merito dovuta “all’evolversi della situazione di fatto in modo tale da impedire che la decisione di merito possa esercitare su di essa i suoi effetti”; il secondo

³⁷⁹ Per F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d’urgenza*, cit., la determinazione del contenuto della sentenza di merito trova nel nesso strumentale un criterio che si specifica nel senso di precludere al provvedimento d’urgenza [a contenuto anticipatorio] di produrre effetti diversi da quelli della emananda sentenza del merito. In altri termini, l’opinione in questione vuole non sia possibile attribuire alle parti beni che esse non chiedono od utilità che non potrebbero comunque conseguirsi con il provvedimento giurisdizionale del merito.

³⁸⁰ Per F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d’urgenza*, cit. l’art. 700 c.p.c. utilizza una dizione sì ampia e generica da comprendere in egual modo pronunce a carattere conservativo che anticipatorio, o, “più esattamente, da comprendere con certezza le prime senza peraltro escludere la possibilità delle seconde”. Il bisogno di tutela cautelare a favore di diritti che si trovino ad essere minacciati da pericolo “nel” ritardo (cioè infruttuosità) è soddisfatto dalla cautela tipica. Quindi se si volesse leggere la lettera dell’art. 700 c.p.c. nel senso di ritenere la cautela soltanto destinata ad espletare la funzione conservativa, cioè mantenere immutato ed impregiudicato lo stato di fatto, ponendolo al riparo da eventi capaci di mutarlo, dovrebbe prendersi atto che “ben poco spazio rimarrebbe per la tutela d’urgenza”.

³⁸¹ V., a proposito, A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d’urgenza*, cit., p. 47 s. A proposito della “infruttuosità”, gli AA. rammentano che la durata del processo può essere fonte di pregiudizio in due modi. Qui ne interessa uno, ovvero: la possibilità che sopraggiungano evenienze potenzialmente idonee a vanificare l’attuazione della decisione di merito. Allora, il richiedente la cautela aspira, in tali circostanze, a *conservare lo status quo*, indi l’appellativo di “misure conservative”. Gli AA. osservano che in tali casi, i fatti pregiudizievoli paventati saranno estrinsecati nella motivazione del provvedimento.

³⁸² V. la nota precedente. Il secondo modo in cui il tempo necessario a celebrare il processo può influire negativamente è costituito dal protrarsi della situazione di antigioridicità (e non quindi di arginare fatti lesivi sopravvenienti o sopravventuri). Si tratterà qui di consentire la soddisfazione *anticipata* del diritto (indi l’appellativo di “misure anticipatorie”). Qui in motivazione sarà riflesso – ad opinione degli AA. – il mero fatto del decorso del tempo (anche secondo una prassi distorsiva della funzione della cautela, non destinata ad ovviare alla “lungaggine” del procedimento di ordinaria cognizione). In altre parole, la “notoria durata dei processi civili italiani” non dovrebbe costituire motivazione sufficiente alla concessione della cautela innominata, anche perché, opinando diversamente, osservano gli AA., si produrrebbe l’effetto “negativo di confondere, da un lato, la tutela cautelare con la tutela sommaria *tout court*, e dall’altro lato, di vanificare la garanzia costituzionale dell’obbligo di motivazione dei provvedimenti giudiziari”.

(tardività) quel pericolo derivante “dal protrarsi dello stato di insoddisfazione del diritto durante tutto il tempo necessario ad essere fatto valere in via ordinaria”³⁸³.

È chiaro che, a cagione del diverso modo di atteggiarsi del *periculum* nelle due circostanze riportate, occorrerà, nel primo caso, adottare un provvedimento atto a mantenere (sino al sopraggiungere della decisione di merito) integro lo stato di fatto. Tipicamente appartengono a tale tecnica cautelare urgente i provvedimenti che creano vincoli di indisponibilità modellati sui sequestri, ovvero provvedimenti inibitori (che talvolta, pure strutturati con una tecnica anticipatoria, assolvono la funzione di conservare lo *status quo ante*³⁸⁴). Non è sfuggito ad attenta dottrina che “il contenuto della misura urgente conservativa dovrà essere modellato su quello delle forme nominate di cautela”, il che il giudice in una valutazione “largamente discrezionale”, lungo due direttrici: la prima “costituendo l’assetto previsto dalla misura nominata con riferimento a situazioni rispetto alle quali quest’ultima non potrebbe essere utilizzata”; la seconda implementando “le finalità delle misure conservative innominate determinandone le modalità di attuazione”³⁸⁵.

In conclusione, è il caso di rilevare che i provvedimenti d’urgenza possono assolvere ad una pluralità di funzioni³⁸⁶ e in virtù di ciò è notevole la libertà della quale il giudice dispone per regolare l’assetto di interessi, specialmente nel caso di misure a carattere conservativo³⁸⁷.

³⁸³ Così in F. FIORUCCI, *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 145.

³⁸⁴ Sul punto v. F. TOMMASEO, *op. cit.*.

³⁸⁵ Così in F. FIORUCCI, *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 146, che fa proprie le parole di Tommaseo.

³⁸⁶ Funzioni che conoscerebbero una innegabile autonomia: conservativa, anticipatoria, inibitoria, costitutiva, di accertamento, dispositiva, di mero accertamento, di condanna a fare o non fare. Così in A. G. DIANA, *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 99. L’A. ribadisce che i limiti oggettivi e soggettivi dei poteri cautelari del giudice sono segnati dalla domanda cautelare, di talché non potrebbero prodursi provvedimenti involgenti terzi estranei al procedimento.

³⁸⁷ Si v., a tal riguardo, A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d’urgenza*, cit., p. 52. Il giudice, si osserva, solo nel caso di provvedimenti anticipatori disporrebbe di una (pur ipotetica) “pietra di paragone rappresentata dalla emananda decisione di merito”. Viceversa, proseguono gli AA., “simile possibilità resta preclusa al giudice”, che comunque “dovrà, secondo logica e prudenza” “riferirsi al contenuto delle misure

8.1. (segue) Le forme dell'anticipazione

Di contro, quando il *periculum* paventato è di *tardività*, occorrerà ricorrere a misure c.d. anticipatorie³⁸⁸, le quali, come già ribadito, avranno per oggetto tutto quello che sarebbe dato nel caso di accoglimento della domanda nel merito³⁸⁹, oppure (quantitativamente) meno³⁹⁰.

tipiche conservative”. Ciò non avviene, ad opinione degli AA., nel caso di provvedimenti con contrassegno inibitorio, il quale ha piuttosto carattere anticipatorio del provvedimento – di contenuto anch’esso inibitorio – che (probabilmente) sarà emanato nel giudizio di merito. Quindi, e in altre parole, solo il provvedimento anticipatorio “impone alla controparte un comportamento parametrato su di una *regula iuris* che è tratta dal diritto sostanziale, mentre il provvedimento conservativo presenta una *regula iuris* dedotta dal diritto processuale”.

³⁸⁸ Così in F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d’urgenza*, cit..

³⁸⁹ Ciò è pacifico. V. Trib. Napoli, 5 febbraio 2018 (“Non può, in definitiva, dubitarsi dell’ammissibilità di provvedimenti cautelari idonei a generare effetti identici a quelli che si sarebbero potuti conseguire tramite la risoluzione definitiva della controversia”) che argomenta a partire dalla novella della l. 80 del 2005, la quale, prevedendo che il termine per l’instaurazione del giudizio di merito non si applica ai provvedimenti cautelari “idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito” ammetterebbe implicitamente che per via cautelare possa anticiparsi – anche interamente – il contenuto della sentenza di merito.

³⁹⁰ V. F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., vol. IV, p. 289; N. DI SANTI PAOLA, *op. cit.*, pp. 71 s. Cfr., la più approfondita disamina in A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d’urgenza*, cit., p. 38 s. Gli AA. ritengono che la parte che attiva la cautela fissa i confini dei poteri cautelari del giudice, poteri circoscritti alla assicurazione degli effetti della futura decisione di merito. Perciò, osservano gli AA., “di tanto si estendono i poteri del giudice cautelare nell’ambito della giurisdizione di merito, di quanto si possono allargare i poteri cautelari di urgenza, nel cui disegno” gli AA. individuano una logica “di continenza”, altrimenti usualmente definita “strumentalità” del cautelare. *Contra*, v. le pronunzie giurisprudenziali (*ex multis* Pret. Roma, 9 febbraio 1984, in *Riv. dir. proc.*, 1984, pp. 559-600) e le opinioni (Arieta, Proto Pisani) riportate in F. FIORUCCI, *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 150. In realtà, codeste interpretazioni sembrano da respingere, stante il fatto che l’art. 700 c.p.c. sarebbe espressione di una azione cautelare generale, e non sembrano sussistere ragioni persuasive – men che meno testuali – per rinunciare all’operatività di un principio cardine del processo civile. Ciò sia senza pregiudizio per la possibilità che il giudice – in questa logica di “continenza” – conceda “meno”, in virtù del doveroso bilanciamento tra l’interesse dell’istante e il contrapposto interesse del convenuto a non subire un pregiudizio, e ciò tanto nel caso in cui siano chieste misure conservative che anticipatorie degli effetti della (anelata) sentenza di merito.

L'anticipazione si atteggia in maniera differente a seconda del tipo di sentenza i cui effetti vogliono vedersi anticipati. Si dà qui per acquisita – e non da ora³⁹¹ – la opinione³⁹² per cui possono essere anticipate sentenze di ogni tipo, siano esse di mero accertamento, costitutive, di condanna.

Quanto alla tutela di condanna, circa la possibilità di anticipare gli effetti esecutivi delle sentenze di condanna (o i capi condannatori delle sentenze) non si sono posti particolari dubbi³⁹³, sempre, come osservato, con esclusione degli effetti cd. secondari³⁹⁴.

Per quanto concerne le sentenze di accertamento mero – ricusati i dubbi, anche espressi in giurisprudenza³⁹⁵, circa la ontologica inconciliabilità tra sentenze di accertamento e “provvisoria”, che risolverebbero il provvedimento anticipatorio della sentenza di accertamento mero in una indebita autorizzazione giudiziale a tenere una determinata

³⁹¹ V. Pret. Bari, 9 giugno 1978, in *Riv. giuridica del lav.*, 1978, II, p. 664. Il provvedimento *ex art.* 700 c.p.c., in quanto attuativo del principio – avente dignità costituzionale – per cui il tempo del processo non deve risolversi in un danno per l'attore che ha ragione, consente di anticipare “gli effetti delle sentenze di mero accertamento, costitutive, di condanna, in tutti i casi in cui manchi una misura cautelare tipica, senza alcun altro limite all'infuori di quelli riferibili alle condizioni fissate dallo stesso codice di rito (*fumus boni iuris e periculum in mora*)”.

³⁹² V. F. TOMMASEO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit..

³⁹³ V. C. DELLE DONNE, *Riflessioni sulla tutela “anticipatoria” d'urgenza nell'esperienza applicativa della giurisprudenza e in alcune recenti scelte del legislatore*, cit., p. 10. L'A. rammenta l'iter argomentativo della tesi in commento. Si è ritenuto che la anticipazione s'avesse quanto al contenuto della sentenza (sub specie di effetti) restando estranea al provvedimento cautelare qualsivoglia valenza di “accertamento”. È la radicata convinzione che la anticipazione riguardasse solo i provvedimenti condannatori ad aver costituito un ostacolo rilevante alla accettazione della possibilità di anticipare il contenuto di capi costitutivi o di accertamento mero della (probabile) sentenza di merito. L'A. ricostruisce il sillogismo posto alla base della antitesi nei termini che seguono: “Se infatti funzione [del provvedimento di accertamento mero] è l'attribuzione della certezza giuridica in ordine alla consistenza di una situazione sostanziale, tale certezza non può essere ottenuta con un provvedimento che per natura si basa sulla valutazione del solo *fumus* e che ha effetti provvisori”.

³⁹⁴ Effetti secondari, cioè quelle fattispecie complesse, delle quali la sentenza – e solo la sentenza – sarebbe elemento costitutivo. Ciò, ai fini che qui interessa (sentenze di condanna) sarebbe vero per l'iscrizione di ipoteca (2818 c.c.) e la modifica del tempo occorrente per la prescrizione, da breve in ordinaria decennale (2953 c.c.). Cfr. N. DI SANTI PAOLA, *op. cit.*, pp. 71 ss.

³⁹⁵ Su cui, *ex multis*, v. Trib. Padova, 16 settembre 2004, in *Foro it. online*, per cui sarebbe inammissibile, per carenza di interesse ad agire, l'istanza *ex art.* 700 c.p.c. tesa ad ottenere una pronuncia di mero accertamento che risponda ad una aspirazione alla “certezza giuridica” del ricorrente.

condotta³⁹⁶, in forza di più persuasive contro-argomentazioni³⁹⁷, più ossequiose di principi di rilievo costituzionale³⁹⁸ – si osserva che “non di rado l’interesse della parte può essere soddisfatto anche soltanto da quella certezza di modesto grado che è l’effetto della valutazione in termini di probabilità del diritto affermato dalla parte”³⁹⁹, benché sia

³⁹⁶ V. Pret. Milano, 15 febbraio 1990, in *Foro it. online*, di rigetto dell’istanza cautelare avente ad oggetto un accertamento mero argomentando dalla asserita inutilità del provvedimento a svolgere una funzione “di tipo conservativo (per ovviare al rischio incidente sull’utile esecuzione della futura sentenza) ovvero anticipatorio (per rimuovere urgentemente lo stato di insoddisfazione del diritto, anticipando, in tutto o in parte, gli effetti della futura sentenza)” poiché “si tratta infatti di pronuncia del tutto insuscettibile di esecuzione”; la misura cautelare, ove venisse concessa “sarebbe, in altre parole, nulla più che un «parere pro veritate»; assolverebbe, quindi, una funzione del tutto diversa da quella propria del provvedimento *ex art. 700 c.p.c.*”.

³⁹⁷ V. C. DELLE DONNE, *Riflessioni sulla tutela “anticipatoria” d’urgenza nell’esperienza applicativa della giurisprudenza e in alcune recenti scelte del legislatore*, cit., p. 12. ove si afferma che l’utilità del provvedimento cautelare, quale che sia il tipo di sentenza che si vuole anticipata, è sempre quello di paralizzare il periculum. L’A. suggerisce una riconsiderazione della utilità immediata dall’accertamento mero: “l’accertamento mero ed il ‘bene della certezza’ di ogni situazione giuridica cui si correla, appaiono dunque finalizzati ad impartire alle parti una regola di reciproco comportamento, stabilendo l’esatta portata e consistenza dei poteri, facoltà ed obblighi sia positivi che di astensione di ciascuno nei confronti dell’altro”, è la stessa esperienza pratica che rivela la utilità di simile statuizione, poiché “la valutazione in termini di illegittimità o illiceità da parte del giudice della cautela è dunque prodromica alla relativa inibitoria”. Allora, per l’A., nella vasta casistica riportata “la rimozione del pregiudizio è veicolata da un provvedimento cautelare che [...] non ha (né potrebbe mai avere) la qualità degli effetti (il giudicato sul diritto), ma [ha invece] la idoneità a porre una regola funzionale a conformare i comportamenti dell’intimato”: nel che l’A. ravvisa la funzione propria, per l’appunto, della tutela dichiarativa.

³⁹⁸ V. Trib. Milano, 28 aprile 2012, in *Dejure online*, dal tenore letterale dell’art. 700 c.p.c. deriva l’impossibilità di fissare limiti all’applicazione della norma diversi dalla verifica di un “concreto” interesse ad agire, quale certo tutelabile in sede di merito anche con azione di mero accertamento; in caso contrario, si permetterebbe a una parte di prevalere solo per la posizione di potere in concreto (di fatto e non di diritto) casualmente vantata, così determinandosi una lesione del diritto di difesa di chi ha ragione e una ingiustificata prevalenza per il lasso di tempo necessario a celebrare il processo di merito di una parte sull’altra a prescindere dal diritto, il che è ingiustificabile ai sensi degli artt. 3 e 24 cost. È pertanto ammissibile la richiesta di ordinare, *ex art. 700 c.p.c.* al presidente dell’assemblea di una s.p.a., di attenersi al criterio emergente dalla corretta interpretazione dell’art. 2357-ter c.c. per l’accertamento dei risultati del voto assembleare.

³⁹⁹ Così F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d’urgenza*, cit.. Prosegue l’A. argomentando: “In tal caso, l’incertezza pregiudizievole, a cui l’accertamento provvisorio pone rimedio, trae causa dalla situazione di colui che nel timore di compiere atti illegittimi si preclude la possibilità di amministrare con efficacia i propri interessi: con la misura d’urgenza dichiarativa, la parte si avvale della indicazione giudiziale come d’una regola cui uniformare il proprio comportamento”. Cfr. tuttavia i condivisibili rilievi in A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d’urgenza*, cit., pp. 286 ss. Si dubita dell’utilità di “chiedere al giudice di autorizzare un comportamento che la parte potrebbe tenere da sé liberamente”: “nella prospettiva di coloro che negano che il *dictum* giudiziale autorizzativo emesso in sede cautelare possa legittimare il comportamento della parte, questo stesso comportamento rinvia il proprio limite e la propria misura esclusivamente nelle norme di diritto sostanziale”, alla stregua delle quali il giudice del merito potrebbe

chiaro che sarà il “contrassegno inibitorio della pronuncia”, almeno nella maggior parte dei casi, a scongiurare il *periculum*⁴⁰⁰. Sebbene quindi deve insistersi per la posizione di apertura, con la giurisprudenza maggioritaria⁴⁰¹, nulla può esimere l’interprete dal

ritenere illegittima la condotta serbata, e purché autorizzata dal provvedimento provvisorio. Norme di diritto sostanziale “le quali, se acquistano rilievo quali garanzie di libertà, sono corrispondentemente elevate a fonte di responsabilità”. Peraltro, trattandosi di *atto proprio*, non pare ravvisabile in alcun caso il pericolo serio di un pregiudizio irreparabile, poiché esso potrebbe essere evitato sol che il ricorrente desista dai propri intenti.

⁴⁰⁰ V. ancora A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d’urgenza*, cit, pp. 286 ss. Infatti, come osservano gli AA, avere un parametro cui conformare *la propria* condotta non assorbe l’interesse, giacché esistono innumerevoli circostanze nelle quali si anela a che sia la *condotta altrui* ossequiosa del contenuto della decisione cautelare. Nemmeno queste argomentazioni sfuggono alla critica che – qualora sia instaurato il giudizio di merito – il parametro di riferimento continuerebbe ad essere la normativa sostanziale, e la violazione *medio tempore* del contenuto dichiarativo del provvedimento urgente potrebbe rimanere prima di sanzione, né aggravare quella eventualmente data in sede risarcitoria. La tutela urgente avente per contenuto l’accertamento mero diviene ammissibile – per gli AA. – solo quando si “va enfatizzando il contrassegno coercitivo” insito nella tutela dichiarativa. Del medesimo avviso Trib. Milano, sez. p. i., 23 novembre 2006, in *Dejure online*, che pur ammettendo in astratto la possibilità di pronunciare interinalmente come in discorso, ritiene doverosa una verifica in concreto sul *periculum* (L’ammissibilità del giudizio cautelare di mero accertamento di diritti e situazioni giuridiche deve essere valutata con riguardo alla concreta fattispecie e agli interessi dalla medesima coinvolti, secondo un apprezzamento che non può non coniugarsi con la valutazione del *periculum*, non essendo di per sé la certezza delle situazioni sul piano cautelare un valore giuridico-processuale. Argomento *ex art. 96, comma 2, c.p.c.*). In effetti, la dottrina che ammette il ricorso alla tutela dichiarativa urgente sembra farlo dando rilievo alla portata inibitoria della pronuncia v., per tutti, e stavolta condivisibilmente F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d’urgenza*, cit.: “Nella maggior parte dei casi, le misure urgenti non sono volte direttamente a dare quella verosimiglianza che interinalmente tiene luogo della certezza che scaturirà dal giudizio di merito: esse sono piuttosto strumentali alla realizzazione d’una funzione preventiva, in quanto sono volte ad inibire un comportamento che l’eventuale accoglimento della domanda di mero accertamento mostrerà essere illegittimo”. Lo stesso A. difatti nota che l’interesse ad acquisire il bene della certezza sulla esistenza di un diritto soggettivo non può trovare soddisfacimento mediante provvedimenti d’urgenza perché la cognizione sommaria è con ciò inconciliabile. Per la forza conformativa che può esprimere la pronuncia, v. Trib. Bari, III, 9 novembre 2012, con commento di G. D. NUZZO, *Tutela ex art. 700 c.p.c. è possibile anche per le azioni di accertamento*, in *LaNuovaProceduraCivile online*: “È vero che in sede cautelare non è certamente possibile ottenere la certezza propria del giudicato di merito, ma è altrettanto vero che anche la pronuncia dichiarativa in funzione cautelare ha la sua utilità tutte le volte in cui il provvedimento d’urgenza serve ad eliminare una situazione giuridica d’incertezza, foriera di un pregiudizio imminente ed irreparabile”. Asserisce la citata pronuncia che la concessione della misura in esame costituisce rafforzamento del diritto del richiedente cautela, stante anche l’effetto compulsorio indiretto assicurato dall’art. 388 c.p.. Sebbene sia dibattuto se l’art. 388 c.p. sia applicabile a simili fattispecie (una opinione giurisprudenziale lo vuole circoscritto ai casi in cui la statuizione cautelare sia eseguibile forzosamente, cfr. Pret. Milano, 15 febbraio 1990, cit., che sulla base della opinione in commento respinge l’istanza cautelare), ma lo è senz’altro nel caso di “elusione” del comando che discende dal provvedimento (v. anche il nuovo quarto comma, aggiunto dal d. lgs. 11 maggio 2018, n. 63).

⁴⁰¹ V. Trib. Barcellona Pozzo di Gotto, 17 luglio 2018, in *Dejure online*: È ammissibile la tutela di cui all’art. 700 c.p.c. in funzione di mero accertamento nel caso in cui il provvedimento d’urgenza serve a eliminare una situazione giuridica d’incertezza foriera di un pregiudizio imminente e irreparabile (nella specie, il tribunale ha sospeso la delibera assembleare di una s.a.s. con la quale un accomandatario era stato

guardare all'interesse, in concreto⁴⁰², per discernere i casi in cui può darsi un provvedimento a contenuto dichiarativo, come è assolutamente pacifico⁴⁰³.

Incertezze diverse hanno invece accompagnato il percorso delle sentenze costitutive il riconoscimento della suscettibilità ad essere anticipate in via d'urgenza. Non che si sia dubitato dell'utilità di detti provvedimenti⁴⁰⁴, piuttosto è parso contrario alla lettera della norma consentire che fosse data tutela ad un diritto non ancora sorto, poiché, si è osservato, prima della sentenza costitutiva non esisterebbe alcun diritto da cautelare, sicché, concedendo la cautela, si produrrebbe una indebita anticipazione della soglia di tutela, di talché l'effetto costitutivo verrebbe a prodursi con lo stesso provvedimento giudiziale⁴⁰⁵. In ragione della indubbia possibilità di anticipare sentenze di condanna, non

revocato dalla carica di amministratore). V. ancora Trib. Savona, 3 dicembre 2015; Trib. Torino, I, 9 giugno 2016, n.22390; v. infine Trib. Orestano, 15 maggio 2017: La possibilità di agire in via d'urgenza è riconosciuta anche al fine di preservare la pratica utilità di una sentenza di mero accertamento o costitutiva, ogni qual volta corrisponda all'interesse concreto e attuale del ricorrente a non veder pregiudicate le proprie ragioni della tardività con cui la tutela di merito, per sua natura, interviene a comporre la sorta tra le parti.

⁴⁰² “La realtà applicativa mostra invece come ad innervare l'*anticipatorietà* cautelare sia l'interesse alla paralisi del lamentato *periculum* e come dunque solo lungo tale direttrice venga costruito il contenuto concreto della cautela” (C. DELLE DONNE, *op. cit.*, p. 10).

⁴⁰³ Così Trib. Roma, 2 dicembre 2009, in *Dejure online*: È inammissibile il ricorso cautelare *ex art.* 700 c.p.c. preordinato ad ottenere una pronuncia interinale di mero accertamento, se, nel caso concreto, il provvedimento richiesto sia inidoneo ad evitare alla parte un pregiudizio imminente ed irreparabile.

⁴⁰⁴ V., su tutti, l'autorevole dottrina (Andrioli) in F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 159: “non pare che il carattere costitutivo di situazioni sostanziali, attribuito alla sentenza nei casi previsti dalla legge (2908 c.c.), ne vieti l'assicurazione provvisoria: direi anzi, che ne giustifica con maggiore intensità l'applicazione, proprio perché il sorgere di situazioni sostanziali della sentenza pone in maggior evidenza il pericolo che l'attore, il quale si ipotizza vittorioso, soffre in dipendenza della durata del processo, né alcuna distinzione è lecito istituire a seconda che gli effetti della sentenza costitutiva prendan data da questa (o dal suo passaggio in giudicato), dalla domanda giudiziale o, persino, dal verificarsi del fatto costitutivo, perché, essendo, in ogni caso, la fattispecie, produttiva dell'effetto, integrata con la pronuncia della sentenza o con il passaggio in giudicato di questa, il provvedimento ne anticipa *de facto* il concreto verificarsi degli effetti, variamente puntualizzati *de jure*”. In giurisprudenza, v. Pret. Roma, 31 maggio 1972, in *Giust. Civ.*, 1972, I, p. 1337; Pret. Foggia 23 marzo 1981, in *Giur. di Merito*, 1981, I, p. 1190; Pret. Verona, 26 agosto 1990, in *Giur. Italiana*, 1991, I, 2, p. 910; Pret. Salerno-Eboli, 24 luglio 1991, in *Archivio Civ.*, 1992, p. 311; Trib. Genova, 27 aprile 2007, in *Altalex.com*.

⁴⁰⁵ Trib. Salerno, II, 1° dicembre 2004; Trib. Latina, II, 30 marzo 2010; Trib. Bari 9 giugno 2008, in *Dejure online*: La tutela cautelare *ex art.* 700 c.p.c. deve ritenersi ammissibile solo in presenza di diritti perfetti preesistenti alla stessa pronuncia richiesta al Giudice, posto che il provvedimento cautelare non deve alterare in alcun modo il momento operativo della pronuncia di merito; pertanto, le sentenze costitutive non sono suscettibili di tutela urgente, proprio perché si eserciterebbe una funzione strutturalmente anticipatoria che produrrebbe subito quella stessa costituzione del rapporto giuridico che dovrebbe essere

si è obiettato alla possibilità di eseguire anticipatamente capi condannatori, *accessori* a capi di accertamento, mero o costitutivo che fossero⁴⁰⁶. Impellenti ragioni di *effettività della tutela* inducono a non subire il fascino della tesi restrittiva, che fa leva sul fatto che il legislatore ha optato per il modello dell'azione costitutiva perseguendo finalità di certezza, quest'ultima – è vero – malamente conciliabile con la struttura dei provvedimenti urgenti⁴⁰⁷, anche dopo “l'allentamento” del nesso di strumentalità che li lega al provvedimento di merito⁴⁰⁸.

Peraltro, è pacifico che oggetto di anticipazione non sono – perché non potrebbero essere, alla luce delle obiezioni già viste – gli effetti costitutivi, bensì le statuizioni

presumibilmente introdotto con la sentenza costitutiva, laddove il disposto dell'art. 700 c.p.c. presuppone l'attualità del diritto cautelando (nel caso di specie, i ricorrenti avevano richiesto tramite la procedura d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* la reintegra nel posto di lavoro ed il pagamento delle mensilità non percepite sino al momento della effettiva riammissione in servizio).

⁴⁰⁶ Così A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 259. Infatti, in consimili casi, si rientra facilmente “nell'alveo della anticipazione in via (fisiologia ed) urgente degli effetti delle pronunzie di condanna, prospettati dal ricorrente alla stregua della tutela di accertamento, egualmente declinata ma in via principale”. Gli AA. inquadrano entro tale ambito la pronunzia inibitoria accessoria a una pronunzia di accertamento; così inquadrata la questione, stante la eseguibilità in via indiretta (*ex art. 614-bis c.p.c.*) delle sentenze insuscettibili di esecuzione forzata, perde importanza la questione circa la anticipabilità di sentenze meramente dichiarative (il cui interesse sembra assorbito dalla portata inibitoria della pronunzia: cfr. F. TOMMASEO, *Provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit.: “Nella maggior parte dei casi, le misure urgenti non sono volte direttamente a dare quella verosimiglianza che interinalmente tiene luogo della certezza che scaturirà dal giudizio di merito: esse sono piuttosto strumentali alla realizzazione d'una funzione preventiva, in quanto sono volte ad inibire un comportamento che l'eventuale accoglimento della domanda di mero accertamento mostrerà essere illegittimo”). Per i rilievi degli AA. in proposito, v. *ibidem*, pp. 286 ss.

⁴⁰⁷ In realtà, sembrerebbe che proprio la necessità di attendere l'esito del processo, secondo lo schema della tutela costitutiva *cd. necessaria*, sia il migliore argomento per optare per la tesi di apertura. Per dirla con F. TOMMASEO, *op. cit.*: “Vi è, [nell'orientamento di chiusura], un esasperato concettualismo che pregiudica grandemente l'effettività della tutela costitutiva, di un processo volto alla produzione di effetti che, in determinate circostanze, solo la sentenza può dare. È ben vero che il tempo necessario per il giudizio non minaccia l'esercizio del diritto potestativo in quanto tale, ma molto spesso è l'utilità stessa della sentenza produttrice il mutamento che è posta in pericolo dal ritardo. Da questo punto di vista, ben si comprende che la necessità di servirsi del processo per la concreta attuazione dell'effetto costitutivo è la miglior giustificazione del ricorso alla tutela urgente per assicurare il grado d'effettività della stessa tutela costitutiva mediante un provvedimento che, il più delle volte, si risolve nell'autorizzazione giudiziale a esercitare facoltà aventi di per sé titolo nel costituendo diritto”.

⁴⁰⁸ Cioè che il giudizio di merito – deve ritenersi – per tutti i provvedimenti *ex art. 700 c.p.c.* è divenuto solo eventuale. Sembra più corretto parlare di *crisi della provvisorietà*, più che del nesso di strumentalità. Su questo, comunque, v. *supra*.

conseguenziali⁴⁰⁹. In altre parole, accolta l'istanza cautelare, la pronuncia costitutiva *tamquam esset*, ma solo⁴¹⁰ ai fini dei suoi "effetti pratici"⁴¹¹.

Questa ricostruzione – salvo isolate voci dissidenti⁴¹² – è accolta dalla giurisprudenza maggioritaria e ha il pregio di aver incassato l'autorevole avallo della Suprema Corte di Cassazione⁴¹³.

Identico ragionamento, senza particolari mutamenti, interessa il diritto protestativo, il quale, per le stesse ragioni, deve essere passibile di anticipazione⁴¹⁴.

Sembra ormai permeato il sistema dalla convinzione che – purché sussista l'interesse – "le sentenze di merito i cui effetti sono anticipabili in sede di tutela urgente appartengono all'intera tipologia delle sentenze pronunciabili in un giudizio di cognizione"⁴¹⁵.

La portata della affermazione si coglie in tutta la sua importanza se si ha riguardo per i casi di contrasto tra una norma primaria e il diritto europeo ovvero una norma costituzionale, quando il protrarsi di tale contrasto per il tempo necessario ad addivenire ad una pronuncia nel merito sia fonte di un pregiudizio irreparabile per l'istante. Per quanto attiene alla norma europea (che si assume violata) – e purché essa sia direttamente

⁴⁰⁹ F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 160 s. In giurisprudenza, molto chiare sul punto: Trib. Genova, 27 aprile 2008, cit. e Trib. Civitavecchia, 5 settembre 2008, cit, che apre all'anticipazione di sentenze costitutive "se il bisogno di tutela urgente riguarda non tanto l'anticipazione del provvedimento costitutivo bensì l'anticipazione della soddisfazione degli obblighi consequenziali" pur impegnando il giudice ad una verifica del *fumus* in termini di elevata probabilità.

⁴¹⁰ Questo perché, comunque, "l'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo", secondo il disposto dell'art. 669-*octies* c.p.c., ult. comma.

⁴¹¹ Così secondo l'opinione maggioritaria, che in adesione all'interpretazione già vista (Tommaseo) non ritiene possano anticiparsi gli effetti cd. secondari delle pronunce costitutive (che si hanno nei casi in cui la esistenza della sentenza è elemento di una fattispecie complessa, così come è per la trascrizione). V. N. DI SANTI PAOLA, *op. cit.*, p. 75 s.

⁴¹² Trib. Cuneo, 19 aprile 2012.

⁴¹³ Ordinanza Cass., I, 18 giugno 2019, n. 24939, in *Judicium online*.

⁴¹⁴ Cfr. di nuovo F. TOMMASEO, *v. Provvedimenti d'urgenza*, cit. V., invece, in giurisprudenza, l'ampia casistica di provvedimenti d'urgenza emessi al fine di cautelare il diritto di controllo dei soci (il che, si osserva incidentalmente, reca conseguenza irreversibile), *ex multis*, Trib. Roma, III, 10 luglio 2017, n. 32116, in *Foro it online*.

⁴¹⁵ Così F. TOMMASEO, *op. cit.*.

e immediatamente applicabile – in virtù del c.d. *effetto diretto*⁴¹⁶, il giudice è tenuto a dare applicazione alla norma di diritto europeo, e “a disapplicare la norma di diritto nazionale che sola osti alla concessione dei provvedimenti provvisori”⁴¹⁷.

Violata la norma costituzionale, deve ritenersi che, al termine di una rigorosa indagine circa la ricorrenza del *fumus boni iuris* (più severa ancora di quella normalmente richiesta per sollevare la questione di legittimità costituzionale)⁴¹⁸, il giudice possa sospendere *ad tempus* ed interinalmente l’applicazione della norma asseritamente incostituzionale, rimettendo la questione alla Corte, attendendo la decisione della quale per pronunciare

⁴¹⁶ In dottrina, v. F. FIORUCCI, *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., pp.103 ss. La cedevolezza della norma interna in favore di quella comunitaria è principio di diritto praticamente indiscusso, avallato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale (sent. 113 del 1985), secondo la dottrina degli ordinamenti autonomi, ma coordinati dal Trattato.

⁴¹⁷ Corte di Giustizia dell’Unione europea, 19 giugno 1990, causa C-213/89, “sentenza *Factorame*”, che costituisce uno dei capisaldi in materia di autonomia procedurale (e suoi limiti) degli Stati membri (cfr. D. GALETTA, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di autonomia procedurale degli Stati membri dell’Unione Europea*, 2011, in *IusPublicum online*). Per una ricostruzione della *res litigiosa*, e una disamina dei principi di diritto che se ne traggono, v. A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d’urgenza*, cit., pp. 111 ss. Si rileva che nel caso di contrasto tra norma comunitaria e norma interna non è dato attingere alla soluzione “bifasica” prospettata nel caso di contrasto tra norme costituzionali e norme interne, poiché il giudice ha il *dovere* di disapplicare la norma interna contrastante con quella europea. Nel caso in cui sia concesso il provvedimento sul *fumus* della illegittimità della norma primaria, e tali sospetti di incostituzionalità della norma di legge dovessero poi rivelarsi infondati, dovrà attingersi – in ossequio alla *autonomia procedurale* – alla disciplina in materia di modifica e revoca dei provvedimenti cautelari. Non è in questa sede oggetto di approfondimento un pur interessante punto sollevato dagli AA., che è quello di contrasto fra norma primaria e norma derivata europea. In virtù dell’arresto *Foto-Frost*, la Corte di Giustizia ha – non condivisibilmente – negato la facoltà dei giudici di non-ultima-istanza di disapplicare la norma presunta illegittima, affermando invece l’esistenza di un sindacato accentrato, in apparente contrasto con le norme dei Trattati che non prevedono, per le Corti di non-ultima-istanza, siffatto obbligo di rinvio pregiudiziale. Con le pronunce *Zuckerfabrik* e *Atlanta* la Corte ha chiarito che, nelle more della pronuncia del giudice europeo, il giudice della cautela può emettere provvedimenti interinali per salvaguardare la situazione giuridica soggettiva in pericolo. Tornano quindi qui invocabili quei provvedimenti *ad tempus* che non potranno essere ultrattivi rispetto alla pronuncia della Corte di Giustizia europea.

⁴¹⁸ Così F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. IV, cit., p. 206. L’A. giunge ad opinare nel senso del testo ritenendo che – se per sollevare la questione di legittimità costituzionale occorre che essa si mostri “non manifestamente infondata” – per concedere la tutela cautelare in esame occorrerà, al contrario, che la norma appaia “manifestamente illegittima” sul piano costituzionale. In altre parole, gli stessi presupposti della tutela cautelare conducono a ritenere che non si possa concedere la misura *de qua* per un diritto che appaia *non manifestamente improbabile*, ma occorre, al contrario, che questo si mostri assistito da un considerevole grado di probabilità, *sub specie* di *manifesta fondatezza* della questione di legittimità costituzionale.

sulla domanda cautelare⁴¹⁹. Superati i dubbi del passato⁴²⁰, non si nega più che possa ottenersi una pronunzia che cauteli il diritto come se la norma sospetta di illegittimità costituzionale non esistesse⁴²¹; quella prospettata (pronunzia interinale – rimessione – decisione cautelare) è la soluzione cui aderisce la giurisprudenza maggioritaria⁴²², pur

⁴¹⁹ V., per una ricostruzione dei filoni interpretativi, G. MENEGUS, *Tutela cautelare e questione di legittimità*, 2016, in *GruppoDiPisa online*. Accanto a soluzioni di dubbia costituzionalità e utilità (fra cui: la tesi che non riviene alcun “diritto” che possa dirsi leso da una disposizione di legge; la tesi per cui si dovrebbe sospendere il procedimento cautelare e rimettere la questione alla Corte costituzionale). Scartate dette ipotesi, e ammessa in tesi la possibilità di sospendere l’applicazione della norma primaria (sul punto v. Cons. Stato, Ad. Plen., ordinanza 20 dicembre 1999, n. 2, in *Foro it. online*, 2000, III, p. 9), rimane incertezza circa il momento in cui rimettere la questione alla Corte. Osserva l’A. che “prendendo le mosse da questa seconda ipotesi, è opportuno evidenziare come, in forza di una costante e risalente giurisprudenza della Corte, la questione di costituzionalità sollevata dal giudice nel corso di un procedimento cautelare, quando lo stesso si sia già pronunciato – vuoi rigettando vuoi accogliendo l’istanza cautelare – risulta inammissibile per l’esaurimento della *potestas iudicandi* e comunque irrilevante ai fini della decisione del giudizio cautelare”. Neppure, però, ad opinione dell’A., risulta pienamente persuasiva l’opposta tesi di sollevare questione di legittimità costituzionale nel successivo giudizio di merito. Tale soluzione, infatti, comporta “la violazione delle regole che presiedono all’instaurazione del giudizio costituzionale, snaturando il carattere di incidentalità proprio del giudizio sulle leggi”, in special modo se si rammenta che il giudizio di merito è ormai solo eventuale. La soluzione prospettata dall’A. è allora quella di scomporre entro due fasi il procedimento cautelare, con una prima fase interinale di concessione della misura, ma solo *ad tempus*, ed una seconda fase, di pronunzia cautelare “definitiva”, dopo l’esito del giudizio di legittimità costituzionale. Tale conclusione trarrebbe forza dalla sentenza della Corte 444 del 1990, che ammette che il giudice della cautela sollevi l’incidente, nonché, più importante, dalla ord. 25 del 2006: “la *potestas iudicandi* non può ritenersi esaurita quando la concessione della misura cautelare è fondata, quanto al *fumus boni iuris*, sulla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, dovendosi in tal caso la sospensione dell’efficacia del provvedimento impugnato ritenere di carattere provvisorio e temporaneo fino alla ripresa del giudizio cautelare dopo l’incidente di legittimità costituzionale”. Alla stregua di simili indicazioni, la pronunzia *ad tempus*, e l’articolazione bi-fasica del procedimento si porrebbero come obbligate.

⁴²⁰ Cass. 12 dicembre 1991, n. 13415, in *Giust. Civile*, 1992, I, p. 1819; Cass., SS.UU., 7 luglio 1988, n. 4476, in *Giust. Civile*, 1992, I, p. 2938; nella giurisprudenza di merito v., per tutti, Trib. Alba 31 dicembre 1999, in *Giuris. Italiana*, 2000, I, p. 2072 e Pret. Padova, 13 ottobre 1993, in *Dejure online*. L’iter logico ha per punto di partenza l’assunto che non esiste alcun diritto da tutelare essendo vigente la norma. L’indagine sul *fumus* va infatti condotta alla stregua del diritto corrente.

⁴²¹ In giurisprudenza la casistica è ormai rimarchevole. V. Trib. Napoli, 25 giugno 2015 in *Dejure online*; Pret. Bologna, 14 ottobre 1975, in *Foro it.*, 1975, I, p. 2616; Pret. La Spezia, 23 novembre 1978, in *Foro it.*, 1978, I, p. 1921; Pret. Voltri, 1 settembre 1977, in *Riv. giuridica del lav.*, 1977, II, p. 639; Pret. Pisa, 30 luglio 1977, in *Foro*, 1977, I, p. 2354.

⁴²² V., Trib. Napoli, 25 giugno 2015, cit.; Trib. Taranto, lav., 24 settembre 2012, in *BioDiritto online*. *Contra* Trib. Pordenone, 2 luglio 2018, n. 129, in *Foro it. online*. Il giudice ha sospeso il procedimento cautelare e rimesso gli atti alla Corte. La soluzione è oggetto di critica in dottrina perché pregiudica l’effettività della tutela. Si v. A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d’urgenza*, cit., p. 157. Gli AA. evidenziano i pregi che la soluzione “bifasica” vanta: consente di sollevare questione di legittimità costituzionale poiché il giudice della cautela non si è spogliato della *potestas decidendi*, non mina le

allo stato non essendovi alcuna pronuncia della Corte costituzionale, ma solo alcuni importanti indicazioni in merito⁴²³. Tale accomodamento (disapplicazione interinale – pronuncia della Corte – decisione sull’istanza cautelare) è suscettibile di essere predicato anche con riguardo alla legge in conflitto con la normativa di diritto internazionale convenzionale, nonché con la normativa europea priva di effetto diretto, le quali norme fungeranno da norme interposte fra la legge ordinaria asseritamente illegittima e l’art. 117 Cost. violato⁴²⁴.

competenze della Corte costituzionale, non frustra l’effettività della tutela. Cfr. F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. IV, cit., pp. 204-206. L’A. ritiene che il giudice della cautela dovrebbe procedere direttamente ad una prognosi circa l’esito del giudizio di legittimità costituzionale e in caso di esito favorevole, concedere la cautela. Dovrebbe poi competere al giudice del merito sollevare la questione di legittimità costituzionale rimettendo gli atti alla Corte. Infatti, argomenta l’illustre A., il giudice dovrebbe valutare quello che sarà l’esito del giudizio di merito una volta che si sarà espressa la Corte, giacché le sue pronunzie hanno effetto retroattivo.

⁴²³ V. ord. Cass., SS.UU., 18 novembre 2015, n. 23542, con commento di I. ZINGALES, *L’erogazione della tutela cautelare in caso di incidente di costituzionalità: legittimo esercizio di potere volto ad assicurare l’effettività della tutela giurisdizionale o eccesso di potere giurisdizionale deducibile in Cassazione?*, 2016, in *Judicium online*. La Corte, ritenendo che l’ordinanza cautelare che sospende la applicazione di norma di legge (interinalmente e nelle more del giudizio di legittimità costituzionale) non possa essere attaccata col regolamento di giurisdizione, ha precisato che la S.C.: non è abnorme il provvedimento cautelare reso, quanto al *fumus boni iuris*, in ragione del dubbio – posto a fondamento di una contestuale ordinanza di rimessione della questione alla Corte costituzionale – di costituzionalità della disciplina di riferimento. Nella specie, il giudice del procedimento cautelare aveva sollevato questione di legittimità costituzionale, dettando una disciplina interinale, disponendo la sospensione di un d.p.c.m. sino alla camera di consiglio successiva alla pronuncia della Corte costituzionale, cui venivano rimessi gli atti. Le SS.UU. hanno incidentalmente rilevato, avendo rigettato la questione perché non attinente la giurisdizione, che il provvedimento non è abnorme, stante la pluralità di pronunzie della Corte costituzionale (ordd. 3 e 58 del 2014 e 221 del 2014; sentt. 83 del 2013, 172 del 2012, 274 del 2014) le quali affermano il principio che il giudice a quo può “senza esaurire il suo potere giurisdizionale d’urgenza, adottare misure provvisorie per accordare una tutela interinale, nel tempo occorrente per la definizione del giudizio incidentale di costituzionalità e con un contenuto che intanto, limitatamente a quel lasso di tempo, schermi la norma indubbiata nella parte e nella misura in cui il giudice adito abbia espresso dubbi di non manifesta infondatezza della questione sollevata”.

⁴²⁴ Così in A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d’urgenza*, cit., pp. 158 ss. Le conclusioni su esposte valgono egualmente – e sono dagli AA. espressamente formulate – per la Carta EDU, la quale non “produce, quindi, a differenza dell’Unione Europea, norme direttamente applicabili negli Stati contraenti” e assume pertanto la qualità di norma interposta ai sensi dell’art. 117 Cost., rimanendo “pur sempre ad un livello sub-costituzionale” e pertanto soggetta al controllo di compatibilità ad opera della Corte. Resta salvo l’obbligo di tentare l’interpretazione conforme, “entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme”. Il giudice, ove la norma non si presti a letture conformi alle disposizioni della Carta EDU, dovrà essere sottoposta allo scrutinio della Corte, e non potrà essere direttamente disapplicata, come di contro avviene per il diritto europeo.

L'anticipazione – quale che sia la sentenza che ha per oggetto – è anticipazione delle statuizioni della decisione ⁴²⁵, anticipazione che – come è ovvio – ha natura innegabilmente *precaria*. Detta precarietà, non è che “riflesso” dell'incertezza sulla effettiva esistenza del diritto (incertezza che cesserà con la sentenza di merito); non per questo però appare corretto far degradare ad “arrangiamento di mero fatto” l'attuazione (“instabile”, in quanto condizionata alla sopravvivenza) del provvedimento cautelare⁴²⁶.

In conclusione, merita di essere difesa l'opinione dominante a tenore della quale – purché a ciò vi sia interesse – “le sentenze di merito i cui effetti sono anticipabili in sede di tutela urgente appartengono all'intera tipologia delle sentenze pronunciabili in un giudizio di cognizione”⁴²⁷.

⁴²⁵ Cioè anticipazione degli effetti della presumibile sentenza di merito, così in A. G. DIANA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 102.

⁴²⁶ Così F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d'urgenza*, cit.. L'A. ritiene che dal processo non possano che discendere effetti giuridici. Del resto, poi, l'esecuzione del provvedimento d'urgenza pone i medesimi problemi di diritto sostanziale dell'esecuzione della sentenza provvisoriamente esecutiva (cioè ascrivibili alla anticipata soddisfazione del diritto). Cfr. F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. IV, cit., p. 200, secondo cui il provvedimento cautelare poi caducato è “processualmente corretto” ma “sostanzialmente ingiusto” (chiaramente impostando il discorso in termini di rimedi risarcitori, ripristinatori, restitutori, a seconda del caso).

⁴²⁷ Così F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d'urgenza*, cit..

Sezione III: la disciplina processuale

9. Il procedimento cautelare uniforme

Con la Riforma del 1990⁴²⁸ il legislatore, come già si è accennato⁴²⁹, ha introdotto una disciplina unitaria per tutti i procedimenti cautelari⁴³⁰ (ma sono fatte salve le disposizioni processuali incompatibili con la nuova disciplina⁴³¹). Sebbene la disciplina processuale sia comune per tutte le domande cautelari, nel prosieguo del discorso si guarderà solamente agli aspetti procedurali connessi con l'art. 700 c.p.c., visto l'impatto che tale intervento normativo ha recato anche sulla "sostanza" dei provvedimenti d'urgenza⁴³².

La domanda cautelare si propone con ricorso, depositato in cancelleria del giudice competente, o in forma orale, quindi inserito nel verbale d'udienza⁴³³, anche quando

⁴²⁸ La norma in questione è la legge di riforma n. 353 del 26 novembre 1990.

⁴²⁹ Cfr. la già cit. sent. Cost. 253 del 1994.

⁴³⁰ Art. 669-*quaterdecies* c.p.c.: "Le disposizioni della presente sezione si applicano ai provvedimenti previsti nelle sezioni II, III e V di questo capo, nonché, in quanto compatibili, agli altri provvedimenti cautelari previsti dal codice civile e dalle leggi speciali. L'articolo 669-*septies* si applica altresì ai provvedimenti di istruzione preventiva previsti dalla sezione IV di questo capo".

⁴³¹ Così F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. IV, cit., p. 207. Ciò andrebbe letto come la volontà espressa di fare salve le disposizioni processuale che siano "funzionali al tipo di tutela" di volta in volta garantito.

⁴³² V. A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 402. Gli AA. rammentano i meriti della Riforma del 1990 la quale – insieme con quella del 2005 in parte già richiamata – ha contribuito a fare dell'art. 700 c.p.c. espressione di un "potere tanto limitato, quanto sindacabile del magistrato", mediante l'introduzione di un sindacato (il reclamo), della disciplina compiuta del contraddittorio, di regole processuali chiare quanto ai provvedimenti *ante causam*, della previsione dell'istruzione in forme sommarie.

⁴³³ Art. 669-*bis* c.p.c.. V. A. SCARPA, R. GIORDANO, *I procedimenti cautelari*, cit., pp. 44 ss. Il ricorso può comunque essere inserito nel verbale d'udienza, né va notificato al convenuto contumace. Il ricorso può anche essere presentato contestualmente all'atto introduttivo del giudizio di ordinaria cognizione. A quel punto il cancelliere, avendo formato il fascicolo d'ufficio, lo trasmetterà al Presidente del Tribunale perché egli nomini il giudice istruttore, che sarà anche giudice del cautelare e curerà le formalità necessarie alla instaurazione del contraddittorio *ex art.669-sexies* c.p.c.. il convenuto, costituitosi, potrà difendersi con un unico atto per entrambi i giudizi (Cass. 18 marzo 2005, n. 5904), anche proponendo una domanda cautelare in via riconvenzionale. Nel caso dell'art. 700 c.p.c. – almeno a voler ritenere che non debba distinguersi, quanto ad "allentamento" del nesso di strumentalità, fra misure anticipatorie e conservative, come sembra suggerire la lettera dell'art. 669-*octies* c.p.c. – si fatica ad immaginare l'utilità di una proposizione congiunta delle due domande.

proposto in via riconvenzionale⁴³⁴. Il ricorso cautelare contiene la *editio actionis* cautelare. Nominativamente, la domanda dovrà individuare il diritto cautelando, le ragioni di fatto e di diritto per l'esito favorevole del ricorso, cioè il *fumus boni iuris* e il *periculum*, ed anche il soggetto nei confronti del quale vada fatto valere il comando discendente dal provvedimento, poiché non possono concepirsi statuizioni emesse *in incertam personam* (più in generale, e in aperto contrasto con talune prassi giurisprudenziali⁴³⁵, deve tenersi fermo il principio per cui – in forza del nesso di coordinazione strumentale⁴³⁶ – i legittimati attivi e passivi del giudizio cautelare coincidono con quelli del merito⁴³⁷). Tenendo fermi *petitum* e *causa petendi*, il giudice può, se del caso, riqualificare la domanda cautelare⁴³⁸, ignorando l'erroneo *nomen iuris* prospettato dal ricorrente⁴³⁹.

In giurisprudenza, in virtù della accessorialità del procedimento cautelare rispetto al giudizio di merito, si richiede che siano individuate le conclusioni della domanda di merito, nonostante la sua proposizione sia soltanto eventuale⁴⁴⁰. Se il ricorso è depositato *pendente lite*, l'individuazione avviene *per relationem*, e l'incombenza suddetta diviene

⁴³⁴ Per la tesi favorevole, v. F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., pp. 201-203.

⁴³⁵ V., per un ordine emesso *in incertam personam*, Pret. Roma 19 giugno 1951, in *Foro it.*, 1951, I, p.1476.

⁴³⁶ Vincolo che impone, peraltro, di ritenere che possa darsi qualcosa di diverso, o di più, rispetto a quanto può concedersi nel merito. Cfr. F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d'urgenza*, cit..

⁴³⁷ V. F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 183.

⁴³⁸ Nel senso che compete al giudice la qualificazione giuridica del rapporto sul quale è fondata la domanda, con il limite di non alterare *petitum* e *causa petendi*. La conseguenza pratica è che, se vi sono gli estremi per l'emanazione di cautele tipiche (e conseguentemente, sarà carente il requisito di sussidiarietà), il giudice emanerà quelle – in accoglimento della domanda come correttamente qualificata – in luogo della cautela (atipica) richiesta dal ricorrente. Così in A. SCARPA, R. GIORDANO, *I procedimenti cautelari*, cit., p. 65.

⁴³⁹ Cfr. F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., pp. 198 ss., per la tesi – che non si ritiene di condividere – per cui della domanda cautelare non fa parte il provvedimento anelato (cioè il concreto assetto di interessi che la misura dovrebbe costituire), ma solo il *periculum* quale prospettato dal ricorrente. Allora il giudice, quando non alteri il *periculum*, è libero di riqualificare la domanda cautelare, se del caso prescegliendo altra misura cautelare tipica, incurante del contenuto specifico del provvedimento richiesto dal ricorrente. Questa tesi, che è un diverso modo di intendere il (*non*) operare del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, pare più compatibile con la visione di quello cautelare come un *potere* del giudice, che come espressione di una azione di parte.

⁴⁴⁰ Su questo vedi la già citata giurisprudenza *supra*, e comunque: Trib. Lodi, 23 agosto 2019; Trib. Torino, 15 ottobre 2018; Trib. Modena, 5 giugno 2015; Trib. Torino, 8 febbraio 2011; Trib. Bari, 30 settembre 2010; Trib. Modena, 13 settembre 2007; Trib. Torino, 15 ottobre 2018, in *Dejure online*.

superflua⁴⁴¹: non si può in nessun caso esimere l'istante dalla individuazione dell'assetto che egli vuole sia individuato con il provvedimento cautelare⁴⁴² (cioè il *petitum* cautelare).

Nel caso di incompletezza del ricorso cautelare, deve ritenersi – in disaccordo con parte della giurisprudenza⁴⁴³ ma in ossequio a pregnanti ragioni di economia dei processi – che il giudice non sia tenuto a chiedere alle parti i chiarimenti necessari al fine di individuare le domande e le eccezioni dei litiganti⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ È bene rimettersi a una migliore sintesi dottrinale: il ricorso cautelare “pur modellandosi in ogni caso sull'archetipo delineato nell'art. 125 c.p.c., si arricchisce di più puntuali elementi, quante volte l'istanza cautelare preceda il giudizio di merito. In tale ipotesi, infatti, si fa più avvertita l'esigenza che il ricorso *de quo* somministri più circostanziati elementi di individuazione della domanda di merito (cui si correla, in via di strumentalità ipotetica, la invocata misura cautelare)” (Così I. ANDOLINA, *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale*, in *Foro it. online*, 1992, II, p. 116). L'individuazione della domanda di merito è necessaria in quanto consente al giudice di verificare la propria competenza [ma anche i limiti del concedibile in sede cautelare. Così in F. TOMMASEO, *v. Provvedimenti d'urgenza*, cit.: “In altri termini, il provvedimento d'urgenza non può attribuire alle parti beni che esse non chiedono al giudice, né utilità che le parti non potrebbero comunque conseguire in sede giurisdizionale. Il giudice, mentre può anticipare i prevedibili effetti della sentenza, non può dettare regolamenti d'interessi che, per quanto provvisori, producano effetti diversi da quelli che la legge fa discendere dalla concreta fattispecie prospettata dalle parti”]. In questo senso è orientata la giurisprudenza maggioritaria. V. *ex multis* Trib. Lagonegro, 15 aprile 2010: In tema di tutela cautelare *ex art. 700 c.p.c.*, in ottemperanza al principio della c.d. strumentalità strutturale, è necessario che il ricorso palesi compiutamente le conclusioni della causa di merito che seguirà il giudizio cautelare; l'onere di specificare l'azione di merito, dei cui effetti si chiede l'anticipazione, può comunque considerarsi pienamente assolto, in assenza di forme particolari previste dalla legge, qualora i termini della controversia emergano in modo assolutamente chiaro dal contesto complessivo dell'atto, dal tenore delle espressioni utilizzate, dalla ricostruzione dei fatti e dalle violazioni lamentate. (conformi: Trib. Torino, III, 7 maggio 2007; Trib. Pisa, 30 giugno 2020, in *Dejure online*; Trib. Lodi, 23 agosto 2019, cit.).

⁴⁴² V., per una voce critica verso la prassi di richiedere genericamente al giudice i provvedimenti più opportuni, A. G. DIANA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 2.

⁴⁴³ Giurisprudenza che oscilla fra declaratoria di nullità (Pret. Monza, 3 febbraio 1993, in *Foro.it*, 1993, I, p. 1693) – addirittura dichiarata solo con decreto, *inaudita altera parte* (Trib. Rovigo, 7 marzo 1994, in *Giur. Di merito*, 1995, I, p. 405) – mero rigetto (Trib. Vigevano, 1 agosto 1995, in *Foro it.*, 1996, I, p. 1864) e inammissibilità (Trib. Catania, 6 aprile 1994, in *Giur. Italiana*, 1995, 2, p. 28).

⁴⁴⁴ Per la tesi affermativa, cfr. A. SCARPA, R. GIORDANO, *I procedimenti cautelari*, cit., p. 61. Quest'obbligo del giudice costituirebbe l'espressione di “un principio di civiltà dell'ordinamento processuale civile”.

Alla domanda cautelare è ricondotto l'effetto sostanziale di interrompere la prescrizione⁴⁴⁵. Non valgono però le domande cautelari ad impedire lo spirare di un termine decadenziale per la proposizione di una azione⁴⁴⁶.

Schematiche disposizioni legislative regolano la competenza a pronunciare sulla domanda cautelare⁴⁴⁷. Prima del giudizio di merito, la domanda si propone al giudice competente a conoscere il merito⁴⁴⁸; *pendente lite*, la domanda si propone al giudice della stessa⁴⁴⁹. L'apparente semplicità pone l'interprete dinnanzi al caso – invero non espressamente regolato – di stabilire *quid iuris* se l'azione di merito è proposta ad un giudice incompetente⁴⁵⁰. Quand'anche sia il Giudice di pace competente nel merito, la domanda è proposta al Tribunale⁴⁵¹. Simili scelte di fondo in materia di competenza,

⁴⁴⁵ Arg. ex art. 2943 c.c.. Infatti, nella dizione del legislatore del '42, l'espressione "conservativo" sarebbe un sinonimo di "cautelare". Così A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, cit..

⁴⁴⁶ Questa è l'interpretazione maggioritaria. *Contra*: Cass., lav., 25 maggio 2016, n. 10840 che argomenta – dalla ormai mera eventualità che il provvedimento d'urgenza sia seguito dal giudizio di merito – per la idoneità del ricorso ex art. 700 c.p.c. ad impedire la formazione della fattispecie decadenziale in materia di impugnazione della delibera societaria.

⁴⁴⁷ Per quanto qui interessa: art. 669-ter c.p.c. (competenza anteriore alla causa), art. 669-quater c.p.c. (competenza in corso di causa), art. 669-quinquies c.p.c. (competenza in caso di clausola compromissoria, di compromesso o di pendenza del giudizio arbitrale).

⁴⁴⁸ Art. 669-ter, comma I, c.p.c.. Secondo un'opinione dottrinale, dovrebbe comunque ritenersi che la competenza per il giudizio cautelare – inderogabile ai sensi dell'art. 28 c.p.c., ma non tale per il giudizio di merito – non venga attratta al foro convenzionalmente stabilito dalle parti, di talché dovrebbe continuare a proporsi la domanda cautelare nel foro individuato dalla legge. Preferibile sembra la tesi che, all'opposto, rinviene la competenza nel foro pattiziamente individuato dalle parti. In questo senso sembrano propendere talune pronunzie della S.C.. Per simili considerazioni si rimanda a F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 216 ss.

⁴⁴⁹ Art. 669-quater, comma I, c.p.c. V. anche la nota precedente. Infatti è dubbio se – in caso di deroga convenzionale alla competenza per territorio, e posta la inderogabilità ex art. 28 c.p.c. di quella del giudizio cautelare – debba ritenersi che la domanda cautelare *pendente lite* vada presentata al giudice del foro convenzionale. Sembra prevalere l'interpretazione che vuole competente *per relationem* il giudice dinnanzi al quale è pendente il giudizio di merito.

⁴⁵⁰ Assolutamente preferibile la tesi – perché garante dell'effettività della tutela – che vuole che il giudice si pronunzi anche nel caso sia incompetente per il merito (così I. ANDOLINA, *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale*, in *Foro it. online*, 1992, II, p. 116), nonostante questo si presti a meccanismi elusivi (cd. *forum shopping*, ovvero la pretestuosa presentazione del ricorso in un giudice di cui è nota l'incompetenza, per cercare un trattamento favorevole nella fase cautelare).

⁴⁵¹ Art. 669-ter, comma II, c.p.c..

rispettose del canone di *accessorietà* del cautelare rispetto al merito, sono state salutate con favore dalla dottrina⁴⁵². Nel caso in cui non sia il giudice italiano competente a conoscere il merito⁴⁵³, ovvero l'azione sia esercitata dinnanzi al giudice penale⁴⁵⁴, allora il ricorrente dovrà rivolgersi al giudice del luogo in cui deve eseguirsi il provvedimento. Pendente il termine per l'impugnazione, il ricorrente è tenuto a rivolgersi al giudice che ha pronunciato la sentenza⁴⁵⁵. Si osserva che la l. 353 del 1990 sembra avere adoperato una scelta a favore della trattazione e decisione monocratica⁴⁵⁶.

Il “modulo ordinario” è quello del provvedimento emesso in contraddittorio, ma quest'ultimo sarà differito allorquando la previa convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione della misura richiesta⁴⁵⁷. Giustifica l'emissione della misura

⁴⁵² Così A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, in *Foro it. online*, 1991: “Sono coerenti, in particolare, con il rilievo secondo cui la tutela cautelare non costituisce una materia, ma altro non è se non una forma particolare di tutela provvisoria che si inserisce a pieno titolo nella tutela giurisdizionale dei diritti cui mira l'azione generale atipica di cognizione”.

⁴⁵³ Art. 669-ter, comma III, c.p.c.. La competenza “normale” (giudice del merito) cede solo nei casi in cui la carenza di giurisdizione del giudice italiano dipenda da norme internazionali pattizie o consuetudinarie. Non quando si ha deroga convenzionale alla competenza del giudice italiano (o arbitro straniero). Così in I. ANDOLINA, *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale*, in *Foro it. online*, 1992, II, p. 116.

⁴⁵⁴ Art. 669-quater, ult. comma, c.p.c..

⁴⁵⁵ Art. 669-quater, comma IV, c.p.c.. La disposizione è stata giudicata “oscura” (A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, cit.) poiché non è chiaro a quali circostanze la norma faccia riferimento. Da un lato, non è dato impiegare provvedimenti cautelari per interferire con la portata dell'emanato provvedimento giurisdizionale; d'altro canto, la provvisoria esecutività della sentenza dovrebbe assorbire le esigenze cautelari della parte vittoriosa. Sembra condivisibile l'opinione dottrinale “possibilista”, con la importante precisazione che rilevano solo i *pericula* non eliminabili con la provvisoria esecutività della sentenza, e che non è dato interferire con la portata del provvedimento giurisdizionale. Un ambito di applicazione potrebbe essere proprio il giudizio di cassazione, poiché la S.C. non può concedere tutela cautelare.

⁴⁵⁶ Arg. ex art. 669-ter, ult. comma, c.p.c.. V. I. ANDOLINA, *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale*, cit., per l'opinione conforme. L'unica eccezione alla trattazione monocratica dovrebbe essere il giudizio dinnanzi alla Corte d'appello (e non il giudice dell'appello, giacché ciò avverrà anche quando la Corte d'Appello sia competente in primo grado) stante il fatto che l'istruzione è ivi affidata al collegio.

⁴⁵⁷ V. A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit, p. 405. Ciò nell'ottica di una “accreciuta sensibilità nei confronti del principio del contraddittorio” e nell'ottica di un miglior bilanciamento “tra le esigenze, spesso confliggenti nel processo cautelare, dell'instaurazione del contraddittorio nei confronti del destinatario passivo degli effetti del provvedimento cautelare e quelle di riservatezza *interna* del procedimento per il ricorrente cautelare”.

inaudita altera parte non qualsiasi pregiudizio irreparabile, bensì un “pericolo inerente alle more dello stesso normale contraddittorio”⁴⁵⁸.

La legge nulla dispone circa le modalità di notifica del ricorso alla controparte. Esigenze di celerità – non sempre valorizzate in giurisprudenza⁴⁵⁹ – consigliano di aderire alla tesi sulla libertà delle forme⁴⁶⁰, la notificazione via posta elettronica certificata non essendo idonea a risolvere tutti i problemi⁴⁶¹. Parimenti silente è la lettera della legge sul termine che deve trascorrere tra la notificazione del ricorso e la comparizione delle parti per l’udienza⁴⁶².

Il giudice, sentite le parti⁴⁶³, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili⁴⁶⁴, e

⁴⁵⁸ Così in A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d’urgenza*, cit, p. 415. L’interpretazione preferita dagli AA. è quella che ammette la concessione del decreto cautelare in tutte le situazioni in cui un ritardo nella emanazione della stessa cagionerebbe il pregiudizio temuto. Ciò nell’ottica di assicurare l’effettività della tutela. L’opposta tesi ammette la concessione della misura *inaudita altera parte* solo quando la effettività della tutela sarebbe frustrata da un atto della controparte. A favore della prima tesi si esprime la giurisprudenza maggioritaria, purché non possa rimproverarsi all’istante di aver egli stesso, con la propria inerzia, cagionato tale particolarmente qualificato pericolo.

⁴⁵⁹ In questo senso Cass., 13 maggio 1998, n. 4814, in *Foro it. online*.

⁴⁶⁰ Dovrebbero applicarsi gli artt. 121 e 131 c.p.c., espressione del generale principio di libertà delle forme, per cui gli atti sono da compiersi nella forma più idonea al raggiungimento dello scopo. Da questo “silenzio” dell’art. 669-*sexies* c.p.c. la dottrina fa derivare la possibilità di “servirsi di altri strumenti di citazione della controparte quali ad esempio la convocazione in via breve tramite biglietto di cancelleria, il telefono, il telegramma, il fax”, al solo fine di serbare la massima cura a che la parte destinataria del provvedimento cautelare abbia ricevuto la notificazione. Così A. PROTO PISANI, *op. ult. cit.*.

⁴⁶¹ Non sussiste alcun obbligo generale per le persone fisiche di dotarsi di un indirizzo di posta elettronica certificata, se si esclude quello gravante sui professionisti iscritti ad ordini, in albi, elenchi o a collegi, quello sugli imprenditori e dei prestatori IVA all’atto dell’iscrizione nel Registro delle imprese.

⁴⁶² V. A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d’urgenza*, cit., p. 409. Un termine eccessivamente breve dovrebbe avere per conseguenza la rinnovazione della notificazione per vizio della *vocatio in ius* (in applicazione analogica dell’art. 164, comma III, c.p.c.).

⁴⁶³ Contraddittorio fra le parti che si è detto costituire la regola.

⁴⁶⁴ Seconda la lettera della legge (art. 669-*sexies* c.p.c.). Tale norma avrebbe portata sostanziale, in quanto incidente sui presupposti (A. PULEO, *Quale giustizia per i diritti di libertà?*, cit., p. 179; peraltro la cognizione deformalizzata non è “superficiale”, né “*probatio inferior*”). Il legislatore ha, in tal modo, condensato una “formula che coglie al massimo della chiarezza possibile in materia tanto evanescente l’essenza della cognizione (e del procedimento) sommario: assenza della predeterminazione legale delle forme e dei termini in punto di allegazione di domande eccezioni e fatti che ne costituiscono il fondamento,

provvede con ordinanza. Deve ritenersi che possano trovare ingresso prove atipiche, presunzioni semplici, mezzi tipici al di fuori dei limiti normativi⁴⁶⁵, ma la giurisprudenza sembra non ammettere aggravati di istruttoria incompatibili con la celerità che dovrebbe connotare la sommarietà⁴⁶⁶. Quanto ai poteri di iniziativa, rimanendo fermo che compete alle parti – e ad esse soltanto – il potere di allegare fatti, il giudice può – con riguardo a quei fatti allegati dalle parti – accampare iniziative istruttorie ufficiose⁴⁶⁷. Le prove – in ossequio al principio di autonomia dei giudizi – non sono spendibili nel processo di merito se non come argomenti di prova⁴⁶⁸.

Nel caso in cui, invece, la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione della cautela, il giudice, assunte sommarie informazioni⁴⁶⁹, provvede *inaudita altera parte*⁴⁷⁰ con decreto. Entro il termine assegnato dal giudice – comunque

in punto di strumenti probatori utilizzabili per la conoscenza del fatto e di modalità della loro acquisizione al processo nonché di soggetti su iniziativa dei quali tale acquisizione può avvenire, in punto di termini a difesa delle parti nella fase introduttiva, istruttoria e decisoria del processo; rimessione, invece, della determinazione di tutte queste forme e di questi termini ad un potere sostanzialmente discrezionale del giudice il quale è libero di determinarle con il solo rispetto della regola fondamentale della coerenza con lo scopo della tutela urgente in concreto richiesta (cioè con la regola dell'art. 156 c.p.c.)". V. A. PROTO PISANI, *op. ult. cit.*.

⁴⁶⁵ V. I. ANDOLINA, *op. ult. cit.*, per una bella sintesi sulla de-formalizzazione “quanto ai percorsi procedurali ed agli atti di istruzione, ben potendo gli uni e gli altri decampare così dagli stampi normativamente prefissati come dal novero dei mezzi probatori tipici, purché rigorosamente correlati ai (alla verifica dei) presupposti e ai (al perseguimento dei) fini propri del provvedimento cautelare”.

⁴⁶⁶ V. Trib. Venezia, sez. p.i., 15 giugno 2007, in *Dejure online*: Le complesse questioni attinenti al *fumus* della richiesta cautelare formulata dalla ricorrente necessitano di un ben più approfondito esame che seguirà nell'eventuale giudizio di merito, necessitando in fatto di un'approfondita istruttoria che mal si concilierebbe con la natura sommaria del procedimento cautelare intrapreso, soprattutto se lo stesso possa essere comunque deciso sulla base di differenti elementi e valutazioni quali l'assenza del *periculum in mora*.

⁴⁶⁷ Così in A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 413, ove si insiste per il monopolio delle parti in materia di allegazione dei fatti, stante l'operatività, anche nel giudizio cautelare, del principio della domanda.

⁴⁶⁸ Arg. ex art. 310 c.p.c..

⁴⁶⁹ Art. 669-*sexies*, comma II, c.p.c..

⁴⁷⁰ In virtù di superiori disposizioni costituzionali (art. 111 Cost.) la regola è il contraddittorio delle parti. L'eccezione è temporalmente limitata. Secondo un autorevole insegnamento “*quod differtur non aufertur*: la garanzia del contraddittorio non è eliminata, ma si realizza in forma posticipata all'emanazione del provvedimento” (così peraltro V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, I, p. 232). Quanto qui accade è che ad una fase “sommarrissima” (così in A. PROTO PISANI, *op. ult. cit.*) segue una fase – pur sommaria – nel contraddittorio fra le parti.

non superiore a otto giorni – deve essere notificato il decreto, col qual decreto si dispone la comparizione delle parti entro un termine non superiore a quindici giorni⁴⁷¹. In tale udienza verrà disposta la conferma, la revoca, o la modifica, delle misure assunte con decreto. Deve ritenersi che il giudice debba – in questa fase, a garanzia del convenuto non notificato – fare spendita delle proprie prerogative istruttorie⁴⁷², e, nel caso di accoglimento (ma anche di manifesta inammissibilità, secondo parte della giurisprudenza⁴⁷³), pronunciarsi con decreto.

Dalla data del deposito del decreto in cancelleria decorre il *dies a quo* per il termine di quindici giorni per lo svolgimento dell'udienza. In caso mancata tempestiva notifica da parte del ricorrente del ricorso e del decreto entro il termine di otto giorni, la giurisprudenza è consolidata nel senso di ritenere inefficace il provvedimento cautelare⁴⁷⁴. La legge tace sulle conseguenze della notifica avvenuta (oltre il termine legale di otto giorni ma pur sempre) entro il più lungo termine assegnato dal giudice⁴⁷⁵. In ogni caso, notifica nulla – si avverte – non equivale a notifica intempestiva; né, inoltre, la tardività

⁴⁷¹ Sarebbe nullo il decreto che non reca la data dell'udienza. V. Trib. Trani, 22 marzo 1999, in *Foro it. online*, 1999, I, p. 1351.

⁴⁷² Deve ritenersi, in questa fase, oltre le allegazioni di parte. Cfr. A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 417. L'adozione della formula “assunte ove occorra sommarie informazioni” all'art. 669-*sexies*, comma II, c.p.c., conferma la necessità di vagliare *il fumus boni iuris* (A. PROTO PISANI, *op. ult. cit.*).

⁴⁷³ In questo senso opina una parte della giurisprudenza: non si vedrebbe l'utilità di integrare il contraddittorio, solo per provvedere con ordinanza in senso ostativo. Altra parte della giurisprudenza ritiene invece si debba in ogni caso fissare l'udienza per provvedere poi con ordinanza. La questione nasce a cagione del fatto che l'art. 669-*septies* c.p.c. (che regola l'efficacia del provvedimento di rigetto) sembra lasciare “intendere in modo inequivoco che la domanda cautelare non può mai essere respinta dal giudice con decreto in assenza di contraddittorio” (A. PROTO PISANI, *op. ult. cit.*).

⁴⁷⁴ V. A. SCARPA, R. GIORDANO, *I procedimenti cautelari*, cit., p. 99. Sembra anche doversi escludere la possibilità di far salvi gli effetti del provvedimento previa concessione di un termine per rinnovare la notifica.

⁴⁷⁵ V. A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 421. Le ricostruzioni prospettate sono le più diverse. In giurisprudenza si è parlato di inefficacia *ex tunc*, poiché il termine è stabilito dalla legge e non ha valore il diverso termine indicato dal giudice. In dottrina si è prospettata tanto la rimessione in termini – stante l'affidamento fatto sul termine erroneamente assegnato dal giudice – quanto la sanatoria per raggiungimento dello scopo.

della notificazione indipendente da fatto del notificante può importare inefficacia del provvedimento cautelare⁴⁷⁶.

Nel caso in cui il provvedimento sia travolto dall'impugnazione⁴⁷⁷, o risulti inefficace⁴⁷⁸ dopo l'attuazione, anche parziale (per esempio nel caso in cui il giudizio di merito si chiuda con un rigetto delle pretese dell'attore cautelare), si pone il tema del ripristino dello *status quo ante*⁴⁷⁹. Il procedimento – quando il giudice del merito non dichiara la inefficacia del provvedimento per inesistenza del diritto cautelato⁴⁸⁰ (quindi si abbia sentenza di merito, ancorché non passata in giudicato, essendo ininfluyente la chiusura in rito del giudizio⁴⁸¹) – si svolge innanzi al giudice che ha emesso il provvedimento

⁴⁷⁶ V. ancora A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 422 s. Gli AA. rammentano che è operante il principio di scissione degli effetti tra notificante e notificato. All'atto pratico, ciò significa che è sufficiente che l'istante richieda la notificazione entro il termine, senza avere riguardo a quando questa si perfezioni. Invece, per quanto attiene alla notifica affetta da vizi, dovrebbe operare il disposto dell'art. 291 c.p.c.: in caso di mancata costituzione del convenuto all'istante deve essere assegnato un termine perentorio per rinnovare la notifica, il cui rispetto dovrebbe far salvi gli effetti del decreto.

⁴⁷⁷ Su questo v. *infra*.

⁴⁷⁸ Cfr. l'art. 669-*novies* c.p.c. per una elencazione non tassativa (così in A. SCARPA, R. GIORDANO, *op. ult. cit.*; *contra*, I. ANDOLINA, *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale*, cit., anche se i rilievi critici sembrano superati dalla novella del 2005, almeno per i provvedimenti d'urgenza) delle ipotesi di inefficacia. Schematicamente, si osserva che le ipotesi di inefficacia possono bipartirsi in fattispecie estintive per inattività delle parti e per pronunciata inesistenza del diritto cautelato. In virtù delle considerazioni svolte *supra*, deve ritenersi che le cause di inefficacia che si ricollegano alla mancata instaurazione del giudizio di merito (comma I) non riguardano *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*. Il II comma recita: "Il provvedimento cautelare perde altresì efficacia se non è stata versata la cauzione di cui all'articolo 669-*undecies*, ovvero se con sentenza, anche non passata in giudicato, è dichiarato inesistente il diritto a cautela del quale era stato concesso. In tal caso i provvedimenti di cui al comma precedente sono pronunciati nella stessa sentenza o, in mancanza, con ordinanza a seguito di ricorso al giudice che ha emesso il provvedimento". Il terzo comma contempla casi di estinzione correlati alle devolute alla cognizione di giudici stranieri o compromesse in arbitri stranieri o italiani. Deve aggiungersi che la chiusura in rito del giudizio di merito non fa venire meno il provvedimento cautelare concesso ai sensi dell'art. 700 c.p.c. (669-*octies*, penult. comma, c.p.c.).

⁴⁷⁹ Il problema si presenterà con vigore nel caso sia stata data attuazione a provvedimenti recanti conseguenze materiali irreversibili. Per approfondire, cfr. N. DI SANTI PAOLA, *op. cit.*, pp. 159 ss.

⁴⁸⁰ Nel qual caso la dichiarazione di inefficacia avverrà con sentenza, sentenza la quale conterrà disposizioni circa le misure ripristinatorie. Tale è il disposto dell'art. 669-*octies*, III comma, c.p.c..

⁴⁸¹ Art. 669-*octies*, penult. comma, c.p.c..

caducato⁴⁸², e viene instaurato con ricorso⁴⁸³, notificato assieme al decreto del giudice che fissa la data per l'udienza nel contraddittorio delle parti. La legge è silente su quale sia il termine minimo, ma si deve ritenere che la determinazione di questo vada rimessa al prudente apprezzamento del giudice⁴⁸⁴. Il giudice dichiara con ordinanza immediatamente esecutiva l'inefficacia del provvedimento cautelare, dispone per il ripristino dello stato di fatto antecedente l'emanazione del provvedimento, regola le conseguenze risarcitorie, se non insorgono contestazioni⁴⁸⁵. L'ordinanza è reclamabile. Nel caso in cui, all'opposto, delle contestazioni vi siano, occorre che sia instaurato un giudizio a cognizione piena, ma è fatta salva la possibilità che il giudice, su istanza di parte, nelle more del giudizio di ordinaria cognizione, modifichi o revochi le cautele concesse se a ciò inducano mutamenti delle circostanze ovvero l'istante dia prova di aver conosciuto solo in seguito circostanze che avrebbero ostato *ab initio* alla concessione delle misure cautelari *de quo*⁴⁸⁶.

⁴⁸² Tale è la regola generale *ex art. 669-octies*, comma II, c.p.c..

⁴⁸³ V. N. DI SANTI PAOLA, *I procedimenti cautelari e d'urgenza dopo la riforma del c.p.c.*, cit., p. 161. Ricorso che sarà modellato secondo il disposto dell'art. 125 c.p.c.. Così anche in giurisprudenza (cfr. Pret. Alessandria, 16 marzo 1993, in *Giur. Italiana*, 1993, I, 2, p. 775). Di seguito una schematica elencazione dei requisiti di contenuto del ricorso cautelare: l'indicazione dell'ufficio giudiziario (o del giudice istruttore, se formulato in corso di causa); indicazione delle parti; esposizione del *petitum* cautelare; formulazione della *causa petendi* (*fumus e periculum*); individuazione – anche implicita – della futura azione di merito, e *petitum* della causa di merito; elencazione degli elementi di prova; indicazione della procura alle liti; eventuali documenti e scritture offerti in comunicazione.

⁴⁸⁴ Determinazione che dovrà essere orientata nel senso di concedere un termine congruo. V. F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 296.

⁴⁸⁵ Sembra più persuasiva la tesi che assegna significato di tacita acquiescenza alla contumacia. In altre parole, perché delle contestazioni vi siano, occorre che la parte dissenziente sia presente all'udienza. Così F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 297 s. Non sembra corretto costringere una parte ad un giudizio a cognizione piena quando talaltri si siano disinteressati al giudizio. Peraltro, ci si permette di osservare che la strategia processuale migliore per il soccombente nel giudizio cautelare sarebbe di non presentarsi mai all'udienza, costringendo automaticamente la controparte ad affrontare il giudizio di ordinaria cognizione, laddove invece si volesse forzatamente leggere nella mancata comparizione la volontà di sollevare obiezioni (peraltro, senza nemmeno dover “scoprire le proprie carte”).

⁴⁸⁶ Art. 669-*novies*, comma II, c.p.c..

Riguardo alla possibilità che soggetti terzi intervengano nel procedimento, sembra d'uopo aderire alla tesi di maggior apertura, prospettata in dottrina, sicché il terzo disponga dei più ampi strumenti di reazione processuali⁴⁸⁷.

La legge regola espressamente il caso del provvedimento negativo⁴⁸⁸ escludendo che esso rechi conseguenze preclusive, consentendo la riproposizione della domanda quando si verificano mutamenti delle circostanze⁴⁸⁹ o vengano dedotte nuove ragioni di fatto o di diritto. Ciò è vero per il provvedimento con cui il giudice si dichiara incompetente⁴⁹⁰, come per i casi in cui il rigetto sia motivato da altre ragioni in rito o in merito⁴⁹¹.

Quanto al provvedimento di accoglimento, la legge non ne determina il contenuto – come è naturale, a fronte dell'ambito applicativo delle norme procedurali *de quo* – ma si limita a stabilire che il giudice può imporre (ma questo anche col provvedimento di modifica)

⁴⁸⁷ V., più nel dettaglio, F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., pp. 185 s. Il terzo deve essere ammesso all'intervento tanto nel giudizio *ante causam* quanto in quello *pendente lite*, vuoi *iussu iudicis* o in via principale. Concessa la misura, il terzo può esperire il reclamo. Nel caso in cui sia intervenuta sentenza di merito che sostituisce – confermandole nel contenuto – le statuizioni cautelari, allora il terzo può reagire impugnando la sentenza ovvero, se ne ricorrono gli estremi, reagire con l'opposizione di terzo *ex art. 404 c.p.c.*. Fra le parti la questione è diversa (v. art. 669-*duodecies* c.p.c.). Infatti, dovrà attendersi il giudizio di merito per qualsiasi questione “sostanziale”. E' parimenti escluso che – nel caso di misure che abbiano ad oggetto pagamenti in denaro – la parte possa reagire con l'opposizione *ex art. 615 o 617 c.p.c.* per aggirare il disposto normativo dell'art. 669-*duodecies* c.p.c..

⁴⁸⁸ Art. 669-*septies*, comma I, c.p.c..

⁴⁸⁹ In dottrina, si è ritenuto che la formula, così ampia, si presta a consentire la riproposizione della medesima istanza fondata su *prove diverse*. Così A. PROTO PISANI, *op. ult. cit.*.

⁴⁹⁰ Per la dottrina, dalla dizione “l'ordinanza di incompetenza non preclude la riproposizione della domanda” (art. 669-*septies*, I comma, c.p.c.) deve dedursi che “la norma in parola consente non soltanto la riproposizione della stessa domanda avanti allo stesso giudice, dichiaratosi incompetente; ma, altresì, la riproposizione della domanda avanti a qualsivoglia altro giudice (anche diverso da quello — in ipotesi — indicato in seno alla ordinanza di incompetenza), e ciò in via autonoma, al di fuori — quindi — della cinghia di trasmissione somministrata dall'istituto della riassunzione (di cui all'art. 50 c.p.c.), in questa sede inoperante” (I. ANDOLINA, *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale*, cit.). Si osserva che avverso il provvedimento negativo motivato sulla base di una incompetenza non è ammesso regolamento di competenza.

⁴⁹¹ In realtà mentre per il provvedimento di incompetenza la riproponibilità è libera, il provvedimento di rigetto fondato su altre ragioni assume una “limitata stabilità”, poiché può riproporsi la domanda solo se si allegano mutamenti delle circostanze ovvero si deducono nuove ragioni in fatto e in diritto. Non potrebbe quindi ottenersi un mero riesame della medesima istanza. Così F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., pp. 252 e 255 s.

la contro-cautela della cauzione⁴⁹², e che l'autorità del provvedimento cautelare non può essere invocata in diverso procedimento⁴⁹³. A dispetto della apparente identità di formulazione, la stabilità del provvedimento di accoglimento e di rigetto non può che essere diversa, e ciò perché il provvedimento di accoglimento non può essere modificato o revocato sulla base delle deduzioni di nuove ragioni in fatto od in diritto⁴⁹⁴, ma occorrono fatti sopravvenuti, ovvero preesistenti ma scoperti tardivamente (e di ciò occorrerà dar prova)⁴⁹⁵.

Con l'ordinanza il giudice pronunzia sulle spese, e ciò tanto nel caso di accoglimento⁴⁹⁶ che di rigetto⁴⁹⁷, almeno se si vuole aderire alla tesi – che sembra quella corretta⁴⁹⁸ – per

⁴⁹² Art. 669-*undecies* c.p.c.. Si sono già evidenziati *supra* i problemi circa la cauzione. Se essa può usarsi come uno strumento per diminuire i rischi connessi con la “sommarietà” della cognizione, non può adoperarsi in modo da menomare il diritto dei non abbienti alla effettività della tutela (così A. PROTO PISANI, *op. ult. cit.*). Peraltro, a taluni interpreti (v. A. SCARPA, R. GIORDANO, *I procedimenti cautelari*, cit., p. 149 s.) sembra opportuno distinguere a seconda che la cauzione sia disposta in sede di accoglimento ovvero di modifica. Nel primo caso, la cauzione si atteggierebbe alla stregua di condizione sospensiva di efficacia del provvedimento cautelare. Alla stregua di una simile opinione, sarebbe improprio parlare di sopravvenuta inefficacia, giacché il provvedimento non avrebbe mai prodotto effetto. In ogni caso, laddove si alleggi l'inesatto versamento, rilevanti sarebbero solo quelle difformità tali da inficiare la idoneità della cauzione ad assolvere una funzione di garanzia. V. ancora A. PROTO PISANI, *op. ult. cit.* per talune riflessioni circa il riesame in materia di cauzione: “Infine noterei che la natura di provvedimento cautelare propria del provvedimento che impone una cauzione, assoggetta anche questo provvedimento se di rigetto al regime di cui all'art. 669-*septies*, e se di accoglimento al regime di cui agli art. 669-*novies* in tema di inefficacia, 669-*decies* in tema di modificabilità e revocabilità per mutamenti nelle circostanze e 669-*terdecies* in tema di reclamabilità. Inapplicabile è invece l'art. 669-*duodecies* in tema di attuazione, perché la cauzione, ove non prestata spontaneamente, determina l'inefficacia della misura cautelare principale, così che non si può mai porre un problema di attuazione forzata del provvedimento impositivo di una cauzione *ex art. 669-*duodecies**”.

⁴⁹³ Art. 669-*octies*, ult. comma, c.p.c.. In dottrina (A. SCARPA, R. GIORDANO, *I procedimenti cautelari*, cit., p. 126) si è sostenuto che tale disposizione – la quale, in altri termini, non fa altro che escludere l'efficacia di cosa giudicata *ex art. 2909 c.c.* con riguardo al contenuto del provvedimento cautelare – richiama la categoria concettuale dei provvedimenti-semplificati-esecutivi. Condivisibilmente, però, gli stessi AA. attribuiscono al provvedimento cautelare valore di prova (o perlomeno di argomento di prova) liberamente valutabile in altri giudizi.

⁴⁹⁴ Sul punto v. I. ANDOLINA, *op. ult. cit.*.

⁴⁹⁵ Art. 669-*decies*, comma I, c.p.c..

⁴⁹⁶ Art. 669-*octies*, comma VII, c.p.c..

⁴⁹⁷ Art. 669-*septies*, comma II, c.p.c..

⁴⁹⁸ Arg. dalla lettera dell'art. 669-*octies*, comma VI, c.p.c..

cui nel caso di provvedimenti d'urgenza non si distingue tra misure a carattere anticipatorio e conservativo⁴⁹⁹. In ogni caso, il successivo giudizio di merito non è “chiuso” a nuove domande, quindi il suo contenuto non è irreversibilmente fissato soggettivamente ed oggettivamente dalle allegazioni o comunque dall'attività che ha avuto luogo nella fase cautelare⁵⁰⁰.

9.1 (segue) La revoca e la modifica

Revoca e modifica sono due differenti poteri che trovano disciplina unitaria, e che scorporano la “variabilità” dei provvedimenti cautelari⁵⁰¹: gli strumenti in esame hanno per fine quello di consentire di “dedurre eventuali mutamenti delle circostanze in base alle quali era stato emanato il provvedimento cautelare onde evitare che lo stesso diventi anacronistico e sopravviva alla propria originaria funzione”⁵⁰².

Come anticipato, la revoca o la modifica – cedevoli al cospetto del reclamo⁵⁰³ – sono subordinate a mutamenti delle circostanze⁵⁰⁴, ovvero alla prova della tardiva conoscenza

⁴⁹⁹ È chiaro che in caso contrario dovrà ritenersi che, tornando applicabile il disposto di cui all'art. 669-*octies* c.p.c., primo comma – concessa dal giudice una misura a carattere conservativo – nessuna decisione sulle spese sarà contenuta nell'ordinanza, stante il fatto che l'ordinanza è destinata a perdere efficacia se non viene instaurato il giudizio di merito “entro il termine perentorio” di 60 giorni, o il diverso termine indicato dal giudice (669-*octies*, comma II, c.p.c.). Allora, sarà al termine di ciascuna fase del giudizio di merito che il giudice provvederà sulle spese.

⁵⁰⁰ Così A. SCARPA, R. GIORDANO, *I procedimenti cautelari*, cit., p. 129. L'opinione è suffragata da talune pronunzie della S. C. di Cassazione.

⁵⁰¹ N. DI SANTI PAOLA, *I procedimenti cautelari e d'urgenza dopo la riforma del c.p.c.*, cit., p. 59. Variabilità che sarebbe un riflesso della *summaria cognitio* [e del mancato operare della preclusione del dedotto e del deducibile, propria della piena cognizione], che sarebbe specchio della necessità (F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 308) di procedere ad un continuo adeguamento dei provvedimenti alla realtà.

⁵⁰² A. SCARPA, R. GIORDANO, *I procedimenti cautelari*, cit., p. 178.

⁵⁰³ Arg. ex art. 669-*decies*, comma I, c.p.c., come novellato dalla l. 80 del 2005: “Salvo che sia stato proposto reclamo ai sensi dell'articolo 669-*terdecies* [...]”. V. anche R. CAPONI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, in *Foro it. online*, 2006, 2, p. 129; nonché F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 309, per l'opinione che vuole la proposizione della istanza di revoca o modifica improcedibile, quando è pendente reclamo.

⁵⁰⁴ Art. 669-*decies*, comma I, c.p.c..

di fatti anteriori. Coerentemente con la funzione di tali istituti, non è previsto alcun termine per la proposizione. Sembra totalmente avulsa dalla intenzione del legislatore la subordinazione della modifica o revoca alla circostanza che l'ignoranza dei fatti precetti sia *incolpevole*⁵⁰⁵.

Competente per il vaglio dell'istanza di revoca o modifica è il giudice istruttore della causa di merito⁵⁰⁶. Tale scelta, senz'altro razionale, ha però imposto al legislatore di dover dettare disposizioni specifiche per il caso in cui il giudizio di merito non sia stato iniziato⁵⁰⁷, o sia estinto, il che, senz'altro, può accadere nel caso dei provvedimenti d'urgenza: in questa evenienza, competente sarà il giudice che ha "provveduto con l'istanza cautelare", con la precisazione, però, che in caso sia proposto reclamo, l'aspirante alla modifica o alla revoca dovrà prima tentare di ottenere quanto desiderato dinnanzi al giudice che sta pronunziando sul reclamo⁵⁰⁸. Disposizioni analoghe a quelle appena viste si applicano nel caso in cui la causa sia devoluta alla cognizione di un giudice straniero, compromessa in arbitri, esercitata dinnanzi al giudice penale⁵⁰⁹. Non regolato è il caso in cui competente per il merito sia il Giudice di pace⁵¹⁰.

⁵⁰⁵ A. SCARPA, R. GIORDANO, *I procedimenti cautelari*, cit., p. 182; *contra*, Trib. Torino, 17 febbraio 2011, in *Dejure online*, che ritiene che la diligenza operi quale requisito implicito, di talché una *colpevole* ignoranza dei fatti pre-esistenti giustifichi il rigetto della istanza.

⁵⁰⁶ *Ibidem*.

⁵⁰⁷ Infatti, così veniva commentata la previgente disciplina: "sembrerebbe quindi che il provvedimento cautelare, ove sia stato emanato *ante causam*, non sia modificabile e revocabile fino a che non solo sia stata instaurata la causa di merito" (A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, cit.).

⁵⁰⁸ Arg. ex art. 669-*decies*, comma II, c.p.c.: "esaurita l'eventuale fase del reclamo proposto ai sensi dell'articolo 669-*terdecies*".

⁵⁰⁹ Art. 669-*decies*, ult. comma, c.p.c.: "Se la causa di merito è devoluta alla giurisdizione di un giudice straniero o ad arbitrato, ovvero se l'azione civile è stata esercitata o trasferita nel processo penale, i provvedimenti previsti dal presente articolo devono essere richiesti al giudice che ha emanato il provvedimento cautelare".

⁵¹⁰ Preferibile sembra l'interpretazione che vuole, in questo caso, competente per la modifica/revoca il giudice che ha emanato il provvedimento. Così in A. SCARPA, R. GIORDANO, *I procedimenti cautelari*, cit., p. 187.

Sulla istanza⁵¹¹ il giudice si pronunzia con ordinanza, nel contraddittorio delle parti. Si è già osservato che il provvedimento di modifica può imporre il versamento di una cauzione⁵¹². Il provvedimento dovrà contenere le disposizioni necessarie per modificare la situazione di fatto cagionata dalla attuazione della cautela, se vi sia stata⁵¹³. Avverso detta ordinanza è ammesso l'esperimento del reclamo⁵¹⁴.

9.2 (segue) Il reclamo cautelare

Con l'introduzione del reclamo cautelare, per volontà del legislatore della riforma del 1990, si è – per così dire – addomesticato un potere che poteva prestarsi “a discrezionalità senza controllo” per ricondurlo entro canoni di “equilibrio”, e può dirsi che, sebbene non sia dato “escludere i rischi del soggettivismo e della degenerazione in arbitrio”, ora è permesso “reagirvi sollecitando il controllo di un altro giudice”⁵¹⁵.

Il reclamo, che è oggi⁵¹⁶ ammesso avverso provvedimenti di entrambi i segni⁵¹⁷, trova la propria disciplina entro l'art. 669-*terdecies* c.p.c.. Il termine per la proposizione è di

⁵¹¹ Si esclude che la revoca, pur ricorrendone i presupposti, possa pronunziarsi d'ufficio. Così F. FIORUCCI, *op. ult. cit.*, p. 313.

⁵¹² Art. 669-*undecies* c.p.c..

⁵¹³ V. F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 314.

⁵¹⁴ *Ibidem*, p. 315.

⁵¹⁵ Così in A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., pp. 397 ss. Gli AA. individuano proprio il reclamo cautelare quale novità più significativa tra quelle apportate dalla l. 353 del 1990,

⁵¹⁶ Ciò a seguito della sent. 253 del 1994 della Corte costituzionale, già citata, che ha dichiarato illegittimo costituzionalmente il comma I dell'art. 669-*terdecies* c.p.c., nella parte in cui non consentiva di proporre reclamo avverso provvedimenti di rigetto (ponendo così l'istante soccombente in posizione di poter solo riproporre la domanda, dunque riconoscendo a costui prerogative minori rispetto a quelle del resistente soccombente, non essendo la riproposizione, come riconosciuto dalla Corte, strumento capace di offrire garanzie analoghe rispetto al reclamo). La novella del 2005 ha recepito le indicazioni della Corte, modificando incisivamente il testo dell'art. 669-*terdecies* c.p.c., nel senso che si è detto.

⁵¹⁷ V. F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, pp. 326 ss. Arg. ex art. 669-*terdecies* c.p.c., reclamabile sarebbe anche, oltre alla “ordinanza con la quale è stato concesso o negato il provvedimento cautelare”, l'ordinanza con cui il giudice impone la cauzione. Non già tale sarebbe il decreto emesso *inaudita altera parte*, se non quando si ponga quale atto finale del procedimento cautelare, né l'ordinanza con cui sia dichiarata la inefficacia della misura cautelare [*contra* però Cass. 12 maggio 1997, n. 4113, che

quindici giorni, decorrenti dalla pronuncia in udienza ovvero dalla comunicazione o notificazione, se anteriori⁵¹⁸. Sul reclamo avverso provvedimenti del giudice del Tribunale provvede il collegio⁵¹⁹. Opportunamente si esclude che lo stesso magistrato del “primo grado cautelare” possa giudicare i propri provvedimenti, facendo parte del collegio dinnanzi al quale si celebra il riesame⁵²⁰. Sul reclamo avente ad oggetto una ordinanza di Corte di Appello, giudicherà altra sezione della stessa Corte, ovvero la Corte più vicina.

Talune difficoltà interpretative segnano l’individuazione del giudice competente ad esaminare il reclamo proposto verso provvedimenti del giudice unico del lavoro⁵²¹, o eccezionalmente del Tribunale in composizione collegiale⁵²² (come per le controversie devolute alla cognizione delle sezioni specializzate in materia agraria).

Quanto alla natura del riesame – argomento che ha costituito elemento di scontro dialettico in passato⁵²³ – oggi, secondo una opinione che trae argomenti decisivi dalla

esclude l’esperibilità del ricorso straordinario *ex art. 111 Cost.*, ma rammenta che è dato reclamo], né l’ordinanza con cui il giudice risolve le difficoltà insorte in sede attuativa. Quest’ultimo punto sarebbe in realtà controverso, stante la esistenza di un orientamento giurisprudenziale che ammette il reclamo avverso l’ordinanza che risolve le difficoltà-contestazioni della fase attuativa. Sembra invece meritevole di condivisione quella opinione (A. SCARPA, R. GIORDANO, *I procedimenti cautelari*, cit., pp. 191 s.) che ravvisa nel reclamo un “rimedio generale contro ogni forma di esercizio del potere cautelare”, quindi ammissibile anche avverso provvedimenti di revoca o modifica, in senso ampliativo o no.

⁵¹⁸ Art. 669-*terdecies* c.p.c., primo comma, come modificato dalla riforma del 2005, sì da superare un contrasto interpretativo che appariva non sanabile in seno alla giurisprudenza. V. A. SCARPA, R. GIORDANO, *I procedimenti cautelari*, cit., p. 200.

⁵¹⁹ *Ibidem*, comma II. L’erronea proposizione del reclamo alla Corte d’Appello ne decreterebbe l’inammissibilità. Così C. App. Milano, 29 giugno 2004, in *Giur. Di Merito*, 2006, p. 352.

⁵²⁰ Art. 51, n. 4, c.p.c..

⁵²¹ V. A. SCARPA, R. GIORDANO, *I procedimenti cautelari*, cit., p. 204 s. E’ dubbio se competente sia il Tribunale in composizione collegiale (sicché la *ratio* che ispira la riforma sarebbe quella di far giudicare sul reclamo un giudice collegiale) ovvero la sezione lavoro della Corte d’Appello. Esistono tuttavia posizioni diversificate.

⁵²² V. A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d’urgenza*, cit., pp. 428 – 430.

⁵²³ Il dibattito è compiutamente ricostruito in A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d’urgenza*, cit., pp. 430 ss. Ad un orientamento che tendeva ad ammettere solo la denuncia degli *errores in iudicando* o in *procedendo* dell’ordinanza cautelare, chiudendo ai fatti nuovi (I. ANDOLINA, *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale*, cit.), oppure no (di A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina dei*

riforma del 2005⁵²⁴, non più in dubbio è la circostanza che esso costituisca – non già una *revisio prioris instantiae*, cioè una impugnazione in senso stretto ma – un mezzo di gravame a carattere devolutivo e sostitutivo, che consente una delibazione *ex novo*⁵²⁵, all'interno del quale ha luogo un riesame pieno delle questioni di fatto e diritto sollevate, e nel corso del quale possono allevarsi fatti nuovi, farsi valere eccezioni in senso stretto, disporsi mezzi istruttori, senza che operino le preclusioni proprie del processo ad ordinaria cognizione⁵²⁶. In ragione di quanto detto sopra, non è – né era – sostenibile l'ammissibilità di pronunzie a carattere meramente rescindente⁵²⁷, in quanto superiori ragioni di economia dei processi e di celerità avrebbero imposto che fosse il giudice del

procedimenti cautelari in generale, cit.), se ne contrapponeva un altro, che ritenendo inoperante il regime di preclusione tipico del processo ordinario, e corroborato da una interpretazione estensiva della formula “motivi sopravvenuti”, rinveniva nel reclamo un mezzo di riesame pieno, con la conseguenza pratica di aprire a nuove prove, a motivi sopravvenuti, a fatti non allegati in precedenza.

⁵²⁴ V. ora il quarto comma dell'art. 669-*terdecies* c.p.c.: “Le circostanze e i motivi sopravvenuti al momento della proposizione del reclamo debbono essere proposti, nel rispetto del principio del contraddittorio, nel relativo procedimento. Il tribunale può sempre assumere informazioni e acquisire nuovi documenti. Non è consentita la rimessione al primo giudice”. Dalla modifica suddetta “si desume che sul piano strutturale si è alla presenza di un rimedio sempre sostitutivo a motivi illimitati in fatto e in diritto, con il quale possono essere fatti valere altresì fatti sopravvenuti all'emanazione del provvedimento. Sempre sul piano strutturale si è alla presenza di un rimedio che si distingue dai mezzi d'impugnazione in senso tecnico: e ciò non solo perché si dirige contro provvedimenti che non hanno attitudine al giudicato (o a preclusione), ma anche perché i motivi che giustificerebbero il reclamo, possono sempre essere fatti valere, in mancanza di reclamo, nel corso del processo a cognizione piena” (A. PROTO PISANI, *Novità nella disciplina dei procedimenti cautelari in generale (1994/2005)*, in *Foro.it online*, 2007, III, p. 130).

⁵²⁵ Essendo un mezzo a critica libera, il riesame consente di far valere: vizi di legittimità, inclusi quelli che afferiscono alla competenza; vizi di merito; l'ingiustizia della misura cautelare; i fatti sopravvenuti, le circostanze preesistenti ma non allegate; fatti che emergono da nuovi elementi di prova. Più sinteticamente, il reclamo consente di prendere in considerazione tutte le ragioni di fatto e diritto già analizzate, ovvero non ancora contemplate. Così F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, p. 325.

⁵²⁶ Così in A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 433. V. specialmente la nota 1208 per una pronunzia del Trib. Benevento (21 dicembre 2007, in *Dejure online*) che, avendo qualificato il reclamo come rimedio totalmente devolutivo, ha ritenuto ammissibili motivi nuovi di reclamo fatti valere con la memoria depositata all'udienza di discussione. Infatti, non è imposto il rispetto di altre formalità, se non di quelle strettamente necessarie al rispetto del principio del contraddittorio.

⁵²⁷ V. R. CAPONI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, in *Foro.it online*, 2006, 2, p. 129: “Il reclamo riveste carattere di rimedio sostitutivo, come si desume con nettezza dal fatto che non è consentita la rimessione al primo giudice e che possono sempre essere assunte informazioni e acquisiti nuovi documenti”. Non giova ripercorrere il dibattito che aveva animato la dottrina, divisa tra chi ammetteva e chi ricusava pronunzie a carattere rescindente (su cui v. A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 435 s). Lapidariamente, la seconda parte del quarto comma, art. 669-*terdecies* c.p.c. prevede che “non è consentita la rimessione al primo giudice”.

riesame a decidere nel merito della domanda cautelare, sostituendo l'ordinanza impugnata.

L'impugnazione non ha effetto sospensivo, ma, d'altra parte, "il presidente del tribunale o della Corte investiti del reclamo, quando per motivi sopravvenuti⁵²⁸ il provvedimento arrechi grave danno, può disporre con ordinanza non impugnabile la sospensione dell'esecuzione o subordinarla alla prestazione di congrua cauzione"⁵²⁹.

Il procedimento di impugnazione, anche incidentale e tardiva⁵³⁰, che avviene nelle forme camerali⁵³¹, si svolge nel contraddittorio delle parti, e si conclude⁵³², non oltre venti giorni⁵³³ dalla presentazione del ricorso, con la pronuncia di una ordinanza non impugnabile.

⁵²⁸ Una corrente giurisprudenziale ha sostenuto, per non svuotare di significato pratico la disposizione in esame, posta la sostanziale impossibilità che gravi danni sopravvengano nel brevissimo arco temporale nel quale occorre decidere, possono valutarsi le ragioni in fatto e diritto non portate all'attenzione del giudice del provvedimento reclamato. Così in A. SCARPA, R. GIORDANO, *I procedimenti cautelari*, cit., p. 217.

⁵²⁹ Art. 669-terdecies, comma IV, c.p.c..

⁵³⁰ V. A. SCARPA, R. GIORDANO, *I procedimenti cautelari*, cit., p. 219.

⁵³¹ Art. 669-terdecies, comma III, c.p.c.. Il richiamo degli artt. 737 e 738 c.p.c. implica che il reclamo si propone con ricorso, depositato nella cancelleria del giudice competente; il Presidente del collegio fissa con decreto la data di comparizione delle parti, e nomina il giudice relatore; dovrebbero ritenersi ammissibili forme di convocazione snelle; il procedimento si svolge in camera di consiglio; i poteri istruttori del giudice saranno equivalenti a quelli del primo grado cautelare. Così in F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., pp. 332 ss.

⁵³² Art. 669-terdecies, comma V, c.p.c..

⁵³³ Per la natura meramente ordinatoria del termine, v. F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 335.

9.3 (segue) L'attuazione

Cognizione (e quindi emanazione del provvedimento) e attuazione del contenuto della cautela sono due aspetti della medesima tutela⁵³⁴. Quello dell'attuazione⁵³⁵ è un modulo procedimentale che partecipa della stessa asciuttezza che connota il procedimento cautelare⁵³⁶.

Come acutamente osservato in dottrina⁵³⁷, l'attuazione – in quanto tale di un provvedimento che è temporaneo, e può essere rivisto o revocato in ogni momento – pone i medesimi problemi di livello sostanziale della sentenza provvisoriamente esecutiva⁵³⁸.

La legge prevede⁵³⁹ che, per i provvedimenti cautelari diversi dai sequestri, “l'attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto somme di denaro avviene nelle forme degli articoli 491 e seguenti in quanto compatibili, mentre l'attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare avviene sotto il controllo del giudice che ha emanato il provvedimento cautelare il quale ne determina anche le modalità di attuazione e, ove sorgano difficoltà o contestazioni, dà con ordinanza i

⁵³⁴ F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 345. Sarebbero dotati (N. DI SANTI PAOLA, *I procedimenti cautelari e d'urgenza dopo la riforma del c.p.c.*, cit., p. 135) di “intrinseca provvisorietà”, perciò l'attuazione coattiva ha luogo per “mera esecuzione processuale, distinta e contrapposta all'esecuzione forzata”. Pertanto non si richiede né la spedizione del titolo in forma esecutiva né la notificazione di titolo e precetto.

⁵³⁵ L'attuazione è un concetto che “designa, ed ingloba, tutte le tecniche procedimentali mercé le quali la misura cautelare realizza concretamente i propri effetti” (I. ANDOLINA, *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale*, cit.).

⁵³⁶ Più aulica sintesi dottrinale cristallizza il concetto nel modo che segue: “trattasi di procedimento governato (in buona sostanza) dalle stesse nuove regole dettate per il procedimento di formazione del provvedimento cautelare: con il quale si pone perfettamente in linea, (quasi) come una proiezione di esso” (I. ANDOLINA, *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale*, cit.). Peraltro, la scarsa disciplina dell'attuazione cautelare, più che colmare una lacuna, “detta le direttrici di fondo alla cui stregua l'interprete dovrà colmare tale lacuna” (A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, cit.).

⁵³⁷ F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d'urgenza*, cit..

⁵³⁸ Di talché, convenuti per le pretese risarcitorie del soggetto che ha subito un danno dall'attuazione della cautela, a nulla varrà dire *feci sed iure feci*.

⁵³⁹ Art. 669-duodecies c.p.c..

provvedimenti opportuni, sentite le parti. Ogni altra questione va proposta nel giudizio di merito”.

Si è già avuto modo di rimarcare che l’attuazione del provvedimento cautelare è una fase procedimentale per tutto singolare e affatto distinta dalla esecuzione coattiva delle statuizioni che discendono dalle sentenze e, più in generale, dai provvedimenti giurisdizionali⁵⁴⁰. Peraltro, nel dibattito dottrinale si sono affacciate opinioni le più varie che tendevano ora a ricondurre⁵⁴¹, ora ad svincolare⁵⁴² l’attuazione cautelare dalla rigida predeterminazione dei moduli procedurali dell’esecuzione forzata.

La disciplina positiva individua un doppio binario attuativo, distinguendo, come chiaramente emerge dalla lettera della norma, fra misure che abbiano ad oggetto somme di danaro, oppure no.

Per quanto concerne l’attuazione di obblighi di pagamento di somme di danaro, occorrerà guardarsi agli artt. 491 e seguenti “in quanto compatibili”. Ciò significa che gli adempimenti preliminari al pignoramento non sono dovuti⁵⁴³, pur essendo competente il

⁵⁴⁰ F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d’urgenza*, cit.: “è pacifico che, per le ragioni anzidette, l’attuazione del provvedimento non è esercizio di un’azione esecutiva e, pertanto, non segue quelle forme del processo d’esecuzione che di quest’ultima sono coerente manifestazione”.

⁵⁴¹ F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d’urgenza*, cit.: “L’applicazione delle norme dettate per l’esecuzione forzata, sia pure con l’ovvia riserva di compatibilità, e l’esclusione di forme atipiche d’attuazione dei provvedimenti giurisdizionali, sono imposte dall’assorbente rilievo che non si possono ottenere in via d’urgenza misure di tutela esecutiva con strutture diverse da quelle dei procedimenti esecutivi tipici, poiché, anche in questo specifico settore, non si possono ottenere con la tutela urgente effetti diversi da quelli conseguibili in via ordinaria”.

⁵⁴² V. I. ANDOLINA, *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale*, cit. ad opinione del quale A. l’attuazione “designa una (particolare e nuova) tecnica procedimentale, specificamente introdotta per le misure cautelari aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare, organizzata in forme nuove e (quel che preme sottolineare) definitivamente disancorata dalla disciplina dei tradizionali (e correlativi) mezzi esecutivi. Residua, poi, una ulteriore e — per così dire — intermedia ipotesi normativa di attuazione, afferente le (sole) misure cautelari aventi ad oggetto somme di danaro: la quale utilizza (si) le forme proprie dell’espropriazione forzata, ma solo in parte (facendo l’art. 669/12 espresso riferimento agli artt. 491 ss.) e in quanto compatibili”.

⁵⁴³ V. A. SCARPA, R. GIORDANO, *I procedimenti cautelari*, cit., p. 236. In giurisprudenza v., *ex multis*, Trib. Milano, III, 26 gennaio 2017: “In verità, nonostante i dubbi che, come osservato anche da autorevole dottrina, la formula dell’art. 669-duodecies c.p.c. suscita, il riferimento ai soli artt. 491 e seguenti c.p.c. costituisce già di per sé elemento alla stregua del quale ritenere non necessaria la notifica prevista dall’art. 479, co. 1, c.p.c. (norma alla quale, appunto, l’art. 669-duodecies c.p.c. non rinvia). Nello stesso senso depone il fatto (il quale connota ulteriormente in termini di specialità l’esecuzione intrapresa sulla base di

giudice dell'esecuzione⁵⁴⁴; ciò fa comunque salvi gli istituti e le fasi nelle quali si realizza *la par condicio creditorum*⁵⁴⁵. È preferibile rimanere adesi alla tesi che consente ai terzi pregiudicati di reagire tanto nelle forme dell'opposizione di terzo, quanto con la revoca ed il reclamo cautelari⁵⁴⁶.

Per gli obblighi di consegna, rilascio, fare, non fare l'art. 669-*duodecies* lascia al giudice il compito di disporre l'attuazione, mediante le misure ritenute più idonee⁵⁴⁷. Ciò significa che non avranno, detti provvedimenti cautelari, natura di titolo esecutivo, spendibile in un processo di esecuzione forzata⁵⁴⁸. L'esecuzione "in via breve"⁵⁴⁹ non pare porre in

una misura cautelare avente ad oggetto il pagamento di somme di denaro) che il provvedimento cautelare non è un titolo esecutivo riconducibile a quelli di cui all'art. 474 c.p.c. (sì che neppure risulta possibile l'apposizione della formula esecutiva), essendo invece –come sostenuto da condivisa dottrina- un provvedimento munito di intrinseca esecutorietà. Da ultimo, deve ritenersi che la mancata necessità della previa notifica del precetto (già, come detto, risultante dalla lettera dell'art. 669-*duodecies* c.p.c.) sia coerente con quella particolare urgenza che costituisce presupposto del provvedimento cautelare e che – nella prospettiva di una tutela effettiva- deve quindi caratterizzare anche l'attuazione dello stesso provvedimento”.

⁵⁴⁴ Cfr. la dettagliata disamina in A. SCARPA, R. GIORDANO, *I procedimenti cautelari*, cit., p. 236.

⁵⁴⁵ F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 349.

⁵⁴⁶ F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 350 s e N. DI SANTI PAOLA, *I procedimenti cautelari e d'urgenza dopo la riforma del c.p.c.*, cit., p. 142. In giurisprudenza, invece, per gli strumenti di reazione le parti (in caso di attuazione in via breve, c.d.), cfr. Trib. Latina, II, 16 luglio 2013, in *Dejure online*: In tema di opposizione all'esecuzione e di opposizione agli atti esecutivi, l'attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare non avvia, sulla base di un titolo esecutivo, un separato procedimento di esecuzione ma costituisce una fase del procedimento cautelare in cui il giudice (da intendersi come ufficio) che ha emanato il provvedimento cautelare ne determina anche le modalità di attuazione, risolvendo con ordinanza le eventuali difficoltà e le contestazioni sorte, mentre sono riservate alla cognizione del giudice del merito le altre questioni, di talché le eccezioni sollevate dalla parte tenuta all'osservanza del provvedimento non hanno natura di opposizione agli atti esecutivi ma vanno fatte valere nel giudizio di merito, con conseguente inammissibilità dell'opposizione; identico il punto di diritto in Cass., III, 26 febbraio 2008, n. 5010.

⁵⁴⁷ V. F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 351 ss. per una rassegna sulla varietà contenutistica che presentano simili provvedimenti; cfr. inoltre N. DI SANTI PAOLA, *I procedimenti cautelari e d'urgenza dopo la riforma del c.p.c.*, cit., p. 151 per la tesi che ammette la pubblicazione del provvedimento d'urgenza, in apparente violazione della lettera dell'art. 120 c.p.c. che si riferisce alla "sentenza”.

⁵⁴⁸ Cass. 14 luglio 2003, n. 10994.

⁵⁴⁹ “In coerenza con il principio di unicità del procedimento cautelare, sono dunque semplificati al massimo i meccanismi dell'esecuzione in quanto, non occorrendo attività giuridiche complesse per la trasformazione dei beni del destinatario passivo della misura in denaro, è il medesimo giudice della cautela che sovrintende

serio pericolo la parità di trattamento tra i creditori, pertanto non sono condivisibili quelle opinioni⁵⁵⁰ le quali vorrebbero *forzare* la lettura dell'art. 669-*duodecies* c.p.c. nel senso di ancorare l'attuazione cautelare entro le rigide direttive del processo di esecuzione forzata⁵⁵¹. Su questo, la giurisprudenza sembra insistere con forza⁵⁵².

Quando il contenuto del provvedimento cautelare abbia ad oggetto un *facere infungibile*, soccorrono l'art. 614-*bis* c.p.c.⁵⁵³ e (forse non) l'art. 388 c.p., norma, quest'ultima, che

all'attuazione, risolvendo le difficoltà impreviste che possono insorgere". Così A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 439.

⁵⁵⁰ Si argomenta, in buona sostanza, che non sarebbero immaginabili modalità esecutive diverse da quelle previste al codice di rito (N. DI SANTI PAOLA, *I procedimenti cautelari e d'urgenza dopo la riforma del c.p.c.*, cit., p. 135). L'affermazione è smentita dalla analisi della casistica giurisprudenziale, che, per esempio, in materia di lavoro, ha mutuato dal processo amministrativo la soluzione di nominare un commissario *ad acta* per reintegrare sul posto di lavoro il dipendente illegittimamente licenziato o trasferito. (V., *ex multis*, Trib. Campobasso, 19 agosto 2013, in *Dirittoscolastico online*).

⁵⁵¹ V. A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 441 per la tesi prospettata nel testo. Gli AA. ritengono svilente la norma quella lettura che vorrebbe fare dell'art. 669-*duodecies* c.p.c. mera individuazione della competenza in capo al giudice che ha emesso il provvedimento cautelare, ma vincolando quello alle formalità del processo di esecuzione.

⁵⁵² V. Trib. Arezzo, 8 maggio 2015, n. 575: La "attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto obblighi di fare non si svolge nelle forme dell'esecuzione forzata e dunque non ha come presupposto la notifica di un titolo esecutivo e un precetto, ma è devoluta allo stesso giudice che ha emanato il provvedimento cautelare (da cui la 'irritualità' del precetto notificato nella fattispecie)".

⁵⁵³ Gli obblighi di fare infungibili, così "come possono condurre ad una decisione di merito di condanna in esito al giudizio ordinario, così possono essere oggetto di un provvedimento d'urgenza ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ."; allora, posto che l'art. 614-*bis* contempla "il provvedimento di condanna" e non la sentenza, "si tende perciò a credere che non soltanto la misura cautelare *ex art. 700 cod. proc. civ.* possa avere ad oggetto obblighi di fare infungibile, ma che se ne possa pure assicurare la pratica attuazione con una specifica statuizione *ex art. 614-bis cod. proc. civ.*". Così in A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., pp. 324 ss. L'opinione preferibile è quella di ritenere – come fa la giurisprudenza – che simile misura è immediatamente efficace e non v'è bisogno di ulteriori procedimenti cognitivi per la quantificazione (al più, nei casi in cui tale quantificazione *abbisogni*, si potrebbe passare per la attuazione cautelare). In giurisprudenza merita di essere segnalata la pronuncia Trib. Genova, 16 novembre 2015, n. 3346: "Quando, come nella presente causa, un provvedimento *ex art. 614-bis c.p.c.* è accessorio un provvedimento cautelare, occorre domandarsi se ai fini della scelta della disciplina esecutiva ai sensi dell'art. 669-*duodecies* c.p.c., si debba confermare lo schema sopra descritto, enfatizzando il fatto che è una condanna al pagamento di somme di denaro, con conseguente applicabilità degli artt. 491 e ss. c.c. oppure se, dato il carattere accessorio della condanna *ex art. 614-bis*, al fine di tutelare l'attuazione di un obbligo diverso dal pagamento di somme di denaro, si debba procedere davanti al giudice che ha emesso il provvedimento cautelare almeno quando si contesti che si siano verificate le condizioni per l'operatività della condanna *ex art. 614-bis c.p.c.*. Ad avviso di questo Tribunale il provvedimento cautelare che preveda al suo interno una disposizione ai sensi dell'art. 614-*bis* c.p.c. è un provvedimento unitario per la cui qualificazione ai fini esecutivi prevale l'ordine dato dal giudice per tutelare le esigenze cautelari poste alla

non è chiaro se possa prestarsi – nonostante la novella già illustrata⁵⁵⁴ – ad “incriminare l’illecito civile”⁵⁵⁵ (cioè l’inadempimento mero).

base del ricorso introduttivo. Tanto è vero che il provvedimento *ex art. 614-bis c.p.c.* appare ampiamente discrezionale e non incide sulla quantificazione del valore della causa. Rendere autonomo il provvedimento di condanna *ex art. 614-bis c.p.c.* appare arbitrario oltre che controproducente, essendo sicuramente il giudice della cautela il più adatto a valutare se sussista o meno un inadempimento, soprattutto in una situazione in cui vi è la condanna ma deve essere ancora fatto l'accertamento dei suoi presupposti in concreto. Si deve pertanto concludere che in caso di provvedimento *ex art. 614-bis c.p.c.* emesso nell'ambito di un provvedimento cautelare: - poiché in caso di esecuzione forzata del provvedimento di condanna al pagamento si deve procedere ad un pignoramento il creditore deve notificare un regolare precetto e poi procedere al pignoramento; - è proponibile l'opposizione a precetto per vizi del precetto stesso o se, ad esempio, si portano in compensazione dei crediti; - ogni controversia che riguardi l'attuazione del provvedimento inclusa la sussistenza dei presupposti per il pagamento della somma *ex art. 614-bis c.p.c.* deve essere invece proposta davanti al giudice della cautela il quale, anche prima di prendere la sua decisione definitiva, potrà sospendere l'efficacia del suo provvedimento di condanna; - se nonostante il provvedimento del giudice cautelare di sospensione dell'efficacia o di accertamento di non debenza della somma *ex art. 614 c.p.c.* l'asserito creditore procede nell'esecuzione, sarà proponibile l'opposizione all'esecuzione *ex art. 615 c.p.c.* per fare valere quanto stabilito dal giudice della cautela.”

⁵⁵⁴ Il (nuovo) terzo comma dell'art. 388 c.p. continua a parlare di “elusione” della esecuzione di un provvedimento cautelare in materia industriale, che contenga misure correttive o inibitorie.

⁵⁵⁵ Così F. TOMMASEO, v. *Provvedimenti d'urgenza*, cit., *contra* l'opinione (Proto Pisani), già analizzata *supra*. La norma contemplerebbe, in generale, solo l'elusione dolosa, non la semplice inottemperanza al precetto cautelare.

CAPITOLO TERZO: L'ARCHITETTURA DI *INTERNET* E LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL PRESTATORE

SOMMARIO: 1. La architettura *client-server* ovvero la transnazionalità dell'illecito. La giurisdizione cautelare italiana ed i conflitti con altro foro europeo od extra-comunitario – 2. La responsabilità del prestatore dei servizi in rete – 2.1. (segue) Il semplice trasporto, *mere conduit* – 2.2. (segue) La memorizzazione temporanea, il *caching* – 2.3. (segue) *Hosting*, l'ospitalità entro i propri spazi di contenuti altrui – 3. Brevi riflessioni conclusive. La rete-spazio virtuale e la rete-spazio fisico. *Internet* e le misure urgenti, la legittimazione processuale passiva, la dimensione attuativa del comando del giudice.

1. La architettura *client-server* ovvero la transnazionalità dell'illecito. La giurisdizione cautelare italiana ed i conflitti con altro foro europeo od extra-comunitario

Sembra ormai inesorabilmente destinato il giurista a divenire via via più pratico di reti telematiche⁵⁵⁶. Ciò non tanto perché parte delle formalità che scandiscono il processo è informatizzata; piuttosto perché *internet* è – essendo ormai apparentemente superata una prima fase in cui esso è stato teatro degli scambi economici e sociali fra individui, offrendo semplicemente una “piazza più ampia”, una “vetrina più vistosa”, quasi una alternativa ad un espletamento di quelle stesse attività umane “alla maniera tradizionale” – divenuto esso stesso attore dei fenomeni sociali, sui quali incide profondamente, e che quindi contribuisce a modellare, più che semplicemente ad *ospitare*. Insomma, non si fa questione di quante attività avvengano sulla rete (la pressoché totalità di quelle rilevanti socialmente, dalla propaganda politica⁵⁵⁷ al commercio a distanza) ma di quanto ciascuna di queste singole attività è stata rimodellata – anche nelle sue più intime dinamiche – dalla

⁵⁵⁶ “Il giurista dunque è chiamato a svolgere, se e quando vi riesce, un ingrato compito, che è quello di acquisire conoscenze tecniche da combinare sapientemente con la cultura giuridica”. Così M. CATANZARITI, *Dalla terza rivoluzione industriale ai big data: spunti per una ricostruzione*, in *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, a cura di V. Falce, G. Ghidini, G. Olivieri, Giuffrè, Milano, 2018, p. 33.

⁵⁵⁷ Oltralpe, il Conseil Constitutionnel, in una decisione che ha avuto discreta eco (Décision 2009-580 DC, in *Conseil-Constitutionnel online*), si muove su simili considerazioni. V. *ibidem*, per un commento. Il punto più interessante è proprio che “la portée de la décision, sur ce point, consiste à affirmer que, «en l'état», les atteintes à la liberté d'accéder à *internet* s'analysent, au regard de la Constitution, comme des atteintes à la liberté garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789”. In altre parole, *internet* ha pervaso la vita sociale a tal punto che non può immaginarsi diritto fondamentale che non si rifletta e si eserciti anche sulla piazza virtuale.

rete: dalla economia dei *Big Bata*, alla *Internet of Things* (“internet delle cose”, che promette di rivoluzionare il prossimo futuro, e che starebbe ad indicare la capacità di oggetti di uso quotidiano di scambiarsi informazioni sulla rete⁵⁵⁸), alle criptovalute⁵⁵⁹, alle auto a guida autonoma, alle *smart cities*. Tutto questo, formando ormai parte integrante della vita dei consociati, costringe il giurista ad interessarsene, se è vero che il diritto nasce a misura dei bisogni umani, e con essi si confronta, secondo l’ammonimento dei giureconsulti: *omne ius hominum causa constitutum est* (Dig., 1, V, 2).

In realtà, approfondire adeguatamente simili temi dal lato tecnico e sociale costringerebbe a deviare, forse oltremodo, dal binario tracciato con l’*incipit* del presente lavoro. Giova qui soffermarsi su talune caratteristiche attinenti al funzionamento di *internet*, solamente nella misura in cui ciò sia indispensabile a comprendere quali problematiche interrogano il giurista ed in quale misura può avviarsi agli inconvenienti che esse pongono. Si sa infatti che, nella materia in esame, l’interprete dovrà, in misura maggiore rispetto ad altre branche della scienza giuridica, avvicinarsi a questioni squisitamente tecniche⁵⁶⁰.

Internet è essenzialmente una rete di *computer*⁵⁶¹. Nasce da progetti militari⁵⁶² al fine precipuo di connettere fra loro elaboratori, dislocati in vari punti del Globo. Grazie ad un

⁵⁵⁸ M. MENSI, P. FALLETTA, *Il diritto del web*, Cedam, libro digitale in *Biblioteca WKI*, 2018, p. 3. Su questo comunque v. *infra*.

⁵⁵⁹ A. SARZANA, S. IPPOLITO, M. NICOTRA, *Diritto della blockchain, Intelligenza Artificiale e IoT*, IPSOA, libro digitale in *Biblioteca WKI*, pp. 138 ss.

⁵⁶⁰ Cfr. F. BRAVO, *La responsabilità civile degli internet service providers*, in *La responsabilità d’impresa*, a cura di G. Alpa e G. Conte, Giuffrè, Milano, 2015, p. 691: l’oscurità – sotto il profilo tecnico – della materia è alla base di non pochi equivoci interpretativi. Per pregnanti riflessioni sulla rivoluzione tecnologica di *internet* v. F. DI CIOMMO, *La responsabilità civile in internet*, in *Parola chiave: informazione*, a cura di A. C. Amato Mangiameli, Milano, Giuffrè, 2004, p. 210.

⁵⁶¹ Anzi, “la rete delle reti” (G. CIACCI, G. BUONOMO, *Profili di informatica giuridica*, CEDAM, 2018, p. 90). L’espressione si rinviene in una sentenza della Corte Federale statunitense, Distretto della Pennsylvania, 11 giugno 1996, in *Diritto dell’informazione e dell’informatica*, 1996, p. 604. V. anche A. MONTELERO, *Attività di impresa in internet e tutela della persona*, Cedam, Padova, 2004, p. 9.

⁵⁶² Il progetto era noto come ARPANet, ad opera dell’Agenzia DARPA. V. A. MONTELERO, *Attività di impresa in internet e tutela della persona*, cit., p. 13.

protocollo operativo condiviso⁵⁶³, gli elaboratori scompongono le informazioni in “pacchetti di dati” e ne curano la trasmissione sino al *computer* destinatario, il quale ricompone l’informazione⁵⁶⁴. Quando un computer ottiene l’accesso ad *internet*, (oltre a vedersi assegnato un codice numerico che lo identifica univocamente⁵⁶⁵), può usufruire di una vasta serie di servizi, fra i quali il più noto – e quello di interesse ai fini del presente discorso – è il *World Wide Web*⁵⁶⁶, servizio che permette di navigare fra documenti ipertestuali multimediali⁵⁶⁷, le note “pagine *web*”.

Se questo è – a presente – il servizio di *internet* più utilizzato⁵⁶⁸, *internet* nasce – e continua ad essere, nonostante l’utente non se ne sovvenga – una rete di computer. Rete di computer che funziona secondo un modello detto *client-server*⁵⁶⁹. Tale modello implica che i *computer* degli utenti (*client*) attingono servizi e risorse da computer serventi

⁵⁶³ Trattasi del protocollo TCP/IP. Per approfondire, si rimanda alla v. *TCP/IP* in *Enc. Treccani online* e alla voce *Commutazione di pacchetto* (*ibidem*). V. altresì A. MONTELERO, *Attività di impresa in internet e tutela della persona*, cit., p. 15.

⁵⁶⁴ Per un approfondimento, v. M. DE CATA, *La responsabilità civile dell’internet service provider*, Giuffrè, 2010, pp. 2 s.

⁵⁶⁵ Il riferimento è all’indirizzo IP. Cfr. v. *IP*, in *Enc. Treccani online*: “*IP* In informatica e nelle telecomunicazioni, indirizzo telematico, ossia sequenza di numeri o di caratteri alfabetici che permette di individuare un calcolatore connesso alla rete *Internet*”. Non per questo può parlarsi di fine dell’anonimato degli utenti connessi in rete. Per riflessioni, anche tecniche, v. M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell’Internet service provider*, Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2006, p. 235, nota 249. L’A. ritiene possa al più parlarsi di “mera presunzione di corrispondenza soggettiva tra navigazione e titolare formale dello *user id* (rintracciato attraverso l’assegnazione di un determinato *IP* temporaneo durante la sessione di collegamento)”. V. *infra*, in nota, alcune considerazioni sulla natura di questo quale dato personale, anche nel caso di “indirizzi *dinamici*”, cioè assegnati nuovamente ad ogni connessione, non univocamente destinati ad identificare un *computer* nella rete, c.d. *statici*. V. A. MONTELERO, *Attività di impresa in internet e tutela della persona*, cit., p. 27, e specialmente note 72, 73, 74, per l’indirizzo IP; nonché *ibidem*, p. 16 per la considerazione che può solo determinarsi il *computer* che immette l’informazione in rete.

⁵⁶⁶ In argomento, M. DE CATA, *La responsabilità civile dell’internet service provider*, cit., pp. 3 s. V. anche A. MONTELERO, *Attività di impresa in internet e tutela della persona*, cit., p. 14.

⁵⁶⁷ Si v. la voce *World Wide Web* in *Enc. Treccani online*.

⁵⁶⁸ Al punto che “*internet*” e “*world wide web*” si confondono sino ad essere impiegati come sinonimi. In realtà *internet* – la rete che unisce i dispositivi fra loro – comprende una più vasta gamma di servizi (chiamate VoIP, la posta elettronica, il trasferimento di documenti mediante un protocollo *FTP* e così via). Per riferimenti alla “integrazione” tra i *media* che si realizza in *internet*, v. G. CIACCI, G. BUONOMO, *Profili di informatica giuridica*, cit., p. 96 ss.).

⁵⁶⁹ G. CIACCI, G. BUONOMO, *Profili di informatica giuridica*, cit., p. 99.

(*server*), a questa funzione stabilmente dedicati. Nel caso della navigazione di pagine in rete – e qui si viene al discorso maggiormente interessante – le pagine multimediali, sono ospitate su *computers (server)* connessi alla rete, che si occupano pertanto di garantire che la pagina rimanga *in linea*, fruibile a chiunque vi si connetta⁵⁷⁰.

Poiché tale rete ha dimensione mondiale e non si cura (almeno se guarda solo al dato tecnico) dei confini geografici e politici, la norma è la *transnazionalità*⁵⁷¹: un contenuto preteso lesivo di diritti altrui potrebbe essere caricato tramite un *computer* che si connette ad *internet* da un primo Paese, transita attraverso l'infrastruttura di trasposto di altri Paesi ancora, per essere albergato su un *server* di un Paese terzo⁵⁷²; ivi rimarrà e sarà accessibile da parte degli utenti connessi da qualunque parte del Pianeta⁵⁷³.

Stante la natura transnazionale della vertenza che ne potrebbe sgorgare, l'interprete che invochi la protezione del diritto italiano dovrà necessariamente porsi una (non sempre facile⁵⁷⁴) questione di giurisdizione, sciolta quella in senso favorevole alla *potestas iudicandi* del giudice italiano, rimarrà da chiedersi quale legge sia applicabile.

⁵⁷⁰ Cioè si connetta all'indirizzo *IP* associato a quel *computer*, eventualmente organizzato secondo “un nome a dominio” (sicché desidera accedere ai contenuti non dovrà conoscere il codice numerico che compone l'indirizzo *IP*, di difficile memorizzazione, bensì la parola o le parole di cui si compone il nome a dominio). Il diritto non ignora la rilevanza economica di questi dati tecnici; per questo v. *infra*, al Cap. IV, par. 7.

⁵⁷¹ V. A. MONTELERO, *Attività di impresa in internet e tutela della persona*, cit., p. 28.

⁵⁷² Riflessioni sovrapponibili quelle di F. DI CIOMMO, *La responsabilità civile in internet*, cit., p. 215. Di norma, l'utente non conosce l'ubicazione del *server* che ospita le informazioni cui accede.

⁵⁷³ In ciò insta la *a-territorialità* di *internet*: è irrilevante l'ubicazione del *server*. Irrilevante “tecnicamente”, non “giuridicamente” (si pensi al fatto che per talune attività di dubbia legalità spesso si suole impiantare la propria infrastruttura in Paesi la cui legislazione è particolarmente permissiva). Così in M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, cit., pp. 4 ss.

⁵⁷⁴ “Con la trasformazione in segnali digitali, i dati assumono una ‘fisicità’ diversa da quella reale cui si [attaglia] male e, comunque, con difficoltà, le tradizionali categorie giuridiche nate e sviluppatasi nella ‘realtà fisica’” (M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, cit., p. 5). Nelle parole di F. DI CIOMMO, *La responsabilità civile in internet*, cit., p. 211, “le strutture concettuali che sino alla metà del XX secolo avevano determinato il successo del diritto di origine romanistica, oggi rischiano di diventare una zavorra insopportabile”. Peraltro (*ibidem*, p. 220) l'A. osserva che le regole “tradizionali” “non riescono, per molti, a gestire” le attività che hanno luogo in rete “in quanto esse si giustificano in ragione di una concezione consolidata e millenaria – ma in rete superata – di tempo e spazio”. *Contra*, M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, vol. I: Giurisdizione, competenza, onere della prova, Cedam,

In secundis, occorrerà verificare a quali condizioni chi è lesa da una violazione che ha avuto luogo in rete possa pretendere la collaborazione dei soggetti che prestano servizi in rete noti come “ISP” (*internet service provider*)⁵⁷⁵, e che rendono accessibili tali contenuti (perché ospitano le informazioni, o perché ne curano il trasporto, o la memorizzazione temporanea per finalità tecniche): tali soggetti, in virtù di codesto fondamentale ruolo tecnico, sono i destinatari *naturali* di un ordine di cessazione della condotta lesiva⁵⁷⁶.

Schematizzando – e omettendo i più accurati approfondimenti che il tema meriterebbe – e dando per scontato che le vertenze che qui interessano saranno fra le materie ricadenti entro l’ambito applicativo del Regolamento UE c.d. Bruxelles I-bis⁵⁷⁷, occorre

Milano, 2020, p. 14. Per l’A., la soluzione risiede nella analisi delle fattispecie e nella riconduzione a sistema della glossa che arricchisce il Regolamento 1215 del 2012 (su cui v. subito *infra*) e non nella fondazione di regole nuove. Del resto tale giurisprudenza avrebbe compiuto una esegesi “sovente anche manipolativa” (*ibidem*, p. 34).

⁵⁷⁵ Sarà di particolare momento osservare che il funzionamento della infrastruttura di *internet* è garantito da soggetti che prestano servizi (cioè mettono a disposizione, previo compenso o gratuitamente, la propria infrastruttura, quindi i loro *computer* serventi) a vari livelli: possono garantire l’accesso ad *Internet* (*access provider*), consentire la registrazione di nomi a dominio (*registrar*) oppure offrire servizi quali la posta elettronica o le chiamate in rete (*service provider*), mettere a disposizione degli utenti contenuti propri, come fa una testata di giornale *online* (*content provider*); si può operare garantendo il trasporto dei dati (*mere conduit*), si può memorizzare temporaneamente contenuti altrui per garantire una più agevole e celere fruizione da parte degli utenti, quindi svolgendo una attività meramente tecnica (*caching*), si può ospitare su *server* propri documenti altrui (anche) al fine di renderli accessibili (*hosting*). In giurisprudenza, v. la sent. Trib. Bologna, 2001, n. 331, per una elencazione delle tipologie di *providers* a cui *adde* R. COSA, L. VIOLA, *La responsabilità del provider: inquadramento giuridico ed aggiornamenti giurisprudenziali*, in *Sicurezza e Giustizia*, III, 2014, p. 18 s., ovvero M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell’Internet service provider*, cit. pp. 11 ss.

⁵⁷⁶ M. DE CATA, *La responsabilità civile dell’internet service provider*, cit., p. 189.

⁵⁷⁷ È il Regolamento UE n. 1215 del 2012, nel prosieguo semplicemente “il Regolamento” (che riorganizza e sostituisce il contenuto del Regolamento 44 del 2001, che a propria volta sostituisce la Convenzione di Bruxelles del 1968). Entro il suo ambito oggettivo sono ricomprese tanto le obbligazioni contrattuali che le conseguenze dei fatti illeciti. Il secondo comma dell’art. 1 esclude dal campo di applicazione di talune materie (quali l’arbitrato, la sicurezza sociale, lo stato e la capacità delle persone fisiche, il fallimento). Non deve tuttavia dimenticarsi (M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, cit., p. 15) che talune norme sulla giurisdizione sono contenute alla Direttiva sui diritti del titolare di banche dati digitali (Direttiva CE/1996/9), al GDPR (Reg. UE/2016/679) e al Regolamento in materia di marchio comunitario (Reg. UE/2017/1001). Va ancora rammentato (*ibidem*, p. 360) come assai spesso i criteri del summenzionato Regolamento sono idonei ad individuare altresì il singolo ufficio territorialmente competente (diremmo noi, contengono regole “miste” di *competenza-giurisdizione*). Per l’A. ciò accadrebbe in particolare coi fori speciali (*ibidem*, p. 364).

distinguere a seconda che il convenuto sia o meno⁵⁷⁸ domiciliato entro i confini di uno Stato membro.

Nel primo caso, sarà il medesimo Regolamento ad individuare lo Stato il cui giudice è competente a giudicare sulla controversia⁵⁷⁹. Le previsioni del Regolamento non sono, però, ispirate al *favor* per il soggetto leso dagli illeciti, e sono improntate piuttosto ad un criterio di prossimità tra giudice e fattispecie⁵⁸⁰.

Ciò determina taluni problemi sia per la materia non contrattuale, che per quella contrattuale. Infatti, alla regola generale per cui il foro è quello del domicilio del convenuto⁵⁸¹, si affiancano talune regole speciali che *eccezionalmente*⁵⁸² consentono di convenire taluno in altro Stato dell'Unione: in materia contrattuale, più spesso si avrà riguardo per il foro dell'esecuzione del contratto⁵⁸³ (o consegna dei beni); in materia

⁵⁷⁸ In caso negativo dovrà prioritariamente guardarsi alle convenzioni internazionali in materia, come fatte salve dall'art. 2, comma I, della l. 218 del 1995, recante Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato.

⁵⁷⁹ Reg. UE/1215/2012, Considerando 13: "Occorre un collegamento tra i procedimenti cui si applica il presente regolamento e il territorio degli Stati membri. Di conseguenza, quando il convenuto è domiciliato in uno Stato membro dovrebbero applicarsi in linea di principio le norme comuni in materia di competenza giurisdizionale".

⁵⁸⁰ Considerando 16, *ibidem*: "Il criterio del foro del domicilio del convenuto dovrebbe essere completato attraverso la previsione di fori alternativi, basati sul collegamento stretto tra l'autorità giurisdizionale e la controversia, ovvero al fine di agevolare la buona amministrazione della giustizia. L'esistenza di un collegamento stretto dovrebbe garantire la certezza del diritto ed evitare la possibilità che il convenuto sia citato davanti a un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro che non sia per questi ragionevolmente prevedibile. Tale aspetto è importante soprattutto nelle controversie in materia di obbligazioni extracontrattuali derivanti da violazioni della privacy e dei diritti della personalità, compresa la diffamazione". Certamente espressione di un anelito di protezione verso la parte debole sembrano le disposizioni (Sezioni 3, 4, 5) che dettano norme di favore per gli assicurati, per i consumatori, per i lavoratori. V. però M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, cit., p. 46. Negli illeciti a mezzo *internet*, che sono "ubiqui", la localizzazione dell'autore dell'illecito perde rilievo sotto il profilo della vicinanza del giudice agli elementi di prova.

⁵⁸¹ Art. 4, comma I, *ibidem*: "A norma del presente regolamento, le persone domiciliate nel territorio di un determinato Stato membro sono convenute, a prescindere dalla loro cittadinanza, davanti alle autorità giurisdizionali di tale Stato membro".

⁵⁸² Art. 5, comma I, *ibidem*: "Le persone domiciliate nel territorio di uno Stato membro possono essere convenute davanti alle autorità giurisdizionali di un altro Stato membro solo ai sensi delle norme di cui alle sezioni da 2 a 7 del presente capo".

⁵⁸³ Art. 7, comma I, lett. a, *ibidem* così come specificato nella successiva lett. b.

extra-contrattuale⁵⁸⁴, per il *locus damni*⁵⁸⁵: la lettera della norma, di formulazione meno chiara di quanto potrebbe apparire a primo acchito⁵⁸⁶, potrebbe giustificare una identificazione di quello (*locus damni*) tanto col *locus actus* che col *luogo dell'evento dannoso*.

In realtà, negli illeciti a distanza la Corte di Giustizia ha elaborato la dottrina della *ubiquità del danno*⁵⁸⁷, leggendo la lettera della norma come se consentisse di agire tanto nel luogo della condotta quanto nel luogo di verifica dell'evento dannoso⁵⁸⁸. Peculiari sarebbero gli illeciti che si manifestano contemporaneamente in una pluralità di fori, quali sono ad esempio, le pubblicazioni date alle stampe in più Paesi dell'Unione e aventi carattere diffamatorio: l'unico giudice competente a conoscere del danno nella sua interezza sarebbe quello del foro dell'agente, cui si affiancano tutti i fori nei quali la pubblicazione sia stata diffusa ma – ciò è fondamentale – unicamente per la parte di danno ivi generata⁵⁸⁹.

⁵⁸⁴ Ai fini del diritto europeo per obbligazione extracontrattuale deve intendersi quella non liberamente assunta dalle parti. Così in F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, 2013, Giuffrè, p. 16. Vi rientrerebbe, per esempio, la responsabilità pre-contrattuale, che in Italia sembra doversi ricondurre alla responsabilità da contratto (Cass., I, 12 luglio 2016, n. 14188).

⁵⁸⁵ Art. 7, comma II, *ibidem*: “in materia di illeciti civili dolosi o colposi, davanti all'autorità giurisdizionale del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire”.

⁵⁸⁶ Come se ciò non bastasse: “La natura propria di *internet*, caratterizzata dalla globalità e dalla delocalizzazione, pone in crisi, come è evidente, l'applicazione di tutte le norme che trovano il loro fondamento nel principio di territorialità” (E. GABELLINI, *La competenza giurisdizionale nel caso di lesione di un diritto della personalità attraverso internet*, in *Dejure online*, 2017).

⁵⁸⁷ Vi sono numerosi settori nei quali la Corte di Giustizia Europea ha mostrato di seguire il criterio di *ubiquità del danno*, consentendo il concorso elettivo tra foro dell'azione e foro dell'evento, ogni qual volta vi siano illeciti commessi a distanza. V. F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, cit., p. 22.

⁵⁸⁸ È la dottrina del caso *Bier c. Mines de Potasse d'Alsace* (C-21/76). Ivi si offre una interpretazione dualistica di danno: competente è tanto il giudice del luogo della condotta, quanto il giudice del luogo di verifica dell'evento dannoso. V. *amplius* M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, cit., p. 45.

⁵⁸⁹ In un caso di danni per diffamazione a mezzo stampa (sentenza *Shevill v. Presse Alliance*, C-68/93, su cui V. A. MONTELERO, *Attività di impresa in internet e tutela della persona*, cit., p. 29) il giudice europeo ha ritenuto competente per la interezza del danno il foro dell'editore, in concorso con ciascuno dei fori nei quali la pubblicazione ha generato danno, ma unicamente per la parte di danno ivi generata. Tale è il criterio (“logica parcellizzante”, nelle parole di M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, cit., p. 77)

Tali criteri si allentano leggermente con riguardo ad *internet* (cui, si dice, possono adattarsi con difficoltà canoni “tradizionali”⁵⁹⁰, in quanto fondati su criteri acquisiti di spazio e tempo), quando ad essere lesi siano diritti della personalità⁵⁹¹: ai summenzionati fori si affianca quello del centro degli interessi del soggetto leso⁵⁹².

generalmente tenuto fermo dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia con riferimento alle fattispecie lesive di diritti patrimoniali, come quelle che attengono alla violazione della disciplina sul diritto d'autore (caso *Wintersteiger*, C-523/10, nel quale si è reputata irrilevante l'ubicazione geografica del *server*). In ambito euro-unitario, altro corollario del criterio della giurisdizione “*pro quota*” è che l'allocatione della giurisdizione può dipendere dal *petitum* immediato (*ibidem*, p. 16).

⁵⁹⁰ Osserva F. DI CIOMMO, *La responsabilità civile in internet*, cit., p. 229, che il *locus commissi delicti* “non appare, nella sua accezione tradizionale idoneo ad essere applicato alle fattispecie in cui viene in rilievo l'uso di reti telematiche e ciò in quanto entità ‘virtuali’ non possono essere individuate materialmente (*id est* dal punto di vista spaziale e temporale)”. Cfr. M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, cit., p. 351: “il fenomeno di *internet* non appare impartire una curvatura particolarmente significativa o deviante dai principi classici in materia di giurisdizione sull'illecito in danno di diritti immateriali”.

⁵⁹¹ V., anche per rilievi critici, e per taluni nodi tutt'ora irrisolti, E. GABELLINI, *La competenza giurisdizionale nel caso di lesione di un diritto della personalità attraverso internet*, in *Dejure online*, 2017. L'A. critica la soluzione normativa perché potrebbe aprire a pratiche di “*forum shopping*”, sebbene essa non possa dirsi “inedita”, alla luce della giurisprudenza della Corte di Cassazione che ha individuato costantemente il *forum commissi delicti* nel domicilio del soggetto leso. Per l'A. mortificherebbe la *ratio* della disposizione esaminata una forzata identificazione del *forum commissi delicti* col *forum actoris*. Peraltro, la proponibilità dell'azione in ciascuno dei fori sia stata accessibile la pubblicazione lesiva (per il danno ivi cagionato) sarebbe artificiosa: essa “si scontra con la natura del *web*, poiché la portata della diffusione dei contenuti messi in rete è, in linea di principio, universale, dipendendo dalla volontà, in ultima istanza, dai visitatori stessi di *internet*.”. Per quanto attiene alla individuazione del luogo della condotta, l'A. attribuisce rilievo unicamente alla sede di chi materialmente immette i contenuti illeciti in rete, senza riguardo al luogo in cui è ubicato il *server*. *Contra*, v. F. DI CIOMMO, *La responsabilità civile in internet*, cit., p. 230, che ritiene la soluzione dell'individuazione del *locus commissi delicti* col foro del danneggiato “*equa*”.

⁵⁹² Per la cui nozione v. M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, cit., p. 90 Per le persone giuridiche, esso corrisponde al luogo ove esercitano la parte più rilevante della propria attività (*ibidem*, p. 114). Tale criterio viene “fotografato” al momento della commissione dell'illecito (*ibidem*, p. 95). Il criterio del centro di interessi dovrebbe essere seguito nei casi di illeciti civili che attentino a diritti della personalità, quando il danno si produca contemporaneamente in più fori. V. CGUE, *eDate advertising GmbH* (C-509/09) e *Olivier Martinez e Robert Martinez v. MGN Limited* (C-161/10), che individua competenti nei casi di diffamazione a mezzo *internet* tanto il foro della immissione del materiale lesivo in rete, quanto i fori corrispondenti al centro di interessi dei soggetti danneggiati, ed anche – ma limitatamente alla porzione di danno quivi cagionato – i giudici di ognuno dei Paesi nei quali il contenuto è accessibile. Questa giurisprudenza, che come osservato (F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, cit., p. 26 s.) si discosta dalla giurisprudenza precedente (*Shevill c. Presse Alliance*, già citati) della Corte sembra giustificarsi sulla fisiologica maggior pervasività della rete. L'A. (p. 30, *ibidem*) ritiene di trarre, dalle pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea, l'insegnamento che gli illeciti a mezzo *internet* costituiscono una categoria a parte, distinta rispetto alla generalità di illeciti che attentano ad interessi non patrimoniali (ma in senso difforme, v. M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti*

Non già così nel caso in cui l'attentato sia a diritti avente contenuto meramente patrimoniale: i danni cui si guarda per il radicamento della giurisdizione sono solo quelli direttamente cagionati dalla condotta, non quelli riflessi⁵⁹³; il danno si realizza ove è ubicato il patrimonio che si assume lesa⁵⁹⁴; è dato concorso elettivo tra il *forum loci protectionis*⁵⁹⁵ (nel caso di diritti di proprietà industriale o intellettuale) – ovvero il *forum damni*⁵⁹⁶ (ad esempio nell'eventualità di illeciti anticoncorrenziali), a seconda dei casi – e il *forum commissi delicti*.

via internet, cit., p.77 s: la Corte sembrerebbe piuttosto ragionare secondo canoni di analisi economica del diritto, muovendo dall'assunto che la maggiore facilità – e minor costo con cui l'editore diffonde le proprie pubblicazioni – si trova ad esser compensato “dal rovesciamento del baricentro giurisdizionale”). Nella più recente giurisprudenza (caso *Bolagsupplysningen* C-12/15) l'approccio della Corte sembra registrare un irrigidimento rispetto al più permissivo “*mosaic approach*” (J. JUETTE, *Mere accessibility of a website does not trigger jurisdiction for injunctions when personality rights are infringed* (ECJ, C-194/16, *Bolagsupplysningen/İlsjan*), in *EuropeaLawBlog online*, 2017): per l'ordine di rimuovere i contenuti lesivi si richiede di adire il giudice competente per la totalità del danno, giacché tale ordine avrebbe carattere indivisibile. La Corte precisa anche che esula dai criteri comunitari qualsivoglia logica protettiva verso la parte debole, essendovi sottese solo esigenze di ordinata amministrazione della giustizia.

⁵⁹³ Caso *Marinari c. Lloyd's Bank* (C-364/93). Sul punto, M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, cit., p. 45.

⁵⁹⁴ Caso *Kronhofer* (C-168/02).

⁵⁹⁵ Caso *Wintesteiger* (523-10), che esclude nelle materie *de quibus* l'applicazione dei criteri *eDate Advertising* per l'individuazione della competenza (giacché questi dovrebbero applicarsi solo ai diritti della personalità) e chiarisce che i diritti di proprietà intellettuale sono protetti su base territoriale. Pertanto il foro della condotta è la sede della azienda che ha immesso i contenuti lesivi in rete, e il foro dell'evento dannoso è il *forum loci protectionis*, il luogo di registrazione del marchio. Per M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, cit., p. 348, nel caso del diritto d'autore, se anche possono chiedersi i danni in ciascuno stato nei quali il plagio sia stato accessibile, per l'inibitoria dovrebbe seguirsi il criterio del foro del convenuto (ma la giurisprudenza domestica opina diversamente, facendo leva su una ampia, “ubiqua”, nozione di *forum damni*), sempre se non vi è modo di fruire delle possibilità offerte dal litisconsorzio passivo in un foro “più conveniente” (*ibidem*, p. 341) e con l'avviso espresso che provvedimenti del giudice “periferico” dovrebbero comunque esser riconosciuti, stante il divieto di riesame nel “merito”.

⁵⁹⁶ Emblematici, in tal senso, gli illeciti lesivi della concorrenza (come nel caso *Concurrence* C-618/15, su cui v. M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, cit., p. 345). Per un approfondimento cfr. (anche nella prospettiva di un coordinamento con il Regolamento Roma II) C. BENINI, *La localizzazione dell'illecito concorrenziale nel regime di Bruxelles: riflessioni alla luce della sentenza FlyLAL II della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *PubliCatt online*, 2019. La Corte nel recente caso *FlyLAL II* (C-302/13) conferma la giurisprudenza *Kronhofer* e *Marinari* (che esclude rilevanza ai danni riflessi, indiretti, ai fini del radicamento della competenza) e individua il *locus damni* nel mercato ove si registra una contrazione delle vendite asseritamente dovuta alle condotte illecite. Nel caso di violazione di accordi di distribuzione esclusiva violati, il foro è quello dello Stato nel cui territorio il titolare gode del diritto di esclusiva. Così M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, cit., p. 347.

A questi principi di diritto – sebbene sembrano permanere taluni nodi irrisolti, segnatamente se la competenza del giudice può estendersi quanto è estesa la rete, tendendo all’universalità⁵⁹⁷ – si adegua la giurisprudenza italiana maggioritaria⁵⁹⁸.

Peraltro, in ossequio ad una logica che è stata definita di *doppio binario* tra giudizio di merito e cautelare⁵⁹⁹, (se anche rimane vero che soltanto nei casi in cui il giudice italiano sia fornito di giurisdizione ai sensi della normativa europea possano adottarsi

⁵⁹⁷ V. L. DAFFARRA, *Illeciti online e competenza a giudicare: verso nuove regole universalmente valide?*, in *Diritto24 online*, 2019. Ivi si riporta il parere reso dall’Avvocato Generale della Corte di Giustizia il 4 giugno 2019: “il giudice di uno Stato membro può statuire, in linea di principio, sulla rimozione di contenuti al di fuori del territorio di tale Stato membro, poiché la portata territoriale della sua competenza ha carattere universale”. Invece, per un esempio di *self-restraint* giudiziario in materia di proiezione delle conseguenze della decisione su altre giurisdizioni, v. Trib. Milano, 17 giugno 2020, in *Altalex online*, ove il collegio ritiene che l’ordine di rimozione di contenuti diffamatori esternati in Facebook, pronunciato ex art. 700 c.p.c., debba limitarsi allo spazio giuridico europeo, rinunciando ad assumere carattere mondiale (ciò a fronte della diversità di regolamentazione in materia di espressioni ingiuriose a livello mondiale, ma anche tenuto conto del fatto che il ricorrente non era persona nota e l’interesse di costui poteva dirsi assorbito da un ordine limitato allo spazio giudiziario europeo). Per una analisi più puntuale della pronuncia v. *infra*. Cfr. M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, cit., p. 139, in special modo nota 113: “la stessa Corte di Giustizia, si badi, si è peraltro guardata bene dal qualificare in termini di extraterritorialità della giurisdizione la questione di mero fatto legata alla percezione a livello mondiale della attuazione dei provvedimenti giurisdizionali [...] da parte del convenuto”. Infatti (*ibidem*, p. 142) “gli effetti giuridici che propriamente discendono dall’ordine cautelare non sono identificabili né confondibili con i mutamenti che sul piano fattuale la attuazione del comando giudiziale da parte dell’obbligato determina”. Insomma, l’ampiezza dell’ordine inibitorio non porrebbe alcuna questione di giurisdizione (*ibidem*, p. 17). Si tratta di un profilo di discrezionalità del giudice, più propriamente.

⁵⁹⁸ Le argomentazioni spese nella maggioranza delle pronunce conducono ad esiti sovrapponibili. In ossequio alla giurisprudenza *Kronhofer e Marinari*, il giudice italiano con atteggiamento di rigore identifica il *forum damni* col luogo in cui si verifica la lesione del diritto del danneggiato: allora, è irrilevante il luogo in cui il patrimonio ha risentito delle conseguenze dannose della lesione del diritto (Cass., SS.UU., 27 novembre 2015, n. 24245, che ha ritenuto irrilevante la circostanza che le informazioni delle quali si lamentava l’illecita sottrazione – lesione questa che doveva ritenersi avvenuta in Italia – sarebbero state sfruttate sul mercato tedesco, ivi generando un danno patrimoniale meramente riflesso di una già perfetta lesione del diritto del ricorrente). La S.C., memore quindi degli insegnamenti della Corte di Giustizia, opera una distinzione tra danno-evento e danno-conseguenze, ed assegna rilevanza al luogo del primo, non alla localizzazione del patrimonio del soggetto danneggiato (Cass., SS.UU., 28 aprile 2015, n. 8571, che ha escluso la giurisdizione italiana sulla scorta del fatto che la garanzia era stata illecitamente escussa in Turchia; Cass., SS.UU., 5 luglio 2011, n. 14654, che ha ritenuto competente invece il giudice inglese per il danno derivante da una transazione finanziaria asseritamente rovinosa, in quanto avvenuta a Londra; Cass., SS.UU., 27 dicembre 2011, n. 28811, che ha ritenuto carente di giurisdizione il giudice italiano per un illecito commesso da una banca avente sede all’estero). Per la lesione di diritti della personalità, v. Cass., SS.UU., 13 ottobre 2009, n. 21661 che ammette la scelta tra il foro della immissione dei contenuti generatori di danno in rete e il foro del centro di interessi del danneggiato.

⁵⁹⁹ Così A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d’urgenza*, cit., p. 452. Cfr. invece, per la questione di competenza territoriale, V. A. MONTELERO, *Attività di impresa in internet e tutela della persona*, cit., p. 38.

provvedimenti cautelari immediatamente esecutivi in tutto lo spazio giuridico dell'Unione⁶⁰⁰) quand'anche lo Stato competente sia altro dall'Italia, è possibile che siano emanati provvedimenti cautelari dal giudice italiano⁶⁰¹ a patto che questi non inducano cambiamenti irreversibili e che non si pretendano efficaci al di fuori dei confini nazionali⁶⁰².

Nel caso in cui il convenuto sia domiciliato in uno stato extra-comunitario⁶⁰³ e salvo che esistano convenzioni internazionali applicabili alla *res litigiosa* (secondo il disposto dell'art. 2, comma I, l. n. 218 del 1995), la giurisdizione si radicherà in Italia quando vi si trovi il convenuto⁶⁰⁴ ovvero quando il Regolamento⁶⁰⁵ individui l'Italia quale Paese

⁶⁰⁰ Così la già cit. Trib. Milano, 17 giugno 2020.

⁶⁰¹ Art. 35 del Regolamento: “I provvedimenti provvisori o cautelari previsti dalla legge di uno Stato membro possono essere richiesti all'autorità giurisdizionale di detto Stato membro anche se la competenza a conoscere del merito è riconosciuta all'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro”.

⁶⁰² A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 458. Si ritiene che le misure cautelari del foro esorbitante non godano di regime di circolazione ai sensi dell'art. 36 (il quale infatti parla di *decisione*, per la quale deve intendersi, ai fini del Regolamento, “a prescindere dalla denominazione usata, qualsiasi decisione emessa da un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, compresi un decreto, un'ordinanza, una decisione o un mandato di esecuzione, nonché una decisione relativa alla determinazione delle spese giudiziali da parte del cancelliere”. Prosegue la norma (art. 2) citata chiarendo che “Ai fini del capo III, la «decisione» comprende anche i provvedimenti provvisori e cautelari emessi da un'autorità giurisdizionale competente a conoscere nel merito ai sensi del presente regolamento. Essa non comprende i provvedimenti provvisori e cautelari emessi da tale autorità giurisdizionale senza che il convenuto sia stato invitato a comparire, a meno che la decisione contenente il provvedimento sia stata notificata o comunicata al convenuto prima dell'esecuzione”). Cfr. M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, cit., p. 136 s. L'A. ritiene non sia concepibile alcuna tutela cautelare elargita da un giudice diverso da quello competente per il merito, perché non riesce ad immaginare alcun caso in cui tale ordine inibitorio avrebbe efficacia limitata all'ambito territoriale del foro incompetente per il merito. Su questo non può concordarsi, giacché l'ordine di oscuramento rivolto agli *access providers* del Paese *ex hypothesi* incompetente nel merito sia un esempio bastevole a dimostrare che le cose stanno diversamente. Può aggiungersi il caso di ordine rivolto all'*hosting provider* di oscurare un contenuto particolare limitatamente all'area geografica interessata. Potrà però, come è ovvio, porsi un problema di contrasto tra comando giurisdizionale e ordine pubblico materiale del foro del convenuto straniero (*ibidem*, p. 148).

⁶⁰³ Art. 6, comma I, del Regolamento.

⁶⁰⁴ L. 218 del 1995, art. 3, comma I: “La giurisdizione italiana sussiste quando il convenuto è domiciliato o residente in Italia o vi ha un rappresentante che sia autorizzato a stare in giudizio a norma dell'art. 77 cod. proc. civ. e negli altri casi in cui è prevista dalla legge”.

⁶⁰⁵ I criteri di cui al Regolamento – si avverte in dottrina (G. VITELLINO, v. *Obbligazioni extracontrattuali [dir. int. priv.]*, in *Enc. giur. Treccani online*, 2018) – operano in maniera differente. Giacché non vi è concorso col *forum rei*, comunque presente all'interno dello spazio giuridico unificato europeo, il criterio del *locus commissi delicti* opererà in maniera assai meno restrittiva.

competente⁶⁰⁶, non potendo – nelle materie contemplate dal Regolamento – il foro dell’attore operare quale criterio residuale al fine suddetto (affermare la giurisdizione in capo al giudice italiano)⁶⁰⁷.

Si farà poi questione di stabilire quale sia il diritto applicabile al rapporto controverso: occorrerà distinguere a seconda che il convenuto risieda (o abbia il centro dei propri

⁶⁰⁶ *Ibidem*, comma II, prima parte: “La giurisdizione sussiste inoltre in base ai criteri stabiliti dalle Sezioni 2, 3 e 4 del Titolo II della Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e protocollo, firmati a Bruxelles il 27 settembre 1968, resi esecutivi con la L. 21 giugno 1971, n. 804, e successive modificazioni in vigore per l’Italia, anche allorché il convenuto non sia domiciliato nel territorio di uno Stato contraente, quando si tratti di una delle materie comprese nel campo di applicazione della Convenzione”. In questo senso, v. Cass., SS.UU., 21 ottobre 2009, n. 22239, che ribadisce debbano applicarsi, ai fini della determinazione della giurisdizione italiana, i criteri della Convenzione anche quando il convenuto non abbia il domicilio entro i confini di uno Stato firmatario.

⁶⁰⁷ *Ibidem*, comma II, ult. parte: “Rispetto alle altre materie la giurisdizione sussiste anche in base ai criteri stabiliti per la competenza per territorio”; le “altre” materie per le quali si potrebbe radicare la competenza in Italia anche in base al *forum* attoreo sono solo quelle (poche) non contemplate dal Regolamento. Così anche in G. VITELLINO, v. “*Obbligazioni extracontrattuali [dir. int. priv.]*”, cit.: “In virtù del primato del diritto UE, pertanto, le norme interne della l. 31.5.1995, n. 218, trovano ormai applicazione in via residuale alle fattispecie (o agli aspetti) non direttamente disciplinati dalle norme UE, e purché non pregiudichino la piena efficacia di queste ultime”. Per la disciplina di questi (pochi) casi, v. V. A. MONTELERO, *Attività di impresa in internet e tutela della persona*, cit., p. 28.

interessi) in uno Stato europeo⁶⁰⁸, oppure no⁶⁰⁹, e se il rapporto abbia natura contrattuale⁶¹⁰, o meno⁶¹¹.

⁶⁰⁸ Nel qual caso saranno applicabili i Regolamenti “Roma I” (Reg. CE/2008/593) e “Roma II” (Reg. CE/2007/864), rispettivamente formulati con riguardo alle controversie aventi natura contrattuale ed extracontrattuale. Ai sensi del diritto dell’Unione, a spartire le acque sarà la circostanza che l’obbligo è stato liberamente assunto oppure no. Così in F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, cit., p. 85. La più recente dottrina europea in materia è condensata nelle sentt. *Henkel* (C-167/00) e *ERGOInsurance e Gjensidige Baltic* (C-359/14 e C-475/14). Le inibitorie collettive in ambito consumeristico ed in materia di concorrenza sleale hanno natura extracontrattuale. Su questo cfr. la sent. *Verein Fur Konsumenteninformation* (C-191/15) anche per approfondimenti sulla particolare protezione accordata ai consumatori. In argomento, C. FRATTARI, *E-commerce: diritto applicabile e tutela dei consumatori*, nota di commento a Corte di Giustizia UE, sez. III, 28 luglio 2016, causa C-191/15, in *Orientamenti della Corte di Giustizia dell’Unione europea in materia di responsabilità civile*, a cura di G. Alpa e G. Conte, Giappichelli Editore, Torino, 2018, pp. 267 ss. V. anche M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, cit., p. 180, per la constatazione che i Regolamenti Roma I e II andranno integrati con l’applicazione di talune norme processuali della *lex fori*. La *lex causae* si applica secondo i principi suoi propri (es: “presunzioni giuriprudenziali”, che ripartiscono l’onere dalla prova anche contrariamente alla indicazione “formale” proveniente dalle disposizioni scritte), ma (*ibidem*, p. 184) l’art. 24 Cost. e la clausola d’ordine pubblico (art. 16 l. dir. int. privato) fanno fa argine all’ingresso di norme che comprimono eccessivamente il diritto alla prova o alla controprova.

⁶⁰⁹ Nel qual caso si guarderà alla l. 218 del 1995 (Titolo III, su cui v. *infra*, in nota) ovvero alle convenzioni internazionali eventualmente stipulate dall’Italia (art. 2, comma I, *ibidem*).

⁶¹⁰ Il Regolamento “Roma I” (Regolamento CE n. 593 del 2008) normalmente rimanda alla legge del Paese di residenza del venditore (lett. a), del prestatore del servizio (lett. b), del distributore (lett. f). Norme particolari sono dettate per il contratto di trasporto (art. 5), contratti conclusi tra consumatore e professionista (art. 6), il contratto di *franchising* (art. 4, comma I, lett. e), contratti di assicurazione (art. 7), contratti di lavoro (art. 8). Le questioni giuridiche sottratte alla disciplina della *lex fori* (e riservate alla *lex contractus*) sono quelle di cui agli artt. 10-18 del Regolamento (principalmente: esistenza o validità del contratto, requisiti formali, l’interpretazione del contratto, determinazione delle obbligazioni che ne discendono, conseguenze dell’inadempimento, conseguenze che discendono dalla nullità, cessione del contratto e la surrogazione, compensazione, presunzioni probatorie). V. *amplius* M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, cit., p. 418 s per il *forum solutionis*, nonché *ibidem*, p. 376 per la disciplina del *forum protectionis* del consumatore.

⁶¹¹ Il Regolamento “Roma II” (Regolamento CE n. 864/2007) esclude dal proprio campo di applicazione (art. 1, comma 2, lett. g), fra le altre, “le obbligazioni extracontrattuali che derivano da violazioni della vita privata e dei diritti della personalità, compresa la diffamazione” (sulla legge applicabile in questo caso, v. M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, cit., p. 179). Il criterio generale (art. 4) è quello della legge del Paese in cui si verifica il danno “indipendentemente dal paese nel quale è avvenuto il fatto che ha dato origine al danno e a prescindere dal paese o dai paesi in cui si verificano le conseguenze indirette di tale fatto” (cioè la *lex loci damni*); tuttavia laddove attore e convenuto risiedano abitualmente nel medesimo Stato, dovrà farsi applicazione della legge di quello (è fatto salvo il caso – invero di stretta interpretazione, ad opinione di G. VITELLINO, v. *Obbligazioni extracontrattuali [dir. Int. priv.]*, cit. – in cui “dal complesso delle circostanze del caso risulta chiaramente che il fatto illecito presenta collegamenti manifestamente più stretti con un paese diverso da quello di cui ai paragrafi 1 o 2, si applica la legge di quest’altro paese. Un collegamento manifestamente più stretto con un altro paese potrebbe fondarsi segnatamente su una relazione preesistente tra le parti, quale un contratto, che presenti uno stretto

2. La responsabilità del prestatore dei servizi in rete.

Sciolti i nodi relativi alla giurisdizione e il diritto applicabile al rapporto, si farà questione di stabilire quale livello di cooperazione è lecito pretendere dai soggetti che prestano servizi in rete (ISP, “*Internet service providers*”)⁶¹² e garantiscono il funzionamento – a vario titolo e su più livelli – della rete. Quale che sia il diritto applicabile e il giudice nazionale europeo competente, l’interprete accoglierà con sollievo la notevole armonizzazione⁶¹³ che è assicurata dalla Direttiva (2000/31/CE) sul commercio elettronico⁶¹⁴.

collegamento con il fatto illecito in questione”). Criteri speciali sono dettati per responsabilità da prodotto (art. 5), concorrenza sleale o condotte lesive della concorrenza (art. 6), danni ambientali (art. 7), proprietà intellettuale (art. 8), attività sindacali (art. 9). Alla *lex fori* sono sottratte le questioni di cui agli artt. 15-22 (Capo V, “norme comuni”) riservano alla disciplina della *lex delicti*. Per la lesione di delitti della personalità dovrà continuare ad interrogarsi la disciplina comune (l. 218/1995, Titolo III), che dimostra di distinguere (art. 62) tra fatto generatore ed evento dannoso (“La responsabilità per fatto illecito è regolata dalla legge dello Stato in cui si è verificato l’evento. Tuttavia il danneggiato può chiedere l’applicazione della legge dello Stato in cui si è verificato il fatto che ha causato il danno. / Qualora il fatto illecito coinvolga soltanto cittadini di un medesimo Stato in esso residenti, si applica la legge di tale Stato”), assegnando rilievo a questi (*lex damni*) salvo che il danneggiato opti per l’applicazione della legge del luogo della condotta. Disposizioni speciali (art. 63) sono dettate per la responsabilità da prodotto.

⁶¹² Tali sono “i prestatori intermediari”, nel linguaggio della Direttiva 2000/31/CE, su cui v. subito *infra*. L’ambito applicativo della Direttiva è invero più ampio, ed essa meriterebbe ben altri approfondimenti, in quanto genericamente regola “la libera circolazione dei servizi” e quindi è rivolta a normare la condotta della generalità dei “prestatori”, cioè le persone fisiche o giuridiche che prestano servizi della società dell’informazione (qualunque attività economica svolta in linea, su questo cfr. Considerando 17 ss. della Direttiva).

⁶¹³ La pretesa dell’attore di vedersi applicato il diritto del proprio Paese viene respinta da Trib. Torino, 24 gennaio 2018, in *Dejure online*: il giudice ha rifiutato di rinviare la relativa questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia, sulla scorta del fatto che la legislazione italiana e francese costituiscono recepimento pedissequo delle disposizioni comunitarie, di talché non v’è interesse a sollevare una simile eccezione.

⁶¹⁴ Direttiva del Consiglio CE 2000/31 dell’8 giugno del 2000, relativa a *taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell’informazione*, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (d’ora innanzi, semplicemente “la Direttiva”). La Direttiva “mira a contribuire al buon funzionamento del mercato garantendo la libera circolazione dei servizi della società dell’informazione tra Stati membri” (art. 1), ravvicinando (comma II) le “norme nazionali sui servizi della società dell’informazione”, quelle relative allo “stabilimento dei prestatori”, “le comunicazioni commerciali, i contratti per via elettronica, la responsabilità degli intermediari, i codici di condotta, la composizione extragiudiziarie delle controversie, i ricorsi giurisdizionali e la cooperazione tra Stati membri”. Ci si cura di specificare (comma IV) che la Direttiva “non introduce norme supplementari di diritto privato, né tratta delle competenze degli organi giurisdizionali”.

La suddetta direttiva stabilisce che gli Stati membri non possono “limitare la libera circolazione dei servizi della società dell’informazione provenienti da un altro Stato”⁶¹⁵, salvo che per imperativi motivi di ordine pubblico, tutela della salute pubblica, pubblica sicurezza e difesa nazionale, tutela dei consumatori⁶¹⁶; garantisce agli investitori la possibilità d’ingresso nel mercato della prestazione di servizi *internet* senza necessità di autorizzazione *ad hoc*⁶¹⁷; dispone che talune informazioni minime siano accessibili da parte dei destinatari dei servizi⁶¹⁸; detta una disciplina delle informazioni commerciali⁶¹⁹; detta una disciplina dei contratti conclusi per via elettronica⁶²⁰.

⁶¹⁵ Art. 3, comma II, della Direttiva.

⁶¹⁶ Art. 3, comma IV. Si richiede che i provvedimenti siano proporzionati all’obiettivo.

⁶¹⁷ Art. 4, comma I: “Gli Stati membri garantiscono che l’accesso all’attività di un prestatore di un servizio della società dell’informazione ed il suo esercizio non siano soggetti ad autorizzazione preventiva o ad altri requisiti di effetto equivalente”. Il comma II fa salvi “i sistemi di autorizzazione che non riguardano specificatamente ed esclusivamente i servizi della società dell’informazione, o i sistemi di cui alla direttiva 97/13/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 aprile 1997, relativa ad una disciplina comune in materia di autorizzazioni generali e di licenze individuali nel settore dei servizi di telecomunicazione”. In Italia, la materia è disciplinata dal Codice delle Comunicazioni Elettroniche (d. lgs. 259 del 2003, che ha subito sostanziali modifiche con l’emanazione del d. lgs. 70 del 2012), che subordina l’esercizio dell’attività *de qua* ad una autorizzazione generale (art. 25).

⁶¹⁸ Art. 5. Le informazioni che debbono essere accessibili “in modo diretto e permanente” sono: a) nome del prestatore; b) indirizzo geografico ove il prestatore è stabilito; c) indicazione dei contatti, compreso l’indirizzo di posta elettronica; d) estremi di iscrizione presso il pubblico registro, se applicabile; e) gli estremi dell’Autorità di controllo, qualora l’attività sia sottoposta ad autorizzazione; f) (per le professioni regolamentate) l’ordine professionale, il titolo professionale, un riferimento alle norme professionali vigenti nel Paese; g) parametri identificativi per l’imposta sul valore aggiunto (se applicabili).

⁶¹⁹ Essenzialmente prescrivendo (alla Sezione 2) che le informazioni commerciali siano chiaramente intelleggibili come tali.

⁶²⁰ Art. 9, comma I: “Gli Stati membri provvedono affinché il loro ordinamento giuridico renda possibili i contratti per via elettronica. Essi in particolare, assicurano a che la normativa relativa alla formazione del contratto non osti all’uso effettivo dei contratti elettronici e non li privi di efficacia e validità in quanto stipulati per via elettronica”. Il successivo comma II elenca una serie di materie che gli Stati possono sottrarre all’applicazione del comma I. Disposizione non irrilevante se si considera che all’alba della emanazione della Direttiva autorevoli interpreti parlavano di contratto telematico nei termini di “scambio senza accordo” (M. FARINA, *Elementi di diritto dell’informatica*, cit., p. 86). Le disposizioni di cui agli artt. 10 ed 11 sono rese in buona parte (ma non del tutto) superflue dalla disciplina più ampia ed articolata dei contratti conclusi a distanza tra consumatore e professionista (d. lgs. 206 del 2005, art. 51, comma II) che contempla un sistema di “warning”, cioè di allerta per il consumatore del fatto che sta concludendo un contratto che comporta obblighi di pagamento. Tali disposizioni hanno tuttavia un ambito di applicazione soggettivo più ristretto rispetto alla Direttiva.

Accanto a tali norme applicabili alla generalità dei soggetti che prestano servizi della società dell'informazione, ve ne son talune, che qui interessano particolarmente, formulate con espresso riferimento ai *prestatori intermediari*, cioè gli ISP (*internet service providers*), quanti prestano un servizio tecnicamente funzionale a garantire l'accesso, la fruizione e l'immissione dei contenuti in rete⁶²¹.

Codesti soggetti svolgono un compito socialmente ed economicamente rilevante, che sarebbe compromesso da previsioni normative che li rendano corresponsabili di illeciti civili commessi da talaltri che facciano uso delle loro infrastrutture⁶²². È pertanto occorsa al legislatore europeo la necessità di uniformare le regole che governano la responsabilità civile di tali *prestatori intermediari*⁶²³, facendo norma del principio per cui gli intermediari che si limitano a svolgere una attività “tecnica”, “automatica”, “passiva”⁶²⁴,

⁶²¹ M. COCUCCHIO, *La responsabilità civile per fatto illecito dell'internet service provider*, in *Dejure online*, 2015 osserva che: “La funzione del *provider*, quindi, è quella di un intermediario, che fornisce un collegamento tra chi intende comunicare un'informazione e i destinatari della stessa”. La disciplina è soggettivamente limitata a chi eserciti professionalmente l'attività di intermediazione. Tuttavia, condivisibilmente, si è osservato in dottrina, che la normativa in quanto “generale” si presta a fornire all'interprete i principi cui fare ricorso “anche oltre l'ambito soggettivo e oggettivo della norma”: le attività non prese in considerazione dalla normativa comunitaria saranno disciplinate dal diritto interno “alla luce dei principi posti dalla direttiva comunitaria” (M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, cit., p. 190 s). Forse, sarebbe opportuno rammentare che la diligenza richiesta ai “soggetti amatoriali” sarà quella ordinaria, non quella dell'accorto professionista.

⁶²² Dettagliata sul punto la disamina – anche comparativa – di R. PANETTA, *Il ruolo dell'internet service provider e i profili di responsabilità civile*, in *Dejure online*, 2019. Le disposizioni sono dette comunemente “*safe harbour provisions*”.

⁶²³ Si tratta di un sistema di responsabilità *incompleto*. Così M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, cit., pp. 297-299. Rimane l'art. 2043 c.c. la norma generale in materia di responsabilità degli attori di *internet*.

⁶²⁴ Considerando 42 della Dirrettiva.

non dovrebbero rispondere degli illeciti commessi a mezzo delle proprie infrastrutture⁶²⁵; né dovrebbero essere gravati del compito di generale vigilanza⁶²⁶.

Tale esenzione di responsabilità non è tuttavia illimitata: si richiede di dismettere le vesti della “neutralità “e farsi carico – una volta che il prestatore sia informato o si renda conto del carattere illecito della trasmissione – di informare senza indugio l’autorità (giudiziaria o amministrativa ⁶²⁷), e quando quest’ultima ordini la rimozione, ottemperare tempestivamente e conformarsi al comando⁶²⁸.

⁶²⁵ Una illimitata esposizione ad azioni risarcitorie per fatti illeciti, pressoché scontata vista la dimensione globale della rete – si argomenta in M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell’Internet service provider*, cit, p. 229 – costituirebbe una variabile non soppesabile compiutamente *ex ante*. In effetti, osserva l’A. alla p. 302 s., la disciplina europea è imperniata attorno al rifiuto della responsabilità oggettiva del *provider*, ma anche del rifiuto del sistema di responsabilità aggravata e speciale (2049 c.c., 2050 c.c., 2051 c.c.) che la giurisprudenza italiana aveva costruito.

⁶²⁶ Considerando 47, *ibidem*. Ivi si specifica che ciò non pregiudica gli obblighi di sorveglianza *in casi specifici*. Su questo v. *infra*. Cfr. M. COCUCCIO, *La responsabilità civile per fatto illecito dell’internet service provider*, cit., per cui tali prestatori sarebbero dispensati della ricerca attiva di fatti integranti gli estremi dell’illecito.

⁶²⁷ L’Autorità in questione sarà “generalmente” l’Autorità di Garanzia per le Comunicazioni, il Garante per la protezione dei dati personali, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Così in M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell’Internet service provider*, cit. p. 277, nota 308.

⁶²⁸ Considerando 46 della Direttiva, nonché art. 18, *ibidem*: “Gli Stati membri provvedono affinché i ricorsi giurisdizionali previsti dal diritto nazionale per quanto concerne le attività dei servizi della società dell’informazione consentano di prendere rapidamente provvedimenti, anche provvisori, atti a porre fine alle violazioni e a impedire ulteriori danni agli interessi in causa”. Detti principi trovano cittadinanza entro l’art. 17 del d. lgs. n. 70 del 2003 di recepimento della Direttiva. Ivi sono raccolte delle norme – comuni a tutti i prestatori intermediari – che prescrivono quale condotta debba serbare il prestatore che si sovvenga della illiceità di informazioni che sono accessibili, transitano o dimorano presso la propria infrastruttura: ribadito – con particolare vigore – che non esiste alcun obbligo generale di sorveglianza, si prevede che il prestatore è *comunque* tenuto “ad informare senza indugio l’autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell’informazione” nonché “fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l’identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite”. *In cauda*, l’art. 17 sancisce che “Il prestatore è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall’autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha agito prontamente per impedire l’accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l’accesso, non ha provveduto ad informarne l’autorità competente”. V. Trib. Milano, 18 giugno 2018, in *Dejure online*: In tema di *provider*, le società d’informazioni svolgono attività di “semplice trasporto dati” – mere conduit – o di memorizzazione delle informazioni – *hosting* – e non è quindi ravvisabile un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano, né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti che rivelino la presenza di attività illecite. Una tale obbligazione sarebbe incompatibile

Il sistema è quindi ora basato su un regime derogatorio delle norme in materia di responsabilità civile⁶²⁹ – e come tale di stretta interpretazione⁶³⁰, non estensibile ad ipotesi non tassativamente indicate dal legislatore – costruito sulla *colpa specifica* dell’ISP⁶³¹, alla cui ricorrenza è subordinato il sorgere della responsabilità del prestatore,

con le misure cautelari che ontologicamente devono essere proporzionate e non inutilmente costose. Ciò precisato, il *provider* è, però, tenuto a informare tempestivamente l’autorità giudiziaria o amministrativa, qualora venga a conoscenza di attività illecite commesse attraverso i servizi resi. Infatti, pur in mancanza di un obbligo generale di sorveglianza, gli *internet service provider* rispondono civilmente del contenuto dei servizi se, richiesti dall’autorità giudiziaria o amministrativa, non agiscono prontamente per impedire l’accesso al contenuto di tali servizi (art. 17, ult. comma).

⁶²⁹ V. F. DI CIOMMO, *La responsabilità civile in internet*, cit., p. 242, che non stabilisce un regime di responsabilità *ad hoc*, solo si limita a prevedere quando può applicarsi (e quando no) la regola di diritto comune al prestatore. V. inoltre R. PANETTA, *Il ruolo dell’internet service provider e i profili di responsabilità civile*, cit.. L’A. ritiene che torneranno applicabili gli artt. 2043, 2050 e 2051 c.c., caduti i presupposti per l’esenzione da responsabilità (dello stesso avviso E. TOSI, *Diritto privato dell’informatica e dell’internet*, cit., p. 445). Cfr. però M. DE CATA, *La responsabilità dell’internet service provider*, cit., p. 90, che ritiene che solo per mezzo di evidenti forzature ed incongruenze possa ricondursi l’attività del *provider* alla fattispecie della responsabilità per cose in custodia o per attività pericolose (nel primo caso, perché la cosa deve essere “causa e non occasione di danno” e non sussisterebbe alcun “potere di governo sulla cosa”, che costituisce il *quid* della posizione di custode; nel secondo caso perché l’attività pericolosa sarebbe tale *ex se*, sulla base di una valutazione *ex ante*, essendo totalmente irrilevante che essa è fonte di danno, se quel danno è ingenerato dal *cattivo uso* della cosa – pur frequente – da parte dell’utenza). V. anche F. BRAVO, *La responsabilità civile degli internet service providers*, cit., p. 689: il legislatore europeo mostra di essere consapevole della parzialità della disciplina che detta.

⁶³⁰ Da. Trib. Milano, 25 marzo 2013, in *Dejure online*: “In tale panorama, già chiaramente indicativo di un’attenzione al contenimento delle ipotesi di esonero di responsabilità, non può essere trascurato il carattere evidentemente eccezionale della scelta legislativa di escludere la responsabilità del prestatore di servizi, che si pone in una logica diametralmente opposta al generale sistema di attribuzione della responsabilità civile da fatto illecito. L’eccezionalità della previsione deve necessariamente indurre a considerare le disposizioni di cui agli artt. 14, 15, 16 di stretta applicazione, senza la possibilità di interpretazioni estensive delle medesime”.

⁶³¹ Così F. DI CIOMMO, *La responsabilità civile in internet*, cit., p. 245, che ritiene il regime di responsabilità costruito sulla colpa specifico dominato da sfiducia verso l’interprete. Colpa che, in ragione del fatto che il legislatore ha dettato delle norme di condotta alle quali il *provider* deve attenersi, tende ad *oggettivizzarsi*, identificandosi in un giudizio sulla violazione delle norme di comportamento date. Una lettura “coordinata” delle esimenti condurrebbe ad affermare che si ha una forma di responsabilità civile con criterio di imputazione soggettiva, nella quale tuttavia talvolta la colpa resta “implicita” nella condotta. Qui, proprio qui, si avvicinano responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, che “pur restando separati, tendono ad incontrarsi (a sfiorarsi) sul terreno della responsabilità professionale, fondata, appunto, sul rispetto delle regole dell’arte e della tecnica, nelle quali si oggettivizza la diligenza del professionista-prestatore di servizi *internet*”. Così in M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell’Internet service provider*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2006, pp. 382 ss. Nel caso in cui il prestatore sia consapevole dell’illiceità delle informazioni ed ometta di cooperare, si verserebbe in un caso di partecipazione dolosa in altrui illecito, la colpa essendo circoscritta ai casi in cui si conosca la presenza di materiale *sospetto* illecito (nel qual caso il prestatore è chiamato a rispondere della *propria* condotta illecita) (*Ibidem*, p. 340 s). *Contra*, M. DE

che si affianca a quella dell'autore della violazione⁶³². Ciò è come dire che sono prescritte una serie di condotte alle quali il *provider* deve attenersi (riducibili *ad unum*: rimanere estranei rispetto alle informazioni trasmesse ovvero memorizzate, quindi adoperarsi al fine di sopprimere gli illeciti quando richiesto dalla normativa) perché ricorrano le *exemptions*⁶³³.

Senza pregiudizio per le sintetiche considerazioni svolte, sembra doveroso nondimeno addentrarsi in una più compiuta analisi di ciascuna delle figure di prestatore intermediario disciplinate alla Direttiva (visto il ruolo giocato dalla giurisprudenza eurounitaria che voluto quanto più possibile “anticipare la prospettiva rimediale”⁶³⁴, ha dato una lettura particolarmente “interventista” della figura del *provider*), analisi che sarà svolta ai

CATA, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, cit., p. 207. La scelta della colpa sarebbe (E. TOSI, *Diritto privato dell'informatica e dell'internet*, cit., p. 456) in controtendenza rispetto alla responsabilità d'impresa che è andata verso l'oggettivizzazione.

⁶³² Così in M. COCUCCIO, *La responsabilità civile per fatto illecito dell'internet service provider*, cit., È una responsabilità quindi che si *affianca* a quella dell'utente che ha immesso i contenuti illeciti in rete. L'affiancamento si giustifica col fatto che l'autore dell'illecito agisce con la necessaria intermediazione dell'ISP (M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, cit., p. 283 s.). Responsabilità che sarebbe limitata alla parte di danno cagionata dalla inerzia dell'intermediario, senza che si configuri *ipso iure* una responsabilità in solido per l'intero ammontare del danno, ivi compresa la parte *antecedente* l'omissione del prestatore (dello stesso avviso: F. DI CIOMMO, *La responsabilità civile in internet*, cit., p. 244). Rimane fermo il diritto del *provider* di esperire azione di regresso (deve ritenersi per l'intero). Per l'A. il prestatore non è un *garante o protettore* dei terzi, i quali deve indennizzare accollandosi una responsabilità oggettiva, quasi un “rischio da illecito” (*ibidem*, p. 318; ma su questo cfr. M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, cit., p. 75, che al contrario ritiene che il prestatore risponde per fatto altrui, a titolo di omessa vigilanza sulla condotta dei destinatari del servizio). Si comprende come sia forte la tentazione di forzare una simile interpretazione: “il *provider* a differenza degli *users* è soggetto individuabile e spesso patrimonialmente capiente” (M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, cit., p. 74. Quest'ultimo A. profonde una doviziosa analisi economica del diritto, per giungere alle conclusioni che il regime di responsabilità del prestatore costituisce “elemento strutturale del mercato”. Tali tentazioni sono quindi da respingere. La scelta del sistema di responsabilità sarebbe peraltro in linea con la funzione preventiva che si vuole conferire alla materia).

⁶³³ Così in M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, cit., p. 199. Le *exemptions* non escludono la sanzione in caso di comportamenti “positivi”, ma prevedono responsabilità per “condotte negative”: con ciò il legislatore riconduce la responsabilità del *provider* alla colpa omissiva (cioè la mancata osservanza di una condotta doverosa). Questa è figura eccezionale, perché connessa alla mancata azione a tutela di un bene giuridico altrui. Peraltro, ogni tentativo di ravvisare tale colpa *in re ipsa* sarebbe da respingere in quanto mirato ad introdurre surrettiziamente un regime di responsabilità oggettiva. Non può quindi mai prescindere da un giudizio sulla esigibilità della condotta nel caso concreto.

⁶³⁴ Così in R. PETRUSO, *La responsabilità degli intermediari di internet e nuovi obblighi di conformazione: robo-takedown, policy of termination, notice and take steps*, in *Dejure online*, 2017.

paragrafi seguenti, affinché poi, in coda al capitolo, possano tirarsi le fila, e chiarire quanto strettamente tale disciplina si lega al tema della tutela dei diritti lesi in rete⁶³⁵.

Come si vedrà, mentre il regime per la responsabilità omissiva del prestatore è disomogeneo (e quindi differente a seconda della funzione di intermediazione dell'informazione svolta), con identica dizione si prevede, per ciascuna classe di prestatore intermediario, che "l'autorità giudiziaria o quella amministrativa, avente funzioni di vigilanza, può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio" delle attività che gli competono "impedisca o ponga fine alle violazioni commesse"⁶³⁶. L'interpretazione ormai unanime della disposizione in esame, su cui comunque si tornerà in seguito, è che, a prescindere dalla configurazione dell'illecito omissivo del prestatore, e quindi *prima che il prestatore possa dirsi responsabile*, costui può essere chiamato – anche nelle forme del procedimento *ex art. 700 c.p.c.* – a sopprimere gli illeciti⁶³⁷.

Basti osservare – per concludere tale disamina con una affermazione valida ad orientarsi nella generalità dei casi – che al prestatore "buon samaritano"⁶³⁸ (anche prima della emanazione della Direttiva, ad onore del vero, era ed) è richiesto: a) di non offrire un

⁶³⁵ Per questo, s'era detto nel momento in cui ci si accingeva ad affrontare la presente analisi, l'ottica più confacente è quella del *rimedio*, cioè la "concreta risposta che l'ordinamento assicura contro un torto ricevuto" (A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 14), perché tale ottica – ridimensionata "la storica contrapposizione *sub specie tutelae* tra diritto e processo" (*ibidem*, p. 7) – consente di mettere a fuoco come la nozione di tutela sia in realtà più ampia di "tutela giurisdizionale" (*ibidem*, p. 11), come, del resto, più ampia è la nozione di tutela dei diritti accolta al Libro VI del Codice.

⁶³⁶ Cfr. gli ultimi commi, rispettivamente, degli artt. 14, 15, 16 del d. lgs. 70 del 2003 di recepimento della Direttiva (ed in particolare, dell'art. 18) in esame. Tali disposizioni disciplinano una inibitoria cautelare tipica. Così M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, cit., p. 140.

⁶³⁷ Così E. TOSI, *La disciplina applicabile all'hosting provider per la pubblicazione di contenuti protetti dal diritto d'autore, tra speciali irresponsabilità dell'ISP passivo e comune responsabilità dell'ISP attivo, alla luce di Cassazione 7708/2019 e 7709/2019*, in *Dejure online*, 2019.

⁶³⁸ Il riferimento è alla Comunicazione della Commissione (COM/555/2017) del 28 settembre 2017, "Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme *online*". Essa racchiude le (più) elevate aspettative della Commissione nei confronti dei prestatori intermediari, il cui ruolo è fondamentale per tenere fermo il principio per cui "ciò che è illegale *offline* è illegale anche *online*" (che non è certo nuovo: cfr. E. TOSI, *Diritto privato dell'informatica e dell'internet*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 445). Il documento, pur non giuridicamente vincolante rappresenta frutto e motore di una interpretazione evolutiva del ruolo dei *providers* e viene richiamato nella giurisprudenza della S. C. di Cassazione. Su questo però si tornerà a breve. In dottrina v. M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, cit., p. 140. Sul piano sostanziale, anche se il gestore della piattaforma è irresponsabile, "la legittimazione passiva del prestatore di servizi, nondimeno, sussisterà pur sempre".

servizio “ontologicamente” rivolto a consentire illeciti; b) di non aver partecipato fattivamente all’apporto di contenuti; c) di non aver taciuto gli elementi utili al fine di identificare gli autori della condotte lesive; d) di attivarsi per cancellare gli illeciti non appena se ne viene a conoscenza⁶³⁹. Soddisfare queste condizioni (sia consentito dire, superare il “*test del provider*”), permette al prestatore di conseguire e mantenere una *immunità*⁶⁴⁰, per ogni tipo di illecito, amministrativo, civile, penale.

L’assenza dell’obbligo generale di vigilanza è enunciata all’art. 17 del d. lgs. 70 del 2003 e si riferisce a tutti gli *internet service providers*⁶⁴¹, cioè “i prestatori intermediari”,

⁶³⁹ Così in F. DI CIOMMO, *La responsabilità civile in internet*, cit., p. 232.

⁶⁴⁰ F. DI CIOMMO, *La responsabilità civile in internet*, cit., p. 243 parla di “immunità condizionata del prestatore”. F. BRAVO, *La responsabilità civile degli internet service providers*, cit., p. 696 ss ritiene che non per questo possa parlarsi di regime “unitario” di (ir)responsabilità, giacché le norme vanno lette sistematicamente, in collegamento con le altre norme civili e penali. Per l’A. (*ibidem*, p. 712) la soluzione è una disciplina che si avvicina “ad una regola di immunità”, ma che consente di fissare una responsabilità in presenza di “circostante ‘controllabili’ ed ‘evitabili’ dallo stesso *provider* con una condotta di diligenza”.

⁶⁴¹ V. M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell’Internet service provider*, cit., p. 306 ss. Il principio di assenza dell’obbligo generale di sorveglianza da parte del *service provider* è ridimensionato dagli artt. da 14 a 16 del d. lgs. 70 del 2003 (dello stesso avviso E. TOSI, *Diritto privato dell’informatica e dell’internet*, cit., p. 453). Il legislatore italiano ha fatto uso – con l’art. 17 – dei margini di intervento riconosciuti dal legislatore comunitario (art. 15 della Direttiva, comma II: “Gli Stati membri possono stabilire che i prestatori di servizi della società dell’informazione siano tenuti ad informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o a comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l’identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati”) per porre a carico del *provider* l’obbligo di informare senza indugio l’autorità giudiziaria o amministrativa (art. 17, secondo comma, del Decreto legislativo) quindi di collaborare con queste (ult. comma, *ibidem*). Per l’A. ciò smentirebbe, in sostanza, il principio di assenza dell’obbligo di vigilare. Tale contrasto può trovare composizione in via interpretativa se si legge la norma di cui all’art. 17 del d. lgs. 70 del 2003 come destinata a disciplinare la fase *successiva* alla commissione dell’illecito, nella qual fase sembra che il prestatore debba ritenersi gravato da un obbligo speciale di controllo sulle informazioni trasmesse o memorizzate. Quella prospettata non sembra però l’interpretazione preferibile. Tale artificiosa separazione non sembra calzante almeno per l’attività dell’*host*, gli illeciti compiuti a mezzo della cui infrastruttura sarebbero permanenti. L’art. 17 del Decreto legislativo suddetto sembra piuttosto destinato a regolare i rapporti tra autorità e prestatori. Una lettura non coordinata potrebbe condurre a ritenere che con la comunicazione all’autorità il prestatore è *in ogni caso* al riparo da pretese risarcitorie. Ad una lettura sistematica così non è, ma questo sarà oggetto di più attenta disamina. Condivisibile è invece il rilievo dell’A. (p. 311) per cui l’art. 17 impegna il *provider* ad informare le autorità degli illeciti individuabili con la diligenza richiesta (certamente quelle fattispecie la cui illiceità emerga *ictu oculi*, come quando il carattere pericoloso si deduca dalle stesse informazioni fornite dal destinatario del servizio; con molta difficoltà ciò potrà avvenire per gli illeciti concorrenziali, la cui individuazione richiederebbe un impegno costante nella ricerca di condotte lesive).

categoria che la Direttiva tripartisce come segue: *mere conduit*⁶⁴², *caching*⁶⁴³, *hosting*⁶⁴⁴, dettando per ciascuna delle tre categorie di prestatori una disciplina specifica⁶⁴⁵, che, come detto, giova analizzare separatamente.

2.1. (segue) Il semplice trasporto, *mere conduit*.

L'art. 12 della Direttiva prevede l'obbligo per gli Stati membri di disporre misure affinché chi compie attività di mero trasporto⁶⁴⁶ di informazioni vada esente da responsabilità a condizione che “non dia origine alla trasmissione”, “non selezioni il destinatario della trasmissione”, non “selezioni né modifichi le informazioni trasmesse”⁶⁴⁷. Senza pregiudizio per i sopradetti principi di *neutralità condizionata*, gli Stati membri possono prevedere che il prestatore sia tenuto – quando tanto gli sia richiesto da autorità giurisdizionali o amministrative – a porre fine alla violazione⁶⁴⁸.

⁶⁴² Art. 12 della Direttiva.

⁶⁴³ Art. 13 della Direttiva.

⁶⁴⁴ Art. 14 della Direttiva.

⁶⁴⁵ Secondo un criterio di proporzionalità tra misura della responsabilità (*rectius*, di rigore delle condizioni per ottenere l'esenzione) e servizio reso dall'*ISP*. Così in M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, cit., p. 239. In realtà, sembra doversi parlare – come fa l'A. *ibidem* alla p. 241 – di un criterio di proporzionalità tra severità nella concessione della esimente di responsabilità e vicinanza alla informazione lesiva (massima, nel caso in cui all'agente sia stato concesso uno spazio ove diffondere un contenuto illecito, minima nel caso in cui l'infrastruttura del prestatore serva solo ad accedervi) *ergo* (così in M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, cit., p. 71) crescente possibilità di conoscere il contenuto delle informazioni.

⁶⁴⁶ Che è quel servizio della società dell'informazione che consiste nel “trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione” (Art. 12, comma I). Le attività (fornire accesso e curare il trasporto delle informazioni) sarebbero invero distinte, non essendo necessariamente eseguite dal medesimo prestatore intermediario, ma sono equiparate ai fini della legislazione europea. Così in M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, cit. p. 273.

⁶⁴⁷ Art. 12, comma II, della Direttiva.

⁶⁴⁸ Art. 12, ult. Comma, della Direttiva.

Principi questi, che, come osservato, hanno trovato attuazione con il d. lgs. n. 70 del 2003⁶⁴⁹, il cui art. 14 stabilisce (al comma I): “Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione, il prestatore non è responsabile delle informazioni trasmesse a condizione che: a) non dia origine alla trasmissione⁶⁵⁰; b) non selezioni il destinatario della trasmissione; c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse”⁶⁵¹.

Tale esenzione condizionata di responsabilità s'accompagna alla precisazione che “L'autorità giudiziaria o quella amministrativa, avente funzioni di vigilanza, può esigere, *anche in via d'urgenza*, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 2, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse”⁶⁵². Ciò ha chiare implicazioni processuali, su cui pare opportuno insistere.

⁶⁴⁹ Il decreto legislativo n. 70 del 2003 (d'ora innanzi, semplicemente il “Decreto legislativo”) specularmente ha per finalità di promuovere “la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione, fra i quali il commercio elettronico” (art. 1).

⁶⁵⁰ Teleologicamente, giacché dal punto di vista tecnico il prestatore che cura il trasporto dà origine alla trasmissione. Così ammonisce M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, cit., p. 194.

⁶⁵¹ Sostanzialmente, la condizione perché operi l'esimente è una: la estraneità rispetto al contenuto trasmesso. Così M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, cit. p. 273 e 275. Nelle parole dell'A.: “il legislatore sembra dire che, essendo il processo trasmissivo affidato all'*access provider* composto di tre elementi, di cui due di tipo soggettivo (l'origine della trasmissione e i destinatari) e uno di tipo oggettivo (il messaggio ed il suo contenuto informativo), ogni indebita ingerenza del fornitore *mere conduit* in questo processo, che egli non può e non deve alterare, ma semplicemente veicolare, è sufficiente ad integrare una ipotesi di responsabilità per interferenza nella trasmissione”.

⁶⁵² Art. 14, ult. comma. Va rilevato che la norma non limita tale possibilità ai soli casi in cui il *provider* è *sostanzialmente* responsabile. I due ambiti (legittimazione passiva per l'inibitoria e responsabilità per danni) vanno pertanto tenuti distinti. Nei termini, M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, cit., p. 140.

Per non rispondere della violazione⁶⁵³, insomma, l'ISP (che abbia tenuto una condotta sino a quel momento meramente passiva⁶⁵⁴) dovrà sollecitamente rimuovere, quando sia a ciò invitato dall'autorità giudiziaria o amministrativa, le informazioni lesive, ovvero dovrà allertare le autorità, quando ritiene stia avvenendo un illecito⁶⁵⁵.

La legittimazione passiva dell'ISP che curi il mero trasporto per azioni inibitorie è indiscutibile⁶⁵⁶, anche se manca la prova che i fruitori del servizio del *provider* di volta in volta convenuto abbiano utilizzato l'infrastruttura del prestatore per accedere a informazioni lesive di diritti altrui⁶⁵⁷, e indipendentemente dalla sussistenza di un contratto tra soggetto che gestisce il sito che ospita le informazioni lesive e prestatore di servizi in questione⁶⁵⁸. Merita di essere ribadito come a nulla rilevi, ai fini della

⁶⁵³ L'onere di provare che il prestatore del servizio di mero trasporto abbia commesso una violazione è in capo all'attore per i danni. Sarà sufficiente la prova del compimento di una delle condotte (*oggettive*) di cui all'art. 14, lett. a, b, c. Così M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, cit., p. 338 s. Non già così per le altre categorie di prestatori intermediari, agendo nei confronti dei quali occorrerà la prova dell'elemento psichico della "effettiva conoscenza" delle informazioni illecite.

⁶⁵⁴ Trib. Milano, 3 giugno 2006, in *Dejure online*: Ai sensi dell'art. 14 comma 1 d. lg. n. 70 del 2003 il gestore di una rete pubblica di telecomunicazioni non è responsabile per l'attività di "mere conduit", ovvero sia per aver fornito accesso alla rete a terzi che hanno compiuto attraverso essa degli illeciti qualora il gestore stesso non abbia né scelto i destinatari né modificato i contenuti trasmessi.

⁶⁵⁵ Ciò secondo il disposto dell'art. 17 del Decreto legislativo. Si osservi che il prestatore di servizi di mero trasporto, se pure gode della *exemption* per ogni tipo di illecito solo "nello stretto ambito della funzione stessa", tuttavia è tenuto a un grado di diligenza "piuttosto basso": non deve disporre alcun sistema di prevenzione degli illeciti, e quand'anche conosca che un illecito stia avendo corso, non deve intervenire direttamente, ma limitarsi ad allertare le autorità e attenersi ai comandi di queste. Così M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, cit., p. 187 ss.

⁶⁵⁶ Caso *L'Oréal v. eBay*, sent. della CGUE del 12 luglio 2011 (C-324/09). In dottrina, *ex multis*, M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, cit., p. 140.

⁶⁵⁷ V., per la enunciazione del principio con espresso riferimento ai diritti di proprietà intellettuale, la sentenza *Telekabel* della CGUE, C-314/12, par. 36. Per R. PETRUSO, *op. cit.*, tale sentenza è sintomo del mutato approccio della giurisprudenza, che da "notice and take down" oppure "notice and delist" impegna il prestatore ad impedire la reiterazione delle lesioni ("take down and stay down"), adoperandosi attivamente ("notice and take action"). Considerazioni analoghe sarebbero estensibili alla sentenza *Tobias Mc Fadden* (C-418/14), che obbliga l'*access provider* ad adottare una misura tecnica idonea (proteggere la connessione con una *password*) al fine di porre fine alle violazioni.

⁶⁵⁸ V. ancora la sent. *Telekabel* (già citata) e *Tommy Hilfiger Licensing* (494/15).

configurazione della suddetta legittimazione passiva il fatto che il *provider* in questione goda ancora della sua *immunità*⁶⁵⁹.

Poiché *ictu oculi* la disciplina di questo tipo di prestatore intermediario è la più favorevole, l'interprete potrebbe essere chiamato una *actio finium regundorum* tra tale figura, e quella – per così dire – contigua del *caching provider*, cioè colui che – a fini meramente tecnici – fornisca un servizio di memorizzazione automatica, intermedia e transitoria dell'informazione⁶⁶⁰. La linea di demarcazione è tracciata dal legislatore⁶⁶¹: la memorizzazione delle informazioni, che pure può esservi nel *mere conduit* (semplice trasporto) serve “solo alla trasmissione della comunicazione”; nel caso del mero trasporto la durata non eccede “il tempo ragionevolmente necessario a tale scopo”⁶⁶².

2.2. (segue) La memorizzazione temporanea, il *caching*.

Il *caching* costituisce quel servizio della società dell'informazione che si esplica nella memorizzazione “automatica, intermedia e temporanea”⁶⁶³ di informazioni “effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltramento ad altri destinatari a loro richiesta”

⁶⁵⁹ M. DE CATA, *op. ult. cit.*, p. 193.

⁶⁶⁰ Identica terminologia è adoperata dal legislatore europeo con riguardo alla attività di *mere conduit* (art. 12, comma II della Direttiva) e *caching* (art. 13, comma I).

⁶⁶¹ Art. 12, comma II della Direttiva e art. 14, comma II del d. lgs. 70 del 2003.

⁶⁶² “La memorizzazione delle informazioni deve essere strettamente strumentale alla loro trasmissione nelle reti telematiche, dovendo le stesse essere rimosse non appena sia stato raggiunto lo scopo della memorizzazione. Pur nella inevitabile genericità della formula utilizzata dal legislatore («tempo ragionevolmente necessario» alla realizzazione dello scopo della trasmissione), sarà la tecnologia e non la norma a dover «dettare i tempi» ed a segnare il confine tra l'attività «neutra» del prestatore e quella di ingerenza nella trasmissione delle informazioni”. (M. COCUCCIO, *La responsabilità civile per fatto illecito dell'internet service provider*, cit.).

⁶⁶³ Art. 15 d. lgs. 70 del 2003, fedele trasposizione dell'art. 13 della Direttiva. Si parla qui di memorizzazione “temporanea”, non “transitoria” come nel *mere conduit*. Su questo v. *supra*. Perciò, la conoscenza delle informazioni da parte del *cache* è possibile sono in linea teorica (M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, cit., p. 281).

⁶⁶⁴. Comunemente si ritiene che vi rientrino, oltre all'attività dei *proxy servers*⁶⁶⁵, i servizi di motori di ricerca (che indicizzano informazioni albergati su *servers* altrui al fine di richiamarli quando un destinatario dell'informazione esegue una ricerca, immettendo parole chiave associate a tali informazioni), non contemplati dal legislatore europeo, ma ricompresi nella presente categoria normativa per effetto di interpretazione evolutiva ed estensiva⁶⁶⁶.

La esenzione di responsabilità di tale figura di prestatore intermediario è subordinata alla concorrenza di talune condizioni: che il prestatore non modifichi le informazioni; si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni; si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni invalsa nella prassi del settore⁶⁶⁷; non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni; agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione⁶⁶⁸.

⁶⁶⁴ “Il sistema di *caching* ha lo scopo di aumentare l'efficienza della rete, conservando presso il server del prestatore, per un periodo limitato di tempo, le informazioni a cui hanno accesso gli utenti del servizio, in modo da favorire l'accesso alle medesime informazioni da parte di altri destinatari che ne facciano richiesta, senza la necessità di dover ripassare dalla fonte originaria” (M. COCUCCIO, *La responsabilità civile per fatto illecito dell'internet service provider*, cit.).

⁶⁶⁵ I quali sarebbero “quei sistemi che forniscono una *cache* di accesso al *World Wide Web* con possibilità di controlli di autenticazione e di filtro”, così alla voce *Server*, in *Enc. Treccani online*.

⁶⁶⁶ V., anche per rilievi critici, F. BRAVO, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, cit., p. 747. Dall'art. 21 della Direttiva si desume chiaramente che il legislatore non riteneva il motore di ricerca ricompreso entro la disciplina del prestatore intermediario.

⁶⁶⁷ Le difficoltà incontrate nel perimetrare precisamente l'attività del *cache* è alla base – per M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, cit., p. 282 s. – del ricorso a *standards* tecnici e ad espressioni connotate da una certa vaghezza.

⁶⁶⁸ È chiaro quindi che non basterà, alla luce della disposizione presente, che il prestatore si attenga ad un ruolo meramente “passivo”, ma dovrà, al contrario, adottare accorgimenti tecnici atti a verificare (quindi vigilare su) la permanenza delle informazioni in rete. M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, cit., p. 282. In realtà, osserva l'A. (p. 283 s.) le condizioni per l'esimente si possono

È fatta salva, in ogni caso, la possibilità di ordinare al prestatore di adoperarsi affinché ponga fine alle violazioni⁶⁶⁹, secondo la formula ormai nota, che apre alla tutela urgente in favore dei soggetti che si pretendono lesi⁶⁷⁰. Resta inteso che laddove suddetto prestatore si avveda dell'illiceità di talune informazioni – anche a cagione del fatto che ha adoperato (pur non essendo a tanto tenuto) un sistema di “filtro” capace di segnalare automaticamente i contenuti illeciti – ma nondimeno ometta di farne denuncia all'autorità, codesto prestatore risponde civilmente dell'omissione⁶⁷¹.

È parso evidente agli interpreti il più stingente novero di condizioni che il *caching provider* è chiamato a soddisfare rispetto al *provider* che cura il semplice trasporto⁶⁷². Tale regime è comunque più favorevole di quello che interessa l'*hosting provider*, pertanto si sono poste, nella pratica, questioni tassonomiche gravide di conseguenze.

Più specificamente, a presente, gli interpreti non sembrano concordare su quali siano i criteri per ora riconoscere, or escludere, la “passività” che connota l'attività del *cacher* –

sussumere entro l'unico imperativo di non alterare la corrispondenza tra copia *cache* e informazione originale (senza pregiudizio per la facoltà di adoperare manipolazioni di carattere tecnico): occorre non tenere troppo a lungo le copie e agire per rimuovere le informazioni eliminate ovvero da rimuovere per ordine dell'autorità (anche quando l'ordine sia solo “indirettamente” rivolto al *provider*, come quando dell'ordine è destinatario il titolare delle informazioni). Cfr. M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, cit., p. 198 che ritiene l'onere in capo al *cacher* per nulla gravoso, dato che (se è vero che l'obbligo di conformarsi alle norme di aggiornamento invalse nel settore impegna ad adottare accorgimenti di natura tecnica atti a scongiurare l'eccessiva permanenza in termini temporali dell'informazione sui *servers*), comunque l'obbligo di intervento sorgerebbe con la “effettiva conoscenza” dell'avvenuta rimozione del contenuto originale (“effettiva”, non “potenziale”), che non può – in pratica – essere acquisita dal *provider* in via autonoma, visto come si attegga la sua attività.

⁶⁶⁹ Art. 15, d. lgs. 70 del 2003, ult. comma: “L'autorità giudiziaria o quella amministrativa aventi funzioni di vigilanza può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse”. La corretta interpretazione del significato processuale di tale disposizione merita attenzione.

⁶⁷⁰ Che il legislatore abbia con ciò introdotto ipotesi tipiche di tutela cautelare prende atto Trib. Bari, 13 giugno 2006, in *Dir. Internet*, 2006, pp. 563 ss. Tale domanda cautelare tipica segue le regole di giurisdizione e competenza che si applicherebbero alla domanda risarcitoria nei confronti del prestatore intermediario. Così M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, cit., p. 141.

⁶⁷¹ In questo senso, Trib. Roma, 16 dicembre 2009, in *Dejure online*.

⁶⁷² In M. COCUCCIO, *La responsabilità civile per fatto illecito dell'internet service provider*, cit., si osserva che è imposto al *caching provider* un dovere (il cui rispetto è valutato col criterio della diligenza professionale) di pronta rimozione delle informazioni quando il prestatore si avveda che sono state rimosse alla fonte o che per ordine della autorità ne è inibito l'accesso. Per l'A. rivelatore sarà il momento della effettiva conoscenza da parte del *provider*.

distinguendola da quella dell'*hosting provider* – e che giustifica in favore del primo la disposizione di una disciplina più favorevole. Se infatti non si discute più la riconducibilità del servizio di “motore di ricerca” alla categoria del *cacher*, alcuni dubbi sussistono attorno ad una sua versione più “evoluta”, che presenti funzionalità aggiuntive, come nel caso di “completamento automatico della ricerca”, o di suggerimento automatico di possibili chiavi di abbinamento⁶⁷³.

Una recente sentenza della S. C. di Cassazione⁶⁷⁴ potrebbe, a tal fine, rivelarsi di capitale importanza, giacché si addentra in una ricostruzione delle attività consentite al *cacher* che voglia rimanere “*neutrale*” e quindi esente da responsabilità civile⁶⁷⁵, delimita (e in ciò si sostanzia il *favor* del legislatore riconosciuto al *caching provider* e negato all'*hosting provider*) i casi nei quali detto prestatore di servizi sia tenuto a rimuovere le informazioni illecite (prendendo esplicita posizione, in senso negativo, sul tema della rilevanza della *notizia non qualificata*, quale può essere la “diffida” o “segnalazione” del soggetto che si

⁶⁷³ Emblematico è lo stuolo di pronunzie che hanno or affermato, or negato, che servizi di completamento automatico della ricerca (mediante il suggerimento all'utente di possibili abbinamenti fra parole chiave) valgano ad escludere l'esenzione da responsabilità del *provider* per svolgimento di un ruolo *attivo*, non più passivo e tecnico. La questione è di primaria importanza se si volge lo sguardo alla popolarità raggiunta da simili servizi, offerti dai principali motori di ricerca. Il Trib. Roma, 13 marzo 2017, in *Dejure online*, ha ravvisato la natura di *hosting attivo* in capo a Google per la attività di *Autocomplete*; di contrario avviso Trib. Milano, 25 marzo 2013, in *DIMT online* (v. il commento di O. POLLICINO, *Servizio Autocomplete di Google e responsabilità del provider. È cambiato il vento anche a Milano?*, in *Diritto24 online*, 2013), poi ribaltata in sede di reclamo (Trib. Milano, 25 maggio 2013, in *Dejure online*), ove invece si afferma la responsabilità di Google per accostamenti verbali ingiuriosi suggeriti da *Autocomplete*. Trib. Torino, 24 gennaio 2018, in *Dejure online* ha invece escluso che l'indicizzazione automatica dei contenuti possa determinare il venir meno del regime di irresponsabilità in capo al prestatore.

⁶⁷⁴ Cass., I, 19 marzo 2019, n. 7709. V. E. TOSI, *La disciplina applicabile all'hosting provider per la pubblicazione di contenuti digitali protetti dal diritto d'autore, tra speciali responsabilità dell'ISP passivo comune e responsabilità dell'ISP attivo, alla luce di Cassazione 7708/2019 e 7709/2019*, in *Dejure online*, 2019.

⁶⁷⁵ Il *cacher* è irresponsabile sin quando non modifica le informazioni (in ciò facendo assumerebbe un ruolo *attivo*, da “*content provider*”, cioè sarebbe equiparato all'autore delle informazioni lesive); deve uniformarsi alle condizioni di accesso delle informazioni (cioè non può rendere disponibile al pubblico quanto non sia tale sul sito di provenienza); deve adeguarsi alle norme di aggiornamento delle informazioni invalse nel settore; non deve interferire con l'uso lecito della tecnologia riconosciuta ed utilizzata per ottenere dati sull'impiego delle informazioni; deve provvedere a cancellare i documenti archiviati quando siano stati rimossi dal sito di provenienza, o quando l'accesso sia disabilitato ad opera del titolare, *iussu iudicis*, o per comando proveniente dalla autorità amministrativa.

assume leso)⁶⁷⁶, esclude che attività svolte automaticamente – complementari rispetto al servizio di ricerca delle pagine indicizzate – di suggerimento di possibili abbinamenti di chiavi di ricerca all’utente, e di “anteprima” (ovvero la possibilità di visualizzare immagini tratte da siti indicizzati pur restando entro il motore di ricerca, cioè il c.d.. *embedding*), valgono a configurare un ruolo “attivo” in capo al prestatore intermediario⁶⁷⁷.

2.3. (segue) *Hosting*, l’ospitalità entro i propri spazi di contenuti altrui.

La disciplina più rigorosa⁶⁷⁸ contraddistingue l’ultima figura di *prestatore intermediario*, l’*hosting provider*, colui che memorizza informazioni altrui in maniera non transitoria: tecnicamente parlando, l’*host* mette a disposizione dei destinatari dei servizi uno “spazio virtuale” (e fisico, sul *server computer* a ciò destinato) nel quale gli utenti del servizio archiviano i propri contenuti, anche – ma non necessariamente – rendendoli disponibili ad una cerchia selezionata di utenti o alla generalità degli internauti⁶⁷⁹.

L’art. 16 del d. lgs. 70 del 2003 prevede che l’*hosting provider*, nella sua attività “consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio” non risponde degli illeciti a patto che: “non sia effettivamente a conoscenza del fatto che

⁶⁷⁶ La citata pronunzia esclude che la diffida stragiudiziale faccia sorgere l’obbligo di rimozione; né tale obbligo sorge per il solo fatto che il *cache* si è avveduto o sospetta del carattere illecito delle informazioni: egli ha solo l’obbligo di segnalarle alle autorità competenti, e conformarsi all’ordine di rimozione che eventualmente da codeste autorità promani. E’ appena il caso di ribadire che l’ordine dell’autorità che impegna alla rimozione delle informazioni lesive non deve essere di necessità diretto al *caching provider*, purché poi, in qualsiasi modo, tale prestatore sia messo al corrente del provvedimento in questione.

⁶⁷⁷ Ciò vale se non viene data prova che il *cache* svolga un ruolo “attivo” di selezione delle informazioni. A nulla rileva l’eventualità che i servizi aggiuntivi siano “innessari” e valgano a rendere il servizio più “attraente” rispetto ai motori di ricerca concorrenti, consentendo il guadagno mediante inserzioni pubblicitarie dietro compenso. Dalla lettera della Direttiva si ricava che l’attività del prestatore è svolta professionalmente: il fatto che egli riesca a farne fonte di guadagno non può portare *ipso facto* a concludere per un ruolo “attivo”.

⁶⁷⁸ “Una vera e propria responsabilità è riconosciuta solo in capo all’*hosting provider* sempre che questi sia a conoscenza del carattere illecito dei contenuti caricati sul *web* dagli utenti”, secondo l’opinione di S. SCUDERI, *La responsabilità dell’internet service provider alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea, causa c-610/15, 14 giugno 2018*, in *DIMT online*, 2018, p. 8.

⁶⁷⁹ Con ciò si comprende perché si sia detto: “*internet* ha moltiplicato vertiginosamente gli effetti pregiudizievoli delle aggressioni a situazioni giuridiche protette” (M. DE CATA, *La responsabilità civile dell’internet service provider*, cit., p. 72).

l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione"⁶⁸⁰ e quindi (le ipotesi sono fra loro alternative)⁶⁸¹ che “non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti ⁶⁸², agisca

⁶⁸⁰ Potrebbe sembrare evidente che il legislatore abbia voluto distinguere tra responsabilità civile e penale, riconnettendone l'insorgenza a presupposti differenti (la prima, all'aver conosciuto i fatti che rendono *manifestamente illecita* l'informazione; quella penale, alla conoscenza delle informazioni illegali). Di questo avviso E. TOSI, *Diritto privato dell'informatica e dell'internet*, cit., p. 452. Cfr. invece M. DE CATA, *op. ult. cit.*, p. 209, che non ritiene di distinguere tra responsabilità civile e penale, e asserisce che l'obbligo di rimozione delle informazioni sarebbe limitato a quelle la cui illiceità è manifesta. Laddove vi siano invece “dubbi” da parte del *provider* diligente, sarebbe sufficiente la segnalazione all'autorità.

⁶⁸¹ L'interpretazione corretta è che quelle di cui alle lett. *a* e *b*, del comma I, dell'art. 16 del Decreto legislativo siano ipotesi tra loro alternative. Opinare in senso difforme condurrebbe ad esigere sempre la comunicazione dell'autorità, a prescindere dalla conoscenza effettiva dell'illiceità dell'informazione da parte del *provider*. Così M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, cit., p. 200. Oggi ciò non può revocarsi in dubbio, a fronte di una copiosa giurisprudenza eurounitaria. *Contra*, v. tuttavia F. BRAVO, *La responsabilità civile degli internet service providers*, cit., p. 722.

⁶⁸² L'inciso “non appena a conoscenza di tali fatti *su comunicazione delle autorità competenti*” è una licenza che il legislatore italiano si è preso: chiarissima la differenza con la lettera della Direttiva, che invece si limita a prevedere “non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso”. L'aggiunta – che vorrebbe dare rilevanza solo alla notizia *qualificata* proveniente dalla autorità – è resa vana dal fatto che la lett. *a* dello stesso comma I prevede che il *provider* è irresponsabile quando “non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione”. In altre parole, il *provider*, pur non formalmente obbligato alla rimozione a seguito della ricezione della diffida di parte stragiudiziale, acquisirebbe con quest'ultima la consapevolezza dell'illiceità delle informazioni, quindi perderebbe la propria “neutralità”. Peraltro, è consolidato principio di diritto che la normativa di attuazione vada interpretata alla luce della Direttiva. Ci si può rimettere alle parole di R. PANETTA, *op. ult. cit.*: “È chiaro, quindi, che l'*hosting provider* non risulta responsabile delle informazioni illecite memorizzate a richiesta dell'utente solo fintanto che non venga a conoscenza, «in qualunque modo» e secondo quanto è legittimo attendersi da « un operatore economico diligente », della loro illiceità a seguito dell'intervento delle autorità competenti. [...] l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale è nel senso della responsabilità civile dell'*hosting provider* in tutti i casi in cui egli abbia avuto effettiva conoscenza dell'illiceità delle attività poste in essere o delle informazioni ospitate, anche qualora tale conoscenza gli derivi da informazioni fornitegli da un soggetto terzo e verosimilmente dallo stesso utente danneggiato, a prescindere dalla natura e dalle caratteristiche, anche formali, della comunicazione ricevuta”. Nello stesso senso, M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, cit., p. 287, che ritiene raggiunta la conoscenza anche sulla base della segnalazione di soggetti *non qualificati*, cioè diversi dal titolare.

immediatamente⁶⁸³ per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso"⁶⁸⁴. L'esenzione dalla responsabilità non è accordata "se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore"⁶⁸⁵. *More solito* è fatta salva la possibilità che l'autorità giudiziaria o amministrativa esiga "anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività" che gli competono "impedisca o ponga fine alle violazioni commesse"⁶⁸⁶.

La rigorosa disciplina⁶⁸⁷ cui sottostà il prestatore che cura la memorizzazione delle informazioni fornite dai destinatari lo impegna a rimuovere le informazioni illecite⁶⁸⁸ non appena venga a conoscenza (secondo una valutazione alla stregua della diligenza

⁶⁸³ Per taluni interpreti l'obbligo di rimozione delle informazioni dell'*hosting provider* ha contenuto sì ampio da ricomprendere (accanto alla cancellazione del messaggio lesivo, il divieto di accesso, e così via) l'obbligo di ospitare la rettifica da parte del soggetto che si pretende leso (così in M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, cit., p. 277, nota 309).

⁶⁸⁴ Art. 16, comma I, del Decreto legislativo.

⁶⁸⁵ *Ibidem*, comma II. Per gli illeciti commessi dai destinatari sotto il controllo del *provider* saranno applicabili le regole in materia di *vicarious liability* (M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, cit., p. 184), ed in particolare l'art. 2049 c.c. (questo è il caso dei *system managers*. Così M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, cit., p. 288). F. DI CIOMMO, *La responsabilità civile in internet*, cit., p. 244 ritiene che la norma mira a scongiurare l'espedito di creare società "figlie" incapienti fittiziamente deputate a gestire i siti.

⁶⁸⁶ Ult. comma, *ibidem*.

⁶⁸⁷ Certamente di favore rispetto a quella prevista per l'editore, che prima dell'entrata in vigore della Direttiva era stata estesa all'*hosting provider* da parte di una copiosa (ma non univoca) giurisprudenza. Così era stato ritenuto applicabile all'*host* l'art. 11 l. 47 del 1948. Pur formalmente motivate a partire dalla *colpa* del prestatore, le pronunzie riconducono al suddetto filone interpretativo tradivano una logica tipicamente sottesa a modelli di responsabilità oggettiva, che conducono al risultato pratico di accollare i danni in capo a chi *può meglio sopportarli*, a guisa di un rischio di impresa. Tale logica, fallace per l'A., giustificava la necessità di applicare la normativa sulle pubblicazioni a stampa in ragione – paradossalmente – della diversità dei due mezzi (centralizzata e controllata, la stampa; acefala, aperta a tutti, con contributo "dal basso", la rete). Accanto a questo orientamento se ne era formato uno – per così dire – opposto, scaturito – e ciò non stupisce – da riflessioni di analisi economica del diritto, che argomentava, a partire dalla insostenibilità da parte del *provider* dei costi di un controllo preventivo sulle informazioni. Il prestatore poteva rispondere, sempre a titolo di colpa, solamente della mancata rimozione di informazioni di cui era effettivamente a conoscenza. Così in M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, cit., pp. 157 ss. V. anche F. DI CIOMMO, *La responsabilità civile in internet*, cit., p. 240 per persuasive argomentazioni circa l'inapplicabilità della disciplina sulla responsabilità editoriale.

⁶⁸⁸ L'*hosting provider* non si può limitare ad informare le autorità competenti, come fa il *caching provider*, v. M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, cit., p. 295 s. Peraltro, l'*hosting provider* sarebbe il solo intermediario tenuto a cooperare al fine di individuare gli autori dei contenuti lesivi (arg. ex art. 17, comma II, lett. b, *ibidem*, p. 318).

doverosa⁶⁸⁹ che fa della conoscenza una nozione “legale”⁶⁹⁰, non psicologica) del carattere illecito di queste – ovvero *manifestamente* illecito, se si discorre di azioni

⁶⁸⁹ Così M. COCUCCIO, *La responsabilità civile per fatto illecito dell'internet service provider*, cit., che osserva che i criteri di valutazione della colpa nel giudizio civile consentono, nell'illecito omissivo quale quello in esame, di valutare la condotta che sarebbe stata doverosa alla stregua del parametro di riferimento (diligenza professionale). In altre parole, la “effettiva conoscenza” è quella che l'*hosting provider* ha o avrebbe avuto se avesse adoperato la diligenza dell'accorto professionista. V., in senso analogo, M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, cit., p. 289 ss. È la diligenza richiesta nello svolgimento dell'attività (Considerando n. 48 della direttiva 2000/31/CE) a fungere, in concreto, da parametro di riferimento per valutare quando una informazione è “conosciuta” dal *provider*. Cfr. anche M. GAMBINI, *op. cit.*, p. 335 ss. In ossequio ai principi generali, chi invoca l'esimente sarebbe tenuto a dimostrare i fatti sui quali questa si fonda. Simile lettura avvicinerrebbe il prestatore all'esercente l'attività pericolosa, giacché si richiederebbe che egli fornisca la prova di aver adempiuto con diligenza. Per quanto più specificamente attiene alla responsabilità che discende dalla conoscenza dell'illecito e quindi dalla colpevole inerzia, spetterebbe comunque al danneggiato dare prova positiva che il *provider* conosceva i fatti che rendevano manifesta l'illiceità dei contenuti. Dall'analisi dei lavori preparatori l'A. ricava l'opinione che, al contrario, il legislatore europeo abbia voluto codificare regole di condotta del *provider*, non “esimenti”. Pertanto, se il danneggiato riuscirà a provare una condotta in violazione delle regole di condotta dettate dalla Direttiva, spetterà al *provider* l'onere di fornire la prova liberatoria. Invero, dalla giurisprudenza europea perviene l'indicazione che l'*host* è a conoscenza dell'informazione lesiva quando ne sarebbe a conoscenza un prestatore diligente. In altre parole, la diligenza professionale resta il parametro per valutare se sussista la “effettiva conoscenza” necessaria al fine di far sorgere l'obbligo di intervento. Emblematica in tal senso la sentenza pronunciata tra le parti *L'Oréal* ed *eBay* (C-324/09) dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea. La Corte ha stabilito che, nel caso in cui il prestatore si sia limitato ad un ruolo meramente tecnico (passivo, dunque), egli è esente da responsabilità solo se non “effettivamente” al corrente dell'informazione (e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, della sua natura) illecita. Sebbene competa al giudice interno stabilire quando effettivamente il prestatore è al corrente dell'informazione, ammonisce il giudice europeo che: “affinché non siano private del loro effetto utile, le norme enunciate all'art. 14, n. 1, lett. a), della direttiva 2000/31 devono essere interpretate nel senso che riguardano qualsiasi situazione nella quale il prestatore considerato viene ad essere, in qualunque modo, al corrente di tali fatti o circostanze. Sono quindi contemplate, segnatamente, la situazione in cui il gestore di un mercato *online* scopre l'esistenza di un'attività o di un'informazione illecite a seguito di un esame effettuato di propria iniziativa, nonché la situazione in cui gli sia notificata l'esistenza di un'attività o di un'informazione siffatte. In questo secondo caso, pur se, certamente, una notifica non può automaticamente far venire meno il beneficio dell'esonero dalla responsabilità previsto all'art. 14 della direttiva 2000/31 – stante il fatto che notifiche relative ad attività o informazioni che si asseriscono illecite possono rivelarsi insufficientemente precise e dimostrate –, resta pur sempre fatto che essa costituisce, di norma, un elemento di cui il giudice nazionale deve tener conto per valutare, alla luce delle informazioni così trasmesse al gestore, l'effettività della conoscenza da parte di quest'ultimo di fatti o circostanze in base ai quali un operatore economico diligente avrebbe dovuto constatare l'illiceità [...] Quando non ha svolto un ruolo attivo nel senso indicato al punto precedente e dunque la sua prestazione di servizio rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 14, n. 1, della direttiva 2000/31, il gestore di un mercato *online*, in una causa che può comportare una condanna al pagamento di un risarcimento dei danni, non può tuttavia avvalersi dell'esonero dalla responsabilità previsto nella suddetta disposizione qualora sia stato al corrente di fatti o circostanze in base ai quali un operatore economico diligente avrebbe dovuto constatare l'illiceità delle offerte in vendita di cui trattasi e, nell'ipotesi in cui ne sia stato al corrente, non abbia prontamente agito conformemente al n. 1, lett. b), del suddetto art. 14”. Decisive in tal senso le parole di Cass., I, 19 marzo 2019, n. 7708: “Nell'ambito dei servizi della società dell'informazione, la responsabilità dell'*hosting provider*, prevista dal d. lgs. 9 aprile 2003, n. 70, art. 16, sussiste in capo al prestatore dei servizi che non abbia provveduto alla immediata rimozione dei contenuti illeciti, nonché se abbia continuato a pubblicarli, pur quando ricorrano congiuntamente le seguenti

condizioni: a) sia a conoscenza legale dell'illecito perpetrato dal destinatario del servizio, per averne avuto notizia dal titolare del diritto leso oppure *aliunde*; b) l'illiceità dell'altrui condotta sia ragionevolmente constatabile, onde egli sia in colpa grave per non averla positivamente riscontata, alla stregua del grado di diligenza che è ragionevole attendersi da un operatore professionale della rete in un determinato momento storico; c) abbia la possibilità di attivarsi utilmente, in quanto reso edotto in modo sufficientemente specifico dei contenuti illecitamente immessi da rimuovere”.

⁶⁹⁰ In arg. v. Cass., I, 19 marzo 2019, n. 7708, che stabilisce, a proposito della prova della “effettiva conoscenza”, che essa vada data dal mittente la «segnalazione», con la prova dell’avvenuto recapito della missiva: “La questione è individuare la nozione giuridica di «conoscenza effettiva» dell'altrui illecito «manifesto», perpetrato mediante il servizio dell'informazione, di cui parla il d. lgs. n. 70 del 2003, art. 16, comma 1, lett. a), come già l'art. 14, comma 1, lett. a), della direttiva. Questa Corte, esaminando in sede penale ipotesi di lesione del diritto sui propri dati personali mediante la diffusione di contenuti *internet*, ha rilevato come il nostro legislatore, in conformità della direttiva 2000/31/CE, «ha inteso porre quali presupposti della responsabilità del *provider* proprio la sua effettiva conoscenza dei dati immessi dall'utente e l'eventuale inerzia nella rimozione delle informazioni da lui conosciute come illecite. Se ne desume, ai fini della ricostruzione interpretativa della figura del titolare del trattamento dei dati, che il legislatore ha inteso far coincidere il potere decisionale sul trattamento con la capacità di concretamente incidere su tali dati, che non può prescindere dalla conoscenza dei dati stessi» (Cass. pen., 17 dicembre 2013, n. 5107). L'elemento naturalistico della fattispecie attinge dalla realtà concreta, ove si reputa che un soggetto conosca un fatto quando esso sia pervenuto alla sua sfera psichica e vi sia stato interamente appreso e compreso. Ma non è questa la nozione giuridica di conoscenza, che necessita della trasposizione di un evento impalpabile nell'ambito di situazioni positivamente verificabili. Posto che certamente si tratta di nozione ab origine psicologica afferente il cd. foro interno, e ciò tanto più in presenza di soggetti collettivi, in cui lo stato psicologico rilevante viene desunto da quello del legale rappresentante (art. 1391 c.c.), soccorrono - in ipotesi di notizia fornita dallo stesso titolare del diritto leso - gli ordinari mezzi idonei ad assicurare la comunicazione dell'evento, secondo il sistema della presunzione semplice *ex art. 1335 c.c.*, in forza del quale un soggetto è giuridicamente a conoscenza di un evento ove ne sia stato reso edotto mediante mezzi di comunicazione scritta o verbale. Nel caso della responsabilità del prestatore dei servizi della società dell'informazione, dunque, con riguardo all'interpretazione ed applicazione del d. lgs. n. 70 del 2003, art. 16, comma 1, lett. a), la conoscenza dell'altrui illecito, quale elemento costitutivo della responsabilità del prestatore stesso, coincide con l'esistenza di una comunicazione in tal senso operata dal terzo, il cui diritto si assuma leso. L'onere della prova a carico del mittente riguarda, in tale contesto, solo l'avvenuto recapito all'indirizzo del destinatario, posto che il pervenire a tale indirizzo della comunicazione in forma scritta opera per il solo fatto oggettivo dell'arrivo dell'atto nel luogo indicato. La presunzione *iuris tantum* di conoscenza è superabile mediante la prova contraria, da fornirsi da parte del prestatore del servizio, concernente l'impossibilità di acquisire, in concreto, l'anzidetta conoscenza per un evento estraneo alla sua volontà. L'esistenza di detta conoscenza è oggetto dell'apprezzamento demandato al giudice di merito, incensurabile in sede di legittimità. Ne deriva che il sorgere dell'obbligo (di cui meglio oltre si dirà) in capo al prestatore del servizio non richiede una «diffida» in senso tecnico - quale richiesta di adempimento dell'obbligo di rimozione dei documenti illeciti - essendo a ciò sufficiente la mera «comunicazione» o notizia della lesione del diritto. Infine, in assenza dell'attuazione di una modalità di comunicazione scritta e formale al *provider*, la prova della conoscenza in capo al medesimo, gravante sul titolare del diritto leso, potrà essere data con ogni mezzo, restando in tal caso più ardua però la dimostrazione di tale elemento”.

risarcitorie di terzi – ovvero sia a ciò tenuto *iussu auctoritatis vel iudicis*. Peraltro, solo con riferimento all'*hosting provider* la legge prevede l'obbligo di fornire alle autorità le informazioni necessarie ad identificare il soggetto autore della violazione⁶⁹¹.

Incertezze interpretative hanno interessato l'idoneità della "diffida stragiudiziale" a far sorgere nel *provider* la "effettiva conoscenza" che sta avendo luogo l'illecito, nonché il contenuto esatto che tale atto debba recare. Ferma restando l'esperibilità delle misure cautelari tipizzate dal Decreto legislativo⁶⁹² (agli artt. 14, comma III, per il *mere conduit*; 15 comma II, per il *caching*; 16, comma III, per l'*hosting*) con il quale l'avente diritto

⁶⁹¹ Art. 17, comma II, lett. b, [il prestatore è comunque tenuto]: "a fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite", il che presuppone un preventivo obbligo di identificazione dei destinatari del servizio, quindi un dovere di verifica della correttezza dei dati personali forniti, dunque di conservazione degli stessi. In arg. v. Trib. Milano, 16 maggio 2019, in *Dejure online*, che condanna dei fornitori di servizi di ospitalità a disvelare l'identità dei soggetti autori di violazioni del diritto d'autore. La comunicazione, , è obbligata verso le autorità, non verso i terzi che si assumono lesi. (M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, cit., p. 319). L'A ritiene incongruente aver posto un simile obbligo solo in capo al *fornitore di ospitalità*, giacché analoga esigenza potrebbe verificarsi con riguardo ad altri servizi di intermediazione delle informazioni. Simile obbligo deve ritenersi non estensibile in via interpretativa, come talaltri hanno tentato di fare, giacché la Direttiva, all'art. 15, comma II, prevede la mera facoltà degli Stati di disporre in tal senso (*conta* Trib. Roma, 15 aprile, 2010, in *Dejure online*, che ha ritenuto l'obbligo sussistente in capo ad ogni classe di prestatore intermediario). La conservazione dell'indirizzo IP, anche *dinamico* (riassegnato dall'*access provider* ad ogni nuova connessione, non quindi valevole ad identificare univocamente un *computer* connesso alla rete) dà luogo ad un trattamento di dati personali (v. A. BERTI SUMAN, *Indirizzi IP dinamici e cybersicurezza: la conservazione dei "dati personali" degli utenti da parte dell'internet provider nel caso Breyer*, nota di commento a Corte di Giustizia UE, sez. II, 19 ottobre 2016, causa C-582/14, in *Orientamenti della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, a cura di G. Alpa e G. Conte, cit., pp. 119 ss.). Con riguardo ai servizi di *hosting*, in ogni caso, non possono esistere, per espressa disciplina positiva, forme di anonimato "assoluto" (M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, cit., p. 192; F. DI CIOMMO, *La responsabilità civile in internet*, cit., p. 246 ritiene che il mancato controllo della veridicità dei dati identificativi dichiarati dagli utenti costituirebbe un illecito *proprio* del prestatore). Nell'opinione dell'A., quello all'anonimato in rete sarebbe un vero e proprio "diritto", pur sempre passibile di essere bilanciato e compresso in favore di altri interessi ritenuti prevalenti. Allora, se può escludersi che il prestatore sia tenuto a rivelare al danneggiato (sedicente tale) l'identità di quanti abbiano preso visione di materiale coperto da diritto d'autore, il giudice dovrà bilanciare il diritto (del privato) all'anonimato e sacrificarlo in presenza di un interesse (pubblicistico) alla sanzione per le condotte illegali, di talché la pretesa a rimanere "anonimi" in rete non potrà resistere di fronte alla pretesa dell'autorità di conoscere i soggetti autori della violazione.

⁶⁹² Così in M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, cit., p. 193. Per l'A., a cagione della tipizzazione delle misure suddette, il *periculum in mora* sarebbe sussistente *in re ipsa*. Conforme a quest'ordine di idee la pronunzia Trib. Bari, 13 giugno 2006, cit.. Per l'A., se sul piano sostanziale, nel bilanciamento dei contrapposti interessi, la tutela del danneggiato è indebolita a tutto vantaggio del *provider*-irresponsabile, in compenso, sul piano processuale la posizione *cautelare* del danneggiato è di preminenza.

potrà esigere che il *provider* impedisca o ponga fine alle violazioni, come già anticipato, deve ritenersi che nel caso dell'*hosting provider* diffide, segnalazioni, o altri atti, da chiunque trasmessi, siano bastevoli allo scopo⁶⁹³: far sorgere nel prestatore la conoscenza della consumazione dell'illecito, e con essa – il che è importante – l'obbligo di intervento. Questa sembra la soluzione all'intricato “dilemma del provider”⁶⁹⁴, nato dalla difficoltà a conciliare la disciplina della Direttiva, col principio di assenza dell'obbligo di vigilanza che la innerva e pervade tutta.

Maggiori incertezze insidiano il contenuto che tale segnalazione dovrebbe avere. Più in particolare gli interpreti si sono divisi circa la indispensabilità della indicazione puntuale degli indirizzi (*URLs*⁶⁹⁵) presso i quali l'informazione lesiva è accessibile. Il tema è di non poco momento giacché taluni attori per danni da responsabilità del *provider*, al termine di giudizi protrattisi nel tempo, sono risultati soccombenti in ragione della incompletezza della segnalazione *ab origine* rivolta al prestatore. È logico⁶⁹⁶ concludere

⁶⁹³ La nozione di “effettiva conoscenza” sarebbe mutuata dal D.M.C.A. statunitense, che a differenza del d. lgs. 70 del 2003 disciplina rigorosamente il contenuto della *notification* da rivolgere al prestatore. Peraltro, tale norma de-responsabilizzerebbe il prestatore intermediario, legittimamente inerte sino al ricevimento della *notification*, quand'anche conscio delle violazioni. Poiché, s'è detto, la disciplina della segnalazione non è stata dettata dal legislatore, deve ritenersi che la conoscenza possa acquisirsi in qualunque modo, con la diffida del danneggiato, con la segnalazione automatica del programma di filtraggio, sino alla segnalazione anonima, purché seria e circostanziata. Così in M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, cit., p. 202. La supposta vicinanza col modello statunitense potrebbe indurre grandi attori economici internazionali ad un atteggiamento che, a ben vedere, è lontano da quello immaginato dal legislatore europeo. Cfr. R. PANETTA, *Il ruolo dell'internet service provider e i profili di responsabilità civile*, cit., che invece ritiene che il D.M.C.A., costituente sicuramente un modello di comportamento, stante il dettaglio col quale è regolato, è foriero anche di buone prassi quali quella di attivare il dialogo tra chi segnala un contenuto (con la *notification*) e il segnalato, che può a sua volta compilare la *counter-notification*. L'incompletezza della *notification* non conduce ad un automatico rigetto, ma obbliga il *provider* a chiedere chiarimenti a chi ha trasmesso la segnalazione. Per approfondire la disciplina statunitense., v. F. DI CIOMMO, *La responsabilità civile in internet*, cit., p. 237 ss, cui *adde* R. PETRUSO, *op. cit.*.

⁶⁹⁴ M. DE CATA, *op. ult. cit.*, p. 204.

⁶⁹⁵ Voce *URL*, in *Enc. Treccani online*: “Uniform resource locator, che in informatica indica l'indirizzo che identifica univocamente un sito *web*. Inizia sempre con la sequenza *http://* e prosegue con una o più parole divise da punti (di solito la denominazione o il marchio dell'ente o persona proprietario del sito) e uno tra una serie di suffissi ammessi (*it, com, org* ecc.) che specificano la natura del sito. Il browser lo traduce automaticamente in una sequenza numerica che indica il server su cui è collocato il sito”.

⁶⁹⁶ Anche se “formalistico”: “allo stato della tecnica, l'indicazione dell'*URL* non costituisce presupposto indispensabile affinché l'*hosting provider* provveda alla individuazione, successiva e mirata, dei contenuti

per l'insussistenza di un obbligo di intervento in capo al prestatore, se si ritiene (o se si vuole ritenere⁶⁹⁷) che senza l'URL non possa individuarsi con certezza un contenuto nel *mare magnum* della rete (piuttosto nei siti dei grandi *hosting providers*)⁶⁹⁸.

Una recente sentenza della Suprema Corte di Cassazione⁶⁹⁹ (non-)definitivamente statuendo sul punto, ha dettato il seguente principio: occorre valutare caso per caso se l'URL è effettivamente necessario al fine di individuare con certezza l'informazione lesiva⁷⁰⁰. La giurisprudenza italiana ha affrontato il problema a partire dall'assunto che le

illeciti segnalati attraverso i titoli dei programmi (nella specie, televisivi), veicolati. Tra l'altro, anche quella giurisprudenza che ritiene necessaria l'iniziale indicazione dell'URL per ciascun contenuto illecito, afferma che tale indicazione non è poi necessaria per individuare gli ulteriori video relativi agli stessi programmi, finendo così per ammettere che la ricerca dei singoli contenuti può avvenire anche senza l'indicazione di ciascun URL", secondo l'analisi di R. PANETTA, *Il ruolo dell'internet service provider e i profili di responsabilità civile*, cit..

⁶⁹⁷ L'istanza ai sensi dell'articolo 6 del regolamento approvato con delibera consiliare n. 680/13 A.G.Com. viene compilata mediante un modulo *online* che non richiede l'URL della informazione illecita, ma l'indirizzo "del sito *internet* dove l'opera, o le opere, sono state illegalmente diffuse". Così in R. PANETTA, *Il ruolo dell'internet service provider e i profili di responsabilità civile*, cit.. La giurisprudenza maggioritaria aveva mostrato di ritenere sufficiente l'indicazione dei titoli delle pagine o delle informazioni lesive. Su questo v. la sentenza Trib. Roma, 10 gennaio 2019, n. 693 (più nota fra i commentatori come sentenza RTI-Vimeo), con commento di E. BASSOLI, *Il caso RTI vs. Vimeo e la responsabilità civile dell'hosting provider attivo: sentenza n. 693/2019 del Tribunale di Roma*, in *DIMT online*, 2019. Il Tribunale capitolino deduce la insussistenza di siffatto onere formale di indicazione degli URL, evidenziando l'illogicità della opposta corrente di pensiero (su cui v. *ex plurimis*, Trib. Milano, 9 settembre 2011, n. 10893): "anche quella giurisprudenza che ritiene necessaria l'iniziale indicazione dell'URL per ciascun contenuto illecito, afferma che tale indicazione non è poi necessaria per individuare gli ulteriori video relativi agli stessi programmi, finendo così per ammettere che la ricerca dei singoli contenuti può avvenire anche senza l'indicazione di ciascun URL".

⁶⁹⁸ Per la indispensabilità della indicazione dell'URL delle informazioni illecite si sono espressi, *ex multis*: Trib. Roma, 16 giugno 2011, in *Dejure online*; Trib. Torino, 24 gennaio 2018, *ibidem*; Trib. Torino, I, 7 aprile 2017, n.1928, *ibidem*. Per la necessità che l'URL sia indicato solo per materiale nuovo, non per nuovo caricamento della medesima informazione, v. invece Trib. Torino 19 ottobre e 3 giugno 2015, *ibidem*, che argomentano per la ridondanza dell'indicazione dell'URL di contenuti previamente individuati, a partire dal fatto che esistono tecnologie di *fingerprinting* (su cui v. *infra*) che ricavano l'impronta di un contenuto audiovisivo e ne impediscono reiterati caricamenti da parte degli utenti. Per la non indispensabilità della indicazione dell'URL, cfr., *ex multis*: Trib. Roma, IX, 15 febbraio 2019, n.3512, in *Dejure online*; Trib. Roma, XVII, 2 ottobre 2019, n.18727; Corte App. Roma, sez. imp., 29 aprile 2017, n.2833.

⁶⁹⁹ Cass., I, 19 marzo 2019, n. 7708.

⁷⁰⁰ La decisione si presta a leggersi come un passo verso la de-formalizzazione della notifica, che potrà essere generica salvo che il giudice di merito accerti (con giudizio insindacabile in Cassazione?) che senza l'indicazione dell'URL un prestatore diligente non avrebbe potuto attivarsi: prova della quale – in realtà, sebbene non con eccessiva difficoltà – sembra onerato il danneggiato, giacché, come rammenta la stessa Corte, il giudizio sulla responsabilità del prestatore non ha natura oggettiva e non può prescindere da una

valutazione circa l'esigibilità della sua condotta: "Resta da stabilire un punto. La comunicazione al prestatore del servizio deve essere idonea a consentire al destinatario la comprensione e l'identificazione dei contenuti illeciti: a tal fine, deve allora aversi riguardo ai profili tecnico-informatici per valutare se, nell'ipotesi di trasmissione di prodotti video in violazione dell'altrui diritto di autore, questi siano identificabili mediante la mera indicazione del nome della trasmissione da cui sono tratti e simili elementi descrittivi, oppure occorra anche la precisa indicazione del cd. indirizzo «URL» (uniform resource locator), quale sequenza di caratteri identificativa dell'indirizzo cercato; ciò, trattandosi di responsabilità aquiliana sorta al momento della condotta omissiva, alla stregua dello sviluppo tecnologico dell'epoca dei fatti. La stessa Corte di giustizia ha, nel caso *L'Oréal*, rimesso al giudice nazionale la valutazione delle notifiche rivolte al *provider* dai titolari dei diritti di proprietà intellettuale, ancorché di contenuto impreciso o generico, per apprezzare il reale status conoscitivo del fornitore di servizi e inquadrarne così la condotta (Corte di giustizia UE, 12 luglio 2011, C-324/09, cit.). Nella Comunicazione della Commissione COM (2017) 555 del 28 settembre 2017, già sopra ricordata, tale organismo ha offerto alcuni orientamenti alla luce del quadro giuridico vigente. Essa rileva come le piattaforme *online*, ad oggi, «dispongono solitamente dei mezzi tecnici per identificare e rimuovere» i contenuti illeciti e che, alla luce del «progresso tecnologico nell'elaborazione di informazioni e nell'intelligenza artificiale, l'uso di tecnologie di individuazione e filtraggio automatico sta diventando uno strumento ancora più importante nella lotta contro i contenuti illegali *online*. Attualmente molte grandi piattaforme utilizzano qualche forma di algoritmo di abbinamento basata su una serie di tecnologie, dal semplice filtraggio dei metadati fino all'indirizzamento calcolato e alla marcatura (*fingerprinting*) dei contenuti», aggiungendo che «nel settore del diritto d'autore, per esempio, il riconoscimento automatico dei contenuti si dimostra uno strumento efficace da diversi anni», addirittura in funzione «proattiva», giustamente escludendo però che questo possa di per sé implicare, *ex adverso*, la perdita della deroga alla responsabilità (p. 13). Inoltre, «gli strumenti tecnologici possono essere usati con un maggiore livello di affidabilità per marcare e filtrare (rimozione permanente) i contenuti che sono già stati identificati e valutati come illegali», mediante riconoscimento automatico dei contenuti e procedure automatiche di rimozione permanente: insomma, mediante procedure automatiche, volte a prevenire la ricomparsa di contenuti illegali *online* (p. 20) Quello in esame è, peraltro, un profilo squisitamente di merito, che presuppone un ineludibile accertamento in fatto; se del caso, ove sia necessario un ausilio esperto in ragione dei profili tecnici coinvolti, mediante consulenza tecnica d'ufficio e con riguardo alla specifica denominazione di ciascuno dei singoli programmi televisivi diffusi (la quale potrebbe contenere, o no, parole combinate in modo originale tali da distinguersi dal linguaggio comune), situazione che è necessariamente variabile da una vicenda all'altra: accertamento, tuttavia, non compiuto dalla sentenza impugnata, che ne ha ommesso l'esame. Essa, invero, si limita ad esporre la conclusione raggiunta, nel senso dell'esigenza di detta indicazione: ma la conclusione non si fonda sopra un dato fattuale certo, in quanto non risulta espletato un previo accertamento in fatto circa la identificabilità, sotto il profilo tecnico, dei video illeciti sulla base della loro mera denominazione, riportante il titolo della trasmissione televisiva illecitamente riprodotta e diffusa. Non è, dunque, questione del riparto dell'onere della prova, che la sentenza impugnata reputa correttamente essere posto a carico del titolare del diritto d'autore leso, ricordando altresì l'attenuazione del medesimo *ex art. 6* della direttiva 2004/48/CE sul diritto d'autore (p. 27 della decisione impugnata), cui può affiancarsi il richiamo, operato stavolta dal ricorrente, al regime della *discovery probatoria* di cui agli artt. 156-*bis* e 156-*ter* L. aut. (inseriti dal D.Lgs. n. 140 del 2006, attuativo di quella direttiva): ed invero, fermo tale onere secondo le ordinarie regole probatorie, il punto non era stabilire se RTI s.p.a. dovesse dimostrare il fatto lesivo, ma invece valutare se la conoscenza legale – elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità del prestatore D.Lgs. n. 70 del 2003, *ex art. 16* – fosse integrata dalla comunicazione della violazione del diritto sulle trasmissioni indicate nella diffida, in quanto questa fosse già idonea a consentire al prestatore, secondo la diligenza professionale dovuta, di identificare perfettamente i video illecitamente diffusi. Essendo mancato tale essenziale accertamento in fatto, frutto di una non corretta interpretazione della norma, la conseguente applicazione del regime di responsabilità *de quo* ne è risultata alterata”.

attività di indicizzazione e di categorizzazione sistematiche operate dal prestatore siano idonee a conferire al prestatore un ruolo “attivo”⁷⁰¹, che attenua l’onere informativo nei confronti di quello.

Dal giudice europeo invero proviene la indicazione che (solo) il fornitore del servizio di ospitalità che abbia avuto modo di conoscere le informazioni assume un ruolo *attivo*, e dovrebbe essere escluso (del tutto) dall’applicazione del regime di favore di cui all’art. 14 della Direttiva⁷⁰². “Le corti italiane, invece, sembrano aver trasferito ‘dall’esterno all’interno’ questo *test*, così da creare un vero e proprio ibrido quale *tertium genus*, riconoscendo l’esistenza di un intermediario ‘attivo’ ”⁷⁰³. Tale *host attivo*, pur

⁷⁰¹ Questo l’*iter* argomentativo, fra gli altri, del già caso RTI-Vimeo, su cui v. *infra* in nota.

⁷⁰² Il giudice europeo a più riprese (*L’Oréal v. Ebay*, C-324/09; *Cooperative Vereniging*, C-57/17; *Satiris Pappasavvas*, C-291/13; *Google v. Luis Vuitton*, cause riunite da C-236/08 a C-238/08) ha ribadito che l’*hosting provider* che travalichi i limiti imposti dalla normativa deve vedere qualificato il proprio ruolo come *attivo*. Si parlerebbe del ruolo “attivo” solamente per escludere che l’attività entro il paradigma normativo dell’*hosting provider* (M. BASSINI, *La Cassazione e il simulacro del provider attivo: mala tempora currunt*, in *MediaLaws online*, 2019). Tale ruolo, nella giurisprudenza europea, è assunto dal *provider* che è nella posizione di conoscere o controllare le informazioni, dunque è equiparato al *content provider* (l’autore delle informazioni) quanto alla responsabilità civile.

⁷⁰³ Così in M. BASSINI, *La Cassazione e il simulacro del provider attivo: mala tempora currunt*, cit.. In giurisprudenza, *ex aliis*, v. l’impeccabile ricostruzione di Trib. Torino, 7 aprile 2017, n. 1928, in *Dejure online*: “6.2. Sulla natura di *hosting* attivo o passivo di YouTube. Come già preannunciato in sede cautelare, l’istruttoria svolta ha avuto quale tema di indagine quello di accertare se in concreto (e al di là delle diverse e possibili definizioni terminologiche o lessicali utilizzabili) la piattaforma di *videosharing* YouTube operi come un fornitore neutrale (e quindi come un *hosting* passivo) ovvero se essa, in ragione del suo effettivo atteggiarsi e del suo reale funzionamento, operi con modalità tali da far perdere il carattere neutrale (rispetto ai contenuti caricati) come richiesto dal d. lgs. 70 del 2003 per l’operatività delle deroghe di responsabilità di cui agli articoli 16 e 17 del d. lgs. 70 del 2003 (e quindi, in definitiva, come un *hosting* attivo). Ebbene, il Tribunale ritiene che il punto di discriminare fra fornitore neutrale e fornitore non neutrale debba essere individuato nella manipolazione o trasformazione delle informazioni o dei contenuti trasmessi o memorizzati, come peraltro suggerito (sebbene con riferimento alle attività di «mere conduit» e «caching») dal considerando n. 43 della Direttiva 2000/31/CE, estensibile, per analogia, anche al caso dell’*hosting*, nonché come anche chiarito dai successivi considerando n. 44 e 46 che richiamano l’intenzionalità e l’inerzia di fronte a specifiche informazioni dell’avvenuto illecito quali momenti di discriminare per il venir meno dell’operatività delle deroghe di responsabilità. Un’interpretazione sistematica della sopra richiamata normativa nazionale e comunitaria vigente, così come la lettura integrata e sistematica di tutti i «considerando» della cennata Direttiva (esplicitanti la ratio dell’intervento normativo europeo al quale il legislatore nazionale ha inteso adeguarsi pedissequamente), consentono invero di ritenere applicabile anche all’attività di *hosting* (prevista e disciplinata all’articolo 16 del D.Lgs. n. 70 del 2003) il predetto criterio discrezionale. In tale senso milita quindi: 1) sia un argomento (e fondamento) normativo; 2) sia il dirimente argomento logico - fattuale secondo cui è proprio l’ingerenza nel contenuto ospitato o trasmesso a far venir meno la neutralità del fornitore, alterando così il suo ruolo. Se invero il fornitore di servizi *internet*, non si limita a un mero ruolo di intermediario fra due soggetti distanti mettendo a disposizione la propria

piattaforma tecnologica, ma rielabora o partecipa alla redazione del contenuto intermediato, si avrà in questo caso una piena responsabilità civile secondo le regole comuni. Qualora invece vengano attuate delle mere operazioni volte alla migliore fruibilità della piattaforma e dei contenuti in essa versati (attraverso - ad esempio - il caso tipico della indicizzazione o dei suggerimenti di ricerca individualizzati per prodotti simili o sequenziali ovvero quello altrettanto tipico dell'inserzione pubblicitaria e dell'abbinamento di messaggi pubblicitari mirati), le predette clausole di deroga di responsabilità continueranno ad operare poiché nel caso in esame ci si troverà nell'ambito di espedienti tecnologici volti al miglior sfruttamento economico della piattaforma, e non già innanzi a un'ingerenza sulla creazione e redazione del contenuto intermediato. La Corte di Appello di Milano nella sentenza n. 95 del 2015 – alla luce della normativa europea e italiana vigente sopra richiamata e delle pronunce della Corte di Giustizia UE avutesi in materia (nei procedimenti C- 236/08 e C- 238/2008 - caso *Google c. Louis Vuitton*, C. 324/09 - caso *L'Oréal c. Ebay*, C-70 - caso *Scarlet Extended c. Sabam*, C- 360/10 - caso *Sabam c. Netlog*, C- 314/12 – caso *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih gmbh e WegaFilmproduktionsgesellschaft bmbh*) - ha peraltro affermato che la nozione di *hosting provider* attivo è di per sé fuorviante “e sicuramente da evitare concettualmente in quanto mal si addice ai servizi di <ospitalità in rete> in cui il prestatore non interviene in alcun modo sul contenuto caricato dagli utenti, limitandosi semmai a sfruttarne commercialmente la presenza sul sito, ove il contenuto viene mostrato così come è caricato dall'utente senza alcuna ulteriore elaborazione da parte del prestatore». In tal senso, può convenirsi che un *hosting* che diviene “attivo” (ovverosia che partecipa all'elaborazione dei contenuti che ospita o trasmette) perde la sua neutralità (da intendersi quale connotato essenziale ed esiziale della qualifica di *hosting provider*), e, in quanto, tale non può più definirsi *hosting* ai sensi dell'articolo 16 del d.lgs. 70 del 2003, con conseguente venir meno del beneficio di cui alle clausole di deroga previste dal combinato disposto degli articoli 16 e 17 del cennato d. lgs. 70 del 2003, di modo che il suo status di responsabilità ricade inevitabilmente nell'alveo delle comuni regole della responsabilità civile. Dunque deve ritenersi che allorquando l'*hosting provider* ex art. 16 del d. lgs. 70 del 2003 (corrispondente all'articolo 14 della c.d. E-commerce Directive ovverosia la direttiva 2000/31/CE) interviene modificando o partecipando all'elaborazione del contenuto ospitato dovrà affermarsi altresì il venir meno delle clausole di deroga delle responsabilità, con la conseguenza che troveranno applicazione le ordinarie regole di responsabilità civile. La Difesa attrice, peraltro, afferma peraltro in atti che la piattaforma di videosharing YouTube non possa essere assimilata alla figura dell'*hosting provider* contemplata dagli articoli art. 16 del d. lgs. 70 del 2003 e 14 della Direttiva 2000/31/CE poiché tali testi normativi furono ideati e concernono - anche all'attualità - la diversa figura dell'*hosting* allora conosciuto che svolgeva un'attività di ordine meramente tecnico, automatico e passivo (ciò che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse e memorizzate), senza alcun sfruttamento commerciale dei contenuti (si veda, fra l'altro, quanto affermato da pag. 28 a pag. 34 della comparsa conclusionale di parte attrice). Al riguardo il Tribunale osserva come il d. lgs. n. 70/2003 trova applicazione anche al caso qui in esame in forza del combinato disposto di cui agli articoli 1 e 2 del predetto d. lgs. 70 del 2003. Detti articoli chiariscono infatti che il decreto ha ad oggetto la regolamentazione dei servizi della società dell'informazione, con particolare riguardo al commercio elettronico e che i servizi della società dell'informazione si identificano con «le attività economiche svolte in linea - on line» - (v. la lett. “a” dell'articolo 2) e con le attività di cui all'articolo 1 comma 1 lett. b) della legge 21 giugno 1986 n. 317 che fornisce espressamente le seguenti testuali qualificazioni e definizioni: “«servizio»: qualsiasi servizio della società dell'informazione, vale a dire qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi. Ai fini della presente definizione si intende: per «servizio a distanza» un servizio fornito senza la presenza simultanea delle parti; per «servizio per via elettronica» un servizio inviato all'origine e ricevuto a destinazione mediante attrezzature elettroniche di trattamento, compresa la compressione digitale e di memorizzazione di dati e che è interamente trasmesso, inoltrato e ricevuto mediante fili, radio, mezzi ottici od altri mezzi elettromagnetici; per «servizio a richiesta individuale di un destinatario di servizi» un servizio fornito mediante trasmissione di dati su richiesta individuale». Alla luce di tali dati normativi, non vi è dubbio che sebbene vi siano costanti aggiornamenti tecnologici o evoluzioni dei servizi via via offerti tramite la rete *internet*, la piattaforma di videosharing

formalmente escluso dal campo di applicazione della Direttiva, gode, in applicazione analogica dei principi della stessa, del regime generale di esenzione, temperato però da un inasprimento del giudizio sul momento conoscitivo dell'illecito: si ritiene che in ragione dell'accresciuta possibilità di conoscere le informazioni, l'*host attivo* debba accontentarsi di diffide generiche non recanti gli *URLs* della posizione delle informazioni lesive⁷⁰⁴.

You Tube rientri – allo stato attuale della legislazione - nella nozione di prestatore dei «servizi della società dell'informazione» trattandosi di attività economica svolta on line, quindi a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi, ovvero sia un servizio fornito senza la presenza simultanea delle parti, inviato all'origine e ricevuto a destinazione mediante attrezzature elettroniche di trattamento, compresa la compressione digitale e di memorizzazione di dati e che è interamente trasmesso, inoltrato e ricevuto mediante fili, radio, mezzi ottici od altri mezzi elettromagnetici. È certamente vero che tale soluzione possa in un certo senso vanificare parzialmente lo sforzo produttivo dell'editore di contenuti e quindi gli investimenti sottostanti, ma è anche vero che allo stato attuale questo è il punto di equilibrio rinvenibile nella legislazione positiva e che solo una nuova legislazione (nazionale e sovranazionale) può modificare tale assetto ordinamentale. La Difesa attrice sostiene, inoltre, che nel caso in esame vi siano una serie di indici dai quali dovrebbe inferirsi il ruolo di *hosting* attivo svolto da YouTube (v. fra l'altro pag. 54 e seguenti della comparsa conclusionale di parte attrice). Fra questi, in particolare, vengono menzionate le seguenti attività svolte dalla piattaforma YouTube: 1) l'indicizzazione e la catalogazione dei contenuti; 2) l'abbinamento dei contenuti a una determinata pubblicità affine ai contenuti stessi; 3) la conclusione di accordi con gli utenti terzi che hanno caricato i video per la spartizione dei proventi pubblicitari sulla base delle visualizzazioni; 4) la possibilità di consentire all'utente di rendere visibile il video solo ai propri contatti, così escludendo che il contenuto caricato possa essere visibile a tutti gli utenti del sito You Tube e celando così un eventuale illecito autoriale. In altri termini, secondo la prospettazione offerta dalla Difesa attrice, l'attività di indicizzazione, organizzazione, e gestione dei video caricati dai terzi, al fine del loro sfruttamento, costituirebbe elemento idoneo a escludere la neutralità del prestatore di servizi. Ebbene, il Tribunale – anche alla luce dell'istruttoria svolta e di quanto sopra affermato – ritiene che dette attività non costituiscano affatto elaborazioni idonee a manipolare, alterare o comunque a incidere sui contenuti ospitati, trasmessi e visualizzati sulla piattaforma gestita dalle parti convenute. Esse sono tutte attività attinenti alla migliore utilizzazione, visualizzazione e sfruttamento commerciale dei contenuti, ma non certo elaborazioni che manipolano il contenuto del video condiviso fra più utenti. Il punto di discriminazione è invero proprio questo: solo un intervento che modifichi il video caricato da terzi è idoneo a far venir meno l'esenzione di responsabilità *ex artt.* 16 e 17 del d. lgs. 70 del 2003. Viceversa, un intervento che valorizzi quel video - inserendolo in un indice, abbinandolo della pubblicità pertinente alla sua tipologia, oppure rendendolo visibile accanto a video similari – non comporta il venir meno della neutralità, poiché non incide affatto sul contenuto del video (e, nel caso in esame, dell'opera tutelabile *ex lege* n. 633/1941). Né può censurarsi il fatto che tali accorgimenti siano tutti volti all'incremento dei ricavi economici della piattaforma You Tube, atteso che ciò è espressamente contemplato dal legislatore laddove all'articolo 2 lett. a) del d. lgs. n. 70/2003 prevede espressamente - quale oggetto dell'ambito di applicazione della normativa in parola - «le attività economiche svolte in linea- on line», da identificarsi quali «servizi della società dell'informazione». Alla luce di quanto sopra detto va dunque affermato che anche alla piattaforma You Tube deve applicarsi il regime di esenzione dalle regole della comune responsabilità civile *ex artt.* 16 e 17 del D.Lgs. 73/2000”.

⁷⁰⁴ Lo scarto tra *host attivo* e *passivo* sarebbe allora perlopiù “nominalistico” (T. SCANNICCHIO e N. A. VECCHIO, *I limiti della neutralità: la Corte di giustizia e l'eterno ritorno dell'hosting attivo*, in *Filodiritto online*, 2019). Infatti, la responsabilità dell'*hosting provider*, attivo o passivo che sia, “presuppone, secondo le regole generali, la conoscenza dell'illiceità del fatto altrui”, secondo la sentenza in commento. V. anche

Per portare ordine e tornare adesi alle indicazioni che provengono dalla giurisprudenza comunitaria, deve ricusarsi l'idea che operazioni meramente automatizzate, quali l'indicizzazione dei contenuti, siano idonee a travalicare le competenze dell'*hosting provider* propriamente detto⁷⁰⁵, se non danno effettivamente modo di prendere cognizione

Trib. Roma, IX, 15 febbraio 2019, n. 3512, in *Dejure online*: La dimostrazione dell'effettiva conoscenza dei contenuti illeciti da parte del *provider* rende altresì del tutto irrilevante verificare se l'attività svolta da quest'ultimo sia riconducibile alla figura dell'*hosting provider* attivo ovvero a quella dell'*hosting provider* passivo. Infatti, anche il cd *hosting provider* passivo, non appena ricevuta la notizia dell'illecito commesso dai fruitori del suo servizio, deve attivarsi al fine di consentire la pronta rimozione delle informazioni illecite immesse sul sito o al fine di impedire l'accesso ad esse, in quanto l'intermediario *online* è tenuto ad adottare tutte le misure ragionevolmente esigibili nel caso di specie e a svolgere la propria attività economica nel rispetto di quella diligenza che è ragionevole attendersi dall'*hosting provider* per individuare e prevenire le attività illecite specificamente denunciate. F. BRAVO, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, cit., p. 746, bolla la figura dell'*hosting attivo* come "inutile".

⁷⁰⁵ V. G. BONOMO, *La responsabilità dell'hosting provider per la violazione dei diritti d'autore*, in *Diritto24 online*, 2019. Fa aggrattare le sopracciglia l'idea che tra gli "indici di interferenza" (utili al fine di individuare) gli *host attivi*, la Corte includa – in un elenco pressoché omnicomprendivo, aperto e dichiaratamente solo esemplificativo – una serie di attività svolte pressoché da ogni prestatore di servizi di ospitalità: "attività di filtro, selezione, indicizzazione, organizzazione, catalogazione, aggregazione, valutazione, uso, modifica, estrazione o promozione dei contenuti, operate mediante una gestione imprenditoriale del servizio, come pure l'adozione di una tecnica di valutazione comportamentale degli utenti per aumentarne la fidelizzazione". Paradossalmente però, la Corte nega la qualificazione di *host attivo* in capo a *Yahoo! Video*, che senz'altro dette attività svolge. In linea con la giurisprudenza europea si era pronunciata C. App. di Milano, 7 gennaio 2015, in *Dejure online* (per rilievi critici cfr. F. BRAVO, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, cit., p. 751, nota 93) però riformata dalla S.C. con la sentenza *de qua*. Se si pone a mente il genere di attività che, esemplificativamente, per il giudice europeo ha giustificato la privazione del regime di irresponsabilità in capo ad *eBay*, la sentenza della Corte di Cassazione assume i connotati dell'abbaglio sistematico: "Per quanto riguarda il mercato *online* di cui trattasi nella causa principale, è pacifico che la *eBay* immagazzina, vale a dire memorizza sul proprio server, dati forniti dai suoi clienti. La *eBay* effettua tale memorizzazione ogni volta che un cliente apre presso di essa un account e le fornisce i dati circa le proprie offerte in vendita. Inoltre, la *eBay* è normalmente ricompensata in quanto riscuote una percentuale sulle operazioni effettuate a partire da tali offerte in vendita [...]. A tal riguardo, la Corte ha già precisato che, affinché il prestatore di un servizio su *Internet* possa rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 14 della direttiva 2000/31, è necessario che egli sia un «prestatore intermediario» nel senso inteso dal legislatore nell'ambito della sezione 4 del capo II di tale direttiva (v. sentenza *Google France e Google*, cit., punto 112 [...]). Così non è allorché il prestatore del servizio, anziché limitarsi ad una fornitura neutra di quest'ultimo, mediante un trattamento puramente tecnico e automatico dei dati forniti dai suoi clienti, svolge un ruolo attivo atto a conferirgli una conoscenza o un controllo di tali dati (sentenza *Google France e Google*, cit., punti 114 e 120). Dal fascicolo e dalla descrizione dei fatti che compare ai punti 28-31 della presente sentenza risulta che la *eBay* procede ad un trattamento dei dati forniti dai suoi clienti venditori. Le vendite alle quali possono condurre tali offerte avvengono secondo modalità fissate dalla *eBay*. Se necessario, la *eBay* fornisce anche un'assistenza diretta ad ottimizzare o a promuovere talune offerte in vendita. Come ha giustamente osservato il governo del Regno Unito, la mera circostanza che il gestore di un mercato *online* memorizzi sul proprio server le offerte in vendita, stabilisca le modalità del suo servizio, sia ricompensato per quest'ultimo e fornisca informazioni d'ordine generale ai propri clienti non può avere l'effetto di privarlo delle deroghe in materia di responsabilità previste dalla direttiva 2000/31 (v., per analogia, sentenza *Google France e Google*, cit.

delle informazioni⁷⁰⁶: potranno semmai assommarsi, in capo al medesimo prestatore, più profili di responsabilità, tante quanto sono le funzione che egli svolge e che sono disciplinate dalla Direttiva⁷⁰⁷.

punto 116). Laddove, per contro, detto gestore abbia prestato un'assistenza consistente segnatamente nell'ottimizzare la presentazione delle offerte in vendita di cui trattasi e nel promuovere tali offerte, si deve considerare che egli non ha occupato una posizione neutra tra il cliente venditore considerato e i potenziali acquirenti, ma che ha svolto un ruolo attivo atto a conferirgli una conoscenza o un controllo dei dati relativi a dette offerte. In tal caso non può avvalersi, riguardo a tali dati, della deroga in materia di responsabilità di cui all'art. 14 della direttiva 2000/31”.

⁷⁰⁶ Emblematiche, a tal proposito, le indicazioni che provengono dalla Corte di Giustizia, nella sentenza *Stichting Brein (C-610/15)* avente ad oggetto la pretesa di oscuramento del noto portale *The Pirate Bay*, che rende disponibili *files* tramite il protocollo *torrent*, il quale consente la condivisione tra utenti (c.d. *peer to peer*). La maggior parte dei documenti scaricabili, come osservato dall'Avvocato Generale, è costituita da opere protette. Si è concluso per un *hosting attivo* in ragione del fatto che gli amministratori del portale non potevano non essere pienamente a conoscenza del contenuto illecito delle opere, che anzi provvedevano ad organizzare e sistemare, eliminando le risorse obsolete, che erano stati più volte invitati alla rimozione dei contenuti illeciti, che nel *forum* della piattaforma mostravano di essere consapevoli dell'antigiuridicità dell'attività svolta. V. S. SCUDERI, *La responsabilità dell'internet service provider alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea, causa c-610/15, 14 giugno 2018*, in *DIMT online*, 2018, p. 14, spec. nota 32. Nell'atteggiamento della Corte si è profilato – agli occhi dell'A. – rinnovato rigore (addirittura oltre la lettera delle norme, ormai obsolete e inadatte a garantire adeguata tutela alle esigenze della realtà della rete) nei confronti dei prestatori. Per una interpretazione evolutiva del ruolo (e della attività tecnica ed economica) del prestatore (che quindi è comunemente detto “evoluto”), v. Trib. Torino, 24 gennaio 2018, n. 342, in *Dejure online*: “-in particolare non costituiscono elementi idonei a escludere la neutralità del prestatore di servizi le seguenti attività svolte dal titolare della piattaforma segnalate da Delta TV: l'indicizzazione e la catalogazione dei contenuti, l'abbinamento dei contenuti a una determinata pubblicità affine ai contenuti stessi, la conclusione di accordi con gli utenti terzi che hanno caricato i video per la spartizione dei proventi pubblicitari sulla base delle visualizzazioni; tali attività di indicizzazione, organizzazione, e gestione dei video caricati dai terzi non costituiscono elaborazioni idonee a manipolare, alterare o comunque a incidere sui contenuti ospitati, trasmessi e visualizzati sulla piattaforma, ma attengono alla migliore utilizzazione, visualizzazione e sfruttamento commerciale dei contenuti; solo un intervento che modifichi il video caricato da terzi è invece idoneo a far venir meno l'esenzione di responsabilità ex artt. 16 e 17 del D.Lgs. 70/2003; né può censurarsi il fatto che tali accorgimenti siano tutti volti all'incremento dei ricavi economici della piattaforma, atteso che ciò è espressamente contemplato dal legislatore laddove all'articolo 2 lett. a) del D.Lgs. n. 70/2003 prevede espressamente - quale oggetto dell'ambito di applicazione della normativa in parola - le attività economiche svolte in linea - on line, da identificarsi quali servizi della società dell'informazione”.

⁷⁰⁷ In giurisprudenza, ciò è correttamente avvenuto nella pronuncia del Trib. Roma, XVIII, 6 dicembre 2018, in *Espresso Repubblica online*. Con riferimento ai portali che ospitano i c.d. *User Generated Content* (informazioni caricate dai destinatari dell'informazione, che mediante gli stessi portali le diffondono ad un pubblico talvolta vastissimo) assommeranno la responsabilità dell'*hosting provider* per le informazioni caricate dagli utenti (video, commenti, e così via), quella di autori dei contenuti per le informazioni proprie, quella del *caching provider* quando una informazione viene indicizzata (per esempio con una funzione di ricerca interna), nonché di co-autori dell'informazione, quando abbiano perso la *neutralità* rispetto all'informazione, ad esempio quando abbiano promosso l'informazione su portali esterni o motori di ricerca, o comunque quando abbiano conosciuto l'informazione (*rectius*: i fatti che ne mostravano la manifesta illiceità). La medesima operazione di scomposizione, sebbene con esiti differenti, è propugnata

In secundis deve ribadirsi il principio per cui, nonostante le insistenze della giurisprudenza domestica, dal legislatore né dal giudice europeo proviene alcuna indicazione che possa giustificare la precoce teorizzazione di una figura ibrida⁷⁰⁸, a metà strada fra *hosting provider* e *content provider*; le cui premesse teoriche paiono poggiare su letture di sentenze del giudice europeo giudicate “equivoche”⁷⁰⁹, e, anzi, tale orientamento è parso null’altro che involontario “effetto distorsivo” della interpretazione evolutiva resasi necessaria a fronte della inerzia del legislatore⁷¹⁰.

In tertiis, deve prendersi atto che quando il fornitore di servizi di ospitalità conosca le informazioni, le modifichi, le “approvi” (sospenda l’inserimento da parte dell’utente condizionandolo alla propria supervisione) assume un ruolo attivo che lo equipara al

in F. BRAVO, *La responsabilità civile dell’internet service provider*, cit., p. 753ss, e che sembra operare il giudice del caso RTI – Yahoo! (Trib. Milano, 9 settembre 2011, n. 10893, e poi C. App. Milano, 7 gennaio 2015, n. 29, che distingue tra la responsabilità della *holding* Yahoo!, che mette solo a disposizione i *servers*, da quelle di *Yahoo! Italia*, che gestisce materialmente la piattaforma, per essere quelle società – in prime cure – esclusi, e poi – in appello – ricompresi nel regime di irresponsabilità dell’*hosting provider*).

⁷⁰⁸ V., su questo, l’analisi della pronuncia della corte capitolina (Trib. Roma, XVII, 10 gennaio 2019, n. 693) nei confronti del portale americano *Vimeo* (caso *RTI-Vimeo*), che costituisce il punto di arrivo di una consolidata giurisprudenza in materia di *hosting attivo*, della quale sono da ricusare le premesse teoriche, non gli approdi pratici (possibilità di sfruttare l’indicizzazione dei contenuti e il motore di ricerca interno per prendere cognizione della presenza di materiale illecito segnalato senza indicare l’*URL*). V. F. FRIGERIO, *Attivo, anche se inconsapevole. Il Tribunale di Roma sanziona Vimeo e conferma i caratteri della responsabilità dell’hosting provider attivo per violazione del diritto d’autore altrui*, in *Medialaws online*, 2019. Tale ricostruzione sarebbe null’altro che un effetto distorsivo generato dalla lettura delle sentenze del giudice europeo decontestualizzata rispetto alla normativa nazionale che prendevano di volta in volta in esame. Così in F. BRAVO, *La responsabilità civile degli internet service providers*, cit., p. 692.

⁷⁰⁹ Dalla lettura delle sentenza – in special modo, *L’Oréal v. eBay*, già cit. – si ricava, in realtà, l’impressione che a determinare la perdita di neutralità in capo al gestore del mercato telematico sia stato, piuttosto, il ruolo che codesto prestatore ha assunto: non è quindi l’attività gestoria (con l’ambizione a ricavarne remunerazione, la determinazione del funzionamento del mercato, la memorizzazione delle offerte) a travalicare i limiti della funzione dell’*hosting provider*, come la Corte si cura di precisare (punti 115 e 116). Piuttosto è l’aver il gestore occupato una posizione non “intermedia”, essendosi posto *ex parte venditoris*, con attività di ottimizzazione delle offerte, di assistenza e consulenza, addirittura l’inserimento di “*links sponsorizzati*” (inserzioni) su motori di ricerca con collegamento diretto al prodotto contraffatto. Puntuale la critica di F. BRAVO, *La responsabilità civile dell’internet service provider*, cit., p. 749 ss, che analizza puntualmente le sentenze in questione.

⁷¹⁰ Così in F. BRAVO, *La responsabilità civile degli internet service providers*, cit., pp. 715 e 692. V. ancora *ibidem*, p. 751, per una critica della figura, che sarebbe “superfetazione giurisprudenziale non aderente al dettato normativo”, nonché (p. 752) “inutile orpello” che inquina le esigenze di chiarezza, particolarmente avvertite nel settore.

destinatario del servizio autore delle stesse⁷¹¹. A prescindere dalla qualificazione “attiva” del *provider* di servizio di ospitalità, resta inconsistente col tenore letterale e lo scopo

⁷¹¹ Così in T. SCANNICCHIO e N. A. VECCHIO, *I limiti della neutralità: la Corte di giustizia e l'eterno ritorno dell'hosting attivo*, in *Filodiritto online*, 2019, commento a sentenza della Corte di Giustizia, 7 agosto 2018, causa C-521/17, caso *Coöperatieve Vereniging*: “la Corte, allineandosi ai suoi più recenti approdi, afferma che i prestatori possono godere delle deroghe alla *liability* «esclusivamente» quando «detti prestatori non conoscono né controllano le informazioni trasmesse o memorizzate dalle persone alle quali forniscono i loro servizi», connotandosi per un ruolo meramente passivo; diversamente, il prestatore sarà (sempre) pienamente responsabile laddove «svolga un ruolo attivo, consentendo ai suoi clienti di ottimizzare la loro attività di vendita *online*» (§§ 47-48) [...] La Corte di giustizia, dunque, perimetra ancora una volta i limiti dell'*ISP* 'neutrale', proponendo una dialettica qualificatoria, sospesa fra *ISP* (pienamente) responsabile o meno, sciolta dal nostro formante giurisprudenziale nei (noti) termini dell'*hosting* c.d. passivo (tipizzato nel decreto legislativo n. 70/2003, recependo la direttiva 2000/31) e dell'*hosting* c.d. attivo (figura di creazione pretoria), che pare potersi avvicinare all'impostazione europea di un prestatore 'attivo', che conosce e controlla le informazioni memorizzate e trasmesse e, argomentando a contrario sulla base del cons. 42 della direttiva [n.d.r., il quale reca: 'Le deroghe alla responsabilità stabilita nella presente direttiva riguardano esclusivamente il caso in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione si limiti al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione. Siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate.'], non è dunque meritevole di alcuna attenuazione della responsabilità (a differenza del suo omonimo, ma nella variante 'passiva', responsabile, come visto, solo a determinate condizioni)'. In giurisprudenza, v. Trib. Roma, XVII, 2 ottobre 2019, n.18727, in *Dejure online*, che afferma, con riguardo alla responsabilità del *provider* Vidme: “Non è neppure necessario soffermarsi in questa sede sulla completezza della diffida ovvero sulla idoneità di essa a consentire la compiuta individuazione da parte del destinatario dei video da rimuovere, dato che, nel caso di specie, per quanto sopra detto, l'attività del prestatore è da qualificare come di *hosting* attivo, sicché deve ritenersi la conoscenza dell'illiceità dei contenuti da parte del gestore del Portale prescindendo dalla comunicazione di essa da parte del danneggiato. Si ritengono, pertanto, meritevoli di accoglimento le domande formulate dall'attrice di accertamento dell'illiceità della condotta della convenuta, dovendosi ritenere la responsabilità della medesima in ordine alla pubblicazione dei video sul Portale in contrasto con le disposizioni poste a tutela dei diritti autorali dell'attrice, fin dal momento del caricamento di essi”. La sentenza recepisce le indicazioni della S.C. in materia di *hosting attivo*, ravvisando la presenza degli indici fattuali esemplificativamente indicati dalla Corte di Cassazione nella pronuncia in esame. L'attenta opera di catalogazione dei video è ritenuta dal tribunale capitolino sintomo della fisionomia *attiva* del prestatore. L'assunto potrebbe essere condiviso solo se l'operazione di catalogazione avviene in modo tale da fare sì che il *provider* conosca le informazioni, e non in modo automatico e algoritmico sulla base delle indicazioni immesse dagli utenti (salvo il caso in cui quelle stesse indicazioni contengano inequivoche indicazioni della natura illecita dell'informazione, che un prestatore diligente avrebbe saputo intercettare, mediante, ad esempio, l'utilizzo di appositi filtri, o un sistema di “parole vietate”). A tacer del fatto che non si comprenderebbe perché la medesima attività (indicizzazione delle informazioni non proprie) lascia il *cache* neutrale rispetto alle (ed ignaro delle) informazioni (come chiarito dalla stessa Suprema Corte di Cassazione, nella pronuncia a suo tempo presa in esame), mentre, laddove eseguita dall'*hosting provider*, renderebbe quest'ultimo “attivo”. Tali operazioni di ermeneusi complicano quello che in realtà appare semplice nella giurisprudenza comunitaria. Chiarissime in tal senso le indicazioni che provengono dal caso *L'Oréal v. eBay* (C-324/09), nel quale la Corte esclude qualsiasi esimente in capo all'*hosting* che perda la propria “neutralità” nei confronti dell'informazione, e stabilisce altresì a proposito dell'*hosting provider* (che taluni qui chiamerebbero “passivo”): “Quando non ha svolto un ruolo attivo nel senso indicato al punto precedente e dunque la sua prestazione di servizio rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 14, n. 1, della

della Direttiva imponere oneri formali – quali l’indicazione dell’URL – salvo il caso in cui ciò sia assolutamente indispensabile al fine di prendere contezza degli illeciti⁷¹².

Quelle che precedono non sono considerazioni di poco momento: l’*host*, ferma restando l’inammissibilità di ordini il cui effetto sia equivalente a quello di disporre sistemi di filtraggio preventivi degli illeciti⁷¹³, è gravato dall’obbligo di intervenire ogni volta che sia reso edotto della violazione: l’insussistenza di un obbligo di vigilanza generica è senza pregiudizio per un “obbligo di vigilanza in casi specifici”⁷¹⁴, come ha anche ribadito la

direttiva 2000/31, il gestore di un mercato *online*, in una causa che può comportare una condanna al pagamento di un risarcimento dei danni, non può tuttavia avvalersi dell’esonero dalla responsabilità previsto nella suddetta disposizione qualora sia stato al corrente di fatti o circostanze in base ai quali un operatore economico diligente avrebbe dovuto constatare l’illiceità delle offerte in vendita di cui trattasi e, nell’ipotesi in cui ne sia stato al corrente, non abbia prontamente agito conformemente al n. 1, lett. b), del suddetto art. 14”.

⁷¹² In questo, solo in questo, va salvata la conclusione pratica ricollegata alla (pur ricusanda) categoria dell’*hosting attivo*: è innegabile che l’arricchimento del sito del *provider* con funzionalità quali l’indicizzazione dei contenuti consenta di ricercare le informazioni in maniera indipendente dall’URL. Dunque quando opere protette siano identificate dal loro titolo, questo sia incluso nella segnalazione, non si comprende perché occorrerebbe aggiungere ulteriori dettagli nella segnalazione, non indispensabili al fine di reperire celermente le informazioni sospette illecite. Assolutamente condivisibile pertanto è la già cit. Trib. Roma, IX, 15 febbraio 2019, n. 3512, in *Dejure online*, che sembra finalmente mettere a fuoco i punti di diritto in questione (il giudice nel caso esaminato rifiuta di approfondire la questione circa la riconducibilità della convenuta alla *species attiva* ovvero *passiva*, e conclude per la non necessità della indicazione degli URL).

⁷¹³ V. in particolare la sent. *Scarlet* (C-70/10) e *SABAM* (C-360/10) con la quale il giudice europeo esclude la ammissibilità di ingiunzioni rivolte all’*access provider* affinché questi si doti di sistemi di filtro dei contenuti lesivi del diritto d’autore, poiché ciò equivarrebbe a imporre un obbligo di vigilanza indistinto, incidente sulla generalità delle trasmissioni. Peraltro, la misura sarebbe sproporzionata perché lederebbe anche il diritto alla libertà di espressione (non potendo sempre precisamente distinguere tra trasmissione illecita e lecita) e alla riservatezza, perché costringerebbe l’*access provider* ad un massivo trattamento di dati personali (*i.e.* degli indirizzi IP degli utenti). Per un commento si rinvia a O. POLLICINO, *Internet nella giurisprudenza delle Corti europee: prove di dialogo?*, in *Forum costituzionale online*, 2013, p. 19 ss. L’A. ritiene che la decisione in commento non dovrebbe essere letta come una difesa della libertà di espressione in rete, o addirittura della libertà della rete, giacché il bilanciamento tra interessi operato dalla Corte si mostra particolarmente incurante di simili questioni, non contemplate se non incidentalmente. La pronuncia è, al contrario, una vittoria dei *providers*, la cui libertà di iniziativa economica è stata, nei casi in questione, ritenuta prevalente sull’opposto interesse dei titolari dei diritti d’autore.

⁷¹⁴ Si prendano in esame i Considerando da 45 a 48 della Direttiva. Cfr. poi S. SCUDERI, *La responsabilità dell’internet service provider alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea, causa c-610/15, 14 giugno 2018*, in *DIMT online*, 2018, p. 15, che ritiene che tra gli obblighi di sorveglianza in “casi specifici” possa ricomprendersi la previsione di cui all’art. 156 della legge sul diritto d’autore (l. 633 del 1941), che recita: “Chi ha ragione di temere la violazione di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante in virtù di questa legge oppure intende impedire la continuazione o la ripetizione di una violazione già avvenuta sia da parte dell’autore della violazione che di un intermediario i cui servizi sono utilizzati per

giurisprudenza comunitaria⁷¹⁵. Per le ragioni quivi esposte, debbono ritenersi legittime inibitorie giudiziali aventi ad oggetto la cessazione della violazione in atto, non limitate

tale violazione può agire in giudizio per ottenere che il suo diritto sia accertato e sia vietato il proseguimento della violazione. Pronunciando l'inibitoria, il giudice può fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata o per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento". Gli artt. 12-14 della Direttiva fanno poi salva la possibilità che l'autorità giudiziaria "secondo gli ordinamenti degli Stati membri" "esiga che il prestatore *impedisca* o ponga fine ad una violazione", il che s'è tradotto nella disciplina attuativa: "L'autorità giudiziaria o quella amministrativa competente può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività [che gli pertengono], *impedisca o ponga fine* alle violazioni commesse", secondo la formula ripetuta per ciascun prestatore (artt. da 14 a 16 del Decreto legislativo).

⁷¹⁵ La lezione che C. App. Milano, 7 gennaio 2015, n. 29, in *IlCaso online*, trae dalla sentenza *UPC Telekabel* (C-314/12), è che il divieto di imporre un obbligo di sorveglianza preventiva e generale non pregiudica gli obblighi di sorveglianza relativi a casi di violazione dei diritti specifici nella misura in cui il generale regime di limitazione della responsabilità non esclude la possibilità per i singoli di intentare azioni inibitorie a tutela dei propri "singoli diritti". Peraltro, è degno di considerazione che con la stessa sentenza la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha ritenuto che l'obbligo del prestatore si estendesse a bloccare non solo il sito illecito, ma qualsiasi altro indirizzo tale sito dovesse assumere in futuro, laddove di ciò il *provider* venga comunque a conoscenza. In ciò risiede l'essenza dell'obbligo *special-preventivo*, che non sussiste *ex ante* e in forma generalizzata, ma sorge *ex post*, quando cioè l'*hosting provider* si avvede delle violazioni (così in Corte App. Roma, s.i., 29 aprile 2019, n. 2833). La Corte di Giustizia dell'Unione europea è tornata sull'argomento con la pronuncia *Eva Glawischnig-Piesczek v. Facebook* (C-18/18) stabilendo che: a) il giudice può "ordinare a un prestatore di servizi di *hosting* di rimuovere le informazioni da esso memorizzate e il cui contenuto sia identico a quello di un'informazione precedentemente dichiarata illecita o di bloccare l'accesso alle medesime, qualunque sia l'autore della richiesta di memorizzazione di siffatte informazioni" (questo sarebbe uno degli obblighi di sorveglianza «in casi specifici» fatto salvo dal Considerando 47 della Direttiva); b) il giudice può "ordinare a un prestatore di servizi di *hosting* di rimuovere le informazioni da esso memorizzate e il cui contenuto sia equivalente a quello di un'informazione precedentemente dichiarata illecita o di bloccare l'accesso alle medesime, purché la sorveglianza e la ricerca delle informazioni oggetto di tale ingiunzione siano limitate a informazioni che veicolano un messaggio il cui contenuto rimane sostanzialmente invariato rispetto a quello che ha dato luogo all'accertamento d'illeceità e che contiene gli elementi specificati nell'ingiunzione e le differenze nella formulazione di tale contenuto equivalente rispetto a quella che caratterizza l'informazione precedentemente dichiarata illecita non siano tali da costringere il prestatore di servizi di *hosting* ad effettuare una valutazione autonoma di tale contenuto" (al qual riguardo la Corte osserva: "un obbligo come quello descritto ai punti 41 e 45 della presente sentenza, da un lato, nella misura in cui si estende anche alle informazioni di contenuto equivalente, risulta sufficientemente efficace per garantire la tutela della persona oggetto di dichiarazioni diffamatorie. Dall'altro, tale tutela non viene garantita tramite un obbligo eccessivo imposto al prestatore di servizi di *hosting*, in quanto la sorveglianza e la ricerca che richiede sono limitate alle informazioni contenenti gli elementi specificati nell'ingiunzione e il loro contenuto diffamatorio di natura equivalente non obbliga il prestatore di servizi di *hosting* ad effettuare una valutazione autonoma, e quest'ultimo può quindi ricorrere a tecniche e mezzi di ricerca automatizzati. Pertanto, una siffatta ingiunzione non è, in particolare, tale da imporre al prestatore di servizi di *hosting* un obbligo di sorvegliare, in via generale, le informazioni da esso memorizzate, né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite, ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2000/31."); c) il giudice può "ordinare a un prestatore di servizi di *hosting* di rimuovere le informazioni oggetto dell'ingiunzione o di bloccare l'accesso alle medesime a livello mondiale, nell'ambito del diritto internazionale pertinente" (ma – avverte il giudice europeo – compete al giudice domestico assicurare la compatibilità dell'ordine giudiziale con la normativa internazionale di volta in volta rilevante).

alla rimozione del contenuto illecito ma aventi ad oggetto, laddove ciò sia tecnicamente⁷¹⁶ (e giuridicamente⁷¹⁷) possibile, perfino oltre la materia della protezione della proprietà

In dottrina, cfr. M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, cit., p. 138 s per un commento della pronunzia.

⁷¹⁶ Chiare le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza *UPC Telekabel* (C-314/12): “Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alla terza questione che i diritti fondamentali riconosciuti dal diritto dell’Unione devono essere interpretati nel senso che non ostano a che sia vietato, con un’ingiunzione pronunciata da un giudice, a un fornitore di accesso ad *Internet* di concedere ai suoi abbonati l’accesso ad un sito *Internet* che metta in rete materiali protetti senza il consenso dei titolari dei diritti, qualora tale ingiunzione non specifichi quali misure tale fornitore d’accesso deve adottare e quest’ultimo possa evitare sanzioni per la violazione di tale ingiunzione dimostrando di avere adottato tutte le misure ragionevoli, a condizione tuttavia che, da un lato, le misure adottate privino inutilmente gli utenti di *Internet* della possibilità di accedere in modo lecito alle informazioni disponibili e, dall’altro, che tali misure abbiano l’effetto di impedire o, almeno, di rendere difficilmente realizzabili le consultazioni non autorizzate dei materiali protetti e di scoraggiare seriamente gli utenti di *Internet* che ricorrono ai servizi del destinatario di questa stessa ingiunzione dal consultare tali materiali messi a loro disposizione in violazione del diritto di proprietà intellettuale, circostanza che spetta alle autorità e ai giudici nazionali verificare”. Da un lato, quindi, l’ingiunzione deve lasciare ampia libertà al *provider* di decidere come realizzare lo scopo tecnicamente; dall’altro, egli deve comunque poter provare, nel caso in cui lo scopo non sia raggiunto, di aver adottato tutte le misure ragionevoli; infine le misure devono avere, in ragione del dispendio di risorse che comportano, una qualche utilità pratica, ravvisata – almeno – nella accresciuta difficoltà a reiterare la violazione.

⁷¹⁷ Cfr., in particolare, il caso *Stichting Brein*, per una più matura (rispetto a quella della giurisprudenza *Scarlet* e *SABAM*, già cit.) operazione di bilanciamento tra diritti operata dalla Corte di Giustizia. In particolare, la funzione preventiva deve essere declinata al fine di ledere quanto meno possibile gli interessi contrapposti. Su questo v. S. SCUDERI, *La responsabilità dell’internet service provider alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea, causa c-610/15, 14 giugno 2018*, cit..

intellettuale (che conosce una prassi ormai collaudata in tal senso⁷¹⁸), l'impedimento della reiterazione della medesima violazione⁷¹⁹, anche per il futuro⁷²⁰.

⁷¹⁸ Chiari gli *input* che provengono dal giudice comunitario, fra cui spicca la giurisprudenza *L'Oréal v. eBay* (C-324/09): "Si deve poi rilevare che, alla luce della finalità perseguita dalla direttiva 2004/48, che consiste nel far sì che gli Stati membri assicurino, in particolare nella società dell'informazione, la tutela effettiva della proprietà intellettuale (v., in questo senso, sentenza 29 gennaio 2008, causa C-275/06, *Promusicae*, Racc. pag. I-271, punto 43), la competenza attribuita, conformemente all'art. 11, terza frase, della stessa direttiva, agli organi giurisdizionali nazionali deve consentire a questi ultimi di ingiungere al prestatore di un servizio *online*, quale colui che mette a disposizione degli utenti di *Internet* un mercato *online*, di adottare provvedimenti che contribuiscano in modo effettivo, non solo a porre fine alle violazioni condotte attraverso tale mercato, *ma anche a prevenire nuove violazioni*". Indicazioni raccolte prontamente da un filone interpretativo che conta numerose pronunzie conformi: *ex multis*, Trib. Roma, XVII, 2 ottobre 2019, n. 18727, in *Dejure online* (che inibisce la nuova pubblicazione dei medesimi contenuti lesivi), la stessa Cass., I, 19 marzo 2019, n. 7708, cit., o ancora Trib. Torino, 24 gennaio 2018, n. 342, che argomenta per la sussistenza di un obbligo di sorveglianza *a posteriori* (arg. *ex art.* 16 del Decreto legislativo). Qui sembra d'uopo brevemente soffermarsi su Torino, I, 7 aprile 2017, n. 1928, con cui il giudice piemontese dà prova di sicura padronanza delle questioni tecniche rilevanti. Escluso fermamente l'obbligo di preventivo di filtraggio delle opere (dottrina *Scarlet*, C-70/10) il giudice ha ritenuto inefficace, al fine di prevenire il reiterato caricamento dei contenuti lesivi del diritto d'autore del ricorrente sul portale YouTube, l'impiego del calcolo del valore di hash del video, valore che sarebbe stato inserito in una "lista nera" di video il cui caricamento veniva automaticamente inibito da YouTube. Infatti, osserva il giudice in linea con gli esiti della analisi peritale, una minima manipolazione del video conduce ad un differente valore di *hash*, dunque ad una elusione del sistema di blocco sì architettato. Siccome per "YouTube sussiste un vero e proprio obbligo giuridico di impedire nuovi caricamenti di video già segnalati come violazione del diritto d'autore, e ciò sulla base del chiaro disposto normativo di cui all'art. 16 del d. lgs. 70 del 2003, il quale stabilisce che il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, ma solo a condizione che non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita"; e siccome "una volta a conoscenza [dell'illecito] il gestore [...] ha invero l'obbligo (discendente, fra l'altro, dallo stesso comma 1 dell'art. 16 del d. lgs. 70/2003) di attivarsi e cooperare con il titolare dei diritti d'autore violati al fine di interrompere effettivamente l'illecito ad esso denunciato ed evitare la sua perpetrazione"; poiché inoltre YouTube ha l'obbligo di adempiere al comando giudiziale utilizzando tutti gli strumenti a disposizione "ivi compresi quelli ancora non sviluppati o non disvelati nel presente giudizio"; preso atto del fatto che YouTube dispone di un *software* (*ContentID*) estremamente preciso, che elimina gli inconvenienti del calcolo del valore dell'impronta *hash* del video; ritenuto che tale obbligo non possa risentire alcuna condizione di funzionamento di un programma che ha sviluppato la stessa YouTube, che invece dovrà attivarsi "dando corso a tutte le proprie risorse umane e materiali"; il Tribunale di Torino ha condannato YouTube a proteggere con il proprio programma *ContentID* le opere coperte da diritto d'autore della ricorrente, sì da inibirne il caricamento in futuro, respingendo invece la domanda di condannare YouTube ad impedire che potessero essere cercate parole chiave corrispondenti ai titoli delle opere in questione, stante l'elevato numero di "falsi positivi" che sarebbero caduti sotto la scure censoria di tale funzione di filtro.

⁷¹⁹ V. la fondamentale sent. *Eva Glawischnig-Piesczek v. Facebook* (C-18/18) della Corte di Giustizia, in nota *supra*.

⁷²⁰ In questo senso, rappresenta una "occasione sprecata" la decisione del Trib. Grosseto, 19 gennaio 2016, n. 46, che dopo aver correttamente concluso che TripAdvisor (noto portale reso celebre per il fatto che ivi si trovano recensioni di numerosissime strutture ricettive) costituisce un *hosting provider* e gode del regime di "*exemption*" riservato a tale categoria di prestatore, incomprensibilmente nega la responsabilità dello

stesso per tardiva rimozione di una recensione non genuina, comunque dal contenuto diffamatorio, in ragione del fatto che occorrerebbe l'ordine di rimozione proveniente dall'autorità, perché il prestatore sia tenuto a cancellare suddetta recensione (il che, alla luce delle robustissime indicazioni provenienti dalla giurisprudenza nazionale, nonché della univoca interpretazione delle disposizioni offerta dalla Corte di Giustizia dell'Unione, del tenore testuale delle norme, della *ratio* delle stesse, costituisce una opinione non sostenibile). In consimili casi (quando si fa questione di diritti della personalità quali il decoro, l'onore, la reputazione) il bilanciamento tra interessi si fa invero complesso (è in gioco, infatti il non sopprimibile diritto alla libertà di espressione, che malsopporta intromissioni da parte del *provider*, sia pure per prevenire la reiterazione di illeciti). La giurisprudenza in materia è esigua (ma tutt'altro che irrilevante, come si tenterà di dar conto). Nondimeno, l'*iter* logico impiegato dai giudici nazionali e comunitari per affermare l'obbligo di prevenire la reiterazione del *medesimo* illecito (si argomenta che, se l'*hosting provider* è irresponsabile sin tanto che non conosce dell'illiceità del contenuto, e a seguito della diffide *conosce l'illiceità dell'informazione*, per continuare a rimanere esente da responsabilità deve operare al fine di impedire che quella informazione sia nuovamente caricata sui suoi *servers*) sembra perfettamente adattabili a qualsiasi tipo di illecito (non quindi solo nel caso della proprietà intellettuale, su cui v. la nota precedente), poiché l'art. 16 del Decreto legislativo non opera distinzioni sulla base dei diritti lesi (cfr., e.g., Trib. Torino, 24 gennaio 2018, n. 342, in *Dejure online*, il cui impianto motivazionale può plasticamente adattarsi al fine di giustificare un obbligo di prevenzione del *medesimo illecito* checché sia l'interesse leso). Degna di attenzione è senz'altro Trib. Napoli Nord, II, 4 novembre 2016, in *Dejure online*. Ragione del contendere era la diffusione mediante Facebook di talune foto e taluni video che ritraevano la persona del ricorrente nel compimento di atti sessuali, corredati da commenti infamanti e lesivi della dignità della stessa. Ferma restando l'insussistenza di un obbligo di controllo preventivo delle informazioni caricate (su cui, se vuoi, v. Trib. Firenze, II, 11 aprile 2018, n. 862, che peraltro esclude che l'*hosting provider* possa essere titolare di un trattamento di dati personali, sinché non conosce l'informazione), il prestatore è gravato dell'obbligo di esperire un controllo successivo, sulla base, *in primis*, della segnalazione del soggetto sedicente leso. Ribadisce, condivisibilmente, il tribunale partenopeo, che il divieto di obbligo di sorveglianza preventivo e generale non riguarda *gli obblighi di sorveglianza in casi specifici* (Considerando n. 47 della Direttiva). Il tribunale ha rigettato la domanda di inibire la pubblicazione di ogni futuro video riguardante la persona della ricorrente; parimenti rigettata è stata la pretesa dell'attore a vedere Facebook condannata a "scandagliare" i propri *servers* alla ricerca di altri video ritraenti la ricorrente; è stata (unicamente) pronunciata la condanna nei confronti di Facebook a inibire la ripubblicazione "degli specifici *links* segnalati" (ma non del loro "contenuto"). Su ciò si tornerà tra breve. Senza pretesa di esaustività sembra potersi affermare che, perché possa ordinarsi giudizialmente l'inibitoria della ripubblicazione delle stesse informazioni lesive, l'interprete debba porsi due ordini di interrogativi, segnatamente se il risultato che ci si propone di conseguire (e che costituisce pertanto l'oggetto della condanna pronunciata nei confronti del prestatore) è *ammissibile giuridicamente e tecnicamente possibile*. Quanto al primo profilo (ammissibilità in diritto, che è valutazione che attiene al *risultato* che si mira a conseguire), occorre che, nel bilanciamento tra interessi, non risultino prevalenti contrapposti interessi, che non possono comunque mai essere sacrificati del tutto (pena la genesi di *diritti tiranni*, secondo l'insegnamento di Corte Cost. 85 del 2013). Il secondo profilo attiene alla (verifica della esistenza e quindi) individuazione di un mezzo tecnico (che l'operatore in questione ha, o che il prestatore diligente dovrebbe avere) che sia altamente selettivo del contenuto illecito (che non produca "falsi positivi" nel linguaggio di Trib. Torino, I, 7 aprile 2017, n. 1928, cit. alla nota precedente). La suddetta pronuncia del tribunale campano pare carente proprio dal punto di vista della analisi *tecnica* della questione. Infatti (posto che non si comprende nemmeno esattamente cosa abbia voluto intendere il tribunale pronunciando inibitoria della ripubblicazione di *URLs*, ma non del contenuto dei *links*) sembra che il tribunale dovesse chiedersi se è possibile tecnicamente impedire il reiterarsi della *medesima violazione* (cioè, in specie, il caricamento del video o delle foto che ritraevano la persona del ricorrente e avevano natura diffamatoria, quindi il reiterarsi di commenti diffamatori). Ritenuto che per i commenti non è in alcun modo possibile, allo stato, dispiegare mezzi che discernano contenuti leciti e illeciti con una tale precisione da evitare *falsi positivi* (quindi sopprimendo legittime espressioni della libertà di manifestare il proprio pensiero), per quanto attiene a video o immagini esiste (più di) una

3. Brevi riflessioni conclusive. La rete-spazio virtuale e la rete-spazio fisico. *Internet* e le misure urgenti, la legittimazione processuale passiva, l'attuazione del comando del giudice.

Nei paragrafi che precedono si è dovuto indulgere in questioni che altri bollerebbero di “diritto sostanziale”, forse giudicandole fuori luogo in questa sede.

tecnologia (v. nota precedente) che con precisione può impedire il caricamento della *medesima informazione* (video o foto illecita). La risposta del tribunale campano avrebbe quindi dovuto essere diversa con riguardo a questo punto. Infine sembra degna di considerazione la decisione del Trib. Milano, I, 17 giugno 2020, con la quale (riguardo ad un caso di reiterate pubblicazioni lesive della dignità del ricorrente su profili Facebook ed Instagram) il giudice ha stabilito che deve ritenersi sussistente la responsabilità di un *hosting provider* a condizione che: a) abbia “conoscenza legale” della violazione; b) possa constatare agevolmente l'illiceità della altrui condotta, conformemente alla diligenza professionale cui è tenuto; c) possa attivarsi utilmente. Con riguardo alla definizione di contenuto illecito, il tribunale meneghino si rimette alla giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione (la già cit. Cass, 19 marzo 2019, n. 7708: “l'illiceità discende dalla violazione dell'altrui sfera giuridica, mediante un illecito civile o penale, comportante la lesione di diritti personalissimi, quali ad esempio il diritto all'onore, alla reputazione, all'identità personale, all'immagine o alla riservatezza; o ancora, come nella specie, del diritto di autore”). Ritenuto che le esternazioni portate alla sua attenzione fossero *manifestamente illecite*, giacché evidentemente lesive dell'integrità morale dell'istante, non è stata accolta la domanda di ordinare la soppressione del “profilo dell'utente” autore della violazione (non perché ciò debba essere *a priori* escluso, ma perché il bilanciamento tra diritti va operato in ossequio al canone di proporzionalità, di tal guisa che si possa concepire la chiusura forzata del profilo solamente laddove esso sia anch'esso *manifestamente illecito*, secondo la ricostruzione del giudice adito, mentre qui non si è potuto procedere in tal senso) perché non è stato dato modo al giudice di prendere contezza del profilo in questione nel suo complesso. Il tribunale ha quindi rigettato la domanda di condannare a rimuovere qualsiasi contenuto che rimandi alla persona del ricorrente, stante l'indeterminatezza del comando che ne discende (in senso difforme, Trib. Roma, IX, 15 febbraio 2019, n. 3512, che sembra non indulgere in distinzioni di sorta e genericamente *inibisce* tutte le condotte contemplate dal giudice, tra cui rientrano pubblicazione lesive del diritto d'autore, del diritto all'immagine e del diritto al decoro dei ricorrenti). L'attenzione al bilanciamento tra contrapposti interessi protetti (effettività della tutela, diritto all'onore, libertà di espressione) è sì profonda da condurre il giudice milanese ad accogliere la domanda di condanna alla rimozione definitiva di tutti i contenuti manifestamente illeciti, ma solo con riguardo all'ambito territoriale dell'Unione europea, sebbene tale ordine potesse astrattamente avere portata mondiale (giurisprudenza *Eva Glawischnig-Piesczek v. Facebook*, C-18/18). Che sia condivisibile o meno quanto ai risultati, è comunque emblematica della delicatezza del compito cui è chiamato il giudice in casi analoghi (anche in ragione del fatto che, come osserva F. BRAVO, *La responsabilità civile del provider*, cit., pp. 742 ss, il prestatore svolge una funzione che essa stessa consente l'esercizio di diritti fondamentali degli interessati).

Tuttavia, prima di giudicare la pertinenza di quanto precede, dovrebbe rammentarsi che la tutela dei diritti – che è, insomma, il motore della presente analisi – occupa uno spazio che va al di là delle forme processuali⁷²¹.

Peraltro, esigere la cooperazione del prestatore è – in numerosi casi, come si vedrà più nitidamente al capitolo che segue – l'unica seria possibilità di arrestare il *pregiudizio* che si paventa, e che è insito nella esponenziale capacità di proliferazione della informazione dannosa, che *internet* presenta.

Con ciò si comprende perché è occorso verificare la possibilità che il giudice italiano, alla luce della normativa europea ed interna, offra protezione ai soggetti lesi. Peraltro, dalla lettura delle pronunzie citate, quella di carenza di giurisdizione risulta essere eccezione puntualmente sollevata da parte della difesa del prestatore convenuto.

Giurisdizione italiana la cui sussistenza (pressoché scontata, nei casi che interessano) non implicherà necessariamente l'applicazione, alla *res litigiosa*, del diritto italiano, come si è tentato di dar conto.

Si è pertanto ripercorsa la materia, che pure avrebbe invero meritato più distese riflessioni, della responsabilità del prestatore dei servizi *internet*. Ciò non solo perché si è voluto rammentare che il prestatore che non si voglia contentare della segnalazione del soggetto leso corre il serio rischio di divenire corresponsabile dell'illecito (il che – sebbene non pienamente effettiva perché meramente “indiretta” – sarebbe già una qualche forma di tutela del diritto del soggetto leso). Si è reputato importante infatti rimarcare che la irresponsabilità del *provider* non impedisce che al prestatore sia ordinato *in via urgente* di porre fine alla violazione in atto o di impedirla, secondo una previsione che ritmicamente si ripete per tutti i tipi normativi di prestatore intermediario.

⁷²¹ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 6. Per l'A, non bisogna commettere l'errore di intendere la tutela dei diritti (“*Rechtschutz*”) “in senso esclusivamente giusprocessualistico”. Essa è “bisogno ‘differenziato’ di tutela, che si afferma nel diritto sostanziale, con riferimento a situazioni soggettive (che abbiano esse la dignità di diritti soggettivi o, più semplicemente, di interessi giuridicamente protetti) e a cui presidio figurano” “vari ordini di rimedi, sia di natura sostanziale che processuale”.

In ragione della avvenuta codificazione di quello che è a tutti gli effetti un procedimento cautelare *ex art. 700 c.p.c.*⁷²². – ma anche della potenzialità dannosa della “viralità” dei contenuti pubblicati in rete (diffusione dei contenuti capillare, rapida, non rintracciabile compiutamente, delle informazioni) – il *periculum* deve ritenersi sussistente *in re ipsa*, e del relativo accertamento sembra dispensato il giudice.

Il giudice sarà chiamato ad ordinare la disabilitazione dell’accesso alle, o la rimozione delle, informazioni illecite (Considerando 45 della Direttiva), con una pretesa che nella maggior parte dei casi è rivolta all’*hosting provider*. Come si è visto, l’ordine può estendersi, secondo la giurisprudenza *Eva Glawischnig-Piesczek v. Facebook* (C-18/18), anche ai contenuti eguali o analoghi: tale può essere la sua ampiezza. Laddove il prestatore non ottemperi, il provvedimento del giudice che qualifica come “illecita” una data informazione costituisce una “base provvedimento” sufficiente a consentire di “salire di livello”, rivolgendosi, ad esempio al *caching provider*, affinché egli de-indicizzi le informazioni, o ad altro *hosting provider*; in alternativa potrà decidersi di agire *ex art. 14*, ult. comma, d. lgs. 70 del 2003, avverso l’*access provider*, affinché, se ve ne sono le condizioni – ma lo si vedrà meglio in seguito – oscuri la pagina contenente le informazioni illecite⁷²³. La legittimazione processuale del prestatore (anche nei casi in cui egli non sia *ancora* responsabile, perché ha appreso solo col ricorso della esistenza delle informazioni illecite) non può revocarsi in dubbio (su questo può rimandarsi alla

⁷²² M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, cit., p. 132: “codesta valutazione normativa di sussistenza del *periculum*, compiuta dal *conditor* comunitario con lo sguardo rivolto agli illeciti ubiquamente veicolati da *internet*, in qualche modo riecheggia la analoga scelta di *policy* che ebbe ad innervare l’art. 8, co. 5, l. stampa (l. 8 febbraio, 1948, n. 47), felice connubio tra rimedio meritoriale finale, la rettifica e le forme del procedimento cautelare uniforme, evocate per sineddoche dal fugace riferimento all’art. 700 c.p.c.”.

⁷²³ Per l’illustrazione del meccanismo di questa protezione che si articola su più livelli, v. P. MENSI, P. FALLETTA, *Il diritto del web*, Cedam, Milano, 2015, p. 281. In giurisprudenza, Trib. Milano, 25 marzo 2018, in *Dejure online*, su cui *infra*. V. altresì Trib. Roma, 1 dicembre 2016, in *Foro italiano online*, per l’affermazione del principio per cui può procedersi al sequestro-oscuramento del sito solo se è dimostrata la proporzionalità tra misura richiesta e illecito commesso.

giurisprudenza *UPC Telekabel*, C-314/12, già ampiamente analizzata, nonché alla Comunicazione della Commissione europea, n. 555 del 28 settembre 2017)⁷²⁴.

L'analisi di un selezionato numero di fattispecie lesive (o – come altri hanno autorevolmente detto – l'attenzione ai “bisogni di tutela”, e la verifica della disponibilità dei rimedi nel caso concreto, nel che si sostanzia l'ottica che si è detta “rimediale”, angolo d'osservazione privilegiato per ricostruire a sistema la disciplina di matrice europea⁷²⁵), che sarà svolta al prossimo capitolo, si fa inoltre necessaria in ragione del fatto che il giudice dovrà procedere ad un “bilanciamento” tra interessi, molto spesso aventi rango costituzionale, di volta in volta coinvolti (l'onore o il decoro, la libertà di impresa del prestatore, le legittime manifestazioni della libertà di espressione, i diritti degli interessati dal trattamento dei dati personali, i diritti patrimoniali e morali degli autori delle opere, e così via). Complice l'assordante silenzio del legislatore, è rimesso al giudice il reperimento di un *punto di equilibrio*, secondo uno schema che esorbita dai confini tradizionali della giurisdizione civile (*iuris dictio*) per avvicinare il giudice al creatore della *regula iuris*, perché, come un legislatore, bilancia gli interessi, scegliendo quale, nel caso particolare, sacrificare, ed in qual misura. Allora, operazioni di bilanciamento simili (talvolta semplici, come nel caso *Stichting Berein*, C-610/15, ove è stato ordinato all'*access provider* di oscurare l'intero sito *The Pirate Bay*, *hosting provider* “disobbediente”; talaltra complesse, come nella citata ordinanza del Trib. Milano, 17 giugno 2020) costringono ad arrestare il presente discorso sul punto, e rimettersi all'analisi della casistica giurisprudenziale.

Si comprende allora come dilungarsi in questioni che pertengono alla disciplina sostanziale dei fenomeni sociali in rete – quando non sconfinare in questione tecniche attinenti il funzionamento del trasporto delle informazioni in rete – è funzionale a

⁷²⁴ L'importanza pratica della questione non può essere sottovalutata. In una causa connessa ad altra di cui ci si occuperà più oltre il giudice partenopeo (Trib. Napoli Nord, 10 agosto 2016, in *Foro italiano online*) ha, con esiti nefasti, confuso “responsabilità processuale” (legittimazione passiva per l'inibitoria) e “responsabilità per illecito omissivo” (“sostanziale”), ritenendo che, non potendosi ancora rimproverare nulla al prestatore, costui non potesse essere chiamato ad agire per impedire la prosecuzione dell'illecito.

⁷²⁵ M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, cit., p. 16: è parsa evidente ai commentatori la “prospettiva rimediale assunta dalla Corte di Lussemburgo, moderno *praetor* europeo”.

comprendere il sistema di tutela delineato dal mosaico di provvedimenti normativi interni e sovranazionali, del quale l'ordine di rimozione non è che un momento particolare.

Quando si tratta di sopprimere informazioni illecite, il ricorrente deve comportarsi negando, nel proprio foro interno, che *internet*, quale “non luogo”, autonomo mondo virtuale, “fatto di messaggi e comunicazioni incessantemente trasmesse da ogni punto del Globo”⁷²⁶ esista: non considerandolo, cioè, come spazio virtuale globale, ma come l'insieme (delle infrastrutture di trasporto e memorizzazione) dei prestatori intermediari⁷²⁷, la cui cooperazione è necessaria al fine di eliminare le informazioni lesive e impedire che siano nuovamente caricate (*hosting provider*), di disabilitare l'accesso ai siti che rifiutano di cooperare (*access providers*, soprattutto *mere conduit providers*) e di deindicizzare le pagine che ospitano informazioni lesive, se non i siti nel loro complesso, dai motori di ricerca (*caching providers*).

Questa operazione di “vivisezione” (che deve essere svolta anche quando in capo al medesimo prestatore si assommino, per funzioni diverse, responsabilità diverse) cessa nel momento in cui occorre valutare i danni, fase nella quale la potenzialità offensiva della rete – da considerarsi stavolta quale “spazio virtuale che abbraccia l'orbe terracqueo” – torna attuale, ed è necessaria alla piena ponderazione della lesione consumata o minacciata.

Di tale rinnovata concezione (rete come “spazio virtuale”) partecipa senz'altro la attuazione cautelare. Infatti, al fine di garantire il vigore del comando del giudice, questo dovrà essere accompagnato dalla comminazione di penalità di mora (*ex art. 614-bis, c.p.c.*), il cui ammontare non potrà non tenere conto della fisionomia della rete intesa-spazio-comunità-virtuale (in un panorama giurisprudenziale che fa mostra di riluttanza forse ingiustificata, sembra corretto il grado di cooperazione atteso dalla già cit. Trib. Milano, 16 maggio 2019, il che si riflette nella determinazione delle *astreintes*).

⁷²⁶ A. MONTELERO, *Attività di impresa in internet e tutela della persona*, cit., p. 9 s.

⁷²⁷ “La raffigurazione del mondo virtuale come realtà separata può essere fuorviante. *Internet* non è un mondo a parte, ma una “nuova maniera di veicolare le informazioni, attraverso l'utilizzo di cavi, terminali, *server* e *software*”. *Ibidem*.

L'effettività della tutela del diritto del soggetto leso è garantita, oltre dal fatto che il *provider* dovrà rimuovere i contenuti illeciti, anche dal fatto che, per non incorrere in responsabilità, dovrà cooperare – quando a ciò sia tenuto per ordine del giudice – al fine di identificare gli autori della condotta illecita, e il relativo ordine potrà essere assistito anch'esso da penalità di mora (si guardi ancora alla cit. Trib. Milano, 16 maggio 2019).

Tutto si tiene. Il prestatore deve cooperare o risponde della violazione. Se non collabora, il soggetto lese deve “salire di livello” e rivolgersi ad altro prestatore, per inibire l'accesso alle informazioni lesive (o se possibile all'intero sito), e così via. Se un prestatore, avente sede all'estero, dovesse farsi scudo della propria sede aliena per sfuggire (non certo alla giurisdizione, ma alla esecuzione del provvedimento cautelare che importi pagamento in denaro), rimarrebbe ancora la possibilità di rivolgersi a chi trasporta l'informazione, che ha sede in Italia o all'interno dello spazio giuridico unificato (considerato che il provvedimento cautelare può circolare entro lo stesso, oppure valere solo per l'Italia, a seconda che il giudice nazionale abbia o no giurisdizione sulla controversia in ossequio ai criteri regolamentari europei). In questo, s'è detto, insta la scomposizione ideale della rete, che il giurista deve mentalmente eseguire per sopprimere efficacemente le informazioni lesive.

Sebbene quello che si delinea può non apparire un sistema perfetto, perché addossa in capo al danneggiato un onere di sorveglianza di cui è specularmente alleggerito il prestatore (come riconosce il giudice torinese in Trib. Torino, I, 7 aprile 2017, n. 1928, già analizzata), comunque non può negarsi in radice che gli strumenti per garantire una *tutela effettiva* vi siano. Sarà il caso di verificare, di volta in volta, come hanno ragionato i giudici, come hanno bilanciato gli interessi in conflitto, in quali ipotesi il ricorso a tali forme di tutela sia consentito, a quali condizioni, oppure quando sia stato in radice escluso.

Rimane però un'ultima ragion pratica che giustifica un sì largo ricorso agli istituti che regolano la responsabilità del prestatore. In più di alcuno fra i casi presi in considerazione nelle pagine che precedono, il ricorso è stato il momento con cui i giudici hanno ritenuto compiutamente informato il prestatore: quindi la notificazione dello stesso ha segnato il momento nel quale la fattispecie della *conoscenza legale* della informazione illecita può dirsi raggiunta. Paradossalmente, un ricorso d'urgenza rigettato può comunque impegnare il prestatore a raggiungere lo scopo pratico che l'attore si prefiggeva in

giudizio, impegnando al conseguimento del medesimo risultato cui sarebbe stato tenuto, se solo il giudice avesse concesso il provvedimento richiesto per via urgente.

Sembra dunque che riflessioni sulla effettività della tutela dei diritti lesi da attività *online* non potessero prescindere da un confronto con la realtà tecnica e normativa del prestatore, soggetto individuato *a priori* (prima quindi che l'autorità giudiziaria possa ordinare di disvelare l'identità dei soggetti lesi) e spesso capiente, a differenza di costoro.

Insomma, le basi sono poste per indagare la dimensione “rimediale” della disciplina di genesi comunitaria in materia di responsabilità del prestatore, e, quando sarà il momento (segnatamente nell'atto di stilare le conclusioni delle osservazioni che precedono e seguono), ricondurla a sistema col rimedio inibitorio, così da completare il quadro.

CAPITOLO QUARTO: I RIMEDI D'URGENZA AVVERSO GLI ILLECITI CIVILI IN *INTERNET*

SOMMARIO: 1. L'accesso ad *internet* – 2. La tutela del diritto alla partecipazione al dibattito democratico: i social networks e l'oscuramento del "profilo" – 3. Le esternazioni diffamatorie. Le testate telematiche. La viralità dei contenuti lesivi – 4. Il diritto all'oblio e la deindicizzazione. L'usurpazione del nome o dell'immagine. Il Regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali: tutela avverso il trattamento illecito e diritto alla decisione umana – 5. Il diritto d'autore e i provvedimenti d'urgenza – 6. La pirateria digitale e la tutela delle opere protette – 7. Recensioni false e recensioni infamanti: la reputazione commerciale. Vendite online e contraffazione. Le attività di agganciamento del sito altrui nei motori di ricerca. La tutela del nome a dominio – 8. La dialettica col gestore del mercato. La chiusura ingiustificata del profilo del venditore – 9. *Smart contracts* e provvedimenti d'urgenza – 10. Il *fil rouge* tra concorrenza, proprietà intellettuale e dati. La "gara" per le informazioni. Il software di terze parte in competizione con quello del gestore della piattaforma. La tutela del patrimonio informativo "*Big Data*".

Sezione I : la tutela dell'utente

1. L'accesso ad *internet*

È oggetto tuttora di dibattito se l'accesso ad *internet* possa essere qualificato come un diritto. La discussione episodicamente viene animata da propositi riformatori, ad opera di quanti auspicano l'emendamento del testo della Carta costituzionale, il quale (a quanto pare, purtroppo ancora) tace sul punto⁷²⁸.

In realtà, della pratica utilità di tali interventi di riforma, pur invocati da autorevolissimi giuristi⁷²⁹, può dubitarsi, a tacer d'altro, perché sembra che il diritto di accesso alla rete

⁷²⁸ Forse qui può verificarsi l'utilità dell'ottica rimediabile, più volte richiamata: dalla concreta esperibilità di un rimedio, si potrebbe teorizzare un diritto soggettivo (o quantomeno un interesse protetto, a partire da un *bisogno* di tutela qualificato). V. a tal proposito A. DIMAJO, *Forme e tecniche di tutela*, cit.: "Nel sistema di *Civil Law*, com'è noto, *La tutela civile dei diritti* si trova (co)stretta tra l'esigenza di ascrivere a diritto soggettivo ogni posizione o pretesa che aspiri ad essere tutelata davanti ai giudici e l'individuazione dello strumento processuale più appropriato di tutela (condanna, accertamento, sentenza costitutiva)". Si tratterebbe di liberarsi dal "principio che predica il nesso inscindibile tra diritto soggettivo ed azione nonché alla necessità della domanda di parte per far valere il diritto in giudizio".

⁷²⁹ È assai nota la proposta, avanzata presso l'*Internet governance forum* a Roma nel 2010, di aggiungere un nuovo art. 21-*bis*, che ha dato adito a disegni di leggi costituzionale, mai giunti ad approvazione. Su questo si rimanda a F. BOSCO, *Digital divide e Covid-19: torna il diritto di accesso ad Internet*, in

sia, nel silenzio dei Costituenti, da ritenere “*in re ipsa* nella architettura assiologica della Costituzione”⁷³⁰.

A quanti invece postulano che tale diritto fondamentale si qualifichi come *diritto sociale*, ovvero “una pretesa soggettiva a prestazioni pubbliche, al pari dell’istruzione, della sanità e della previdenza”⁷³¹, altri rispondono che la ricostruzione di cui sopra postulerebbe comunque la necessaria previsione di coperture di spesa⁷³², dunque potrebbe rivelarsi niente affatto incisiva sulla vita dei consociati⁷³³, quando non assecondata dal legislatore del bilancio.

Non occorre invero spingersi a tanto. Dalla normativa nazionale ed europea – che pur si muovono lungo direttrici diverse: quella interna secondo il binario tracciato dall’art. 3 Cost.⁷³⁴, quella eurounitaria in ambito concorrenziale⁷³⁵, seppur con risultati che

MediaLaws online, 2020. Per rilievi critici, v. A. PIROZZOLI, *Il libero accesso alla rete: un diritto in espansione*, in *Dejure online*, 2018.

⁷³⁰ Sono parole di A. VENANZONI, *Attraversando il deserto del reale. Diritto di accesso a Internet e cittadinanza funzionale*, in *MediaLaws online*, 2020.

⁷³¹ T. E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso ad internet*, in *Riv. AIC online*, 2011, p. 8.

⁷³² M. MENSI, P. FALLETTA, *Il diritto del web*, libro digitale in Biblioteca WKI, 2018, p. 40 s. Cfr., peraltro, l’interpretazione resa dalla Corte costituzionale (sent. 105 del 1972) del significato della locuzione “con ogni mezzo” di cui all’art. 21 Cost.: “Naturalmente, che ‘tutti’ abbiano diritto di manifestare il proprio pensiero ‘con ogni mezzo’, non può significare che tutti debbano avere, in fatto, la materiale disponibilità di tutti i possibili mezzi di diffusione, ma vuol dire, più realisticamente, che a tutti la legge deve garantire la giuridica possibilità di usarne o di accedervi, con le modalità ed entro i limiti resi eventualmente necessari dalle peculiari caratteristiche dei singoli mezzi o dalla esigenza di assicurare l’armonica coesistenza del pari diritto di ciascuno o dalla tutela di altri interessi costituzionalmente apprezzabili (...)”. Su questo si rimanda a L. DIOTALLEVI, *Internet e social network tra “fisiologia” costituzionale e “patologia applicativa”*, in *Dejure online*, 2012.

⁷³³ Ciò a tacere del fatto che i “diritti-pretese” esulano dall’alveo della *La tutela civile dei diritti*, poiché quella “abbraccia invece momenti ed aspetti diversi, di contenuto positivo, che, come si è detto, richiamano modelli che sono propri di quelle situazioni giuridiche di diritto privato che la pratica definisce diritti a prestazioni e cioè diritti alla specifica e puntuale cooperazione di soggetti determinati”. Così A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 35.

⁷³⁴ “...qualificandolo come uno strumento di realizzazione dell’uguaglianza sostanziale dei cittadini”, così R. PISA, *L’accesso ad internet nella normativa europea e nazionale*, in *ITTIG.CNR online*, 2011, p. 40, con espresso riferimento alla “legge Stanca”, su cui si tornerà tra breve.

⁷³⁵ Così in M. MENSI, P. FALLETTA, *Il diritto del web*, cit., p. 41.

potrebbero convergere⁷³⁶ – emergono forti indicazioni che spingono l’interprete a ritenere che quello di accesso alla rete vada trattato alla stregua di un diritto di libertà, come tale tutelato dalla legge.

Pare evidente che oramai *internet*, strumento che consente l’esercizio di una pluralità di diritti costituzionali, ha cambiato di senso alla libertà di manifestazione del pensiero⁷³⁷, alla libertà di iniziativa economica, al diritto di difesa, al diritto di riunione, alla libertà di essere informati e di informare⁷³⁸. L’accesso a questo novello “bene comune”⁷³⁹, col suo sconfinato patrimonio informativo – nel che⁷⁴⁰ al quale si esplicherebbe la “libertà

⁷³⁶ V., per esempio, la direttiva UE/2018/1972, “Codice europeo delle comunicazioni elettroniche”, il cui art. 3 elenca, non in ordine di priorità, gli obiettivi generali che perseguono gli Stati membri nonché le autorità di regolamentazione e la Commissione: “a) promuovere la connettività e l’accesso alle reti ad altissima capacità — comprese le reti fisse, mobili e senza fili — e il loro utilizzo da parte di tutti i cittadini e le imprese dell’Unione; b) promuovere la concorrenza nella fornitura delle reti di comunicazione elettronica e delle risorse correlate, compresa un’efficace concorrenza basata sulle infrastrutture, e nella fornitura dei servizi di comunicazione elettronica e dei servizi correlati; c) contribuire allo sviluppo del mercato interno rimuovendo gli ostacoli residui e promuovendo condizioni convergenti per gli investimenti in e la fornitura di reti di comunicazione elettronica, servizi di comunicazione elettronica, risorse correlate e servizi correlati in tutta l’Unione, sviluppando norme comuni e approcci normativi prevedibili e favorendo l’uso effettivo, efficiente e coordinato dello spettro radio, l’innovazione aperta, la creazione e lo sviluppo di reti transeuropee, la fornitura, la disponibilità e l’interoperabilità dei servizi paneuropei e la connettività da punto a punto (*end-to-end*); d) promuovere gli interessi dei cittadini dell’Unione, garantendo la connettività e l’ampia disponibilità e utilizzo delle reti ad altissima capacità — comprese le reti fisse, mobili e senza fili — e dei servizi di comunicazione elettronica, garantendo i massimi vantaggi in termini di scelta, prezzo e qualità sulla base di una concorrenza efficace, preservando la sicurezza delle reti e dei servizi, garantendo un livello di protezione degli utenti finali elevato e uniforme tramite la necessaria normativa settoriale e rispondendo alle esigenze — ad esempio in termini di prezzi accessibili — di gruppi sociali specifici, in particolare utenti finali con disabilità, utenti finali anziani o utenti finali con esigenze sociali particolari, nonché la scelta e l’accesso equivalente degli utenti finali con disabilità”.

⁷³⁷ Di talché s’è detto che andrebbe operata una (ri)lettura della libertà di manifestazione del pensiero, il cui significato è “condizionato, se non addirittura identificato in modo decisivo dal mezzo attraverso il quale si esercita” tale diritto. V. T. E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso ad internet*, pp. 5 s.

⁷³⁸ Di questa “riscrittura di significato” (su cui v. T. E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso ad internet*, p. 11) si mostra consapevole D. BIANCHI, *Internet e il danno alla persona*, cit., p. 52, che, nell’ottica di “un aggiornamento in via interpretativa delle tradizionali libertà costituzionali” conclude che il diritto alla libertà informatica sarebbe “un nuovo diritto di libertà costituzionale ricavabile dai tradizionali diritti e principi costituzionali, che vanno letti e interpretati nel contesto della società tecnologica”.

⁷³⁹ F. BOSCO, *Digital divide e Covid-19: torna il diritto di accesso ad Internet*, cit.. Esso sarebbe quindi “un nuovo diritto di libertà costituzionale ricavabile dai tradizionali diritti e principi costituzionali, che vanno letti e interpretati nel contesto della società tecnologica”.

⁷⁴⁰ Diritto di accesso che si articola in due profili: l’accesso alla rete *internet* e l’accesso ai “contenuti”. Così in D. BIANCHI, *Internet e il danno alla persona*, cit., p. 55.

informatica”, intesa come “partecipazione alla società virtuale”⁷⁴¹ – sarebbe uno dei “nuovi diritti”, che recano un “forte e chiaro ‘tono costituzionale’”⁷⁴².

Sono allora senz’altro degne di nota – a tacere delle numerose dichiarazioni politiche e raccomandazioni emanate in materia (cui pure non può essere attribuito valore vincolante) – la legge n. 4 del 2004, nota come “Legge Stanca”, il cui art. 1, comma I, recita: “La Repubblica riconosce e tutela il diritto di ogni persona ad accedere a tutte le fonti di informazione e ai relativi servizi, ivi compresi quelli che si articolano attraverso gli strumenti informatici e telematici”⁷⁴³; il d. lgs. 82 del 2005, cd. Codice dell’Amministrazione digitale, che si attegga alla stregua di “una sorta di statuto del cittadino digitale”⁷⁴⁴; la normativa comunitaria di diretta applicazione di cui al Reg. UE/2015/2120 in materia di *net neutrality*⁷⁴⁵, che pone basi normative solide per una rete aperta⁷⁴⁶; la normativa europea contenuta alla Direttiva CE/2002/22 (e successive

⁷⁴¹ D. BIANCHI, *Internet e il danno alla persona*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 53.

⁷⁴² Secondo le parole di T. E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso ad internet*, cit., p. 1.

⁷⁴³ La norma, come già osservato, fonda il diritto di ciascuno di accedere a tutte le fonti di informazione sul paradigma del principio d’uguaglianza. Così in T. E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso ad internet*, cit., p. 9. Per una prospettiva evolutiva di quella che è norma nata nel contesto del “web 2.0” e che sarà chiamata ad adeguarsi al cambio di passo della rete, v. D. MESSI, M. NICOTRA, *Diritti di accesso ad internet, web 3.0 e blockchain*, in *MediaLaws online*, 2020.

⁷⁴⁴ Così in Su cui v. M. MENSÌ, P. FALLETTA, *Il diritto del web*, cit., p. 39. Cfr. T. E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso ad internet*, cit., p. 8, che afferma: “oggi la cittadinanza è digitale”.

⁷⁴⁵ Il Regolamento in esame ambisce, a detta di R. BOCCHINI, *La centralità della qualità del servizio nel dibattito in tema di net neutrality*, in *Dejure online*, 2016, da un lato a “realizzare in tutto il territorio dell’Unione un trattamento equo e non discriminatorio per gli accessi ad *Internet* e, dall’altro, tutelare gli utenti finali garantendo un vero e proprio diritto di accesso ad *Internet*”.

⁷⁴⁶ V. in particolare l’art. 3, comma I (“Gli utenti finali hanno il diritto di accedere a informazioni e contenuti e di diffonderli, nonché di utilizzare e fornire applicazioni e servizi, e utilizzare apparecchiature terminali di loro scelta, indipendentemente dalla sede dell’utente finale o del fornitore o dalla localizzazione, dall’origine o dalla destinazione delle informazioni, dei contenuti, delle applicazioni o del servizio, tramite il servizio di accesso a *Internet*”) e III, prima parte (“I fornitori di servizi di accesso a *Internet*, nel fornire tali servizi, trattano tutto il traffico allo stesso modo, senza discriminazioni, restrizioni o interferenze, e a prescindere dalla fonte e dalla destinazione, dai contenuti cui si è avuto accesso o che sono stati diffusi, dalle applicazioni o dai servizi utilizzati o forniti, o dalle apparecchiature terminali utilizzate”).

modificazioni)⁷⁴⁷ sul “servizio universale” e alla Direttiva CE/2002/21, che sono parte del “Telecom Package” comunitario⁷⁴⁸.

La normativa comunitaria trova attuazione nel “Codice delle comunicazioni elettroniche”⁷⁴⁹. Merita qui di essere richiamato l’art. 3, recante “principi generali”, il cui comma I, oltre a prevedere che “il Codice garantisce i diritti inderogabili di libertà delle persone nell'uso dei mezzi di comunicazione elettronica”, così dispone: “I provvedimenti riguardanti l'accesso o l'uso di servizi e applicazioni attraverso reti di comunicazione elettronica, da parte degli utenti finali, rispettano i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dai principi generali del diritto dell'Unione europea. Qualunque provvedimento di questo tipo riguardante l'accesso o l'uso di servizi e applicazioni attraverso reti di comunicazione elettronica, da parte degli utenti finali, che ostacolasse tali diritti o libertà fondamentali può essere imposto soltanto se appropriato, proporzionato e necessario nel contesto di una società democratica e la sua attuazione deve essere oggetto di adeguate garanzie procedurali conformemente alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e ai principi generali del diritto dell'Unione europea, inclusi un'efficace tutela giurisdizionale e un giusto processo. Tali provvedimenti sono adottati soltanto nel rispetto del principio della presunzione d'innocenza e del diritto alla protezione dei dati personali. Deve essere garantita una procedura preliminare equa ed imparziale, che fra l'altro assicuri il diritto della persona o delle persone interessate di essere ascoltate, fatta salva la necessità di presupposti e regimi procedurali appropriati in casi di urgenza debitamente accertata conformemente alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Deve essere garantito il diritto ad un controllo giurisdizionale efficace e tempestivo”. È stato osservato eloquentemente che con la disposizione in esame si riconosce all’accesso ad *internet* una “posizione giuridica

⁷⁴⁷ Su cui v. M. MENSI, P. FALLETTA, *Il diritto del web*, cit., pp. 41 s.

⁷⁴⁸ V. R. PISA, *L'accesso ad internet nella normativa europea e nazionale*, cit., p. 137.

⁷⁴⁹ Il già cit. d. lgs. 259 del 2003.

equivalente a quella garantita ad un diritto o una libertà fondamentale”⁷⁵⁰; detto altrimenti, si equipara l’accesso ad *internet* ad una libertà personale. Degno di menzione è senz’altro l’art. 54 del cit. Codice delle comunicazioni elettroniche che, oltre a disporre che “qualsiasi richiesta ragionevole di connessione in postazione fissa a una rete di comunicazione pubblica è soddisfatta quanto meno da un operatore”, prevede al comma II che “la connessione consente agli utenti finali di supportare le comunicazioni vocali, facsimile e dati, a velocità di trasmissione tali da consentire un accesso efficace a *Internet* tenendo conto delle tecnologie prevalenti usate dalla maggioranza dei contraenti e della fattibilità tecnologica nel rispetto delle norme tecniche stabilite nelle Raccomandazioni dell’UIT-T”. Il quadro non sarebbe completo senza un richiamo al successivo art. 59⁷⁵¹, che mira ad assicurare la accessibilità delle tariffe.

Dal “coordinamento tra la Costituzione” e “la normativa di settore (italiana ed in particolare le Direttive comunitarie)” affiora questo diritto “nuovo”⁷⁵², che preme per varcare la soglia della *tutelabilità*. Il percorso che lo porterà all’emersione sarà completo con una “astrazione” del giudizio sul *periculum in mora*, che – prima o poi, prevedibilmente – sarà ravvisato *in re ipsa*, a fronte della natura “non patrimoniale” del diritto leso.

⁷⁵⁰ R. PISA, *L’accesso ad internet nella normativa europea e nazionale*, cit., p. 138.

⁷⁵¹ “L’Autorità vigila sull’evoluzione e il livello delle tariffe al dettaglio dei servizi che, in base agli articoli da 54 a 57, sono soggetti agli obblighi di servizio universale e forniti dalle imprese designate oppure sono disponibili sul mercato, qualora non sia designata alcuna impresa per la fornitura di tali servizi, con particolare riguardo ai prezzi al consumo e al reddito dei consumatori. / L’Autorità può prescrivere che le imprese designate ai sensi dell’articolo 58 propongano ai consumatori opzioni o formule tariffarie diverse da quelle proposte in normali condizioni commerciali, in particolare per garantire che i consumatori a basso reddito o con esigenze sociali particolari non siano esclusi dall’accesso alla rete di cui all’articolo 54, comma 1, o all’uso dei servizi individuati all’articolo 54, comma 2-*bis*, e agli articoli 55, 56 e 57, soggetti agli obblighi di servizio universale e forniti dalle imprese designate. / L’Autorità può prescrivere alle imprese designate soggette agli obblighi di cui agli articoli 54, 55, 56 e 57 di applicare tariffe comuni, comprese le perequazioni tariffarie, in tutto il territorio, ovvero di rispettare limiti tariffari. / L’Autorità provvede affinché, quando un’impresa designata è tenuta a proporre opzioni tariffarie speciali, tariffe comuni, comprese le perequazioni tariffarie geografiche, o a rispettare limiti tariffari, le condizioni siano pienamente trasparenti e siano pubblicate ed applicate nel rispetto del principio di non discriminazione. L’Autorità può esigere la modifica o la revoca di determinate formule tariffarie”.

⁷⁵² D. BIANCHI, *Internet e il danno alla persona*, cit., p. 51.

Non è detto che tale transizione debba essere annunciata, né accompagnata dalla piena consapevolezza degli interpreti. Guardare al settore contermini delle comunicazioni telefoniche potrebbe dare una idea di quella che si prospetta come una lenta cristallizzazione del diritto ad *essere nella rete*⁷⁵³. Si osserva in dottrina che la tutela urgente in materia di disservizi della linea telefonica è stata più facilmente concessa in favore di imprenditori commerciali, per i quali è semplice immaginare un danno – in termini di sviamento della clientela e di compromissione dell'avviamento – difficilmente quantificabile, prima che riparabile, monetariamente⁷⁵⁴. La posizione di imprenditore

⁷⁵³ Quindi del diritto a “valersi degli strumenti informatici per fornire e ottenere informazioni di ogni genere”, secondo la definizione di *libertà informatica* di T. E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso ad internet*, cit., p. 6.

⁷⁵⁴ V. A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., pp. 382 ss. Gli AA. riportano la copiosa giurisprudenza in materia, e osservano che si è arrivati ad emettere un ordine d'urgenza di *errata corrige* per tutelare l'imprenditore erroneamente pretermesso dagli elenchi telefonici della provincia in cui esercita l'attività. In giurisprudenza, si segnala Tribunale S. Angelo dei Lombardi, 14 giugno 2011, in *Dejure online*: “Sussiste altresì il *periculum in mora*. Ed invero, la giurisprudenza è univoca nell'affermare che normalmente il pericolo del verificarsi di un danno patrimoniale non costituisce un danno grave ed irreparabile, in quanto il danno patrimoniale è per sua natura sempre riparabile mediante il successivo risarcimento; è noto infatti il principio secondo cui il pregiudizio irreparabile previsto dall'art. 700 c.p.c. sussiste solo quando siano in discussione posizioni soggettive di carattere assoluto, principalmente attinenti alla sfera personale del soggetto (e spesso anche dotate di rilievo e protezione a livello costituzionale), che rendano necessario un pronto ed immediato intervento cautelare al fine di assicurarne la completa tutela (cfr. Trib. Modena, 9 luglio 2003). Orbene, non vi è dubbio che nella presente vicenda la posizione soggettiva della ricorrente rinverga il proprio fondamento nel diritto di iniziativa economica privata, trovando un immediato addentellato costituzionale nell'art. 41 della Carta fondamentale, laddove la condotta illecita della resistente costituisce un vulnus alla necessità della comunicazione - anche e soprattutto telematica - della ricorrente (la cui compiuta efficienza costituisce una ineludibile necessità degli odierni traffici commerciali; ne è riprova - *ad abundantiam* ed in via esemplificativa - la recente presentazione di un disegno di legge costituzionale - n. 2485 - dal seguente tenore: "Dopo l'articolo 21 della Costituzione è inserito il seguente: Art. 21-bis. Tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete *Internet*, in condizione di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire le violazioni dei diritti di cui al Titolo I della parte I.). L'impossibilità di comunicare telefonicamente incide quindi in maniera significativa sulle modalità di svolgimento dell'attività imprenditoriale della ricorrente (si pensi, ad esempio, all'impossibilità o quantomeno alla maggiore difficoltà di effettuare o di ricevere commesse, anche via *Internet*), la quale si trova esposta al rischio di perdita di clientela o comunque di ritardi e difficoltà nella gestione dei propri rapporti commerciali, con conseguente necessità di tutela giurisdizionale immediata”. L'ordinanza in esame condivisibilmente commina penalità di mora in quanto “la condanna accessoria costituisce un indubbio stimolo per la resistente al sollecito adempimento del comando giurisdizionale, scongiurando altresì il rischio di un successivo contenzioso (in termini, Trib. Cagliari, 19 ottobre 2009)”. Il giudice ha ravvisato che “nel caso di specie, peraltro, tale istituto acquisisce un decisivo rilievo in quanto l'ordine giurisdizionale di riattivazione delle linee telefoniche non è suscettibile di esecuzione forzata, giacché l'attività di ripristino non può concretamente prescindere dal comportamento attivo del gestore del servizio telefonico”. V. anche E. PICCIN, *L'art. 700 cod. proc. civ. in materia di*

commerciale, però, dovrebbe al più determinare una quantificazione diversa, o una diversa ponderazione della “*inevitabilità altrimenti*”, alla cui verifica (anche alla stregua delle azioni e delle possibilità di adoperarsi *stragiudizialmente*, adoperando iniziative secondo diligenza⁷⁵⁵) è subordinata la concessione della misura cautelare atipica, ma non dovrebbe divenire condizione necessaria per l’emanazione della misura. Invero, non può escludersi che l’utente che lamenta disservizi o ritardi nell’attivazione della linea possa dimostrare che l’inadempimento della controparte arrechi un danno non riparabile (in quanto costituisca lesione a interessi non aventi natura patrimoniale), di talché il ricorso alla misura d’urgenza sarà necessario.

Posto insomma che i tempi non sembrano maturi per affermare, guardando esclusivamente alle disposizioni vigenti, l’esistenza di un *diritto sociale ad internet*, ed essendo tale diritto destinato ad esser “mediato dall’infrastruttura tecnologica e dai fornitori di connettività”⁷⁵⁶, occorrerà chiedersi piuttosto (e più utilmente) se ricorrono i presupposti per domandare la concessione di una cautela innominata, al fine di impedire che il diritto (contrattuale⁷⁵⁷) dell’istante sia compromesso in maniera non rimediabile nella sede risarcitoria, nelle more del giudizio (ormai solo eventualmente) incipiendo per veder condannato l’*access provider* ad ottemperare a quanto pattuito. Più semplicemente: occorre verificare se sussistono i presupposti per una manutenzione del contratto stipulato tra utente e *access provider* in via d’urgenza⁷⁵⁸.

sospensione e ripristino delle utenze, in *700 c.p.c. – strategia processuali ed ambiti applicativi*, a cura di E. Brandolini, Cedam, Padova, 2011, pp. 378 ss.

⁷⁵⁵ Cfr., *ex aliis*, Trib. Bari, 18 novembre 2012, che rigetta l’istanza cautelare atipica perché il ricorrente avrebbe ben potuto attivare una linea mobile. Ciò vale tanto più quando il contratto tra gestore della linea e utente prevedeva la possibilità di richiedere l’attivazione di una linea mobile sostitutiva (Trib. Monza, 13 maggio 2004, in *Dejure online*). Di contro, Trib. Paola, 18 febbraio 2009, in *Dejure online* ha accolto l’istanza del ricorrente, il quale viveva in luogo isolato – non servito da linee mobili – ed era malato, di tal guisa che il giudizio sul *periculum in mora* ha investito profili di diritto alla salute, travalicanti il diritto di credito.

⁷⁵⁶ D. BIANCHI, *Internet e il danno alla persona*, cit., p. 53.

⁷⁵⁷ V. M. GAMBINI, *Le responsabilità civili dell’internet service provider*, cit., p. 62 ss. per una dettagliata analisi del contratto di connettività, delle obbligazioni delle parti, della disciplina codicistica applicabile.

⁷⁵⁸ Questione che si porrà anche nel caso di inesatto adempimento del *provider* al contenuto dell’obbligazione *ex art. 54* del Codice delle comunicazioni elettroniche, che prescrive al *provider* di fornire

A non volere aderire alla tesi per cui esista sempre “un diritto all’adempimento, in quanto distinto – per natura e sostanza – dall’eventuale diritto risarcitorio”⁷⁵⁹, rimane comunque il fatto che i diritti di libertà, poiché recano, come detto, contenuto e funzione non patrimoniale, scontano un problema di ontologica inadeguatezza della tutela risarcitoria⁷⁶⁰. Si inseriscono, insomma, nel solco di quelle situazioni giuridiche soggettive per le quali “è necessaria una tutela specifica, il più possibile preventiva, inibitoria, urgente”⁷⁶¹ che scongiurerà dei *danni esistenziali*, di difficile quantificazione, che possono ricevere ristoro in (misura insufficiente ed) in via meramente equitativa, e che consistono in una “perdita di *chances* di ‘inclusione’ ”⁷⁶².

La presa d’atto da parte della giurisprudenza sta avvenendo lentamente, specularmente a quanto era accaduto per linea telefonica, con una tutela più intensa per gli esercenti l’attività economica, che gradualmente tende a sfumare man mano che si avvicina al mero “consumatore”. Insomma, la lesione che attenti a interessi costituzionalmente protetti come la libertà di iniziativa economica (o il diritto di difesa, nel caso di attività di avvocati⁷⁶³) sembra una chiave d’accesso più valida per la manutenzione d’urgenza. Ciò si giustifica solo per il fatto che il pregiudizio non sarà (quasi) mai scongiurabile altrimenti da parte dell’esercente l’attività economica, imprenditore o professionista (tanto più nel caso di avvocato che deve misurarsi col processo telematico). Quando il

un accesso “efficace” alla rete. Quella in esame sarebbe una ipotesi di responsabilità contrattuale del *provider* per inadempimento delle prestazioni che fanno capo al contratto universale. Così in D. BIANCHI, *Internet e il danno alla persona*, cit., p. 57.

⁷⁵⁹ Così in A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d’urgenza*, cit., p. 243. Col che, si è concessa la manutenzione – ma in via episodica, ammoniscono gli AA. – anche quando erano state pattuite clausole penali.

⁷⁶⁰ V. A. PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, cit..

⁷⁶¹ V. la nota precedente.

⁷⁶² V., in questo senso, D. BIANCHI, *Internet e il danno alla persona*, cit., p. 54. Cfr. S. BELTRANI, *Internet e la responsabilità civile*, in *I danni risarcibili nella responsabilità civile*, vol. I singoli danni, a cura di G. Sebastio, Utet, Torino, 2005, p. 196, che ritiene che l’inadempimento contrattuale del *provider* cagiona danni esistenziali derivanti dalla impossibilità di arricchire la propria persona con la navigazione in *internet*, e dalla rinuncia alle abitudini di vita.

⁷⁶³ Trib. Santa Maria Capua Vetere, 21 aprile 2015, in *Altalex online*.

danno non sia altrimenti evitabile, (secondo una valutazione *in concreto*), non può negarsi che in capo al “semplice consumatore” si concentreranno i presupposti in fatto e in diritto che costituiscono le condizioni per la concessione della cautela *ex art. 700 c.p.c.*. Di questo sembrano prendere atto talune pronunzie⁷⁶⁴, che timidamente concedono la cautela atipica per scongiurare il pregiudizio che si sostanzierebbe “sotto il profilo del mantenimento della qualità delle relazioni sociali di ciascun individuo, costituendo un

⁷⁶⁴ V. Trib. Nola, II, 4 novembre 2008, in *Dejure online*: “Sicchè, un professionista che venga privato bruscamente e per un considerevole lasso di tempo della propria postazione telefonica fissa, riceve nella nostra realtà socio-economica, quanto meno su di un piano di verosimiglianza, un danno patrimoniale significativo, sol che si considerino le maggiori difficoltà di gestione dei propri affari e la perdita di occasioni commerciali potenzialmente favorevoli che ne conseguono. Non solo. Il pregiudizio in parola, di connotazione eminentemente economica, assumeva i caratteri dell'irreparabilità rilevante *ex art. 700 c.p.c.*, tanto da giustificare un pronto e immediato intervento cautelare, in quanto ivi venivano in rilievo, oltre che interessi patrimoniali del ricorrente, anche sue posizioni soggettive di carattere assoluto, soprattutto concernenti la sfera personale dell'interessato. Tali caratteri, invero, erano rinvenibili nella disponibilità di una linea telefonica fissa, atteso che oggi tale strumento di comunicazione risulta indispensabile, né è agevolmente sostituibile, anche e soprattutto sotto il profilo del mantenimento della qualità delle relazioni sociali di ciascun individuo, costituendo un tramite imprescindibile per la normale esplicazione della personalità nell'ambito delle ordinarie abitudini di vita. E queste ultime, a ben vedere, risulterebbero fortemente compromesse dalla mancanza di un collegamento che non è più solo capace di mettere in contatto due persone (telefono ordinario di un tempo), ma pone in relazione ogni consociato con entità difficilmente confinabili e definibili, perché essa possono essere rappresentate da molteplicità di persone (Messenger, E-mail), fonti di conoscenza (siti *Web*, banche dati, ecc..) o, ancora, ulteriori terminali di comunicazione (Fax, videotelefono, ecc...). Peraltro, una tale ampia valenza esistenziale di ogni linea telefonica fissa risulta confermata dallo stesso Codice delle comunicazioni elettroniche, d.lgs. n. 259/2003, che, all'art. 54, dispone che: ‘Qualsiasi richiesta ragionevole di connessione in postazione fissa alla rete telefonica pubblica e di accesso da parte degli utenti finali ai servizi telefonici accessibili al pubblico in postazione fissa è soddisfatta quanto meno da un operatore. Il Ministero vigila sull'applicazione del presente comma’. Con ciò precisandosi quindi il contenuto del diritto attribuito agli utenti, con la previsione secondo cui: ‘La connessione consente agli utenti finali di effettuare e ricevere chiamate telefoniche locali, nazionali ed internazionali, facsimile e trasmissione di dati, nel rispetto delle norme tecniche stabilite nelle Raccomandazioni dell'UIT-T, e deve essere tale da consentire un efficace accesso ad *Internet*’. Dal che risulta evidente che ormai la postazione telefonica fissa non è più strumentale al solo utilizzo del classico apparecchio telefonico, ma costituisce la premessa per operare collegamenti diversi e multiformi, volti ad utilizzare strumenti di comunicazione sempre più complessi ed articolati. Ancora. Ad attribuire un ulteriore profilo meta-patrimoniale al pregiudizio in parola, valeva poi la considerazione che la mancanza di un filtro telefonico attuato da una normale segreteria di studio, unitamente alla impossibilità di rispondere quando il professionista era impegnato fuori studio, integravano ulteriore lesione all'immagine ed alla funzionalità della attività del ricorrente all'esterno. E la stessa appariva di difficile reintegra economica. Da ultimo. Quand'anche non volesse valorizzarsi gli aspetti menzionati, la situazione denunciata sarebbe stata connotata comunque da obiettiva irreparabilità anche per la perdita di clientela che poteva derivare al M.V. per mancato uso del telefono, sì da conseguire un pregiudizio al suo avviamento commerciale in uno alla potenzialità espansiva della sua attività autonoma: laddove danni di tale genere, essendo assai difficilmente dimostrabili e quantificabili *ex post*, risulterebbero già solo per questo ‘irreparabili’, siccome potenzialmente insuscettibili di venire adeguatamente ristorati una volta che si fossero compiutamente prodotti”.

tramite imprescindibile per la normale esplicazione della personalità nell'ambito delle ordinarie abitudini di vita”⁷⁶⁵, ma precisando altresì che si prospettano *pericula* afferenti la libertà di iniziativa economica del ricorrente.

Non può che concordarsi, in conclusione, con quanti hanno affermato che “*internet* è una libertà fondamentale il cui esercizio è strumentale all’esercizio di altri diritti e libertà costituzionali: non solo la libertà di manifestazione del pensiero”, ma anche “il diritto al pieno sviluppo della persona umana”, “all’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica, sociale del Paese”, nonché “la libertà di impresa”: in breve, vedersi negato l’accesso ad *internet* significa “vedersi precluso l’esercizio della più parte dei diritti di cittadinanza”⁷⁶⁶.

Allora – se è vero che un diritto del genere “può trovare tutela giurisdizionale adeguata alle specificità delle sue caratteristiche solo se tramite il processo il suo titolare possa ottenere tutte quelle e proprio quelle utilità che gli sono assicurate dalla legge sostanziale”⁷⁶⁷ – non essendo, a presente, previsto dal legislatore alcuno strumento processuale idoneo allo scopo diverso dall’art. 700 c.p.c., non può che riconoscersi che vi sia amplissimo spazio per la tutela d’urgenza al fine di garantire l’accesso alla rete, sovente nelle forme della manutenzione contrattuale.

2. Tutela del diritto alla partecipazione al dibattito democratico: i *social networks* e l’oscuramento del “profilo”

La rivoluzione digitale di *internet* non ha risparmiato la dimensione politica della vita. Non più si contano le analisi che ricollegano – sembrerebbe talvolta secondo un nesso di

⁷⁶⁵ Stesso ordine di idee espresso in D. BIANCHI, *Internet e il danno alla persona*, cit., p. 54 s., ove si riconosce che il mancato accesso alla connettività genera danni “alla sfera relazionale, alle attività realizzatrici, alle abitudini di vita”. Ivi si riportano pronunzie (di merito) che riconoscono danni in capo agli attori (un docente universitario, per il peggioramento delle condizioni lavorative, ma anche un “privato cittadino” con affetti lontani, la cui qualità delle relazioni era peggiorata in ragione dei disservizi dell’*access provider*).

⁷⁶⁶ Così in T. E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso ad internet*, cit., pp. 9 s.

⁷⁶⁷ Così in A. PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, cit..

impietosa causalità – all’avvento della rete e alla possibilità che questa concede di comunicare in maniera immediata con gli elettori, un mutamento⁷⁶⁸ (*in peius*) del modo di fare politica, di fare campagna elettorale, e così via. Simili dissertazioni non competono al giurista, che deve limitarsi a prendere atto – nella misura in cui questo gli è utile a comprendere e soppesare i bisogni sociali – del fatto che della “presenza digitale” non può più fare a meno chi aspiri a concorrere, anche indirettamente, senza candidarsi, alla determinazione della politica nazionale.

Insomma, traducendo entro termini pratici quanto sopra: per partecipare all’agone democratico non si può prescindere dall’avere un profilo (*rectius*: concludere un contratto⁷⁶⁹ con il gestore di) un *social network*, accettando le clausole contrattuali (unilateralmente predisposte), che talvolta si spingono sino all’impegno a non diffondere talune idee (che comunemente sono definite “contenuti d’odio”, o “discorso d’odio”, o

⁷⁶⁸ Per questo, si rimanda a E. T. FROSINI, *Internet e democrazia*, in *Dejure online*, 2017.

⁷⁶⁹ S. SICA, G. GIANNONE CODIGLIONE, *Social network sites e il “labirinto” delle responsabilità*, in *Dejure online*, 2012, per una ricostruzione di taluni elementi di questo “contratto” che si perfeziona con la registrazione e che, a dispetto di quello che l’utente può percepire, non è affatto gratuito.

“*hate speech*”⁷⁷⁰), contraltare del diritto alla dignità umana, che è “lo scopo che la Corte [costituzionale] individua nell’art. 2 Cost.”⁷⁷¹.

Come è chiaro ai commentatori, l’ordinamento costituzionale italiano non conosce una assolutezza del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero: a dispetto della apparente⁷⁷² illimitatezza dell’art. 21 Cost., dall’analisi più attenta degli equilibri tra principi costituzionali emergono numerose soglie che alla manifestazione del pensiero può legittimamente essere precluso varcare⁷⁷³. Né in ciò, perlomeno per quanto attiene al

⁷⁷⁰ V. l’analisi di F. CASAROSA, *L’approccio normativo europeo verso il discorso dell’odio online: l’equilibrio fra un sistema di “enforcement” efficiente ed efficace e la tutela della libertà di espressione*, in *QuestioneGiustizia online*, 2020. L’A. ricostruisce il quadro normativo europeo in materia di “discorso d’odio”, per lo più consegnato ad un approccio di soft law. Il 30 maggio 2016 la Commissione ha adottato un codice di condotta (“Codice di condotta sulla lotta all’odio illegale online”) firmato dai maggiori attori di internet, che impegna le aziende del settore a talune azioni di contrasto al discorso d’odio online. L’A. denuncia “in primo luogo, la privatizzazione dei sistemi di enforcement a favore delle piattaforme private, anche per quanto riguarda quei comportamenti non coperti da disposizioni di legge con il rischio di un’eccessiva interferenza con il diritto alla libertà di espressione degli utenti. In tal senso, infatti, gli algoritmi utilizzati dalle società informatiche possono avere il potere di tracciare la linea, spesso sottile, tra il legittimo esercizio del diritto alla libertà di espressione e il discorso d’odio. In secondo luogo, l’ampiezza dei contenuti potenzialmente dannosi porta a imporre nei confronti delle piattaforme un obbligo di controllo su tutto il flusso di comunicazione”. Peraltro, non di secondaria importanza sarà l’analisi delle garanzie offerte agli utenti. Il Codice di condotta sul punto tace. Talune indicazioni si ricavano invece dalla Raccomandazione della Commissione 2018/334 sulla lotta ai contenuti illegali online, e prevedono un dialogo tra piattaforma e utente. La questione rimane aperta, per l’A., che conclude notando come tale nuovo ruolo cui le piattaforme sono chiamate stride con quello tracciato nella Direttiva CE/2000/31, e potrà portare il prestatore a conoscere informazioni illecite, dunque a risponderne, nel caso in cui (colpevolmente, perché responsabile di un errore di valutazione) non le rimuova.

⁷⁷¹ Su questo v. G. ALPA, *Orientamenti della Corte di Giustizia dell’Unione europea in materia di responsabilità civile*, cit., p. 18 s. La dignità umana segna il limite insuperabile, fra gli altri, dal cittadino nell’esercizio del diritto di cronaca o satira, ma si conosce anche una feconda giurisprudenza, seppur discussa, che applica tale limite *ex art. 2 Cost.* direttamente ai rapporti tra privati, addirittura come fonte integrativa del contratto.

⁷⁷² Ciò costituisce una delle manifestazioni del fenomeno (paradosso di Böckenförde) per il quale lo Stato liberale “vive di presupposti che non può mantenere”, così in O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà d’espressione nell’era di internet*, in *MediaLaws online*, 2018, p. 1. V. inoltre (*ibidem*, p. 24) per la ricostruzione di una vicenda giudiziaria (*Yahoo! v. Licra*) la quale esprime la tensione tra due opposte concezioni (quella di – pressoché – assolutezza della *freedom of expression* statunitense, e quella degli ordinamenti europei, avvezzi al *bilanciamento*).

⁷⁷³ In G. ALPA, *Orientamenti della Corte di Giustizia dell’Unione europea in materia di responsabilità civile*, cit., p. 4. Un modello di assolutezza della libertà d’espressione è, ad opinione dell’A., quello statunitense. In Europa prevale il modello “di bilanciamento”, ove la libertà di espressione conosce legittime limitazioni (oltre quello del “buon costume”, che si ricava dalla lettera dell’art. 21 Cost.) anche talaltri limiti “dettati da altri interessi protetti della Costituzione, e quindi di pari grado rispetto alla libertà

discorso d'odio, può ravvisarsi astrattamente alcuna lesione che sia passibile di denuncia dinnanzi alla Corte europea dei diritti dell'Uomo⁷⁷⁴.

Può ingenerarsi però un problema di sovrapposizione tra giudizio delle piattaforme sulla liceità dei contenuti, e autorità giudiziaria, l'unica – in virtù di superiori ragioni costituzionali, che non possono cedere nemmeno dinnanzi alla lotta dell'odio in rete – deputata ad effettuare un simile controllo.

La questione è, posta in questi termini, più ampia del rapporto tra libertà di parole del candidato e piattaforme informatiche, ma in quest'ultimo caso si fa ancora più delicata.

Per scioglierla, occorre fissare taluni punti, prima di analizzare la sparuta giurisprudenza sul punto.

Il fatto che la vita politica si svolga preminentemente sui nuovi *media*, quali le piattaforme *social*, non costituisce un argomento giuridico di pregio per estendere a quelle la disciplina afferente i “servizi pubblici”. Simili attività ermeneutiche creative sono pericolose, perché non poggiano su basi normative sicure, e conducono ad esiti incerti e non preventivabili. Rischiano, peraltro, di introdurre una surrettizia modifica (una *interpretatio abrogans*, disancorata dal dato normativo) al regime di (ir-)responsabilità del prestatore⁷⁷⁵, generando uno *iato* tra norma scritta e quello che si suole chiamare “diritto vivente”.

d'espressione: l'onore, la riservatezza, il sentimento religioso, il dovere di fedeltà alle istituzioni, il prestigio delle istituzioni, la difesa della Patria, la sicurezza dello Stato, l'ordine pubblico, la salute e la maternità, l'interesse dei minori, e così via”.

⁷⁷⁴ R. PETRUSO, *Responsabilità delle piattaforme online, oscuramento di siti web e libertà d'espressione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in *Dejure online*, 2018 per una ricognizione attenta della giurisprudenza della Corte EDU in materia di “*hate speech*”. Invero, la Corte ritiene in linea di principio che la libertà d'espressione ex art. 10 CEDU possa essere limitata per reprimere il discorso d'odio (non la mera ingiuria, o il vituperio, ma, ad esempio, l'incitamento alla violenza o all'odio), quando l'intervento dello Stato-giudice (come qualsiasi altra limitazione giustificata dalla Convenzione) supera un doppio esame, un “test di legalità” e un “test di necessità”. Se pure in principio è chiaro che le espressioni di incitamento all'odio si pongono al di fuori dell'ambito protetto dall'art. 10 CEDU, dalla difficile dialettica tra: la normativa europea (in materia di irresponsabilità del prestatore) non direttamente sindacabile dalla Corte EDU; il margine di autonomia lasciato ai singoli Stati aderenti alla Convenzione in materia di selezione degli interventi; la tutela della libertà d'espressione non possono – a presente – ricavarsi indicazioni decisive.

⁷⁷⁵ Che, come osservato *supra*, costituisce elemento strutturale del relativo mercato.

Non può negarsi che quello concluso tra *cives* e prestatore non è che un normale contratto *iure privatorum*, il cui regolamento è consegnato, entro i limiti del rispetto delle norme imperative, all'autonoma determinazione dei paciscenti⁷⁷⁶.

Allora, se è vero che la normativa imperativa deve identificarsi con quella inderogabile⁷⁷⁷, deve soccombere la pattuizione che si ponga in contrasto con i principi (o almeno con le “regole”) costituzionali⁷⁷⁸. Di ciò non è dato dubitare nemmeno guardando al problema dall'angolo visuale della “libertà contrattuale”, la quale trova, per giurisprudenza della Corte costituzionale, tutela solo riflessa⁷⁷⁹.

Non è in discussione, insomma, che ai privati sia precluso travalicare quei medesimi limiti che valgono per i pubblici poteri, secondo l'insegnamento della giurisprudenza costituzionale già esaminata a suo tempo⁷⁸⁰.

Così ricomposto il quadro, deve affermarsi la forza cogente degli artt. 21, 18, 49 Cost. anche nei rapporti tra privati.

Simili libertà incontrano (soltanto) i limiti della legislazione penale, con tutte le garanzie che da ciò discendono in materia di principio di *offensività* e di *concretezza* della lesione, in un contesto, quale quello dell'ordinamento euro-unitario e della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, di elevata protezione della libertà di parola⁷⁸¹: ciò equivale a dire

⁷⁷⁶ In senso contrario si è espresso Trib. Roma, 11 dicembre 2019, sul punto però corretto dal giudice del reclamo. In dottrina l'interpretazione del giudice romano aveva fatto discutere, suscitando alterne reazioni da parte dei commentatori (cfr. P. VILLASCHI, *Facebook come la RAI?*, in *Osservatorio AIC online*, 2020, p. 449, che ritiene la condotta della piattaforma illegittima, ma per altri motivi, e bolla come giurisprudenza “creativa” la ricostruzione del giudice capitolino; per una visione opposta invece C. CARUSO, *La libertà d'espressione presa sul serio*, in *SIDI blog online*, 2020).

⁷⁷⁷ G. MASTROPASQUA, *La norma imperativa come norma inderogabile*, in *JusCivile online*, 2013.

⁷⁷⁸ G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. Civ. online*, 2016. V. anche la pregevole sintesi di A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., pp. 28 ss.

⁷⁷⁹ V., in particolare, la sent. Cost. n. 268 del 1994.

⁷⁸⁰ Si rimanda, *supra*, alla analisi della sentenza Cost. n. 122 del 1970.

⁷⁸¹ Nelle parole di O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà d'espressione nell'era di internet*, cit., p. 4 s., si asserisce, con riguardo alla Corte EDU: “deve sottolinearsi come l'attività di interpretazione svolta della Corte europea nell'applicare l'art. 10 restituisce degli esiti confortanti rispetto

che non può che esservi perfetta coincidenza tra manifestazione di pensiero illecita (perché in violazione delle clausole del contratto di servizio) e discorso illegale.

Per quanto attiene al dibattito politico, la soluzione normativa italiana parrebbe conforme alla giurisprudenza della Corte EDU, che sembra richiedere un “pericolo concreto” derivante dalla manifestazione del pensiero, dimostrandosi contraria, in principio, a “divieti indiscriminati”. Insomma, si imporrebbe una valutazione “caso per caso” sulla “incidenza delle parole, dei simboli o delle immagini usate per accertare se sia *necessario* al fine di salvaguardare la democrazia in una società fondata sul diritto consentire espressioni che possono offendere, ledere l’onore o comunque criticare violentemente gruppi di minoranza oppure proibirle, perché pericolose proprio per quei valori che la libertà di espressione vorrebbe salvare”⁷⁸². Né si ottengono indicazioni differenti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, quando sia stata chiamata a rendere la propria interpretazione della Carta europea dei diritti fondamentali⁷⁸³. Ha rammentato la Corte che: da un lato, “la libertà di espressione vale non soltanto in relazione alle ‘ informazioni’ o alle ‘ idee’ accolte con favore o considerate come inoffensive od indifferenti, ma anche

al margine di effettiva garanzia di questa libertà”; quindi: “Dal panorama giurisprudenziale prima richiamato emergono chiare indicazioni in favore di una portata espansiva della libertà di manifestazione del pensiero, il cui perimetro sembrerebbe giungere ad abbracciare, nell’interpretazione della Corte europea, anche quelle espressioni che non offrono un significativo contributo allo sviluppo democratico e alla formazione dell’opinione pubblica e che presentano un contenuto raccapricciante e disturbante”. Talvolta la Corte ha fatto ricorso all’art. 17 (divieto dell’abuso del diritto) per escludere protezione a chi aveva pronunciato discorsi di odio razziale, negazionismo, odio religioso. Nella giurisprudenza della Corte EDU, intravede l’A. (p. 9) un approccio molto differente a seconda che le espressioni illecite abbiano caratura diffamatoria o arrivino a varcare la soglia di “*hate speech*” (*sub specie* di incitamento all’odio o alla violenza).

⁷⁸² Sono parole di G. ALPA, *Orientamenti della Corte di Giustizia dell’Unione europea in materia di responsabilità civile*, cit., p. 22. Ciò al netto di una analisi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo. In particolare, deve aversi riguardo per il fatto che taluni simboli possano avere più significati (non tutti violenti) e che il sentimento di disagio, comprensibilmente presente nelle vittime degli orrori di regimi del passato (nella specie, quello comunista ungherese) non possa da sola giustificare un limite alla libertà di espressione. Particolarmente controversa è stata poi la pronuncia *Féret v. Belgio*, del 2009, che pare porre limiti ancora più stringenti alla censura nel contesto di agoni elettorali perché competerebbe all’opinione pubblica valutare la “eccessività” delle espressioni. Difficilmente l’ordinamento italiano può adeguarsi alle indicazioni che provengono da quest’ultima pronuncia, giacché non sembra predicabile una differenziazione nella protezione del discorso a seconda che sia o no pronunciato nel contesto della campagna elettorale. Simile valutazione competerà comunque alla Corte costituzionale, che si riserva tale sindacato (*ibidem*, p. 25).

⁷⁸³ Si fa qui riferimento al caso *Bernard Connolly v. Commissione delle Comunità europee*, causa C-274/99.

a quelle di tali informazioni o idee che disturbino, sconvolgano o inquietino”; dall’altro, che le limitazioni a tale libertà vadano interpretate restrittivamente.

Di tali principi sembra fare buon governo un recente provvedimento del tribunale capitolino, che – in sede di reclamo – conferma l’ordine di ripristinare in via urgente la *pagina* riconducibile ad una associazione politica. Il Tribunale di Roma ha ritenuto il contratto tra utente e piattaforma come un comune contratto di diritto privato, cui è preclusa la violazione delle libertà costituzionali⁷⁸⁴.

⁷⁸⁴ “Il collegio ritiene indubbia la qualificazione del rapporto fra *Facebook Ireland* e l’utente come un ordinario contratto di diritto civile – un contratto atipico nel quale il gestore fornisce gratuitamente un servizio di condivisione di documenti e di comunicazione e che prevede a carico dell’utente l’impegno a rispettare determinate condizioni di utilizzo – con la conseguenza che la legittimità dell’esercizio del potere di recesso del fornitore del servizio deve essere valutata in primo luogo sulla base delle regole negoziali dallo stesso dettate, secondo il modello del contratto per adesione. La qualificazione del rapporto in termini contrattuali e l’assenza di disposizioni normative speciali non implicano che la sua disciplina sia rimessa senza limiti alla contrattazione fra le parti ed al rapporto di forza fra le stesse né che l’esercizio dei poteri contrattuali sia insindacabile. I limiti sono quelli di carattere generale ordinariamente riconosciuti per l’autonomia privata, riconducibili alle clausole generali dell’ordine pubblico, del buon costume, della buona fede ed al divieto di abuso del diritto, da interpretarsi secondo i principi costituzionali. Si deve ricordare che secondo l’elaborazione giurisprudenziale più avanzata i principi di correttezza e buona fede nell’esecuzione e nell’interpretazione dei contratti, di cui agli artt. 1175, 1366 e 1375 cod. civ., rilevano sia sul piano dell’individuazione degli obblighi contrattuali sia su quello del bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti e consentono al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo sul contenuto del contratto, qualora ciò sia necessario per garantire l’equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l’abuso del diritto (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 20106 del 18/09/2009). Non è da escludersi neanche l’applicazione diretta di parametri costituzionali quale limite all’autonomia privata (v. ad es. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 5476 del 04/06/1998, relativa proprio alla libertà di associazione). In generale si deve ritenere preclusa all’autonomia privata la limitazione a carico di uno dei contraenti dell’esercizio di diritti costituzionalmente garantiti, attuata ricollegando al loro esercizio conseguenze negative sul piano contrattuale, tanto più in assenza di una giustificazione oggettiva nella funzione riconosciuta al contratto; in questo senso si può richiamare il paradigma del divieto di licenziamento del lavoratore per motivi politici, sindacali e religiosi”.

Si sono sollevate voci critiche⁷⁸⁵, quando il medesimo giudice⁷⁸⁶ ha negato la concessione del provvedimento urgente ad una altra associazione politica, la quale lamentava identica lesione (rimozione della propria pagina dal *social network*). Orbene, tali critiche sono da condividere solo in parte: nonostante questo secondo provvedimento si espone a censura per avere il giudice trattato il contratto tra utente e gestore della piattaforma attribuendo a quello un rilievo che non potrebbe avere (e, sembrerebbe, per avere argomentato la illiceità dei contenuti a partire dalla loro riconducibilità al “discorso d’odio”, ma ritenendolo illecito in maniera apodittica, senza riuscire, cioè, convincente sul perché fonti internazionali, molte delle quali non vincolanti, influirebbero in maniera così rilevante sull’ambito di applicazione dell’art. 21 Cost.), tuttavia l’applicazione di un *iter* logico e giuridico corretto non avrebbe condotto ad esiti differenti, stante la avvenuta diffusione di messaggi da parte del ricorrente – provata dal gestore della piattaforma – i quali (almeno in astratto) recavano rilevanza penale.

Da queste isolate pronunzie che hanno concesso ovvero rigettato ricorsi per provvedimento d’urgenza a tutela – in sostanza – del diritto di libertà di parola al fine di concorrere direttamente a determinare democraticamente la politica nazionale, possono ricavarsi talune indicazioni.

Da un lato, il *periculum in mora* è pressoché *in re ipsa* (tenuto conto della importanza delle piattaforme nella vita politica e democratica del Paese)⁷⁸⁷, almeno per le

⁷⁸⁵ V., in particolare, E. PALAZZOLO, *Libertà di espressione, Facebook, movimenti di estrema destra: provvedimenti a confronto*, in *IusInItinere online*, 2020. L’A. sembra attribuire il diverso esito al fatto che il ricorso è stato trattato da una differente sezione, dunque, evidentemente, alla diversa sensibilità del giudice. A voler pensare ciò, sarebbero giustificate preoccupazioni per l’eguaglianza dei cittadini dinnanzi alla legge. Altri osservano che nel caso dell’accoglimento, il giudice ha rimproverato alla piattaforma *social* di non aver saputo indicare alcun contenuto riconducibile alla nozione (contrattuale e normativa) di *odio* se non allegando una generica ed indimostrata del programma del movimento politico con gli *standards* del *social network* (così in P. VILLASCHI, *Facebook come la RAI?*, cit., p. 446 s, che mostra di condividere sul punto la decisione del giudice romano).

⁷⁸⁶ Trib. Roma, 23 febbraio 2020, in *QuestioneGiustizia online*.

⁷⁸⁷ Così entrambe le ordinanze del Tribunale romano, nonché, seppur in caso diverso, Trib. Bologna, 1 marzo 2019, n. 555, in *Dejure online*, che rileva come la chiusura di un “profilo” è capace di incidere sulla libertà di espressione. *Contra* Trib. Siena, 19 gennaio 2020, in *Diritto di Internet*, che non condivisibilmente nega la tutela d’urgenza (anche) sulla base del fatto che il ricorrente sarebbe libero di iscriversi presso altra piattaforma ed esercitare lì il proprio diritto alla libertà d’espressione. Per una critica, v. M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, cit., p. 388. A detta dell’A., “il diritto di credito al servizio di *social*

associazioni politiche o i candidati, ma anche da parte di chiunque gestisca “*pagine*” e abbia ragione di temere, in ragione del prolungato “congelamento” della pagina, “una perdita di interesse del pubblico”⁷⁸⁸.

Ciò implica che l’analisi del giudice dovrà concentrarsi sul *fumus boni iuris*, come peraltro è avvenuto nell’ordinanza del Tribunale di Roma che ha negato la tutela richiesta.

D’altro canto, non sembrano sussistere motivi giuridici di pregio per riconoscere ampiezze diverse (da una parte, quelle già rammentate, dall’altra, l’illimitatezza) alla libertà d’espressione a seconda che, rispettivamente, si pronunzino discorsi lesivi nel contesto di una campagna elettorale o meno. In altre parole, i consociati tutti godono della stessa protezione.

Da ultimo, le piattaforme sembrano tenute ad un atteggiamento più cooperativo, adottando misure secondo proporzionalità (segnalando i contenuti “sospetti illeciti” alla autorità giudiziaria⁷⁸⁹ e rimuovendo le informazioni manifestamente illecite ai sensi della

media è funzionale – quasi in *re ipsa*, verrebbe da dire – al soddisfacimento di interessi non patrimoniali dell’utente ben suscettibili di ricevere una copertura costituzionale”.

⁷⁸⁸ Trib. Pordenone, 10 dicembre 2018, in *JusCivile online*. La *quaestio facti* è la seguente: una pagina di un noto *social network* è stata resa inaccessibile in ragione di una presunta violazione di diritti di proprietà intellettuale, consistente nella pubblicazione di un video tratto da una pagina pubblica di una nota competizione tennistica, probabilmente avvenuta in buona fede, e comunque cui è subito seguita la rimozione del video in questione da parte del gestore della pagina, non appena ricevuta la segnalazione, nonché l’invio di una lettera di scuse. Il Tribunale ha ravvisato nel pericolo di perdita dei “*followers*” – e quindi di vanificazione del tempo speso per la cura della pagina – un pregiudizio imminente, non altrimenti evitabile, pertanto ha emesso condanna alla riattivazione dell’accesso allo spazio in questione, comminando penalità di mora, in ragione della insurrogabilità dell’obbligazione di *facere* in questione.

⁷⁸⁹ Questo sembra un punto di equilibrio nel difficile rapporto tra entità private internazionali e Stato. Per un inquadramento della questione, si rimanda a L. CASINI, *Lo Stato nell’era di Google*, in *Dejure online*, 2019. L’A. intravede taluni “spiragli” che fanno presagire un avvenire di convivenza tra “Stato” e piattaforme tecnologiche: forse troppo affrettatamente si è predicato il “tramonto dello Stato” all’incedere rapido e inesorabile di globalizzazione e rivoluzione tecnologica transnazionale di *internet*.

legislazione nazionale⁷⁹⁰), e dialogando in buona fede con coloro nei confronti dei quali vengono intraprese simili misure⁷⁹¹.

Ove taluni dei summenzionati principi dovesse essere disatteso, sembrano aprirsi, ai soggetti lesi, le porte della tutela d'urgenza⁷⁹². In ragione di quanto detto sopra, la delibazione del *periculum in mora* conterà di un giudizio di fatto sul pregiudizio cui va incontro l'istante, privato di una "vetrina" – che è la piazza virtuale – ad arricchire la quale potrebbe avere investito tempo o risorse economiche considerevoli, e che potrebbe essere imprescindibile per una proficua partecipazione all'agone democratico; il controllo sul *fumus boni iuris* avrà esito positivo ogni qualvolta il gestore della piattaforma abbia inteso censurare contenuti (apparentemente) leciti, ovvero abbia adottato misure non proporzionate.

3. Le esternazioni diffamatorie. Le testate telematiche. La viralità dei contenuti lesivi.

La diffamazione costituisce un "illecito a mezzo *internet*"⁷⁹³ fra i più comuni, ma in rete può assumere potenzialità lesive inedite, vuoi per la rapidità con cui le informazioni si propagano, vuoi per la permanenza del messaggio, vuoi per la copertura non preventivabile *a priori* che l'espressione può raggiungere. È chiaro quindi che in rete

⁷⁹⁰ È forte il rischio di *collateral censorship*, cioè "censura privata", su cui v. O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà d'espressione nell'era di internet*, cit., p. 29. V. anche M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, cit., p. 210, che ritiene l'obbligo di rimozione sussista solo con riguardo a contenuti manifestamente illeciti: "Il rispetto dei diritti fondamentali, quale la libertà di manifestazione del pensiero, la cui tutela non può essere rimessa al sindacato dell'intermediario di servizi telematici costituisce comunque principio generale e limite invalicabile prima ancora che per l'esigibilità della condotta per il potere e il dovere di condotta".

⁷⁹¹ V. ancora Trib. Pordenone, 10 dicembre 2018, cit..

⁷⁹² L'Italia avrà senz'altro giurisdizione, sol che il sito sia rivolto al pubblico italiano (ciò è desumibile, peraltro, dalla lingua impiegata). Così M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, cit., p. 383 s. La competenza territoriale segue quella della causa di merito (art. 669-ter c.p.c.). Per l'A. i profili di criticità si pongono piuttosto quando il giudice sia chiamato a rendere una pronuncia costitutiva, il che non può avvenire se non nei casi in cui la legge espressamente lo preveda (arg. ex art. 2908 c.c.). Così *ibidem*, p. 389.

⁷⁹³ Si rimanda a E. TOSI, *Diritto privato dell'informatica e dell'internet*, cit., p. 430, per la classificazione ripresa nel testo.

l'offesa alla sfera giuridica del consociato quasi sempre assumerà i connotati della irreparabilità.

Peraltro, essa costituisce un fenomeno niente affatto unitario per quanto attiene ai rimedi: saranno necessarie risposte diversificate, a seconda della natura della violazione, di chi sia l'autore, e la risposta si articolerà necessariamente su una pluralità di livelli.

Il primo caso che viene all'attenzione è quello delle espressioni che costituiscono aggressioni deliberate alla sfera giuridica altrui. In consimili casi, i provvedimenti concessi in via d'urgenza si distinguono per una stringatezza (ormai) inusuale, giacché l'esame in tema di *fumus boni iuris* si rivela particolarmente semplice, così come anche quello del *periculum in mora*, anche a non volerlo ritenere sussistente *in re ipsa*, vista la natura personalissima dei beni giuridici offesi e della capacità diffusiva delle pubblicazioni.

La tutela, come anticipato, può articolarsi su più livelli.

Il caso più frequente è senz'altro quello dei c.d. *User Generated Contents*, che albergano su spazi virtuali (spesso *social networks*). Invero, i problemi di diritto che si pongono all'interprete sono identici nel caso di "sito *web* personale", *blog*, *forum*, o qualsivoglia "piazza virtuale" ove le informazioni sia stabilmente conservate: tecnicamente si ha sempre a che fare con un *hosting provider* la cui infrastruttura sia utilizzata per commettere un illecito.

Nel caso in cui l'autore delle pubblicazioni diffamatorie sia individuato, la giurisprudenza ha ritenuto che potesse rivolgersi direttamente a costui l'ordine – l'efficacia del quale era presidiata da penalità di mora – a rimuovere i contenuti lesivi e "a cessare le pubblicazioni"⁷⁹⁴.

Ciò non risolve di certo tutti i problemi: senza voler contare sulla possibilità della coercizione indiretta della tutela penale⁷⁹⁵, l'ordine giudiziale è inutile nel caso in cui l'autore non sia individuabile, oppure sia patrimonialmente incapiente, o non tema la

⁷⁹⁴ In questo senso v. Trib. Reggio Emilia, 15 aprile 2015, in *ilCaso online*.

⁷⁹⁵ Si è visto che è discussa l'applicabilità dell'art. 388 c.p. al "mero inadempimento" della misura cautelare civile.

comminazione di penalità di mora o aggressioni patrimoniali, perché si trova all'estero e confida nell'alto costo di agire *in executivis* nei suoi confronti⁷⁹⁶.

In una pluralità di casi sarà insomma necessario “salire di livello” allontanandosi dalla fonte primigenia delle informazioni, cioè l'autore di quelle, e pretendendo invece la cooperazione dell'*hosting provider*: rinunciare alla cooperazione dell'autore e pretendere quella dell'*hosting provider*. Non vi sono dubbi sulla possibilità di ottenere la rimozione delle pubblicazioni che costituiscano aggressioni deliberate alla sfera giuridica altrui⁷⁹⁷, di talché non si pongono problemi particolari di “bilanciamento”⁷⁹⁸, come s'è anticipato. L'interprete dovrà invece porsi una delicata questione di strategia processuale. Se non vi è tempo di trasmettere una segnalazione circostanziata⁷⁹⁹ al *provider*, che contenga una dettagliata descrizione degli illeciti consumati (e, per mero scrupolo difensivo, l'indirizzo *URL* esatto delle informazioni lesive) – di tal guisa che si possa invocare la responsabilità di costui per non avere rimosso tempestivamente le informazioni della cui manifesta illiceità può dirsi ora “al corrente” – allora il prestatore sarà reso edotto delle violazioni solo con il ricorso *ex art. 700 c.p.c.*: ciò comporterà, in ragione del fatto che il giudice è tenuto a regolare le spese⁸⁰⁰, una possibile condanna al pagamento delle spese di lite al prestatore⁸⁰¹, che possono essere ingenti⁸⁰². Nel caso in cui il prestatore di servizio di ospitalità non collabori si aprono due strade, che possono essere percorse “in parallelo”

⁷⁹⁶ Il che, almeno nello spazio giuridico europeo, non è necessariamente vero, ma su questo si rimanda alle considerazioni svolte al capitolo che precede.

⁷⁹⁷ V. Trib. Milano, I, 3 settembre 2019, n.7953, in *Dejure online*.

⁷⁹⁸ V. Trib. Milano, I, 17 giugno 2020, cit.. Problemi di bilanciamento si porranno tutto al più quando si invocano misure come la soppressione *in toto* dello spazio riservato all'utente autore della violazione, o comunque che comportano l'oscuramento indiscriminato di contenuti leciti e illeciti. Di questo, si è però già detto *supra*.

⁷⁹⁹ Su questo si rimanda a Trib. Bologna, 1 marzo 2019, n. 555, cit., che esclude che il prestatore fosse stato messo al corrente con la generica lamentela dell'illiceità dei contenuti. Discorrendosi di illecito omissivo del prestatore, infatti, non può prescindersi per il giudice adito da un esame sulla sussistenza dell'obbligo di tenere la condotta omessa, quindi, in sostanza, sulla diligenza serbata dal prestatore.

⁸⁰⁰ Art. 669-*septies*, comma I, c.p.c.

⁸⁰¹ V. ancora Trib. Napoli Nord, II, 4 novembre 2016, cit.

⁸⁰² V. Trib. Bologna, 1 marzo 2019, n. 555, cit.

senza che l'una escluda l'altra. Si può ancora “salire di livello”, allontanandosi di un grado ancora dalla fonte dell'informazione lesiva, pretendendo che il gestore del motore di ricerca (*caching provider*) la deindicizzi, sulla base del solo provvedimento rivolto all'*host*, in forza della disciplina già illustrata. L'*extrema ratio* è quella di – sempreché ciò costituisca una reazione proporzionata – chiedere la disabilitazione dell'accesso allo spazio *internet* (la singola pagina o l'intero sito, a seconda dei casi, ma ciò sarà oggetto di ulteriore approfondimento) che ospita l'informazione illecita⁸⁰³, ma occorrerà agire direttamente contro il prestatore responsabile del trasporto⁸⁰⁴.

L'analisi circa la sussistenza del requisito del *fumus boni iuris* si complica sensibilmente quando la lesione promani da un abuso del diritto di “libertà di informazione (c.d.) non qualificata”⁸⁰⁵. Escluso che sussistano limiti costituzionali – in astratto – circa i provvedimenti che è possibile intraprendere per tutelare i diritti di chi si pretende leso⁸⁰⁶, il giudice dovrà in concreto verificare che sussistano i presupposti per intervenire, e segnatamente se sussista un “*illicito*”: l'espressione lesiva dell'onore e della reputazione di un consociato potrebbe costituire, al contrario, esercizio del diritto di critica dell'autore delle pubblicazioni⁸⁰⁷. In questi casi, la prassi conosce un atteggiamento

⁸⁰³ Si può richiamare quanto detto *supra*, in particolare sentt. *UPC-Telekabel* e *Stichting Brein* citt.

⁸⁰⁴ Nota la differente formulazione dell'art. 15 del d. lgs. 70 del 2003, lett. e: “agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato *oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione*”, riferita al *caching provider*; dell'art. 14 dello stesso Decreto legislativo (comma III), che per il *mere conduit provider* richiama solo la possibilità di ottenere l'ordine di cessazione delle violazioni.

⁸⁰⁵ D. BIANCHI, *Internet e il danno alla persona*, cit., p. 17.

⁸⁰⁶ In questo senso, Trib. Trani, 24 agosto 2017 in *Grano Salus online*. La giurisprudenza delle Sezioni Unite (su cui si tornerà subito sotto) pone taluni requisiti per l'estensione delle garanzie costituzionali di intangibilità della stampa *ex art. 21 Cost.* (testata diffusa e aggiornata regolarmente, organizzazione strutturale con direttore responsabile, una redazione, un editore registrato e una redazione, finalizzata all'attività di informazione professionale), garanzia di cui non godono siti di recensioni, siti di associazioni di consumatori che pure rendano pareri od opinioni su servizi, *blog*, e altre piazze di informazione non qualificate.

⁸⁰⁷ Il limite sembra doversi ravvisare quando la critica, anche aspra, sfoci nella contumelia o nell'aggressione gratuita, tanto più nel caso del “politico”, che volontariamente partecipa all'agone elettorale e si colloca in una posizione di attenzione del pubblico. Cfr. M. CASTELLANETA, *Tutela della*

giurisprudenziale restrittivo, coi giudici che tendono a dare limitato rilievo alla verità oggettiva, e a declinare l'intervento richiesto⁸⁰⁸, rimandando la tutela alla fase di ordinaria cognizione. Quando ciò non avvenga, perché il diritto di critica o anche la libertà di informare sia stati usati, dal consociato, manifestamente oltre i limiti consentiti, e ritenuto che anche in tal caso il *periculum in mora* sarà pressoché implicito nella condotta diffamatoria⁸⁰⁹, si farà questione di stabilire quali misure sono proporzionate alla

reputazione dei politici, libertà di stampa e giudizi di valore con linguaggio provocatorio: la Corte europea procede a un bilanciamento a favore dei giornalisti, in *MediaLaws online*, 2020. Si rimanda a F. BARRA CARACCILO, *La tutela della personalità in rete*, in *Dejure online*, 2018 per una dettagliata disamina dei precedenti giurisprudenziali in materia di bilanciamento tra diritto alla libertà di espressione (diritto di cronaca a critica) e diritto all'onore e alla reputazione.

⁸⁰⁸ Cfr. Trib. Caltanissetta, 17 febbraio 2019, in *ADUC online*, che ritiene che le espressioni (astrattamente lesive della reputazione commerciale dell'istante, la cui attività era definita illecita, probabilmente truffaldina, e così via) siano scriminate in quanto esercizio del diritto di critica: la verità ha limitato rilievo giacché la critica presuppone una interpretazione (un *value judgement* non uno *statement of facts*) che per natura ha carattere soggettivo. Le espressioni impiegate, nella specie, sono state ritenute nei limiti di quanto necessario per veicolare l'opinione degli autori delle pubblicazioni (rispetto della continenza) e non privo di interesse sociale. Quando non si sconfini nella contumelia, insomma, vi è un limitato spazio per l'intervento d'urgenza, e il ristoro sembra rimandato alla fase a cognizione piena. In un certo senso, chi è soggetto all'altrui diritto di critica potrebbe trovarsi in una situazione peggiore rispetto a chi si trovi leso da una pubblicazione a stampa (poiché costui non avrebbe da spendere neanche un diritto di rettifica, su cui v. *infra*). Non si esclude però che nel giudizio sul *fumus* il giudice possa dare rilievo allo spazio di risposta che è stato offerto al criticato, come peraltro sembra farsi nel caso in esame.

⁸⁰⁹ V., su questo, Trib. Paola, 9 gennaio 2017, in *persona e danno online*: "Per quel che concerne il *periculum in mora*, il Collegio, discostandosi da quanto statuito dal giudice della prima fase cautelare, ritiene che esso possa positivamente riscontrarsi. Da tempo la Corte di legittimità ha chiarito che, nel caso di diffamazione commessa tramite *internet*, la particolare diffusività del mezzo usato per propagare il messaggio denigratorio rende l'agente meritevole di un più severo trattamento penale, atteso che 'la diffusività e la pervasività di *internet* sono solo lontanamente paragonabili a quelle della stampa ovvero delle trasmissioni radio-televisive' (cfr. *ex multis* Cass. Pen. n. 4741/2000). Ed inverso, è proprio la potenzialità diffusiva del mezzo informatico che conduce ad affermare come la pubblicazione di un contenuto offensivo in rete trovi per ciò solo un'amplificazione della sua lesività, considerata l'idoneità del veicolo a raggiungere un numero indeterminato di destinatari (cfr. Cass. Pen. n. 41276/2015). Non si può ascondere che una differenza (sostanziale e non solo formale) tra stampa e informatica esiste ed è data da quella che è stata definita in dottrina, con espressione suggestiva, la 'eternità mediatica': 'a differenza di quanto avviene per una notizia diffusa attraverso la carta stampata, la notizia immessa in rete, rimane fruibile a tempo indeterminato (finché non sia rimossa, ammesso che lo sia) e per un numero indeterminato di fruitori. La diffamazione realizzata attraverso i giornali ha certamente impatto minore e durata limitata, atteso che, a meno di ulteriori ri-pubblicazioni, la sua diffusione (e la sua lesività) si esauriscono in breve spazio di tempo' (cfr. Trib. Napoli 18.02.2015, n. 1184). Non può, dunque, essere messo in dubbio che la permanenza in rete delle notizie diffamatorie in oggetto integri il *periculum in mora*, fondante il riconoscimento della tutela cautelare richiesta. La specifica attività della società ricorrente, comporterebbe la difficile determinazione del danno risarcibile, quanto meno sotto l'aspetto della perdita di chance commerciali, in caso di permanenza in rete di notizie diffamatorie. Del resto, la giurisprudenza di merito ha, condivisibilmente, già stabilito l'accogliibilità della domanda cautelare urgente avanzata da una banca

violazione. Il contenuto *atipico* della cautela *ex art. 700 c.p.c.* consente una reazione flessibile, in base ad un apprezzamento discrezionale da parte del giudice, il quale può imporre la rimozione della pubblicazione lesiva, l'inserimento di un collegamento ipertestuale al provvedimento stesso, l'inibitoria a continuare a dare pubblicità al contenuto diffamatorio, la pubblicazione per estratto del provvedimento a cura dell'istante e a spese dell'autore delle informazioni lesive su altre testate (anche telematiche)⁸¹⁰.

Tutt'altra *quaestio iuris* si porrà con riferimento alle pubblicazioni giornalistiche lesive dell'onorabilità di taluno. Si è già avuto modo di soffermarsi sulla giurisprudenza costituzionale⁸¹¹, la quale, in maniera perentoria, esclude che l'art. 700 c.p.c. possa travalicare i limiti che si desumono dall'assiologia ordinamentale⁸¹². Sopiti i contrasti in

che lamenti la lesione del diritto all'onore, decoro e reputazione derivante dalla presenza, in un 'sito' *internet*, di notizie incomplete sull'accertamento giudiziario di fatti di reato relativi alla banca medesima (cfr. Trib. Teramo 11.12.1997 su Foro it. 1998, I, 594). E tutto ciò, come evidenziato recentemente da questo Tribunale, a prescindere dal raggiungimento della prova della perdita di clientela da parte della Banca, circostanza che può rilevare al più sotto il profilo risarcitorio e concorrere ad aggravare il danno lamentato, ma non costituendo la dimostrazione di tale accadimento presupposto imprescindibile per la integrazione del *periculum in mora* (Tribunale di Paola, ord. del 17.01.2015)".

⁸¹⁰ V. ancora Trib. Paola, 9 gennaio 2017, cit., per un uso congiunto di queste misure in un caso in cui una inesattezza marginale aveva tuttavia natura tale da aggravare notevolmente il contenuto lesivo delle informazioni pubblicate, quindi non potendosi procedere, in ragione della inesattezza solo parziale dei fatti riportati, ad eliminare in radice la pubblicazione, per ragioni di proporzione tra lesione e reazione processuale.

⁸¹¹ Il riferimento è alla sent. 122 del 1970 della Corte cost. cit..

⁸¹² "Diverso, invece, è il discorso da farsi per l'art. 700 del codice di procedura civile. Questa disposizione, nell'elasticità del suo contenuto, consente al giudice di adottare il provvedimento che più gli appaia congruo rispetto al fine di assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito, e non sembra dubbio che in tale generica previsione possa rientrare anche il sequestro preventivo, quando non si tratti di uno dei sequestri tipici disciplinati dagli artt. 670 e seguenti dello stesso codice. Si deve tuttavia osservare che l'art. 700, proprio a causa della genericità dei poteri che conferisce al giudice, incontra tutti i limiti desumibili da una sua interpretazione nel sistema vigente e - come esattamente pone in rilievo la difesa dello Stato - non consente, quindi, che siano adottate misure che risultino vietate da altre norme dell'ordinamento: a maggior ragione se si tratti di norme di rango costituzionale. Ond'è che il giudice, nonostante l'ampia discrezionalità attribuitagli, non può trovare nel predetto articolo la fonte di un potere che, per le cose innanzi dette, il terzo comma dell'art. 21 gli preclude. Si può perciò concludere che, poiché la disposizione denunziata, se correttamente interpretata, non è in contrasto con la norma costituzionale di raffronto, la questione, anche in questa parte, deve essere dichiarata non fondata".

materia⁸¹³ per mezzo di due pronunzie delle Sezioni Unite⁸¹⁴, non sussistono più dubbi sulla equivalenza – quanto alle guarentigie costituzionali – tra pubblicazioni a stampa e giornali telematici. Sicché, nelle parole dei giudici del supremo consesso, in ragione della estensione della protezione costituzionale avverso il “sequestro”, “devono qualificarsi precluse, e quindi non ammissibili quale oggetto di qualsiasi provvedimento cautelare o equiparato del giudice civile, tutte le misure, comunque denominate, che tendano ad impedire la persistenza nella rete o l'ulteriore circolazione o diffusione dell'articolo – o equipollente – di giornale telematico ritenuto diffamatorio o, se da esse inscindibile, dell'intera pagina o dell'edizione o, in casi estremi, della testata; misure tra cui devono comprendersi anche quelle indicate come deindicizzazione o ad esse analoghe o di contenuto o soprattutto effetto corrispondente”⁸¹⁵.

⁸¹³ Emblematica dell'incertezza che regnava in materia è Trib. Napoli, II, 18 febbraio 2015, n. 1184 con nota di P. SAMMARCO, *Stampa on-line: compatibilità dello strumento cautelare di cui all'art. 700 c.p.c. per la rimozione di articoli diffamatori e brevi annotazioni sui profili risarcitori*, in *Dejure online*, 2015. Il giudice del reclamo, aderendo alla tesi giurisprudenziale opposta a quella del giudice del provvedimento reclamato, aveva ritenuto potersi procedere a misure equivalenti – funzionalmente – al sequestro di pubblicazioni, giacché non poteva sostenersi l'equiparazione, ai fini della protezione costituzionale, tra stampa “tradizionale” e testate telematiche.

⁸¹⁴ Cass., SS. UU., 17 luglio 2015, n. 31022, in *Giurisprudenza Penale online*, e Cass., SS. UU., 18 novembre 2016, n. 23469, in *Federalismi online*. Con quest'ultima pronunzia, la Corte formula, nell'interesse della legge, il principio di diritto che segue: “La tutela costituzionale assicurata dal terzo comma dell'art. 21 Cost. alla stampa si applica al giornale o al periodico pubblicato, in via esclusiva o meno, con mezzo telematico, quando possieda i medesimi tratti caratterizzanti del giornale o periodico tradizionale su supporto cartaceo e quindi sia caratterizzato da una testata, diffuso o aggiornato con regolarità, organizzato in una struttura con un direttore responsabile, una redazione ed un editore registrato presso il registro degli operatori della comunicazione, finalizzata all'attività professionale di informazione diretta al pubblico, cioè di raccolta, commento e divulgazione di notizie di attualità e di informazioni da parte di soggetti professionalmente qualificati. Pertanto, nel caso in cui sia dedotto il contenuto diffamatorio di notizie ivi pubblicate, il giornale pubblicato, in via esclusiva o meno, con mezzo telematico non può essere oggetto, in tutto o in parte, di provvedimento cautelare preventivo o inibitorio, di contenuto equivalente al sequestro o che ne impedisca o limiti la diffusione, ferma restando la tutela eventualmente concorrente prevista in tema di protezione dei dati personali”.

⁸¹⁵ Da Cass., SS. UU., 18 novembre 2016, n. 23469, cit.. Per un commento, M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, cit., p. 134. Peraltro, nel caso in cui lo scritto “non è protetto dall'egida costituzionale” “la tutela cautelare del diritto della personalità tornerà dunque” “a riespandersi, e sarà consentito al titolare del diritto minacciato o leso ottenere, anche *ante causam*, dal giudice italiano misure provvisorie idonee ad evitare un pregiudizio irreparabile dalla ripubblicazione o persistenza di pubblicazioni non giornalistiche di carattere diffamatorio” (*ibidem*, p. 135).

Allora, purché ricorrano i requisiti per sussumere la pubblicazione lesiva entro la nozione di “stampa”⁸¹⁶, deve escludersi la praticabilità di rimedi atti a limitare la diffusione delle pubblicazioni lesive (ma solo di questi⁸¹⁷).

Sebbene questo punto non sia stato espressamente affrontato dalla pronunzia citata (che si occupa però di precisare che rimane impregiudicata la questione del bilanciamento tra “tutela dei dati personali” e la “libertà di stampa”⁸¹⁸), dovrebbe ritenersi che nulla osti alla predicabilità di rimedi non equiparabili – quanto ad effetti costrittivi della diffusione della pubblicazione – al sequestro, quali quelli, compatibili con l’attenuata tutela cautelare che ricevono i diritti di dignità e onore, quando in conflitto con la libertà di stampa: sembra di tutta evidenza che potranno invocarsi rimedi il cui risultato sia analogo – funzionalmente – all’esercizio del diritto potestativo di rettifica⁸¹⁹ (sempre se non si

⁸¹⁶ “Sono qualificabili come prodotti editoriali, caratterizzati da una testata, dalla diffusione regolare, dall’organizzazione in una struttura con un direttore responsabile che sia giornalista professionista o pubblicista, una redazione ed un editore registrato presso il registro degli operatori della comunicazione, dalla finalizzazione all’attività professionale di informazione diretta al pubblico, per tale intendendosi quella di raccolta e commento di notizie di attualità e di informazioni da parte di soggetti professionalmente qualificati”. V. anche C. App. Firenze, II, 5 luglio 2018, n. 1626, in *Dejure online*, che esclude che fonti di informazioni “non qualificate” (ovvero non riconducibili all’attività di giornalismo professionale) godano di protezione costituzionale avverso il sequestro cautelare.

⁸¹⁷ Su questo cfr. il commento alla pronunzia di L. CAPUTO, *Tutela cautelare ed articoli diffamatori online: le Sezioni Unite e la tutela giudiziaria residuale nell’epoca della post-verità*, in *IurisPrudentia online*, 2016.

⁸¹⁸ “Giova ribadire ancora una volta che tale conclusione è limitata al caso in cui si invochi una tutela civilistica cautelare preventiva contro il giornale (in tale espressione ricondotto anche il settimanale) telematico con cui sia commessa una lesione all’onore o alla reputazione, cioè che si prospetti come connotato da un contenuto diffamatorio, mentre non è estesa a diversi casi di conflitti con altri diritti assistiti da differenti e specifiche normative, come quella in materia di protezione dei dati personali, ogni questione relativa all’interazione con le quali essendo lasciata esplicitamente impregiudicata”.

⁸¹⁹ Si v., in questo senso, Trib. Milano, 25 gennaio 2018, con commento di S. PERON, *Le testate telematiche e la tutela costituzionale*, in *Medialaws online*, 2018. Il giudice meneghino del reclamo dopo aver rigettato il tentativo dei reclamanti di qualificare la domanda cautelare come attinente la tutela dei dati personali (in ragione del maggiore margine di tutela che a questa è riservata proprio nella richiamata giurisprudenza della Corte di Cassazione), richiama taluni punti di diritto: “In merito al sequestro, non pare inutile precisare – in ragione della non accertata diffamatorietà delle informazioni riferite ai nomi dei ricorrenti - che il R.D.Lgs. n. 561 del 1946, all’art. 1, comma 1, nel sancire che non si può procedere a sequestro dei giornali o di qualsiasi altra pubblicazione o stampato se non in virtù di una sentenza irrevocabile dell’autorità giudiziaria”; “Per quanto riguarda i limiti di cui all’art. 21 Cost., non può prescindersi dall’insegnamento della fondamentale e non superata sentenza n. 122/1970 dalla Corte Costituzionale. In tale occasione il Giudice delle Leggi ha preliminarmente affermato che “per accertare la sfera di applicazione della norma costituzionale di raffronto occorre partire dalla non controvertibile constatazione che la rigorosa disciplina

disposta dalla Costituzione a proposito della stampa e la tassativa delimitazione degli interventi consentiti al legislatore ordinario ed alle pubbliche autorità sono preordinate, in un settore di particolare rilevanza, a garanzia del diritto di libera manifestazione del pensiero'. La Corte, dopo aver precisato che la norma contenuta nel terzo comma dell'art. 21 Cost. copre l'intera area del sequestro, qualunque sia il contrapposto interesse con quale la stampa entra in collisione, ha poi affermato che: 'per garantire la diffusione della stampa, che potrebbe essere compromessa o addirittura definitivamente pregiudicata da provvedimenti che, ancorché adottati dall'autorità giudiziaria, si basano su una cognizione sommaria e possono poi risultare ingiustificati in sede di accertamento definitivo, la Costituzione, tenendo conto della importanza del ruolo della stampa in un regime democratico, ha disciplinato il conflitto fra l'interesse al sequestro e l'interesse alla circolazione della stampa: la norma costituzionale di raffronto, mentre consente al legislatore ordinario di dar prevalenza al primo (purché attraverso un'espressa previsione) nel caso di delitti, direttamente stabilisce la prevalenza del secondo in ogni altra ipotesi' "; "Nessun diritto fondamentale è protetto in termini assoluti dalla Costituzione, ma – al contrario – è soggetto a limiti per integrarsi con una pluralità di altri diritti e valori". Eseguita tale ricognizione del contesto normativo, svolge le importantissime precisazioni che seguono: "In primo luogo, non può non sottolinearsi come il carattere pervasivo e diffusivo del mezzo di comunicazione telematico e l'idoneità dello stesso a causare danni potenzialmente irreparabili (un'irreparabilità dovuta dagli effetti ormai irreversibili provocati dalla permanenza, on line, di informazioni dal contenuto ancora non verificato per molto tempo) – caratteristiche espressamente richiamate proprio dalle Sezioni Unite – precludano la possibilità di qualificare come inammissibile qualunque tutela cautelare atipica. In tal modo, infatti, verrebbe preclusa la possibilità di una tutela effettiva – nei limiti compatibili in sede cautelare – di un diritto fondamentale, rinviando ad una fase (quella di merito) i cui effetti dannosi dell'illecito (eventualmente accertato) sarebbero ormai irreversibilmente consolidati. In secondo luogo, osserva il Tribunale come proprio l'esigenza di rispettare la prevalenza accordata dalla Costituzione della libertà di manifestazione del pensiero e della stampa sull'onore e la reputazione – in fase cautelare – imponga di ritenere inammissibili quei provvedimenti che avrebbero l'effetto di comprimere o limitare la predetta libertà. A diverse considerazioni, invece, deve giungersi con riferimento a quei rimedi che, senza giungere ad un risultato pratico equivalente al sequestro e, dunque, senza limitare la formazione dell'opinione pubblica, consentano di informare il fruitore di notizie on line dell'esistenza di 'voci contrarie', della 'verità soggettiva' del soggetto oggetto della notizia, del potenziale aggiornamento delle informazioni (ad esempio in ragione di sviluppi di indagine o di successive rivelazioni da parte di altre fonti) o, ancora, dell'esistenza di un procedimento giurisdizionale volto all'accertamento della veridicità – anche solo putativa – delle informazioni contenute nell'articolo. Il bilanciamento tra diritto all'onore e reputazione e libertà di stampa (nei limiti sopra chiariti) non potendo privare il titolare del diritto di ogni rimedio (se non di quello che si tradurrebbe in un sequestro o in misure di contenuto ad esse analogo), si sposta sul piano della scelta delle modalità di attuazione della tutela. Sicuramente ammissibili, pertanto, rimedi di tipo integrativo e correttivo che, peraltro, svolgono un ruolo di promozione del pluralismo *ex art. 21 Cost.* Ciò posto, nel caso in esame, mentre un provvedimento volto ad impedire la diffusione e la permanenza della pubblicazione contenente le notizie ritenute diffamatorie avrebbe avuto un effetto corrispondente a quello del sequestro, a diverse conclusioni si sarebbe potuto giungere con riferimento ad un 'aggiornamento' della notizia, contenente le precisazioni e le contestazioni dei diritti interessati (provvedimento che, avente un contenuto di oggetto più ristretto rispetto a quello domandato dai ricorrenti, ben avrebbe potuto essere adottato dal giudice della cautela). Ma, nel caso di specie, un tale provvedimento si rende del tutto superfluo atteso che, come risulta dalla consultazione dell'articolo per cui è causa (doc. 9 di parte ricorrente), nello stesso corpo dell'articolo è stato prontamente inserito un link contenente le lettere di precisazioni e spiegazioni inviate per *email* alla redazione dagli odierni reclamanti. Un tale rimedio può essere assimilato all'esercizio del diritto di rettifica – rispetto al quale, è comunque indubbio, che si differenzia per presupposti e disciplina - ed appare compatibile con l'attenuata tutela cautelare di cui godono l'onore e la reputazione rispetto alla stampa. A tal proposito, osserva il Collegio che il diritto di accesso agli organi di informazione per finalità di rettifica, da parte di chi si ritiene leso nel proprio diritto all'onore, alla reputazione o all'identità personale, è disciplinato dall'art. 8 della l. 47/1948 recante 'Disposizioni sulla stampa', così come modificato dalla l. 416/1981, che impone al direttore o,

vuole ritenere direttamente applicabile alle testate telematiche il diritto di rettifica⁸²⁰ ex art. 8 l. stampa). Opinare diversamente significherebbe fare della libertà di stampa un diritto *tiranno*, sacrificando del tutto (ed irragionevolmente) i diritti personalissimi dei soggetti che ravvisano una lesione nelle pubblicazioni telematiche⁸²¹.

Se questo è un caso in cui la tutela atipica in materia diffamatoria si misura con limiti desumibili da norme di rango costituzionale, talvolta le difficoltà discendono invece dai fatti: si fa riferimento alla c.d. “*viralità*” delle informazioni in *internet*, concetto complesso che riassume la propagazione repentina, non preventivamente ponderabile, dei messaggi in rete, unita ad un potenziale diffusivo inedito tra i vari nodi della rete.

comunque, al responsabile ‘di far inserire gratuitamente nel quotidiano o nel periodico o nell’agenzia di stampa le dichiarazioni o le rettifiche dei soggetti di cui siano state pubblicate immagini od ai quali siano stati attribuiti atti o pensieri o affermazioni da essi ritenuti lesivi della loro dignità o contrari a verità, purché le dichiarazioni o le rettifiche non abbiano contenuto suscettibile di incriminazione penale’. La rettifica non è diretta a realizzare la verità oggettiva dell’informazione, ma ad arricchire la divulgazione con una verità soggettiva, costituita dall’interpretazione dei fatti della persona che si ritiene lesa. Come chiarito dalla Corte di Cassazione, il bilanciamento tra l’interesse del pubblico ad essere informato (alla cui realizzazione è strumentale l’esercizio del diritto di cronaca e di critica da parte di chi informa) e l’interesse della persona, fisica o giuridica, a non essere lesa nella sua identità personale è realizzato dall’art. 8, comma 1, Legge sulla stampa col riconoscere il diritto alla pubblicazione di dichiarazioni o rettifiche ai ‘soggetti di cui siano state pubblicate immagini od ai quali siano stati attribuiti atti o pensieri o affermazioni tali da essere ritenuti lesivi della loro dignità o contrari a verità’, sulla base del loro personale sentire, ‘indipendentemente dal fatto che lesione della dignità effettivamente vi sia stata’ (Cass. 24.4.2008 n. 10690). Nel caso in esame, attraverso la pubblicazione delle lettere degli odierni reclamanti è stato garantito il diritto degli stessi di far conoscere la ‘loro verità’, informando il lettore dell’esistenza di elementi ulteriori e contrastanti rispetto a quelli contenuti nell’articolo per cui è causa. Ritiene, pertanto, il Collegio che le domande cautelari formulate dai ricorrenti – alla luce della tutela attenuata garantita dalla pronta pubblicazione della rettifica, nelle modalità sopra indicate – non possano trovare accoglimento, atteso che il provvedimento di inibitoria richiesto porterebbe all’adozione di un provvedimento assimilabile ad una censura, con effetti sostanzialmente simili a quelli di un provvedimento di sequestro, emesso all’esito di un accertamento solo sommario dei fatti – in violazione del diritto alla libera manifestazione del pensiero, tutelata nei limiti di cui all’art. 21 Cost”.

⁸²⁰ Trib. Torino, I, 6 aprile 2018, in *Dejure online* ha ritenuto direttamente applicabile alle pubblicazioni giornalistiche in rete il diritto di rettifica, così come previsto dal legislatore della “legge sulla stampa”. Cfr. la nota precedente. In ogni caso, il contrasto giurisprudenziale sul punto è privo di conseguenze pratiche. Nel caso in cui si ritenga che operi direttamente il diritto di rettifica, come sembra corretto, e non un rimedio atipico modellato su di esso, nel caso di inottemperanza occorre ricorrere al giudice ex art. 700 c.p.c. Così G. PROIA, *Strumenti di tutela in internet e reputazione aziendale*, in *Internet e reputazione aziendale*, a cura di S. Previti, Utet, Milano, 2016, p. 141 s. Il foro competente è anche quello facoltativo del danno (art. 20 c.p.c.), quindi il centro di interessi della persona lesa (*ibidem*, p. 145).

⁸²¹ Obliando quindi l’insegnamento di Corte cost. n 85 del 2013, che impone, in sede di bilanciamento, di non sacrificare mai del tutto un diritto costituzionale.

Tale potenzialità offensiva – che discende da un modo di essere delle cose in rete – va affrontata con un arsenale difensivo scolpito dalla volontà del legislatore europeo, che si è affidato, nel caso di contenuti “virali” aventi portata diffamatoria, alla tutela inibitoria⁸²².

Il fenomeno, che attinge la sfera intima dei soggetti lesi ed è capace di sconvolgerne l’esistenza, desta – nelle sue forme più gravi, ovvero quando siano oggetto di condivisione tra utenti ritratti dei soggetti lesi, in special modo filmati aventi natura intima – allarme sociale, a tal punto che il legislatore ha ritenuto di incriminare la condotta (prima sussumibile entro la fattispecie della diffamazione) introducendo un nuovo art. 612-ter c.p.⁸²³.

Si ha contezza di un solo caso in cui un giudice civile italiano si è confrontato con una domanda di tutela proveniente da un soggetto leso da filmati divenuti virali. Il caso è tristemente noto alla cronaca in ragione del drammatico epilogo che ha avuto. Se dipendesse da umana pietà, sarebbe di gran lunga preferibile che sulla vicenda calasse un rispettoso silenzio. Tuttavia, non è dato abdicare al confronto con casi consimili, poiché la rassegnazione di fronte a fenomeni del genere contribuisce a creare l’idea – non giustificata sulla base del diritto positivo e di supremi principi costituzionali – che la rete sia la “terra di nessuno”, ove tutto è concesso. Al contrario, l’interprete che conosca le problematiche connesse con la celere replicazione e diffusione dell’informazione in rete, ma anche il tipo di equivoci (tanto a livello di cognizioni tecniche, quanto di *errores in iure*) in cui possono incappare, nella fretta di provvedere, i giudici che sono chiamati a

⁸²² Quivi assume centrale importanza il rimedio inibitorio, giusta l’insufficienza di quello risarcitorio. Così G. PROIA, *Strumenti di tutela in internet e reputazione aziendale*, cit., p. 147.

⁸²³ Art. 612-ter c.p., il quale reca: “Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, dopo averli realizzati o sottratti, invia, consegna, cede, pubblica o diffonde immagini o video di organi sessuali o a contenuto sessualmente esplicito, destinati a rimanere privati, senza il consenso delle persone rappresentate, è punito con la reclusione da uno a sei anni e la multa da 5.000 a 15.000 euro. \ La stessa pena si applica a chi, avendo ricevuto o comunque acquisito le immagini o i video li invia, consegna, cede, pubblica o diffonde senza il consenso delle persone rappresentate al fine di recare loro nocumento. \ La pena è aumentata se i fatti sono commessi dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa ovvero se i fatti sono commessi attraverso strumenti informatici o telematici. \ La pena è aumentata da un terzo alla metà se i fatti sono commessi in danno di persona in condizione di inferiorità fisica o psichica o in danno di una donna in stato di gravidanza. \ Il delitto è punito a querela della persona offesa. Il termine per la proposizione della querela è di sei mesi. La remissione della querela può essere soltanto processuale. Si procederà tuttavia d’ufficio nei casi di cui al quarto comma, nonché quando il fatto è connesso con altro delitto per il quale si deve procedere d’ufficio”.

rendere giustizia ai consociati lesi, può meglio formulare le proprie difese, prevenendo errori che potranno essere corretti – se lo saranno – solo in sede di reclamo, aggravando l’offesa a beni giuridici personalissimi e insuscettibili di essere ristorati pecuniariamente.

L’esperienza più feconda di contrasto ad informazioni (la cui propagazione nei nodi della rete ricorda molto l’atteggiamento dei contenuti c.d.) “virali” si rinviene in materia di diritto d’autore. I giudici sono stati chiamati ad arrestare pregiudizi cagionati dalla condotta, ad esempio, di individui che insistentemente ri-caricavano le informazioni appena rimosse, spesso creando più di una copia. Tale maggiore sensibilità, ma anche preparazione a livello tecnico, ha consentito di offrire soluzioni flessibili, quanto più tecnicamente possibile capaci di interrompere la lesione in atto. Il motivo per cui si è ritenuto di trattare in una sezione dedicata la materia non poggia su alcuna architettura concettuale, bensì la scelta affonda le proprie radici nel fatto che quella giurisprudenza si presta a fungere da “contenitore” dal quale possono trarsi spunti ed estrapolarsi soluzioni, da impiantare poi in campi differenti.

Il “prestito” non è avvenuto – nel caso di cui trattasi – probabilmente a cagione di un equivoco, ingenerato dal legislatore europeo, il quale legislatore è intervenuto con una serie di atti normativi *ad maiorem claritatem iuris*, che tuttavia hanno dato adito alla falsa impressione che per il diritto d’autore vi fosse, in ragione della importanza economica e strategica che il corrispondente mercato riveste, una attenzione speciale, che giustificasse però anche una *protezione speciale* e quindi più intensa, per converso negata, di fronte a lesioni di altri diritti. Le sentenze del giudice europeo⁸²⁴ o dei giudici italiani non giustificavano, però, in motivazione, le soluzioni attinte sulla base della mai enunciata “specificità” del diritto d’autore, bensì sulla scorta della disciplina in materia di responsabilità del prestatore⁸²⁵ (la quale, come è chiaro, continua ad avere portata generale).

⁸²⁴ Cfr., ad esempio, *L’Oréal v. eBay* (C-324/09); *UPC Telekabel* (C-314/12); *Tobias McFadden* (C-484/14). Insomma, la figura del *provider* che poteva limitarsi ad agire in maniera tanto limitata (quanto non risolutiva per cui invoca la cooperazione del prestatore) era superata da tempo nell’interpretazione giurisprudenziale.

⁸²⁵ V., a tal proposito, Trib. Roma, IX, 27 aprile 2016, n. 8437, a conferma di un orientamento già espresso dalla ordinanza del medesimo Trib. in data 14 febbraio 2014 (Caso RTI- Google), sia pure sulla scorta della

discutibile impalcatura interpretativa della figura dell'*host attivo*: "Responsabilità del *provider* Accertata attraverso la consulenza tecnica d'ufficio la messa a disposizione del pubblico dei files audiovisivi RTI a fini commerciali da parte di Break media attraverso il suo sito senza autorizzazione occorre affrontare il tema della responsabilità del *provider* in tale attività. La convenuta declina ogni responsabilità riferendosi alla propria qualifica di '*social network*' che ha come obiettivo e caratteristica la condivisione di contenuti di interesse ricreativo umoristico, satirico e sportivo, che si limita ad offrire uno spazio virtuale che permette a ciascun utente di ricercare e visionare un vasto archivio di contenuti audiovisivi pubblicati da terzi e agli utenti registrati di pubblicare e condividere con gli altri utenti video e filmati e di 'postare' i propri pensieri o opinioni e commenti sui video; si tratterebbe quindi dell'offerta di uno spazio virtuale, la piattaforma di *hosting*, per la quale svolgerebbe un'attività puramente tecnica non intervenendo sui contenuti, né collaborando alla loro realizzazione e/o gestione. Nonostante i contenuti siano fomiti esclusivamente dagli utenti, tuttavia offre ai titolari di diritti di proprietà intellettuale, al fine di segnalare eventuali violazioni, particolari strumenti che consentono con la collaborazione del soggetto leso di intervenire e rimuovere la violazione. Rientrerebbe quindi la figura nel c.d. '*hosting provider*' previsto dall'art. 16 Dlgs n.70/2003 consistente nella memorizzazione di informazioni fomite dal destinatario del servizio e la circostanza che ne tragga guadagni derivanti da introiti pubblicitari non inficia tale qualifica trattandosi della normale remunerazione per la fornitura gratuita di un servizio agli utenti. Ai sensi dell'articolo 16 citato pertanto non sarebbe responsabile delle informazioni memorizzate a condizione che non sia a conoscenza dell'illiceità e appena a conoscenza su comunicazione delle autorità competenti rimuova l'informazione disabilitando l'accesso; il successivo art. 17 esclude poi un obbligo di generale di sorveglianza nella di ricerca dei fatti. La tesi di parte convenuta oltre che anacronistica ed insostenibile a fronte della nota importanza e consistenza della sua attività, rientrando per sua stessa ammissione tra gli undici più famosi portali di contenuti digitali del mondo (21 milioni di visitatori nel novembre 2012) è assolutamente smentita dagli accertamenti peritali svolti in corso di causa nei quali la "semplice piattaforma" risulta in realtà una moderna 'impresa globale' rientrante tra i c.d. "aggregatori" che organizza con diverse modalità e mette a disposizione degli utenti contenuti audiovisivi provenienti da diverse fonti. La piattaforma di video.break Media come riferisce la stessa convenuta 'offre gratuitamente contenuti video, in parte creati da Break Media stessa, in parte caricati dagli utenti, ad un target di utenti prevalentemente di sesso maschile e di nazionalità statunitense (43,2% del totale) e basa il proprio business sulla vendita di pubblicità sul portale'; si tratta di video 'unpublished' (caricati dagli utenti che non generano ricavi pubblicitari) e video 'published' creati e selezionati dal personale della società disponibili nelle sezioni più frequentate del sito utilizzati per la vendita di spazi pubblicitari, mentre ai primi vengono abbinati solo messaggi autopromozionali. Come ha rilevato il C.T.V. nella risposta al quesito n.4 relativo al modello di business adottato Break media prevede l'offerta gratuita di contenuti a fronte di una intensa raccolta di pubblicità in grado di generare ricavi anche significativi ove si consideri che la raccolta pubblicitaria *online* riguarda tutte le inserzioni diffuse su *internet* ed è caratterizzata da una particolare idoneità ad individuare specifici target di utenti, di tracciare e segmentare il consumatore, di misurare l'efficacia delle inserzioni; è evidente quindi che il mercato dell'ascolto ed il mercato pubblicitario sono correlati ed essendo la pubblicità la fonte principale e quasi esclusiva di ricavo i contenuti rivestono un ruolo determinante per il successo pubblicitario e di conseguenza economico. Non una semplice piattaforma di condivisione dunque, ma un portale che consente una facile e svariata scelta con una semplice consultazione di migliaia di filmati e/o frammenti di filmati in massima parte opera di terzi non casualmente immessi dagli utenti ma catalogati ed organizzati in specifiche categorie (musica, film, intrattenimento etc.) con intervento diretto anche nei contenuti con diversi modi di utilizzazione e la possibilità di scegliere, all'interno del programma, la parte che interessa collegandola anche ad altri video 'correlati'. Il tutto regolamentato meticolosamente da una serie di regole di utilizzo del sito i c.d. 'termini di servizio' che stabiliscono tra l'altro che gli utenti non possono caricare contenuti lesivi del diritto d'autore con la precisa esposizione delle modalità di denuncia di eventuali materiali lesivi di proprietà intellettuale per consentirne la immediata rimozione. E' evidente pertanto che un sistema così avanzato ed in continua evoluzione è del tutto incompatibile con la figura del semplice *hosting* ostinatamente sostenuta dalla convenuta e rappresenta invece un sofisticato content-*provider* che, come affermato dalla stessa Break-media è uno dei principali creatori e distributori di

contenuti di intrattenimento digitale, seleziona direttamente i video, collocandoli nella home page della categoria, dispone di un editoria/ team che seleziona i video caricati e sfrutta commercialmente i video caricati a fini pubblicitari, organizza i contenuti ottimizzandone lo sfruttamento attraverso complesse modalità tecniche di erogazione di servizi offerti con avanzati meccanismi tecnici di collegamento degli annunci pubblicitari con i files video, sviluppando innovativi criteri di valutazione comportamentale degli utenti per rispondere in modo sempre più esauriente alle richieste acquisendone una penetrante fidelizzazione, e sostanzialmente mantenendo nel 'sistema' aumentando così sempre più lo sfruttamento della pubblicità. Accertato che l'attività svolta dalla convenuta non possa ricondursi nell'ambito del mero *hosting* (definito '*hosting* passivo' dalla giurisprudenza) che si limita ad attivare il processo tecnico che consente l'accesso alla piattaforma di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo fine di rendere più efficiente la trasmissione, trattandosi invece di una complessa e sofisticata organizzazione di sfruttamento pubblicitario dei contenuti immessi in rete che vengono selezionati, indirizzati, correlati, associati ad altri arrivando a fornire all'utente un prodotto audiovisivo di alta qualità e complessità dotato di una sua precisa e specifica autonomia, è evidente l'inapplicabilità in relazione a questa attività dell'art. 16 invocato con la correlativa esenzione da responsabilità ed invece la conseguente responsabilità in base alle norme comuni. Ciò in armonia con la giurisprudenza ormai consolidata italiana e comunitaria che ha delineato il ruolo attivo dell'ISP, sottratto dal beneficio della irresponsabilità prevista dall'art. 15 della Direttiva CE 3112000 per i fatti illeciti commessi dai destinatari dei servizi per la mera fornitura dei servizi di accesso, configurabile nel caso in cui presti una consistente assistenza nell'ottimizzare la presentazione di offerte o contenuti digitali e nel promuovere offerte o contenuti digitali (decisioni Corte di Giustizia UE 23.3.2010 I O caso *Google c. Louis Vuitton* e 12.7.2011 caso *L'Oreal c eBay*) e, quindi, abbia dato un pur minimo contributo all'editing del materiale sulla rete lesivo di interessi tutelati. L'orientamento giurisprudenziale citato è egualmente uniforme nel ritenere comunque che anche l'*hosting* c.d. 'attivo' non può essere soggetto ad un obbligo generale di sorveglianza e di procedere ad un controllo preventivo del materiale immesso in rete dagli utenti, in quanto ciò si risolverebbe in una inammissibile compressione del diritto di informazione e della libertà di espressione e comprometterebbe il necessario equilibrio che deve esserci tra la tutela del diritto d'autore ed appunto la libertà d'impresa nel campo della comunicazione. Ed infatti la Corte di Giustizia UE del 24.11.2011- caso *Scarlet c. SABAM*- ha ritenuto inammissibile l'imposizione in capo all'ISP di sistemi di filtraggio dei contenuti digitali a tutela dei diritti di proprietà intellettuale che riguardino tutte le comunicazioni elettroniche che transitano sui suoi servizi, di tutta la sua clientela, a titolo preventivo e a sue spese esclusive e senza limiti di tempo e, quindi, una sorta di obbligo generale di sorveglianza, in quanto causerebbe una grave violazione della libertà d'impresa perché l'obbligherebbe a predisporre un sistema informatico complesso costoso e permanente, dovendosi garantire un giusto equilibrio tra la tutela del diritto di proprietà intellettuale, di cui godono i titolari di diritti d'autore e quelli della libertà d'impresa appannaggio degli ISP in forza dell'art. 16 della carta dei diritti fondamentali dell'UE. Egualmente tuttavia non può escludersi una sua responsabilità, ogni qual volta venga messo a conoscenza, da parte del titolare dei diritti lesi, del contenuto illecito delle trasmissioni, della quale deve pertanto rispondere se non si attiva per rimuovere gli stessi e prosegua invece nel fornire gli strumenti per la prosecuzione della condotta illecita. In tal senso ha statuito la Corte di Giustizia nella decisione 23.3.2010 già citata che anche riferendosi al semplice prestatore di un servizio dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio (e non quindi dell'*hosting* 'attivo' della fattispecie in esame) ha escluso l'esenzione da responsabilità prevista dall'art. 14 della direttiva 2000/31 quando il prestatore 'dopo aver preso conoscenza, mediante un'informazione fornita dalla persona lesa o in altro modo, della natura illecita di tali dati o di attività di detto destinatari abbia omissis di prontamente rimuovere tali dati o disabilitare l'accesso agli stessi' (punto 109) sancendo quindi che la conoscenza, comunque acquisita e non solo dalle autorità competenti o da esplicita diffida ma in qualsiasi modo, della illiceità dei dati, fa sorgere la responsabilità civile e risarcitoria dell'ISP. Nella fattispecie in esame, parte attrice individua il *dies a quo* in cui insorge la responsabilità del *provider* nel ricevimento delle due diffide inviate il 14 luglio 2011 ed il 28.9.2011 (doc.6 e 7 fascicolo di parte attrice) da RTI che conteneva appunto l'indicazione delle violazioni riscontrate per la trasmissione di programmi dei quali era titolare dei diritti

ove deve dunque individuarsi l'inizio del comportamento sanzionabile e colposo protrattosi oltremodo nel tempo, anche perché indipendentemente dalle diffide la convenuta poteva facilmente ed autonomamente prendere conoscenza delle violazioni sia per la notorietà dei programmi in questione e delle emittenti televisive che, in particolare, per la presenza su tutti i brani televisivi in contestazione dei marchi distintivi di RTI (i loghi retequattro, canale 5 e italia uno). Parte convenuta adduce, invece, l'irrelevanza delle due diffide inviate da RTI in quanto non sufficientemente specifiche nell'indicare i contenuti illeciti per determinare l'insorgenza dell'obbligo della rimozione che andrebbe invece individuato soltanto con la relazione tecnica versata in atti il 27.11.2012 nella quale per la prima volta venivano indicati i relativi *URL* (Uniform Resource Locator) e cita in proposito l'ordinanza del Tribunale di Torino del 5.5.2015 e la sentenza della Corte di Appello di Milano che, in riforma della sentenza n.10893/11 del Tribunale (caso Yahoo) ha affermato la necessità di una diffida non generica ma specificamente dettagliata 'contenente cioè gli indirizzi specifici compendiate in singoli *URL*'. Ritiene in proposito il Tribunale, confermando l'orientamento dell'ordinanza 14.2.2014 emessa nella causa R.G. n.54218/08 (caso *RTI- GOOGLE*) che tale tesi, prescindendo dalla fattispecie in discussione nella quale i contendenti sono portali e motori di ricerca sofisticati e di dimensioni mondiali e reti televisive di grande importanza, sia insostenibile perché, oltre a rendere difficile e quasi impossibile per i soggetti titolari di diritto d'autore leso che non dispongono di grandi mezzi tecnici delle dimensioni precisate ottenere la tutela, sono in contrasto con tutte le direttive europee e le sentenze della Corte di giustizia che, pur affermando l'insussistenza di un obbligo generale di sorveglianza, mai hanno considerato la necessità della specifica e tecnica indicazione degli *URL*. Ciò sia perché gli *URL* non sono i contenuti ma la loro 'localizzazione' luoghi ove vengono caricati i video e non i files illeciti, sia perché pur affermando l'insussistenza di un obbligo generale di sorveglianza hanno sempre comunque correttamente applicato la normativa a tutela del diritto d'autore e indicato nella 'conoscenza effettiva' dell'illecito il momento dell'insorgenza della responsabilità. Richiedere addirittura la necessità di fornire gli *URL* significa dunque disapplicare la normativa e la consolidata giurisprudenza europea sul diritto d'autore e vanificarne la tutela, proprio in contrasto con le direttive europee che peraltro vengono in tali decisioni citate come riferimento, dimenticando che si tratta di direttive informate e derivate dal c.d. 'enforcement' la Direttiva 2000/31/CE (vedi 2004/48/CE) che sicuramente non sta ad indicare un indebolimento della tutela ma l'esatto contrario, essendo appunto indirizzata nel suo obiettivo a garantire un alto livello di protezione dei diritti d'autore al fine di far cessare le violazioni e di prevenirle (punti 35 e 37). Come dunque indicato da questo Tribunale nell'ordinanza RTI-GOOGLE in armonia con la giurisprudenza europea della Corte di Giustizia il riferimento deve essere soltanto 'l'effettiva conoscenza' dei contenuti illeciti per la quale non può in alcun modo ritenersi indispensabile l'indicazione degli *URL* essendo sufficiente un'indicazione specifica dei files illeciti (video, programmi etc) tramite diffida o al mezzo. Nella fattispecie in esame sicuramente le diffide indicate erano valide per i programmi citati 'grande fratello' (diffide 14.7.2001 e 31.8.2011) e 'striscia la notizia' 'zelig' (diffida 28.9.2011) mentre per l'individuazione degli altri programmi genericamente indicati per l'appartenenza alla titolarità di RTI può risalirsi alla citazione 2.3.2012, dovendo appunto la diffida contenere l'indicazione precisa dei programmi, non potendo imporsi al *provider* la ricerca di 'tutti i programmi' di RTI in modo generico. A fronte della evidenza dei fatti riferiti del tutto inconsistente ed insostenibile è la inesistenza della 'effettiva conoscenza' adottata dalla convenuta sulla presunta applicazione e la mancanza del doppio requisito della conoscenza dell'illiceità e del provvedimento dell'autorità competente ai sensi dell'art. 16 Dlgs n.70/2003: a parte la già indicata inapplicabilità della norma all'*hosting* attivo si è già detto che, anche per quello passivo la giurisprudenza è ormai consolidata a livello nazionale ed europeo nell'indicare la 'effettiva conoscenza' in quella in qualunque modo anche autonomamente acquisita anche in assenza di diffida (vedi decisioni CGE citate) e comunque sulla ricezione di una diffida o comunque di un'informazione proveniente dal titolare dei diritti sui contenuti diffusi quale momento dell'insorgenza della responsabilità (vedi Trib. Milano 29.1.2011 RTI - Italia on line) che appunto nella specie può con assoluta certezza essere individuato nella diffide per i programmi indicati specificatamente e nella citazione per gli altri; senza contare che nel caso in esame trattasi di programmi noti e di successo facilmente individuabili anche in relazione alla titolarità dei diritti chiaramente riconducibili all'attrice, in quanto trasmesse da emittenti ad essa facenti capo e inconfondibilmente riconoscibili per la presenza su tutti del logo delle emittenti stesse (Canale Cinque,

Su questo si avrà modo di tornare in seguito.

Se si volge l'attenzione quindi alla citata decisione del giudice partenopeo⁸²⁶, ci si sovvienne che si è ordinata la rimozione di pagine che ospitano affermazioni aventi carattere diffamatorio (individuati dal ricorrente), ma si è rigettata la domanda cautelare avente per oggetto l'ordine di rimozione di qualsiasi contenuto "identico". Il giudice napoletano del reclamo ha confermato l'*iter* logico sotteso al provvedimento monocratico ritenendo, in altre parole, che un simile comando avrebbe comportato un obbligo di sorveglianza generalizzata e preventiva sui contenuti, vietato dalla normativa europea⁸²⁷.

Invero, come ampiamente argomentato *supra*, l'insussistenza di un obbligo di vigilanza preventiva deve essere senza pregiudizio per la possibilità di ordinare al prestatore la *cessazione* o *l'impedimento* della violazione⁸²⁸. Con ciò, la decisione del giudice partenopeo appare viziata da un errore ricostruttivo.

Sembra da valorizzare l'insegnamento del giudice torinese, che da lì a pochi mesi, confermando l'ordinanza cautelare emessa nel 2014⁸²⁹, ebbe a dire: "una volta accertato in sede giudiziale che è possibile impedire il caricamento di video già caricati utilizzando delle funzionalità tecniche minime, la piattaforma You Tube deve attivarsi dando corso a tutte le proprie conoscenze e utilità informatiche, nonché a tutte le proprie risorse umane e materiali, per eseguire il comando normativo e giudiziario, essendo a ciò tenuta, sia

ReteQuattro, Italia Uno); indicazione sufficiente ed idonea a sollecitare la necessaria attività di verifica e controllo peraltro attraverso gli stessi strumenti informatici utilizzati dagli utenti per la ricerca delle trasmissioni attraverso le parole chiave e comunque attraverso quel sistema che la stessa Break Media mette a disposizione di coloro che vogliono segnalare la presenza di video illecitamente trasmessi. Accertata pertanto la violazione da parte del portale della convenuta attraverso la diffusione illecita dei video oggetto di causa deve accogliersi la domanda di inibitoria al proseguimento della condotta lesiva fissandosi una somma per ogni eventuale violazione successivamente constatata e per ogni giorno di permanenza che appare adeguato indicare in euro 1000,00."

⁸²⁶ Trib. Napoli Nord, II, 4 novembre 2016, in *Dejure online*.

⁸²⁷ Direttiva 2000/31/CE, art. 15.

⁸²⁸ In questo senso, è d'ausilio all'interprete l'art. 18 della Direttiva: "Gli Stati membri provvedono affinché i ricorsi giurisdizionali previsti dal diritto nazionale per quanto concerne le attività dei servizi della società dell'informazione consentano di prendere rapidamente provvedimenti, anche provvisori, atti a porre fine alle violazioni e a impedire ulteriori danni agli interessi in causa".

⁸²⁹ Trib. Torino, 5 maggio 2014.

dall'obbligo generale di adempiere agli ordini normativi e giudiziali, sia dai canone di diligenza, cooperazione e buona fede *ex artt.* 1173, 1375 e 1176 del c.c.”⁸³⁰. Nella motivazione del provvedimento del giudice napoletano non v'è traccia di simile inchiesta di natura tecnica. Ci si sarebbe dovuti chiedere, detto altrimenti, se la piattaforma fosse in grado, *tecnicamente*, di impedire il caricamento dei medesimi video (cosa su cui, invero, non dovrebbero esservi dubbi).

I risultati interpretativi raggiunti in quella sede sembrano oggi intangibili, non più revocabili in dubbio, dopo la sentenza *Eva Glawischnig*, già esaminata⁸³¹, che ha per parte proprio la medesima piattaforma, e che stabilisce che la disciplina di cui alla Direttiva 2000/31/CE non osta all'ingiunzione da parte un giudice nazionale alla rimozione non solo di *contenuti identici*, ma anche di informazioni “equivalenti”, per tali intendendosi quelli il cui contenuto “diverga molto poco” da quello dichiarato illecito dal giudice, ciò al fine di scongiurare che si continuino a propagare informazioni il cui contenuto, pur veicolando il medesimo messaggio, sia formulato in modo “leggermente diverso”, a patto che l'ingiunzione non ponga in capo al prestatore un obbligo eccessivo, e che le informazioni aventi carattere equivalente emergano in modo specifico dall'ingiunzione e che le differenze non siano tali da costringere il prestatore a compiere una autonoma valutazione, e di talché egli possa ricorrere a tecniche di ricerca automatizzate⁸³².

⁸³⁰ Trib. Torino, I, 7 aprile 2017, n. 1928, già analizzata. Per una analisi dottrinale della decisione, A. FITTANTE, *Brand, Industrial design, Made in Italy: la tutela giuridica*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 292.

⁸³¹ *Eva Glawischnig-Piesczek v. Facebook Ireland Limited* (C-18/18) della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

⁸³² “Ciò premesso, al fine di poter ottenere dal prestatore di servizi di *hosting* di cui trattasi che egli impedisca qualsiasi ulteriore danno agli interessi in causa, è legittimo che il giudice competente possa esigere da tale prestatore di servizi di *hosting* di bloccare l'accesso alle informazioni memorizzate, il cui contenuto sia identico a quello precedentemente dichiarato illecito, o di rimuovere tali informazioni, qualunque sia l'autore della richiesta di memorizzazione delle medesime. Orbene, tenuto conto, in particolare, di tale identità di contenuto delle informazioni di cui trattasi, non si può ritenere che l'ingiunzione all'uopo emessa ponga a carico del prestatore di servizi di *hosting* un obbligo di sorveglianza, in via generale, sulle informazioni da esso memorizzate, né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite, ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2000/31. In secondo luogo, il giudice del rinvio pone sostanzialmente la questione se l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2000/31 osti a che un giudice di uno Stato membro ordini ad un prestatore di servizi di *hosting* di rimuovere le informazioni da esso memorizzate e il cui contenuto sia equivalente a quello di un'informazione precedentemente dichiarata illecita o di bloccare l'accesso alle medesime. [...]

Alla luce di quanto sopra, fugati gli equivoci che discendono da una incorretta interpretazione dell'intricato rapporto tra normativa processuale e sostanziale contenute alla Direttiva in esame, non più si dubita della facoltà, in capo ai soggetti lesi, di ottenere un'ordina, in via urgente, a che sia ordinata la cessazione della condotta, mediante la soppressione dell'informazione illecita individuata dal ricorrente, nonché delle informazioni identiche e addirittura aventi contenuto analogo, purché a valutare ciò non sia chiamato il prestatore. Non può ritenersi, del resto, che una semplice attività di filtro e ricerca – si badi: *a posteriori* – comporti un obbligo eccessivo, a fronte del pericolo cui sono esposti i beni giuridici del soggetto leso, nonché della semplicità tecnica dell'operazione.

Ne consegue che, affinché un'ingiunzione volta a fare cessare un atto illecito e ad impedire il suo reiterarsi nonché ogni ulteriore danno agli interessi in causa possa effettivamente realizzare siffatti obiettivi, detta ingiunzione deve potersi estendere alle informazioni il cui contenuto, pur veicolando sostanzialmente lo stesso messaggio, sia formulato in modo leggermente diverso, a causa delle parole utilizzate o della loro combinazione, rispetto all'informazione il cui contenuto sia stato dichiarato illecito. Diversamente infatti, e come sottolineato dal giudice del rinvio, gli effetti inerenti a un'ingiunzione del genere potrebbero facilmente essere elusi tramite la memorizzazione di messaggi appena diversi da quelli dichiarati illeciti in precedenza, il che potrebbe condurre l'interessato a dover moltiplicare le procedure al fine di ottenere la cessazione dei comportamenti illeciti di cui è vittima. [...] Pertanto, l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2000/31 implica che l'obiettivo perseguito da un'ingiunzione, come quella menzionata all'articolo 18, paragrafo 1, della stessa direttiva, letto alla luce del suo considerando 41, consistente in particolare nel tutelare efficacemente la reputazione e l'onore di una persona, non può essere perseguito mediante un obbligo eccessivo imposto al prestatore di servizi di *hosting*. Tenuto conto di quanto precede, occorre che le informazioni equivalenti cui fa riferimento il punto 41 della presente sentenza contengano elementi specifici debitamente individuati dall'autore dell'ingiunzione, quali il nome della persona interessata dalla violazione precedentemente accertata, le circostanze in cui è stata accertata tale violazione nonché un contenuto equivalente a quello dichiarato illecito. Differenze nella formulazione di tale contenuto equivalente rispetto al contenuto dichiarato illecito non devono, ad ogni modo, essere tali da costringere il prestatore di servizi di *hosting* interessato ad effettuare una valutazione autonoma di tale contenuto. Ciò posto, un obbligo come quello descritto ai punti 41 e 45 della presente sentenza, da un lato, nella misura in cui si estende anche alle informazioni di contenuto equivalente, risulta sufficientemente efficace per garantire la tutela della persona oggetto di dichiarazioni diffamatorie. Dall'altro, tale tutela non viene garantita tramite un obbligo eccessivo imposto al prestatore di servizi di *hosting*, in quanto la sorveglianza e la ricerca che richiede sono limitate alle informazioni contenenti gli elementi specificati nell'ingiunzione e il loro contenuto diffamatorio di natura equivalente non obbliga il prestatore di servizi di *hosting* ad effettuare una valutazione autonoma, e quest'ultimo può quindi ricorrere a tecniche e mezzi di ricerca automatizzati”.

4. Il diritto all'oblio e la deindicizzazione. L'usurpazione del nome o dell'immagine. Il Regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali: tutela avverso il trattamento illecito e diritto alla decisione umana.

Dovranno esprimersi i giudici nazionali – cui almeno nominalmente è rimesso il bilanciamento tra diritto di manifestazione del pensiero⁸³³ – sulla compatibilità tra cautela atipica dell'identità personale e diritto di cronaca costituzionalmente protetto, sebbene delle posizioni di apertura vi siano: la Corte di Cassazione sembra suggerire che dello spazio di intervento vi sia, ma tale spazio è limitato dal divieto di sequestro⁸³⁴ (e misure analoghe), che non può essere superato nemmeno con provvedimenti d'urgenza⁸³⁵.

⁸³³ Sulla complessità e delicatezza del bilanciamento tra diritto all'oblio e contrapposti interessi v. M. TAMPIERI, *Il diritto all'oblio e la tutela dei dati personali*, in *Dejure*, 2017. Il bilanciamento (tra diritto di informazione e diritti degli interessati) sembra però rimesso in misura rilevante agli Stati membri, che hanno il compito di conciliarli. Cfr. art. 85 del GDPR (“trattamento e libertà di espressione e di informazione”). Per approfondimenti si rinvia a R. GORETTA, *Privacy, Libertà d'espressione e diritto di cronaca: dopo il Gdpr quali equilibri*, in *Agenda digitale online*, 2019.

⁸³⁴ Arg. ex art. 21 Cost., comma III. La legge sul sequestro delle pubblicazioni a stampa continua a non consentire il sequestro in assenza di sentenza definitiva, se non in limitatissimi casi. V. il r. d. lgs. n. 561 del 1946 (“norme sul sequestro dei giornali e delle altre pubblicazioni”), art. 1 (“Non si può procedere al sequestro della edizione dei giornali o di qualsiasi altra pubblicazione o stampato, contemplati nell'Editto sulla stampa 26 marzo 1848, n.695, se non in virtù di una sentenza irrevocabile dell'autorità giudiziaria”) e art. 2 (“In deroga a quanto è stabilito nell'articolo precedente, si può far luogo al sequestro dei giornali o delle altre pubblicazioni o stampati, che, ai sensi della legge penale, sono da ritenere osceni ovvero che divulgano mezzi rivolti a procurare l'aborto o illustrano l'impiego di essi o danno indicazioni sul modo di procurarseli o contengono inserzioni o corrispondenze relative ai mezzi predetti”). *Adde* art. 8, l. 645 del 1952 (stampati apologetici del fascismo); art. 161, l. 633 del 1941 (violazioni del diritto d'autore).

⁸³⁵ Pesano le parole di Corte Cost., sent. n. 122 del 1970, che afferma: “Le considerazioni espresse devono indurre a ritenere che quando la stampa viene in considerazione come strumento di diffusione del pensiero - presupposto che discende dalla già rilevata connessione fra libertà di stampa e libertà di pensiero -, la norma contenuta nel terzo comma dell'art. 21 della Costituzione copre l'intera area del sequestro, qualunque sia il contrapposto interesse col quale la stampa entra in collisione. In altri termini, il fatto che la Costituzione ammetta il sequestro preventivo solo ‘nel caso di delitti per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi’ o ‘nel caso di violazione di norme che la legge stessa prescrive per l'indicazione dei responsabili’ non può non escludere la legittimità di tale misura in ogni altro caso. [...] Per garantire la diffusione della stampa, che potrebbe essere compromessa o addirittura definitivamente pregiudicata da provvedimenti che, ancorché adottati dall'autorità giudiziaria, si basano su una cognizione sommaria e possono poi risultare ingiustificati in sede di accertamento definitivo, la Costituzione, tenendo conto della importanza del ruolo della stampa in un regime democratico, ha disciplinato il conflitto fra l'interesse al sequestro e l'interesse alla circolazione della stampa: la norma costituzionale di raffronto, mentre consente al legislatore ordinario di dar prevalenza al primo (purché attraverso un'espressa previsione) nel caso di delitti, direttamente stabilisce la prevalenza del secondo in ogni altra ipotesi”.

Con tale divieto di sequestro (atipico *ex art.* 700 c.p.c.⁸³⁶) non dovrebbe collimare il diritto c.d. all'oblio, perlomeno se per tale – fra le varie accezioni che tale posizione di vantaggio conosce⁸³⁷ – si intende la pretesa ad ottenere deindicizzazione dai motori di ricerca di notizie risalenti (nell'ordine di anni prima)⁸³⁸, che non è più interesse del pubblico

⁸³⁶ Dovrà convenirsi il gestore del motore di ricerca e dare compiuta indicazione degli *URLs* da deindicizzare. Ciò vale tanto in giudizio, che in sede stragiudiziale, quando la richiesta è diretta al *provider* (v. Trib. Milano, 8 gennaio 2018, n. 419).

⁸³⁷ Cass, SS. UU., 22 luglio 2019, n. 19681, *Altalex online*: “Come risulta dalla tracciata panoramica della giurisprudenza nazionale ed Europea e come è stato illustrato con chiarezza anche dalla dottrina, quando si parla di diritto all'oblio ci si riferisce, in realtà, ad almeno tre differenti situazioni: quella di chi desidera non vedere nuovamente pubblicate notizie relative a vicende, in passato legittimamente diffuse, quando è trascorso un certo tempo tra la prima e la seconda pubblicazione; quella, connessa all'uso di *internet* ed alla reperibilità delle notizie nella rete, consistente nell'esigenza di collocare la pubblicazione, avvenuta legittimamente molti anni prima, nel contesto attuale (è il caso della sentenza n. 5525 del 2012); e quella, infine, trattata nella citata sentenza *Google Spain* della Corte di giustizia dell'Unione Europea, nella quale l'interessato fa valere il diritto alla cancellazione dei dati”. A questo *adde.* Corte Cost. n. 287 del 2010, che riconosce “il diritto all'oblio” di chi si sia reso responsabile di modeste infrazioni penali e per un periodo congruo non abbia commesso altri reati (venia dichiarata costituzionalmente doverosa della cancellazione dal casellario giudiziale delle condanne alla pena dell'ammenda per le quali è stata concessa la sospensione della pena). Taluni vi riconducono anche le disposizioni di cui alla l. n. 164 del 1982, recante “norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso”.

⁸³⁸ Caso *Google Spain SL, Google Inc. / Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González* (C- 131/12). Si v. M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, cit., pp. 223 ss, nonché G. E. VIGEVANI, *Identità, oblio, informazione e memoria in viaggio da Strasburgo a Lussemburgo, passando per Milano*, cit., p. 9, per una disamina della sentenza. Con la sentenza in esame, il giudice europeo stabilisce che il provider che gestisce il motore di ricerca è soggetto alla disciplina in materia di protezione dei dati personali (anche quando abbia sede in territorio extracomunitario) e che egli è da considerarsi responsabile del trattamento. Indipendentemente dalla cancellazione da parte dell'editore, il prestatore doveva dar seguito alle richieste degli interessati a vedere soppressa l'informazione inattuale dall'elenco dei risultati. Cfr. A. ALÙ, *Esiste il diritto all'oblio su internet? La complessa evoluzione della figura tra giurisprudenza e legge*, in *Dejure online*, 2020, che ritiene che il diritto all'oblio, come ricostruito dal giudice europeo, sarebbe piuttosto un diritto “a non essere facilmente trovato”; v. anche, per una dettagliata disamina della sentenza, M. CASALI, *Il diritto all'oblio nella sentenza Google Spain. Ieri la damnatio memoriae, oggi l'obbligo del ricordo?* In *Orientamenti della Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di responsabilità civile*, cit.. Oggi deve farsi riferimento all'art. 17 del GDPR, entro il quale trova consacrazione normativa (anche) il diritto all'oblio così inteso. Esso recita: “L'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo e il titolare del trattamento ha l'obbligo di cancellare senza ingiustificato ritardo i dati personali, se sussiste uno dei motivi seguenti: a) i dati personali non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati; b) l'interessato revoca il consenso su cui si basa il trattamento conformemente all'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), o all'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), e se non sussiste altro fondamento giuridico per il trattamento; c) l'interessato si oppone al trattamento ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 1, e non sussiste alcun motivo legittimo prevalente per procedere al trattamento, oppure si oppone al trattamento ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 2; d) i dati personali sono stati trattati illecitamente; e) i dati personali devono essere cancellati per adempiere un obbligo legale previsto dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento; f) i dati personali sono stati

mantenere nella “memoria della rete”, quel *mare magnum* che non sarebbe altro che archivio non organizzato, ma soltanto si giustifica il perdurare del trattamento, a fini storico-sociali⁸³⁹, con il mantenimento della notizia (solo) all’interno dei siti di informazione che l’hanno pubblicata.

L’esame del *fumus boni iuris* si risolverà in un giudizio sulla consunzione dell’interesse pubblico alla pronta accessibilità alla notizia, il che è come dire che si verificherà se è trascorso del tempo sufficiente e se la qualità di personaggio pubblico giustifica invece una memoria perpetua⁸⁴⁰. Come di consueto quando si tratta della rete, il *periculum in mora* sembra riducibile ad un limitatissimo esame circa la natura potenzialmente dannosa (per esempio perché con valenza *latu sensu* “diffamatoria”) dell’informazione indicizzata.

raccolti relativamente all’offerta di servizi della società dell’informazione di cui all’articolo 8, paragrafo 1. / 2. Il titolare del trattamento, se ha reso pubblici dati personali ed è obbligato, ai sensi del paragrafo 1, a cancellarli, tenendo conto della tecnologia disponibile e dei costi di attuazione adotta le misure ragionevoli, anche tecniche, per informare i titolari del trattamento che stanno trattando i dati personali della richiesta dell’interessato di cancellare qualsiasi link, copia o riproduzione dei suoi dati personali. / 3. I paragrafi 1 e 2 non si applicano nella misura in cui il trattamento sia necessario: a) per l’esercizio del diritto alla libertà di espressione e di informazione; b) per l’adempimento di un obbligo legale che richieda il trattamento previsto dal diritto dell’Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento o per l’esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse oppure nell’esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento; c) per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica in conformità dell’articolo 9, paragrafo 2, lettere h) e i), e dell’articolo 9, paragrafo 3; d) a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici conformemente all’articolo 89, paragrafo 1, nella misura in cui il diritto di cui al paragrafo 1 rischi di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento degli obiettivi di tale trattamento; o e) per l’accertamento, l’esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria”.

⁸³⁹ V. Cass., I, 19 maggio 2020, n. 9147, *infra*, per un giudizio sulla compatibilità tra finalità giornalistica, e storica, del trattamento dei dati.

⁸⁴⁰ V. Trib. Lucca, 19 gennaio 2019, n. 96, che ricusa la pretesa alla deindicizzazione di articoli su una vicenda di un anno prima, termine insufficiente per far affievolire l’interesse del pubblico alla conoscenza; né sono stati reputati sufficienti cinque anni (Trib. Roma 12 luglio 2018, n. 12048) per fatti le cui vicende giudiziarie non si sono ancora concluse; cfr. però Trib. Milano, I, 28 settembre 2016, in *Persona e Danno online*, che ritiene che il ruolo pubblico ricoperto dall’interessato sia solo uno dei parametri da valutare, non assorbendo totalmente il giudizio. Così, un articolo giudicato diffamatorio, che riporta solo “voci” infamanti sul ricorrente, non corroborato da fatti, non incontra alcun serio interesse pubblico alla pronta accessibilità, quindi deve essere deindicizzato. È chiaro che il tempo trascorso non assorbe del tutto la valutazione del giudice: v. per esempio il provv. del Garante per la protezione dei dati personali, 15 giugno 2017, n. 277, in *Altalex online*, che rigetta la pretesa alla deindicizzazione perché l’articolo in questione ripropone sì fatti del passato, ma in un contesto informativo più ampio.

Convenuto, quindi destinatario dell'ordine, sarà il responsabile del trattamento, che nel caso del diritto alla deindicizzazione, è il gestore del motore di ricerca⁸⁴¹.

Non sembra, come invece è stato in passato, che il “diritto all'oblio” possa spingersi sino al diritto ad ottenere la cancellazione delle notizie dall'archivio del giornale⁸⁴². Né esso deve confondersi, come talvolta è stato fatto, col “diritto all'aggiornamento della notizia”⁸⁴³, resa obsoleta e quindi inesatta da vicende successive. In tal casi la soluzione preferibile è quella di procedere ad una “simil-rettificazione”, che renda conto del fatto che l'informazione è superata⁸⁴⁴. Il destinatario del trattamento può legittimamente aspettarsi

⁸⁴¹ Gestore che dovrà procedere alla deindicizzazione solo nelle “versioni europee” del motore di ricerca, stando a quanto sancito dalla sentenza del 24 settembre 2019 (C-507/17) della Corte di Giustizia dell'Unione europea (su cui cfr. i rilievi critici di M. ASTONE, *Il diritto all'oblio online alla prova dei limiti territoriali*, in *Dejure online*, 2020).

⁸⁴² Sebbene prima della pronuncia del giudice europeo *Google Spain* (su cui v. *infra*) ciò sia accaduto, anche in via urgente. Cfr. la vasta casistica giurisprudenziale in F. DI RESTA, *Il diritto all'oblio: dalla tutela nei confronti dell'editore alla deindicizzazione delle parole chiave nei risultati dei motori di ricerca*, in *isticom online*, 2015. In giurisprudenza, degna di menzione è Cass., I, 19 maggio 2020, n. 9147: “Può quindi aversi un giudizio di bilanciamento del dato archiviato, nell'autonomo rilievo assunto - e condiviso con la raccolta giornalistica di cui fa parte - in rapporto al diritto all'oblio per un percorso destinato a spingersi, a soddisfazione di quest'ultimo, fino alla rettifica-integrazione del dato là dove l'informazione giornalistica originaria non sia rispondente a verità. Per siffatto bilanciamento la persona protagonista della notizia, salvi i limiti di verità di quest'ultima, non potrà ottenerne la cancellazione dall'archivio di un giornale *online* invocando il diritto ad essere dimenticata e tanto nell'assoluta finalità documentaristica dell'archivio inteso, nei suoi contenuti, quale declinazione del diritto all'informazione. La creazione di una memoria collettiva calibrata sugli accadimenti di cronaca e con finalità storico-sociale non può dirsi snaturata dal carattere digitale del mezzo sicché, come da taluno espresso con una immagine acutamente evocativa del concetto, alla eliminazione della notizia dall'archivio on-line deve riconoscersi a stessa forza che avrebbe l'atto di strappare una pagina di un vecchio numero di un giornale custodito nell'archivio cartaceo”. Invece, nel caso in cui la notizia sia stata eliminata dall'archivio del giornale, (e anche con riguardo alle persone giuridiche, per le quali è problematico parlare di diritto all'oblio) può ottenersi senz'altro la deindicizzazione della notizia, ai sensi della disciplina di cui all'art. 15, lett. e, d. lgs. 70 del 2003, che impegna il *caching provider* a rimuovere le informazioni indicizzate quando sia effettivamente a conoscenza del fatto che sono state rimosse alla fonte. Così G. PROIA, *Strumenti di tutela in internet e reputazione aziendale*, cit., pp. 127 ss.

⁸⁴³ F. BARRA CARACCILO, *La tutela della personalità in internet*, in *Dejure online*, 2018. L'A. ritiene possa solo parlarsi di “diritto all'aggiornamento della notizia”, da esercitare mediante la rettifica o pubblicazione della “nuova” notizia, che rende superato quanto narrato in precedenza. La giurisprudenza, a giudizio dell'A., si è espressa nei termini di “diritto all'oblio” ma ha mostrato di parlare piuttosto di diritto all'aggiornamento della notizia inattuale. Cfr. M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, cit., p. 17: il diritto all'oblio significa “diritto a rendere i propri dati ‘irreperibili’ ai terzi che facciano ricerche” sul conto dell'interessato.

⁸⁴⁴ C. App. Milano, II, 27 gennaio 2014, n. 335, in *Foro. it.*, 2014, I, p. 2612, su cui v., per un inquadramento, G. E. VIGEVANI, *Identità, oblio, informazione e memoria in viaggio da Strasburgo a*

che la ricerca mediante parole corrispondenti al proprio nome renda un quadro attuale, quindi figurino per prime, ad esempio, notizie più recenti che, per contenuto, superano informazioni più risalenti⁸⁴⁵.

Ora gli interpreti dovranno confrontarsi con un quadro normativo unitario ed organico, di genesi sovranazionale, racchiuso entro il Regolamento UE n. 679 del 2016 (o più semplicemente “GDPR”).

Per quanto concerne i diritti che discendano dal citato regolamento, non v'è alcun dubbio che possa farsi il più ampio ricorso alla procedura d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, per lo meno quando si sia fuori dall'alveo della protezione costituzionale della stampa⁸⁴⁶. In dottrina si ritiene che possano adottarsi in via d'urgenza tutti i provvedimenti che

Lussemburgo, passando per Milano, in *Federalismi online*, 2014, p. 3. Il giudice meneghino ha ritenuto si potesse pretendere esclusivamente un aggiornamento della notizia (mediante l'inserimento di un collegamento al dispositivo della sentenza che accerta le inesattezze ivi riportate). In senso conforme Trib. Roma, 24 gennaio 2017, n. 1303.

⁸⁴⁵ Fondamentale in questo senso la sentenza 24 settembre 2019 della Corte di Giustizia dell'Unione europea (C-136/17), in *Federalismi online*, dalla quale traspare una attenzione ai diritti della personalità rinforzata dal GDPR: “La Corte afferma che il gestore di un motore di ricerca, nella sua attività di indicizzazione di informazioni pubblicate sul *web* da terzi, nel memorizzarle e metterle a disposizione di terzi, è da considerarsi un ‘responsabile’ del trattamento alla luce della direttiva 95/46 (applicabile alla data di presentazione della domanda pregiudiziale ma, poi, sostituita dal regolamento 2016/679). Ne deriva che i divieti o le restrizioni previste in relazione al trattamento di alcuni dati particolari (dati personali che rivelano l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, i dati relativi alla salute e alla vita sessuale e i dati relativi alle infrazioni o alle condanne penali) dall'art. 8, par. 1 e 5 della direttiva richiamata, si applicano anche al gestore di un motore di ricerca in relazione alla sua attività di indicizzazione (vista l'incidenza che essa ha sui diritti individuali delle persone). Inoltre, detti paragrafi devono essere interpretati nel senso che, in base ad essi, il gestore di un motore di ricerca, in linea di principio, è tenuto ad accogliere le richieste di deindicizzazione riguardanti link che rinviano a pagine *web* nelle quali compaiono i suddetti dati, fatte salve le eccezioni stabilite dalla stessa direttiva (quali, ad esempio, quelle previste dall'art.8, par. 2), pur rimanendo il diritto della persona interessata di opporsi a tale trattamento. Quando il gestore riceve un richiesta di deindicizzazione riguardanti link in cui sono pubblicati dati rientranti in una delle suddette categorie, deve verificare se l'inserimento di detto link nell'elenco dei risultati si riveli strettamente necessario per proteggere la libertà di informazione degli utenti di *Internet* potenzialmente interessati, tenuto conto della gravità dell'ingerenza nei diritti fondamentali della persona interessata al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali. Infine, per quanto attiene ai dati concernenti infrazioni o condanne penali, il gestore di un motore di ricerca è tenuto ad accogliere una richiesta di deindicizzazione quando le informazioni in questione si riferiscono ad una fase precedente del procedimento giudiziario considerato e non corrispondono più alla situazione attuale, nei limiti in cui si constati che, in base a tutte le circostanze, i diritti fondamentali della persona interessata prevalgono su quelli degli utenti di *internet*”.

⁸⁴⁶ In dottrina, per l'ammissibilità degli interventi d'urgenza in materia di protezione dei dati personali anche in caso di testate telematiche, v. S. BONAVIDA, *Il diritto all'oblio e la gestione delle informazioni nella società iperconnessa*, (rel. G. Sartor) in *Univ. Bologna online*, 2016, pp. 293 ss.

potrebbe emanare il Garante per la protezione dei dati personali⁸⁴⁷. A giustificare la concessione della cautela atipica sarà la natura di bene personalissimo del dato e dell'identità, che non conosce ristoro effettivo in via monetaria, nonché la potenzialità offensiva della rete, che con i suoi ritmi accelerati e con la replicabilità illimitata dei dati, rischia di condurre ad una rapidissima perdita di controllo del dato personale: in una parola, l'esigenza di *effettività* della tutela, riconosciuta dallo stesso legislatore europeo⁸⁴⁸.

Non è quindi utile interrogarsi sulla possibilità di cautelarsi *ex art. 700 c.p.c.* avverso l'illecito trattamento dei dati: ciò è scontato, almeno per le disposizioni che riproducono pedissequamente principi normativi della previgente disciplina (il "vecchio" Codice della Privacy, il d. lgs. 196 del 2003, prima che fosse novellato con il d. lgs. 101 del 2018), alla luce della sconfinata casistica portata all'attenzione del giudice della cautela⁸⁴⁹.

⁸⁴⁷ F. VALENTINI, *Le novità processuali in materia di privacy dopo il Reg. 679/2016 (GDPR) e il D.lgs. 101/2018*, in *Judicium online*, 2018, p. 10. Con la differenza, però, che l'osservanza dei provvedimenti del Garante è presidiata da sanzioni penali. Così V. A. MONTELERO, *Attività di impresa in internet e tutela della persona*, cit., p. 171.

⁸⁴⁸ Cfr. art. 79 del GDPR, che sancisce il diritto ad un *ricorso effettivo* nei confronti del titolare del trattamento, quando i diritti di cui l'interessato gode siano violati. Non può tacersi del fatto che i GDPR enuclea regole proprie di giurisdizione. Il foro fornito di giurisdizione è quello di residenza dell'interessato. Così M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, cit., p. 373. Per la questione di competenza, v. *ibidem*, p. 374 s. Le regole di giurisdizione in seno al GDPR, sono speciali rispetto ai "criteri di *Bruxelles*", e, a differenza di questi ultimi, a vocazione universale, perché non richiedono che il convenuto risieda o sia domiciliato in UE. (*ibidem*, p. 213).

⁸⁴⁹ *Ex multis*, cfr.: Trib. Salerno, 7 aprile 2015, in *Foro it. online*; Trib. Torino, 9 maggio 2016, s.i., *ibidem*; Trib. Portici, 29 maggio 2013, *ibidem*; Trib. Verona, 19 marzo 2013, *ibidem*; Trib. Foggia, II, 16 settembre 2020, in *Dejure online*; Trib. Avellino, I, 30 settembre 2017, *ibidem*; Trib. Trani, 28 maggio 2013, *ibidem*; Trib. Nola, II, 26 aprile 2012, *ibidem*; Trib. Varese, I, 16 giugno 2011, *ibidem*; Trib. Napoli, II, 17 novembre 2010, *ibidem*; Trib. Nola, II, 3 febbraio 2009, *ibidem*. V. anche R. FRANCAGLIA, *L'art. 700 c.p.c. e la cancellazione della segnalazione di un credito in sofferenza*, in *700 c.p.c. Strategie processuali ed ambiti applicativi*, a cura di E. Brandolini, Cedam, Padova, 2011, pp. 442 ss; A. G. DIANA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., pp. 427 ss; A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., pp. 377 ss., ed in special modo p. 379 per talune osservazioni in materia di "sussidiarietà" e rapporto tra rimedio urgente *de quo* e misura cautelare *ex art. 5*, d. lgs. 150 del 2011. V. anche per la sospensione urgente del trattamento, A. MONTELERO, *Attività di impresa in internet e tutela della persona*, Cedam, Padova, p. 171. Cfr. altresì M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, cit., p. 200. A detta dell'A. non vi sarebbe alcun difetto di "residualità" del ricorso per provvedimento d'urgenza, giacché in molti dei casi in esame il *petitum* sarebbe invero il diritto alla reputazione commerciale, non quello alla protezione dei dati personali (già violato con la illegittima segnalazione), e né il d. lgs. 150 del 2011, né il d. lgs. 196 del 2003 (il novellato "Codice privacy") dispongono misure tipiche al riguardo.

Altre sono le questioni aperte. Occorrerà verificare se diritti della personalità codicistici, che hanno conosciuto una ipertrofica protezione in sede urgente, quali quello al nome⁸⁵⁰ o all'immagine⁸⁵¹ – non completamente assorbiti⁸⁵² dalla normativa in materia di protezione dei dati personali ma – destinati ad essere attratti nell'orbita gravitazionale della disciplina del GDPR⁸⁵³, godranno di tutele rinforzate, se non altro all'infuori del perimetro di intangibilità della stampa⁸⁵⁴ tracciato dall'art. 21 Cost., comma III, atteso che non potranno surrettiziamente invocarsi misure equiparabili al sequestro a tutela di reputazione ed onore – e ciò, per alterare i normali rapporti di valore tra beni costituzionali

⁸⁵⁰ A. PULEO, *Quale giustizia per i diritti di libertà?*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 151 ss. Per la tutela del nome quando altri lo usurpi, impiegandolo pregiudizievole o abusivamente quale nome a dominio, v. A. MONTELERO, cit., p. 243.

⁸⁵¹ V. A. G. DIANA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., pp. 429 s. e 433 ss.

⁸⁵² V. Reg. UE/679/2016, art. 1, comma I: “Il presente regolamento stabilisce norme relative alla protezione delle persone *fisiche* con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché norme relative alla libera circolazione di tali dati.”; nonché art. 2, comma II, lett. a ([il presente regolamento non si applica ai trattamenti:] “effettuati per attività che non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione;”) e lett. c (“effettuati da una persona fisica per l'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico”). Cfr. Cass., I, 11 agosto 2009, n. 18218 conferma che il diritto al nome e all'immagine vale non solo per le persone fisiche, ma anche per quelle giuridiche. V. anche Trib. Bergamo, III, 17 dicembre 2013, n. 2600, che tutela l'attore (il rappresentante di una associazione a carattere umanitario) avverso l'uso pregiudiziale del nome fatto da altri, condannando l'*hosting provider* che non aveva provveduto a rimuovere l'informazione lesiva, quando era giunto a conoscenza del provvedimento dell'autorità (diretto ad altri) che dichiarava illeciti i contenuti *de quibus*.

⁸⁵³ V. S. PREVITI, *Internet e reputazione aziendale*, in *Internet e reputazione aziendale*, cit., pp. 16 ss., per provvedimenti in materia di diritto al nome o all'immagine, ma anche per la considerazione che gli istituti e gli strumenti di tutela relativi si confondono con quelli in materia di *privacy*. Indicativo di simile tendenza parrebbe Trib. Rieti, 7 marzo 2019, in *Dejure online*, relativo alla illecita pubblicazione su una piattaforma *social* di ritratti di un minorenne, da parte di un genitore, senza il consenso dell'altro, anch'egli esercente la potestà genitoriale.

⁸⁵⁴ Su questo si rimanda alla copiosa giurisprudenza menzionata in A. PROTO PISANI, *I provvedimenti di urgenza ex art. 700 c.p.c. (anni settanta)*, cit., nonché in M. CAMMARATA, *Quando il sequestro è contro la legge*, in *Interlex online*, 2002. V. anche Trib. Napoli, 1 dicembre 1984, *ibidem*: “Il sequestro di stampe periodiche è vietato, a norma dell'art. 21 Cost., salvo le ipotesi di delitti per i quali la legge sulla stampa lo autorizzi. Pertanto, un sequestro di quotidiani disposto a norma dell'art. 700 c.p.c. a tutela del diritto all'immagine va revocato in quanto, colpendo anche le parti del periodico non contestate, incide sulla libertà di stampa”.

rispettivamente della dignità personale e della libertà di stampa – poiché il bilanciamento tra tali diritti viene già risolto nel senso di concedere la rettifica⁸⁵⁵.

Sarà però più interessante verificare quale portata gli interpreti sapranno dare a disposizioni come quella di cui all'art. 22 del GDPR⁸⁵⁶, rubricato “processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, compresa la profilazione”, che ambisce ad istituire quello che potrebbe dirsi “*right to a human decision*”, (non senza un certo abuso di formule enfatiche⁸⁵⁷), anche nella forma minima del “*right to a human intervention*”, ovvero il diritto dell'interessato a “non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona”⁸⁵⁸. Tale pretesa a non essere sottoposto a un trattamento automatizzato, non sembra prestarsi ad essere tutelata *ex se*⁸⁵⁹: piuttosto si mirerà a sanzionare l'illiceità di

⁸⁵⁵ Così in Trib. Milano, 25 marzo 2018, cit.. Ritiene il giudice del reclamo che non sia sufficiente discorrere di “nome” perché possa ricostruirsi la *causa petendi* nei termini di diritto alla identità personale. Infatti, nel caso in esame, i ricorrenti si dolevano dell'accostamento al proprio nome di notizie che asserivano false e lesive del loro diritto all'onore e alla reputazione.

⁸⁵⁶ Su cui v. D. PORRINI, *Big Data, personalizzazione delle polizze ed effetti nel mercato assicurativo*, in *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, cit., p. 336.

⁸⁵⁷ Cfr. le numerose eccezioni, previste *ibidem* al comma II: “Il paragrafo 1 non si applica nel caso in cui la decisione: a) sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento; b) sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato; c) si basi sul consenso esplicito dell'interessato”. Salvo il caso di cui alla lettera b, è fatto salvo comunque “almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione”. (comma III).

⁸⁵⁸ Con tale disposizione, l'importanza del GDPR travalica il perimetro della protezione dei dati personali e ambisce a scongiurare i potenziali rischi per i diritti e le libertà fondamentali degli interessati, tenendo bene a mente la usuale carenza di trasparenza degli algoritmi (privati, su questo v. *infra*). Così in A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona*, in *Dejure online*, 2018.

⁸⁵⁹ E. FALLETTI, *Decisioni automatizzate e diritto alla spiegazione: alcune riflessioni comparatistiche*, in *Dejure online*, 2020 ritiene la previsione normativa insufficiente a costituire un *habeas corpus* inteso “come difesa della personalità digitale del soggetto sottoposto al procedimento automatico di decisione”. Nello stesso senso, A. OTTOLIA, *I dati personali nel sistema della proprietà intellettuale. Il caso dei Big Data*, in *Studi per Luigi Carlo Ubertazzi. Proprietà intellettuale e concorrenza*, a cura di M. Bertani, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, p. 630 s. L'art. 22 GDPR è “condivisibile nel metodo” (*petitio principii*) “ma deludente nella portata sostanziale, che risulta dal tutto depotenziata dalle sue eccezioni”. Per la problematicità di configurare il *right to explanation*, v. C. DE GREGORIO, *Privacy, protezione dei dati*

un “rifiuto”, asseritamente dovuto alla “automaticità” della valutazione, che sia tale da minacciare un diritto dell’interessato⁸⁶⁰.

Tali questioni sono già di importanza capitale: il dato è un bene che ha un valore di scambio sul mercato; il destinatario delle informazioni baratta i propri dati per servizi, a dispetto della ora percepita, ora addirittura dichiarata, “gratuità” delle piattaforme *internet*, secondo uno schema “bene contro servizi”⁸⁶¹. Ancora più stringente si fa tale confronto con la norma, se, come ormai pare chiaro, saranno gli algoritmi che governano l’intelligenza artificiale⁸⁶² a decidere un numero elevatissimo di questioni fondamentali

personali e Big Data, in *Privacy digitale*, cit., p. 482 s. L’A. asserisce nel *machine learning* non si ha una relazione causa-effetto compiutamente ricostruibile *ex post* e tale diritto potrebbe essere facilmente frustrato dall’esigenza di segretezza commerciale e dalle ragioni della protezione della proprietà intellettuale. V. E. PROSPERETTI, *Algoritmi dei Big Data: temi regolamentari, responsabilità e concorrenza*, in *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, cit., pp. 311 ss. Il fatto che il codice (e quindi l’algoritmo) rimanga riservato ingenera un problema di trasparenza. Possono sopperire tecniche di *black box analysis*, cioè analisi delle risposte del programma per tentare di “indovinare” quale è l’algoritmo. Chiaro è che, restando l’algoritmo segreto, è molto difficile dimostrare un abuso.

⁸⁶⁰ Per la correlazione tra “*big data*” e “*AI*”, ma anche per pregnanti riflessioni sul pericolo di “errore” e di “discriminazione” dell’algoritmo (e si aggiunge, spazio per intervento urgente da parte dell’interessato al trattamento), cfr. S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell’algoritmo*, in *Dejure online*, 2018. Talvolta si utilizzano “*bots*” (programmi) che autonomamente estraggono materiale informativo (c.d. *data mining*) da siti liberamente accessibili. L’attività è detta “*web scraping*” e può avere, come finalità, l’allenamento dell’intelligenza artificiale (*machine learning*). Così in M. W. MONTEROSSO, *Estrazione e riutilizzo di informazioni digitali all’interno della rete internet. Il fenomeno c.d. del web scraping*, in *Dejure online*, 2020.

⁸⁶¹ Così in G. RESTA E V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Dejure online*, 2018. L’adozione della direttiva UE n. 770 del 2019 dovrebbe fugare i dubbi a riguardo (ma su questo si rimanda a S. LATTE, *Dati personali in cambio di servizi digitali: la Direttiva 2019/770/UE*, in *Diritto di internet online*, 2019). Nel mutato atteggiamento del legislatore europeo gli AA. ravvisano la predicabilità di *property rights* sui dati in capo all’interessato (in particolare nel binomio *tutela e disponibilità*). Il coordinamento normativo fra tale fonte e il GDPR si fa pertanto problematico, a cagione della impostazione “personalistica” che pervade quest’ultimo. Tuttavia, gli AA. non ravvisano nulla di giuridicamente inaccettabile nella “patrimonializzazione del dato”, a patto che ciò sia frutto di “effettiva espressione alla autodeterminazione informativa”. Pertanto, a giudizio degli AA. la tutela dei diritti degli interessati sarebbe da perseguire – non già mediante una “irrealistica de-patrimonializzazione dei dati” – “bensì attraverso un attento controllo dell’atto di autonomia finalizzato ad assicurare la salvaguardia dei valori incompressibili della personalità”. V. anche V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Dejure online*, 2018, per la tesi secondo cui la dimensione contrattuale troverebbe un richiamo inequivocabile nel GDPR. La cessione del dato altro non realizzerebbe che l’acquisto a titolo oneroso da parte del titolare del diritto soggettivo al trattamento, all’impiego economico dei dati: il modello economico che emerge è quello “del dato profilato”.

⁸⁶² Semplificando il discorso ai minimi termini, tali sistemi di intelligenza artificiale non produrranno un risultato prevedibile *ex ante* (c.d. *black box*) per l’essere umano, giacché, al netto delle rigide regole che ne

nella vita degli individui (da chi può concludere un contratto di lavoro, chi può concludere un contratto di assicurazione⁸⁶³, e a quali condizioni, chi potrà accedere al credito)⁸⁶⁴, e ciò ben oltre il campo dei *social networks*, che spesso hanno destato preoccupazioni negli interpreti e il cui percorso di adeguamento alla normativa europea potrebbe non essere concluso⁸⁶⁵.

In un contesto del genere, in cui ciascun consociato prevedibilmente sarà costretto ad un confronto quotidiano – quasi “crudo” – con l’algoritmo, il *rimedio urgente* potrebbe essere l’unico *effettivo*, il solo tale da conferire agli interessati il controllo del dato, nella misura in cui lo fa la normativa europea. Tanto più se si tiene a mente che il numero dei

determinano il funzionamento, le intelligenze artificiali sono ... “libere” in una misura non dissimile da come lo sono le intelligenze umane. I sistemi, infatti, mediante l’immissione di una mole di dati, si “allenano”, ricavando autonomamente “matrici e principi”, quindi “apprendendo” (c.d. *machine learning* e *deep learning*). Questa la sintesi di G. SPEDICATO, *creatività artificiale, mercato e proprietà intellettuale*, in *Dejure online*, 2019. Sulla *disclosure* in materia di logiche usate e importanza per l’interessato (ex art. 13 GDPR, comma II, lett. f), v. A. OTTOLIA, *I dati personali nel sistema della proprietà intellettuale. Il caso dei Big Data*, cit., p. 631. Il rispetto dell’obbligo di trasparenza suddetto si pone quale condizione di liceità del trattamento. Cfr. M. CATANZARITI, *Dalla terza rivoluzione industriale ai big data: spunti per una ricostruzione*, in *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, cit., p. 27: “il paradosso della tracciabilità dei dati e del segreto che governa gli algoritmi è stato [...] efficacemente definito *black box*”.

⁸⁶³ Per approfondimenti si rimanda a D. PORRINI, *Big Data, personalizzazione delle polizze e mercato assicurativo*, cit.. L’A. afferma che la compagnia assicurativa sarà in grado di definire analiticamente l’utente tracciando un accurato *customer profile* (*ibidem*, p. 319) e differenziando conseguentemente il prezzo dei prodotti offerti. La classificazione in base al rischio avviene sfruttando le informazioni provenienti dai *social media*, dalla geolocalizzazione, dai *networks* relazionali, il che consente “di definire a livello del singolo individuo le caratteristiche della sua vita dal punto di vista spaziale, temporale, intellettuale” (*ibidem*, p. 328). In questo quadro, l’interprete non può che constatare l’importanza del diritto alla decisione umana (*ibidem*, p. 331). Va comunque osservato che talvolta la legge preclude l’utilizzo di variabili (anche corrispondenti a effettive categorie di rischio) che possono portare a “discriminazioni” in base, per esempio, al sesso (*ibidem*, p. 334). Nulla di quanto detto però vale a scongiurare il rischio di discriminazioni basate sulle abitudini di vita, quali desumibili dalla navigazione in *internet* (*ibidem*, p. 335).

⁸⁶⁴ M. INFANTINO, *La responsabilità per danni algoritmici, prospettive europeo-continentali*, in *Dejure online*, 2019. V. ancora E. FALLETTI, *Decisioni automatizzate e diritto alla spiegazione: alcune riflessioni comparatistiche*, cit.. L’A. osserva che i sistemi di “*scoring*” sono già ampiamente diffusi nell’ambito delle procedure selettive. E’ ancora da esplorare la potenzialità dell’art. 22, comma III, del GDPR, che prevede l’obbligo di adottare comunque misure atte a tutelare i diritti degli interessati (“Nei casi di cui al paragrafo 2, lettere a) e c), il titolare del trattamento attua misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell’interessato, almeno il diritto di ottenere l’intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione”). Discorso a parte merita il caso in cui il trattamento automatizzato sia eseguito da una p.a., nella quale circostanza la giurisprudenza amministrativa si è già espressa nel senso di assicurare la più ampia trasparenza.

⁸⁶⁵ A. R. POPOLI, *L’adeguamento dei social network sites al GDPR: un percorso non ancora ultimato*, in *Dejure online*, 2019.

dati e la pervasività della profilazione⁸⁶⁶ sarà accresciuta esponenzialmente dalla implementazione della “*Internet of Things*”, la già citata interconnessione di oggetti, che dialogheranno fra loro e scambieranno informazioni sulla rete⁸⁶⁷.

Al valore sociale della protezione urgente del dato personale, si somma l’interesse concorrenziale: “l’uso secondario” dei dati potrebbe essere impiegato per assumere indebite posizioni di vantaggio sul mercato, tale da menomare in misura rilevante la concorrenza⁸⁶⁸.

⁸⁶⁶ Così in W. KERBER, *Digital markets, Data and Privacy: competition law, consumer law and data protection*, in *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, a cura di V. Falce, G. Ghidini, G. Olivieri, Giuffrè, Milano, 2018, p. 1 s. La profilazione è (art. 4, n. 4 del GDPR) “qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica”. Sulla profilazione v. M. C. GAETA, *La protezione dei dati personali nell'internet of things: l'esempio dei veicoli autonomi*, in *Dejure online*, 2018. Possono immaginarsi provvedimenti d’urgenza tanto per inibire la profilazione in atto che non sia basata sul consenso dell’interessato, quanto per esercitare il diritto di opposizione (art. 21 GDPR), ma anche per far valere il diritto ad essere informato sulla logica utilizzata (art. 13, comma II, lett. f, nonché art. 14, comma II, lett. g, GDPR), quindi per esercitare il diritto di rettifica (art. 16 GDPR). Su questo v. A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona*, cit.. Osserva E. PELLECCIA, *Privacy, decisioni automatizzate e algoritmi*, in *Privacy digitale*, a cura di E. Tosi, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, p. 422, che il “*data mining*” produce “sempre una forma di discriminazione statistica”. *Ibidem*, p. 427, si rammenta che la profilazione implica necessariamente una classificazione degli individui, ma le decisioni automatiche potrebbero prescindere da quella, dunque il campo di applicazione dell’art. 22 GDPR è – come emerge anche dal dato testuale (“compresa la profilazione”) – più ampio.

⁸⁶⁷ Giungono da più parti auspici all’introduzione di normative *ad hoc*. Infatti, le maggiori difficoltà che discendono dall’applicazione del GDPR alla *Internet of Things* si spiegano col fatto che sono gli oggetti stessi a produrre dati (v. M. C. GAETA, *La protezione dei dati personali nell'internet of things: l'esempio dei veicoli autonomi*, in *Dejure online*, 2018). Manca una disciplina chiara sulla paternità di tali dati (sul regime di appropriazione delle “informazioni”). Cfr. M. W. MONTEROSSO, *Estrazione e riutilizzo di informazioni digitali all'interno della rete internet. Il fenomeno c.d. del web scaping*, cit.. La *Internet of Things* realizza un trattamento di dati automatizzato, così A. OTTOLIA, *I dati personali nel sistema della proprietà intellettuale. Il caso dei Big Data*, cit., p. 605. V. anche M. A. ROSSI, *Il ruolo delle piattaforme nell'economia dei Big Data*, in *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, cit., p. 81. V. M. L. MONTAGNARI, M. CAVALLO, *Big Data, cloud e responsabilità dei service provider*, in *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, cit., p. 283 s. L’*internet of things* sarebbe già sorpassato “dall’*internet of everything*”. Questi sarebbero comunque fenomeni intimamente connessi a *Big Data* e *cloud computing*.

⁸⁶⁸ Per un approfondimento sul possibile ravvicinamento tra “*data protection*” e “*competition law*”, della quale possono scorgersi taluni indizi in recenti provvedimenti della Autorità Garante della concorrenza e del mercato (*ex aliis*, AGCM, provvedimento sanzionatorio n. Provvedimento n. 27432, del 29 novembre 2018), si rimanda a G. D’IPPOLITO, *Il principio di limitazione delle finalità del trattamento tra data*

Si farà *urgente*, insomma, l'esigenza di un controllo della qualità, quantità, correttezza, attualità dei dati scambiati, ma anche la verifica del rispetto delle finalità del trattamento, dell'integrità dei dati, del rilascio del consenso al trattamento, dell'osservanza di principi di sicurezza e minimizzazione⁸⁶⁹. Sarà senz'altro il rimedio urgente a giocare un ruolo fondamentale, per esigenze di celerità, duttilità e quindi *effettività*, secondo il già richiamato principio per cui, ove si dà un diritto, si danno anche rimedi, secondo il noto adagio *ubi ius ibi remedium*. Esso sarà, però, anche un laboratorio dal quale emergeranno diritti nuovi, figli dei principi annunciati – enfaticamente – dal legislatore europeo, di modo che potrà, prevedibilmente, ancora ancora una volta osservarsi un ribaltamento del rapporto di precedenza tra diritto e rimedio⁸⁷⁰.

protection e antitrust. Il caso dell'uso secondario dei big data, in *Dejure online*, 2018. L'A. s'interroga sulla capacità di istituti di protezione dei dati personali (in particolare la limitazione della finalità, la minimizzazione dei dati, quindi il "criterio dell'uso compatibile" e "di specificazione della finalità", del diritto alla portabilità, del diritto di opposizione) a scongiurare fallimenti di mercato, conferendo a quegli stessi istituti finalità concorrenziale. V. M. CATANZARITI, *Dalla terza rivoluzione industriale ai big data: spunti per una ricostruzione*, cit., pp. 26 ss. L'A. osserva che la *IoT* produce dati personali. Rileva l'inadeguatezza del consenso, perché fornito una volta per tutte mediante l'utilizzo del dispositivo connesso. A proposito del regime di paternità dei dati, l'A. afferma: "la categoria civilistica della proprietà, se applicata a fenomeni come *big data*, spiegherebbe probabilmente poco su come gli algoritmi utilizzati per la combinazione dei dati possano produrre valutazioni". Cfr. V. A. MONTELERO, *Attività di impresa in internet e tutela della persona*, cit., p. 139, per il quale A. negare la rilevanza del consenso implicherebbe – a livello di politica legislativa – disconoscere l'esistenza di un autonomo diritto della persona sui propri dati.

⁸⁶⁹ Tale "polarizzazione" dei meccanismi di protezione è fotografata da M. CATANZARITI, *Dalla terza rivoluzione industriale ai big data: spunti per una ricostruzione*, cit., p. 32, che ritiene che la *data protection* divenga una tutela sempre più necessaria e stringente.

⁸⁷⁰ È ormai chiaro che il rimedio urgente *ex art. 700 c.p.c.* è spesso stato "volano di ingresso" di nuovi bisogni ed interessi nel sistema. Così A. PULEO, *Quale giustizia per i diritti di libertà?*, cit., p. 180.

Sezione II : la tutela del diritto d'autore

5. Il diritto d'autore e i provvedimenti d'urgenza

Tra i campi che maggiormente hanno risentito della capillarità diffusiva dell'informazione in rete v'è senza dubbio il diritto d'autore, e più in generale, la proprietà intellettuale⁸⁷¹.

Esso costituisce oggetto di studio privilegiato perché qui – più che altrove – è stata forte la tentazione di arrendersi all'idea che in rete vigesse l'anarchia, suggestione questa che talvolta si è presentata sotto le mentite – e più seducenti – spoglie della teorizzazione di un “*cyberlaw*”, una auto-normazione, che rende inadeguate le norme (giuridiche) che regolano la vita dei consociati “fuori” dallo spazio cibernetico.

Le prefate suggestioni sono da ricusare con forza⁸⁷².

Ciò non solo perché la volontà legislativa in senso contrario è inequivocabile, come si mostrerà tra breve. Vi sono cogenti formanti costituzionali che impegnano l'interprete a spendersi per individuare *rimedi effettivi* alle menomazioni dei diritti di proprietà intellettuale. Non solo l'art. 24 Cost., del quale si è ampiamente parlato: dovrebbero

⁸⁷¹ Così in B. CUNEGATTI, *Il diritto d'autore online*, in *Diritto dell'internet e delle nuove tecnologie telematiche*, a cura di G. Cassano e I. P. Cimino, Cedam, Padova, 2009, p. 323.

⁸⁷² “Il *cyberlaw*, quale atto a disciplinare una determinata realtà in cui si esplica l'esistenza del singolo (la realtà virtuale), non esiste. Esistono solamente nuove soluzioni per vecchi dilemmi, che, in ragione di progresso tecnologico, mostrano implicazioni sconosciute: cambiano le modalità di aggressione dei beni tutelati dal diritto, cambiano di conseguenza le misure adottate per proteggerli”. Così A. MONTELERO, *Attività di impresa in internet e tutela della persona*, cit., p. 12.

impegnare il legislatore – e quindi gli interpreti – alla tutela dei diritti di proprietà intellettuale *quale che sia l'aggressione* anche gli artt. 9 Cost.⁸⁷³ e 41 Cost.⁸⁷⁴.

Proprio alla dimensione rimediale è dedicata una parte considerevole della normativa di stampo sovranazionale⁸⁷⁵ in materia di proprietà intellettuale. L'interesse all'indagine della stessa non si esaurisce qui, però. Infatti, pare proprio questo il terreno per verificare – se è vero che lo strumento processuale contribuisce a definire “nei contenuti concreti”

⁸⁷³ L'art. 9 Cost. costituirebbe il “radicamento più significativo” del diritto d'autore (G. SPEDICATO, *Creatività artificiale, mercato e proprietà intellettuale*, cit.). In questo senso C. BERTI, *Tutela dei contenuti editoriali online e problemi di enforcement*, in *Dejure online*, 2019. Pertanto sarebbero da respingere i dubbi di costituzionalità attorno alla scelta del legislatore di consentire il sequestro della stampa lesiva del diritto d'autore altrui (in via cautelare e in sede civile). Ciò, nei limiti di matrice internazionale *ex art.* 10 CEDU (nei limiti del necessario in una società democratica, e purché vi sia un *bisogno* sociale pressante sottostante), senza arrecare una sproporzionata limitazione della libertà d'espressione. Diversamente, dovrebbe essere preclusa al giudice la pronuncia di provvedimenti cautelari che *inibiscano* la vendita di giornali in violazione della disciplina della concorrenza (come la vendita sottocosto). Nessun dubbio sulla possibilità di *inibire* – quale che ne sia la *causa petendi* – la diffusione di pubblicazioni non riconducibili alla nozione costituzionale di stampa (art. 21, comma III, Cost.). Ritiene indubbiamente sottoponibili a sequestro gli stampati in violazione del diritto d'autore anche A. G. DIANA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 375. V., in giurisprudenza, Trib. Napoli, 17 dicembre 2003.

⁸⁷⁴ M. LIBERTINI, *Tutela e promozione delle creazioni intellettuali e limiti funzionali della proprietà intellettuale*, in *Dejure online*, 2014. Argomenta l'A. che l'ancoraggio apicale del diritto d'autore si rinviene nella libertà di impresa costituzionalmente garantita, giacché questo costituisce un “premio-incentivo atto a sostenere gli investimenti imprenditoriali in attività innovative”. Tale lettura spiega perché il legislatore del Codice ha disciplinato – in un modo che altrimenti sarebbe stato contraddittorio – le invenzioni dei lavoratori dipendenti. Per l'A., insomma, tutela della concorrenza e tutela della proprietà intellettuale non sarebbero altro che due facce della stessa medaglia. Corretta o meno che sia tale lettura, l'assunto sembra verificato per quanto attiene alla economia dei dati, nella quale occupano un rilievo centrale le banche dati, e l'analisi del dato. V. la pronuncia del Trib. Milano, s.i., 10 marzo 2016, in *Dejure online*, emblematica del ravvicinamento tra protezione della proprietà intellettuale e concorrenza (nonché C. App. Milano, 16 aprile 2018, n. 1916, in *IusLetter online.*, per la decisione di merito).

⁸⁷⁵ Non che il legislatore abbia mostrato di essere insensibile al tema: emblematico è il fatto che in caso di violazione del diritto d'autore è prevista la possibilità di procedere al sequestro delle pubblicazioni a stampa *ex art.* 161 l.d.a.. Così E. TOSI, *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider passivi e attivi tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti*, in *Dejure online*, 2015. L'A. ricava dalla giurisprudenza della Corte EDU l'insegnamento per cui la libertà di informazione non è assoluta, e può anzi subire limitazioni tanto più quando sia declinata a logiche commerciali, e non alla soddisfazione di un interesse generale.

il diritto soggettivo⁸⁷⁶ – se è ancora possibile “l’attuazione in concreto del diritto oggettivo”⁸⁷⁷.

D’altro canto, gli interpreti si sono confrontati con lesioni particolarmente difficili da contrastare e ciò non solo per la diffusa convinzione che la “pirateria digitale” non costituisca un illecito quanto più per la semplicità con cui l’informazione, una volta rimossa, viene prontamente ricaricata in rete e resa di nuovo disponibile al pubblico. È necessario insomma ricorrere – più che a nuovi principi – a (vecchi-)nuovi rimedi, segnatamente lasciando che l’inibitoria urgente (e non), prima costretta entro gli angusti limiti imposti da una interpretazione normativa non adeguata ai bisogni sociali⁸⁷⁸, dispieghi tutta la sua potenzialità di arresto del pregiudizio. Di questo, s’è detto, si è occupato il legislatore comunitario a più riprese, anche impegnando il legislatore alla codificazione di rimedi inibitori cautelari tipici⁸⁷⁹.

In terza ed ultima istanza, il diritto d’autore – sebbene normalmente sia la sua dimensione patrimoniale⁸⁸⁰ (di diritto allo sfruttamento economico delle opere dell’ingegno) a

⁸⁷⁶ Così A. PULEO, *Quale giustizia per i diritti di libertà*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 45.

⁸⁷⁷ Così in A. PULEO, *Quale giustizia per i diritti di libertà*, cit., p. 37. Questa è, in una parola, la tutela dei diritti, cioè, più comunemente, il “cumulo delle tecniche e dei rimedi posti a presidio di diritti soggettivi”.

⁸⁷⁸ A. MONTELERO, *Attività di impresa in internet e tutela della persona*, cit., p. 85. Si soleva ritere in passato – con gravi conseguenze in quanto ad effettività dei rimedi – che l’inibitoria *ex art. 700 c.p.c.* non potesse che essere pronunciata nei confronti dell’autore della violazione (e che potesse avere ad oggetto solo le violazioni già verificatesi, frustrando così l’utilità pratica, stante la difficoltà di raggiungere l’autore della violazione, ma anche la potenzialità preventiva del rimedio inibitorio). Ora il legislatore agli artt. 14, 15, 16, del d. lgs. 70 del 2003 ha codificato una azione inibitoria generale esperibile nei confronti del prestatore intermediario anche in via urgente. V. anche S. LAVAGNINI, *La responsabilità degli internet service providers secondo la più recente giurisprudenza italiana*, in *Studi per Luigi Carlo Ubertazzi. Proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., p. 412. Corretta è la lettura per cui la responsabilità civile va tenuta distinta rispetto alla legittimazione passiva del prestatore per l’inibitoria.

⁸⁷⁹ C. SALA, *L’inibitoria cautelare nel diritto d’autore*, in *Diritto d’autore online*, 2003. Per i rimedi cautelari tipici in materia di diritto d’autore v. A. G. DIANA, *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., pp. 372 ss.

⁸⁸⁰ I diritti patrimoniali d’autore sono essenzialmente: quello alla riproduzione, alla trascrizione dell’opera orale, all’esecuzione e alla rappresentazione in pubblico, alla distribuzione, all’elaborazione, alla collezione, al noleggio, al prestito, ma anche il diritto di seguito per le opere d’arte figurativa. Codesti diritti possono essere ceduti con atto scritto *ad probationem*. Così P. VIRGADAMO, *La protezione giuridica dell’opera d’arte ai confini del diritto d’autore (e oltre): dalla logica mercantile all’assiologia ordinamentale*, in *Dejure online*, 2018.

muovere la macchina giudiziaria, azionata dalle pretese dei cessionari dei diritti – presenta congiuntamente (e inscindibilmente) una dimensione *morale*⁸⁸¹.

Il quadro regolamentare del diritto d'autore è, come si sa, stratificato, e sconta (forse) l'incongruenza tra una impostazione romanistica d'inquadramento dogmatico di diritto dominicale su una *res* immateriale⁸⁸², e una matrice comunitaria, che porta a rileggere gli istituti tradizionali in chiave “funzionale”, mercatista e concorrenziale⁸⁸³.

La disciplina del diritto d'autore è insomma divisa tra fonti internazionali⁸⁸⁴, fonti comunitarie⁸⁸⁵, Codice civile, legge 633 del 1941 (“legge sul diritto d'autore” o anche

⁸⁸¹ Il diritto morale d'autore sarebbe solo “un aspetto evoluto del diritto all'identità e alla reputazione personali” (M. LIBERTINI, *Tutela e promozione delle creazioni intellettuali e limiti funzionali della proprietà intellettuale*, cit.). Le prerogative morali sarebbero quelle connesse alla paternità della creazione: facoltà di identificarsi col proprio nome, lo pseudonimo, o serbare l'anonimato; la facoltà di rivendicarsi contro chi si professa falsamente autore; la facoltà di opporsi a modificazione dell'opera che arrechino pregiudizio alle ragioni morali dell'autore; potere di rivelare l'opera anonima; diritto alla pubblicazione dell'inedito; potere di modificare l'opera; diritto di ritirare l'opera dal commercio al ricorrere di gravi ragioni morali e salvo indennizzo nei confronti di chi ne ha acquistato i diritti di sfruttamento economico. Secondo taluni sarebbe da aggiungersi il potere di autentica. Così in P. VIRGADAMO, *La protezione giuridica dell'opera d'arte ai confini del diritto d'autore (e oltre): dalla logica mercantile all'assiologia ordinamentale*, cit.. Cfr., per il caso di un noto regista che ottenne un provvedimento d'urgenza avverso la menomazione della propria opera per mezzo dell'inserimento di pubblicità in misura tale da spezzare il ritmo narrativo, A. G. DIANA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 424.

⁸⁸² S. RAPUANO, *L'inibitoria ex art. 700 cod. proc. civ. nel diritto d'autore*, in *700 c.p.c. – strategie processuali ed ambiti applicativi*, a cura di E. Brandolini, Cedam, Padova, 2011, p. 258 s.

⁸⁸³ M. LIBERTINI, *Tutela e promozione delle creazioni intellettuali e limiti funzionali della proprietà intellettuale*, cit... Gli istituti sottendono alla costruzione di un mercato interno (art. 3 T.U.E.) ispirato a sviluppo sostenibile, crescita economica equilibrata, economia competitiva, quindi “legittimato da una funzione di benessere generale”, da riconnettere alla libertà di impresa ex art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Cfr. il Considerando n. 1 della Direttiva UE/2019/790: “Il trattato sull'Unione europea (TUE) prevede l'instaurazione di un mercato interno e la creazione di un sistema che garantisca l'assenza di distorsioni della concorrenza in tale mercato. L'ulteriore armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative al diritto d'autore e ai diritti connessi dovrebbe contribuire al raggiungimento di tali obiettivi”.

⁸⁸⁴ M. MENSI, P. FALLETTA, *Il diritto del web*, Cedam, Milano, 2015, pp. 258 ss.

⁸⁸⁵ Per una analisi delle quali, v. M. MENSI, P. FALLETTA, *Il diritto del web*, cit., p. 260 s. Si ricordano le Direttive 2001/29/CE, 2004/48/CE, 2006/116/CE, 2011/77UE. Adde la direttiva 2012/28/UE, la direttiva 2014/26/UE e la nuova Direttiva 2019/790/UE, su cui v. *infra*. La normativa europea è improntata ad un “doppio binario di protezione” giudiziaria e amministrativa. Per i rapporti tra le cui autorità, v. *ibidem*, pp. 275 ss.

solo “l.d.a.”)⁸⁸⁶, ma anche il d. lgs. 30 del 2005 (“Codice della proprietà industriale”, materia che è ormai ricompresa entro la nozione di proprietà intellettuale.). Oggetto di protezione sono “le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alle scienze, alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro e alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione”⁸⁸⁷: non le idee in sé⁸⁸⁸, quindi, ma l'espressione creativa delle stesse⁸⁸⁹.

Limitando il capo di studio alle lesioni in rete – e quindi ai rimedi correlativi – può pronunziarsi (al termine del giudizio di merito, quindi, astrattamente, potrebbe benissimo essere anticipata in via urgente) una amplissima inibitoria (da parte della Sezione Imprese del Tribunale⁸⁹⁰), disciplinata all'art. 156 l.d.a.⁸⁹¹, disposizione che ha cura di specificare

⁸⁸⁶ Per una ricostruzione del quadro regolamentare, v. S. RAPUANO, *L'inibitoria ex art. 700 cod. proc. civ. nel diritto d'autore*, cit., p. 256 s.

⁸⁸⁷ Così l'art. 2575 c.c.. I requisiti per godere della protezione sarebbero, insomma, la “creatività”, la completezza dell'espressione (ma ciò è controverso, poiché in giurisprudenza si è accordata tutela ai “bozzetti”), la collocazione entro il campo di produzione dell'ingegno umano. Così in A. G. DIANA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 368.

⁸⁸⁸ L'assunto è incrinato dall'arte contemporanea. In questo senso: S. GIUDICI, “*Certezze*” ed “*incertezze*” del diritto della proprietà industriale ed intellettuale, in *Dejure online*, 2019.

⁸⁸⁹ Tanto si ricaverebbe “a tacer d'altro, da fonti europee ed internazionali, dalle quali si evince indiscutibilmente che l'ordinamento non accorda protezione all'ideatore se egli non diviene, servendosi dei propri originali mezzi creativi, autore”. Così P. VIRGADAMO, *La protezione giuridica dell'opera d'arte ai confini del diritto d'autore (e oltre): dalla logica mercantile all'assiologia ordinamentale*, cit.. Per l'A. il diritto d'autore sarebbe *innanzitutto* una prerogativa morale, e quindi un diritto della personalità, dal quale discendono prerogative patrimoniali. Creatività non significa esattamente “novità”, secondo il pensiero di G. SPEDICATO, *creatività artificiale, mercato e proprietà intellettuale*, cit..

⁸⁹⁰ A. G. DIANA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., pp. 393 ss. Per l'affermazione della giurisdizione del giudice italiano, v. Trib. Roma, 16 dicembre 2009, in *Interlex online*. Deve rammentarsi che il caricamento dell'informazione sul *server* è evento solo potenzialmente latore di danno.

⁸⁹¹ Attuativo della Direttiva *Enforcement* (2004/48/CE), art. 11. La norma di recepimento dispone quanto segue: “1. Chi ha ragione di temere la violazione di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante in virtù di questa legge oppure intende impedire la continuazione o la ripetizione di una violazione già avvenuta sia da parte dell'autore della violazione che di un intermediario i cui servizi sono utilizzati per tale violazione può agire in giudizio per ottenere che il suo diritto sia accertato e sia vietato il proseguimento della violazione. Pronunciando l'inibitoria, il giudice può fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata o per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. / 2. Sono fatte salve le disposizioni di cui al decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70. / 3. L'azione è regolata dalle norme di questa sezione e dalle disposizioni del codice di procedura civile. / 3-bis. Sono devolute alla cognizione delle sezioni specializzate in materia d'impresa previste dal decreto legislativo 27 giugno 2003,

(piuttosto: ribadire⁸⁹²) che l'ordine può essere rivolto ai prestatori intermediari i cui servizi sono impiegati per violare il diritto d'autore o un diritto connesso⁸⁹³; senonché esiste un rimedio cautelare tipico, codificato dal legislatore all'art. 163 l.d.a.⁸⁹⁴, che – almeno nominalmente – relega l'art. 700 c.p.c. ad un ruolo marginale⁸⁹⁵. Non che ciò abbia importanza pratica⁸⁹⁶, invero, siccome è consolidata la prassi di ricorrere in sede cautelare cumulando i rimedi al fine di garantire la più ampia elasticità della tutela⁸⁹⁷; né

n. 168, tutte le controversie aventi ad oggetto i diritti d'autore e i diritti connessi al diritto d'autore previsti dalla presente legge”.

⁸⁹² Trib. Roma, s.i., 14 aprile 2010, in *Dejure online*: Nessun obbligo ulteriore, rispetto a quelli descritti dal d.lg. 9 aprile 2003 n. 70, deriva ai *provider* dalla legge sul diritto d'autore, in particolare dall'art. 163 l. n. 633 del 1941.

⁸⁹³ Per notazioni su legittimazione attiva e passiva in materia di azioni a tutela di diritti d'autore o diritti connessi, nonché per i presupposti dell'inibitoria, v. A. SIROTTI GUADENZI, *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, Utet, Torino, 2012, pp. 118 ss., 122 ss., 142 ss.

⁸⁹⁴ Attuativo della Direttiva *Enforcement* (2004/48/CE), art. 9, comma I, lett. a. La norma di recepimento così dispone: “1. Il titolare di un diritto di utilizzazione economica può chiedere che sia disposta l'inibitoria di qualsiasi attività, ivi comprese quelle costituenti servizi prestati da intermediari, che costituisca violazione del diritto stesso secondo le norme del codice di procedura civile concernenti i procedimenti cautelari. / 2. Pronunciando l'inibitoria, il giudice può fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata o per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. / 3. Ove in sede giudiziaria si accerti la mancata corresponsione del compenso relativo ai diritti di cui agli articoli 73 e 73-bis, oltre alla liquidazione dello stesso può essere disposta l'interdizione dall'utilizzo dei fonogrammi per un periodo da un minimo di quindici giorni ad un massimo di centottanta giorni. / 4. Ove in sede giudiziaria si accerti l'utilizzazione di fonogrammi che, ai sensi dell'art. 74, arrecano pregiudizio al produttore fonografico, oltre alla interdizione definitiva dal loro utilizzo, può essere comminata una sanzione amministrativa da un minimo di euro 260,00 ad un massimo di euro 5.200,00”. Per un commento cfr. S. RAPUANO, *L'inibitoria ex art. 700 cod. proc. civ. nel diritto d'autore*, cit., p. 264 ss. V. anche A. G. DIANA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., pp. 389 ss.

⁸⁹⁵ Così in B. CORONA, *I procedimenti cautelari nel diritto industriale*, in *Studio Tortora online*, 2013, p. 27. Più ampio lo spazio per l'art. 700 c.p.c. in ipotesi di “concorrenza sleale pura”, all'occorrenza della quale dovrà ricorrersi al rimedio urgente anche per conseguire gli effetti di misure tipizzate nel diritto industriale e d'autore (*ibidem*, p. 23). Su questo, v. più dettagliatamente M. ANDREONI, *La tutela cautelare anticipatoria. Premesse per uno studio dei procedimenti cautelari nel diritto della proprietà intellettuale*, in *Univ. Bicocca online*, 2009, pp. 234-237 e 269-273.

⁸⁹⁶ Il giudice può infatti riqualificare la domanda cautelare formulata con l'errato *nomen iuris* di ricorso per provvedimento d'urgenza (*ex art. 700 c.p.c.*) come inibitoria tipica *ex art. 163 l.d.a.*. V., ad esempio, Trib. Milano, p. i., 13 dicembre 2007, in *Dejure online*.

⁸⁹⁷ M. ANDREONI, *La tutela cautelare anticipatoria. Premesse per uno studio dei procedimenti cautelari nel diritto della proprietà intellettuale*, cit., p. 235.

la giurisprudenza sembra curarsi della questione formale⁸⁹⁸, stemperata dall'ambito di applicazione del rito cautelare uniforme, comune ad ambo le misure.

Sembra, invero, che un autonomo spazio di applicazione dell'art. 700 c.p.c. sia predicabile⁸⁹⁹, in ragione della non perfetta coincidenza del disposto rispettivamente dell'art. 156 con quello dell'art. 163 l.d.a.⁹⁰⁰. Il rimedio è offerto al titolare di un diritto di utilizzazione economica; può però essere speso, salvo compatibilità, anche a tutela del diritto morale d'autore⁹⁰¹, quindi dovrebbe essere predicabile una applicazione residuale del rimedio urgente *ex art. 700 c.p.c.* anche per il diritto morale d'autore, di nuovo però, senza conseguenza sul piano pratico.

Come si è anticipato, il legislatore comunitario ha avuto la cura di specificare – semmai ve ne fosse stato bisogno – che l'inibitoria può pronunciarsi tanto nei confronti dell'autore delle violazioni (che, come si sa, per attività che hanno luogo in rete non sempre è identificabile, capiente, assoggettabile a procedure esecutive ad opera dell'Autorità giudiziaria italiana) quanto nei confronti del prestatore. Insomma – come è chiaro dal

⁸⁹⁸ *Ex multis*, Trib. Roma, p. i., 22 novembre 2007 (che ritiene che le disposizioni sui rimedi tipici cautelari vadano interpretate estensivamente); Trib. Torino, 24 gennaio 2018, n. 342, in *Dejure online*; Trib. Bologna, 12 giugno 2012, in *Dejure online*; Trib. Roma, IX, 30 novembre 2016, in *Foro it. online*, su ricorso della SIAE (sulla cui legittimazione processuale *ratione temporis* v. B. CUNEGATTI, *Il diritto d'autore online*, cit., p. 346 ss); Trib. Bologna, s.i., 26 maggio 2016, n. 54, addirittura con l'ordine emesso *ex art. 163 l.d.a. e 700 c.p.c.*; Trib. Torino, I, 7 aprile 2017, n. 1928, in *Dejure online*.

⁸⁹⁹ V. ancora B. CORONA, *I procedimenti cautelari nel diritto industriale*, cit., p. 27. L'A. ritiene che l'art. 700 c.p.c. potrebbe essere invocato per l'accertamento negativo urgente. Chiaramente è da respingere, qui come in ogni altro campo, la teoria ormai inattuale per cui la semplice predisposizione di misure tipiche esclude in radice la praticabilità del rimedio urgente a tutela del medesimo diritto. Così in S. RAPUANO, *L'inibitoria ex art. 700 cod. proc. civ. nel diritto d'autore*, cit., p. 268. V. anche A. G. DIANA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 409.

⁹⁰⁰ L'inibitoria di merito (*ex art. 156 l.d.a.*) include infatti espressamente l'ordine di impedire la ripetizione della violazione, cosa che, almeno stando al tenore letterale dell'art. 163 l.d.a., quella cautelare non farebbe.

⁹⁰¹ V. l'art. 168 l.d.a. (“Nei giudizi concernenti l'esercizio del diritto morale sono applicabili, in quanto lo consente la natura di questo diritto, le norme contenute nella sezione precedente, salva l'applicazione delle disposizioni dei seguenti articoli”); l'art. 169 l.d.a. (“L'azione a difesa dell'esercizio dei diritti che si riferiscono alla paternità dell'opera può dar luogo alla sanzione della rimozione e distruzione solo quando la violazione non possa essere convenientemente riparata mediante aggiunte o soppressioni sull'opera delle indicazioni che si riferiscono alla paternità dell'opera stessa o con altri mezzi di pubblicità”); l'art. 170 l.d.a. (“L'azione a difesa dei diritti che si riferiscono all'integrità dell'opera può condurre alla rimozione o distruzione dell'esemplare deformato, mutilato o comunque modificato dell'opera, solo quando non sia possibile ripristinare detto esemplare nella forma primitiva a spese della parte interessata ad evitare la rimozione o la distruzione”).

tenore delle norme⁹⁰², e come è stato più volte ribadito dalla giurisprudenza europea – la “responsabilità sostanziale”⁹⁰³ (per illecito omissivo) del prestatore e (quella che impropriamente, ma forse efficacemente potrebbe chiamarsi) la “responsabilità processuale” (cioè la legittimazione passiva per l’ordine inibitorio) del *provider* viaggiano su binari autonomi. Non si richiede che possa imputarsi un illecito al prestatore perché questi possa essere convenuto al fine di condannarlo a porre fine alle attività lesive⁹⁰⁴.

Tali “binari” (legittimazione passiva per l’inibitoria e per i danni), che, come detto, viaggiano in modo fra loro indipendente⁹⁰⁵, sono destinati ad incontrarsi quando il prestatore non adempia con diligenza e buona fede all’ordine giudiziale, ma non prima, e la configurazione dell’una cosa (illecito omissivo del prestatore) non è condizione necessaria perché si configuri l’altra (legittimazione passiva per l’ordine inibitorio).

⁹⁰² V., con riguardo al diritto d’autore, art. 156 l.d.a., commi I e II. V. anche E. TOSI, *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider passivi e attivi tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti*, cit.

⁹⁰³ Per la quantificazione del danno, v. R. PANETTA, *Il ruolo dell’internet service provider e i profili di responsabilità civile*, cit.. Comunemente si fa ricorso al parametro ideale del “prezzo del consenso”.

⁹⁰⁴ V. E. TOSI, *La responsabilità civile per fatto illecito degli internet service provider e dei motori di ricerca a margine dei recenti casi “Google suggest” per errata programmazione del software di ricerca “Yahoo Italia!” per “link” illecito in violazione dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Dejure online*, 2012. Il gestore del motore di ricerca è legittimo destinatario dell’inibitoria ex art. 156 l.d.a. perché il suo servizio viene usato per infrangere i diritti di proprietà intellettuale. V. ancora S. LAVAGNINI, *La responsabilità degli internet service providers secondo la più recente giurisprudenza italiana*, cit., p. 419, che rammenta che gli *ISP* sono sempre legittimati passivi per l’inibitoria, a prescindere dalla trasmissione della “diffida stragiudiziale”.

⁹⁰⁵ Cosa, che con particolare riguardo al diritto d’autore, viene precisata (cfr. gli ultimi commi, artt. da 14 a 16, d. lgs. 70 del 2003, con l’art. 156 l.d.a., commi I e II). Infatti, viene fatta salva, dalla c.d. Direttiva *Enforcement* (2004/48/CE) l’applicazione di cui alla Direttiva c.d. sul commercio elettronico (2000/31/CE). Per simili considerazioni, si rimanda a M. MENSI, P. FALLETTA, *Il diritto del web*, cit., p. 272 s. Così anche L. BUGIOLACCHI, *(Dis)orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità degli internet provider (ovvero del difficile rapporto tra assenza di obblighi di controllo e conoscenza dell’illecito)*, in *Dejure online*, 2010.

6. La pirateria digitale e la tutela delle opere protette: l'elasticità del rimedio inibitorio

La protezione della proprietà intellettuale è stata l'occasione capace di spingere gli interpreti a concepire l'adattamento del rimedio inibitorio⁹⁰⁶ alla natura peculiare e alle potenzialità offensive della rete.

La fenomenologia delle violazioni che hanno luogo per mezzo della rete ha costretto gli interpreti a sforzarsi di dare risposte diversificate, originali⁹⁰⁷, capaci di valorizzare la dimensione preventiva.

Si è trattato di reagire alla eventualità che gli autori delle violazioni carichino immediatamente le informazioni rimosse per mano del prestatore di servizi di ospitalità,

⁹⁰⁶ L'inibitoria è quel modello di tutela specifica, generale, preventiva (anzi, la forma "più penetrante" di tutela preventiva). Così A. PULEO, *Quale giustizia per i diritti di libertà?*, cit., p. 130. Del resto, come osserva R. PETRUSO, *Responsabilità degli intermediari di internet e nuovi obblighi di conformazione: robotakedown, policy of termination, notice and take steps*, cit., il legislatore europeo non specifica quale ampiezza può avere l'ordine inibitorio (forse saggiamente). Ciò si è rivelato utile, se si riflette, come fa l'A., sul fatto che oggi la sezione IV della c.d. Direttiva sul commercio elettronico (CE/2000/31) disciplina situazioni più complesse rispetto a quelle originariamente contemplate dal legislatore. Ciò sarebbe in particolare dovuto all'avvento della rivoluzione dell'*user generated content*, ad opinione di L. BUGIOLACCHI, *Ascesa e declino della figura del provider "attivo"? Riflessioni in tema di fondamento e limiti del regime privilegiato di responsabilità dell'hosting provider*, in *Dejure online*, 2015. Le piattaforme sarebbero dovute ricorrere a modalità di sistemazione automatica dei contenuti (quale è l'indicizzazione). Occorre però ribadire che un ruolo di selezione e catalogazione svolto non automaticamente, quindi idoneo a far conoscere le informazioni all'*hosting provider*, potrebbe essere tale da conferirgli responsabilità editoriale (ciò nel caso di manifesta illiceità). Così R. PANETTA, *Il ruolo dell'internet service provider e i profili di responsabilità civile*, cit.. Per considerazioni circa l'importanza dell'esatta determinazione della portata dell'inibitoria, v. S. LAVAGNINI, *La responsabilità degli internet service providers secondo la più recente giurisprudenza italiana*, cit., p. 420.

⁹⁰⁷ Non ci si concentra qui sulla vastissima casistica delle violazioni per mezzo di *internet* "più semplici", quali l'utilizzo del titolo di una rivista giuridica altrui – anche abbreviato – come nome a dominio (su cui v. A. G. DIANA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 399 s); della tutela dei prodotti editoriali e della "rassegna stampa parassitaria" (*ibidem*, pp. 400 ss.); del "plagio trasversale" (p. 398 s); della tutela del *software* (*ibidem*, pp. 392 s. e 418 s.); della inibizione della pubblicazione di un epistolario *post mortem* quando uno degli interlocutori confidava nella riservatezza del carteggio (*ibidem*, p. 410 s); della tutela del codice HTML *sub specie* di prodotto grafico originale (titolo e aspetto della tabella contenente indici di borsa, *ibidem*, p. 425); della possibilità per il giornalista di ottenere l'ordine di inserire il titolo – ingiustamente amputato – su un proprio articolo pubblicato in rete (*ibidem*, p. 424s). Per la protezione di ipermedia e sito *web* quali opere dell'ingegno cfr. B. CUNEGATTI, *Il diritto d'autore online*, cit., pp. 349 ss, nonché, per un caso giurisprudenziale molto interessante, G. M. RICCIO, *Il diritto d'autore tutela lo script?*, in *Media Laws online*, 2015. Queste costituiscono lesioni "non nuove", che solo hanno luogo in rete, ma non impegnano gli interpreti nella ricerca di soluzioni "originali". Per la definizione giuridica del *downloading*, dello *streaming*, nonché per la "comunicazione al pubblico", v. *ibidem*, p. 325 ss.

o che migrino i siti oscurati per mano dei prestatori che hanno in carico il trasporto (c.d. “*whack-a-mole*”⁹⁰⁸): ciò ha indotto la giurisprudenza, il cui ideale punto di innesto è la sentenza del caso *Tobias McFadden*⁹⁰⁹, ad emettere ordinanze che impegnassero il prestatore a spendersi al fine di conseguire il risultato⁹¹⁰ di volta in volta necessario per porre fine la violazione, come a prevenirla⁹¹¹.

Il tutto rinforzato dalla comminazione di “pene private” a sanzionare il ritardo⁹¹². Infatti, l’ordine di oscurare il sito “disobbediente”, geneticamente votato alla violazione della

⁹⁰⁸ R. PETRUSO, *Responsabilità degli intermediari di internet e nuovi obblighi di conformazione: robo-takedown, policy of termination, notice and take steps*, cit..

⁹⁰⁹ Con le sentenze *Tobias McFadden* si consuma il passaggio dal modello “*notice and takedown*” oppure “*notice and delist*” ad un modello “*notice and take steps*” (o “*notice and stay down*”) con cui la giurisprudenza nazionale e sovranazionale europea tende sempre più spesso ad ordinare genericamente di attivarsi al fine di porre fine agli illeciti. Così R. PETRUSO, *Responsabilità degli intermediari di internet e nuovi obblighi di conformazione: robo-takedown, policy of termination, notice and take steps*, cit.. In giurisprudenza, quali esempi di simile impostazione, v. Trib. Milano, s.i., 25 marzo e 22 maggio 2019, in *Dejure online*, nonché Trib. Torino, 7 aprile 2017, *ibidem*.

⁹¹⁰ In ossequio alla dottrina *UPC Telekabel* dovrebbe lasciarsi all’obbligato la scelta del mezzo tecnico per conseguire l’obiettivo. Ciò, invero, come osserva R. PETRUSO, *Responsabilità degli intermediari di internet e nuovi obblighi di conformazione: robo-takedown, policy of termination, notice and take steps*, cit., lascia il prestatore esposto ad un controllo *ex post*, che potrebbe portare a dichiararlo responsabile “a sorpresa”.

⁹¹¹ Ritiene soddisfacente la lettura giurisprudenziale che inibisce *de futuro* la pubblicazione di contenuti digitali che, anche solo in parte, combacino con quelli oggetto di segnalazione stragiudiziale E. TOSI, *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider passivi e attivi tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti*, cit.. L’obbligo di adoperarsi in chiave special-preventiva può inferirsi, nell’opinione dell’A., già dalla sentenza *UPC Telekabel* della Corte di Giustizia già citata.

⁹¹² Art. 163 l.d.a., comma II. V. in particolare P. VIRGADAMO, *La protezione giuridica dell’opera d’arte ai confini del diritto d’autore (e oltre): dalla logica mercantile all’assiologia ordinamentale*, cit.

proprietà intellettuale altrui⁹¹³, rischia di rimanere lettera vacua, se per eludere il comando bastasse mutare indirizzo IP al sito⁹¹⁴ (mediante la creazione di c.d. *alias*).

Ha così preso forma il rimedio noto come *dynamic injunction*⁹¹⁵, consistente nell'ordine del giudice di rimuovere tempestivamente le informazioni identiche a quelle dichiarate illecite, ogni volta che il *provider* riceva segnalazione del soggetto leso (così si rispetta la volontà del legislatore di addossare il costo della sorveglianza in capo al titolare dei diritti).

Si assiste, d'altra parte, in funzione special-preventiva sempre più di frequente – e anche al di fuori del campo della tutela del diritto d'autore⁹¹⁶ – all'ordine di adoperare filtri, che sappiano riconoscere i documenti anche solo in parte eguali a quelli individuati e tutelandi

⁹¹³ È il caso, ad esempio, del noto sito di *streaming*, soppresso per una azione giudiziaria avvenuta negli Stati Uniti, che consisteva in un sistema di *business* appositamente studiato per guadagnare in maniera parassitaria sulle opere altrui. Infatti, si spingevano gli utenti a sottoscrivere “abbonamenti *premium*” per fruire liberamente di tutti i contenuti sul sito. Si incentivava il caricamento dei contenuti protetti mediante un meccanismo premiale interno. Si procedeva alla rimozione degli specifici *links* segnalati, lasciando però *online* le numerosissime copie, liberamente accessibili. Così in C. BRUNO, *Qualche riflessione sul recente takedown delle piattaforme streaming*, *Media Laws online*, 2012. La rimozione può ordinarsi anche nei confronti di un sito ove sono pubblicati *links* a opere protette, che gli utenti si scambiano col protocollo *torrent*, perché quel *linking* è comunque un atto di comunicazione al pubblico. Così C. TREVISI, *La piattaforma Pirate Bay colpevole di contraffazione*, in *Media Laws online*, 2017, nonché A. FITTANTE, *Brand, Industrial design, Made in Italy: la tutela giuridica*, cit., p. 277 s.

⁹¹⁴ V. le conclusioni dell'Avvocato Generale nel caso *UPC Telekabel*, cit., disattese dalla Corte. Egli riteneva inutile oscurare un sito, giacché sarebbe stato sufficiente mutare indirizzo IP per eludere l'ordine.

⁹¹⁵ V. anche Trib. Milano, 8 maggio 2017, in *studio legale Floridia online*, per la comminatoria dell'inibitoria avverso illeciti fenomenologicamente identici (ma anche per un esempio di una tutela che si articola nei confronti di prestatori che svolgono funzioni diversi, “su più livelli”, su cui v. M. MENSI, P. FALLETTA, *Il diritto del web*, cit., p. 281). Con la stessa, si ribadisce, se ve ne fosse ancora bisogno, che i prestatori sono legittimati passivi per le azioni inibitorie della prosecuzione o reiterazione della violazione. V. anche M. GALLI, *Dynamic injunction, obblighi di sorveglianza e siti “alias”*: il caso *Mondadori*, in *MediaLaws online*, 2018. L'A. commenta la decisione del Trib. Milano, s.i., 12 aprile 2018, *ibidem*, con la quale viene presa di mira l'attività elusiva consistente nel mutare l'indirizzo del sito colpito da provvedimento restrittivo. L'ordinanza inibisce l'accesso ai siti *alias* c.d., quale che ne sia il mutando indirizzo, entro dieci giorni dalla ricezione della segnalazione trasmessa dai titolari dei diritti (ma con diritto del prestatore irresponsabile al rimborso delle spese tecniche). Viene altresì ribadita la piena scindibilità dei rapporti tra soggetto leso e prestatore, e soggetto leso e autore della violazione. Pertanto l'autore della violazione non è parte necessaria nel procedimento per la pronuncia dell'inibitoria (né, di conseguenza, può dirsi che il contraddittorio non è integro per il fatto che il soggetto passivo sceglie di rivolgersi *in primis* – ed in via esclusiva – verso il prestatore). In senso conforme, Trib. Milano, 11 e 18 giugno 2018, in *Dejure online*. Cfr., per una ricostruzione della giurisprudenza in materia di “*dynamic injunction*” e per correlative considerazioni sull'ampiezza dell'inibitoria, S. LAVAGNINI, *La responsabilità degli internet service providers secondo la più recente giurisprudenza italiana*, cit., p. 421.

⁹¹⁶ V., per esempio, la sentenza *Eva Glawischnig-Piesczek* (C-18/18).

(mediante la comparazione con c.d. *refence files*), in modo da impedire che codeste opere siano caricate dagli utenti. Se in dottrina si ritiene che rientri nella diligenza professionale del prestatore la predisposizione di siffatti filtri⁹¹⁷, la giurisprudenza appare semplicemente darne per scontata la disponibilità in capo ai prestatori⁹¹⁸.

Il punto d'approdo ideale di questa ermeneusi sono quelle pronunzie che impegnano il prestatore a raggiungere il risultato facendo ricorso a tutte le proprie risorse umane e tecnologiche, anche con mezzi ignoti al pubblico, come talvolta si è avuto modo di precisare non senza un pizzico di malizia⁹¹⁹. È in ogni caso fatta salva la possibilità per il prestatore di dimostrare di non aver raggiunto il risultato per causa non imputabile⁹²⁰.

Non può che esprimersi soddisfazione per la capacità dimostrata dalla giurisprudenza nazionale e sovranazionale europea di resistere alla tentazione di frustrare – per mezzo di una interpretazione restrittiva dei rimedi accordati dal legislatore comunitario – la tutela dei diritti di proprietà intellettuale. Anzi, si direbbe che proprio tale chiave di lettura ha il

⁹¹⁷ *Ex aliis*, R. PANETTA, *Il ruolo dell'internet service provider e i profili di responsabilità civile*, cit.. L'utilizzo di filtri dovrebbe superare la preoccupazione di quanti (fra cui E. TOSI, *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider passivi e attivi tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti*, cit.) temono che lo "scandagliamento retrospettivo" delle informazioni caricate per rimuovere quelle illecite identiche a quelle oggetto di ordine di rimozione rischia di violare il divieto di imposizione di un obbligo generale di sorveglianza. Cfr. A. SPAGNOLO, *Bilanciamento tra diritto d'autore e libertà d'impresa e libertà fondamentali nella giurisprudenza recente della Corte di Giustizia*, in *Dejure online*, 2013. L'A. esamina talune pronunzie di inibitoria della prosecuzione delle violazioni. Posto che il diritto d'autore va bilanciato con gli altri diritti fondamentali, non sono ritenute ammissibili misure eccessivamente costose, ostacolo alla libertà di impresa, che cozzano peraltro col diritto degli utenti di accedere ai mezzi di informazione e con la tutela dei dati personali. Il filtro richiesto dagli attori nei casi *SABAM e NetLog* (già esaminati) non potendo selezionare con precisione tra contenuti leciti ed illeciti reca un intollerabile rischio di arrestare comunicazione lecite. L'A. rimprovera alla Corte di non avere precisato che misure economiche e tecnicamente semplici per il prestatore potrebbero comunque costituire una minaccia alla riservatezza e alla libertà degli utenti. Il filtro con *reference file* (sul modello del *ContentID* già esaminato) dovrebbe, data l'altissima specificità (quindi il bassissimo rischio di "falsi positivi") acquietare detti dubbi.

⁹¹⁸ *Ex multis*, v. Trib. Roma, XVII, 2 ottobre 2019, n.18727.

⁹¹⁹ Trib. Torino, I, 7 aprile 2017, n. 1928, già analizzata.

⁹²⁰ Chiarissima sul punto la sentenza *Eva Glawischnig-Piesczek* della Corte di Giustizia, già ampiamente esaminata, che richiede sia dato un ordine "elastico che lasci al prestatore la possibilità di scegliere i mezzi tecnici con cui raggiungere il risultato, che non lo metta in condizione di adoperare una valutazione *in iure* autonoma, e che sia data la possibilità di dimostrare di essersi mosso con la diligenza professionale, pur non avendo conseguito quanto ordinato.

pregio di consentire che il rimedio inibitorio esperito avverso illeciti in rete abbia la stessa ampiezza che gli è tradizionalmente propria⁹²¹.

Senonché, non sembrerebbe che quello che con tanta sicurezza si afferma rientrare nella diligenza professionale del prestatore (la dotazione di filtri, a proprie spese o frutto di autonoma ricerca tecnica) possa valere in maniera indistinta per il gestore di una piattaforma di modeste dimensioni, poiché ciò potrebbe costituire una barriera di ingresso nel mercato tale da consolidare la posizione di chi già vi opera; né sarebbe proponibile rimettere al giudice una valutazione tanto delicata e tanto gravida di implicazioni di politica economica e sociale.

A questa ed altre inquietudini dovrebbe rispondere la Direttiva UE n. 790 del 2019, che, tra le innovazioni relevantissime che porterà⁹²², codifica l'*acquis communautaire* giurisprudenziale in materia di prestatori di servizi di condivisione⁹²³, introducendo però

⁹²¹ L'inibitoria è "l'ordine del giudice di cessare atti e condotte illecite ovvero di astenersi dalle stesse o, ancora, di non reiterarli in futuro, disponendo, nel caso, tutti gli ulteriori provvedimenti idonei ad eliminarne gli effetti". Così A. PULEO, *Quale giustizia per i diritti di libertà?*, cit., p. 130.

⁹²² V., per esempio, per una "analisi d'impatto" sul lato editoriale-concorrenziale e della libertà di stampa, C. BERTI, *Tutela dei contenuti editoriali online e problemi di enforcement*, cit.. Degna di nota è la circostanza che la direttiva citata si propone di intervenire a parziale correzione della mancanza di garanzie del *due process of law* nei confronti dei soggetti che si vedono rimuovere contenuti da piattaforme di *host* quindi di una *put back procedure*, avviata con la *counter-notification* (e ciò, almeno astrattamente, potrebbe arrecare un pericolo per la libertà di manifestazione del pensiero). Così in R. PETRUSO, *Responsabilità degli intermediari di internet e nuovi obblighi di conformazione: robo-takedown, policy of termination, notice and take steps*, cit. (cfr. art. 17, comma IX, *ibidem*, che prescrive l'obbligo di dotarsi di *put back procedures* celeri ed efficaci, soggette a revisione umana; che i motivi delle richieste di rimozione siano debitamente indicati; che ciò sia senza pregiudizio per il diritto di ricorrere ad un giudice; v. anche il Considerando n. 70). V. anche M. ZANCAN, *La nuova direttiva sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale*, in *Media Laws online*, 2019, per una analisi delle novità sul regime delle eccezioni armonizzate, sul diritto al compenso per l'editore nel caso di utilizzo da parte dei prestatori intermediari per due anni, sull'obbligo dei prestatori di ottenere le licenze per le opere messe a disposizione dagli utenti (quindi del tentativo di realizzare un nuovo equilibrio fra circolazione delle opere, fruizione da parte di una platea quanto più vasta, tutela delle ragioni degli autori, antico principio di assenza di un obbligo generico di sorveglianza).

⁹²³ Cioè una *species* "evoluta" (se si può giocare così con le parole) di *hosting provider*: *ibidem*, art. 2, comma I, n. 6: "prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online*": un prestatore di servizi della società dell'informazione il cui scopo principale o uno dei principali scopi è quello di memorizzare e dare accesso al pubblico a grandi quantità di opere protette dal diritto d'autore o altri materiali protetti caricati dai suoi utenti, che il servizio organizza e promuove a scopo di lucro. I prestatori di servizi quali le enciclopedie *online* senza scopo di lucro, i repertori didattici o scientifici senza scopo di lucro, le piattaforme di sviluppo di e condivisione di *software open source*, i fornitori di servizi di comunicazione

– oltre ad un aggravamento della posizione processuale del prestatore (che sarà responsabile per violazioni della proprietà intellettuale salvo dimostri di aver agito come la norma prescrive, quindi secondo elevati *standards* di diligenza professionale: sembra che si sia prevista, insomma, un'inversione dell'onere della prova, che incombe sull'intermediario⁹²⁴) – una differenziazione del metro valutativo a seconda del volume d'affari del prestatore nonché del tempo di ingresso nel mercato, in un'ottica quindi di gradazione⁹²⁵, nonché una presa di posizione espressa sul carattere preventivo della tutela (sicché sembrerebbe che ormai il prestatore, segnalata una violazione, debba egli stesso adoperarsi affinché l'informazione non sia nuovamente caricata, prescindendo da una domanda in tal senso da parte del titolare dei diritti⁹²⁶)

Con riguardo alla normativa vigente, il ventaglio di opzioni a disposizione dei soggetti lesi impone una scelta di strategia processuale: nel caso dei diritti di sfruttamento patrimoniale delle opere dell'ingegno, sembra bene inviare all'*host* una diffida stragiudiziale (prudenzialmente recante l'indicazione dell'*URL* del materiale illecito⁹²⁷), attendere il trascorrere di un lasso di tempo ragionevole, quindi richiedere inibitoria nei

elettronica ai sensi della direttiva (UE) 2018/1972, i mercati *online*, i servizi cloud da impresa a impresa e i servizi *cloud* che consentono agli utenti di caricare contenuti per uso personale non sono prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* ai sensi della presente direttiva”.

⁹²⁴ *Ibidem*, art. 17, comma IV, che stabilisce che i prestatori sono responsabili “salvo che dimostrino” di aver compiuto i massimi sforzi per ottenere una autorizzazione; di avere, secondo elevati *standards* di diligenza professionale, compiuto massimi sforzi perché non siano disponibili opere per le quali non sono stati autorizzati; di avere agito tempestivamente dopo la ricezione di una segnalazione sufficientemente motivata, anche per impedire il caricamento futuro. V. anche Considerando n. 66, e 68 per gli obblighi di trasparenza sulle misure intraprese e condotta secondo leale collaborazione.

⁹²⁵ *Ibidem*, comma V: per verificare la correttezza della condotta del prestatore alla luce del principio di proporzionalità si tiene conto: della tipologia del servizio, del pubblico, delle dimensioni del servizio, delle opere in questione; della disponibilità e del costo di strumenti adeguati e del loro costo. Nonché il successivo comma VI, a tenore del quale ai nuovi prestatori il cui volume d'affari non supera la soglia stabilita è richiesto solo di dimostrare di essersi attivati per rimuovere le opere, e (II periodo), se il numero di visitatori è superiore a quello prestabilito dal legislatore comunitario, anche per impedire l'ulteriore caricamento.

⁹²⁶ V. nota precedente.

⁹²⁷ Visto che numerosissime sono le pronunzie che ne ritengono doverosa l'indicazione. Così in S. LAVAGNINI, *La responsabilità degli internet service providers secondo la più recente giurisprudenza italiana*, cit., p. 419. Ciò anche se la tesi della diffida “analitica” è priva di appigli testuali (E. TOSI, *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider attivi e passivi*, cit.)

confronti del prestatore. Infatti, se vi sono elementi idonei a fare reputar sussistente, alla stregua della cognizione sommaria, la responsabilità omissiva del prestatore, il detentore dei diritti può sperare in una pronuncia che non gli addossi le spese processuali, giusta il disposto dell'art. 669-*octies*, comma VII; in aggiunta, potrà domandarsi al giudice di ordinare al prestatore di servizi di ospitalità di rivelare i dati identificativi degli autori delle violazioni⁹²⁸, e pretendere la rimozione delle pagine che rimandano (mediante *linking*) a c.d. "siti pirata"⁹²⁹. A quel punto, il provvedimento potrà essere portato a conoscenza del *cacher*, che dovrà deindicizzare le informazioni lesive⁹³⁰. Anche qui, trascorso un termine ragionevole, e replicando lo stesso schema di cui sopra, potrà ottenersi un provvedimento d'urgenza che, accertata la responsabilità del *caching provider* per fatto omissivo, lo impegni ad attivarsi (con spese processuali quindi in capo a quest'ultimo).

⁹²⁸ Art. 17, comma II, lett. b, d. lgs. 70 del 2003. V., in questo senso, Trib. Milano, XIV, 16 maggio 2019, in *Dejure online*. Gli asseriti autori delle violazioni, identificati con l'indirizzo IP, non potranno eccepire genericamente che al *computer* hanno accesso anche altri membri della famiglia, pretendendo di poter tacere sulla loro identità. Così in F. ROTOLO, *Diritto alla vita privata e tutela della proprietà intellettuale: un bilanciamento ponderato degli interessi in gioco*, in *Media Laws*, 2019, di commento alla sentenza *Bastei Lubbe* della Corte di Giustizia dell'Unione europea (C-149/17). È preclusa dalla normativa europea l'introduzione, da parte degli Stati membri, di disposizioni che aggravino oltremodo la posizione processuale dei titolari dei diritti, mediante la previsione di oneri probatori di difficile assolvimento. Invero, la decisione sembra espressione del noto principio per cui l'onere della prova va ripartito secondo la "vicinanza alla fonte di prova". Cfr., per i primi approcci interpretativi, Trib. Viterbo, 15 aprile 2010, con nota di L. VIGNUDELLI, *Il gestore del forum: spunti su identificazione dell'utente, anonimato e (ir)responsabilità*, in *Dejure online*, 2011.

⁹²⁹ V. Trib. Roma, XVII, 15 febbraio 2019, n. 3512, con nota di A. DE FELICE, *Linking e violazione del diritto d'autore da parte degli ISP: la sentenza del Tribunale di Roma nel caso RTI/Facebook*, in *Media Laws online*, 2019. V. anche S. VIGLIAR, *Pirate Bay: evoluzione del concetto di comunicazione al pubblico o nuova responsabilità delle piattaforme telematiche?*, in *Dejure online*, 2018. Il caso *Stichting Brein* già analizzato non costituisce un abbandono della dottrina *Svensson* (C-466/12; confermata nel caso *BestWater* C-384/13) per cui il *linking* ad opere liberamente accessibili su altro sito non costituisce comunicazione al pubblico di opera protetta. Diverso sarebbe se l'opera fosse accessibile solo per un determinato pubblico, e il *linker* punti ad assumere un vantaggio patrimoniale (caso *GSMedia*, C-160/15). Nel caso del portale *The Pirate Bay*, la Corte pondera con attenzione l'elemento soggettivo (dolo degli amministratori del sito), il che è importante se si considera che costoro non erano parte in causa.

⁹³⁰ Chiarissima sul punto Trib. Bergamo, III, 17 dicembre 2013, n. 2600, in *Altalex online*. Non si richiede che l'ordine di rimozione sia diretto a ciascun prestatore; rileva solo che il prestatore ne sia venuto a conoscenza.

Sarà invece necessario, al fine di inibire l'accesso a siti *internet*, convenire in giudizio il prestatore che si occupi di semplice trasporto⁹³¹, a nulla rilevando l'esistenza di un provvedimento dell'autorità giudiziaria o amministrativa che dichiara illecite le informazioni.

⁹³¹ F. MORRA, *Diritto d'autore online: il provider può essere obbligato ad impedire ai suoi clienti l'accesso ad un sito internet che viola il diritto d'autore*, in *Media Laws online*, 2013. Tanto si evince dalla giurisprudenza *UPC Telekabel*, già analizzata. La Direttiva 2001/29/CE "InfoSoc", all'art. 8, comma III, consente di adottare un provvedimento inibitorio nei confronti degli intermediari i cui servizi sono usati da terzi per violare un diritto d'autore o diritti connessi.

Sezione III : la tutela dell'impresa

7. Recensioni false e recensioni infamanti: la reputazione commerciale. Vendite online e contraffazione. Le attività di agganciamento del sito altrui nei motori di ricerca. La tutela del nome a dominio.

È noto che a presente, per le imprese, la reputazione commerciale⁹³² costituisce un *asset*, un “bene aziendale” da difendere. Si moltiplicano, d'altra parte, le situazioni di confronto con il “giudizio diffuso” della clientela, che senza intermediazioni è libera di lasciare la propria “recensione”: la rete, s'è detto altrove, costituisce un luogo di scambio dialettico fenomenale. Il rovescio della medaglia è costituito dalla potenzialità lesiva di questa “immediatezza”, unita alla ubiquità e immanenza delle informazioni, nonché alla non sempre pronta identificabilità degli autori di tali commenti.

Fenomenicamente diffuso, quanto “semplice” giuridicamente, è il caso della recensione diffamatoria perché esorbitante rispetto ai confini del corretto esercizio del diritto di critica. È sufficiente, a tal proposito, limitarsi a rinviare alle considerazioni espresse *supra*.

Potrebbe accadere, invece, che le recensioni che recano discredito siano tentativi, da parte di un concorrente, di attentare alla reputazione commerciale di talaltri. In quel caso, vista la sussumibilità della fattispecie entro il paradigma normativo degli atti di denigrazione⁹³³ del concorrente *ex art. 2598 c.c., n. 2* non v'è dubbio che lo strumento cautelare di riferimento sia quello d'urgenza, anche quando dovesse agirsi direttamente nei confronti

⁹³² V. S. PREVITI, *Internet e reputazione aziendale*, cit., p. XIII: la reputazione è “bene fondamentale di qualsiasi azienda”; essa corrisponde alla “stima diffusa nell'ambiente sociale” (*ibidem*, p. 4); la “reputazione digitale” è la “proiezione sociale in rete della personalità” e, insomma, “rappresenta un giudizio sulla persona espresso dagli utenti della rete” (*ibidem*, p. 25); essa è centrale nella costruzione del *brand* (*ibidem*, p. 26).

⁹³³ L'art. 2598 c.c. così dispone: “Ferme le disposizioni che concernono la tutela dei segni distintivi e dei diritti di brevetto, compie atti di concorrenza sleale chiunque: 1) usa nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o i segni distintivi legittimamente usati da altri, o imita servilmente i prodotti di un concorrente, o compie con qualsiasi altro mezzo atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l'attività di un concorrente; 2) diffonde notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente, idonei a determinarne il discredito, o si appropria di pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente; 3) si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda”. V. L. NIVARRA, *Concorrenza sleale e responsabilità d'impresa*, in *Studi per Luigi Carlo Ubertazzi. Proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., p. 571. L'A. osserva che la giurisprudenza tende a scriminare le notizie che, pur adducendo discredito, sono vere. *Ibidem*, p. 573.

dell'autore degli atti di denigrazione. Più in generale, la concorrenza sleale è terreno elettivo di esercizio della tutela urgente *ex art. 700 c.p.c.*⁹³⁴, come si è avuto modo di anticipare.

Si porrà tutt'al più una questione probatoria, se si escludono i casi in cui si sia in grado di dimostrare agevolmente la riconducibilità al concorrente del profilo personale dell'autore della recensione denigratoria. Il che, esclusi appunto i tentativi più "maldestri", non sarà sempre facile. Infatti, perché si possa procedere ad ordinare la trasmissione degli identificativi degli autori dei commenti che si celino dietro pseudonimi dovrebbe sussistere almeno il *fumus* della commissione dell'illecito: un commento *tout court* diffamatorio, perché travalica i confini del legittimo esercizio del diritto di critica (cioè, insomma, "illecito" *ex se*, qual che ne sia la provenienza), oppure dovrebbe sussistere qualche elemento di fatto che lasci presupporre la riconducibilità al concorrente o ad un suo vicario.

Senonché così ci si infila in un *cul de sac*: o si ammette una ordinanza "interlocutoria", fatta al fine – non di reprimere illeciti individuati ma – accertare la natura lecita od illecita di taluni commenti; ovvero si richiede che sussista il *fumus*, provare il quale senza riferimenti a tautologie o riferimenti apodittici squalifica la possibilità di reprimere gli atti illeciti di denigrazione ogni qual volta i commenti siano negativi ma non manifestamente diffamatori *ex se* (cioè nel caso in cui integrerebbero un apprezzamento diffamatorio anche se fossero pronunziati dal *quavis de populo*), e non contengano elementi tali da ricondurre con sufficiente sicurezza i "profili" ai concorrenti.

La questione si fa più pressante se si tiene a mente che numerosi e frequentatissimi portali di recensione creano – e ciò legittimamente – la pagina di ciascuna oltre, o addirittura contro, la volontà dell'imprenditore⁹³⁵ titolare. Tale questione genera un attrito, e una frustrazione, che talvolta si è espressa in maniera scomposta, tentando di porre nel nulla,

⁹³⁴ L. NIVARRA, *Concorrenza sleale e responsabilità d'impresa*, cit., p. 554 ss.

⁹³⁵ V. la già analizzata pronunzia 46 del 2016 del Tribunale di Grosseto.

in maniera niente affatto convincente⁹³⁶, la chiarissima *voluntas legis* di rendere irresponsabile l'*hosting provider* per i contenuti (e quindi i commenti o le recensioni) degli utenti.

La questione sembra riproporre il tanto vigorosamente proclamato – ma mai provato vero – diritto all'anonimato in rete. L'unica interpretazione che sembra rispondere alla volontà del legislatore europeo (art. 14 della Direttiva c.d. sul commercio elettronico) ma anche costituzionale (in particolare l'art. 24 Cost., che qualifica la difesa come diritto "inviolabile") è quella che ravvisa l'anonimato come un interesse non assoluto, ma relativo⁹³⁷, secondo la stessa logica che è sottesa all'art. 21 Cost., che vietando la stampa anonima, richiede che vi sia qualcheduno ad assumersi la responsabilità di scritti i quali, allora, trovavano una diffusione ben minore rispetto al commento "virale" odierno. In altri termini, il bilanciamento del legislatore costituente nostrano è, se si vuole, "opposto" rispetto a quello compiuto Oltreoceano, ove l'assolutezza del diritto all'anonimato è funzionale – e speculare – alla sconfinatezza della *freedom of expression*.

Per fortuna, però, la casistica degli atti di concorrenza sleale in rete, che è vastissima⁹³⁸, non costringe sempre a riflessioni tanto impegnative.

⁹³⁶ V. Trib. Venezia, 24 febbraio 2015, con note di L. VIZZONI, *Recensioni non genuine su TripAdvisor: quali responsabilità?*, in *Dejure online*, 2018. L'A. analizza altresì la provvedimentazione sanzionatoria AGCM, irrogata nei confronti del noto portale di recensioni perché asseritamente costruito per "convincere" della falsa circostanza che le recensioni sarebbero "attendibili". Adde M. A. ROSSI, *Il ruolo delle piattaforme nell'economia dei Big Data*, cit., p. 85: è nota la propensione del consumatore a rilasciare recensioni solo in caso di esperienze "estreme", in senso positivo o negativo.

⁹³⁷ A. LA ROSA, *Soggetti responsabili e problematiche dell'anonimato*, in *Internet e reputazione aziendale*, cit., p. 70 s. Il diritto all'anonimato si verifica, per l'A., in relazione a determinati soggetti o a specifiche circostanze. Tutt'altro può dirsi se si guarda al dato tecnico, visto che, se anche la propria identità rimane celata ai più, vi è sempre almeno un ISP in grado di identificare l'internauta. Per l'A. il bilanciamento corretto dovrebbe essere il seguente: si può rimanere anonimi sino a quando si è chiamati a rispondere di un illecito (*ibidem*, p. 74 ss). Ciò non sarebbe in contrasto con la giurisprudenza *Promusicae*, perché da quella non si desume alcun divieto a che gli Stati prevedano l'obbligo, in capo ai prestatori, di disvelare l'identità degli autori degli illeciti.

⁹³⁸ Per una disamina delle fattispecie note, cfr. I. P. CIMINO, *Fattispecie di concorrenza sleale mediante internet: gli atti riguardanti le pagine web*, in *Diritto dell'internet e delle nuove tecnologie*, cit., pp. 386 ss (per il *deep linking*, illecito solamente quando fatto per confondere i visitatori del sito circa la paternità dei contenuti o dei prodotti "*linkati*"); p. 309 s (per il mouse *trapping*, che costituisce indubbiamente una pratica commerciale aggressiva e che "astrattamente" potrebbe rilevare a fini concorrenziali); pp. 403 ss. (*page jacking*, che consiste nella creazione di pagine clone per attrarre visitatori ignari e costituisce una violazione

Particolarmente interessanti sono le fattispecie di illecita registrazione di un nome a dominio riconducibile ad altri. Parziale risposta è offerta dalle disposizioni cautelari tipiche di cui al d. lgs. 30 del 2005, “Codice della proprietà industriale” (più semplicemente c.p.i.). In particolare, l’art. 131 c.p.i. – disposizione speculare a quelle già viste in materia di proprietà intellettuale (cioè all’art. 163 l.d.a.), e attuazione anch’essa della disciplina processuale europea di cui alla Direttiva c.d. “*Enforcement*” (2004/48/CE); norma che disciplina l’inibitoria industrialistica⁹³⁹, la quale può essere esperita anche nei confronti del prestatore intermediario i cui servizi siano impiegati per commettere la violazione⁹⁴⁰ – relega nella materia *de qua* l’art. 700 c.p.c. ad un ruolo marginale⁹⁴¹, sebbene si usi affermare che concorrenza sleale (e quindi illeciti confusori)

trasversale in materia di disciplina della concorrenza, di proprietà intellettuale e industriale); pp. 407 ss. (*trick bannering*, una inserzione pubblicitaria con *link* ad un altro sito, che è dissimulata, celata, e che mira ad aumentare le visite al sito bersaglio). Sul *cybersquatting* c.d., cioè l’accaparramento di nomi a dominio per poi rivenderli, cfr. M. L. BIXIO, *La violazione della reputazione aziendale attraverso ‘abusivo sfruttamento dell’immagine o del marchio altrui, la diluizione o la confusione*, in *Internet e reputazione aziendale*, cit., p. 99. Per l’applicazione dei principi della contraffazione al *cyber squatting*, v. A. FITTANTE, *Brand, Industrial design, Made in Italy: la tutela giuridica*, cit., p. 262. Peraltro, la stessa fattispecie costituirebbe, secondo quanto si desume dai provvedimenti sanzionatori della Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato, una pratica commerciale scorretta ai sensi della disciplina di cui al Codice del Consumo (d. lgs. 206 del 2005).

⁹³⁹ Giacché l’intero apparato rimediario è costruito “morfologicamente” attorno all’inibitoria. Così L. NIVARRA, *Concorrenza sleale e responsabilità d’impresa*, cit., p. 587. V. anche A. FITTANTE, *Brand, Industrial design, Made in Italy: la tutela giuridica*, cit., p. 86. L’inibitoria può esperirsi anche a tutela di un marchio in corso di registrazione. Il resistente potrebbe difendersi cercando di far valere motivi di nullità o decadenza (v. *ibidem*, pp. 98 ss).

⁹⁴⁰ A. SIROTTI GUADENZI, *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, cit., p. 79 s per una disamina della disciplina processuale di cui alla Direttiva *Enforcement* (Direttiva 2004/48/CE). Per quanto attiene alla proprietà industriale, v. *ibidem* pp. 165 s. e 175 ss., per puntuali notazioni in materia di legittimazione attiva e passiva dell’azione di contraffazione cautelare *ex art.* 131 c.p.i.. Per il regime probatorio di contraffazione e nullità del marchio *ex art.* 121 c.p.i., v. invece *ibidem*, p. 81. Tra le misure idonee a porre fine alle violazioni, cui gli intermediari (nel caso di specie, *hosting provider*) possono essere tenuti, vi è la “sospensione” del destinatario di servizi della società dell’informazione direttamente responsabile della vendita di merce contraffatta. Così in A. FITTANTE, *Brand, Industrial design, Made in Italy: la tutela giuridica*, cit., p. 257.

⁹⁴¹ Per A. SIROTTI GUADENZI, *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, cit., p. 114, il rimedio *ex art.* 700 c.p.c. potrebbe trovare applicazione pratica nell’accertamento negativo urgente. V. anche S. RAPUANO, *l’art. 700 c.p.c. in materia di marchi e concorrenza sleale*, in *700 c.p.c. – strategie processuali e ambiti applicativi*, a cura di E. Brandolini, cit., pp. 232 ss.: l’art. 700 c.p.c. trova applicazione solo in via residuale, quando non v’è altra misura tipica, come per il caso dei marchi di fatto, o per l’accertamento negativo. L’A. ritiene che è prassi cumulare i due rimedi (art. 131 c.p.i. e 700 c.p.c.) per assicurare anche l’emanazione di provvedimenti complementari. V. inoltre *ibidem*, p. 236 per l’interesse ad agire per l’accertamento negativo.

e contraffazione operino su “piani differenti”⁹⁴². Altrettanto interessante è l’art. 133 c.p.i. che disciplina la “tutela cautelare dei nomi a dominio”⁹⁴³. Il fatto che tale disposizione

⁹⁴² M. L. BIXIO, *La violazione della reputazione aziendale attraverso ‘abusivo sfruttamento dell’immagine o del marchio altrui, la diluizione o la confusione*, cit. p. 115, nonché A. SIROTTI GUADENZI, *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, cit., p. 79. L’azione ex art. 2598 c.c. invece sanziona il turbamento del regolare svolgimento della competizione tra imprenditori, e il bene tutelato è il corretto funzionamento del mercato (così in I. P. CIMINO, *Fattispecie di concorrenza sleale mediante internet: gli atti riguardanti le pagine web*, in *Diritto dell’internet e delle nuove tecnologie*, cit., p. 375). Allo stesso modo, G. CASSANO, *Fattispecie di concorrenza sleale mediante internet: gli atti pertinenti ai segni distintivi*, in *Diritto dell’internet e delle nuove tecnologie*, cit., p. 413, ritiene l’azione esperita a tutela del nome a dominio (131 c.p.i.) cumulabile con quella concorrenziale ex art. 2598 c.c., n. 1, chiaramente nel caso in cui il convenuto sia imprenditore, ed anche se ci si è limitati al solo compimento di atti preparatori. Illecito – e quindi sanzionabile ex art. 2598 c.c. – è anche il *typosquatting*, perché è una pratica parassitaria che mira ad attrarre quei visitatori che, digitando il nome del concorrente, commettono un errore di battitura. Per una lettura critica della tesi del cumulo dei rimedi (2598 c.c. e 131 c.p.i.) cfr. L. NIVARRA, *Concorrenza sleale e responsabilità d’impresa*, cit., p. 565. V. anche A. FITTANTE, *Brand, Industrial design, Made in Italy: la tutela giuridica*, cit., p. 74. Lo stato soggettivo del contraffattore rileva solo nelle ipotesi di concorrenza sleale, non nella azione reale di contraffazione. Con la contraffazione si fa valere il diritto all’uso esclusivo del marchio ex artt. 2569 c.c. e 20 c.p.i. (*ibidem*, p. 10). Cfr. M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, cit., p. 348. Le domande risarcitorie e inibitorie da violazione del diritto di marchio possono proporsi davanti al giudice del foro corrispondente al luogo di stabilimento del convenuto, sia del Paese di registrazione del marchio. Per il marchio comunitario, v. *ibidem*, pp. 329 ss. Si è già osservato, invece, che in materia concorrenziale vige il criterio del foro del mercato interessato dalle condotte illecite. Sul piano interno (*ibidem*, p. 398), alla concorrenza sleale “pura” può applicarsi l’art. 20 c.p.c. (e il processo cautelare si celebra dinnanzi al giudice competente per il merito). Invece, in materia di diritti di privativa industriale vigono le regole di cui all’art. 120 c.p.i., *lex specialis* prevalente sulle regole del Reg. Bruxelles I-bis, che non consentono di proporre l’azione nel *forum actoris* (quale, a ben vedere, è il *forum damni* ex art. 20 c.p.c.), se non nel caso (*ibidem*, p. 403, nonché art. 120, comma II, c.p.i.) in cui il contraffattore convenuto non abbia alcun legame col territorio italiano.

⁹⁴³ A. SIROTTI GUADENZI, *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, cit., p. 180 s. La disposizione in esame non fa altro che codificare l’approdo interpretativo di quella parte della giurisprudenza che aveva ritenuto potersi concedere condanna al trasferimento del nome a dominio illegittimamente registrato, in sede cautelare. V. M. FARINA, *Elementi di diritto dell’informatica*, cit., pp. 235 ss., per talune considerazioni circa la duplice natura del *domain name* (dato tecnico e segno distintivo). V. l’art. 22 c.p.i. (“unitarietà dei segni distintivi”): “1. È vietato adottare come ditta, denominazione o ragione sociale, insegna e nome a dominio di un sito usato nell’attività economica o altro segno distintivo un segno uguale o simile all’altrui marchio se, a causa dell’identità o dell’affinità tra l’attività di impresa dei titolari di quei segni ed i prodotti o servizi per i quali il marchio è adottato, possa determinarsi un rischio di confusione per il pubblico che può consistere anche in un rischio di associazione fra i due segni. / 2. Il divieto di cui al comma 1 si estende all’adozione come ditta, denominazione o ragione sociale, insegna e nome a dominio di un sito usato nell’attività economica o altro segno distintivo di un segno uguale o simile ad un marchio registrato per prodotti o servizi anche non affini, che goda nello Stato di rinomanza se l’uso del segno senza giusto motivo consente di trarre indebitamente vantaggio dal carattere distintivo o dalla rinomanza del marchio o reca pregiudizio agli stessi”. Cfr., per la disciplina delle misure cautelari, competenza, e notazioni materia di applicabilità del rito cautelare uniforme, M. L. BIXIO, *La violazione della reputazione aziendale attraverso ‘abusivo sfruttamento dell’immagine o del marchio altrui, la diluizione o la confusione*, cit., p. 117 s. V. *ibidem*, p. 95. L’A. opina nel senso che il *periculum in mora*, in materia di azione cautelare per la tutela del nome a dominio, è *in re ipsa*. V. anche, per una analisi dello “statuto” del nome a dominio, A.

non assorbe le esigenze di tutela cautelare concernenti i nomi a dominio illegittimamente registrati, impone di ritenere debbasi consentire l'esperienza del rimedio urgente al fine conseguire il medesimo risultato di cui alla disposizione esaminata, nei casi non ivi espressamente contemplati⁹⁴⁴.

Altrettanto vale per l'impiego, quali *metatags* incorporati nel codice sorgente delle pagine, o in funzione di *keyword advertisement* nel motore di ricerca, di parole riconducibili al marchio o segni distintivi altrui⁹⁴⁵. Quando infatti non può esperirsi azione (cautelare) di contraffazione *ex art. 131 c.p.i.*⁹⁴⁶, dovrebbe potersi esperire la tutela cautelare urgente *ex*

FITTANTE, *Brand, Industrial design, Made in Italy: la tutela giuridica*, cit., pp. 253 ss. Non si richiede che il titolare del nome a dominio abbia la qualifica di imprenditore, ma, più genericamente, si richiede sia un soggetto esercente l'attività economica (art. 22 c.p.i.). Competente è la sezione specializzata in materia di imprese (*ibidem*, p. 77). Legittimati attivi sono anche i licenziatari del marchio (*ibidem*, p. 77), mentre legittimati passivi sono sia il gestore del sito che l'intermediario (*ibidem*, p. 76). Contraffazione è anche l'atto preparatorio (mera registrazione del dominio, prima che il sito sia "lanciato"). È irrilevante lo stato soggettivo del contraffattore (*ibidem*, p. 74). Il trasferimento del nome a dominio può essere subordinato al pagamento di una cauzione (*ibidem*, p. 88).

⁹⁴⁴ A. SIROTTI GUADENZI, *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, cit., p. 226, come quando è violato l'altrui diritto al nome. Per una raccolta di pronunzie cautelari in materia di tutela del nome a dominio v. *ibidem*, p. 229 s, nonché A. MAIETTA, *I segni distintivi nell'era internet*, in *Diritto dell'internet e delle nuove tecnologie*, cit., p. 372 s. Un altro caso potrebbe essere quello dell'illecito impiego del nome di un'opera altrui quale nome a dominio. *Ibidem*, p. 364 s. Nello stesso senso, M. FARINA, *Elementi di diritto dell'informatica*, cit., p. 240, che ritiene debbano trovare tutela in forma atipica tutti gli usi non imprenditoriali del dominio. In giurisprudenza, Trib. Venezia, 31 gennaio 2017, in *ilcaso online*. Il giudice ha ritenuto di poter concedere il trasferimento in sede cautelare *ex art. 700 c.p.c.* del nome a dominio, sul presupposto che tale tutela può darsi al di fuori dei casi contemplati dall'art. 133 c.p.i. (nel caso in esame, il resistente non aveva ottemperato all'obbligo contrattuale di trasferire il dominio). Cfr. G. PROIA, *Strumenti di tutela in internet e reputazione aziendale*, cit., p. 150. L'A. ritiene che il rimedio generale per le controversie in materia di nomi a dominio sia l'art. 2598 c.c., mentre l'art. 133 c.p.i. costituisca un rimedio speciale, che consente di trasferire il nome a dominio corrispondente al marchio contraffatto. V. anche A. FITTANTE, *Brand, Industrial design, Made in Italy: la tutela giuridica*, cit., p. 83. A favore dell'esperienza del rimedio urgente in questi casi milita la difficoltà che s'incontra nella prova del danno e la non risarcibilità in forma specifica.

⁹⁴⁵ Per G. CASSANO, *Fattispecie di concorrenza sleale mediante internet: gli atti pertinenti ai segni distintivi*, cit., p. 433, va rammentato che tale pratica è lecita quando non mira a creare confusione.

⁹⁴⁶ Che presuppone contraffatto un marchio. V. peraltro la celebre sentenza *Interflora* (C-323/09). Infatti, il *keyword advertising* con marchi celebri può essere lecito quando non realizza uno sfruttamento parassitario, così in M. L. BIXIO, *La violazione della reputazione aziendale attraverso 'abusivo sfruttamento dell'immagine o del marchio altrui, la dilution o la confusione*, cit., p. 101 s. Per la tutela contro l'agganciamento parassitario realizzato utilizzando il marchio celebre come *meta tag*, nonché tramite *keyword advertising*, v. *ibidem*, pp. 100 ss. Per A. FITTANTE, *Brand, Industrial design, Made in Italy: la tutela giuridica*, cit., p. 265 s, la sentenza *Interflora* vieterebbe (solo) l'uso del marchio altrui parassitario, diluitorio, corrosivo.

art. 700 c.p.c. per anticipare il contenuto della pronunzia che accerti il compimento di atti di concorrenza sleale⁹⁴⁷ (condotta parassitaria e confusoria) e, per l'effetto, li inibisca, e ciò, stante il disposto dell'art. 15, comma II, d. lgs. 70 del 2003, anche nei confronti dell'intermediario, pur civilmente irresponsabile dell'illecito.

8. La dialettica col gestore del mercato. La chiusura ingiustificata del profilo del venditore.

Si è avuto modo di rilevare come le piattaforme *online* costituiscano ormai delle “piazze”, sulle quali si svolge parte della vita relazionale dei consociati. Ciò è notorio, né gli scambi economici – che avvengono in misura via via crescente mediante contrattazione a distanza – costituiscono una eccezione.

Potrebbe allora essere interessante concentrarsi brevemente, per immaginare il bisogno di tutela che può nascere quando ci si trovi ingiustamente esclusi da un mercato virtuale⁹⁴⁸: è risaputo infatti che la più parte del volume di affari si concentra, a livello mondiale, su un numero esiguo di “piazze”, di c.d. piattaforme *e-commerce*.

Essere esclusi da una di queste piattaforme potrebbe voler dire essere esclusi, di fatto, dell'intero mercato, secondo un assunto che, se provato vero, giustificherebbe senz'altro

⁹⁴⁷ Per l'applicazione al caso in esame della disciplina in materia di concorrenza sleale v. A. FITTANTE, *Brand, Industrial design, Made in Italy: la tutela giuridica*, cit., p. 264. La pratica *de qua* è sanzionabile ex art. 2598 c.c. nn. 1 e 3, quando cagiona confusione nella clientela e realizza una appropriazione di pregi altrui. A ciò *adde* (*ibidem*, p. 269) la considerazione che il sito *internet* può essere protetto come opera dell'ingegno, in quanto “creativo”.

⁹⁴⁸ La dialettica col gestore della piattaforma è problematica perché talvolta il gestore potrebbe essere direttamente in concorrenza con i rivenditori le cui inserzioni ospita (M. A. ROSSI, *Il ruolo delle piattaforme nell'economia dei Big Data*, cit., p. 83). Le piattaforme si trovano poi in posizione privilegiata per l'acquisizione di dati (sia sui clienti, sia sui concorrenti) (*ibidem*, p. 79). *Adde* M. GAMBARO, *Big Data, Mercato e Mercati rilevanti*, in *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, cit., p. 202. Vi è il sospetto, per l'A., che i motori di ricerca interni possano essere programmati per restituire tra i primi risultati quelli commerciati direttamente dal gestore del mercato.

la praticabilità del rimedio urgente *ex art. 700 c.p.c.* per mantenere il contratto, in caso di inadempimento⁹⁴⁹.

Sindacare la legittimità del recesso (da parte del gestore delle piattaforme) è, però, tutt'altra questione, decisamente meno generosa quanto all'offerta di possibilità di un esame *nel merito*, o a una tutela *reale*, che vada oltre la comminazione del risarcimento del danno.

Invero, sembra che questo sia possibile laddove si prospetti una fattispecie di dipendenza economica tra l'impresa venditrice (*impresa cliente*) e l'impresa che gestisce la piattaforma. La norma che commina la nullità dei patti che realizzano l'abuso di dipendenza economica è l'art. 9⁹⁵⁰ della legge 192 del 1998 sulla disciplina della sub-fornitura, disposizione questa che, come è pacifico⁹⁵¹, ha applicazione generale. La compatibilità tra rimedio urgente *ex art. 700 c.p.c.* e tale disposizione è ormai indiscussa, come una copiosa giurisprudenza può riprovare⁹⁵². Non ci si potrà comunque esimere da un esame – pur sommario – quanto alla ricorrenza del *fumus boni iuris*, ovverosia sussistenza di *dipendenza economica e abuso* di questa, e *periculum in mora*, il quale non

⁹⁴⁹ Trib. Pordenone, 10 dicembre 2018, cit., che ha per oggetto la riattivazione d'urgenza di una pagina "social", la cui prolungata disattivazione vanificherebbe il tempo speso per crearla e "farla crescere", poiché cagionerebbe una perdita di interesse nel pubblico.

⁹⁵⁰ L'art. 9 suddetto reca: "1. È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti./ 2. L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto. / 3. Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo".

⁹⁵¹ Cass., SS. UU., 25 novembre 2011, n. 24906.

⁹⁵² *Ex multis*: Trib. Roma, 5 novembre 2013, in *Dejure online*; Trib. Bari, II, 11 ottobre 2004, *ibidem*; Trib. Torre Annunziata, 30 marzo 2017, *ibidem*; Trib. Nola, II, 20 maggio 2008, *ibidem*; Trib. Salerno, 29 giugno 2009, *ibidem*; Trib. Bari, 6 maggio 2002, *ibidem*; Trib. Torino, 21 marzo 2010, *ibidem*; da ultimo, Trib. Milano, 17 maggio 2017, *ibidem*.

è ravvisabile *in re ipsa*, ma deve essere adeguatamente provato, pur ricorrendo, se del caso, a taluni indici presuntivi⁹⁵³.

Fuori da tali casi, rimane la possibilità di sindacare il recesso quando non sia esercitato secondo buona fede⁹⁵⁴. È nota, quanto controversa, la giurisprudenza “*Rénauld*”⁹⁵⁵.

Nell’unico caso di cui si ha contezza⁹⁵⁶, il giudice ha seguito una strada differente. Sul presupposto che la sospensione dell’*account sine die* equivalga a esercizio del recesso, e ritenuto che l’approvazione in blocco delle clausole contrattuali (anche mediante “*point and click*”) esclude vi sia stata specifica approvazione della clausola vessatoria *ex art.* 1341 c.c., comma II, ha ritenuto di qualificare come inadempimento l’interruzione del servizio da parte del gestore del mercato *online* nei confronti dell’imprenditore, e ha ordinato la riattivazione del profilo del venditore, il *periculum* consistendo nel rischio di decozione e, prima di questa, di danno alla immagine professionale del ricorrente, equivalendo, nel ragionamento del giudice, l’esclusione da *quel* mercato ad *esclusione dal mercato*.

9. *Smart contracts* e provvedimenti d’urgenza.

⁹⁵³ Trib. Catania, 5 gennaio 2004, in *ilFallimento online*. Non è stata data, nel caso in esame, prova adeguata del *periculum in mora*, che non può ritenersi evasa con apodittiche affermazioni circa il rischio di “blocco della produzione”.

⁹⁵⁴ V. Trib. Bergamo, IV, 4 gennaio 2017, in *infojuris online*. Il giudice ha ritenuto che la fattispecie della quale ha conosciuto non potesse essere sussumibile entro il paradigma della dipendenza economica, e questo per la assenza del “*lock-in*” (impossibilità di reperire alternative soddisfacenti) che costituisce elemento imprescindibile. Ciò rimaneva indimostrato, giacché non v’erano stati tentativi seri di rivolgersi ad altri e risultava agli atti più di un elemento che facesse presumere il contrario. Peraltro, non v’erano neanche stati investimenti specifici (quale assunzione di personale *ad hoc*, acquisto di macchinari appositi e così via), fatta eccezione per un contratto di affitto, il quale poteva essere terminato liberamente. Tuttavia, nel difetto della posizione di dipendenza economica, le condotte che rileverebbero quale abuso della stessa possono essere assunte a come indice di violazione del dovere contrattuale di serbare un comportamento secondo buona fede. Pertanto, il giudice ha ordinato di concedere un preavviso di recesso più lungo, ritenuto congruo, e rimesso la determinazione delle conseguenze risarcitorie alla fase di merito.

⁹⁵⁵ Cass, III, 18 settembre 2009, n. 20106.

⁹⁵⁶ Trib. Catanzaro, I, 30 aprile 2012, in *Dejure online*.

Crescente interesse, in tempi recenti, hanno destato nella dottrina i c.d. *smart contracts* (ma, ci si azzarderebbe a dire, meno frequentemente con riguardo ai possibili, concreti, bisogni di tutela).

Gli *smart contracts* sono più risalenti – almeno a livello di teorizzazione – di quanto la suddetta proliferazione di articoli scientifici darebbero supporre⁹⁵⁷. Infatti, sebbene – anche *in iure*, come si vedrà – essi siano associati alla tecnologia *blockchain*⁹⁵⁸, tale accoppiamento non è affatto necessario. Lo *smart contract* è – a ben vedere – un

⁹⁵⁷ In questo senso, A. NISATO, *Blockchain e Smart Contract alla luce del Decreto Semplificazioni 2019*, in *Dir. Dell'informatica online*, 2019. Lo *smart contract* sarebbe: “la traduzione in codice di un contratto in modo tale da eseguire automaticamente le clausole contrattuali al verificarsi, sempre in modo automatico, di determinate condizioni stabilite *ex ante* e inserite all'interno del codice”. Cfr. R. PISELLI, S. SEGNALINI, *Blockchain e arte: il mercato è maturo per l'artech?*, cit., p. 112. Si incorporano “nel codice istruzioni che consentono alle persone di entrare in relazione contrattuale con altre persone o macchine: gli accordi vengono validati in via decentralizzata dai vari nodi della *blockchain* ed eseguiti immediatamente in modo automatico”.

⁹⁵⁸ Così in G. LEMME, *Blockchain, smart contracts, privacy, o del nuovo manifestarsi della volontà contrattuale*, in *Privacy digitale*, a cura di E. Tosi, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, p. 322 s. La tecnologia *blockchain* consta di un registro diffuso, ogni transazione avvenente sul quale viene validata dalla maggioranza dei nodi, e diviene, una volta inserita, imm modificabile. Ciò avviene perché ogni “blocco” reca impressa la “firma” del blocco precedente, secondo un sistema di coppie di chiavi di cifratura asimmetrica, che consente solo all'autore di cifrare ma a chiunque sia in possesso della chiave pubblica di decifrare, e quindi verificare, la firma (*ibidem*, p. 299). Per possibili applicazioni della *blockchain*, v. *ibidem*, pp. 300 ss. Per la “ontologica” scarsa compatibilità del registro distribuito con la normativa del GDPR, v. *ibidem*, pp. 318 ss. Sembrano esservi due idee di *privacy* diverse sottese alla normativa europea e al registro distribuito (per cui dovrebbe piuttosto parlarsi di non immediata identificabilità, più che di anonimato). Infatti, è sempre possibile estrarre copia dello storico delle operazioni, v. S. L. FURNARI, *Ico in Italia: applicabilità della disciplina sull'equity crowdfunding e suoi potenziali benefici*, in *Fintech: diritto, tecnologia e finanza*, a cura di R. Lener, Editrice Minerva Bancaria, Roma, 2018, p. 145. Per il ruolo del *miner*, v. *ibidem*, p. 144. Sulla base della tecnologia *blockchain* funzionano le criptovalute, “bene immateriale prodotto da una rete *blockchain*, la cui esistenza è provata dalle informazioni registrate sulla stessa”, così in *ibidem*, p. 147. V. anche E. RULLI, *Le sfide della blockchain ai giuristi*, in *Fintech: diritto, tecnologia e finanza*, cit., p. 91 ss. L'A., con riguardo alla *blockchain*, che definisce una infrastruttura decentrata, creata e sostenuta dai partecipanti della piattaforma stessa. Per l'A. “sistema più sicuro non esiste”, visto che la validazione di ogni operazione è disponibile *online* e verificata in tempo reale da migliaia di nodi. In termini simili P. LUCANTONI, *Distributed Ledger Technology e infrastrutture di negoziazione post trading*, in *Fintech: diritto, tecnologia e finanza*, cit., p. 99. L'A. definisce la tecnologia basata sul registro distribuito (DLT), come l'infrastruttura nella quale i partecipanti sono nodi e le informazioni circolano mediante comunicazione fra i nodi stessi, i quali, condividendo le informazioni, validano la crittoscrittura; insomma, si ha gestione decentralizzata di un registro condiviso, detenuto dagli stessi partecipanti. Per alterare la crittoscrittura, occorrerebbe il consenso della metà più uno dei nodi. Così in R. PISELLI, S. SEGNALINI, *Blockchain e arte: il mercato è maturo per l'artech?*, in *Fintech: diritto, tecnologia e finanza*, cit., p. 111.

*algoritmo*⁹⁵⁹ che consente di regolare l'esecuzione di un contratto in maniera automatica, senza possibilità materiale che si verifichi un inadempimento, oppure regolando immediatamente le conseguenze pratiche dello stesso. Le utilità di un simile strumento sono di tutta evidenza⁹⁶⁰.

Oggi si tende ad associare lo *smart contract* alla tecnologia *blockchain*⁹⁶¹, e così fa anche il legislatore: lo *smart contract* è il “programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse”, secondo il disposto dell'art. 8-ter del d. l. 135 del 2018, convertito con modificazioni dalla l. 12 del 2019, che si occupa delle tecnologie di *blockchain* e *smart contracts* ai fini della capacità di soddisfare il requisito della forma scritta nonché della validazione temporale dei documenti memorizzati con *blockchain*.

I vantaggi – come i rischi – connessi all'impiego degli *smart contracts* risiedono tutti nella “automaticità” dell'esecuzione del regolamento contrattuale⁹⁶².

Se potranno porsi questioni di interpretazione della *voluntas contractus* – non tanto per l'ambiguità delle clausole, vista la chiarezza necessaria che contraddistingue le istruzioni in codice⁹⁶³ – ma per eventuali lacune o per il verificarsi di condizioni impreviste tali da

⁹⁵⁹ In questi termini, G. LEMME, *Blockchain, smart contracts, privacy, o del nuovo manifestarsi della volontà contrattuale*, cit., p. 308.

⁹⁶⁰ V. S. L. FURNARI, *Ico in Italia: applicabilità della disciplina sull'equity crowdfunding e suoi potenziali benefici*, cit., p. 146. I programmi possono essere collegati a *provider* di informazioni esterni (in gergo “oracoli”) reputati attendibili, e trasferire beni come le criptovalute.

⁹⁶¹ *Ibidem* si definisce la *blockchain* (“tecnologia basata su registri distribuiti”) come “le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturealmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili”.

⁹⁶² Per possibili applicazioni degli *smart contracts*, cfr. G. LEMME, *Blockchain, smart contracts, privacy, o del nuovo manifestarsi della volontà contrattuale*, cit., pp. 315 ss. Lo *smart contract* infatti non può essere arrestato una volta avviato, se non sulla base delle condizioni pre-codificate (così in S. L. FURNARI, *Ico in Italia: applicabilità della disciplina sull'equity crowdfunding e suoi potenziali benefici*, cit., p. 146).

⁹⁶³ Così G. LEMME, *Blockchain, smart contracts, privacy, o del nuovo manifestarsi della volontà contrattuale*, cit., p. 313.

far vacillare l'assetto di interessi tale quale tratteggiato dalle parti, è chiaro che i rimedi non potranno che essere restitutori⁹⁶⁴.

Concettualmente la questione non pone problemi diversi da quelli di istituti che realizzano il medesimo scopo pratico dello *smart contracts*: rendere o *economicamente, o materialmente, impossibile* l'inadempimento. In altre parole, è esclusa dall'operare inesorabile del *software* l'autotutela privata. In consimili casi si è già concluso positivamente per la percorribilità dei rimedi urgenti⁹⁶⁵, e non si vede perché non possa concedersi in via urgente la restituzione della somma, ogni qualvolta ricorrano le condizioni per tutelare in via urgente il diritto di credito: è il caso di chi, costretto a versare la somma indebita, corre il rischio di decozione, ovvero chi ha motivo di ritenere che la controparte, lasciata indisturbata sino alla decisione di merito, realizzerà manovre tali da preconstituire le condizioni per porre nel nulla la futura pronunzia, così realizzando un intollerabile scarto tra danno patito e risarcito.

Ciò sempre che competente a conoscere della questione sia un giudice italiano, alla stregua dei criteri già esaminati: il che, tolto il caso del consumatore, è tutt'altro che scontato⁹⁶⁶.

10. Il *fil rouge* tra concorrenza, proprietà intellettuale e dati. La “gara” per le informazioni. Il software di terze parte in competizione con quello del gestore della piattaforma. La tutela del patrimonio informativo “Big Data”.

⁹⁶⁴ Ciò vale in generale per le transazioni che hanno avuto luogo su *blockchain*, visto che il registro non può essere modificato. Insomma, “su *blockchain* una transazione può forse essere restituita, ma mai cancellata, mai può essere *tamquam non esset*”. Così in E. RULLI, *Le sfide della blockchain ai giuristi*, cit., p. 96. V. anche S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Dejure online*, 2018. La tutela non potrà che essere successiva, giudiziale, restitutoria. L'intervento del giudice, ad opinione dell'A., dovrebbe essere semplificato dal fatto che l'an della attivazione dello *smart contracts* è ritenuta pattiziamente attendibile dalle parti.

⁹⁶⁵ V., con riguardo alle garanzie c.d. autonome, A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., pp. 330 ss.

⁹⁶⁶ M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, cit., p. 418 s, per una ricostruzione in materia di disciplina della questione di giurisdizione in materia di azioni contrattuali, con riguardo al caso del consumatore e del contratto tra professionisti.

Vista la rilevanza economica del mercato dei dati, ormai non più si contano le analisi, praticamente tutte concordi nel rimarcare come gli utenti barattino i propri dati personali in cambio di un servizio (il *software*)⁹⁶⁷. Tale servizio “parla” la lingua delle macchine, poiché programmato in codice, ed è quindi di tutta evidenza che tale codice costituisca una preziosa risorsa, quindi abbisogna di tutela, poiché è frutto di investimenti: ha luogo, insomma, una “gara” tra operatori economici per fare incetta di dati⁹⁶⁸, in una quantità ad un volume, una velocità e un valore tale da potersi parlare di “*Big Data*”⁹⁶⁹ (cioè dati e procedure finalizzate ad ottenere informazioni da informazioni⁹⁷⁰).

Sembra tuttavia mancare *in iure* una risposta adeguata ai bisogni di tutela degli operatori di tale mercato, che segua ad una presa di coscienza della mutata realtà economica.

Prima di indagare la questione, si dovrebbe rammentare che il diritto non rimane mai indifferente a fenomeni sociali ed economici di tale rilevanza, secondo un meccanismo – di risposta al bisogno sociale, prima che ermeneutico – che si suole chiamare

⁹⁶⁷ “I dati sono oggetto di uno scambio economico, anche se il consumatore non ne ha consapevolezza”; con la peculiarità che “sono i cessionari fornitori del servizio *online*, e non i consumatori cedenti, che unilateralmente decidono quante e quali informazioni costituiscono oggetto della cessione e determinano il corrispettivo”. Così V. FALCE, *Big Data e concorrenza. Quale rapporto?*, in *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, cit., p. 176. Sul funzionamento del *software* (nonché dell’algoritmo) proprietario al fine di collezionare dati, v. E. PROSPERETTI, *Algoritmi dei Big Data: temi regolamentari, responsabilità e concorrenza*, cit., p. 309.

⁹⁶⁸ Dati che costituiscono “il petrolio del XXI secolo”. Così M. L. MONTAGNARI, M. CAVALLO, *Big Data, cloud e responsabilità dei service provider*, cit., p. 287.

⁹⁶⁹ La competizione si basa sulla capacità di raccogliere e analizzare i dati mediante algoritmi via via più sofisticati: i dati sono dati personali che gli utenti scambiano con le piattaforme, ovvero che disseminano in *internet* con la navigazione. Così in F. VESSIA, *Big Data: dai vantaggi competitivi alle pratiche abusive*, in *Studi per Luigi Carlo Ubertazzi*, cit., p. 821. “I *Big Data* conferiscono un immenso potere di mercato”. Non si tratta solo della mole, ma anche della varietà dei dati. Così M. L. MONTAGNARI, M. CAVALLO, *Big Data, cloud e responsabilità dei service provider*, in *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, cit., p. 284.

⁹⁷⁰ C. DE GREGORIO, *Privacy, protezione dei dati personali e Big Data*, cit., p. 458 s: i *Big Data* sarebbero un insieme di dati e procedure finalizzate ad ottenere informazioni da informazioni: “raccolta e analisi di un grande volume di dati strutturati e non strutturati attraverso capacità computazionali o algoritmi al fine di scoprire modelli e correlazioni che possono condurre ad analisi produttive o a decisioni automatizzate”. Cfr. M. A. ROSSI, *Il ruolo delle piattaforme nell’economia dei Big Data*, cit., p. 75. Il *Big data* è una massa enorme di dati non strutturati, riconosciuti come fondamentali per realizzare incrementi di competitività mediante algoritmi e tecniche di *machine learning*.

interpretazione evolutiva, altro non essendo quest'ultima che una *rilettura di disposizioni risalenti, alla luce di quello che non si sapeva allora*, quando la norma è stata scritta.

Ciò risponde prima di tutto ad una esigenza di coerenza interna del sistema.

Il mercato dei dati vede concorrere le imprese del settore *tech*, mediante *software* che richiede investimenti ingenti per generare interesse negli utenti, al fine di raccogliere dati personali (“*Big Data*”)⁹⁷¹; gli operatori che concorrono nel mercato operano nel doveroso rispetto della normativa di diritto pubblico, che costituisce il perimetro di liceità dell'esercizio dell'attività imprenditoriale.

Possono astrattamente immaginarsi più bisogni di tutela, in ciascuno dei due “versanti” di questo mercato⁹⁷².

Si sorvolerà, poiché i “profili *antitrust*” non sono qui direttamente in discussione, sul fatto che tale mercato ha una “naturale” tendenza alla concentrazione, visto che numeri crescenti di utenti, quindi un patrimonio di dati sempre maggiore, conferisce potere di mercato maggiore, quindi di realizzare investimenti più importanti, offrire servizi migliori ed essere più “attraenti”, così da generare più dati⁹⁷³.

⁹⁷¹ Lo scopo primario di molte attività in rete è diventato l'acquisizione di Big Data, e l'attività “esteriore” (come la gestione del *social network* o del mercato) “si configura sempre più come un semplice strumento per l'acquisizione di Big Data e la successiva commercializzazione di essi”. Così C. GALLI, M. A. BOGNI, *I requisiti per la tutela IP dei Big Data*, in *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, cit., p. 94. Il Big Data è una risorsa economica la cui ricchezza deriva proprio dalle opportunità che il trattamento offre (*ibidem*, p. 93). Non può però ignorarsi che la grande mole di dati consente la profilazione dei navigatori in rete e questo incrina il presupposto che costituiva la *ratio* dell'immunità del prestatore intermediario, cioè il costo eccessivo del monitoraggio.

⁹⁷² F. VESSIA, *Big Data: dai vantaggi competitivi alle pratiche abusive*, cit., p. 825. Queste *two sided platforms* raccolgono i dati che gli utenti cedono per godere dei servizi e li rivendono agli inserzionisti. V. anche V. FALCE, *Big Data e concorrenza. Quale rapporto?*, cit., p. 174 s. Per l'A. il principale “ecosistema” del Big Data sono i mercati a più versanti. Nelle *matching platforms* (come i mercati *online*) entrambi i gruppi di utenti (es: venditore e acquirente) conferiscono dati.

⁹⁷³ Tale effetto è detto “*snowball effect*”. Basti qui constatare che è inscindibile l'intreccio tra normativa *privacy* e *antitrust*. Di tale commistione sembra avere preso atto l'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato, come si è già avuto modo di evidenziare *supra*. Così in F. VESSIA, *Big Data: dai vantaggi competitivi alle pratiche abusive*, cit., pp. 823, 829 e 838. Cfr. V. FALCE, *Il valore dei dati nell'era dell'innovazione*, in *Studi per Luigi Carlo Ubertazzi. Proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., p. 318 s. L'A. teme le implicazioni *antitrust* connesse a quella che ritiene una *over-protection* del patrimonio informativo. Pertanto, dovrebbe farsi applicazione del principio pretorio europeo dell'abuso del diritto ogni

Non ci si soffermerà nemmeno sulla protezione del codice dal *plagio*, poiché sopperiscono le misure cautelari tipiche in materia di disciplina della proprietà intellettuale (art. 163 l.d.a.)⁹⁷⁴.

Maggiore interesse desta la tutela del patrimonio informativo (“*Big Data*”) nel suo complesso. Generalmente si ritiene che tale patrimonio non possa costituire oggetto di protezione ai sensi della disciplina in materia di segreto industriale⁹⁷⁵, né ai sensi della disciplina autorale delle banche dati che “per la scelta o la disposizione del materiale costituiscono una creazione intellettuale dell’autore”, secondo il disposto dell’art. 1, comma II, l.d.a.⁹⁷⁶; la disciplina della protezione del Big Data, più coerentemente⁹⁷⁷, si usa rinvenire fra i “diritti connessi”, all’art. 102-*bis* l.d.a.⁹⁷⁸. Tale disposizione consente

qualvolta dall’applicazione della protezione *sui generis* delle banche dati al *Big Data* si corre il rischio di costituire o rafforzare oligopoli. Cfr. M. BERTANI, *Big Data, proprietà intellettuale e mercati finanziari*, cit., p. 35, ad opinione del quale i dati sono “vantaggi strategici sulla controparte contrattuale e competitivi sui concorrenti”. V. anche V. FALCE, *Big Data, dataset e diritti esclusivi. Liaisons dangereuses tra innovazione e mercato*, in *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, cit., pp. 114 e 130. L’A. ritiene che in futuro ci si dovrà interrogare sulle implicazioni *antitrust* connesse all’eccessivo accumulo di dati. Anche la forma di protezione minima del diritto *sui generis ex art. 102 l.d.a.* rischia di rivelarsi *over-protection*.

⁹⁷⁴ Così E. PROSPERETTI, *Algoritmi dei Big Data: temi regolamentari, responsabilità e concorrenza*, cit., p. 310.

⁹⁷⁵ Ritiene M. BERTANI, *Big Data, proprietà intellettuale e mercati finanziari*, in *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, cit., p. 41, che l’attuale disciplina di cui agli artt. 98 e 99 c.p.i. “non assoggetta più (...) i meri dati informativi ad un vero e proprio *ius excludendi* esercitabile *erga omnes alios*”. La risposta sembra provenire dal regime giuridico delle banche dati (*ibidem*, p. 37).

⁹⁷⁶ Così C. GALLI, M. A. BOGNI, *I requisiti per la tutela IP dei Big Data*, cit., p. 95 s. Il materiale non può dirsi propriamente scelto né disposto dall’autore.

⁹⁷⁷ C. GALLI, M. A. BOGNI, *I requisiti per la tutela IP dei Big Data*, cit., p. 104. La *ratio* che ispira la tutela è di matrice squisitamente concorrenziale.

⁹⁷⁸ V. M. CARTELLA, *Profili giuridici delle banche dati*, in *Studi per Luigi Carlo Ubertazzi. Proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., p. 157 ss. La protezione potrebbe comunque cumularsi, laddove ve ne fossero le condizioni, con quella delle banche dati *ex art. 1, comma II, l.d.a.* (su queste ultime, *ibidem*, pp. 152 ss). Per le banche dati “pubbliche”, invece, il costituente potrebbe, mediante l’impiego di clausole contrattuali, restringere l’accesso o limitarne l’uso (*ibidem*, p. 149 ss). Il diritto c.d. *sui generis ex art. 102-bis l.d.a.* ha per fine la protezione dell’investimento, quindi la tutela non cade “sulla creatività, ma sui dati in quanto complesso di informazioni”, cioè il contenuto informativo della banca dati nel suo insieme. Cfr. V. FALCE, *Il valore dei dati nell’era dell’innovazione*, in *Studi per Luigi Carlo Ubertazzi. Proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., p. 308. Posto che il diritto *sui generis* ben potrebbe proteggere i dati grezzi (*ibidem*, p. 303), che non può aversi protezione col diritto d’autore perché i dati – o anche l’ordinata disposizione degli stesi – non costituisce “creazione”, giacché non riflette la personalità dell’autore (*ibidem*,

di vietare, da parte del costituente di una banca dati⁹⁷⁹, il reimpiego o anche la semplice estrazione di una parte sostanziale della stessa⁹⁸⁰ (si ritiene *ex art.* 163 l.d.a.⁹⁸¹).

Si è accennato poi al fatto che potrebbe esperirsi una azione cautelare atipica *ex art.* 700 c.p.c. per far valere qualsiasi diritto discendente dalla disciplina europea in materia di dati personali. Per quanto da più parti si rimarchi che il GDPR sembra “nato vecchio”, perché

p. 304), la tutela del “*Big Data*” non può che aversi *ex art.* 102-*bis* l.d.a.. Non può comunque tacersi l’interpretazione “contenitiva” adoperata dalla giurisprudenza comunitaria (su cui v. *ibidem*, pp. 310 ss). Tutto quanto scritto nel presente paragrafo sconta una precarietà e una incertezza dovuta al fatto che ci si muove “sulle sabbie mobili della conoscenza *in fieri*”, per riprendere un’espressione di M. CATANZARITI, *Dalla terza rivoluzione industriale ai big data: spunti per una ricostruzione*, cit., p. 33. Cfr. M. BERTANI, *Big Data, proprietà intellettuale e mercati finanziari*, cit., p. 53. Il diritto *sui generis ex art.* 102-*bis* l.d.a. sarà lo strumento di appropriazione delle informazioni più spesso applicabile “perché è certamente il meno selettivo tra i mezzi che permettono di appropriare i risultati di attività di scelta ed organizzazione ed esposizione (anche non creativa) di dati informativi”. Esistono comunque soluzioni più articolate. Per una lettura critica della tesi maggioritaria cfr. C. GALLI, M. A. BOGNI, *I requisiti per la tutela IP dei Big Data*, cit., p. 95. L’A. ritiene che è “nell’integrazione tra diritto industriale e diritto civile, e quindi nel ricorso agli istituti esistenti, che va cercata la strada per affrontare e vincere le sfide dei Big Data al mondo del diritto e in particolare a quello della proprietà intellettuale”. Potrebbe ricorsi alla tutela *ex art.* 2598 c.c. n. 3 per la sottrazione da parte del concorrente di informazioni che, pur non segrete agli effetti dell’art. 98 s. c.p.i., non erano destinate a circolare (*ibidem*, p.106). Cfr. E. MAGGIO, D. MULA, *Big Data e strumenti negoziali*, in *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, cit., pp. 153 ss. Oggetto di tutela non è il dato in sé, ma la sua rielaborazione, “la sua espressione economicamente utile”.

⁹⁷⁹ Il costituente è colui che “effettua investimenti rilevanti per la costituzione di una banca dati o la sua verifica, o la sua presentazione, impegnando, a tal fine, mezzi finanziari, tempo o lavoro” (art. 102-*bis* l.d.a., comma I, lett. a). Gli investimenti da prendere in considerazione sono quelli per la costituzione della banca dati stessa, inclusi quelli per ricercare le informazioni, secondo l’opinione di V. M. CARTELLA, *Profili giuridici delle banche dati*, cit., p. 160. Cfr. M. BERTANI, *Big Data, proprietà intellettuale e mercati finanziari*, cit., p. 54.

⁹⁸⁰ Irrilevante che il reimpiego avvenga per costituire a propria volta una banca dati non in concorrenza con quella originaria. Così V. M. CARTELLA, *Profili giuridici delle banche dati*, cit., p. 164. Lecito il reimpiego di una parte che non ha richiesto un investimento rilevante. Così M. BERTANI, *Big Data, proprietà intellettuale e mercati finanziari*, cit., p. 62. Illecito è anche il prelievo di informazioni prima della catalogazione automatica operata dal *software*, così C. GALLI, M. A. BOGNI, *I requisiti per la tutela IP dei Big Data*, cit., p. 99. La valutazione circa la portata “sostanziale” dell’estrazione si valuta con riguardo alla quantità e qualità delle informazioni. Di conseguenza, con riguardo ai *Big Data*, criterio qualitativo dovrebbe significare idoneità a dare informazione compiuta, come per “i dati di profilazione di un gruppo di utenti il cui numero sia significativo sul piano dell’interesse commerciale, ancorché ristretto in termini assoluti”.

⁹⁸¹ C. GALLI, M. A. BOGNI, *I requisiti per la tutela IP dei Big Data*, cit., p. 102 s. Si noti però che sono protette solo le banche dati comunitarie. Per la relativa questione di giurisdizione, v. M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, cit., pp. 342 ss.

non contempla i *Big Data*⁹⁸², sembra comunque opportuno ribadire che i *Big Data*, perlomeno sino alla loro anonimizzazione, sono dati personali⁹⁸³, e gli interessati possono ricorrere al rimedio urgente ai fini di effettività della tutela.

Tuttavia, tale visione della “*privacy*” (*rectius*: “*data protection*”), che vuole – pur con le migliori intenzioni – confinare la materia ad una dialettica tra titolare del trattamento e individuo interessato dallo stesso (quasi un “singolar tenzone” tra codesti due soggetti) è insoddisfacente (e potrebbe generare distorsioni della concorrenza)⁹⁸⁴. Se è infatti vero che la normativa in materia di protezione dei dati personali funge da perimetro di liceità all’interno del quale si muovono gli operatori di questo nuovo mercato, non si vede come possa essere lasciata priva di conseguenze la violazione di regole atte a – o avente per risultato di – conferire una posizione di indebito vantaggio concorrenziale⁹⁸⁵. Tanto più

⁹⁸² E. PELLECCIA, *Privacy, decisioni automatizzate e algoritmi*, in *Privacy digitale*, cit., p. 426. Peraltro, i *Big Data* sembrano entrare inesorabilmente in rotta di collisione con i principi di limitazione e finalità del trattamento. Nello stesso senso A. OTTOLIA, *I dati personali nel sistema della proprietà intellettuale. Il caso dei Big Data*, cit., p. 609 s, perché è delicato il rapporto tra doverosa predeterminazione e quindi informazione circa le puntuali finalità di impiego e non totale prevedibilità del potenziale valore dei dati, e per quale settore in particolare (ma sono state già menzionate altre ricostruzioni che fanno leva sulla clausola di “non incompatibilità”, art. 5, lett. b del GDPR, come in A. OTTOLIA, *I dati personali nel sistema della proprietà intellettuale. Il caso dei Big Data*, cit., p. 625, ad opinione del quale una applicazione formale del principio di finalità del trattamento è un impedimento alla attività imprenditoriale computazionale; il trattamento per finalità non incompatibili alla stregua della ragionevole aspettativa dell’interessato è lecito; tuttavia l’A. propende per la lettura minoritaria che vede nel diritto dell’interessato sui propri dati un interesse di tipo patrimoniale, e dà rilevanza al consenso).

⁹⁸³ V. E. PROSPERETTI, *Algoritmi dei Big Data: temi regolamentari, responsabilità e concorrenza*, cit., p. 306. Ne discende che debbono essere rispettati i principi in materia di liceità, trasparenza, correttezza. I singoli possono esercitare qualsiasi diritto loro riconosciuto dalla normativa europea (accesso, rettifica, e così via). Così in E. PELLECCIA, *Privacy, decisioni automatizzate e algoritmi*, in *Privacy digitale*, cit., p. 427 s. V. *ibidem*, p. 433 s, per taluni spunti in materia di azioni collettive. L’eliminazione dei riferimenti alla persona (come l’indirizzo IP) non è comunque idonea a scongiurare sempre l’eventualità di reidentificazione, il che dovrebbe essere il discrimine tra pseudonomizzazione e anonimizzazione. Così in A. OTTOLIA, *I dati personali nel sistema della proprietà intellettuale. Il caso dei Big Data*, cit., p. 606 s.

⁹⁸⁴ A. OTTOLIA, *I dati personali nel sistema della proprietà intellettuale. Il caso dei Big Data*, cit., p. 630, ritiene che dovrebbe verificarsi una “detragicizzazione” della *privacy*, poiché proprio le interferenze tra mercato e dati personali dovrebbero portare a rinunciare ad una visione della *data protection* come unico baluardo dei diritti dell’individuo.

⁹⁸⁵ V. V. FALCE, *Big Data e concorrenza. Quale rapporto?*, cit., p. 183: “i Big Data sono anche, in larga parte, *personal data* dei consumatori che li forniscono”; “da un lato la concentrazione dei dati, che può aumentare il potere di mercato in fattispecie di abusi e nei *merger*, può porre a rischio la tutela della *privacy*”; “d’altro canto la *privacy policy* dell’impresa può diventare fonte di un vantaggio competitivo illecito”. Tra le altre soluzioni proposte, l’A. suggerisce di far leva sulla funzione concorrenziale del diritto

alla luce della già evidenziate *naturali* inclinazioni di tale mercato verso la concentrazione oligopolistica.

Un passo nella direzione indicata è avvenuto in un caso che non ha ricevuto particolare attenzione da parte della dottrina. La questione della quale il giudice ha conosciuto è la seguente: era stata sviluppata una applicazione (di terze parti) che, scambiando informazioni con una piattaforma *social*⁹⁸⁶, era in grado di suggerire all'utente luoghi nelle vicinanze di interesse; ebbene, la società proprietaria della piattaforma *social* è stata convenuta in giudizio perché asseritamente responsabile di avere plagiato il codice sorgente della applicazione, e di avere rilasciato in tempo brevissimo una propria versione della stessa, a partire dallo studio del funzionamento dell'applicazione del concorrente.

Il giudice ha ritenuto che la condotta costituisse un illecito concorrenziale, perché veniva realizzato da parte della convenuta un parassitario sfruttamento degli investimenti del concorrente. Sembra, in altre parole, che il giudice meneghino abbia assunto quale parametro di correttezza professionale *ex art. 2598 c.c., n. 3*, la disciplina in materia di diritto d'autore⁹⁸⁷.

alla portabilità dei dati (art. 20 GDPR), la cui funzione è quella di impedire il *lock-in*; nonché (*ibidem*, p. 189) di considerare che le condizioni contrattuali in contrasto con la normativa *privacy* possono integrare “condizioni inique” *ex art. 102 TFUE*, quindi realizzare l'abuso di posizione dominante. Sul *lock-in* v. M. L. MONTAGNARI, M. CAVALLO, *Big Data, cloud e responsabilità dei service provider*, cit., p. 291.

⁹⁸⁶ M. A. ROSSI, *Il ruolo delle piattaforme nell'economia dei Big Data*, cit., pp. 81 ss. Le piattaforme possono coordinare la creazione di “innovazioni complementari” con scelte di apertura ed interoperabilità (con le API), definendo “dei veri e propri ecosistemi innovativi”, sì da catalizzare sviluppi di terze parti. Il sistema può accusare qualche frizione quando la piattaforma stessa possiede delle *app* in concorrenza con quelle delle terzi parti ce scambiano dati con la piattaforma mediante API.

⁹⁸⁷ V. Trib. Milano, 1° agosto 2016, n. 9549, in *Giur. Delle imprese online*: “La condotta tenuta dalle convenute è, altresì, illecita ai sensi dell'art. 2598 n 3 c.c. La convenuta, elaborando il programma dell'attrice, si è appropriata parassitariamente degli investimenti altrui per la creazione di un'opera dotata di rilevante valore economico. Non rileva qui la confondibilità dei beni, perché la fattispecie di concorrenza sleale che è in esame non prevede tale elemento costitutivo. La convenuta ha realizzato, senza eccessivi costi, i risultati dell'attività di ricerca, di sviluppo, nonché degli investimenti effettuati dallo sviluppatore, che aveva ospitato sulla propria piattaforma (cd. “*free riding*”). E ciò ha fatto abusando del rapporto di fiducia ed affidamento generato dai contatti e dai rapporti instaurati con lo sviluppatore. Facebook ha, invero, invitato gli sviluppatori ad iscriversi al suo sito, fornendo loro gli strumenti per lo sviluppo di applicazioni originali, che potessero essere utilizzate dagli utenti di Facebook. A seguito di loro collaudo, le app sono registrate come applicazioni approvate da Facebook. Facebook instaurava, quindi, con gli sviluppatori un “contatto sociale qualificato” da cui derivavano obblighi di buona fede, affidamento e correttezza, implicanti un dovere rafforzato di correttezza e di protezione degli interessi altrui in capo a

Insomma, se è atto di concorrenza sleale ciascun mezzo “non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda”; se possono prendersi norme di diritto pubblico quale parametro di “correttezza professionale”; se è vero che il contesto in cui operano le imprese del settore *tech* è la cornice normativa del GDPR, il rispetto delle cui disposizioni è condizione per la lecita collezione, sistemazione, analisi, impiego dei dati; se tutto questo fosse corretto, potrebbe ammettersi un ricorso urgente *ex art. 700 c.p.c.* al fine di inibire la condotta del concorrente che si ponga in contrasto con norme di diritto pubblico, tale da procurare a questi un indebito vantaggio concorrenziale. Si propone, in altre parole, l'antico dilemma tra *autointegrazione* od *eterointegrazione* della clausola elastica della “correttezza professionale”, e segnatamente se debba farsi riferimento a canoni extragiuridici, ovvero a disposizioni normative di diritto pubblico⁹⁸⁸. Sebbene non vi sia, allo stato, una enunciazione da parte della giurisprudenza di quale sia l'ermeneusi corretta⁹⁸⁹, nondimeno l'interpretazione più diffusa è nel senso di ritenere sanzionabili *ex art. 2598 c.c.*, n. 3, le condotte che costituiscano violazione della normativa di diritto pubblico, e purché tali condotte siano qualificabili come “atti di concorrenza”, quindi arrechino un indebito vantaggio a chi le compie⁹⁹⁰.

Potrebbe allora immaginarsi l'ordine, su ricorso del concorrente potenzialmente leso, di desistere dalle condotte illecite che arrechino un ingiusto vantaggio concorrenziale,

Facebook”. Interpretazione, questa, difesa dal giudice dell'appello (C. App. Milano, 16 aprile 2018, n. 1916, cit.): “Pertanto, può dirsi provata la derivazione dell'algoritmo dell'applicazione Nearby da quello dell'applicazione Faround e, conseguentemente, trattandosi di una banca dati (vedi avanti sub 5), sia la violazione del diritto d'autore sia la commissione di atti di concorrenza sleale *ex art. 2598 n. 3 c.c.*, atteso che si è verificata – come affermato dal Tribunale – l'appropriazione parassitaria di investimenti altrui per la creazione di un'opera dotata di rilevante valore economico”.

⁹⁸⁸ Per la tesi dell'*autointegrazione* della clausola generale di correttezza professionale *ex art. 2598 n. 3 c.c.*, a partire da una lettura costituzionalmente orientata dell'istituto, v. C. ALVISI, *Concorrenza sleale e violazione di norme pubblicistiche nell'epoca della sharing economy*, in *Studi per Luigi Carlo Ubertazzi. Proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., p. 2 s.

⁹⁸⁹ L. NIVARRA, *Concorrenza sleale e responsabilità d'impresa*, cit., p. 559. La giurisprudenza non ha ancora preso posizione sul significato esatto della clausola della contrarietà alla correttezza professionale.

⁹⁹⁰ Così C. ALVISI, *Concorrenza sleale e violazione di norme pubblicistiche nell'epoca della sharing economy*, cit., p. 4. La giurisprudenza maggioritaria ritiene non venga automaticamente integrato un atto di concorrenza sleale, ma che occorra valutare se la violazione di norme pubblicistiche abbia generato una distorsione del mercato.

consistano esse in appropriazioni di investimenti altrui (tanto *sub specie* di “plagio del codice”, quanto di “estrazione illecita della banca-dati”, quindi di “sottrazione” del patrimonio informativo “*Big Data*”) o trattamenti di dati personali illeciti, impartito *ex art.* 2598 c.c., n. 3, se del caso, anticipato nelle forme d’urgenza *ex art.* 700 c.p.c.⁹⁹¹. Ciò con l’importante conseguenza che il giudice dovrà, secondo quanto dispone l’art. 2599 c.c., dettare gli opportuni provvedimenti al fine di eliminare gli effetti della condotta scorretta, quindi, come avvenuto nel caso esaminato, cancellare *ex post* quell’indebito vantaggio realizzato: ragionevolmente, sarà decretata l’inutilizzabilità del patrimonio informativo illegittimamente conseguito.

⁹⁹¹ Va rimarcata la funzione preventiva dell’istituto (azione in ambito di atti di concorrenza sleale), giacché la tutela cardine è quella inibitoria. Pertanto, la legittimazione attiva sarebbe in capo ai concorrenti potenzialmente danneggiati. L. NIVARRA, *Concorrenza sleale e responsabilità d’impresa*, cit., p. 554 ss.

CONCLUSIONI

È giunto il momento di tirare le fila del discorso e stendere alcune brevi riflessioni conclusive.

Si è intrapresa la presente trattazione rammentando che – anche prima dell’avvento della disciplina comunitaria in materia di responsabilità del prestatore – si è sempre ritenuto che il rimedio inibitorio urgente *ex art. 700 c.p.c.* (asse portante, come detto, dell’apparato rimediale di matrice eurounitaria) potesse costituire uno strumento di tutela capace di appagare i bisogni degli attori della vita economica, sociale e politica in rete, quando fosse richiesto di arrestare un pregiudizio che avvenisse, o esigesse un intervento, su un “non-luogo virtuale”.

Dopo aver riflettuto sul significato di effettività della tutela, quindi sul rapporto tra diritto e rimedio (o diritto “sostanziale” e “processuale”, che è poi lo stesso) e l’importanza della tutela cautelare atipica, si è ripercorsa la disciplina dei provvedimenti d’urgenza, e il rito che li governa.

L’impegnativa analisi dei presupposti “sostanziali” e della disciplina processuale dell’art. 700 c.p.c. ha dato modo di constatare che il rimedio è protagonista di una evoluzione, che dalla “periferia” del sistema, ne ha fatto – nel corso degli anni e al crescere del bisogno di tutela di “diritti nuovi” – l’epicentro dell’ordinamento processuale civile: non solo perché percepito (secondo una tendenza che sembrava in via di ridimensionamento, ma che conoscerà una nuova dilatazione per via delle potenzialità offensive della rete) dagli interpreti come alternativa al processo di cognizione *tout court*, ma anche perché tale istituto processuale ha permesso proprio l’emergere di bisogni nuovi, i quali, proprio per mezzo della concessione della tutela suddetta, sono assurti al rango di diritti (secondo uno schema “logicamente invertito” rispetto a quello cui si è usi in *civil law*)⁹⁹².

Per le stesse ragioni per cui autorevole dottrina ha affermato che la cautela atipica *ex art. 700 c.p.c.* ha garantito la tenuta costituzionale dell’ordinamento processuale, il rimedio

⁹⁹² L’art. 700 c.p.c. sarebbe uno dei rimedi, parte di quello “armamentario tecnico cui la *Civil Law* con maggiore frequenza ricorre per colmare lo storico divario tra *bisogni* via via emergenti e strumenti di tutela”. A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, cit.. Nonché *ibidem*: “è risaputo che, nell’applicazione cui ha dato luogo l’art. 700 c.p.c., quello del (richiamo al) diritto soggettivo, è stato molto spesso un espediente per giustificare l’applicazione di un rimedio di tutela e segnatamente della misura d’urgenza”.

in esame sembra ancora oggi quello più adeguato a garantire a ciascun consociato, quando non siano di alcun ausilio altre misure cautelari tipiche, *tutto quello che gli spetta secondo la normativa sostanziale*.

Tale logica “centripeta” – che, come detto, ha segnato il “moto” – dell’art 700 c.p.c. all’interno del *cosmo* processuale civile, trova conferma nella disciplina di stampo eurounitario, così come “accolta” nello (e quindi adattata, dal legislatore, allo) ordinamento italiano: con l’analisi della disciplina contenuta alla *Direttiva sul commercio elettronico* si è avuto modo di constatare che la normativa processuale europea ha per asse portante il suddetto rimedio inibitorio trasversale e generalissimo, che coesiste con un regime di “immunità” del prestatore. Questa coesistenza, s’è visto, è mal digerita dagli interpreti, che non riescono a conciliare siffatta immunità (“sostanziale”) con l’obbligo (“processuale”) di intervenire al fine di arrestare illeciti (per i quali non si è chiamati a rispondere in sede civile).

Si sarebbe anche potuto sciogliere questo “nodo gordiano” limitandosi a guardare alle norme di natura strettamente processuale contenute nella c.d. *Direttiva sul commercio elettronico*.

L’alternativa – al fine di tentare di ricostituire a sistema la materia – era invece quella di dismettere per un attimo le precognizioni che derivano dalle categorie civilistiche tradizionali – delle quali il legislatore europeo non si cura, “colpevole” com’è della “sotto-teorizzazione” che il dialogo fra ordinamenti tanto diversi impone⁹⁹³ – partendo invece dal “bisogno di tutela” (“più che dai diritti edittalmente previsti”, come si fa se si ragiona per rimedi).

Lo si sa, tale angolo di visuale non è “neutrale”⁹⁹⁴.

⁹⁹³ Cass. 19 marzo 2019, n. 7708, cit.: “Al riguardo, vale la pena di ricordare l’osservazione della dottrina, secondo cui il diritto privato Europeo è pragmatico e non si cura delle architetture concettuali, avendo il legislatore comunitario il difficile compito di ottenere effettività con il “minimo investimento assiologico” ed un ‘minimo tasso di riconcettualizzazione’; ed il rilievo, secondo cui le norme di derivazione Europea provengono da sistemi giuridici segnati da una ‘tendenziale sottoteorizzazione’ ”.

I benefici che tale logica apporta nel presente campo di indagine non possono però essere taciuti. Dapprima ci si persuade che nulla impone che la tutela dei diritti sia confinata nella sede processuale⁹⁹⁵.

Ragionare, insomma, in simili termini – cioè di bisogno “differenziato” di tutela, “che si afferma nel diritto sostanziale, con riferimento a situazioni soggettive (abbiano esse la dignità di diritti soggettivi o, più semplicemente, di interessi giuridicamente protetti) e a cui presidio figurano [...] vari ordini di rimedi, sia di natura sostanziale che processuale”⁹⁹⁶ – consente di inquadrare che, *a contrario*, dal regime di “immunità condizionata” del prestatore si ricava un sistema di tutela risarcitoria che può però “brandirsi” in sede stragiudiziale, un “*Selbsthilfe*” (l’auto-tutela della famosa “diffida” all’*hosting provider*), che è già esso stesso – astrattamente, “indirettamente”, se si vuole – idoneo a risolvere la crisi di cooperazione che si innesca con la condotta antiggiuridica consistente nel caricamento in rete delle informazioni lesive.

Allora si comprende come la commistione di istituti processuali e regole in materia di responsabilità solidale vada letta non come riprovevole *caos* normativo: l’apparato rimediabile si articola nella coppia inibitoria processuale-responsabilità per danni del prestatore (o, come si è detto più volte abusivamente, “responsabilità processuale”- “responsabilità sostanziale”) e che regole apparentemente inconciliabili (il dovere di

⁹⁹⁴ Ciò perché, assunto tale angolo di visuale, “si assume che il *bisogno* di tutela sia o debba essere giuridicamente riconosciuto e non possa per così dire risultare ‘neutralizzato’ o vanificato dietro le pieghe di tecniche di tutela inadeguate”. Ciò ha il pregio di “colmare uno *jatus* secolare, che è sempre sussistito tra il piano (del riconoscimento) dei diritti soggettivi e quello delle *Forme e tecniche di tutela*”, eliminando una “divaricazione” che l’ottica “tradizionale dà per scontata”, rinvenendone la giustificazione “nella diversa ‘natura’ dei diritti”. Il cambiamento non è solo nominale perché il rimedio “necessariamente si raccorda ad un *bisogno* qualificato di tutela e, solo in via indiretta, all’interesse della cui tutela si tratta”. Così A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, cit..

⁹⁹⁵ A. DI MAJO, v. *Tutela*, in *Enc. Del Diritto*, XLV, Giuffrè Francis Lefebvre, 1992: “si suo dire che a differenza di qualche forma di protezione che ha nome di diritto soggettivo, la forma di protezione che ha luogo *sub specie tutelae* interviene e/o dovrebbe intervenire solo quando il primo sia stato violato o risulti insoddisfatto. *Post hoc propter hoc*, potrebbe dirsi”.

⁹⁹⁶ A. DI MAJO, v. *Tutela*, cit.. V. anche ISDEM, *Forme e tecniche di tutela*, cit.: “Per altro verso la nozione di tutela giurisdizionale è restrittiva. E’ vero infatti che la tutela dei diritti non si colloca sul solo terreno dell’esercizio di funzioni giurisdizionali. Mezzi e tecniche di tutela possono invece fare appello alla stessa volontà ed iniziativa dei soggetti”.

intervenire attivamente, con solerzia e con la diligenza dell'accorto professionista, da un lato; l'immunità, dall'altro) possano coesistere.

Peraltro, come vale la pena di rammentare, tale sistema di tutela pare articolarsi su “più livelli”, non solo a cagione del fatto che diversi sono i fondamenti della responsabilità di ciascuna classe di prestatore intermediario, a seconda e in ragione della prossimità di ciascuno alla – e pertanto capacità concreta di conoscere la – informazione lesiva; ma anche, e soprattutto, perché l'ingiunzione ha implicazioni “sostanziali”, come “processuali”, anche nei confronti di prestatori nei cui confronti non è stata pronunciata, se viene portata a loro conoscenza.

Insomma, l'ottica del bisogno di tutela porta a rileggere gli istituti di cui alla *Direttiva sul commercio elettronico* – che normalmente sono considerati “regole di condotta” o “di immunità” – quali *rimedi*. Se questo non è di per sé solo garanzia di *tutela effettiva*, comunque offre una chiave di lettura sistematica che fuga equivoci pericolosi – questi, sì, capaci di menomare la pienezza della tutela – incappano gli interpreti, i quali pretendono di ricavare, a partire dal divieto di imporre un obbligo di sorveglianza generalizzata in capo al prestatore intermediario, una licenza, a beneficio di questi, a disinteressarsi degli illeciti che si verificano, si moltiplicano, si diffondono, sulla infrastruttura che gli appartiene.

Ne esce confermata l'idea che il regime di responsabilità per illecito omissivo del prestatore può giocare un ruolo importante nel garantire l'effettività della tutela avverso le lesioni in rete, almeno in tutti i casi in cui ad essere minacciato sia un diritto patrimoniale.

L'altro elemento di “attrito” (inerente all'altro “pilastro” dell'apparato rimediabile di matrice europea, che ha quindi richiesto una trattazione approfondita) è costituito dal fatto che la inibitoria concepita dal legislatore europeo – il quale, nella sua saggezza, non si è spinto sino a determinarne l'ampiezza – è, almeno nell'interpretazione della giurisprudenza comunitaria, molto lontana dall'idea tradizionale di *desistenza e*

*ripristino*⁹⁹⁷: impone, anzi, una prestazione che si sostanzia nella difesa solerte dell'interesse giuridico altrui (a tacer del fatto che questa pronuncia inibitoria ha un peculiare effetto *ultra partes*, visto che l'autore delle violazioni non è parte necessaria del procedimento⁹⁹⁸ e l'ordine, portato a conoscenza di altro prestatore, può impegnare quest'ultimo ad arrestare le violazioni). La corretta interpretazione del significato del rimedio inibitorio europeo – facilitata senz'altro dal cogitare per “rimedi”, più che per “diritti”⁹⁹⁹ – è dirimente per garantire la pienezza e la effettività della tutela.

Ciò vale a maggior ragione nei casi di attentati a beni personalissimi, come nella diffamazione, quando debba eliminarsi una informazione divenuta “virale”. Sugli interessati grava infatti l'onere (il *ardello*) del controllo e della individuazione dei contenuti lesivi, quindi di segnalarne la presenza al prestatore intermediario. La volontà del legislatore europeo in questo senso non è però equivocabile.

Altro discorso, e vera *ratio loquendi*, è chiedersi se il sistema, così ricostruito (*nuova inibitoria europea e rimedi-risarcitori* – anche in veste – di *auto-aiuto*), garantisca una tutela *effettiva*.

Per rispondere, si sono approfondite talune ipotesi lesive selezionate, e si è saggiato il concreto atteggiarsi del rimedio inibitorio urgente, semmai vagliandone “i profili di interferenza” con (*id est* la capacità di far insorgere) la responsabilità del prestatore intermediario. L'analisi di codeste fattispecie e delle risposte offerte dal bagaglio di esperienza della pratica, così come condensato nelle pronunce giurisprudenziali, consente di mettere a fuoco taluni punti dolenti.

⁹⁹⁷ Tale idea è figlia di un discutibile inquadramento della tutela inibitoria entro l'alveo della tutela repressiva. In realtà “la tutela preventiva si servirà in primo luogo di rimedi a carattere inibitorio, recanti divieto di comportamenti (futuri). Ma essa potrà anche comportare ordini (positivi) di fare”. A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, cit..

⁹⁹⁸ M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, cit., p. 141. Non avrebbe senso invocare l'art. 102 c.p.c. in quanto il procedimento cautelare è inidoneo “a discernere il giudicato”. Va esclusa quindi l'estensione del contraddittorio agli autori dei singoli contenuti lesivi.

⁹⁹⁹ A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, cit.: “l'immediato referente della tutela inibitoria è il torto subito”. “Quanto alla sua applicazione nel concreto, non occorrerà tanto guardare alla natura del diritto ma al tipo e alle modalità della violazione e al concreto pericolo che essa abbia a ripetersi”.

Le fattispecie più impegnative sono senz'altro quelle fenomenologicamente ascrivibili alla "viralità" dei contenuti, oppure quelle c.d. "*whack-a-mole violation*" – che si hanno quando l'autore della violazione, per spinta ideologica o a fine di lucro, immediatamente re-immette in rete le informazioni soppresse – tallone d'Achille del sistema "*notice and take down*": modello entro il quale, sulla falsariga della disciplina statunitense, così tanto gli interpreti si sono sforzati di costringere la volontà del legislatore comunitario, ben presto *ri-plasmato* dalla giurisprudenza in un inedito "*notice and take action*"¹⁰⁰⁰.

A riprova del fatto che l'apparato rimediabile è completo solo con lo studio della responsabilità per danni del prestatore, la risposta della giurisprudenza a simili fenomeni lesivi è stata, oltre a dilatare il possibile contenuto dell'ordine inibitorio, quella di condizionare l'immunità del prestatore ad una condotta (forse) più attiva, solerte, diligente, rispetto a quella immaginata dal legislatore comunitario. Questo anche di pari passo con l'evoluzione della tecnica, e quindi della potenzialità del prestatore di reazione, ricerca, filtro delle informazioni illecite.

Il punto d'equilibrio individuato dalla giurisprudenza europea ha recentemente incassato l'avallo del legislatore della Direttiva 790 del 2019 già menzionata, che di quello fa *ratio scripta*.

Talaltre fattispecie hanno fatto emergere problemi connessi – più che ad un modo d'essere delle cose in rete – ad una interpretazione (che non sembra suffragata da appigli normativi chiari) tesa alla difesa di un (mai formalmente enunciato) diritto all'anonimato. Quando insomma la configurazione dell'illecito dipende dalle qualità personali dell'agente (come nel caso degli illeciti concorrenziali), è problematico immaginare di agire nei confronti del prestatore solo per accertare se si sia compiuto un illecito. Ciò vale in egual misura nel caso delle "recensioni false"; l'accertamento della genuinità della recensione presuppone che sia noto (o almeno verificabile) chi la rilascia. La norma parla di comunicare i dati identificativi dei destinatari dell'informazione al fine di "individuare e prevenire" attività illecite. Il modo in cui gli interpreti scioglieranno l'ambiguità della dizione del legislatore interno sarà dirimente.

¹⁰⁰⁰ R. PETRUSO, *Responsabilità degli intermediari di internet e nuovi obblighi di conformazioni: robo-takedown, policy of termination, notice and take steps*, cit..

Le sfide che l'innovazione tecnologica impone non hanno solo origini – e natura – tecnica. L'*Internet of Things*, il *Big Data*, la concorrenza sul *software*, i processi decisionali automatizzati, imporranno una compenetrazione – ancora *in fieri* – tra branche del diritto diverse (*antitrust, competition, data protection, consumer law*), per garantire uno svolgimento ordinato della concorrenza tra operatori del settore, rispettosa dei diritti della persona e tale da impedire che violazioni delle norme di diritto pubblico garantiscano vantaggi indebiti, per la difesa della proprietà intellettuale e la protezione degli investimenti necessari al fine di acquisire il patrimonio informativo ("*Big Data*"). Questa sarà senz'altro materia di riflessioni per il prossimo futuro, dopo la via aperta dalla Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato, che ha inteso sanzionare pratiche commerciali scorrette che si sostanziavano nell'imposizione di clausole contrattuali in violazione della normativa sulla *data protection*, nonché in cessione dei dati ai terzi illecitamente¹⁰⁰¹.

Altre ipotesi ancora hanno imposto – o imporranno quando i tempi saranno maturi¹⁰⁰² – una riflessione sulla natura delle "piazze virtuali", siano essi *social networks* o mercati *online*. Dalla tensione tra due tesi "estreme" – nel senso della più piena libertà d'azione del gestore della "piazza" (che potremmo chiamare tesi "privatistica") o, all'opposto, delle tesi (che chiameremmo "pubblicistica") che vuole assegnare un incerto ruolo "simil-amministrativo" alle piattaforme – vi sono ricostruzioni che integrano la disciplina contrattuale con norme primarie, come nel caso dell'abuso di dipendenza economica, o costituzionali, come nel caso della libertà d'espressione o di impresa.

In ogni caso, lo si è visto, per le violazioni commesse da parte dei destinatari dei servizi della società dell'informazione, fuori dai casi di inibitoria tipica esperibile nei confronti

¹⁰⁰¹ AGCM, provvedimento sanzionatorio n. Provvedimento n. 27432, del 29 novembre 2018.

¹⁰⁰² Qualcosa, in questo senso, si muove: nel momento stesso in cui si stendono queste conclusioni, gli interpreti stanno commentando – con alterni giudizi – le proposte della Commissione per ridisegnare la disciplina di cui alla Direttiva sul commercio elettronico, e adeguare il diritto dell'Unione alle mutate sfide, al mutato contesto sociale e politico, nell'ottica di una maggior responsabilizzazione degli intermediari. Cfr. i c.d. *Digital Services Act (DSA)* e *Digital Markets Act (DMA)* (rispettivamente: COM/825/2020 e COM/845/2020).

del prestatore intermediario (come per il diritto d'autore o per la proprietà industriale), il rimedio inibitorio urgente è, per espressa previsione di legge, quello generale.

Negli altri casi il rimedio *ex art. 700 c.p.c.* torna ad atteggiarsi come rimedio “straordinario”¹⁰⁰³: questo è il caso della azione diretta verso l'utente-autore della violazione, o anche verso il prestatore (gestore della piattaforma, della piazza “virtuale”) quale controparte contrattuale, o comunque per illecito proprio non omissivo; ovvero ancora nei casi di violazione della normativa in materia di protezione dei dati personali; o, infine, dell'esercizio del “diritto di rettifica *online*”.

Tutto questo riporta al centro del discorso taluni problemi.

Al netto di quanto sopra (corretta ricostruzione della portata del rimedio inibitorio europeo, dissipazione dell'equivoco in materia di “diritto all'anonimato”), deve risponderci al quesito iniziale, che ha mosso la presente ricerca, in maniera non unitaria.

In materia di violazioni che attentino a diritti patrimoniali, il prestatore che non adempia all'insurrogabile obbligo di porre fine agli illeciti dovrà risponderne in sede risarcitoria. Se effettività significa capacità del rimedio di assicurare quanto spetta dalla normativa sostanziale, in questo caso l'effettività della tutela è al massimo grado consentito dalla struttura dell'obbligo (infungibile, nel senso suddetto di non surrogabile da parte di terzi in sede esecutiva), poiché l'insoddisfazione – almeno *sub specie* di equivalente monetario – del soggetto passivo attore per l'inibitoria dipenderà dall'incapienza patrimoniale del prestatore, non certo dalla struttura del rimedio; tutto questo a meno di non invocare, come peraltro con argomenti considerevoli esimi interpreti hanno fatto, incriminazioni penali per la “mera inottemperanza” alle ordinanze cautelari civili.

Peraltro, la normativa europea sfida la stessa categoria concettuale dell'infungibilità dell'obbligo (la cui natura “empirica” ne esce così confermata), con un regime di tutela che si articola – come più volte ribadito – “su più livelli”. Infatti, se è vero che solo il prestatore che ha memorizzato le informazioni può materialmente rimuoverle, non è escluso che si possa rendere le resistenze di quello irrilevanti, disabilitando, con la

¹⁰⁰³ “Straordinarietà” che – a cagione della inedita capacità diffusiva delle informazioni in rete – smarrisce il proprio tradizionale significato.

cooperazione di prestatori che curano il trasporto dell'informazione, l'accesso ai contenuti, ovvero rendendola difficilmente reperibile (consegnandola al c.d. “*Deep Web*”, quella parte di *internet* non indicizzata nei motori di ricerca, almeno in quelli più usati) con l'aiuto del prestatore che cura la memorizzazione temporanea dell'informazione (*cache*). Se, quindi, l'obbligo del prestatore rimane, propriamente parlando, infungibile, l'inottemperanza potrebbe non recare sempre conseguenze insuperabili.

Con i diritti a contenuto non patrimoniale, però, la prospettiva si ribalta.

Nonostante l'appello da parte della miglior dottrina volto a provocare un intervento del legislatore sulla falsariga degli istituti processuali previsti dallo Statuto dei Lavoratori, al precipuo fine di introdurre procedimenti sommari non cautelari tipici a tutela dei diritti non patrimoniali, nulla si è mosso; d'altra parte, proprio l'avvento della rete ha accelerato la tendenza dell'ordinamento processuale (cui si tenta ora di porre argini per via pretoria) a fare dell'art. 700 c.p.c. *il* rimedio sommario, o addirittura una alternativa al processo di merito *tout court*, la cui lunghezza patologica è avvertita come incompatibile coi bisogni della vita.

I diritti di libertà, però, come s'è detto, entrano inesorabilmente in conflitto con altri diritti di pari rango, ed esigono che sia rinvenuto un baricentro la cui determinazione esatta è attività molto più di politica legislativa, che non di ermeneusi, pure nel caso in cui la si voglia chiamare, come si usa, “bilanciamento”. In questo il legislatore europeo si espone alla medesima reprimenda.

L'art. 700 c.p.c., però, non è fatto – perché non è stato pensato – per i diritti di libertà. Ci si chiede se sia allora la soluzione ottimale consegnare al rimedio urgente la tutela di diritti della personalità o di libertà lesi in rete.

Ribaltando la prospettiva, e ragionando sullo scenario inverso, viene qualche dubbio sul fatto che sia davvero praticabile, o desiderabile, quella “rincorsa” continua del diritto processuale alla codificazione del rimedio più consono al diritto “sottostante”, spasmodicamente inseguendo l'evoluzione tecnologica che viaggia inesorabilmente più veloce, ma soprattutto in modo non prevedibile. Questo, poi, a voler immaginare che il

legislatore sappia intervenire rapidamente con interventi *ad maiorem claritatem*, quindi sedimentati, di portata sistematica, ponderati¹⁰⁰⁴.

Il legislatore europeo sembra aver seguito una strada differente, affidandosi ad una inibitoria amplissima, avendo l'unica cura di specificare che quella può essere rivolta al prestatore protetto dall'immunità. Certo, questa impostazione sposta sul piano interpretativo – e quindi mette in mano al giudice – un conflitto che sarebbe meglio composto dal legislatore in via astratta.

Comunque la si pensi, non v'è dubbio che il rimedio urgente sarà destinato a giocare un ruolo cardinale – e quindi a rimettere al giudice il bilanciamento tra diritti fondamentali – ogni qual volta lo iato tra tecnica e norma, quindi tra *vita e regola*, si dilati al punto da rendere quest'ultima obsoleta. Peraltro, non è da escludere, perché sovente accade – e da ultimo anche con la Direttiva UE 790 del 2019 in materia di diritti d'autore – che sia il legislatore a recepire l'evoluzione interpretativa giurisprudenziale, e quindi le soluzioni individuate in via pretoria.

In disparte le questioni *de jure condendo*, non può farsi a meno di rilevare che è proprio nell'imperfetto coordinamento tra gli ingranaggi di questo complesso sistema di genesi sovranazionale che si possono celare degli attentati alla effettività della tutela per diritti c.d. *a contenuto non patrimoniale*.

Qui il ristoro monetario è ontologicamente inadeguato¹⁰⁰⁵, perché, come ha argomentato preclara dottrina, affidare al risarcimento pecuniario la funzione rimediale realizzerebbe un esproprio del diritto (della personalità) diverso, quindi, da quello di proprietà dietro indennizzo: il che, come noto, la Costituzione non consente. Al più, potrà riconoscersi agli istituti sulla responsabilità omissiva del prestatore una funziona coercitiva indiretta,

¹⁰⁰⁴ Urge resistere allo “impeto deconcettualizzante e uniformatore dello *ius conditum*”. M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet*, cit., p. 34.

¹⁰⁰⁵ Peraltro occorre rammentare che “la tutela contro i danni incontra limiti notevoli nella sua esplicazione”, che discendono dalla necessità di operare un giudizio sulla responsabilità del soggetto, e dalla necessità che “sia individuabile, e concretamente dimostrabile, la ripercussione di ordine patrimoniale che, in ordine alla sfera del soggetto, ha avuto l'illecito”, e ciò nonostante sia ormai consumato “un disegno di politica del diritto diretto a potenziare al massimo grado la tutela di risarcimento, estendendone l'ambito di applicazione anche con riferimento a pregiudizi che, con grande difficoltà, possono definirsi di carattere patrimoniale”. A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, cit..

un espediente avente finalità pressoria, ma nulla più (peraltro, con possibili profili di sovrapposizione con le *astreinte ex art. 614-bis*, che però potrebbero non essere concesse dal giudice; rischio questo che non si pone con riguardo alla configurazione responsabilità omissiva del prestatore, che si configura *ipso iure*).

Allora, esclusa l'effettività del rimedio aquiliano, e soppesando l'adeguatezza della sola tutela in forma specifica, l'inerzia del prestatore che offre servizi di ospitalità, e sulla cui infrastruttura alberga l'informazione lesiva, costringe il soggetto leso a rivolgersi ad altri prestatori (quelli che curano il trasporto dell'informazione e che con le proprie infrastrutture consentono l'accesso ai siti *internet*) per oscurare, a seconda dei casi, la singola pagina o l'intero sito.

Ciò, però, non è sempre possibile, (perché s'è detto che i diritti di libertà sono sempre fisiologicamente in conflitto con altri diritti di libertà) di talché i diritti del danneggiato risulteranno talvolta soccombenti dinnanzi alle ragioni, prevalenti in sede di bilanciamento, della generalità degli utenti o del resistente, autore della violazione (è il caso, ad esempio, di una singola pubblicazione lesiva della dignità di taluno, che difficilmente potrà portare, nel caso in cui il prestatore di servizi di ospitalità rifiuti di rimuoverla, ad oscurare l'intera pagina dell'autore degli illeciti, se tale pagina contenga anche informazioni lecite).

In consimili casi, insomma, l'ordinamento processuale non conosce sempre un rimedio effettivo, cioè capace di assicurare tutto quello cui si avrebbe diritto in forza di norma sostanziale, e molto dipende dall'atteggiamento cooperativo – ovvero ostruzionistico – del prestatore di servizi di ospitalità, dalla capacità della sanzione pecuniaria della responsabilità solidale (come delle penalità di mora) di premere affinché costui deliberi per l'ottemperanza al comando giudiziale, dalla entità delle violazioni, dalla natura lecita – od “ontologicamente” finalizzata al compimento di illeciti – della piattaforma nel suo complesso, quindi, in breve, dalle particolari circostanze fattuali del singolo caso, senza che ci si possa confortare con una risposta “astratta”, resa *ex ante*, nell'ignoranza delle contingenze. In più chiari termini, si potrebbe dire che, per il soggetto passivo dell'illecito, non è che un *accidente* la circostanza che sulla pagina che aspira a oscurare vi siano informazioni che non lo riguardano, aventi natura lecita, tali da “ribaltare” in suo sfavore

il “bilanciamento” tra diritti e interessi fondamentali, e quindi da impedire che possa domandarsi l’oscuramento della pagina nella sua interezza¹⁰⁰⁶.

In conclusione, può dirsi che l’articolato apparato rimediale di matrice sovranazionale, costruito attorno all’inibitoria urgente, garantisce senz’altro una tutela effettiva ogni qualvolta debbano fronteggiarsi offese a diritti patrimoniali, non in conflitto diritti della personalità, di libertà, o costituzionali altrui. Infatti, in tali casi, la sinergia tra risarcimento del danno da parte del prestatore, funzione coercitiva indiretta dell’istituto stesso, ampiezza del rimedio inibitorio, garantisce una tutela effettiva, cioè è tale da dare al soggetto leso (pur addossando a costui l’onere di una vigilanza “su tutta la rete”) tutto quanto gli spetta secondo la normativa sostanziale.

Altrettanto non può dirsi sempre per il caso opposto, in cui siano lesi diritti non ristorabili in forma patrimoniale. Quando si elimina il risarcimento del danno dall’equazione (e anche ammesso che si riesca sempre a ridimensionare la pretesa all’anonimato, ostativa all’accertamento della natura illecita di talune informazioni, e la *interpretatio abrogans*, che vorrebbe ridurre l’inibitoria europea ad un “insipido” *notice and takedown*, tanto inefficace quanto figlio della innecessaria assolutizzazione del sistema statunitense), rimane fondamentale la cooperazione del prestatore intermediario, posto che non sempre sarà possibile (cioè *lecito*) ottenere il medesimo risultato con la cooperazione di *altri* prestatori.

In assenza di tale solerte collaborazione dell’*hosting provider* in questione, v’è il rischio, nel caso di diritti insuscettibili di essere riparati in forma specifica, che la “decisione di giustizia” – per rimettersi alle parole della Corte costituzionale¹⁰⁰⁷ – non potendo “essere portata a esecuzione”, rimanga solo “un’inutile enunciazione di principi”.

¹⁰⁰⁶ Tanto potrebbe dare un *access provider* chiamato ad intervenire ai sensi dell’art. 14, ult. comma, del d. lgs. 70 del 2003. Per eliminare la singola informazione lesiva (come può essere un “commento”), ospitata su una pagina che non può essere oscurata nel proprio complesso, occorre necessariamente la cooperazione dell’*hosting provider*.

¹⁰⁰⁷ Corte cost., sentenza 419 dell’8 settembre 1995.

PROVVEDIMENTI CITATI

Corte costituzionale

Corte cost., 9 luglio 1970, n. 122
Corte cost., 15 giugno 1972, n. 105
Corte cost., 17 luglio 1975, n. 277
Corte cost. 1 aprile 1982, n. 63
Corte cost., 23 aprile 1985, n. 113
Corte cost., 28 giugno 1985, n. 190
Corte cost., 12 ottobre 1990, n. 444
Corte cost., 23 giugno 1994, n. 253
Corte cost., 30 giugno 1994, n. 268
Corte cost., 13 luglio 1995, n. 318
Corte cost., 8 settembre 1995, n. 419
Corte cost., 23 luglio 1996, n. 300
Corte cost., 7 novembre 1997, n. 326
Corte cost., 24 luglio 1998, n. 336
Corte cost., 31 maggio 2000, n. 161
Corte cost., 19 giugno 2000, n. 217
Corte cost., 13 luglio 2000, n. 276
Corte cost., 10 maggio 2002, n. 179
Corte cost., 8 febbraio 2006, n. 25
Corte cost., 14 novembre 2007, n. 379
Corte cost., 30 novembre 2007, n. 403
Corte cost., 6 luglio 2012, n. 172
Corte cost., 9 aprile 2013, n. 85
Corte cost., 9 maggio 2013, n. 83
Corte cost., 13 gennaio 2014, n. 3
Corte cost., 27 marzo 2014, n. 58
Corte cost., 18 luglio 2014, n. 221
Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 238
Corte cost., 5 dicembre 2014, n. 274

Corte di Giustizia delle Comunità europee e Corte di Giustizia dell'Unione europea
Corte Giustizia, 30 novembre 1976, C-21/76, “Bier v. Mines de Potasse d’Alsace”

Corte Giustizia, 9 febbraio 1985, C-465/93, “Atlanta”

Corte Giustizia, 22 ottobre 1987, C-314/85, “Foto-Frost”

Corte Giustizia, 18 giugno 1990, C-213/89, “Factorame”

Corte Giustizia, 21 febbraio 1991, C-92/89, “Zuckerfabrik”

Corte Giustizia, 7 marzo 1995, C-68/93, “Shevill v. Presse Alliance”

Corte Giustizia, 19 settembre 1995, C-364/93, “Marinari v. Lloyd’s Bank”

Corte Giustizia, 6 marzo 2001, C-274/99, “Bernard Connoly”

Corte Giustizia, 1 ottobre 2002, C-167/00, “Henkel”

Corte Giustizia, 10 giugno 2004, C-168/02, “Kronhofer”

Corte Giustizia, 29 gennaio 2008, C-275/06, “Promusicae”

Corte Giustizia, 12 luglio 2011, C-324/09, “L’Oréal v. eBay”

Corte Giustizia, 22 settembre 2011, C-323/09, “Interflora”

Corte Giustizia, 25 ottobre 2011, C-509/09 e 161/10, “eDate advertising” e “Olivier Martinez”

Corte Giustizia, 24 novembre 2011, C-70/10, “Scarlet”

Corte Giustizia, 16 febbraio 2012, C-360/10, “SABAM v. Netlog”

Corte Giustizia, 23 marzo 2012, C-236/08, “Google v. Luis Vuitton”

Corte Giustizia, 19 aprile 2012, C-523/10, “Wintersteiger”

Corte Giustizia, 13 febbraio 2014, C-466/12, “Svensson”

Corte Giustizia, 27 marzo 2014, C-314/12, “UPC Telekabel Wien”

Corte Giustizia, 13 maggio 2014, C-131/12, “Google Spain”

Corte Giustizia, 11 settembre 2014, C-291/13, “Papasavvas”

Corte Giustizia, 21 ottobre 2014, C-384/13, “Bestwater”

Corte Giustizia, 23 ottobre 2014, C-302/13, “FLYLAL”

Corte Giustizia, 12 dicembre 2014, C-475/14 e C-475/14, “Gjensidige Baltic”

Corte Giustizia, 28 luglio 2015, C-191/15, “Verein fuer Konsumenteninformation”

Corte Giustizia, 21 gennaio 2016, C-359/14 e C-475/14, “ERGO Insurance”

Corte Giustizia, 7 luglio 2016, C-494/15, “Tommy Hilfiger Licensing”

Corte Giustizia, 8 settembre 2016, C-160/15, “GSMedia”

Corte Giustizia, 15 settembre 2016, C-484/14, “Tobias McFadden”
Corte Giustizia, 21 dicembre 2016, C-618/15, “Concurrence”
Corte Giustizia, 24 giugno 2017, “Stichting Brein”
Corte Giustizia, 7 agosto 2018, C-527/17, “Cooperative Vereniging”
Corte Giustizia, 24 settembre 2019, C-507/17, “Google v. CNIL”
Corte di Giustizia, 24 settembre 2019, C-136/17, “GA et al. v. CNIL”
Corte Giustizia, 3 ottobre 2019, C-18/18, “Eva GLasischnig-Piesczek v. Facebook Ireland ltd.”

Corte Europea dei Diritti dell’Uomo

C. EDU, 16 luglio 2009, Féret c. Belgio

Consiglio di Stato

Cons. Stato, Ad. Pl., 20 dicembre 1999, n. 2, Foro it. online

Suprema Corte di Cassazione

Cass., SS. UU., 9 dicembre 1985, n. 6192, Dejure online

Cass., SS. UU., 7 luglio 1988, n. 4476, Giust. Civ., I, p. 2938

Cass., III, 11 giugno 1990, n. 5670, Foro it. online

Cass., SS. UU., 26 agosto 1991, n. 9129, Dejure online

Cass., lav., 12 dicembre 1991, n. 13415, Giust. Civ., 1992, I, p. 1819

Cass., SS. UU., 4 dicembre 1992, n. 12944, Dejure online

Cass., SS. UU., 5 marzo 1993, n. 1151, Dejure online

Cass., SS. UU., 14 febbraio 1994, n. 1435, Dejure online

Cass., II, 1 agosto 1995, n. 8436, Dejure online

Cass., 12 maggio 1997, n. 4113, Foro it., 1998, I, 121, p. 1541

Cass., II, 13 maggio 1998, Foro it. Online

Cass., II, 15 giugno 1999, n. 5925, Dejure online

Cass., lav., 2 ottobre 2001, n. 12193, Dejure online

Cass., III, 14 luglio 2003, n. 10994, Dejure online

Cass., SS. UU., 5 luglio 2004, n. 12270, Jstor online

Cass., III, 25 febbraio 2005, n. 4082, ilCaso online

Cass., lav., 18 marzo 2005, ForoEuropeo online
Cass., III, 26 febbraio 2008, n. 5010, UDAIBarletta online
Cass., III, 12 marzo 2008, n. 6621, Giust. Civ., 2009, I, p. 458
Cass., I, 11 agosto 2009, n. 18218, WebGiuridico online
Cass., III, 18 settembre 2008, n. 20106, PersonaeMercato online
Cass., SS. UU., 13 ottobre 2009, n. 22239, in Foro it. Online
Cass., SS. UU., 23 marzo 2011, n. 6597, ilCaso online
Cass., SS. UU., 5 luglio 2011, n. 14654, Foro it. Online
Cass., SS. UU. 25 novembre 2011, n. 24096, SentenzeLaLeggePerTutti online
Cass., SS. UU., 27 dicembre 2011, n. 28811, Foro it. online
Cass., SS. UU., 10 giugno 2013, n. 14503, Foro it. online
Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, Judicium online
Cass., SS. UU., 28 aprile 2015, n. 8571, eIUS online
Cass., SS. UU., 17 luglio 2015, n. 31022, Giur. Penale online
Cass., SS. UU., 18 novembre 2015, n. 23542, Judicium online
Cass., SS. UU., 27 novembre 2015, n. 24245, Foro it. online
Cass., lav., 25 maggio 2016, n. 10840, LaNuovaProcedura online
Cass., lav. 4 agosto 2016, n. 16349, Dejure online
Cass., III, 19 ottobre 2016, n. 21062, SentenzeLaLeggePerTutti online
Cass., SS. UU., 18 novembre 2016, n. 23469, Federalismi online
Cass., III, 28 dicembre 2016, n. 27185, CortediCassazione online
Cass., 5 marzo 2018, n. 5097, ItalGiureWeb online
Cass. I, 19 marzo 2019, n. 7708, MediaLaws online
Cass., I, 19 marzo 2019, n. 7709, Altellex online
Cass., I, 18 giugno 2019, n. 24939, Judicium online
Cass., I, 19 maggio 2020, n. 9147, ilCaso online

Giurisprudenza di merito

Pret. Roma, 19 giugno 1951, Foro it., 1951, I, p. 1476
Pret. Roma, 20 dicembre 1967, Giust. Civ., 1968, I, p. 545
Pret. Roma, 31 maggio 1972, Giust. Civ., 1972, I, p. 1337

Pret. Roma, 3 dicembre 1973, in Foro it., 1974, I, p. 905
Pret. Trani, 16 ottobre 1974, Foro it., 1974, I, p. 3532
Pret. Bologna, 14 ottobre 1975, Foro it., 1975, I, p. 2616
Trib. Pisa, 30 luglio 1977, Foro it., 1977, I, p. 2354
Pret. Voltri, 1 settembre 1977, Riv. Giur. Lav., 1977, II, p. 639
Pret. Bari, 9 giugno 1978, Riv. Giur. Lav., 1978, II, p. 664
Pret. Bari, 25 marzo 1980, Foro it., 1980, I, p. 1179
Pret. Foggia, 23 marzo 1981, Giur. Merito, 1981, I, p. 1190
Pret. Roma, 23 aprile 1981, Foro it., I, p. 2084
Pret. Firenze, 14 dicembre 1982, Dejure online
Pret. Roma, 9 febbraio 1984, Riv. Dir. Proc., 1984, p. 599
Trib. Napoli, 1 dicembre 1984, InteLex online
Pret. Milano, 16 novembre 1985, Giur. Comm., 1985, II, p. 902
Pret. Taranto, 15 luglio 1986, Dejure online
Trib. Pietrasanta, 8 novembre 1986, Rass. Giur. Enel, 1988, p. 485
Trib. Lucca, 1 marzo 1988, Giust. Civ., 1989, I, p. 991
Pret. Milano, 15 febbraio 1990, Foro it. online
Trib. Trani, 22 marzo 1990, Foro it. online
Pret. Verona, 26 agosto 1990, Giur. Ital., 1991, I, 2, p. 910
Pret. Roma, 16 luglio 1991, Giur. Merito, 1992, 24, p. 1067
Pret. Salerno-Eboli, 24 luglio 1991, Archivio civ., 1992, p. 311
Pret. Roma, 23 dicembre 1991, Dejure online
Trib. Bari, 7 maggio 1992, Foro it., 1992, I, p. 3115
Pret. Monza, 3 febbraio 1993, Foro it., 1993, I, p. 1693
Pret. Alessandria, 16 marzo 1993, Giur. It., 1993, I, 2, p. 775
Pret. Milano, 25 giugno 1993, Dejure online
Trib. Padova, 13 ottobre 1993, Dejure online
Trib. Milano, 23 dicembre 1993, Giur. Ital., 1995, I, 2, p. 856
Trib. Rovigo, 7 marzo 1994, Giur. Merito, 1995, I, p. 405
Trib. Catania, 6 aprile 1994, Giur. It., 1995, II, p. 28
Trib. Potenza, 29 marzo 1995, Giur. Merito, 1995, I, p. 405

Trib. Vigevano, 1 agosto 1995, Foro it., 1996, I, p. 1864
Pret. Milano, 10 agosto 1996, Dejure online
Trib. Roma, 21 marzo 1997, Dejure online
Trib. Brescia, 12 febbraio 1998, Giur. Annot. Dir. Ind., 1998, p. 556
Trib. Padova, 17 novembre 1998, Guida al dir., 1999, 38, p. 14
Trib. Alba, 31 dicembre 1999, Giust. It., 2000, I, p. 2072
Trib. Roma, 25 marzo 2000, Dejure online
Trib. Roma, 23 novembre 2001, IusImpresa online
Trib. Milano, 2 marzo 2002, Dejure online
Trib. Bari, 6 maggio 2002, Dejure online
Trib. Modena, 9 luglio 2003, Dejure online
Trib. Trani, 10 luglio 2003, OrdineAvvocatiTrani online
Trib. Catania, 5 gennaio 2004, ilFallimento online
Trib. Monza, 13 maggio 2004, Dejure online
C. App. Milano, 29 giugno 2004, Giur. Merito, 2006, p. 352
Trib. Padova, 16 settembre 2004, Foro it. online
Trib. Bari, 10 ottobre 2004, Dejure online
Trib. Bari, II, 11 ottobre 2004, Dejure online
Trib. Salerno, I, 1 dicembre 2004, Dejure online
Trib. Cagliari, 5 maggio 2005, Riv. Giur. Sarda, 2005, 20, 2, p. 430
Trib. Bologna, p. i., 22 giugno 2005, Dejure online
Trib. Milano, p. i., 7 luglio 2005, Dejure online
Trib. Napoli, p. i., 10 agosto 2005, Dejure online
Trib. Catania, p. i., 7 gennaio 2006, Dejure online
Trib. Venezia, 30 gennaio 2006, Dejure online
Trib. Milano, 3 giugno 2006, Dejure online
Trib. Bari, 13 giugno 2006, Dir. Internet, 2006, p. 563
Trib. Bologna, 27 giugno 2006, Dejure online
Trib. Genova, 27 aprile 2007, Altalex online
Trib. Torino, III, 7 maggio 2007, Dejure online
Trib. Venezia, p. i., 15 giugno 2007, Dejure online

Trib. Modena, 13 settembre 2007, Dejure online
Trib. Roma, p. i., 22 novembre 2007, Dejure online
Trib. Benevento, 21 dicembre 2007, Dejure online
Trib. 24 gennaio 2008, n. 342, Dejure online
Trib. Roma, 30 gennaio 2008, Dejure online
Trib. Arezzo, 20 marzo 2008, Dejure online
Trib. Nola, II, 20 maggio 2008, Dejure online
Trib. Bari, 9 giugno 2008, Dejure online
Trib. Civitavecchia, 5 settembre 2008, Dejure online
Trib. Nola, II, 4 novembre 2008, Dejure online
Trib. Roma, 30 novembre 2008, Dejure online
Trib. Nola, II, 3 febbraio 2009, Dejure online
Trib. Paola, 18 febbraio 2009, Dejure online
Trib. Torino, p. i., 15 maggio 2009, Dejure online
Trib. Salerno, 29 giugno 2009, Dejure online
Trib. Varese, I, 18 novembre 2009, Dejure online
Trib. Roma, 2 dicembre 2009, Dejure online
Trib. Roma, 16 dicembre 2009, Dejure online
Trib. Torino, 21 marzo 2010, Dejure online
Trib. Latina, II, 30 marzo 2010, Dejure online
Trib. Roma, 15 aprile 2010, Dejure online
Trib. Bari, 30 settembre 2010, Dejure online
Trib. Napoli, II, 17 novembre 2010, Dejure online
Trib. Piacenza, 18 gennaio 2011, Dejure online
Trib. Torino, 8 febbraio 2011, Dejure online
Trib. Nola, II, 23 marzo 2011, Dejure online
Trib. Bari, lav, 30 aprile 2011, Dejure online
Trib. S. Angelo dei Lombardi, 14 giugno 2011, Dejure online
Trib. Roma, 16 giugno 2011, Dejure online
Trib. Milano, 9 settembre 2011, n. 10893, LeggiOggi online
Trib. Castrovillari, 30 dicembre 2011, Dejure online

TRib. Nocera Inferiore, 20 marzo 2012, Dejure online
Trib. Cuneo, 19 aprile 2012, Dejure online
Trib. Milano, 28 aprile 2012, Dejure online
Trib. Catanzaro, I, 30 aprile 2012, Dejure online
Trib. Bologna, 12 giugno 2012, Dejure online
Trib. Taranto, 24 settembre 2012, Biodiritto online
Trib. Bari, 9 novembre 2012, LaNuovaProceduraCivile online
Trib. Milano, 16 novembre 2012, Dejure online
Trib. Bari, 18 novembre 2012, Dejure online
Trib. Milano, s. i., 3 gennaio 2013, Dejure online
Trib. S. Maria Capua V., lav., 12 febbraio 2013, Dejure online
Trib. Milano, 25 marzo 2013, DIMT online
Trib. Milano, 25 maggio 2013, Dejure online
Trib. Trani, 28 maggio 2013, Dejure online
Trib. Portici, 29 maggio 2013, Foro it. online
Trib. Latina, II, 16 luglio 2013, Dejure online
Trib. Campobasso, 19 agosto 2013, DirittoScolastico online
Trib. Roma, 5 novembre 2013, Dejure online
Trib. S. Maria Capua v., lav. 12 dicembre 2013, Dejure online
Trib. Bergamo, II, 17 dicembre 2013, n. 2600, Altalex online
C. App. Milano, I, 28 gennaio 2014, n. 335, Foro it., 2014, I, p. 2612
Trib. Milano, 5 maggio 2014, IP in Italia online
Trib. Catania, 22 dicembre 2014, Dejure online
Trib. Napoli, II, 18 febbraio 2015, n. 1184, Dejure online
Trib. Venezia, 24 febbraio 2015, Dejure online
Trib. Salerno, 7 aprile 2015, Foro it. online
Trib. Reggio Emilia, 15 aprile 2015, ilCaso online
Trib. S. Maria Capua V., 21 aprile 2015, Altalex online
Trib. Arezzo, 8 maggio 2015, n. 575, Dejure online
Trib. Torino, 3 giugno 2015, Dejure online
Trib. Modena, II, 5 giugno 2015, Dejure online

Trib. Firenze, II, 16 giugno 2015, Dejure online
Trib. Napoli, 25 giugno 2015, Dejure online
Trib. Torino, 19 ottobre 2015, Dejure online
Trib. Genova, 16 novembre 2015, n. 3346, Dejure online
Trib. Roma, 14 gennaio 2016, Dejure online
Trib. Grosseto, 19 gennaio 2016, n. 46, Dejure online
Trib. Milano, s.i., 10 marzo 2016, Dejure online
Trib. Latina, 23 aprile 2016, Dejure online
Trib. Roma, IX, 27 aprile 2016, n. 8437, GLP.eu online
Trib. Torino, 9 maggio 2016, Foro it. online
Trib. Torino, I, 9 giugno 2016, n. 22390, in EDScuola online
Trib. Bologna, 26 maggio 2016, n. 54, Dejure online
Trib. Spoleto, 14 luglio 2016, Dejure online
Trib. Milano, 1 agosto 2016, Giur. Delle Imprese online
Trib. Napoli Nord, 10 agosto 2016, Foro it. online
Trib. Milano, 28 settembre 2016, PersonaeDanno online
Trib. Bari, p. i., 4 ottobre 2016, Dejure online
Trib. Napoli Nord, 4 novembre 2016, Dejure online
Trib. Roma, IX, 30 novembre 2016, Foro it. online
Trib. Roma, 1 dicembre 2016, Foro it. online
Trib. Salerno, 4 dicembre 2016, n. 6466, Dejure online
Trib. Milano, 6 dicembre 2016, Dejure online
Trib. Bergamo, 4 gennaio 2017, InfoJuris online
Trib. Paola, 9 gennaio 2017, PersonaeDanno online
Trib. Torino, I, 19 gennaio 2017, Dejure online
Trib. Treviso, I, 19 gennaio 2017, Dejure online
Trib. Roma, 24 gennaio 2017, n. 1303, ilSole24Ore online
Trib. Milano, III, 26 gennaio 2017, Dejure online
Trib. Roma, XI, 27 gennaio 2017, Dejure online
Trib. Venezia, 31 gennaio 2017, ilCaso online
Trib. Roma, 2 febbraio 2017, Dejure online

Trib. Torino, 7 febbraio 2017, n. 1928, Dejure online
Trib. Roma, 13 marzo 2017, Dejure online
Trib. Torre Annunziata, 30 marzo 2017, Dejure online
Trib. Torino, I, 7 aprile 2017, n. 1928, Dejure online
C. App., s.i., 29 aprile 2017, n. 2833, Dejure online
Trib. Civitavecchia, 6 maggio 2017, Dejure online
Trib. Milano, 8 maggio 2017, StudioLegaleFlorida online
Trib. Roma, 9 maggio 2017, Dejure online
Trib. Oristano, 11 maggio 2017, ilCaso online
Trib. Milano, 17 maggio 2017, Dejure online
Trib. Roma, 10 luglio 2017, n. 32116, Foro it. online
Trib. Trani, 24 agosto 2017, GranoSalus online
Trib. Napoli, 1 dicembre 2017, Dejure online
Trib. Torino, 24 gennaio 2018, n. 342 MediaLaws online e Dejure online
Trib. Milano, 25 gennaio 2018, MediaLaws online
Trib. Napoli, 5 febbraio 2018, Dejure online
Trib. Milano, 25 marzo 2018, Dejure online
Trib. Torino, 6 aprile 2018, Dejure online
C. App. Firenze, II, 11 aprile 2018, n. 862
Trib. Salerno, II, 14 aprile 2018, Dejure online
C. App. Milano, 16 aprile 2018, n. 1916, IusLetter online
Trib. Bari, 29 maggio 2018, Dejure online
Trib. Milano, 11 giugno 2018, Dejure online
Trib. Milano, 18 giugno 2018, Dejure online
Trib. Palmi, 18 giugno 2018, Sdaganelli online
Trib. Pordenone, 2 luglio 2018, n. 129, Foro it. Online
C. App. Firenze, II, 5 luglio 2018, n. 1626, Dejure online
Trib. Roma, 12 luglio 2018, n. 12048, GiurAemilia online
Trib. Torino, 15 ottobre 2018, Dejure online
Trib. Potenza, lav., 6 novembre 2018, n. 13520, Dejure online
Trib. Napoli, 20 novembre 2018, Dejure online

Trib. Roma, XVIII, 6 dicembre 2018, EspressoRepubblica online
Trib. Milano, 8 gennaio 2019, n. 19681, Altalex online
Trib. Roma, 10 gennaio 2019, n. 693, DIMT online
Trib. Lucca, 19 gennaio 2019, n. 96, Dejure online
Trib. Roma, IX, 15 febbraio 2019, n. 3512, MediaLaws online e Dejure online
Tri. Caltanissetta, 17 febbraio 2019, ADUC online
Trib. Bologna, 1 marzo 2019, n. 555, Dejure online
Trib. Rieti, 7 marzo 2019, Dejure online
Trib. Roma, XVI, 25 marzo 2019, Dejure online
Trib. Milano, s. i., 25 marzo 2019, Dejure online
Trib. Torino, I, 13 maggio 2019, Dejure online
Trib. Milano, 16 maggio 2019, Dejure online
Trib. Milano, s. i., 22 maggio 2019, Dejure online
Trib. Lecce, 17 giugno 2019, Dejure online
Trib. Milano, 8 agosto 2019, Dejure online
Trib. Palermo, 9 agosto 2019, Dejure online
Trib. Lodi, 23 agosto 2019 Dejure online
Trib. Milano, 3 settembre 2019, n. 7953, Dejure online
Trib. Caltanissetta, 20 settembre 2019, Dejure online
Trib. Roma, XVII, 2 ottobre 2019, n. 18727, Dejure online
Trib. Torino, 4 ottobre 2019, Dejure online
Trib. Vasto, 11 ottobre 2019, Dejure online
Trib. Venezia, 6 novembre 2019, Dejure online
Trib. Pordenone, 10 dicembre 2019, JusCivile online
Trib. Roma, 11 dicembre 2019, Altalex online e Dejure online
Trib. Siena, 19 gennaio 2020, Dir. Internet online
Trib. Roma, 23 febbraio 2020, QuestioneGiustizia online
Trib. Milano, 17 giugno 2020, in Altalex online
Trib. Pisa, 30 giugno 2020, Dejure online
Trib. Roma, s. i., 15 luglio 2020, Dejure online
Trib. Roma, V, 22 luglio 2020, Dejure online

Trib. Foggia, II, 16 settembre 2020, Dejure online

Autorità giurisdizionali straniere

Conseil Constitutionnel, 10 giugno 2009, 2009-580 DC, Conseil-Cositutionnel online

Corte Federale, Distretto della Pennsylvania, 11 giugno 1996, Justia online

BIBLIOGRAFIA

ACONE M., «Ricordo di Virgilio Andrioli», Foro it. online, 2011, V, 83.

ALPA G., BESSONE M., FUSARO A., «Analisi economica del diritto e disciplina della proprietà. Materiali per una riflessione», AmbienteDiritto online, s.d.

ALVISI C., «Concorrenza sleale e violazione di norme pubblicistiche nell'epoca della sharing economy», in Studi per Luigi Carlo Ubertazzi. Proprietà intellettuale e concorrenza, di M. Bertani. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.

ANDOLINA I., «Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale», Foro it. online, 1993.

ANDREONI M., «La tutela cautelare anticipatoria. Premesse per uno studio dei procedimenti cautelari nel diritto della proprietà intellettuale», Univ. Bicocca online, 2009.

ANDRIOLI V., «Sull'«Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari» di Piero Calamandrei», Foro it. online, 2009.

ASTONE M., «Il diritto all'oblio online alla prova dei limiti territoriali», Dejure online, 2020.

BARRA CARACCILO F., «La tutela della personalità in internet», Dejure online, 2018.

BARTOLINI F., E SAVARRO P., Codice di procedura civile. La Tribuna, 2015.

BASSOLI E., «Il caso RTI vs. Vimeo e la responsabilità civile dell'hosting provider attivo: sentenza n. 693/2019 del Tribunale di Roma», DIMT online, 2019.

BELTRANI S., «Internet e la responsabilità civile», In I danni risarcibili nella responsabilità civile, I singoli danni, di G. Sebastio. Torino: Utet, 2005.

BENINI C., «La localizzazione dell'illecito concorrenziale nel regime di Bruxelles: riflessioni alla luce della sentenza flyLAL II della Corte di Giustizia dell'Unione Europea», PubliCatt online, 2019.

BERTI SUMAN A., «Indirizzi IP dinamici e cybersicurezza: la conservazione dei "dati personali" degli utenti da parte dell'internet provider nel caso Breyer», In Orientamenti

della Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di responsabilità civile, di G. Alpa e G. Conte, 119 ss. Torino: Giappichelli Editore, 2018.

BERTI C., «Tutela dei contenuti editoriali online e problemi di enforcement», Dejure online, 2019.

BIANCHI D., «Internet e il danno alla persona». Torino: Giappichelli, 2012.

BIXIO M. L., «La violazione della reputazione aziendale attraverso ‘abusivo sfruttamento dell’immagine o del marchio altrui, la dilution o la confusione», In Internet e la reputazione aziendale, di S. Previti. Milano: Utet, 2016.

BOCCHINI R., «La centralità della qualità del servizio nel dibattito in tema di net neutrality», Dejure online, 2016.

BONAVITA S., «Il diritto all’oblio e la gestione delle informazioni nella società iperconnessa», Uni. Bologna online, 2016.

BONOMO G., «La responsabilità dell'hosting provider per la violazione dei diritti d'autore», Diritto24 online, 2019.

BOSCO F., «Digital divide e Covid-19: torna il diritto di accesso ad Internet», MediaLaws online, 2020.

BOVE M., «Il procedimento sommario di cognizione di cui agli articoli 702-bis ss. c.p.c.», Judicium online, 2010.

BRANDOLINI E., CASSANO G., Tutela urgente dei diritti ex art. 700 c.p.c., Ipsoa, 2017.

BRAVO F., «La responsabilità civile degli internet service providers», in La responsabilità d'impresa, di G. Alpa e G. Conte. Milano: Giuffrè, 2015.

BRUNO C., «Qualche riflessione sul recente takedown delle piattaforme streaming», Media Laws online, 2012.

BUGIOLACCHI L., «(Dis)orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità degli internet provider (ovvero del difficile rapporto tra assenza di obblighi di controllo e conoscenza dell’illecito)», Dejure online, 2010.

BUGIOLACCHI L., «Ascesa e declino della figura del provider “attivo”? Riflessioni in tema di fondamento e limiti del regime privilegiato di responsabilità dell’hosting provider», Dejure online, 2015.

CALABRESI G., MELAMED A. D.. «Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral», Harvard Law Review, 1972.

CAMMARATA M., «Quando il sequestro è contro la legge», InterLex online, 2002.

CAPONI R., «La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale (l. n. 80 del 2005)», Foro it. online, 2006, V, 69.

CAPONI R., «Piero Calamandrei e la tutela cautelare», Judicium online, 2012.

CAPPONI B., «Ancora su astreinte e condanna civile», Judicium online, 2017.

—. «Manuale di diritto dell'esecuzione civile». Torino: Giappichelli Editore, 2020.

—. «Note sul procedimento sommario di cognizione», Judicium online, 2010.

CAPUTO L., «Tutela cautelare ed articoli diffamatori online: le Sezioni Unite e la tutela giudiziaria residuale nell’epoca della post-verità», IurisPrudentia online, 2016.

CARTELLA M., «Profili giuridici delle banche dati.», in Studi per Luigi Carlo Ubertazzi. Proprietà intellettuale e concorrenza, di M. Bertani. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.

CARUSO C., «La libertà d’espressione presa sul serio», SIDI Blog online, 2020.

CASALI M., «Il diritto all’oblio nella sentenza Google Spain. Ieri la damnatio memoriae, oggi l’obbligo del ricordo?», in Orientamenti della Corte di Giustizia dell’Unione europea in materia di responsabilità civile, di G., Conte, G. Alpa. Torino: Giappichelli, 2018.

CASAROSA F., «L’approccio normativo europeo verso il discorso dell’odio online: l’equilibrio fra un sistema di "enforcement" efficiente ed efficace e la tutela della libertà di espressione», QuestioneGiustizia online, 2020.

CASINI L., «Lo Stato nell’era di Google», Dejure online, 2019.

CASSANO G., «Fattispecie di concorrenza sleale mediante internet: gli atti pertinenti ai segni distintivi», in *Diritto dell'internet e delle nuove tecnologie*, di G. Cassano e I. P. Cimino. Padova: Cedam, 2009.

CASTELLANETA M., «Tutela della reputazione dei politici, libertà di stampa e giudizi di valore con linguaggio provocatorio: la Corte europea procede a un bilanciamento a favore dei giornalisti», *Medialaws online*, 2020.

CATANZARITI M., «Dalla terza rivoluzione industriale ai big data: spunti per una ricostruzione», in *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, di V. Falce, G. Ghidini e G. Olivieri. Milano: Giuffrè, 2018.

CIACCI G., BUONOMO G., «Profili di informatica giuridica». CEDAM, 2018.

CIMINO I. P., «Fattispecie di concorrenza sleale mediante internet: gli atti riguardanti le pagine web», in *Diritto dell'internet e delle nuove tecnologie*, di G. Cassano e I. P. Cimino. Padova: Cedam, 2009.

CIPRIANI F., «Giuseppe Chiovenda tra Salvatore Satta e Virgilio Andrioli», *Foro it. online*, 2002.

COCUCCIO M., «La responsabilità civile per fatto illecito dell'internet service provider», *Dejure online*, 2015.

CORBO N., «La tutela dei diritti». Torino: G. Giappichelli Editore, 2018.

COREA U., «Disorientamenti in materia di esecuzione delle misure coercitive indirette ex art. 614-bis c.p.c.», *Judicium online*, 2017.

COSA R., VIOLA L., «La responsabilità del provider: inquadramento giuridico ed aggiornamenti giurisprudenziali», *Sicurezza e Giustizia*, 2014, III, p. 18 s.

CRISCI S., «Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo», *Dejure online*, 2018.

CUNEGATTI B., «Il diritto d'autore online», in *Diritto dell'internet e delle nuove tecnologie telematiche*, di G. Cassano e I. P. Cimino. Padova: Cedam, 2009.

DAFFARA L., «Illeciti online e competenza a giudicare: verso nuove regole universalmente valide?», *Diritto24 online*, 2019.

DE CATA M., *La responsabilità civile dell'internet service provider*. Milano: Giuffrè, 2010.

DE FELICE A., «Linking e violazione del diritto d'autore da parte degli ISP: la sentenza del Tribunale di Roma nel caso RTI/Facebook», *Media Laws online*, 2019.

DE GREGORIO C., «Privacy, protezione dei dati personali e Big Data», in *Privacy Digitale*, di E. Tosi. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.

DE SANTIS A. D., «XI L'azione inibitoria collettiva», *Foro it. online*.

DELLE DONNE C., «Riflessioni sulla tutela "anticipatoria" d'urgenza nell'esperienza applicativa della giurisprudenza», *Judicium online*, 2013.

DI CIOMMO F., «La responsabilità civile in internet.», in *Parola chiave: informazione*, di A. C. Amato Mangiameli. Milano: Giuffrè, 2004.

DI MAJO A., «Forme e tecniche di tutela», *Foro it. online*.

—. «La tutela civile dei diritti». Milano: Giuffrè editore, 2003.

—. Voce «Tutela», *Enc. Del Diritto (online)*, XLV, Giuffrè Francis Lefebvre, 1992.

DI RESTA F., «Il diritto all'oblio: dalla tutela nei confronti dell'editore alla deindicizzazione delle parole chiave nei risultati dei motori di ricerca», *IstiCom online*, 2015.

DI SANTI PAOLA N., «I processi cautelari e d'urgenza dopo la riforma del c.p.c.», *Sant'Arcangelo di Romagna: Maggioli Editore*, 2009.

DIANA A. G., «I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.», *Utet giuridica*, 2012.

—. «Procedimenti cautelari e possessori». *Utet Giuridica - libro digitale in Biblioteca WKI*, 2011.

D'IPPOLITO G., «Il principio di limitazione delle finalità del trattamento tra data protection e antitrust. Il caso dell'uso secondario dei big data», *Dejure online*, 2018.

DITTRICH L., «Diritto processuale civile». Vol. IV. Milano: Utet giuridica, 2019.

FALCE V., «Big Data e concorrenza. Quale rapporto?», in *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, a cura di V Falce, G. Ghidini e G. Olivieri. Milano: Giuffrè, 2018.

FALCE V., «Il valore dei dati nell'era dell'innovazione», in Studi per Luigi Carlo Ubertazzi. Proprietà intellettuale e concorrenza, a cura di M. Bertani. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.

FALLETTI E., «Decisioni automatizzate e diritto alla spiegazione: alcune riflessioni comparatistiche», Dejure online, 2020.

FARINA M., «Elementi di diritto dell'informatica». Padova: Cedam, 2019.

FIORUCCI F., «I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.», Milano: Giuffrè Editore, 2009.

FITTANTE A., «Brand, Industrial design, Made in Italy: la tutela giuridica». Milano: Giuffrè, 2017.

FRANCAGLIA R., «L'art. 700 c.p.c. e la cancellazione della segnalazione di un credito in sofferenza», in 700 c.p.c. - strategie processuali ed ambiti applicativi, di E. Brandolini. Padova: Cedam, 2011.

FRATTARI C., «E-commerce: diritto applicabile e tutela dei consumatori», in Orientamenti della Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di responsabilità civile, a cura di G. Alpa e G. Conte, 267 ss. Torino: Giappichelli Editore, 2018.

FRIGERIO F., «Attivo, anche se inconsapevole. Il Tribunale di Roma sanziona Vimeo e conferma i caratteri della responsabilità dell'hosting provider attivo per violazione del diritto d'autore altrui», MediaLaws online, 2019.

FROSINI T. E., «Il diritto costituzionale di accesso ad internet», AIC online, 2011.

FRUS G., «Riflessioni sul petitum cautelare, tra rispetto del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e potere discrezionale del giudice», Giurisprudenza italiana, 1998, pp. 197 ss.

FURNARI S. L., «Ico in Italia: applicabilità della disciplina sull'equity crowdfunding e suoi potenziali benefici», in Fintech: diritto, tecnologia e finanza, a cura di R. Lener. Roma: Editrice Minerva Bancaria, 2018.

GABELLINI E., «La competenza giurisdizionale nel caso di lesione di un diritto della personalità attraverso internet», Dejure online, 2017.

GAETA M. C., «La protezione dei dati personali nell'internet of things: l'esempio dei veicoli autonomi», Dejure online, 2018.

GALETTA D., «La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione Europea», IusPublicum online, 2011.

GALLI C., BOGNI M. A., «I requisiti per la tutela IP dei Big Data.» In *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, a cura di V. Falce, G. Ghidini e G. Olivieri. Milano: Giuffrè, 2018.

GALLI M., «Dynamic injunction, obblighi di sorveglianza e siti "alias": il caso Mondadori», Media Laws online, 2018.

GAMBARO M., «Big Data, Mercato e Mercati rilevanti.» In *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, a cura di V. Falce, G. Ghidini e G. Olivieri. Milano: Giuffrè, 2018.

GAMBINI M., «Le responsabilità civili dell'Internet service provider». Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2006.

GIUDICI S., «"Certezze" ed "incertezze" del diritto della proprietà industriale ed intellettuale.» Dejure online, 2019.

GORETTA R., «Privacy, Libertà d'espressione e diritto di cronaca: dopo il Gdpr quali equilibri», Agenda digitale online, 2019.

INFANTINO M., «La responsabilità per danni algoritmici, prospettive europeo-continentali», Dejure online, 2019.

IZZO S., «Sulla compatibilità tra tutela cautelare in corso di causa e procedimento sommario di cognizione», Judicium online, 2012.

JUETTE J., «Mere accessibility of a website does not trigger jurisdiction for injunctions when personality rights are infringed (ECJ, C-194/16, Bolagsupplysningen/İlsjan)», EuropeanLawBlog.eu online, 2017.

KERBER W., «Digital markets, Data and Privacy: competition law, consumer law and data protection», in *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, a cura di V. Falce, G. Ghidini e G. Olivieri. Milano: Giuffrè, 2018.

LA ROSA A., «Soggetti responsabili e problematiche dell'anonimato», in *Internet e reputazione aziendale*, di S. Previti. Milano: Utet, 2016.

LATTE S., «Dati personali in cambio di servizi digitali: la Direttiva 2019/770/UE», *Diritto di internet online*, 2019.

LAVAGNINI S., «La responsabilità degli internet service providers secondo la più recente giurisprudenza italiana», in *Studi per Luigi Carlo Ubertazzi. Proprietà intellettuale e concorrenza*, di M. Bertani. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.

LEMME G., «Blockchain, smart contracts, privacy, o del nuovo manifestarsi della volontà contrattuale», in *Privacy Digitale*, di E. Tosi. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.

LIBERTINI M., «Le nuove declinazioni del principio di effettività», *Dejure online*, 2018.

—. «Tutela e promozione delle creazioni intellettuali e limiti funzionali della proprietà intellettuale.» *Dejure online*, 2014.

LUCANTONI P., «Distributed Ledger Technology e infrastrutture di negoziazione post trading», in *Fintech: diritto, tecnologia e finanza*, a cura di R. Lener. Roma: Editrice Minerva Bancaria, 2018.

LUISO F. P., «Diritto processuale civile», Giuffrè Editore, 2017.

MAGGIO E., MULA D., «Big Data e strumenti negoziali», in *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, a cura di V. Falce, G. Ghidini e G. Olivieri. Milano: Giuffrè, 2018.

MAIETTA A., «I segni distintivi nell'era internet», in *Diritto dell'internet e delle nuove tecnologie*, a cura di G. Cassano e I. P. I. Cimino. Padova: Cedam, 2009.

MARONGIU BUONAIUTI F., «Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato». Milano: Giuffrè, 2013.

MARTINELLI P., «Alcune questioni sull'ambito di applicazione del nuovo rito cautelare uniforme», *Foro it. online*, 1995.

MASTROPASQUA G., «La norma imperativa come norma inderogabile», *JusCivile online*, 2013.

MENEGUS G., «Tutela cautelare e questione di legittimità», GruppoDiPisa online, 2016.

MENSI M., FALLETTA P., «Il diritto del web». Milano: Cedam, 2015.

MESSI D., NICOTRA M., «Diritti di accesso ad internet, web 3.0 e blockchain», MediaLaws online, 2020.

MONTAGNARI M. L., CAVALLO M., «Big Data, cloud e responsabilità dei service provider», in *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, a cura di V. Falce, G. Ghidini e G. Olivieri. Milano: Giuffrè, 2018.

MONTEROSSO M. W., «Estrazione e riutilizzo di informazioni digitali all'interno della rete internet. Il fenomeno c.d. del web scraping», Dejure online, 2020.

MORETTI A., «Algoritmi e diritti fondamentali della persona», Dejure online, 2018.

MORRA F., «Diritto d'autore online: il provider può essere obbligato ad impedire ai suoi clienti l'accesso ad un sito internet che viola il diritto d'autore», Media Laws online, 2013.

NARDO G. N., «Note in tema di azione inibitoria», Judicium online, 2013.

NICASTRO G., «Libertà di manifestazione del pensiero e tutela della personalità nella giurisprudenza costituzionale», 2015.

NISATO A., «Blockchain e Smart Contract alla luce del Decreto Semplificazioni 2019», *Diritto dell'informatica online*, 2019.

NIVARRA L., «Concorrenza sleale e responsabilità d'impresa.» In *Studi per Luigi Carlo Ubertazzi. Proprietà intellettuale e concorrenza*, a cura di M. Bertani. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.

NUZZO G. D., «La tutela ex art. 700 c.p.c. è possibile anche per le azioni di mero accertamento», *LaNuovaProceduraCivile online*, 2013.

OTTOLIA A., «I dati personali nel sistema della proprietà intellettuale. Il caso dei Big Data», in *Studi per Luigi Carlo Ubertazzi*, di M. Bertani. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.

PALAZZOLO E., «Libertà di espressione, Facebook, movimenti di estrema destra: provvedimenti a confronto», *IusInItinere online*, 2020.

PANETTA R., «il ruolo dell'internet service provider e i profili di responsabilità civile», Dejure online, 2019.

PANZAROLA, A., E R. GIORDANO. «Provvedimenti d'urgenza», in Commentario del Codice di Procedura Civile, a cura di S. Chiarloni. Torino: Zanichelli, 2016.

PELLECCHIA E., «Privacy, decisioni automatizzate e algoritmi», in Privacy digitale, di E. Tosi. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.

PERON S., «Le testate telematiche e la tutela costituzionale», Medialaws online, 2018.

PETRUSO R., «Responsabilità degli intermediari di internet e nuovi obblighi di conformazioni: robo-takedown, policy of termination, notice and take steps.» Dejure (Dejure), 2017.

—. «Responsabilità delle piattaforme online, oscuramento di siti web e libertà d'espressione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo», Dejure online, 2018.

PICCIN E., «L'art. 700 cod. proc. civ. in materia di sospensione e ripristino delle utenze», in 700 c.p.c. - strategie processuali ed ambiti applicativi, a cura di E. Brandolini. Padova: Cedam, 2011.

PIROZZOLI A., «Il libero accesso alla rete: un diritto in espansione», Dejure online, 2018.

PISA R., «L'accesso ad internet nella normativa europea e nazionale», ITTIG.CNR online, 2011.

PISELLI R., SEGNALINI S., «Blockchain e arte: il mercato è maturo per l'artech?» in Fintech: diritto, tecnologia e finanza, a cura di R. Lener. Roma: Editrice Minerva Bancaria, 2018.

POLLICINO O., «Servizio Autocomplete di Google e responsabilità del provider. È cambiato il vento anche a Milano?», Diritto24, 2013.

POPOLI A. R., «L'adeguamento dei social network sites al GDPR: un percorso non ancora ultimato», Dejure online, 2019.

PORRINI D., «Big Data, personalizzazione delle polizze ed effetti nel mercato assicurativo», in Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza, a cura di V. Falce, G. Ghidini e G. Olivieri. Milano: Giuffrè, 2018.

PREVITI S., «Internet e reputazione aziendale», in Internet e reputazione aziendale, di S. Previti. Milano: Utet, 2016.

PROIA G., «Strumenti di tutela in internet e reputazione aziendale», in Internet e reputazione aziendale, a cura di S. Previti. Milano: Utet, 2016.

PROSPERETTI E., «Algoritmi dei Big Data: temi regolamentari, responsabilità e concorrenza», in Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza, a cura di V. Falce, G. Ghidini e G. Olivieri. Milano: Giuffrè, 2018.

PROTO PISANI A., «Nel centenario del magistero di Giuseppe Chiovenda.» Foro it. online, 2005.

—. «Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile», Foro it. online, 2000.

—. «Ricordando Giuseppe Chiovenda: le note alla «Azione nel sistema dei diritti» del 1903» Foro it. online, 2003.

—. «Appunti sul valore della cognizione piena», Foro it. online, 2002.

—. «Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)», Foro it. online, 2010.

—. «Attualità di Giuseppe Chiovenda», Foro it. online, 1995.

—. «Emergenza nella giustizia civile», Foro it. online, 1987.

—. «I diritti e le tutele». Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato. A cura di P. Perlingeri. Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2008.

—. «I provvedimenti di urgenza ex art. 700 c.p.c. (anni settanta)» Foro.it online, 2012.

—. «Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo» Foro it. online, 2012.

—. «La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale», Foro it. online, 1991.

—. «La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela», Foro it. online, 1990.

—. «La tutela sommaria», Foro it. online, 2007.

- . «Note sulla tutela civile dei diritti», *Foro it. online*, 2002.
- . «Novità nella disciplina dei procedimenti cautelari in generale (1994/2005)», *Foro it. online*, 2007.
- . «Ricordo di Virgilio Andrioli», *Foro it. online*, 2005.
- . «Tecniche di tutela, Costituzione del 1948 e processo civile (a proposito di una prolusione non tenuta)», *Foro it. online*, 2018.
- PULEO A., «Quale giustizia per i diritti di libertà?». Milano: Giuffrè, 2005.
- RAPUANO S., «L'inibitoria ex art. 700 cod. proc. civ. nel diritto d'autore», in *700 c.p.c. - strategie processuali ed ambiti applicativi*, a cura di E. Brandolini. Padova: Cedam, 2011.
- . «L'art. 700 c.p.c. in materia di marchi e concorrenza sleale», *ibidem*.
- RESTA G., ZENO-ZENCOVICH V., «Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete», *Dejure online*, 2019.
- RICCIO G. M., «Il diritto d'autore tutela lo script?», *Media Laws online*, 2015.
- RICCIUTO V., «La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno», *Dejure online*, 2018.
- ROSSI M. A., «Il ruolo delle piattaforme nell'economia dei Big Data», in *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, a cura di V. Falce, G. Ghidini e G. Olivieri. Milano: Giuffrè, 2018.
- ROTOLO F., «Diritto alla vita privata e tutela della proprietà intellettuale: un bilanciamento ponderato degli interessi in gioco», *Media Laws online*, 2019.
- RULLI E., «Le sfide della blockchain ai giuristi, in *Fintech: diritto, tecnologia e finanza*», in *Fintech: diritto, tecnologia e finanza*, a cura di R. Lener. Roma: Editrice Minerva Bancaria, 2018.
- SALA C., «L'inibitoria cautelare nel diritto d'autore», *Diritto d'autore online*, 2003.
- SAMMARCO P., «Stampa on-line: compatibilità dello strumento cautelare di cui all'art. 700 c.p.c. per la rimozione di articoli diffamatori e brevi annotazioni sui profili risarcitori», *Dejure online*, 2015.

SCANNICCHIO T., VECCHIO N. A., «I limiti della neutralità: la Corte di giustizia e l'eterno ritorno dell'hosting attivo», *Filodiritto online*, 2019.

SCARPA., A, GIORDANO R., «I procedimenti cautelari». Padova: Cedam, 2015.

SCARSELLI G., «Sulla distinzione tra tutela sommaria cautelare e tutela sommaria decisoria», *Foro it. online*, 2008.

—. «Virgilio Andrioli, giudice della Corte costituzionale», *Foro it. online*, 2008.

SCUDERI S., «La responsabilità dell'internet service provider alla luce della giurisprudenza», *DIMT online*, 2018.

SEVERINI G., «Le procedure d'urgenza davanti al giudice amministrativo», *Seminario franco-italiano, Conseil d'Etat. Parigi*, 2017.

SICA S., GIANNONE CODIGLIONE G., «Social network sites e il "labirinto" delle responsabilità», *Dejure online*, 2012.

SIROTTI GAUDENZI A., «Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza». Torino: Utet, 2010.

SPEDICATO G., «Creatività artificiale, mercato e proprietà intellettuale», *Dejure online*, 2019.

STELLA, M., «Profili processuali degli illeciti via internet», vol. I: Giurisdizione, competenza, onere della prova. Milano: Cedam, 2020.

TOMMASEO F., voce «Provvedimenti d'urgenza», in *Enc. del Diritto online*. Giuffrè Francis Lefebvre, 1988.

TOSI E., «Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider passivi e attivi tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti», *Dejure online*, 2015.

—. «Diritto privato dell'informatica e dell'internet». Milano: Giuffrè, 2006.

—. «La responsabilità civile per fatto illecito degli internet service provider e dei motori di ricerca a margine dei recenti casi “Google suggest” per errata programmazione del software di ricerca “Yahoo Italia!” per “link” illecito», Dejure online, 2012.

TREVISI C., «La piattaforma Pirate Bay colpevole di contraffazione», Media Laws online, 2017.

VALENTINI F., «Le novità processuali in materia di privacy dopo il Reg. 679/2016 (GDPR) e il D.lgs. 101/2018», Judicium online, 2018.

VENANZONI A., «Attraversando il deserto del reale. Diritto di accesso a Internet e cittadinanza funzionale», MediaLaws online, 2020.

VIGEVANI G. E., «Identità, oblio, informazione e memoria in viaggio da Strasburgo a Lussemburgo, passando per Milano», Federalismi online, 2014.

VIGLIAR S., «Pirate Bay: evoluzione del concetto di comunicazione al pubblico o nuova responsabilità delle piattaforme telematiche?», Dejure online, 2018.

VIGNUDELLI L., «Il gestore del forum: spunti su identificazione dell’utente, anonimato e (ir)responsabilità», Dejure online, 2011.

VILLASCHI P., «Facebook come la RAI?», Osservatorio AIC online, 2020.

VIRGADAMO P., «La protezione giuridica dell’opera d’arte ai confini del diritto d’autore (e oltre): dalla logica mercantile all’assiologia ordinamentale», Dejure online, 2018.

VITELLINO G., voce “Obbligazioni extracontrattuali [dir. int. privato]” in Enc. giuridica Treccani online. 2018.

VIZZONI L., «Recensioni non genuine su TripAdvisor: quali responsabilità?», Dejure online, 2018.

ZANCAN M., «La nuova direttiva sul diritto d’autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale», Media Laws online, 2019.

ZINGALES I., «L’erogazione della tutela cautelare in caso di incidente di costituzionalità: legittimo esercizio di potere volto ad assicurare l’effettività della tutela giurisdizionale o eccesso di potere giurisdizionale deducibile in Cassazione?» Judicium online, 2016.

