

Contratto e impresa

Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale

RIVISTA FONDATA DA FRANCESCO GALGANO

- *Common law* e scelta del “tipo” contrattuale
- Diritto fondamentale a un rimedio effettivo
- Ruolo delle SGR e nuove opportunità di mercato
- Sugli atti di destinazione
- *Sham trust*
- **Obbligazioni e contratti**
 Servizi di pagamento e obblighi informativi
 Superamento dei tassi soglia
 contratti per adesione e riforma del codice civile francese
 clausole generiche ed eccessiva onerosità sopravvenuta
 poteri di creditore e giudice nella risoluzione del contratto
 vendita di beni di consumo e garanzia convenzionale
 contratti a distanza e passaggio del rischio
 acquisti *online* del minore
 contratto di deposito di beni immateriali
network contract
- **Responsabilità**
 Responsabilità civile sanitaria e azione verso l'assicuratore
- **Impresa e Società**
 Nullità di delibera di approvazione del bilancio
 Società *benefit*

 edicolaprofessionale.com/CI

Il contratto di deposito di beni immateriali: *i-cloud* e *files upload*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il contratto di deposito quale genesi della regola sulla diligenza. – 3. Il contratto di deposito e la teoria di Ugo Majello. – 4. Il contratto di deposito di beni materiali: la responsabilità nel deposito gratuito. – 5. Il contratto di deposito di beni immateriali. – 6. La disciplina applicabile.

1. – Siamo tutti ⁽¹⁾ abituati ad utilizzare le c.d. *i-cloud* per l'archiviazione dei *files* che vengono caricati (*upload*) in server di soggetti che mettono a disposizione spazi di memoria dei loro sistemi, gratuitamente fino a determinate misure e consentendone di solito maggiori spazi (*upgrade*) a pagamento.

In realtà le tipologie di prestazioni offerte dagli Internet *provider* mediante *clouds* è molto più ampia ⁽²⁾ giacché è possibile usarle anche per i *software* ed i servizi disponibili appunto a distanza, dando vita quindi ad un fenomeno di *outsourcing* ⁽³⁾; qui i *server provider* offrono la capacità dei propri server di effettuare con i propri *softwares* talune attività che il singolo non vuole o non può eseguire con il proprio computer, senza però che egli possa installare nel proprio computer quei programmi.

Non siamo cioè in presenza di licenze d'uso, ma di servizi prestati a distanza.

Qui interessa peraltro il caso specifico e particolare – che coinvolge tuttavia milioni di persone – del ricovero di propri *files* come forma di archiviazione di dati in server di altri soggetti, ove è possibile riprenderli in ogni momento, senza occuparci invece degli altri servizi aggiuntivi.

⁽¹⁾ Nel 2011 TROIANO, *Profili civili e penali del cloud computing nell'ordinamento giuridico nazionale: alla ricerca di un equilibrio tra diritti dell'utente e doveri del fornitore*, in *Cyberspazio e diritto*, 2011, p. 235, scriveva che uno studio «ha ipotizzato che nel 2015 il *Cloud* sarà utilizzato da oltre 2,5 miliardi di persone con oltre 10 miliardi di apparati diversi che accederanno ad *Internet*».

⁽²⁾ Cfr. TROIANO, *op. cit.*, p. 237 ss.; GUARDA, *Cloud computing*, in *Il diritto dell'era digitale*, a cura di Pascuzzi, Bologna, 2016, p. 249 ss.; D'AMBROSIO, *Cloud computing*, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di Valentino, Napoli, 2016, p. 413 ss.; MONTAGNANI, *Primi orientamenti in materia di responsabilità dei fornitori di servizi cloud in violazione del diritto d'autore in rete*, in *Riv. dir. ind.*, 2014, p. 179; RICCI, *Cloud computing*, in *Diritto dell'informatica*, a cura di Finocchiaro e Delfini, Torino, 2014, p. 671 ss.

⁽³⁾ RICCI, *op. cit.*, p. 672.

Questo rapporto può comportare eventi di ogni tipo: dalla perdita dei dati alla loro violazione, come molti fatti di cronaca hanno evidenziato anche di recente ⁽⁴⁾, sicché si tratta di comprendere come inquadrare la fattispecie, distinguendo le ipotesi gratuite da quelle onerose, in relazione al possibile diverso grado di responsabilità connessa.

La tesi che qui viene sostenuta è che siamo in presenza di un contratto di deposito ⁽⁵⁾, sia pure di un bene immateriale quale è il *file* ⁽⁶⁾, la cui disciplina peraltro si può intersecare con altre regole: in che misura, ad es., prevale la mancanza di obblighi di controllo prevista dal comma 1 dell'art. 17 del d. lgs. n. 70 del 2003 ⁽⁷⁾, rispetto all'indicazione dell'art. 15 del codice sulla tutela dei dati personali ⁽⁸⁾, per il quale la raccolta di dati sensibili è attività pericolosa? ⁽⁹⁾.

⁽⁴⁾ Solo per restare ad alcuni dei casi più recenti, Il Mattino, giornale di Padova, del 17 maggio 2017, indica la scoperta operata dall'azienda montebellunese Yarix, che si occupa di sicurezza, di «uno sterminato archivio con quasi 458 milioni di indirizzi *e-mail* e relative *password* in chiaro» che si troverebbe «caricato su una “*cloud*”, nuvola digitale, che porta in Russia»; nell'agosto 2017 è stata resa nota la violazione della c.d. piattaforma Rousseau all'interno della quale il Movimento 5 stelle conserva dati dei propri aderenti; a fine agosto Instagram ha ammesso che le sono state sottratte le foto di i propri utenti; vittima di un furto simile dalla propria *i-cloud* è stata una nota presentatrice italiana, che aveva depositato proprie immagini senza vestiti; nel 2018 c'è stata la violazione della banca dati del partito democratico di Firenze ecc.

⁽⁵⁾ Così TROIANO, *op. cit.*, p. 240.

⁽⁶⁾ Così ad es. NAVONE, *Instrumentum digitale Teoria e disciplina del documento informatico*, Milano, 2012, p. 72 ss.

⁽⁷⁾ Il testo dell'art. 17, comma 1, è: «Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite»; va collegato con l'art. 16, per il quale «1. Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: *a*) 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; *b*) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso. 2. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore. 3. L'autorità giudiziaria o quella amministrativa competente 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».

⁽⁸⁾ Il quale dispone che «1. Chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'articolo 2050 del codice civile. 2. Il danno non patrimoniale è risarcibile anche in caso di violazione dell'articolo 11».

⁽⁹⁾ Su questi dubbi v. GUARDA, *op. cit.*, p. 254 ss. o RICCI, *op. cit.*, p. 673 ss. ma sul presupposto che si tratti di deposito o trattamento dichiarato di dati personali.

Anche di recente, sia pure non per questo caso, la cassazione ha detto che: «l'art. 2051 c.c., nell'affermare la responsabilità del custode della cosa per i danni da questa cagionati, individua un criterio di imputazione che prescinde da qualunque connotato di colpa, ma opera sul piano oggettivo dell'accertamento del rapporto causale tra la cosa e l'evento dannoso e della ricorrenza del caso fortuito, quale elemento idoneo ad elidere tale rapporto causale»⁽¹⁰⁾: sicché l'applicazione di questa regola al nostro caso potrebbe avere conseguenze davvero rilevanti.

Opera anche qui la limitazione di responsabilità prevista per il deposito gratuito dal capoverso dell'art. 1768 c.c.?

Per rispondere è necessario tentare una difficile ricomposizione unitaria della materia, mancando infatti le indicazioni del legislatore su questioni così complesse e su fenomeni così nuovi⁽¹¹⁾, tanto che l'interprete dovrà adattarsi all'ortopedia giuridica per coordinare regole e concetti eterogenei.

2. – Il contratto di deposito ha vissuto momenti di grande interesse da parte della letteratura: con l'avvento del nuovo codice, la precedente regola sulla diligenza specifica (art. 1224), prevista solo per questa ipotesi a fronte dell'obbligo generale per le altre obbligazioni, venne inserita nel capoverso dell'art. 1176, diventando la disciplina generale di tutte le obbligazioni riguardanti le attività professionali.

In precedenza l'art. 1224⁽¹²⁾ prevedeva infatti che «la diligenza che si deve impiegare nell'adempimento dell'obbligazione, abbia questa per og-

⁽¹⁰⁾ Cass., 1 febbraio 2018, n. 2477, aggiungendo, ciò che pare davvero rilevante per l'*i-cloud*, che «il caso fortuito rappresentato da fatto naturale o del terzo è connotato da imprevedibilità ed inevitabilità, da intendersi però dal punto di vista oggettivo e della regolarità causale (o della causalità adeguata), senza che possa riconoscersi alcuna rilevanza alla diligenza o meno del custode».

⁽¹¹⁾ GUARDA, *op. cit.*, p. 252 menziona una risoluzione del Parlamento europeo (10 dicembre 2013) con cui si invita la Commissione ad adottare regole per «contro disposizioni contrattuali sleali per i servizi di *clouds*», anche qui riferendosi però alle prestazioni diverse dal semplice deposito di *files* effettuate in sistema di *outsourcing*.

⁽¹²⁾ In effetti la Commissione ha pubblicato il documento COM (2016) 178 *final European Cloud Initiative – Building a competitive data and knowledge economy in Europe* in data 19 aprile 2016.

La disposizione aveva le proprie radici nell'art. 1137 del codice francese, per il quale «L'*obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille. Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent*».

getto l'utilità di una delle parti o di ambedue, è sempre quella di un buon padre di famiglia, salvo il caso del deposito accennato nell'art. 1843. Questa regola per altro si deve applicare con maggiore o minor rigore, secondo le norme contenute per certi casi in questo codice»⁽¹³⁾.

La seconda costituiva la c.d. diligenza che il debitore *quam in suis rebus adhibere solet* ed al tempo si discuteva quindi della diligenza in generale e di quella specifica e concreta del depositario, che si considerava di maggior intensità.

A proposito delle attività professionali (non disciplinate dal codice)⁽¹⁴⁾, si riteneva che la regola fosse sempre quella generica: «né è a dire che si esca da questo tipo che si può chiamare dell'uomo medio o normale, e che si voglia qualcosa di più quando si tratta dell'esecuzione di un contratto relativo ad una professione, ad un'arte, ad un mestiere speciale, dove udiamo tutto giorno ripetere il noto e giusto principio: *imperitia culpa adnumeratur*, in quantoché qui allora c'è già la colpa, il difetto di diligenza che un buon p.f. deve adoperare, per la sola circostanza di essersi accinti a fare ciò che non si sa fare»⁽¹⁵⁾.

Sebbene la Relazione al codice, al n. 559, nel ricordare le ragioni della nuova formula adottata nel 1942, parlasse di sostanziale continuità con il passato, indicando che «quale caposaldo della disciplina dell'adempimento delle obbligazioni rimane la misura della diligenza riferita al tipo classico

⁽¹³⁾ Su questa disposizione v. ad es. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, 402 ss.; DE RUGGIERO, *Diritto civile*, III, Messina Milano (s.d., VI ed. riveduta), p. 119 ss.; per il momento di transizione tra i codici v. BARASSI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1940, p. 245 ss. Sul collegamento tra l'art. 1124 c.c. it. e 1137 c.c. franc. (dove però la regola era riferita alla sola obbligazione di custodia) v. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, Firenze, 1903, II, p. 38 ss.; osservazioni approfondite sulle ragioni addotte e sulle critiche alle tesi ricostruttive in ordine alla differenza tra il codice it. del 1865 e l'art. 1137 c.c. franc. in VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, p. 122 ss. Sulla nozione di buon padre di famiglia vi è anche la monografia di PREDELLA, *La figura dell'uomo medio nella storia del diritto e nel sistema giuridico privato*, Torino, 1934.

⁽¹⁴⁾ Il codice regolava la materia nella disciplina della locazione, nel capo relativo alla locazione d'opera, distinguendo quella «per cui le persone obbligano la propria opera all'altrui servizio» da quelle del vetturino o dell'imprenditore (art. 1627). La prima si poteva riferire anche alle professioni, sia pure in modo assolutamente generico e comunque con riferimento all'appalto d'opera, ove si noti l'accostamento tra l'attività dell'architetto e quella dell'imprenditore (artt. 1640 e 1642); la letteratura peraltro negava che il contratto d'opera con il professionista potesse ricondursi alla *locatio operarum* ed evidenziava la mancanza di regole da cui argomentare un'apposita disciplina: DE RUGGIERO, cit., p. 356. Con il nuovo codice la distinzione venne subito evidenziata da CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 21 ss.; RIVA SANSEVERINO, *Del lavoro autonomo in generale*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1963, p. 165.

⁽¹⁵⁾ POLACCO, cit., p. 411.

del buon padre di famiglia», il passo fu tutt'altro che agevole. Infatti dall'ipotetico giudizio sulla scelta del depositario nel salvare le cose proprie anziché quelle altrui, si trattava ora di individuare i criteri di valutazione di ogni tipo di attività professionale, che per scelta del legislatore trovava ora la nuova specifica collocazione.

A ciò s'aggiunge che il termine attività professionale cui si riferisce la disposizione non venne preso alla lettera, limitandolo alle sole professioni regolate dagli artt. 2229 ss. c.c., perché si è affermata ed è rimasta pacifica ed indiscussa un'interpretazione lata, inclusiva cioè di ogni attività umana esercitata professionalmente, inclusa quindi l'attività d'impresa, sicché la portata del capoverso dell'art. 1176 c.c. è risultata all'evidenza amplissima.

Ne è sorta di conseguenza una diatriba mai sopita, sulla funzione effettiva della nuova formula, che comunque già di per sé non aveva convinto tutti ⁽¹⁶⁾: molti hanno infatti ritenuto che il capoverso costituisca una semplice specificazione della regola generale contenuta nel primo comma; altri dicono invece che la disposizione effettiva sulle attività professionali sia proprio quella del secondo comma.

La prima tesi ritiene che il criterio di riferimento non possa essere costituito dall'ideale buon padre di famiglia, ma dal soggetto che si trovi in un determinato rapporto obbligatorio e rispetto al quale debba valutarsi il comportamento tenuto, confrontandolo con il soggetto medio sì, ma ideale di quel tipo di rapporto: prospettando così la necessità di una valutazione unica e contestualizzata della diligenza.

Tra i sostenitori di questa lettura vi fu Ugo Natoli, cui era parso che il riferimento al *bonus pater familias* rappresentasse nulla di più di una «cattiva reminiscenza storica», sembrando la «perseguita *bonitas* ... destinata, in altri termini, a cedere necessariamente il passo alla *mediocritas*» ⁽¹⁷⁾ e quindi da sostituirsi con altri riferimenti.

⁽¹⁶⁾ V. ad es. tra chi meno si adagia alle formule CARPONI SCHITTAR, *Il buon padre di famiglia: un parametro in via di soppressione*, in *Temì*, 1976, p. 450 ss.

⁽¹⁷⁾ NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1984, II, p. 93 ss., perché ritiene che il vero criterio di riferimento sia quello del secondo comma della disposizione in esame e ciò consentirebbe «di rilevare l'assurdità del riferimento ad un criterio astratto ed unitario, che dovrebbe valere da costante metro di valutazione di un indeterminato numero di ipotesi»; nello stesso senso v. poi BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica e Zatti*, Milano, 1991, p. 237 ss., spec. p. 240 – 241, ove rileva che l'individuazione della diligenza dovuta in uno sforzo volontaristico del debitore è tesi sia anacronistica quanto infedele al sistema; FORTINO, *La responsabilità civile del professionista*, Milano, 1984, p. 101. Secondo PREDELLA, cit., p. 8, il riferimento all'aurea *mediocritas* di Orazio non venne compreso già nel passato, perché non aveva contenuto negativo in quanto doveva esprimere semmai «il senso pratico della misura, della moderazione» dei romani. Queste le parole di Orazio, Libro II, ode 10,

Quella tesi fu però criticata ⁽¹⁸⁾ perché si è detto che l'art. 1176 non consente di dimenticare la distinzione che la regola pone tra rapporti obbligatori in generale e rapporti in cui il debitore sia un professionista ⁽¹⁹⁾, inclusa oggi la pubblica amministrazione ⁽²⁰⁾, come faceva la letteratura nella vigenza del codice precedente, quando tale partizione era ignota al codice ⁽²¹⁾; donde la ribadita necessità di individuare riferimenti astratti per definire separatamente tanto il debitore medio quanto il professionista medio.

strofa 2: *auream quisquis mediocritatem diligit, tutus caret obsoleti sordibus tecti, caret invindasobrius aula*. Lo stesso PREDELLA, cit., p. 16, ricorda però le critiche di MENGER (*Il diritto civile e il proletariato*, Torino, 1894), che definì tale figura come «abominevole e... meschina degna di venir dipinta da Giovenale o da Dickens».

⁽¹⁸⁾ Ad es. da DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja e Branca*, a cura di Galgano, sub art. 1176, Bologna-Roma, 1988, p. 430 ss.

⁽¹⁹⁾ Per CATTANEO, cit., p. 53 o CANNATA, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 9, I, Torino, 1984, p. 57 s., invece, la diligenza prevista dal capoverso dell'art. 1176 costituirebbe una specificazione di quella indicata al primo comma; così già COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955, p. 54; SANTORO PASSARELLI, voce *Professioni intellettuali*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 25; VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, p. 168 s.; D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato"*, Napoli, 1999, p. 148, per il quale la distinzione riguarderebbe non il profilo soggettivo inerente la qualità professionale del debitore, ma quello oggettivo dello standard della diligenza cui far riferimento, cioè quello sociale o quella professionale, ferma l'unitarietà della nozione di diligenza (*ivi spec. p. 152*); ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nelle società per azioni*, Padova, 2010, p. 18, p. 24 s. Nel vigore del codice precedente v. PREDELLA, cit., p. 34. Ampie considerazioni per la necessità di tracciare una nozione di diligenza ritagliata sulla singola figura professionale in LEGA, *Le libere professioni intellettuali*, Milano, 1974, p. 638 ss.

⁽²⁰⁾ La terza sezione del S.C., con la sent. 6 ottobre 2015, n. 19883, in motivazione afferma che «la regola di valutazione della colpa dettata dall'art. 1176, comma 2, c.c. si applica anche alla pubblica amministrazione. Essa infatti è norma generale dell'intero sistema delle obbligazioni, e detta un criterio suscettibile di applicazione in qualsiasi ipotesi di inadempimento o di responsabilità aquiliana. Per stabilire, dunque, se una pubblica amministrazione abbia o meno tenuto una condotta colposa, occorre confrontare la condotta da questa concretamente tenuta con la condotta che, nelle medesime circostanze, avrebbe tenuto l'*homo eiusdem generis et condicionis*: vale a dire una pubblica amministrazione che: (a) rispetta la legge (L. 7 agosto 1990, n. 241, art. 1, comma 1); (b) agisce in modo efficiente e senza inutili aggravii per i cittadini (L. 7 agosto 1990, n. 241, art. 1, commi 1 e 2); (c) non perde tempo, non si balocca e agisce a ragion veduta (art. 97 Cost.); (d) è composta di funzionari preparati, efficienti, prudenti e zelanti (art. 98 Cost.). Questo, dunque, è il modello astratto di "pubblica amministrazione" e di "pubblico impiegato" cui, ai sensi dell'art. 1176 c.c., comma 2, la Corte d'appello avrebbe dovuto comparare la condotta concretamente tenuta dal Comune di (...)».

⁽²¹⁾ V. ad es. POLACCO, *op. cit.*, p. 411 s., che parla del buon padre di famiglia che «s'intriga di arti o mestieri» e «quando assume tali uffici si provvede delle necessarie cognizioni e adibisce una diligenza tanto più intensa quanto più è pericoloso l'ufficio»; in senso contrario a queste parole D'AMICO, *op. cit.*, p. 150.

Quale debba essere la soluzione da preferire, potrebbe dirsi se vi fossero criteri dai quali si evincano misure diverse di diligenza: tesi che però è parsa insostenibile in quanto non vi sono indici di alcun tipo (legislativi o statistici) né circa la diligenza del debitore in generale, né del debitore professionale ⁽²²⁾.

Questa è però solo una delle moltissime questioni cui la disposizione ha dato vita: basta rammentare la mai sopita *querelle* circa la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato ⁽²³⁾, per giungere fino alla tesi, più recente ed appena sopra accennata, della perfetta impossibilità di individuare un criterio astratto di diligenza cui il giudice possa far riferimento ⁽²⁴⁾, per comprendere quanto sia ancora sentita la necessità di trovare un senso condiviso alla disposizione.

Di tutte le possibili questioni, interessa però qui ricordarne una, perché invocata proprio per delineare i limiti della responsabilità del depositario, argomento cui è diretto questo studio con riferimento ai beni immateriali; si può quindi partire dal dato generalmente condiviso ⁽²⁵⁾, in ordine al fatto che la previsione della diligenza *quam suis* dell'art. 1124 c.c. del 1865, proprio con la transizione alla nuova regola, abbia perso ogni rilievo; tesi che poi rivaluteremo perché ci pare invece che svolga ancora una funzione.

3. – Il contratto di deposito ha costituito anche l'occasione per formulare una teoria tanto nota quando fu scritta quanto oggi dimenticata, perché in realtà dimostratasi priva di fondamento.

Ugo Majello spese infatti moltissime energie ⁽²⁶⁾ per dimostrare che non vi sarebbe inadempimento del custode in ordine all'obbligo di restituire il bene all'avente diritto, finché non scada il termine per la sua consegna, poco importando quel che accada nel frattempo.

⁽²²⁾ Non è possibile approfondire qui il discorso; sia consentito il rinvio a SICCHIERO, *Comm. c.c. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2016, *sub* art. 1176.

⁽²³⁾ Un riassunto delle varie tesi ed una proposta per una nuova lettura di recente in SICCHIERO, *Dalle obbligazioni "di mezzi e di risultato" alle "obbligazioni governabili o non governabili"*, in *questa rivista*, 2016, p. 1391 ss.

⁽²⁴⁾ E la soluzione proposta è la stessa utilizzata per la buona fede contrattuale (secondo le indicazioni di GALGANO, *Tratt. dir. civ.*, Padova, 2011, II, p. 564 s.), ovvero di verificare la ragionevolezza delle soluzioni offerte dai giudici per tipizzare le fattispecie, creando così una casistica concreta: SICCHIERO, *Commentario*, cit., p. 38 ss., p. 51 ss.

⁽²⁵⁾ Per tutti v. MASTROPAOLO, voce *Custodia, disciplina privatistica*, in *Enc. giur.*, ad *voce*, 3 (ove l'aggiornamento *de Il deposito*, in *Tratt. Rescigno*, XII, Torino, 1985), p. 4.

⁽²⁶⁾ In MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958.

Per Majello, infatti, erroneamente si parlerebbe di obbligo di custodia quale comportamento doveroso del debitore; invece a suo dire, anche perché non sarebbe produttiva di una diretta utilità economica in capo al creditore (27), la custodia consisterebbe in altro, ovvero in un “criterio di imputabilità della sopravvenuta impossibilità della prestazione” di consegna (28), molto più in linea con le dimenticate fonti romane che con la disciplina positiva (29).

Se la tesi si fosse arrestata qui, sarebbe probabilmente passata inosservata; invece egli ne volle trarre una conseguenza davvero inaccettabile, cioè che il creditore mai potrebbe lamentarsi del modo con cui sia custodito il bene che attende posto che, fino all'ultimo istante, il debitore sarebbe libero di comportarsi come creda.

Insomma, dalla diligenza *quam suis* del 1865 si sarebbe passati ad una totale assenza di qualsiasi obbligo di attenzione del custode nei confronti del bene da custodire, potendo il creditore solo lamentarsi se, alla scadenza, il bene sia perito o si sia rovinato.

Di fronte alla lettera dell'art. 1176 c.c., che pure richiama gli obblighi di diligenza, Majello escogitò una soluzione: le forme di responsabilità contrattuale previste dal codice, a suo dire, andrebbero distinte in due ipotesi, una per inadempimento e l'altra per i danni causati nell'adempimento (30).

La responsabilità per inadempimento sarebbe regolata dall'art. 1218 c.c. mentre l'art. 1176 c.c. si riferirebbe a quella per i danni; potrebbe infatti accadere che il debitore, nell'eseguire esattamente la prestazione, appunto cagioni dei danni, ad es. il chirurgo cui scappa il bisturi, il giardiniere che, tagliando l'albero, lo faccia cadere sulla casa e così via.

(27) MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., p. 140; è un evidente ed ingiustificabile abbaglio: chi proietta un film per lo spettatore non gli arreca alcun vantaggio economico; il carattere economico della prestazione riguarda il fatto che l'attività possa essere valutata in tal modo, così come fa lo spettatore che paga il biglietto e che ha diritto alla rifusione se il film non venga proiettato: GALGANO, *op. cit.*, p. 6 s.; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, I, p. 53, porta l'esempio del contratto d'appalto per costruire un monumento alla memoria dei caduti, ove l'interesse del committente è evidentemente di carattere puramente morale. Al tempo lo evidenziò subito SCHLESINGER, *Recensione a Majello, Custodia e deposito*, *Riv. dir. civ.*, 1961, I, p. 407; MASTROPAOLO, cit., p. 3.

(28) MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., p. 141 ss.

(29) È DE GENNARO, *Del deposito in generale*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, Firenze, 1949, *sub* art. 1766, p. 568, a ricordare appunto che, in diritto romano, secondo l'insegnamento preferito «l'espressione “custodia” indica una forma di responsabilità, e non, o solo eccezionalmente, un'attività dedotta in obbligazione» mentre «nel diritto moderno, invece, sopravvive, come ormai è quasi pacificamente riconosciuto, soltanto il secondo significato».

(30) *Ivi*, p. 18-19 e p. 65 ss.

Ora, afferma Majello, (de)«gli stessi atti che, a norma dell'art. 2043, darebbero luogo ad un'azione extracontrattuale di responsabilità» quando accadano al di fuori di un rapporto obbligatorio, il debitore risponde invece ai sensi dell'art. 1176 c.c. ⁽³¹⁾.

Ciò anche per dare uno spazio operativo alla disposizione in esame, dato che dalla stessa non si possono trarre argomenti per affermare che la prestazione di adeguata diligenza sia sufficiente per esonerare il debitore da qualsiasi responsabilità ⁽³²⁾: quantomeno perché il legislatore non ebbe a dire che si adempie con la diligenza ma che la diligenza rileva nell'adempiere, donde l'impossibilità di far bastare la semplice diligenza ⁽³³⁾.

Di conseguenza l'art. 1176 c.c. regolerebbe la responsabilità per i danni causati nell'adempimento «indipendentemente dal fatto che la prestazione dovuta subisca o meno un pregiudizio»; in tal modo egli poteva poi sostenere la tesi appena vista: il custode non è tenuto ad alcuna diligenza nella custodia, risponde solo al momento della scadenza del termine ed in questi limiti.

Le critiche furono immediate; tra le più autorevoli quella di Mengoni ⁽³⁴⁾, il quale ricordava che, per il comodato, l'art. 1804 c.c., al terzo comma, autorizza il comodante a chiedere la restituzione immediata del bene se il comodatario non la conservi con la diligenza del buon padre di famiglia, essendo quindi testuale la previsione di un obbligo di diligenza durante la custodia.

Di fronte alla regola, che aveva esaminato, pur di non arretrare Majello affermò che il difetto di diligenza nella custodia «deve intendersi non già letteralmente, ma bensì nel senso che la cosa, in conseguenza della negligenza del comodatario, se sia già stata, anche minimamente danneggiata o deteriorata» ⁽³⁵⁾, soluzione coerente con quanto egli affermava in ordine alla portata dell'art. 1176 c.c.

La tesi di Majello, come anticipato, si è persa nel tempo ma è bene ricordarla, specie in considerazione dell'oggetto specifico del deposito che qui si studia, ovvero un bene immateriale, per il quale potrebbe dubitarsi che esista una custodia in senso proprio.

⁽³¹⁾ *Ivi*, p. 131.

⁽³²⁾ *Ivi*, p. 134-135.

⁽³³⁾ *Ivi*, p. 135.

⁽³⁴⁾ *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 204 ss. ma con lui v. ad es. DE MARTINI, *vice Deposito (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1960, V, p. 503; FIORENTINO, *Deposito*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1970, p. 67; NATOLI, cit., II, p. 82; GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, p. 250.

⁽³⁵⁾ *Ivi*, p. 31.

Chi accetti in deposito un *file* potrebbe cioè affermare che nulla deve fare per conservarlo.

Milita invece in senso contrario a quell'idea una ragione di ordine generale, che attiene ai compiti del custode di qualsiasi bene, essendo egli tenuto ad adottare le cautele necessarie perché il bene che deve consegnare non si deteriori o venga sottratto, che si trae dagli artt. 1177 e 1768 c.c.; donde il correlativo diritto del depositante di attivarsi in qualsiasi momento emergano rischi che il depositario non affronti adeguatamente.

L'idea che il creditore si trovi in balia delle decisioni di un debitore e non abbia alcuna difesa di fronte all'evidente pericolo di perdita dei propri beni è priva infatti di qualsiasi ragionevolezza, questo essendo il criterio di scelta tra le opposte soluzioni ⁽³⁶⁾.

È vero invece che «ancor prima del momento finale della prestazione l'interesse finale del creditore è suscettibile di essere leso dalla carenza dello sforzo diligente adeguato alla realizzazione del programma obbligatorio» ⁽³⁷⁾ anche se, molto più direttamente, è bene evidenziare come la custodia della cosa da consegnare non appartenga ad una fase impropria di «preadempimento» ma, al contrario, nel custodire «l'obbligato si trova già in fase di adempimento» ⁽³⁸⁾.

⁽³⁶⁾ Per uno studio sull'etimologia del termine v. TROIANO, *La "ragionevolezza" nel diritto dei contratti*, Padova, 2005, p. 29 ss.; RICCI, *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007, p. 1 ss. Che si tratti di un criterio di scelta utilizzabile proficuamente è ormai condiviso, avendo tra l'altro ricordato PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013, p. 22 ss. che i giuristi di *common law* da tempo procedono in tal modo (un elenco di paesi che utilizzano la ragionevolezza in Troiano, cit., p. 81 ss.; RICCI, cit., p. 110 ss.). La ragionevolezza è inoltre un criterio costantemente utilizzato dalla Corte cost. per giudicare la validità delle leggi a far data dalle sentt. 31 dicembre 1982, n. 266 o 28 gennaio 1986, n. 14; ad es. già con la sent. 31 dicembre 1986, n. 297, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 1328, ha affermato essere «priva di ragionevolezza la norma che punisca solo alcuni fra più soggetti obbligati a comportamenti identici nell'esercizio di attività del tutto corrispondenti, ma un'irragionevole omissione del legislatore non può condurre alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di altra norma di per se ragionevole», mentre con la sent. 18 novembre 1993, n. 403 ha dichiarato inammissibile una questione, pur rilevando una ingiustificata disparità di trattamento, «poiché la riconduzione a ragionevolezza del sistema vigente potrebbe realizzarsi attraverso interventi legislativi di diversa natura e complessità e non sussiste, quindi, una soluzione costituzionalmente obbligata della questione»; altre decisioni basate sulla ragionevolezza nelle sentt. 17 giugno 1987, n. 226, 12 ottobre 1990, n. 445, 15 aprile 1992, n. 176, 9 luglio 1996, n. 239, 14 luglio 2009, n. 214, 28 ottobre 2011, n. 281 ecc., a conferma della continuità del ragionamento decisionale. Su questo meccanismo cfr. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001.

⁽³⁷⁾ BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, Milano, rist. 2015, p. 76, ma già anche AULETTA, *Inadempimento imputabile e non imputabile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, p. 1060 o GIORGIANNI, cit., p. 230-231 nonché p. 249 per critiche puntuali.

⁽³⁸⁾ NATOLI, *ibidem*.

D'altro canto quella tesi è inaccettabile anche seguendo un diverso percorso argomentativo: il nostro ordinamento considera proprio la perdita di ricchezza un male in sé, imponendo al creditore (art. 1227) di evitare le perdite che possa prevenire senza un sacrificio della propria sfera economica o personale ⁽³⁹⁾.

Dunque se il creditore ha perfino un obbligo di comportarsi in questo modo, che senso può avere il confiscargli il correlativo diritto di prevenire perdite, rimanendo affacciato alla finestra a guardare il debitore che lasci un bene incustodito o a rischio di deterioramento?

La lettura dei giudici, pienamente condivisibile, per cui «l'esposizione volontaria ad un rischio, o, comunque, la consapevolezza di porsi in una situazione da cui consegua la probabilità che si produca a proprio danno un evento pregiudizievole, è idonea ad integrare una corresponsabilità del danneggiato e a ridurre, proporzionalmente, la responsabilità del danneggiante, in quanto viene a costituire un antecedente causale necessario del verificarsi dell'evento, ai sensi dell'art. 1227, comma 1, c.c., e, a livello costituzionale, risponde al principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. avuto riguardo alle esigenze di allocazione dei rischi secondo una finalità comune di prevenzione, nonché al correlato obbligo di ciascuno di essere responsabile delle conseguenze dei propri atti» ⁽⁴⁰⁾ enuncia proprio il criterio di ragionevolezza cui occorre far riferimento: cioè la «finalità comune di prevenzione» dei rischi, perché diretta appunto a prevenire l'insorgenza di danni, che autorizza quindi il creditore a tutelarsi subito.

Non a caso, va aggiunto, il legislatore ha previsto nell'art. 1177 c.c. che l'obbligo di consegnare una cosa includa quello di custodirla: parlando appunto di obbligazione di custodire la regola è chiara nell'imporre al debitore esattamente un obbligo in senso proprio, consistente nella difesa del bene del creditore dai rischi di deterioramento e di sottrazione.

Corollario di quest'obbligo è che il creditore può avvalersi delle tutele che la legge appresti in relazione al rapporto cui l'obbligo di consegna

⁽³⁹⁾ È pacifico che «l'art. 1227, 2° comma, c.c., escludendo il risarcimento per il danno che il creditore avrebbe potuto evitare con l'uso della normale diligenza, non si limita ad esigere dal creditore la mera inerzia di fronte all'altrui comportamento dannoso, ma gli impone, secondo i principi di correttezza e buona fede di cui all'art. 1175 c.c., una condotta attiva o positiva, diretta a limitare le conseguenze dannose di quel comportamento» (Cass., 28 novembre 2013, n. 26639; id., 2 dicembre 2011, n. 25854).

⁽⁴⁰⁾ Cass., 26 maggio 2014, n. 11698, in *Arch. giur. circ.*, 2014, p. 706.

inerisca ⁽⁴¹⁾: ad es. quello di restituire o consegnare il bene anche prima della scadenza del termine, al pari di quanto prevede il comodato.

Può quindi ritenersi esistente l'obbligo del depositario, anche di beni immateriali, di custodire questi beni, nel senso di essere tenuto ad adottare in corso di rapporto le cautele necessarie a rendere possibile la restituzione ⁽⁴²⁾ dei *files* integri, essendo altrimenti inadempiente e senza che possa venir riesumata una teoria contraria, fortunatamente rimasta confinata negli scaffali delle biblioteche.

Ne costituisce ulteriore corollario il diritto del depositante di reagire ai rischi anche in costanza di rapporto: ad es. chiedendo di conoscere quali siano le cautele che il depositario adotti a protezione dei *files* depositati; di pretendere che le cautele siano adottate (ad es. che il depositario predisponga una copia di scorta dei *files* depositati); recedere dal contratto a titolo oneroso anche anticipatamente alla scadenza e senza dover pagare il corrispettivo, laddove il depositario non dimostri queste forme idonee di protezione (*nulla quaestio*, ovviamente, se a titolo gratuito).

4. – Il contratto di deposito ⁽⁴³⁾, cui continuo a far riferimento pur non essendo ancora entrato nel merito di ciò che si deposita (cioè il *file*), ha una disciplina che coincide in gran parte con il senso comune: consegna un bene mobile perché sia custodito e restituito alla scadenza o quando comunque serve (artt. 1766 e 1771 c.c.), pagando il corrispettivo che va concordato, dato che si presume in mancanza la gratuità del deposito (art. 1767 c.c.), a parte il rimborso delle spese (art. 1781 c.c.).

Il comodatario è responsabile della custodia (artt. 1768, comma 1 e, *a contrariis*, 1769 c.c.) e non può usare il bene (art. 1770 c.c.).

A richiesta del depositante deve restituire il bene a lui stesso e non a terzi, salvo siano indicati dal depositante (art. 1777 c.c.).

A parte altre regole che trattano questioni collaterali, alla fine la sostanza è tutta qui; i maggiori punti di attenzione su cui si è concentrata la letteratura più recente attengono semmai alla possibilità di utilizzare le regole del deposito per altri rapporti ed in particolare o per realtà non nuove ma considerate oggi – ad es. il parcheggio dei veicoli, nelle auto-

⁽⁴¹⁾ FIORENTINO, cit., p. 67; DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, in *Comm. Scialoja e Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1994, sub art. 1177, p. 11.

⁽⁴²⁾ Per il deposito ordinario v. DALMARTELLO e PORTALE, voce *Deposito (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, p. 239, p. 247.

⁽⁴³⁾ Un recente *excursus* storico in PELLOSO, *L'obbligo di custodia*, in *Tratt. obbl.* a cura di Garofalo, Padova, 2014, p. 645 ss.

rimesse o negli spazi aperti- o per altre ipotesi che si sono prospettate solo in tempi più recenti e su cui la letteratura ha iniziato a riflettere da poco – appunto il deposito di *files* nelle c.d. *i-cloudes*.

Proprio perché è questione generale, occorre soffermarsi subito sulla responsabilità del custode: escluso comunque che egli possa sottrarsi oltre il limite indicato dall'art. 1229 c.c., quando il deposito è gratuito tale sua responsabilità se «per colpa è valutata con minor rigore» (art. 1768 c.c.), tenuto conto che la causa del deposito resta pur sempre la medesima in entrambe le ipotesi ⁽⁴⁴⁾.

Il termine può essere inteso in due modi: riferendo il minor rigore alle modalità di custodia o, invece, alla misura del danno che egli sia tenuto a risarcire; nel primo caso se egli è tenuto a minori cautele, potrebbe non rispondere della perdita del bene causata da una omessa cautela non doverosa; nel secondo caso sarà responsabile ma dovrà un indennizzo più che un risarcimento.

La prima ipotesi ha un fondamento testuale: la Relazione al codice, n. 559, riassumendo le ipotesi in cui il codice configura questo minor rigore ⁽⁴⁵⁾, si riferisce ai casi «per i quali la diligenza normale deve essere valutata meno rigorosamente, anche se non arriva ad escludere del tutto la responsabilità per colpa lieve».

Tuttavia anche l'altra ipotesi possiede una base testuale ed è curioso che sia citata sempre nel medesimo numero della Relazione, dove si trascura la differenza che invece sussiste; infatti l'art. 2030 c.c. (ivi richiamato) al capoverso prevede che il giudice possa valutare il comportamento del gestore d'affari che abbia causato danno al gerito e «può moderare il risarcimento dei danni ai quali questi sarebbe tenuto per effetto della sua colpa» ⁽⁴⁶⁾, valutando quindi il danno da risarcire e non la negligenza del gestore ⁽⁴⁷⁾.

La letteratura ha sottolineato il rischio che comporterebbe la prima opzione: «non si vede, infatti, quale mandatario, o depositario, si sforzerà di usare l'attenzione e le cure del buon padre di famiglia, già sapendo che la sua condotta verrà giudicata in base a criteri non ad esse corrispondenti,

⁽⁴⁴⁾ DE MARTINI, cit., p. 510.

⁽⁴⁵⁾ La Relazione si riferisce agli artt. 491, 789, 2236 e 2864, ove però si configura la responsabilità solo per colpa grave, (come riconosce la relazione) e 1710, 1768, 2030 dove si parla di minor rigore, ma solo nelle prime due disposizioni.

⁽⁴⁶⁾ Non constano però applicazioni di questa regola, che esiste nel codice ma non è entrata nelle aule dei tribunali.

⁽⁴⁷⁾ Lo ha notato ad es. ZANA, *Valutazione con "minor rigore" della responsabilità per colpa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1974, p. 24 ss.

bensi più blandi, e, soprattutto, rimessi all'indulgenza del giudice»⁽⁴⁸⁾; donde la necessità di intendere il minor rigore non riferito al comportamento ma al danno da risarcire, proprio sulla base di quanto indica l'art. 2030 c.c.⁽⁴⁹⁾.

L'argomento è suggestivo perché dare la stura a comportamenti del debitore indifferenti all'interesse del creditore sarebbe un errore; però in realtà il danno paventato è solo teorico.

Già nella sua formulazione la tesi vacilla: se infatti il debitore sa che la valutazione è rimessa «all'indulgenza del giudice», non può conoscere in anticipo quanto il giudice sarà indulgente; potrebbe infatti trovarne uno poco disponibile alla clemenza⁽⁵⁰⁾.

Né poi la giurisprudenza, che pure già allora si segnalava incline a valutare il comportamento più che a diminuire il risarcimento⁽⁵¹⁾, ha mai dato segnali di apertura ad incuria e disinteresse, tutt'altro, anche se si riferiva alle ipotesi a titolo oneroso e dunque non era pertinente.

C'è poi da dire che il problema non ha avuto, fino ad oggi, alcun rilievo pratico: interrogando le banche dati non si trovano precedenti degli ultimi trentacinque anni sul mandato gratuito; quanto al deposito, uno solo e che esclude l'applicabilità dell'art. 1768 c.c.⁽⁵²⁾ mentre sono rare e comunque nello stesso senso quelle a proposito del parcheggio

⁽⁴⁸⁾ ZANA, *op. cit.*, p. 27 ss., ove un'ampia ricostruzione storica.

⁽⁴⁹⁾ ZANA, *op. cit.*, p. 34 ss.; in precedenza sembra su questo linea DE MARTINI, *op. cit.*, p. 513 e lo era sicuramente MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1954, IV, p. 268.

⁽⁵⁰⁾ Si veda il caso dell'automobile lasciata in deposito all'autolavaggio in attesa del suo ritiro da parte del proprietario, rubata perché le chiavi erano state riposte in una bacheca lasciata aperta; la cassazione ha giustamente evidenziato la responsabilità del lavatore-custode: Cass., 18 settembre 2008, n. 23845, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 463. C'è anche Cass., 3 febbraio 2012, n. 1619: «il contratto mediante il quale taluno si impegna a tenere presso di sé degli abiti per darvi pulitura va considerato come contratto d'opera che, tuttavia, contiene anche le obbligazioni della custodia e della riconsegna proprie del contratto di deposito; ne deriva che il depositario, se la cosa va perduta o distrutta, va esente da responsabilità solo se fornisce la prova dell'adempimento del dovere della diligenza del buon padre di famiglia nella custodia della cosa affidata».

⁽⁵¹⁾ ZANA, *cit.*, p. 26.

⁽⁵²⁾ Cass., 29 gennaio 1981, n. 690, in *Foro it.*, 1981, I, p. 1321: risponde ai sensi dell'art. 1783 c.c., e non secondo la disciplina del deposito gratuito, l'albergatore che ancor prima di assegnare l'alloggio all'avventore riceva da lui una cosa a fine di custodia. Un antico precedente, per il quale la gratuità attenua la responsabilità ma non la esclude, è Cass., 12 febbraio 1952, n. 348, in *Foro it.*, 1952, I, p. 1099.

privato⁽⁵³⁾ gratuito⁽⁵⁴⁾, sicché il timore che i debitori si orientino nella diligenza da prestare sulla base delle aperture dei giudici è smentito dai fatti.

In realtà il profilo da valutare a tal fine è semmai quello dell'impegno economico che possa pretendersi dal mandatario o dal custode che non domandino corrispettivo: proprio perché si prestano gratuitamente, si può chiedere loro di impegnare le proprie risorse al pari di quanto si può pretendere dal mandatario o dal depositario professionali?

Cave: non ci riferisce qui alle cautele che possano riguardare l'integrità delle persone, perché in tali ipotesi non esiste equilibrio economico che tenga; il punto è invece quello dell'impegno di risorse che si possa esigere in capo a chi si presti ad una cortesia.

Non aiuta a tal fine una massima che, nella sua astrattezza è condivisibile, ma non utilizzabile agli effetti di quanto ci stiamo chiedendo, ovvero la decisione per cui «colui il quale assume volontariamente un obbligo, ovvero inizia volontariamente l'esecuzione di una prestazione, ha il dovere di adempiere il primo o di eseguire la seconda con la correttezza e la diligenza prescritte dagli art. 1175 e 1176 c.c., a nulla rilevando che la prestazione sia eseguita volontariamente ed a titolo gratuito»⁽⁵⁵⁾: quale è infatti la misura di questa diligenza?

Nello spendere molte pagine dirette a sottolineare l'inesistenza di criteri obiettivi di valutazione della diligenza astratta⁽⁵⁶⁾, abbiamo però

⁽⁵³⁾ Per quello nelle aree pubbliche regolato dal codice della strada la giurisprudenza dominante nega che sussista obbligo di custodia in capo all'ente proprietario o concessionario se avvisa che si tratta appunto di parcheggio non custodito; *ex multis* v. Cass., 24 settembre 2013, n. 21831, in *Arch. giur. circ.*, 2013, 1013; id., 16 maggio 2013, n. 11931; id., sez. un., 28 giugno 2011, n. 14319, in *Corriere giur.*, 2012, p. 79.

⁽⁵⁴⁾ V. ad es. Cass., 13 marzo 2007, n. 5837, in *Giur. it.*, 2007, 1912: «nel caso di parcheggio di un automezzo nell'apposito piazzale gestito da una ditta privata, si verte in tema di contratto atipico per la cui disciplina occorre far riferimento alle norme relative al deposito; infatti, l'offerta della prestazione di parcheggio, cui segue l'accettazione attraverso l'immissione del veicolo nell'area, ingenera l'affidamento che in essa sia compresa la custodia, restando irrilevanti eventuali condizioni generali di contratto predisposte dall'impresa che gestisce il parcheggio, che escludano un obbligo di custodia, poiché – per le modalità pressoché istantanee con cui il contratto si conclude – è legittimo ritenere che tale conoscenza sfugga all'utente; peraltro, dall'applicazione della disciplina generale del contratto di deposito deriva la conseguente responsabilità *ex recepto* del gestore, di modo che la eventuale clausola di esclusione della responsabilità di quest'ultimo nel caso di furto del veicolo, avendo carattere vessatorio, è inefficace, qualora non sia stata approvata specificamente per iscritto».

⁽⁵⁵⁾ Cass., 26 agosto 2014, n. 18230: principio enunciato con riferimento alla responsabilità di un medico anestesista, fattosi carico volontariamente anche della gestione di un paziente nella fase del ricovero e della sua assistenza a domicilio nella fase post-operatoria.

⁽⁵⁶⁾ Nel *Comm. Schlesinger-Busnelli*, sub art. 1176 c.c., cit.

condiviso due criteri di esclusione dalla responsabilità del debitore che la letteratura profila, ovvero l'inesigibilità della prestazione per ragioni di solidarietà umana e per ragioni di sproporzione economica.

A prescindere dalla diligenza del caso, ammesso che la si possa determinare, qui comunque tali eventi valgono al pari del fortuito o del fatto del principe nelle obbligazioni governabili (o «di risultato») per escludere la responsabilità per inadempimento.

Il primo caso è quello della prestazione che si può materialmente effettuare ma che non può essere pretesa da nessuno in quelle condizioni; la letteratura antica, poi ripresa da molti, parlava della cantante cui muoia il figlio poco prima dell'esibizione⁽⁵⁷⁾; non riusciamo però ad adattare questo caso alle ipotesi in esame.

C'è poi l'ipotesi economica: qualcuno nega che si debba noleggiare un rompighiaccio per far arrivare in porto la nave bloccata dai ghiacci; possiamo restare dalle parti nostre ed immaginare la frana che blocchi la strada: non si può chiedere al debitore di affrontare le spese necessarie per rimuovere l'ostacolo e consegnare immediatamente un pacco per il quale si sia pagato un modesto corrispettivo.

Infatti quando ci si riferisce all'impossibilità oggettiva della prestazione che esonera da responsabilità (art. 1218 c.c.), deve ricordarsi che il suo è un «senso economico, nel rapporto fra mezzi e fini: l'impossibilità è relativa alla specie di obbligazione entro la quale la prestazione è dedotta; la prestazione è impossibile quando l'impedimento alla sua esecuzione non può essere vinto con l'impegno esigibile del debitore in quella data specie di obbligazione»⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁷⁾ JACOBI, *Die Ersatzpflicht des Vermietes eines ihm nicht gehoerigen Grundstuecks im Falle der Zwangversteigerung del Grundstuecks und der Kuendigung durch der Ersteher*, *Jerbing's Jahrbuecher*, 1925, p. 84, poi ripreso ad es. da BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, cit., III, p. 262; CATTANEO, cit., p. 85; ROVELLI, *Commentario del codice civile*, a cura di Gabrielli, *sub* art. 1176, Torino, 2012, p. 205, p. 213, per il quale l'evento configura un caso di impossibilità non imputabile; v. altresì PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1975, p. 454 ss. Si noti che l'ipotesi è diversa dal caso in cui il debitore scelga il mezzo per adempiere tra i più possibili; quando la cassazione disse che l'essere impossibilitati al pagamento per l'assenza dovuta al viaggio per assistere il figlio malato costituisce una semplice *difficultas prestandi* (Cass., 14 gennaio 1975, n. 1409, in *Giur. it.*, 1975, I, p. 1, spec. p. 1824), in realtà ha usato un argomento errato, perché avrebbe semplicemente dovuto dire che chi sceglie, tra modalità diverse, quella più rischiosa, non può traslare il rischio sul debitore; altrimenti è ben difficile dire che si tratti davvero di una pura difficoltà ad adempiere!

⁽⁵⁸⁾ GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., p. 54; REALMONTE, voce *Caso fortuito e forza maggiore*, cit., p. 251 ss.; FRANZONI, *Colpa presunta*, cit., p. 344 ss., p. 382 ss.; sul medesimo punto si vedano che le pagine di BETTI, cit., p. 112; p. 193 ss.; BIANCA, *Dell'ina-*

Si tratta perciò di verificare quale sia il limite al comportamento esigibile da chi presti la propria opera ed anche se a qualcuno questo limite non è piaciuto, perché non si potrebbe introdurre nel nostro ordinamento il concetto tedesco di *Unzumutbarkeit*, dovendo invece parlarsi di assoluta dell'impossibilità⁽⁵⁹⁾, in realtà si tratta di una questione solo terminologica. L'impossibilità giuridicamente assoluta per motivi economici è infatti nient'altro che inesigibilità giuridica della prestazione, pur materialmente possibile, per le ragioni che inducono a ritenere che quel sarebbe stato possibile esorbiti da quanto si possa chiedere al debitore.

Queste indicazioni, che in fondo riposano nei contratti onerosi sul concetto di sinallagma delineato dall'art. 1467 c.c.⁽⁶⁰⁾, possono trovare adeguamento riferendole al deposito gratuito, nel quale l'assenza di corrispettivo incide evidentemente sull'impegno economico che si chiede per la custodia del bene, giacché qui non si profila nemmeno un rapporto di equilibrio tra prestazioni che si scambiano.

Proprio l'assenza di tale equilibrio depone allora per l'assenza dell'obbligo di adottare specifiche cautele che superino quelle che il custode gratuito ha già in atto al momento in cui riceve il bene in custodia: non si può imporre un costo per il quale non si versa alcunché.

In altre parole, se chiedo all'amico di lasciare a casa sua il quadro mentre vado in vacanza, non potrò lamentare che il furto si sarebbe potuto evitare se avesse avuto apposti sistemi d'allarme che mancavano.

Qui, a ben vedere, la risposta torna all'antico, cioè a quella formula che si era data per superata: all'amico cui consegno il quadro perché mi

dempimento delle obbligazioni, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1978, p. 93 ss. (che però valuta il problema in termini di diligenza e non di equilibrio causale; cfr. però *ivi*, p. 109, il corretto richiamo alla buona fede); di COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955, p. 145 ss., p. 157 ss. che, al di là del *nomen iuris*, condivide pienamente la sostanza del problema e di ANELLI, *Caso fortuito e rischio d'impresa nella responsabilità del vettore*, Milano, 1990, p. 86-88.

⁽⁵⁹⁾ Così COTTINO, *cit.*, p. 145 ss.; parlano invece in molti proprio di inesigibilità FRANZONI, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, 1988, p. 55, p. 365, p. 380 ss.; ANELLI, *cit.*, p. 121 s.; CABELLA PISU, *La nozione di impossibilità come limite della responsabilità del debitore*, in *Tratt. resp. contr.*, a cura di Visintini, Padova, 2009, p. 207; ROVELLI, *cit.*, p. 204. Il termine è ampiamente utilizzato mediante il ricorso alla buona fede contrattuale; per tutti v. oltre a CABELLA PISU, *cit.*, p. 208 ss. (ed *ivi* p. 211-212 le considerazioni per cui l'inesigibilità è un limite anche per le obbligazioni di fonte non contrattuale), D'ANGELO, *Buona fede-correttezza nell'esecuzione del contratto*, in *Tratt. resp. contr.*, *cit.*, p. 109.

⁽⁶⁰⁾ Si richiama a questa regola, ad es., FRANZONI, *op. cit.*, p. 343; invece per ANELLI, *op. cit.*, p. 61 ss. il problema si risolve sulla base della regola della buona fede contrattuale o, per ROVELLI, *cit.*, p. 205 della correttezza *ex art.* 1175 c.c.

assenso, senza concordare altro che la semplice custodia tra le sue cose, chiedo solo di usare per il mio quadro la diligenza *quam in suis rebus adhibere solet*, cioè di proteggerlo come fa di solito per le proprie cose; non dunque una diligenza in astratto ma quella in concreto che lui adotta⁽⁶¹⁾.

Francamente è ben difficile poter prospettare, nel silenzio, l'obbligo di adottare cautele superiori a quelle che l'amico usa per sé: infatti quel che gli ho chiesto è che impieghi la sua diligenza, non la mia, potendo semmai confidare che egli non si disinteressi delle cose sue e della mia tra queste, lasciando ad es. la casa aperta ed incustodita.

Una conclusione, che ha fondamento sul testo della legge ma nella prima accezione interpretativa delle due sopra ricordate, è quindi che il minor rigore che si può pretendere attiene alle modalità di custodia, non al danno da risarcire.

Questo esempio, sottoposto alla prova di resistenza, deve tener conto della persona del debitore: se come cliente che ha vari rapporti in essere, chiedo alla banca di lasciare in deposito un quadro negli uffici a titolo di cortesia, senza prendere in locazione uno spazio in *caveau* e poi il quadro viene rubato, posso lamentare che il custode era pur sempre una banca e non un *quisque de populo*?

Posso cioè pretendere la massima protezione che una banca sia in grado di accordare?

Qui credo che la risposta debba essere parzialmente diversa da quella precedente, sebbene coerente: la banca è pur sempre un operatore professionale e pur essendo vero che la massima sicurezza poteva essere garantita solo dal deposito dentro il *caveau*⁽⁶²⁾, anche gli uffici della banca devono possedere un grado di sicurezza superiore a quello di un'abitazione normale, com'è nell'esperienza di tutti i giorni.

Tutte le banche adottano sistemi di entrata controllati, siano bussole a doppia porta o con il rilievo delle impronte digitali ecc., che le persone ordinariamente non hanno a casa propria.

La sicurezza che domando è dunque quella normalmente in atto nella banca: a ben vedere però anche qui le chiedo di usare la diligenza *quam in suis rebus adhibere solet*, appunto pretendendo che impieghi la sua diligenza (che non è quella dell'amico), non la mia (che vorrebbe una sicurezza maggiore senza pagare nulla).

⁽⁶¹⁾ *Contra*: DE MARTINI, *op. cit.*, p. 513.

⁽⁶²⁾ Rinviamo a dopo la questione se il deposito dentro il *caveau* imponga le stesse cautele, tanto se oneroso che gratuito.

Quindi il minor rigore che si deve applicare per valutare la responsabilità del depositario gratuito non è sempre uguale, giacché accanto alla gratuità del contratto rileva anche la figura del depositario: quel che non si può domandare ad un soggetto che si presti occasionalmente perché non svolge l'attività di depositario è meno di quel che si può chiedere al depositario professionale che occasionalmente si presti a titolo gratuito⁽⁶³⁾. In entrambi i casi è però la diligenza che usano concretamente per le proprie cose.

Al momento questa conclusione è sufficiente per procedere oltre: la riprenderò a proposito del deposito gratuito dei *files*.

5. – Un grande autore oggi dimenticato, Gino De Gennaro, in uno dei primi commentari al codice civile di grandissimo profilo e che personalmente consulto ancora a settant'anni da quando fu pubblicato⁽⁶⁴⁾, al tempo accennò al fatto che il contratto di deposito riguarda beni mobili, ma che nel futuro avrebbe potuto riguardare anche le energie se queste fossero divenute immagazzinabili⁽⁶⁵⁾.

Infatti la letteratura rilevava che la custodia può riguardare solo beni materiali, mobili o immobili, di genere o specie ma purché tali da essere «susceptibili di detenzione o vigilanza», il che escluderebbe «i beni immateriali, quelli incorporeali, le energie che, per una ragione naturale prima che giuridica, non ammettono di essere affidati in custodia»⁽⁶⁶⁾.

Tecnicamente in quel periodo gli accumulatori (le batterie) esistevano già, ma erano beni mobili la cui funzione è quella di consentire appunto l'accumulo di energie⁽⁶⁷⁾; il problema che egli profilava era diverso e cioè che si sarebbe potuto immaginare che qualcuno avrebbe potuto custodire le energie di altri e poi restituirle.

Questo è ovviamente possibile in senso materiale, altro essendo che la cosa sia attualmente praticata; ma non è però il problema che ci interessa, riguardando la questione la disciplina della vendita dell'energia.

⁽⁶³⁾ FIORENTINO, *op. cit.*, p. 80.

⁽⁶⁴⁾ *Del deposito in generale*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, cit.

⁽⁶⁵⁾ Le sue parole sono state poi riprese quasi testualmente da FIORENTINO, cit., p. 71. SCOZZAFAVA, *Dei beni*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1999, p. 79, rileva che nel passato «l'energia, essendo sempre e necessariamente contenuta in un recipiente, non sembrava presentare autonomia rispetto a quest'ultimo».

⁽⁶⁶⁾ MASTROPAOLO, cit., p. 3; FIORENTINO, cit., p. 71 ma già lo stesso DE GENNARO, *ibidem*.

⁽⁶⁷⁾ Infatti per DE GENNARO, *ibidem*, sono «escluse le energie e i diritti, ma inclusi i recipienti di energie e i documenti probatori o incorporanti diritti»; per analogia, il recipiente che contiene le energie è il server che custodisce i *files*.

È invece praticato da tutti il deposito di cui si discute qui che, va detto subito, è altro dal contratto di *hosting* di cui all'art. 16 del d. lgs. n. 70 del 2003, il quale prevede come ulteriore prestazione rispetto alla sola custodia dei *file*, che il fornitore del servizio pubblichi in rete il materiale ⁽⁶⁸⁾.

Le riflessioni sul tema sono scarse e, quanto a giurisprudenza, non risultano decisioni edite, ma è ovvio che si tratta di questione di tempo, specie in relazione ai milioni di persone coinvolte dai fatti di cronaca ricordati in premessa.

I problemi che si possono profilare sono diversi.

Anzitutto occorre chiedersi se un *file* sia un bene materiale o immateriale: è infatti singolare che la gran quantità di testi che trattano di informatica giuridica non spendano una parola per descrivere cosa sia un *file* dal punto di vista materiale ⁽⁶⁹⁾.

Poi si deve accertare se il rapporto con chi metta a disposizione il proprio *server* sia qualificabile come deposito, come sopra dato per presupposto e quindi se il depositario sia anche custode del *file*: come detto anche in premessa qui non è in esame il diverso rapporto che si crea quando siano offerti anche servizi in *outsourcing*.

Le altre questioni vengono di conseguenza e consistono ad es. nel tipo di responsabilità del depositario per lo smarrimento o il furto dei *files* –ad es. se contengono i dati della carta di credito o le bozze di un libro, in relazione a quanto accennato in precedenza.

Il primo quesito è dunque se il *file* sia un bene materiale o immateriale.

La legge qualifica il documento informatico (e non il *file*) come «il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti» ⁽⁷⁰⁾, ma questa definizione non ci interessa, perché il *file* è un bene la cui utilità non deriva dall'essere un documento agli effetti giuridici: un *file* musicale ove ho inciso un mio brano potrà anche rientrare nella definizione, perché può essere ascoltato e riprodotto, ma la sua protezione prescinde dalla tale eventuale natura, in quanto riceve protezione quando sia opera dell'ingegno, costituisca o meno un documento in senso stretto.

⁽⁶⁸⁾ Su questo aspetto dell'*hosting* v. SAMMARCO, *I nuovi contratti di informatica*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, Padova, 2006, p. 448-449.

⁽⁶⁹⁾ Le eccezioni sono rarissime; per lo studio dello sviluppo storico dell'informatica v. ad es. ROMEO, *Lezioni di logica ed informatica giuridica*, Torino, 2012, p. 4 ss., p. 69 ss.

⁽⁷⁰⁾ Art. 1, lett. p), d. lgs. n. 82 del 2005; sulla nozione v. ad es. DELFINI, *Documento informatico e firme elettroniche*, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di Valentino, cit., p. 191 ss.

Alla fine quel che indica la definizione è la rilevanza giuridica della sequenza di *bit* contenuta in un *file*, ma non dice altro su cosa sia un *file*.

Dal profilo materiale il *file* è invece un insieme strutturato di dati ⁽⁷¹⁾ espressi in linguaggio binario ⁽⁷²⁾ che viene scritto su una memoria magnetica di un *computer* o di altro strumento (*hardware*) che possieda la memoria; se questa è una memoria temporanea o volatile (c.d. RAM), la sua scritturazione non è stabile perché al chiudersi del *computer* che la contiene viene cancellato.

Un paragone potrebbe essere un messaggio scritto sulla sabbia vicino al mare; quando l'onda lo ricopre, il messaggio viene cancellato; finché non arriva quell'onda, il messaggio può essere letto ⁽⁷³⁾.

Se invece viene scritto su una memoria residente, la scritturazione del *file* resta conservata e, al riaccendersi del *computer*, lo si può recuperare.

Non interessa qui il meccanismo informatico con cui si esprime il *software* che scrive, così come non ci curiamo di conoscere come ruota la sfera della penna o come l'inchiostro scende dalla stampante, perché ci importa sapere solo se il messaggio sia o meno salvato e lo si possa recuperare.

C'è però una fondamentale differenza rispetto ad un documento ordinario, che deriva proprio dalla sua realtà materiale: ogni documento fisico ordinario è unico; se vogliamo spostarlo da un luogo ad un altro o se vogliamo consegnarlo ad altra persona, dobbiamo necessariamente spostare l'originale; si parla appunto di inscindibilità del contenuto dal singolo supporto che lo contiene ⁽⁷⁴⁾.

Volendo possiamo fare delle copie, ma qui il meccanismo diventa nuovamente informatico o analogico: la fotocopia funziona mediante trasformazione dell'immagine che si ricava dal documento originario, in immagine uguale che viene poi fissata su altro documento; lo stesso vale per la sua trasmissione via *fax*; a queste copie si riferisce specificamente l'art. 2712 c.c.

⁽⁷¹⁾ «Si può quindi definire il dato quale minima unità informativa o bit, componente non organizzata dell'informazione e cioè 0 o 1»: ROMEO, *op. cit.*, p. 39.

⁽⁷²⁾ Sulla disputa tra Leibniz e Newton in ordine alla paternità del linguaggio binario v. ROMEO, *op. cit.*, p. 16 ss.; il suo funzionamento è descritto, *ivi*, p. 32 ss.

⁽⁷³⁾ Che poi anche da questa ipotesi possano sorgere argomenti ulteriori di riflessione è facile da ipotizzare: vale un testamento scritto sulla sabbia o su un *file* non salvato, se venga fotografato prima che l'onda lo cancelli o il *computer* sia spento? Per riflessioni sul tema (che hanno un secolo di storia) v. NAVONE, *Instrumentum digitale*, cit., p. 49 ss.

⁽⁷⁴⁾ NAVONE, *op. cit.*, p. 73.

Il *file* può invece essere riprodotto o trasferito senza che si debba spostare l'originale dal luogo in cui è stato memorizzato; ciò che avviene, infatti è la pura trasmissione della stessa sequenza di segnali che lo compone ed al suo arrivo il destinatario sarà in possesso di un *file* esattamente identico a quello del trasmittente ⁽⁷⁵⁾.

Copia ed originale sono cioè indistinguibili: «l'informazione digitale è completamente indifferente al supporto» ⁽⁷⁶⁾ e qui si evidenzia la «ambulatorietà» delle informazioni in formato digitale ⁽⁷⁷⁾.

Si può quindi dire che il *file* non è un bene materiale ma immateriale; il *corpus mysticum* prescinde del tutto dal *corpus mechanicum*, che gli serve solo per essere memorizzato ma non per essere individualizzato; qualsiasi *corpus mechanicum* può contenere il medesimo *corpus mysticum* ⁽⁷⁸⁾.

Per evitare equivoci va solo chiarito che un *file* non esiste stabilmente senza un supporto che lo conservi: dalla memoria del server ad una *pen-drive* ad un *cd* ecc., ma quel supporto è indifferente, basta che lo possa contenere e renderlo accessibile, come prevedono per i contratti a distanza con i consumatori l'art. 53 del c. cons. (che parla di «supporto duraturo») o l'art. 7 del d. lgs. n. 70 del 2003 per determinate indicazioni date dalle «società dell'informazione» che esercitano il commercio elettronico, che appunto vanno fornite «in modo diretto e permanente» (art. 7) ⁽⁷⁹⁾.

Si pensi alla trasmissione del *file* con firma digitale: chi lo riceve mediante gli appositi programmi può verificare chi lo abbia formato, in quale data sia stato originato ed accertare che non sia stato alterato: ma lo farà esaminando la copia che riceve, non il *file* originale da cui è stato copiato e spedito.

È infatti così che funziona il *file upload*, cioè il sistema con cui copiamo un *file* nelle c.d. *i-clouds*, che altro non sono che memorie residenti del server di qualcuno che lo mette a nostra disposizione; una copia esattamente uguale ed indistinguibile dal *file* originale da cui è formata viene conservata e resa disponibile per essere recuperata quando ci serva: l'originale resta infatti nel nostro *computer*.

⁽⁷⁵⁾ La cassazione dice che chi copia un *file* senza autorizzazione non commette furto «non comportando tale attività la perdita del possesso della *res* da parte del legittimo detentore»: Cass. pen., 26 ottobre 2010, in *Foro it.*, 2011, II, p. 286.

⁽⁷⁶⁾ ROMEO, cit., p. 40.

⁽⁷⁷⁾ NAVONE, cit., p. 74.

⁽⁷⁸⁾ NAVONE, cit., p. 78.

⁽⁷⁹⁾ E a tanto basta un messaggio di posta elettronica, che il destinatario può conservare (così anche NAVONE, *op. cit.*, p. 59), altro essendo ovviamente il problema della prova della ricezione.

Dunque queste osservazioni depongono per la natura immateriale del *file*; ma una riflessione ulteriore verrà fatta tra brevissimo.

Quanto alla qualificazione del contratto, cui ora si deve accedere, escludo che possa parlarsi di locazione poiché chi deposita il proprio *file* non ha alcuna possibilità di utilizzare lo spazio del server messo a disposizione a proprio piacimento, non ne ha alcun controllo, non può interferire adattandolo alle proprie esigenze: il suo proprietario non si obbliga in alcun modo a far godere del server ad un utilizzatore.

Al contrario, anzi, il depositario è l'unico ad avere rapporti fisici con il server stesso, che continua ad utilizzare direttamente e può anche decidere di ricoverare i *files* in altro server che renda accessibile al depositante sebbene posto in tutt'altro luogo, sicché è da escludersi ogni *relatio* tra il depositante ed il luogo di deposito, essendo qui del tutto irrilevante la questione sul tema, che invece si era posta nel passato in relazione al deposito dei beni mobili ⁽⁸⁰⁾.

La differenza è evidente: la locazione è diretta al godimento di un bene mobile o immobile (art. 1571 c.c.) che è consegnato al locatario; il deposito ha per oggetto un servizio ⁽⁸¹⁾, diretto alla custodia del bene, che viene consegnato al depositario ⁽⁸²⁾ con l'obbligo di restituirlo (art. 1766 c.c.): anche dal profilo della detenzione del bene la situazione è esattamente rovesciata.

La letteratura aveva nel passato esaminato proprio a questa ipotesi, sebbene non riferendola al *file*, appunto sottolineando in modo convincente che certamente il depositario deve destinare uno spazio per collocare i beni che riceva, «ma questa destinazione ha rilevanza meramente interna, non uscendo fuori dalla sfera giuridica del depositario e non attribuendo al depositante alcun particolare diritto su un determinato spazio, né all'immutabilità di esso» ⁽⁸³⁾: a maggior ragione, se si discutesse di ciò, la soluzione sarebbe identica per i *files*.

Inoltre è stato ripetutamente segnalato che la causa del contratto di deposito è quella di custodia dei beni fino alla restituzione ⁽⁸⁴⁾ laddove, nell'ipotesi di locazione, custode del bene locato è semmai il conduttore, il

⁽⁸⁰⁾ La controversia, fondata sul fatto che il depositante è interessato alla sicurezza del luogo ove deposita i beni, è ricostruita da MASTROPAOLO, *op. cit.*, p. 9.

⁽⁸¹⁾ GALGANO, *op. cit.*, p. 686; FIORENTINO, *op. cit.*, p. 66.

⁽⁸²⁾ «Questa detenzione, costituita nel depositario, assolve un ruolo essenziale nello stesso congegno causale del deposito»: DE MARTINI, *op. cit.*, p. 501.

⁽⁸³⁾ FIORENTINO, *cit.*, p. 71.

⁽⁸⁴⁾ Obblighi che si estendono anche ad altri comportamenti accessori di protezione, es. l'obbligo di avviso: A. e G. GALASSO, voce *Deposito*, in *Dig. civ.*, V, Torino, 1989, p. 270.

che non accade per il deposito di *files*, dato che il proprietario non è in grado di custodire il server altrui dove sono i propri *files* perché, com'è ovvio, il suo proprietario non fa accedere nessuno all'*hardware* o al *software* di gestione.

Ancora: mentre il locatore è adempiente quando consegna il bene in locazione (beninteso oltre agli obblighi indicati dall'art. 1575 c.c.), invece per il deposito l'obbligo di custodia cessa con la restituzione della cosa⁽⁸⁵⁾: in altre parole se vi fosse locazione dello spazio nel server, il proprietario si libererebbe consentendo l'accesso, laddove essendo depositario il suo adempimento si ha con la restituzione del *file*.

In definitiva il deposito è l'unica fattispecie che si attagli al caso proprio per il suo profilo causale, che lo distingue da qualsiasi altra ipotesi che contempra obblighi di riconsegna, quando infatti «uno dei soggetti deve custodire “perché ha ricevuto” (o, quanto meno, “perché deve consegnare”», mentre nel deposito il depositario riceve la cosa per custodirla»⁽⁸⁶⁾.

A tal fine possiamo certamente dire che, dal profilo materiale, il *file* non è una cosa mobile in senso materiale, presupposto indicato dall'art. 1766 c.c., perché è un segnale elettromagnetico che ha bisogno di un supporto fisico per essere conservato.

Tuttavia – questa è l'ulteriore riflessione anticipata sopra – l'art. 814 c.c. qualifica come beni mobili le energie naturali che hanno valore economico e la disposizione si riferisce appunto al loro valore, non alla loro capacità tecnica di essere utilizzate in quanto energie, cioè ad es. per azionare un motore.

La letteratura ha poi ricordato che il dibattito anteriore al codice attuale era concentrato su argomenti perfettamente identici a quelli che ora stiamo esaminando, giacché al tempo si evidenziava «che l'energia non è una cosa corporale e soprattutto che ad essa mancherebbe l'autonomia e l'isolabilità dal corpo che la produce»⁽⁸⁷⁾.

Il codice ha poi risolto il problema e si è detto che «prescindendo da qualsiasi controversia sulla natura delle energie (...) non può contestarsi che secondo le comuni valutazioni economico-sociali le energie siano considerate come cose, in quanto suscettibili di appropriazione da parte dell'uomo ed oggetto di rapporti giuridici»⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸⁵⁾ DE MARTINI, *op. cit.*, p. 516.

⁽⁸⁶⁾ FIORENTINO, *op. cit.*, p. 69.

⁽⁸⁷⁾ DE MARTINO, *Dei beni in generale*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1976, p. 28.

⁽⁸⁸⁾ DE MARTINO, *ibidem*, che riconduce alle energie anche quella «radioelettrica»;

La riflessione è dunque sul fatto che le energie del mondo naturale⁽⁸⁹⁾ diventano beni mobili, per il diritto, quando l'uomo possa appropriarsene⁽⁹⁰⁾: il loro valore riguarda quindi la possibilità di un uso pur che sia. A tal proposito le applicazioni giurisprudenziali non hanno difficoltà a ricondurre a queste l'energia elettrica⁽⁹¹⁾, dicendo che «allorché l'energia è suscettibile di essere captata essa può essere qualificata come bene mobile, ai sensi dell'art. 814 c.c.»⁽⁹²⁾.

Che poi siamo abituati a collegare le energie al loro impiego meccanico, per azionare motori o riscaldare, è solo questione di abitudini mentali derivanti da ciò che abbiamo fatto fino ad oggi, senza tuttavia che la formula della disposizione vieti utilizzi della nozione di energie, diversa solo perché concettualmente ancora non concepita⁽⁹³⁾.

D'altro canto nemmeno è necessario che i beni mobili siano necessariamente visibili ad occhio nudo perché «beni materiali sono le cose del mondo fisico percepibili con i sensi o con strumenti materiali (alberi, case, raggi X ecc.)»⁽⁹⁴⁾. Infatti «quelle energie, per quanto non abbiano in sé stesse l'apparenza delle cose materiali, che acquistano solo a mezzo di altri corpi che le rendono sensibili, pure debbono essere ritenute tali, appunto perché a mezzo di quei corpi possono essere assoggettate al potere dell'uomo»⁽⁹⁵⁾.

Da questo punto di vista, allora, anche il *file* è un bene mobile, perché il segnale elettromagnetico da cui è composto può essere e viene normalmente captato, cioè memorizzato stabilmente su un supporto e questo ne fa dunque un bene mobile non *in rerum natura* ma quanto a disciplina; donde l'applicazione diretta, anziché in analogia, delle regole sul deposito.

MESSINEO, *Manuale*, cit., 1957, I, p. 406-407 vi includeva al tempo anche l'energia termica, l'energia «fonetica che è sviluppata dai dischi di grammofono», l'energia ottica, dicendo perché «percepibili con i sensi (il *tangi possunt* dei Romani va assunto in tutta l'estensione logica di cui è capace)». Cfr. anche GALGANO, cit., I, p. 313.

⁽⁸⁹⁾ Si è precisato che sebbene l'art. 814 c.c. parli delle sole energie naturali, questo serve per distinguerle dalle energie umane (SCOZZAFAVA, cit., 1999, p. 81); d'altronde l'energia naturale assume consistenza materiale solo allorché captata e trasformata (v. SCOZZAFAVA, *ibidem*).

⁽⁹⁰⁾ GALGANO, *op. cit.*, p. 315.

⁽⁹¹⁾ Cass., 3 settembre 1993, n. 9312.

⁽⁹²⁾ Pret. Torino, 24 luglio 1981, in *Riv. dir. ind.*, 1982, II, p. 58.

⁽⁹³⁾ GALGANO, *op. cit.*, p. 314.

⁽⁹⁴⁾ BIANCA, *Diritto civile, La proprietà*, Milano, 1999, p. 51.

⁽⁹⁵⁾ TRABUCCHI, *La reintegrazione del possesso nel controllo di fornitura della energia elettrica e dell'acqua corrente*, in *Giur. it.*, 1958, I, p. 1, spec. p. 1096; nt. SCOZZAFAVA, cit., p. 79, che nel passato «la dottrina era adusa identificare le cose mobili con l'oggetto della proprietà».

Questa soluzione risolve un problema di competenza territoriale: poiché il depositario deve restituire il *file* al depositante, il *locus destinatae solutionis* di cui all'art. 20 c.p.c. è quello del domicilio del depositante ⁽⁹⁶⁾, così come lo è agli effetti indicati dall'art. 66 *bis* del codice del consumo per i contratti a distanza, sicché la giurisdizione e la competenza ⁽⁹⁷⁾ saranno quelle del giudice italiano, se il depositante sia italiano e si trovasse in Italia quando ha caricato il *file* nell'*i-cloud*.

6. – Il punto più delicato delle regole da applicare attiene alla responsabilità derivante dalla conservazione dei *files*, perché dalla loro mancata custodia possono derivare tre diverse situazioni: la perdita *tout court* dei *files*, il loro danneggiamento o la loro violazione con accesso quindi ad informazioni riservate.

Quanto alla situazione materiale dei *files* al momento del deposito, nulla dice il codice in materia, nemmeno per i beni mobili e solo per ultimi questi è convincente la tesi per cui può presumersi che il bene consegnato fosse in buone condizioni, spettando al custode dimostrare eventualmente il contrario ⁽⁹⁸⁾.

È infatti ragionevole pensare che se un bene venga consegnato con evidenti difetti, sia cura delle parti farlo constatare per evitare questioni; in tal senso depone peraltro, per le locazioni, l'art. 1590, comma 2: «in mancanza di descrizione, si presume che il conduttore abbia ricevuto la cosa in buono stato di manutenzione», soluzione applicabile in analogia al deposito, non esprimendo un principio eccezionale.

⁽⁹⁶⁾ Cass., 21 marzo 2014, n. 6762: «nell'ipotesi di richiesta di risarcimento del danno da inadempimento contrattuale, per la determinazione del foro competente deve farsi riferimento non già al luogo ove si è verificato l'inadempimento, ma a quello in cui avrebbe dovuto essere eseguita la prestazione rimasta inadempita o non esattamente adempiuta, della quale il risarcimento è sostitutivo, e ciò anche quando il convenuto contesti in radice l'esistenza della obbligazione stessa»; Cass., 29 agosto 2008, n. 21910; Cass., 6 ottobre 2006, n. 21625.

⁽⁹⁷⁾ Per i problemi connessi alla deterritorializzazione v. PASCUZZI, *Deterritorializzazione*, in *Il diritto dell'era digitale*, cit., p. 333 ss.

⁽⁹⁸⁾ Cass., 27 marzo 2009, n. 7529, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 2015: «il depositante (nella specie, di un natante per l'esecuzione di alcune riparazioni) il quale lamenti che la cosa depositata abbia subito danni durante il deposito, ha il solo onere di provare l'avvenuta consegna e i danni subiti, dovendo presumersi che la cosa sia stata consegnata in buone condizioni, mentre è onere del depositario dimostrare che deterioramenti o avarie siano da attribuirsi a circostanze esterne o alla natura stessa del bene oppure che la consegna si iscrive in un rapporto cui è estranea la responsabilità per custodia, come ad esempio nella mera locazione di spazi».

Per i *files* questo ragionamento non sembra invece utilizzabile, non trattandosi di beni materiali che si possono deteriorare con il passare del tempo o che necessitano di una specifica custodia in senso classico e quindi sembra al contrario potersi ritenere che questi al momento della restituzione si trovino nelle condizioni tecniche che possedevano quando depositati, altro essendo ovviamente che non vengano restituiti.

D'altro canto l'*upload* dei *files* avviene senza alcuna intermediazione fisica, cioè senza la presenza del depositario che riceva a mani il bene e quindi possa verificarlo in contraddittorio con il depositante, sicché sarà onere di questo dimostrare eventualmente che il *file* si trovasse in condizioni diverse da come sia stato restituito.

C'è poi in generale il tema della responsabilità del depositario da cui non può esimersi; tuttavia e preliminarmente, quando il deposito è gratuito e visto che la responsabilità del depositario «per colpa è valutata con minor rigore», come va inteso questo limite, applicato ai *files*?

Come detto in precedenza, la misura dell'impegno economico che si può pretendere dal depositario gratuito è connessa anche alla sua situazione soggettiva: una cosa è l'amico che consente di caricare i miei *files* sul suo computer, altra cosa è l'impresa che svolge questa attività professionalmente.

Il primo caso è uguale a quello dell'amico che accetta di conservare il mio quadro a casa sua: così come non gli posso rimproverare di non aver installato un impianto d'allarme che ne garantisca la sicurezza, ma solo di aver lasciato le porte aperte uscendo di casa, non gli posso del pari rimproverare di non avere una copia di riserva dell'*hard disk* o di non aver utilizzato un determinato *antivirus* ma solo, semmai, di aver lasciato il computer incustodito al bar.

Anche qui, se nulla è pattuito, ciò che gli chiedo è che impieghi la sua diligenza, non la mia.

Nel secondo caso possono invece profilarsi ipotesi diverse: il depositario opera solo a titolo oneroso e per questa situazione ora non si pone il problema ora in esame; il depositario opera sia a titolo gratuito che a titolo oneroso, avvertendo l'utente che la sicurezza è garantita solo dal deposito a titolo oneroso, mentre per quella gratuita l'utente deve accontentarsi della prestazione «*as is*», ovvero resa così com'è; il terzo caso, quello in cui ci si imbatte normalmente, è invece il deposito gratuito di *files* fino ad una certa quantità di *megabyte*, superata la quale si può accedere al c.d. upgrade, cioè all'aumento dello spazio disponibile ma a pagamento.

Ora se il depositario fornisce due servizi diversi avvisando l'utente che il grado di sicurezza è distinto, il problema che si pone, fermo il limite

dell'art. 1229 c.c. ⁽⁹⁹⁾ e delle forme indicate dall'art. 1341 c.c. ⁽¹⁰⁰⁾, è se la misura della sicurezza garantita nel deposito gratuito sia adeguata, applicando il minor rigore imposto dal codice.

In questo caso, ad es., non si potrà pretendere che il deposito gratuito comporti la necessità di salvare i dati anche in un server di scorta, imponendo un costo per il quale non si paga nulla; anche qui si potrebbe pur sempre dire che ciò che posso pretendere è che, se nulla sia pattuito, ciò che chiedo è che il depositario impieghi la sua diligenza, non la mia.

Si tratterà dunque di comprendere anzitutto quale sia il grado di informazione data all'utente, il quale si determina al deposito gratuito poco difeso solo se conosca il rischio; in ogni caso se la diligenza prestata in concreto sia arrivata al punto della totale incuria da ogni forma minima di protezione, dato che si tratta pur sempre di un soggetto che esercita tale attività anche a titolo professionale.

È come per l'esempio della banca sopra ricordato: se non chiedo di mettere il quadro nel *caveau*, non potrò avere la massima sicurezza; tuttavia la banca ha pur sempre un grado di sicurezza superiore a quello dell'amico cortese, sicché l'impresa che ospiti gratuitamente i miei *files* ma non adotti alcun sistema anti-intrusione di sorta sarebbe come una banca che abbia le porte della filiale aperte a chiunque entri, anche se con le armi in pugno e il volto coperto.

Invece nella seconda ipotesi, proprio perché si paga un corrispettivo e proprio perché gli attacchi informatici sono un fatto notorio, la pretesa che il depositario adotti un adeguato sistema di sicurezza ed anche una copia di riserva dei *files*, per la quale userà separati server il cui costo può essere anche elevato, sembra fondata.

In fondo c'è qui una forte analogia con la responsabilità dell'impresa appaltatrice, che nella custodia del cantiere deve includere anche i mezzi anti intrusione per impedire che i ladri possano accedere all'immobile utilizzando il ponteggio dalla stessa installati ⁽¹⁰¹⁾. C'è poi un'antica vi-

⁽⁹⁹⁾ Invece per la tesi secondo cui «l'art. 1770, in modo indiretto, ma non meno sicuro, ricalca l'idea che è nullo ogni patto diretto a liberare il depositario dall'onere di custodia» v. BUTERA, *Codice civile italiano commentato*, sub art. 1770, Torino, 1943.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. Cass., 13 marzo 2007, n. 5837, in *Giur. it.*, 2007, p. 1912: «la eventuale clausola di esclusione della responsabilità nel caso di furto del veicolo, avendo carattere vessatorio, è inefficace, qualora non sia stata approvata specificamente per iscritto»; Cass., 15 novembre 2002, n. 16079, in *Foro it.*, 2003, I, p. 1526; Cass., 21 giugno 1993, n. 6866, in *Foro it.*, 1994, I, p. 1110.

⁽¹⁰¹⁾ La giurisprudenza, in tale ipotesi, afferma che il custode è tenuto all'adozione di «tutte le precauzioni suggerite dall'ordinaria diligenza»: Cass., 30 settembre 2009, n. 20995, in *Giur. it.*, 2010, p. 546; id., 11 giugno 2008, n. 15490.

cenda di cautela doverosa non adottata: la banca che non abbia trasferito in altro luogo le cose consegnate e rimaste sotto le macerie del bombardamento risponde dei danni ⁽¹⁰²⁾; qui possiamo tranquillamente invocare l'analogia del bombardamento con gli attacchi informatici degli *hackers*, cui una copia di riserva dei *files* conservata in altro modo può rimediare.

In definitiva chi deve custodire un bene deve porre in essere l'attività a tal fine necessaria, che include appunto quanto occorra per evitare il furto, la perdita o il deterioramento del bene ⁽¹⁰³⁾.

Quando invece non sia prospettata una distinzione tra le prestazioni in termini di sicurezza, essendo solo chiesto il pagamento del corrispettivo per conservare una maggior quantità di dati rispetto a quelli ospitato gratuitamente, la questione assume tutt'altra consistenza.

Torniamo di nuovo all'esempio della banca: si può dire che la sicurezza richiesta nel conservare i beni nella cassetta del *caveau* sia modulabile sulla base dell'esistenza del corrispettivo?

Ovviamente la risposta è negativa, il *caveau* è sempre quello, la cassetta è insieme alle altre, non viene detto che l'allarme sarà in funzione solo se si paga il canone e quindi la soluzione necessaria è che in questo caso non c'è ragione per giustificare un minor rigore nel definire la responsabilità per il caso di furto, che sarà sempre la stessa.

La *ratio* in fondo è che chi esercita professionalmente un'attività è responsabile per la custodia anche se nel caso concreto non chieda un corrispettivo, prevalendo sia il rilievo del soggetto depositario rispetto alla gratuità della prestazione che il collegamento tra il deposito e la prestazione principale di custodia come effettuata a titolo oneroso.

C'è semmai da chiedersi se questa soluzione debba valere anche nel caso in cui fin dall'origine si sia distinto tra due forme di custodia in relazione al grado di sicurezza assicurato: se si risponde in senso positivo, deve prendersi atto che all'autonomia delle parti viene così confiscata la possibilità di dar vita a rapporti concretamente differenti nel contenuto, beninteso salvo sempre il limite posto dall'art. 1229 c.c.

Ci pare quindi che sia possibile differenziare, con i distinti accordi, anche forme di sicurezza diverse legate alla gratuità o meno del contratto, purché nei limiti anzidetti, cioè mediante adeguata informazione che consenta una scelta consapevole e fermo sempre il limite dell'art. 1229 c.c.

⁽¹⁰²⁾ Trib. Lucca, 19 maggio 1951, in *Banca borsa, tit. cred.*, 1951, II, p. 452, cit. da MASTROPAOLO, cit., p. 8.

⁽¹⁰³⁾ Cass., 17 maggio 1969, n. 1702, in *Foro it.*, 1969, I, p. 1694; FIORENTINO, cit., p. 66.

C'è poi un ulteriore punto da affrontare: le attività di custodia del depositario dei *files* attengono al contenuto della sua prestazione e non rappresentano un costo *a latere* rispetto all'attività stessa; in altre parole la custodia diligente dei *files* è una custodia che impiega i mezzi adeguati diretti ad impedire la sottrazione o la perdita dei *files* consegnati.

Questo per dire che i relativi costi non vanno ricondotti alle spese della custodia, di cui altrimenti potrebbe essere chiesto il rimborso ai sensi dell'art. 1781 c.c. ⁽¹⁰⁴⁾, esattamente come il depositario non può chiedere, oltre al corrispettivo, il rimborso delle spese che riguardano la locazione dell'immobile ove i beni sono depositati, gli stipendi dei dipendenti e così via.

In tal senso i costi vanno intesi come spese specificamente inerenti un particolare bene, ad es. perché molto ingombrante o perché necessità di una specifica manutenzione, ipotesi che sembra difficilmente riguardare la custodia dei *files*.

Quanto alla diversa questione inerente la violazione dei *files* e dei danni che ne derivino, occorre anzitutto superare il conflitto di regole indicato in premessa.

L'art. 15 del d. lgs. n. 196 del 2003 qualifica come attività pericolosa quella di trattamento dei dati.

Che il prestatore dello spazio di memorizzazione dei *files* con tale concessione dia luogo ad un loro «trattamento» parrebbe escluso dal profilo di fatto, se per trattamento intendiamo qualsiasi tipo di manipolazione dei *files*.

Senonché l'art. 4 del d. lgs. n. 196 del 2003 alla lett. *a*), al pari dell'art. 4, lett. *b*), reg. (UE) 2016/679, indicano che per trattamento si intende «qualunque operazione o complesso di operazioni (...) concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione» ecc. dei dati personali, includendo perciò anche la loro semplice conservazione.

Vi sono però qui due presupposti: ovvero ed anzitutto che vi sia un soggetto che eserciti attivamente il trattamento di dati personali; in secondo luogo che laddove difetti il presupposto dell'esercizio attivo del trattamento, a chi possa trovarsi coinvolto perché altri depositano dati perso-

⁽¹⁰⁴⁾ Ci pare che operi anche qui il meccanismo indicato per altra ipotesi da Cass., 16 giugno 2008, n. 16208: in tema di compenso del depositario di veicoli sottoposti a sequestro penale od amministrativo, il rimborso per le opere di conservazione, previsto dall'art. 1781 c.c., è dovuto nella misura in cui siano provati specifici costi di conservazione, essendo invece insita nella funzione del deposito e conseguentemente non separatamente indennizzabile l'attività di custodia e conservazione del bene, in quanto necessaria all'assolvimento del primario obbligo di restituzione in natura.

nali, venga comunicato preventivamente che ciò accade, nel senso che sia avvisato gli vengono consegnati *files* contenenti dati personali, cosa cui egli potrebbe opporsi vietandone il caricamento, al pari di quanto può fare un qualsiasi depositario, cui si vogliono consegnare, per la custodia, beni pericolosi.

Va escluso invece che sia compito di chi consente il caricamento dei *files*, di informarsi di cosa venga caricato e di adottare tutte le misure di sicurezza imposte dalla disciplina di tutela dei dati personali, giacché qui prevale la *ratio* che connota la disciplina delle società dell'informazione (d. lgs. n. 70 del 2003), di cui in premessa abbiamo ricordato la previsione del relativo art. 17: non vi è alcun obbligo di controllo in capo a chi consente il caricamento di *files*, circa il relativo contenuto, sicché non può pretendersi che adotti le cautele imposte dalla disciplina di protezione dei dati personali.

Lo indica espressamente il *considerando* n. 21 del reg. (UE) 2016/679, riferendosi alla direttiva da cui discende il d. lgs. n. 70 del 2003: «il presente regolamento non pregiudica l'applicazione della direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, in particolare delle norme relative alla responsabilità dei prestatori intermediari di servizi di cui agli articoli da 12 a 15 della medesima direttiva. Detta direttiva mira a contribuire al buon funzionamento del mercato interno garantendo la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione tra Stati membri»⁽¹⁰⁵⁾.

Di qui la conclusione che il semplice depositario dei *files*, non dando vita ad un trattamento attivo di raccolta di dati personali, non esercita un'attività pericolosa ai sensi della disciplina del codice della *privacy*, salvo

⁽¹⁰⁵⁾ L'art. 15 della direttiva dispone la «Assenza dell'obbligo generale di sorveglianza. 1. Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 12, 13 e 14, gli Stati membri non impongono ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. 2. 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». Una recente applicazione è in Trib. Napoli, 3 novembre 2016, in *Giur. it.*, 2017, p. 629: «sussiste la responsabilità dell'internet service *provider* per le informazioni oggetto di «*hosting*» (memorizzazione durevole) allorquando il *provider* sia effettivamente venuto a conoscenza del fatto che l'informazione è illecita e non si sia attivato per impedire l'ulteriore diffusione della stessa e ciò pur in assenza di un generale obbligo di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite, né integrandosi alcuna posizione di garanzia».

svolga proprio tale tipo di prestazione e quindi è in definitiva condivisibile la decisione della Cassazione in sede penale per cui «nel caso di caricamento da parte degli utenti (c.d. *uploaders*), su un sito Internet, che offre il servizio di *hosting*, di un contenuto testuale, audio, video o multimediale, stante la mancanza di un obbligo generale di sorveglianza per i fornitori del servizio, sono gli utenti stessi ad essere titolari del trattamento dei dati personali di terzi» (106).

Qui gli indici da considerare sono altri, ovvero ed anzitutto che i *files* che si custodiscono possono contenere anche dati personali e comunque dati la cui conservazione rileva per il depositante per le più disparate ragioni, puramente affettive (le foto del matrimonio o di un viaggio) (107) ma anche economiche, come le copie di riserva di documenti contabili ecc., il che impone di adottare cautele che tengano conto della possibile gravità del danno.

In secondo luogo che gli attacchi degli *hackers* sono un fatto notorio, appartengono al quotidiano e non all'imprevedibile e quindi la possibilità di una tale ipotesi costituisce un evento che impone l'adozione di cautele adeguate anche da questo diverso profilo (108).

In terzo luogo, che la misura dell'impegno economico per queste cautele non va commisurata al valore del singolo contratto di deposito, ma alla quantità di persone che si avvalgono di quel custode, che sono alle volte anche milioni di utenti.

Infatti il rischio attiene non al singolo utente ma a tutti quelli che la violazione della memoria che custodisce i dati consente siano colpiti: il depositario trarrà i propri utili in proporzione ai corrispettivi che riceva e quindi il costo della cautela da utilizzare sarà suddiviso fra tutti ma dovrà del pari essere commisurato alla protezione di tutti.

(106) Cass. pen., 17 dicembre 2013, n. 5107, in *Foro it.*, 2014, II, p. 336; TROIANO, *op. cit.*, p. 236.

(107) Qui si può ricordare che per Cass., sez. un., 21 maggio 2008, n. 13051, in *Foro it.*, 2008, I, p. 2474, «è abusiva la clausola, contenuta nelle condizioni generali dei contratti bancari inerenti al servizio di cassette di sicurezza, con cui si prevede che, qualora la banca sia tenuta, per qualsiasi ragione, ad un risarcimento verso il cliente, essa non lo rimborsi che del danno comprovato ed obiettivo, escluso ogni apprezzamento del valore di affezione e tenuto conto della dichiarazione del cliente in ordine al massimale assicurato».

(108) In analogia v. Cass., 4 novembre 2009, n. 23412, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 41: «la sottrazione di beni custoditi in cassetta di sicurezza, a seguito di furto, non può considerarsi caso fortuito, essendo evento prevedibile in considerazione della natura della prestazione dedotta in contratto; ne consegue che, ai fini della prova liberatoria della responsabilità della banca ai sensi dell'art. 1839 c.c., è onere di quest'ultima dimostrare l'idoneità e la custodia dei locali e l'integrità della cassetta dovendosi, a tal fine, fare riferimento a tutto il complesso bancario attraverso il quale è possibile accedere alla cassetta stessa».

Quanto ad eventuali clausole di riduzione della misura del risarcimento, ancora una volta le banche costituiscono un riferimento: la giurisprudenza in tema di cassette di sicurezza da tempo si è consolidata nell'escluderne la validità nei casi di colpa grave, rilevando che il cliente si affida proprio alla custodia professionale della banca, che non può esimersi da responsabilità nemmeno imponendo un valore massimo dei beni da custodire ⁽¹⁰⁹⁾.

Su queste basi spetterà quindi al depositario dimostrare che il furto dei *files* o la loro perdita costituisce un evento concretamente insuperabile, essendo egli altrimenti responsabile *ex art.* 1218 e 1453 c.c.; tale prova verterà sui meccanismi difensivi utilizzati in relazione allo stato della tecnica attuale, che è quella che utilizzano proprio gli *hackers* e sull'esistenza (quanto alla perdita dei dati), di copie di riserva.

La causa ignota della perdita o della sottrazione dei dati resterà infine a carico del depositario ⁽¹¹⁰⁾, perché in quanto debitore avrà fallito la dimostrazione dell'impossibilità oggettiva che l'art. 1218 c.c. pone a suo carico.

⁽¹⁰⁹⁾ V. ad es. Cass., 27 dicembre 2011, n. 28835, in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 1739: «nel contratto per l'utilizzazione delle cassette di sicurezza sono nulle le clausole che limitano la responsabilità della banca per il furto dei valori dei clienti custoditi all'interno delle cassette in presenza di un comportamento gravemente colposo dell'istituto di credito; pertanto la banca sarà tenuta all'integrale risarcimento del danno subito dal cliente, anche oltre il limite di massimale convenuto in contratto»; oppure id., 22 dicembre 2011, n. 28314, in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 1477: «in tema di contratto bancario per il servizio delle cassette di sicurezza, la clausola negoziale che disponga che l'uso delle cassette è concesso per la custodia di cose di valore complessivo non superiore ad un certo limite e che comporti l'obbligo dell'utente di non conservare nella cassetta medesima cose aventi nell'insieme valore superiore a detto importo, in correlazione con altra che, in caso di risarcimento del danno verso l'utente, imponga di tenere conto della clausola precedentemente indicata, va qualificata come attinente alla limitazione della responsabilità; ne consegue che, essendo tale clausola valida nei limiti di cui all'art. 1229, 1° comma, c.c., la banca è tenuta a rispondere soltanto per dolo o per colpa grave, operando l'esonero da responsabilità in caso di colpa lieve anche per l'ipotesi di furto, pur in mancanza di prova del caso fortuito».

⁽¹¹⁰⁾ MASTROPAOLO, *op. cit.*, p. 4; FIORENTINO, *op. cit.*, p. 81; DE MARTINI, *op. cit.*, p. 514-515.