

TRIBUNALE LATINA

SEZ. DISTACCATA
TERRACINA

19 GIUGNO 2006

GIUDICE: PERINELLI

PARTI: N.N.

WIND

TELECOMUNICAZIONI S.P.A.

Telefonia mobile • SMS

- Messaggi relativi a servizi collegati al servizio di telefonia
- Proposta di attivazione gratuita di servizi a pagamento
- Comunicazione di natura commerciale o pubblicitaria

I messaggi « SMS » contenenti informazioni relative a servizi collegati con l'uso del telefono cellulare, ove si tratti di servizi la cui abilitazione è gratuita ma il cui utilizzo comporti il pagamento di un prezzo, costituiscono comunicazione a contenuto commerciale e/o pubblicitario.

Telefonia mobile

- Comunicazioni commerciali o promozionali
- Messaggi di servizio
- Utilizzo del numero telefonico per scopo commerciale
- Difetto del consenso
- Illecito trattamento di dati personali
- Divieto di utilizzazione dei dati personali dell'utente per finalità estranee all'erogazione del servizio telefonico
- Obbligo di cessazione dell'invio di SMS commerciali o promozionali

Il fornitore del servizio di telefonia mobile può utilizzare a scopo commerciale il numero dell'utenza (prepagata o « ad abbonamento ») solo se l'utente abbia manifestato previamente il proprio consenso (o non abbia formulato opposizione, revocando, con ciò, il consenso eventualmente prestato); tale principio non può essere eluso da parte del fornitore con la prospezione degli SMS pubblicitari come asseriti « messaggi di servizio ».

Telefonia mobile • SMS

- Sistemi automatici di chiamata senza intervento di

operatore • Comunicazioni commerciali indesiderate

- Illegittimo trattamento di dati personali
- violazione del « diritto alla privacy »

Le comunicazioni indesiderate di carattere commerciale inviate mediante SMS, ove difetti il consenso del destinatario o vi sia la sua opposizione, costituiscono interferenza nella sua sfera privata e violazione del diritto alla privacy (intesa come violazione del diritto di costruire liberamente e difendere la propria sfera privata, di scegliere il proprio stile di vita senza influenze ed intromissioni indesiderate da parte di terzi) specie se gestite attraverso sistemi automatici di chiamata che non implicano l'intervento di un operatore, poiché chi riceve la chiamata o il messaggio non ha alcuno strumento per prevenirli né alcun interlocutore diretto e presente a cui riferire il suo desiderio di rifiuto della comunicazione commerciale.

Telefonia mobile • Invio di SMS con contenuti commerciali o promozionali

- Difetto del consenso
- Illegittimo trattamento di dati personali
- Diritto alla protezione dei dati personali
- Diritto della personalità di rango costituzionale
- Lesione
- Sussistenza del danno
- Risarcimento del danno in via equitativa

Sussiste il danno subito dall'utente di un servizio di telefonia mobile che riceva, senza il suo consenso, SMS di natura commerciale o promozionale, essendo costretto a controllare in continuazione i messaggi pervenuti e ad eliminare quelli indesiderati. Tale danno riguarda poi diritti della personalità di rango costituzionale ed è risarcibile in via equitativa.

Il Giudice unico, udite le conclusioni delle parti, ha dato lettura nell'udienza del 19 giugno 2006 del seguente dispositivo:

1. dichiara illegittimo il trattamento dei dati personali di N.N. effettuati dalla società Wind;
2. ordina alla Wind di non utilizzare i dati personali di N.N. per finalità estranee all'erogazione del servizio telefonico ed, in particolare, di cessare l'invio di messaggi « sms » a carattere commerciale o comunque promozionali di servizi a pagamento;
3. condanna la Wind a pagare, a titolo di risarcimento danni, ad N.N., la somma di € 9.000,00;
4. ordina alla Wind di comunicare, a proprie cure e spese, ad N.N., tutte le informazioni di cui all'articolo 7 del D.Lgs. 196/2003;
5. condanna la Wind a rifondere in favore di N.N. le spese di lite che si liquidano in complessivi € 3.000,00 di cui € 200,00 per spese, € 800,00 per diritti ed € 2.000,00 per onorari oltre IVA, CPA e rimborso forfetario come per legge;
6. dispone che copia della presente sentenza sia inviata al Garante per la protezione dei dati personali nonché alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Latina.

MOTIVI CONTESTUALI. — 1. Esponevano i Procuratori del ricorrente nel ricorso depositato in data 10 febbraio 2006:

— che, il signor N.N. è titolare del numero di telefonia mobile xxxxxxxxxx, in virtù di contratto di telefonia mobile, con scheda prepagata, con la società Wind Telecomunicazioni S.p.a. da molti anni;

— che, pertanto, la Wind Telecomunicazioni S.p.a. può considerarsi a tutti gli effetti di legge, anche Titolare e/o Responsabile del trattamento dei dati personali del signor N.N.;

— che l'istante ha ricevuto, sin dal mese di agosto 2005, numerosi messaggi « sms » di carattere commerciale, pubblicitario e non, sul proprio numero di telefonino;

— che, in data 13 agosto 2005, il sig. N.N., con raccomandata A/R faceva espressa e formale richiesta, alla Wind Telecomunicazioni S.p.a. ai sensi dell'art. 7 ed 8 del D.Lgs. 196/2003, opponendosi al trattamento illegittimo dei suoi dati;

— che la società Wind prendeva atto della richiesta di N.N. disponendo l'eliminazione dai propri sistemi del « flag » di consenso per l'invio di comunicazioni commerciali;

— che nonostante tutto e malgrado l'opposizione manifestata per iscritto dal ricorrente, continuava l'invio di messaggi pubblicitari;

— che, in data 24 ottobre 2005, presso il Co.Re.Com Lazio, nella sede di Roma, il ricorrente celebrava il tentativo obbligatorio di conciliazione che dava esito negativo;

— che continuava a ricevere « sms » con contenuto pubblicitario.

Tutto ciò premesso rassegnava le seguenti conclusioni: « *Voglia Ill.mo Tribunale di Latina, Sez. Staccata di Terracina, Contrariis Reiectis: 1) Accertare e dichiarare, illegittimità nonché illiceità del trattamento dei dati personali del signor N.N. da parte della società convenuta Wind Telecomunicazioni S.p.a.; 2) Accertare e dichiarare, che la Wind Telecomunicazioni S.p.a. ha violato gli obblighi previsti dall'art. 11 lettera*

a) e b), art. 13 lettera c) e art. 15 comma 1 e 2 e art. 23 commi 1, 2, 3 del D.Lgs. 196/2003 e in generale, le disposizioni contenute all'art. 13 commi 3, 4 e 5 della Direttiva n. 2002/58/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 luglio 2002 interamente recepita in Italia; 3) Accertare e dichiarare, che la Wind Telecomunicazioni S.p.a. ha violato anche gli obblighi previsti dalle condizioni generali di contratto per la telefonia mobile e della Carta dei Servizi Wind, di cui ai punti 3.1, 3.1.1, 3.2 della « tutela del cliente » ed in particolare della privacy, anche sotto il profilo della tutela del consumatore, prevista dal nuovo Codice del Consumo; 4) Accertare e dichiarare e valutare il comportamento contrattuale della Wind Telecomunicazioni S.p.a. alla luce degli obblighi previsti dal combinato disposto, dagli articoli: 1175, 1375, 2050 e 2059 del Codice Civile, in relazione all'art. 11 lettere a) e b), art. 13 lettera c), art. 15 comma 1 e 2 e art. 23, commi 1, 2, 3 del D.Lgs. 196/2003; 5) Per l'effetto, condannare la convenuta, al risarcimento dei danni patrimoniali e non, lamentati dall'istante, per le continue interferenze subite nella sua sfera privata, a causa dell'invio illegittimo e non autorizzato, di continui messaggi inviati senza il dovuto consenso, pari ad € 20.000,00 o nella somma maggiore o minore ritenuta opportuna o di giustizia dal Giudice, anche in considerazione della violazione, determinata dal ripetuto ed illegittimo comportamento della convenuta, in danno del particolare diritto personale alla riservatezza del ricorrente, dell'entità della sanzione determinata all'art. 161 del Codice della Privacy e della precedente pronuncia del Tribunale di Berlino, con sentenza del 14 gennaio 2003; 6) ordinare il blocco dei dati personali del signor N.N. trattati in modo non consentito ed in violazione della legge; 7) ordinare alla convenuta il rilascio delle informazioni e attestazioni richieste dall'attore ai sensi dell'art. 7 ed 8 D.Lgs. 196/2003 a cura e spese della società convenuta; 8) per l'effetto applicare l'art. 154 comma 6 D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, con l'ordine di emettere tutti quei provvedimenti opportuni in base alla sentenza emessa da questo Giudice Adido; 9) Condannare la convenuta al pagamento delle spese, diritti ed onorari del presente giudizio. ».

2. Si costituiva in giudizio la società convenuta deducendo la correttezza del proprio operato ed opponendosi alla domanda avversaria, in special modo per quanto concerne il risarcimento dei danni. Tanto premesso rassegnava le seguenti conclusioni: « *Piaccia al Tribunale rigettare tutte le domande formulate dal ricorrente, sia in via cautelare che nel merito, in quanto destituite di fondamento sia in fatto, che in diritto. oltre che sfornite di prova. Con vittoria di spese, competenze ed onorari del giudizio.* ».

3. Autorizzato lo scambio di note all'udienza odierna la causa è stata trattenuta in decisione.

4. Preliminarmente deve qualificarsi l'azione proposta dal ricorrente. Il ricorrente ha proposto una controversia in materia di trattamento dei dati personali ai sensi del D.Lgs. n. 196/2003.

5. L'art. 152 del predetto decreto recita: « *Tutte le controversie che riguardano, comunque, l'applicazione delle disposizioni del presente co-*

dice, comprese quelle inerenti ai provvedimenti del Garante in materia di protezione dei dati personali o alla loro mancata adozione, sono attribuite all'autorità giudiziaria ordinaria ». Sussiste pertanto la giurisdizione del giudice ordinario.

6. Nel merito il ricorrente, titolare di un'utenza telefonica mobile, lamenta un illecito trattamento dei propri dati personali da parte della Wind concretato attraverso l'invio di SMS a contenuto commerciale nonostante la propria opposizione manifestata anche per iscritto.

7. Non vi è dubbio che la Wind possieda i dati personali identificativi dei suoi clienti e sia pertanto responsabile del loro trattamento con conseguente applicazione della normativa di cui al D.Lgs. n. 196/2003.

8. Il ricorrente compariva in giudizio affermando di aver ricevuto numerosi SMS contenenti messaggi commerciali. A tal fine mostrava in udienza il proprio telefonino con uno dei messaggi in contestazione. L'invio dei messaggi è confermato anche dalla società convenuta che indica in nove i messaggi inviati nel 2006. In particolare il contenuto del messaggio era il seguente « *Vuoi utilizzare i servizi multimediali adatti a questo telefonino? Rispondi sì entro 24 ore e riceverai gratis le abilitazioni* ».

9. Apparentemente tali messaggi contengono delle informazioni relative a servizi collegati con l'uso del telefono cellulare. In realtà si tratta di servizi, la cui abilitazione è gratuita ma il cui utilizzo comporta il pagamento di un prezzo, e dunque messaggi a contenuto commerciale e/o pubblicitario.

10. Peraltro, già con missiva del 13 agosto 2005, il ricorrente aveva manifestato la propria « *opposizione al trattamento dei dati personali che mi riguardano previsto ai fini di informazioni commerciali o di invio di sms di materiale pubblicitario* ».

Detta missiva veniva riscontrata, in data 27 settembre 2005 dalla Wind che comunicava di aver accolto l'istanza provvedendo « *in data 23 agosto 2005, ad eliminare dai nostri sistemi il "flag" di consenso per l'invio di comunicazioni commerciali* ». Nonostante ciò le comunicazioni proseguivano.

11. Il trattamento dei dati personali effettuato ai fini dell'invio ad abbonati ed intestatari di carte telefoniche ricaricabili di messaggi SMS di comunicazione commerciale rientra nell'ambito di applicazione del Codice in materia di protezione dei dati personali e, più precisamente, nella fattispecie disciplinata dall'art. 130. Dunque la Wind, quale responsabile del trattamento dei dati del ricorrente, ha utilizzato tali dati in modo indebito non per finalità inerenti l'erogazione del servizio telefonico ma per fini pubblicitari e/o promozionali di servizi a pagamento. E ciò nonostante la ferma opposizione del ricorrente reiteratamente manifestata anche per iscritto e formalmente accolta dalla Wind che pur tuttavia continuava ad inviare messaggi.

12. Le comunicazioni indesiderate di carattere commerciale inviate mediante SMS possono costituire interferenze nella sfera privata e violazione del diritto alla privacy (intesa come violazione del diritto di costruire libe-

ramente e difendere la propria sfera privata, di scegliere il proprio stile di vita senza influenze ed intromissioni indesiderate da parte di terzi) specie se gestite attraverso sistemi automatici di chiamata che non implicano l'intervento di un operatore, poiché chi riceve la chiamata o il messaggio non ha alcuno strumento per prevenirli né alcun interlocutore diretto e presente a cui riferire il suo desiderio di rifiuto della comunicazione commerciale. Il fornitore del servizio di telefonia mobile può utilizzare a scopo commerciale il numero dell'utenza (prepagata o « ad abbonamento ») solo se l'utente abbia manifestato previamente il proprio consenso; tale principio non può essere eluso da parte del fornitore con la prospezzazione degli SMS pubblicitari come asseriti « messaggi di servizio ».

Nessun consenso è stato manifestato in proposito da N.N., che anzi ha proposto la sua opposizione a ricevere tali messaggi.

13. Dev'essere pertanto ordinato alla Wind di non utilizzare i dati personali di N.N. per finalità estranee all'erogazione del servizio telefonico ed, in particolare, di cessare l'invio di messaggi SMS a carattere commerciale o comunque promozionali di servizi a pagamento.

14. Stabilisce l'articolo 15 del Codice della privacy che « *Chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'articolo 2050 del codice civile* ».

La presunzione di responsabilità ex art. 2050 c.c. può essere vinta solo con una prova particolarmente rigorosa, essendo posto a carico dell'esercente l'attività l'onere di dimostrare l'adozione di tutte le misure idonee ad evitare il danno: pertanto, non basta la prova negativa di non aver commesso alcuna violazione delle norme di legge o di comune prudenza ma, occorre quella positiva di aver impiegato ogni cura o misura atta ad impedire l'evento dannoso. Nessuna prova in tal senso è stata offerta dalla resistente, anzi il suo comportamento appare negligente a fronte delle reiterate richieste del ricorrente.

15. È evidente il danno subito dal ricorrente costretto a controllare in continuazione i messaggi pervenutigli e ad eliminare quelli indesiderati. Tale danno riguarda poi diritti della personalità di rango costituzionale.

Esso può essere quantificato, in via equitativa, nella misura di € 1.000,00 per ciascun messaggio ricevuto. Poiché i messaggi non contestati sono 9 il danno da risarcire ammonterà ad € 9.000,00.

16. La Wind dovrà pertanto essere condannata a pagare, a titolo di risarcimento danni, la somma di € 9.000,00. La liquidazione di tale somma è effettuata ai valori attuali della moneta e deve ritenersi comprensiva degli interessi e della rivalutazione monetaria.

17. Rilevato che l'interessato ha altresì esercitato il diritto di accesso ai sensi dell'articolo 8 del Codice della privacy non ottenendo i dati indicati dall'articolo 7 del medesimo Codice, deve ordinarsi alla Wind di comunicare, a proprie cure e spese, ad N.N., tutte le informazioni di cui all'articolo 7.

18. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate equitativamente in dispositivo in difetto della relativa nota.

19. Copia della sentenza dev'essere trasmessa, a cura della cancelleria, al Garante per la protezione dei dati personali nonché, potendosi in astratto configurare i reati di cui agli articoli 660 c.p. e 167 D.Lgs. 196/2003, alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Latina.

**INVIO DI SMS COMMERCIALI
E RISARCIMENTO DEL
DANNO DA ILLECITO
TRATTAMENTO DI DATI
PERSONALI**

1. L'USO DI SMS PER LA COMMERCIALIZZAZIONE DI SERVIZI COLLEGATI AL SERVIZIO DI TELEFONIA MOBILE

in occasione dell'invio di alcuni SMS di contenuto commerciale, in assenza del necessario previo consenso del destinatario.

La pronuncia si segnala per aver affrontato, in relazione alla disciplina sulla protezione dei dati personali, il delicato tema concernente l'invio di SMS da parte del gestore telefonico al proprio utente, finalizzati a sollecitare l'attivazione, ancorché gratuita, di servizi a pagamento, collegati a quello principale di telefonia mobile.

La pratica è piuttosto frequente, in ragione della capillare diffusione dei telefoni cellulari e delle possibilità consentite dalla loro evoluzione tecnologica, ed i rischi per le interferenze nella sfera privata sono crescenti.

Il legislatore comunitario ha affrontato il tema con l'emanazione della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, nella quale viene approntata una specifica tutela per gli abbonati avverso l'uso di comunicazioni indesiderate inviate dagli operatori per la commercializzazione diretta dei propri servizi, con particolare riferimento alle comunicazioni che si avvalgono, tra gli altri, di dispositivi automatici di chiamata senza intervento di operatore, del telefax, della posta elettronica e degli SMS¹.

Nel nostro ordinamento giuridico la fonte da considerare è, primariamente, l'art. 130 del D.Lgs. 196/03, rubricato « *Comunicazioni indesiderate* ».

Il caso affrontato nella sentenza in commento nasce da una controversia tra un utente di telefonia mobile ed il proprio gestore,

¹ Sul punto si veda l'annotazione di S. NIGER, *Servizi di comunicazione elettronica*, sezione prima del contributo di S. GORINI-S. NIGER, *Privacy e comunicazioni elettroniche*, in J. MONDUCCI-G. SARTOR (a cura di), *Il codice in materia di protezione dei dati personali. Commentario sistematico al D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196*, Padova, 2004, p. 400. L'A. ricorda che « Tali forme (come ribadito dal considerando 40 della Direttiva 2002/58/CE) di comunicazioni indesiderate possono da un lato essere relativamente facili ed economiche da inviare e

dall'altro imporre un onere o un costo al destinatario. In alcuni casi "il loro volume può causare difficoltà per le reti di comunicazione elettronica e le apparecchiature terminali. Per tali forme di comunicazioni indesiderate a scopo di commercializzazione diretta è giustificato prevedere che le relative chiamate possano essere inviate ai destinatari solo previo consenso esplicito di questi ultimi. Il mercato unico prevede un approccio armonizzato per garantire norme semplici a livello comunitario per le aziende e gli utenti" ».

Rileva, poi, l'art. 58 del Codice del consumo, il cui tenore, parzialmente difforme nei contenuti normativi rispetto al disposto di cui all'art. 130 del Codice in materia di protezione dei dati personali, esige, come si vedrà meglio nel prosieguo, uno sforzo di coordinamento da parte dell'interprete, nell'attesa che il legislatore intervenga per correggere le antinomie normative².

2. APPLICABILITÀ DELLA DISCIPLINA IN MATERIA DI PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI E DEL RITO SPECIALE IN ESSA PREVISTO.

La fattispecie per cui è causa è chiaramente inquadrabile nell'ambito della normativa in materia di protezione dei dati personali di cui al D.Lgs. 196/2003 (Codice in materia di protezione dei dati personali), dal momento che, come correttamente rilevato nella sentenza in commento, il numero dell'utenza telefonica associato in maniera univoca al proprio utente è da considerare « dato personale » ex art. 4, co. 1, lett. b), del D.Lgs. 196/03, inteso come « qualunque informazione relativa a persona fisica, persona giuridica, ente od associazione, identificati o identificabili, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale »³.

La crescente sensibilità degli utenti per il diritto alla protezione dei dati personali, unitamente al progressivo ricorso, da parte degli operatori, a forme di comunicazione a distanza individuali, efficaci ed economiche, ma invadenti, sta facendo sperimentare le forme di reazione consentite dall'ordinamento giuridico⁴.

Ove si invochi la « tutela giurisdizionale » prevista al Titolo I, Capo II del Codice in materia di protezione dei dati personali, la giurisdizione è devoluta, com'è ben noto, all'autorità giudiziaria ordinaria ex art. 152, co. 1, del D.Lgs. 196/03, ai sensi del quale « Tutte le controversie che riguardano, comunque, l'applicazione delle disposizioni del presente codice, comprese quelle inerenti ai provvedimenti del Garante in materia di protezione dei dati personali o alla loro mancata adozione, sono attribuite all'autorità giudiziaria ordinaria »⁵.

² Ulteriori disposizioni sulle comunicazioni commerciali non sollecitate sono contenute nel D.Lgs. 70/2003 in materia di commercio elettronico. Cfr., sul punto, R. ZALLONE, *La disciplina delle comunicazioni commerciali*, in C. ROSSELLO-G. FINOCCHIARO-E. TOSI (a cura di), *Commercio elettronico*, Torino, 2007.

³ La letteratura in materia di protezione dei dati personali è ormai vasta. Per gli approfondimenti tematici e per la lettura critica delle questioni sollevate dal D.Lgs. 196/03 si segnalano, in particolare, le opere di F. CARDARELLI-S. SICA-V. ZENO ZENOVICH (a cura di), *Il codice dei dati personali. Temi e problemi*, Milano, 2004; nonché V. CUFFARO-R. D'ORAZIO-V. RICCIUTO (a cura di), *Il codice del trattamento dei dati personali*, Torino, 2007.

⁴ A seguito di diverse segnalazioni, già

nel 2002 « il Garante per la protezione dei dati personali ha condotto una serie di accertamenti riguardanti l'invio ad abbonati e ad altri soggetti detentori di carte telefoniche, da parte di alcuni enti pubblici, di SMS contenenti informazioni di pubblica utilità, attinenti, però, all'attività istituzionale degli enti stessi. Con il provvedimento del 12 marzo 2003 il Garante ha chiarito le regole per il corretto uso degli SMS di pubblica utilità. Nella consapevolezza che l'invio di tali SMS può molto spesso soddisfare interessi collettivi, il Garante ha chiarito le misure e gli accorgimenti idonei ad evitare che il connesso trattamento dei dati personali determini un'ingiustificata lesione della privacy dei soggetti cui i dati stessi di riferiscono ». Cfr., in proposito, S. NIGER, *op. cit.*, p. 400.

⁵ Accanto alla tutela giurisdizionale è

Sebbene tale principio abbia trovato espressa considerazione nelle motivazioni della sentenza in commento, nulla viene detto con riguardo al foro competente. Sembra infatti sfuggita alla parte resistente l'eccezione relativa all'incompetenza territoriale del Tribunale di Latina, sezione distaccata di Terracina, proponibile in forza dell'art. 152, co. 2, del D.Lgs. 196/03, il quale dispone chiaramente che « Per tutte le controversie di cui al comma 1 l'azione si propone con ricorso depositato nella cancelleria del tribunale del luogo ove risiede il titolare del trattamento », talché l'utente avrebbe dovuto adire il giudice del luogo in cui ha la sede legale il gestore di telefonia mobile, nella sua qualità di titolare del trattamento dei dati personali.

Al riguardo si noti che il rito applicabile al giudizio in questione ha un regime speciale ed è delineato con norme *ad hoc* inserite proprio nell'art. 152 cit., ivi incluse quelle relative alla competenza territoriale dei giudizi instaurati per dirimere le controversie tra titolare del trattamento e soggetti interessati al trattamento dei dati, senza che possa assumere rilevanza lo status di consumatore dell'interessato medesimo, come appare chiaro, ad esempio, per le ipotesi disciplinate dall'art. 130 del D.Lgs. 196/03⁶.

invocabile, in via alternativa e nei limiti fissati dall'art. 145 D.Lgs. 196/03, la tutela amministrativa con ricorso innanzi al Garante per la protezione dei dati personali. Sinteticamente si può ricordare che la tutela amministrativa è esperibile, in alternativa a quella giurisdizionale, solamente per far valere i diritti di cui all'art. 7 del Codice. In alcun caso, dunque, può essere utile invocata la tutela risarcitoria innanzi al Garante, giacché la condanna al risarcimento del danno cagionato per effetto del trattamento dei dati personali è rimessa in via esclusiva all'autorità giudiziaria ordinaria.

⁶ A diversa soluzione si sarebbe potuto addivenire qualora fosse stata invocata, ad esempio, la violazione dell'art. 58 del Codice del consumo e non le disposizioni del Codice in materia di protezione dei dati personali. Infatti, se così fosse stato, avrebbe potuto trovare applicazione l'art. 63 del Codice del consumo, in ordine all'individuazione del « Foro competente » per le controversie relative all'applicazione del capo avente ad oggetto le « Particolari modalità di conclusione del contratto », tra cui i « Contratti a distanza » di cui alla Sezione II. Non sembra possibile, invece, ragionare nel senso dell'applicabilità della disciplina sulle clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore, come interpretata dalla giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, laddove quest'ultima ha chiarito che la presunzione di vessatorietà della clausola con cui si stabilisce come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di

residenza o domicilio elettivo del consumatore, prevista ora all'art. 33, co. 2, lett. u), del Codice del consumo, ha valenza di norma processuale e, ove non sia stata oggetto di trattativa tale da escluderne la vessatorietà (o il sindacato di vessatorietà), ha l'effetto di introdurre il foro inderogabile del consumatore per tutte le controversie inerenti le fattispecie di consumo, ora ricadenti nel D.Lgs. 206/05 e, come tale, prevalente rispetto ai fori alternativi previsti nel codice di procedura civile. Si tenga infatti conto che il ragionamento, ove volesse essere esteso a fattispecie analoghe a quella esaminata nella sentenza in commento, soffrirebbe comunque degli effetti prodotti dal combinato disposto dell'art. 34, co. 2, del Codice del consumo con l'art. 152, co. 2, del Codice in materia di protezione dei dati personali. L'art. 34, co. 2, del D.Lgs. 206/05, infatti, chiarisce che « Non sono vessatorie le casule che riproducono disposizioni di legge (...) », con la conseguenza che, a rigore, il foro del consumatore non potrebbe essere ritenuto prevalente sul foro del titolare del trattamento dei dati personali, individuato nel rito speciale di cui all'art. 152 D.Lgs. 196/02, neanche ove si invochi la natura processuale della disposizione relativa all'art. 33, co. 2, lett. u), del Codice del consumo, dianzi citata. Sotto altro profilo v'è poi da ragionare se l'interessato al trattamento dei dati personali, anche qualora invochi l'applicazione del rito speciale di cui all'art. 152 D.Lgs. 196/03, che ha norme proprie, ivi incluse quelle relative alla competenza territoriale, possa utilmente ricorrere ai fori alternativi di

La sentenza, nella parte in cui dà conto dello svolgimento del giudizio, si mostra comunque di particolare interesse con riguardo all'espletamento della fase istruttoria.

La specialità del rito, infatti, consente al ricorrente di superare agevolmente l'assolvimento dell'*onus probandi*, senza particolari formalità, rendendo effettiva la tutela fornita dall'impianto normativo dettato in materia di protezione dei dati personali⁷.

Al riguardo si consideri che, ai sensi dell'art. 152, co. 9, D.Lgs. 196/03, « Nel corso del giudizio il giudice dispone, anche d'ufficio, omettendo ogni formalità non necessaria al contraddittorio, i mezzi di prova che ritiene necessari e può disporre la citazione di testimoni anche senza la formulazione di capitoli ».

Avvalendosi di tale norma, nella controversia culminata con la sentenza in commento, il ricorrente ha mostrato in udienza il cellulare contenente uno dei nove SMS contestati, con ciò dimostrando le finalità commerciali dello stesso, senza formalità alcuna⁸.

La circostanza dell'invio degli ulteriori messaggi di analogo tenore, invece, veniva pacificamente ammessa da parte resistente, risultando anche dalla corrispondenza prodotta in atti.

3. IL REGIME DELLE COMUNICAZIONI COMMERCIALI INDESIDERATE.

In linea generale, il trattamento dei dati personali da parte di privati è ammesso solamente a fronte del previo consenso espresso dell'interessato, che, ai sensi dell'art. 23 del D.Lgs. 196/03, si ritiene validamente prestato solo se è documentato per iscritto, se è espresso liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato e se è stata resa l'informativa completa di cui all'art. 13 del Codice in materia di protezione dei dati personali. Il consenso, dunque, assolve alla funzione di condizione di liceità del trattamento dei dati, nei limiti in cui il

cui al codice di procedura civile, con particolare riferimento a quelli di cui all'art. 20 c.p.c. (foro facoltativo del luogo in cui è sorta o deve eseguirsi l'obbligazione risarcitoria derivante dall'illecito trattamento dei dati personali). La questione, per la verità, non sembra possa essere risolta positivamente per l'interessato al trattamento dei dati personali in ragione della specialità del rito, così come del resto avviene anche nel rito del lavoro, a fronte dell'espressa previsione della competenza territoriale enunciata nell'art. 413, co. 2, c.p.c., con riguardo alla quale la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione parla di fori speciali esclusivi, con conseguente inapplicabilità dell'art. 20 c.p.c. (cfr., ad esempio, Cass., Sez. Lav., sent. 526/1989). L'argomento, tuttavia, meriterebbe maggiore attenzione da parte del legislatore, affinché non venga vanificata, nella prassi, l'effettiva portata della tutela giurisdizio-

nale, formalmente offerta all'interessato nel Codice in materia di protezione dei dati personali. Il tema è delicato se si pensa che i maggiori costi per adire il foro del titolare del trattamento, gravando sull'interessato, porterebbero spesso a frustrare, nei fatti, la tutela in sede giudiziale del diritto alla protezione dei dati personali, costruito, nel nostro ordinamento, come diritto fondamentale della persona, di rango costituzionale.

⁷ Ciò non è di poco conto se si riflette sulla peculiare ripartizione dell'onere probatorio in tema di responsabilità civile per danni cagionati per effetto del trattamento dei dati personali, in applicazione degli artt. 15 D.Lgs. 196/03 e 2050 c.c.

⁸ Come riportato nella sentenza in commento, il messaggio era del seguente tenore: « vuoi utilizzare i servizi multimediali adatti a questo telefonino? Rispondi sì entro 24 ore e riceverai gratis le abilitazioni ».

trattamento corrisponda alle caratteristiche, alle modalità ed alle finalità espresse nella dovuta informativa⁹.

In casi particolari, previsti al successivo art. 24 del Codice, la normativa ritiene superflua l'acquisizione del consenso dell'interessato, senza che ciò comporti di per sé l'illiceità del trattamento. Con riferimento ai rapporti contrattuali, si noti, l'art. 24, co. 1, lett. b), D.Lgs. 196/03 non richiede la necessità del consenso espresso dell'interessato qualora il trattamento sia indispensabile per eseguire obblighi derivanti da un contratto del quale è parte l'interessato, ovvero per adempiere, prima della conclusione del contratto, a specifiche richieste dell'interessato medesimo.

In tal caso, infatti, il legislatore ha preso in considerazione l'esigenza di speditezza dei traffici commerciali, senza alcun sacrificio per il soggetto interessato. Il consenso è ritenuto implicitamente fornito in occasione della conclusione del contratto (quale fonte delle obbligazioni da cui discende la necessità di porre in essere le operazioni di trattamento che ne costituiscono l'esecuzione) ovvero in occasione della richiesta espressa dell'interessato medesimo. In tale ultima ipotesi, si noti bene, è l'interessato a richiedere all'operatore economico, titolare del trattamento, attività che presuppongono lo svolgimento di operazioni di trattamento di dati personali e la richiesta, proprio perché proveniente dall'interessato, lascia presupporre, nella previsione legislativa, l'esistenza implicita di un consenso al trattamento.

Diverso è il caso relativo alle « comunicazioni indesiderate », che vengono inoltrate dal titolare del trattamento senza alcuna previa richiesta dell'interessato, solitamente al fine di promuovere beni o servizi o per sollecitare la conclusione del contratto.

La disciplina delle comunicazioni indesiderate è contemplata, nell'ambito del Codice in materia di protezione dei dati personali, nel già citato art. 130, il cui primo comma stabilisce che « L'uso di sistemi automatizzati di chiamata senza l'intervento di un operatore per l'invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale è consentito con il consenso dell'interessato ».

La norma, dunque, riconduce tali comunicazioni al principio generale in forza del quale occorre il preventivo consenso dell'interessato (« *opt-in* »), in conformità al precetto contenuto nell'art. 23 D.Lgs. 196/03. Si noti come, per l'applicazione della disciplina sulle comunicazioni indesiderate, non rileva solamente il tipo di tecnica di comunicazione utilizzata, ma anche le finalità perseguite dal titolare del trattamento.

La fattispecie esaminata nella sentenza in commento trova collocazione nell'art. 130, co. 2, D.Lgs. 196/03, per il quale « La disposizione di cui al comma 1 si applica anche alle comunicazioni elettroniche, effettuate per le finalità ivi indicate, mediante posta elettronica, telefax, messaggi di tipo MMS (*Multimedia Messaging Service*) o SMS (*Short Message Service*) o di altro tipo ».

⁹ Sul tema si veda F. BRAVO-J. MONDUCCI, *Le condizioni di liceità del tratta-*

mento dei dati, in J. MONDUCCI-G. SARTOR (a cura di), *op. cit.*, 35 ss.

L'invio di SMS, dunque, avente finalità pubblicitarie, di vendita diretta, di compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale, è sempre assoggettato al regime dell'*opt-in*, richiedendosi, per la sua liceità, che vi sia il preventivo consenso dell'interessato, senza che possano operare le ipotesi di eccezione contemplate all'art. 24 D.Lgs. 196/03¹⁰.

È corretta, dunque, l'impostazione della sentenza in commento là dove, nel risolvere la questione concernente l'illiceità o meno del trattamento dei dati attraverso l'invio non richiesto di SMS, affronta preliminarmente l'indagine in ordine ai contenuti ed alle finalità del messaggio, per valutare la corrispondenza con i requisiti teleologici indicati dal legislatore nell'art. 130, co. 1, D.Lgs. 196/03, richiamati anche nel successivo co. 2.

Ebbene, nel caso di specie il gestore di telefonia mobile proponeva all'utente l'utilizzo di servizi multimediali adatti al proprio cellulare, in relazione ai quali sarebbero state fornite gratuitamente le relative abilitazioni.

Pur a fronte della dichiarata gratuità della fornitura delle abilitazioni, il giudice ha escluso che l'SMS possa configurarsi mera comunicazione « di servizio », ravvisando invece la sua chiara finalità commerciale per il fatto che la sollecitazione era indirizzata alla fornitura, verso corrispettivo, dei servizi multimediali gratuitamente attivabili, consentiti dal tipo di telefono cellulare utilizzato dall'utente.

L'impianto normativo poc'anzi esaminato avrebbe richiesto, quale condizione di liceità del trattamento (e, dunque, quale condizione di liceità dell'invio dell'SMS per finalità commerciali), il previo consenso dell'interessato, che nel caso di specie difettava in ragione della manifesta opposizione esercitata ai sensi dell'art. 7, co. 4, lett. b), del D.Lgs. 196/03.

La condotta posta in essere dal gestore di telefonia, dunque, non poteva non essere considerata in contrasto con il regime sulle comunicazioni indesiderate di cui all'art. 130, co. 2, D.Lgs. 196/03.

Tale ultimo articolo, tuttavia, deve essere coordinato con quanto previsto all'art. 58 del Codice del consumo, rubricato « *Limiti all'impiego di talune tecniche di comunicazione a distanza* », il quale com'è noto statuisce, al primo comma, che « L'impiego da parte di un professionista del telefono, della posta elettronica, di sistemi automatizzati di chiamata senza l'intervento di un operatore o di fax richiede il consenso preventivo del consumatore » (*opt-in*) ed, al secondo comma, che « Tecniche di comunicazione a distanza diverse da quelle di cui al comma 1, qualora consentano una comunicazione individuale, possono essere impiegate dal professionista se il consumatore non si dichiara esplicitamente contrario » (*opt-out*)¹¹.

¹⁰ Il regime di eccezione, stando al tenore dell'art. 130 D.Lgs. 196/03, è invocabile solamente per le comunicazioni diverse da quelle contemplate nei suoi primi due commi. Ai sensi del terzo comma dell'art. ult. cit., infatti, si trova statuito che « Fuori dei casi di cui ai commi 1 e 2, ulteriori comunicazioni per le finalità di cui ai medesimi commi effettuate con mezzi diversi da quelli ivi indicati, sono consentite ai sensi degli articoli 23 e 24 ».

¹¹ Per le più specifiche riflessioni sull'art. 58 del Codice del consumo si rinvia a quanto già osservato in F. BRAVO, *Commento all'art. 58 D.Lgs. 206/05*, in G. ALPA-P. ZATTI (a cura di), *Commentario breve al Codice Civile. Le leggi complementari* (collana: « *Breviaria Iuris* », diretta da G. Cian-A. Trabucchi), Padova, t. III, in corso di pubblicazione.

Si noti che, nella formulazione della disposizione dianzi riportata, l'invio di SMS non è espressamente contemplato, a differenza di quanto avviene nel dettato dell'art. 130, co. 2, D.Lgs. 196/03. Ne consegue che spetterà all'interprete verificare se la fattispecie in questione possa trovare collocazione nel primo o nel secondo comma dell'art. 58 D.Lgs. 206/05.

La classificazione non è sforzo senza conseguenze, dal momento che la sussunzione nel primo comma porterebbe a richiedere la necessità del consenso preventivo, mentre, qualora si rientri nel secondo comma, l'invio del messaggio SMS, stando alla disciplina del Codice del consumo, sarebbe lecita a prescindere dal consenso preventivo del destinatario, salva la facoltà, da parte di questi, di opporre espresso rifiuto, che graverebbe come un onere per far venir meno la condizione di liceità dei successivi invii.

A rileggere la disciplina sulle comunicazioni indesiderate di cui all'art. 130, co. 1, D.Lgs. 196/03 si scorge una distinzione, sul piano ontologico, tra SMS e sistemi automatici di chiamata senza intervento di un operatore, rispettivamente contemplati al secondo ed al primo comma, benché soggetti entrambi al medesimo principio del consenso preventivo.

Se si dovesse affrontare la lettura dell'art. 58 D.Lgs. 206/05 alla luce delle categorie enunciate nella disciplina in materia di protezione dei dati personali, se ne dovrebbe dedurre che l'invio di SMS, per la sua peculiarità e per la sua ontologica diversità con le tecniche di comunicazione contemplate nel co. 1, sarebbe assoggettato al regime di cui al successivo co. 2, con conseguente necessità di opposizione da parte del destinatario, al fine di far cessare la liceità degli ulteriori invii (*opt-out*).

Tale lettura, tuttavia, creerebbe vistose antinomie con la disciplina di cui al Codice in materia di protezione dei dati personali e lascerebbe intendere che l'invio di messaggi SMS senza il consenso preventivo del destinatario, che ancora non abbia espresso la sua opposizione, possa considerarsi lecita quanto alla disciplina in materia di diritto dei consumi, in ragione della necessità di preservare anche le esigenze degli operatori commerciali, ma illecita quanto alla disciplina sulla *privacy*, per l'apprezzata necessità di meglio tutelare il diritto alla tranquillità della sfera privata di fronte alla crescente prassi di comunicazioni indesiderate.

L'esame parallelo dei due testi normativi, quanto al regime applicabile all'invio di comunicazioni commerciali tramite SMS, potrebbe essere composto, a livello interpretativo, considerando la prevalenza della disposizione di cui all'art. 130, co. 2, del Codice in materia di protezione dei dati personali sulla disposizione di cui all'art. 58 del Codice del consumo, e ciò per una serie di ragioni.

In primo luogo, infatti, v'è da considerare che l'art. 130 cit. è norma specificamente dettata per la tutela della vita privata e della tranquillità individuale di fronte alle comunicazioni elettroniche indesiderate, in attuazione della più recente direttiva 2002/58/CE, mentre l'art. 58 del Codice del consumo riflette i contenuti di una più datata disposizione, contenuta nella direttiva 97/7/CE, con la quale, in occasione della disciplina dei contratti a distanza, si è voluto approntare una prima tutela di fronte all'invadenza delle comunicazioni commerciali non richieste¹².

¹² In un certo qual modo, dunque, la disposizione in argomento contenuta nella

disciplina sui contratti a distanza di cui alla direttiva 97/7/CE (originariamente rece-

Sotto altro profilo, pur a dispetto delle differenti categorie delineate nell'art. 130 D.Lgs. 196/03, l'invio di SMS potrebbe essere interpretativamente ricondotto nell'impiego del telefono o di sistemi automatizzati di chiamata senza l'intervento di un operatore, in ogni caso rientranti nell'ambito dell'art. 58, co. 1, del Codice del consumo, ove si prescrive il consenso preventivo del consumatore. Tale interpretazione potrebbe invero seguire due differenti percorsi argomentativi. Da un lato, infatti, la ricezione di SMS da parte del destinatario avviene pur sempre attraverso il « telefono » cellulare e, dunque, la comunicazione commerciale che si avvale dell'invio di SMS impiegherebbe il telefono come tecnica di comunicazione a distanza; dall'altro lato, invece, potrebbe darsi rilievo alle modalità di trasmissione degli SMS da parte degli operatori economici, i quali, per raggiungere un elevato numero di soggetti, si avvalgono di tecniche di trasmissione automatizzate, gestite da elaboratori elettronici e specifici software per la gestione delle comunicazioni, che consentono l'invio automatico di SMS ad una grande quantità di destinatari, i quali vengono raggiunti da comunicazioni individuali, senza la possibilità di interazione immediata con un operatore. Poiché nei nuovi scenari della commercializzazione di servizi mediante SMS le comunicazioni avvengono senza la presenza di alcun operatore per la gestione delle singole comunicazioni con gli utenti, la tecnica di comunicazione a distanza verrebbe di fatto a sostanzarsi nell'impiego di sistemi automatici di « chiamata » senza operatore, intendendo per chiamata non solamente il contatto telefonico vocale, attraverso messaggi preregistrati, ma anche l'inoltro di messaggi testuali (SMS) che costringono l'utente a verificare i contenuti ed il mittente¹³.

Tale ultima soluzione viene suggerita dalla sentenza in commento, non tanto per dirimere la questione in ordine all'eventuale applica-

pita nel D.Lgs. 185/99, successivamente trasposto nel Codice del consumo) sembra possa ritenersi superata dalla successiva e più specifica disciplina contenuta sia nella direttiva 97/66/CE in tema di trattamento dei dati personali e tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni (dapprima recepita con il D.Lgs. 171/98, successivamente trasposto nel Codice in materia di protezione dei dati personali), sia nella direttiva 2002/58/CE in tema di trattamento dei dati personali e tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (recepita direttamente nel Codice in materia di protezione dei dati personali). L'opera di codificazione che ha interessato il diritto dei consumi (avvenuta nel 2005), tuttavia, essendo culminata in epoca successiva a quella che ha riguardato la protezione dei dati personali (avvenuta nel 2003), finisce con l'invertire apparentemente l'ordine cronologico delle disposizioni. Tuttavia, il carattere di specialità della seconda disciplina sulla prima, quanto ai profili di protezione della sfera privata e della tranquillità indivi-

duale nelle comunicazioni elettroniche, non sembra possa lasciare dubbi su come possa essere composto il parziale contrasto tra le due disposizioni, che meriterebbe di essere risolto mediante una modifica dell'art. 58 D.Lgs. 206/05, in modo da allinearli, quanto meno con riferimento agli SMS ed agli MMS, con le soluzioni previste all'art. 130, co. 2, D.Lgs. 196/03.

¹³ Occorre ricordare che l'art. 4, co. 2, lett. b), D.Lgs. 196/03 definisce tecnicamente la « chiamata » come « la connessione istituita da un servizio accessibile al pubblico, che consente la comunicazione bidirezionale in tempo reale ». Ovviamente il termine ha un'accezione diversa nei sistemi automatici di chiamata senza intervento di operatore, giacché la bidirezionalità della comunicazione risulta di fatto impedita dall'automatismo del sistema e dall'assenza dell'operatore, salvo l'eventuale utilizzo di funzioni di controllo del messaggio, le quali rendono ad esempio possibile, in corrispondenza di determinati tasti, riascoltare il messaggio o segnalare al sistema di voler essere ricontattati.

zione concorrente dell'art. 58 del Codice del consumo (che nel caso di specie non si pone per la presenza dell'opposizione manifesta alla ricezione degli invii), quanto per l'individuazione del bene giuridico violato, ai fini della successiva disamina in ordine alla risarcibilità o meno del danno.

La sentenza che in questa sede si commenta coglie tale delicato passaggio nella parte in cui afferma che «Le comunicazioni indesiderate di carattere commerciale inviate mediante SMS possono costituire interferenze nella sfera privata e violazione del diritto alla *privacy* (intesa come violazione del diritto di costruire liberamente e difendere la propria sfera privata, di scegliere il proprio stile di vita senza influenze ed intromissioni indesiderate da parte di terzi) specie se gestite attraverso sistemi automatici di chiamata che non implicano l'intervento di un operatore, poiché chi riceve la chiamata o il messaggio non ha alcuno strumento per prevenirli né alcun interlocutore diretto e presente a cui riferire il suo desiderio di rifiuto della comunicazione commerciale».

4. ILLICEITÀ DEL TRATTAMENTO E TUTELA RISARCITORIA.

L'invio di SMS per finalità commerciali in difetto del consenso, preventivo o sopraggiunto, del destinatario, dunque, costituisce violazione dell'art. 130, co. 2, D.Lgs. 196/03 ed, al contempo, si traduce anche nella violazione dell'art. 11, co. 1, lett. a), D.Lgs. 196/03, ove si afferma che i dati personali oggetto di trattamento devono essere «trattati in modo lecito e secondo correttezza»¹⁴.

È bene precisare, al riguardo, che l'accertamento ex art. 11, co. 1, lett. a), D.Lgs. 196/03 in ordine all'illiceità del trattamento non concerne solamente l'indagine in merito alla violazione della norma di volta in volta considerata (qual è, nel caso di specie, l'art. 130, co. 2, D.Lgs. 196/03), giacché la differenza tra liceità e illegalità imporrebbe di spingere l'indagine anche all'accertamento in ordine all'effettiva lesione del bene giuridico che la norma avrebbe inteso tutelare.

In difetto di tale secondo presupposto, la mera violazione della norma, di per sé, non potrebbe mai tradursi in una fattispecie di responsabilità extracontrattuale. La sussistenza del danno costituisce, infatti, uno degli elementi essenziali della struttura dell'illecito ed, in difetto di lesione del

¹⁴ Il rilievo dato alle finalità commerciali dall'art. 130 D.Lgs. 196/03 consente di ritenere violato, in linea di principio, anche l'art. 11, co. 1, lett. b), del Codice, ove si stabilisce che i dati personali oggetto di trattamento devono essere «raccolti e registrati per scopi determinati, espliciti e legittimi, ed utilizzati in altre operazioni del trattamento in termini compatibili con tali scopi». Nell'ambito della previsione di tale ultimo inciso, infatti, potrebbe essere ricondotta l'ipotesi di utilizzo non autorizzato del numero telefonico per fina-

lità diverse dall'erogazione del servizio di telefonia. Ad ogni modo, anche qualora si dovesse ritenere che la comunicazione commerciale inerente l'attivazione di servizi collegati con quello principale persegua uno scopo «compatibile» con le finalità del trattamento originariamente previsto, rimane pur sempre insuperabile l'espresso tenore dell'art. 130, co. 2, D.Lgs. 196/03 nella parte in cui richiede in ogni caso il preventivo consenso dell'utente per le comunicazioni commerciali via SMS, in applicazione del principio di *opt-in*.

bene tutelato dalla norma che si assume violata, l'ipotesi di responsabilità aquiliana non può essere ravvisata¹⁵.

La responsabilità per illecito trattamento di dati personali è tracciata nell'art. 15 D.Lgs. 196/03, dalla cui lettura è possibile ricavare gli elementi strutturali.

Il co. 1 di tale articolo dispone che « Chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'articolo 2050 del codice civile ».

Da tale formulazione è possibile condurre l'analisi volta all'individuazione degli elementi soggettivi ed oggettivi dell'illecito.

Quanto agli elementi soggettivi è preferibile la tesi che ravvisa la necessità di operare, interpretativamente, una tipizzazione del soggetto tenuto al risarcimento, potendo questi essere solamente chi si trovi in una data relazione con il trattamento dei dati. La responsabilità in questione, infatti, può essere imputata solamente a colui che abbia cagionato danni « per effetto » del trattamento dei dati personali e, dunque, solamente a colui che, quale « titolare » o « responsabile » del trattamento¹⁶, abbia poteri di gestione in ordine al trattamento medesimo¹⁷. Non pare invece possa dirsi altrettanto per l'« incaricato », ossia per colui che si limita a porre in essere operazioni di trattamento nei limiti di quanto disposto dal titolare o dal responsabile, giacché la costruzione dell'illecito per danni cagionati per effetto del trattamento richiama la disciplina di cui all'art. 2050 c.c., che consente, sul piano teorico, la prova liberatoria consistente nella dimostrazione di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno. Tuttavia, poiché l'incaricato del trattamento ha solamente compiti esecutivi, qualora si ammettesse la possibilità di rispondere ai sensi dell'art. 15 D.Lgs. 196/03 e dell'art. 2050 c.c. in esso richiamato, si finirebbe per gravarlo di obblighi risarcitori pur non avendo alcun potere decisionale in ordine all'adozione delle misure in questione¹⁸.

È noto, poi, che il criterio di imputazione posto a base dell'art. 2050 c.c. è quello del « rischio » creato con l'attività posta in essere dal soggetto tenuto a rispondere, per cui la più gravosa formulazione contenuta nell'art. 2050 c.c., rispetto al principio « generale » di cui all'art. 2043 c.c., vale a ripartire, secondo criteri suggeriti dall'analisi economica del diritto e diversi da quelli consueti, le possibili conseguenze dannose delle

¹⁵ Sul rapporto tra illecito e danno si veda, *amplius*, G. ALPA, *Trattato di diritto civile*, IV — *La responsabilità civile*, Milano, 1999, 99 ss.

¹⁶ Si vedano, in particolare, le definizioni di titolare e di responsabile riportate all'art. 4, co. 1, lett. f) e g), D.Lgs. 196/03. Per un commento, che per esigenze di economia del discorso non è possibile articolare in questa sede, si rinvia a C. DI COCCO, *Soggetti che effettuano il trattamento*, in J. MONDUCCI-G. SARTOR (a cura di), *op. cit.*, 119 ss.

¹⁷ Già in altra sede si è avuto modo di osservare che « se la condotta è necessariamente da inquadrare nella nozione di trattamento, di modo che questa sia in rappor-

to di causalità con l'evento dannoso, ne deriva che il soggetto chiamato a rispondere del danno è sicuramente sia il titolare che il responsabile del trattamento ».

¹⁸ Per una simile impostazione che, argomentando dalla giurisprudenza formatasi sull'art. 2050 c.c., esclude l'applicazione diretta della responsabilità in questione all'incaricato del trattamento dei dati personali si vedano, già con riferimento all'art. 181. 675/96, di analogo tenore rispetto all'attuale art. 15 D.Lgs. 196/03, le riflessioni di S. SICA, *Commento all'art. 18*, in E. GIANNANTONIO-M.G. LOSANO-V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *La tutela dei dati personali. Commentario alla l. 675/2996*, Padova, 1998, 184.

attività poste in essere¹⁹. Quindi, ove si ritenesse di chiamare a rispondere *ex art. 15 D.Lgs. 196/03* anche l'incaricato del trattamento dei dati personali in relazione ai danni cagionati per effetto del trattamento, si finirebbe per rendere questi assoggettabile ad una responsabilità che ha come criterio di imputazione il « rischio », pur in assenza di ogni possibilità di controllo in ordine alle misure volte al controllo del rischio medesimo, teleologicamente indirizzate alla prevenzione del danno. In altre parole, all'incaricato del trattamento sfuggirebbe l'applicazione del regime di responsabilità ad esame per l'impossibilità di applicare il criterio di imputazione del « rischio », ad essa sotteso²⁰.

Sempre con riferimento all'elemento soggettivo dell'illecito, scompare dall'art. 15 D.Lgs. 196/03, così come nella formula dell'art. 2050 c.c., qualsivoglia indicazione espressa in ordine ai profili di colpevolezza, presenti invece nell'art. 2043 c.c. Il richiamo operato nei confronti dell'art. 2050 c.c. rimanda alle numerose discussioni aperte sulla natura della responsabilità ivi delineata. Al riguardo appare preferibile la tesi dottrinale che costruisce tale ipotesi di illecito aquiliano in termini di responsabilità oggettiva, anziché in termini di presunzione di colpa o di responsabilità colposa aggravata dall'inversione dell'onere probatorio e dal particolare rigore richiesto nella dimostrazione della diligenza impiegata²¹. Occorre tuttavia considerare che, a prescindere dall'impostazione teorica a cui si aderisce, ogni soluzione finisce sempre per portare al medesimo risultato, in ragione del particolare rigore richiesto nella dimostrazione in ordine all'adozione di tutte le misure idonee ad evitare il danno, così come dimostra la nutrita giurisprudenza della corte di cassazione che, pur costruendo la responsabilità *ex art. 2050 c.c.* in termini di presunzione di colpa con inversione dell'onere probatorio, ammette unicamente la prova del caso fortuito e della forza maggiore quali elementi che possano sottrarre l'agente dalla responsabilità in questione, non essendo sufficiente la prova del rispetto delle misure prescritte dalle norme vigenti, né la prova di essersi conformati ai canoni di comune prudenza e diligenza²².

¹⁹ Sul rischio quale elemento alternativo alla colpa nella struttura dell'illecito cfr. G. ALPA, *op. cit.*, 289 ss. Quanto alla distribuzione delle perdite ed alla allocazione dei costi, che il criterio del rischio creato consente di meglio governare alla luce dei principi dell'analisi economica del diritto, si vedano, nella medesima opera da ultimo citata, le pagine 132 ss.

²⁰ Nulla esclude, tuttavia, che l'incaricato possa rispondere *ex art. 2043 c.c.* dei danni cagionati per le operazioni di trattamento che abbia eseguito o omesso di eseguire, fatta in ogni caso salva la concorrente responsabilità del titolare e del responsabile in forza degli artt. 15 D.Lgs. 196/03 e 2050 c.c.

²¹ Basti pensare, per un verso, che la formula legislativa usata nel 2050 c.c. non inserisce alcun riferimento ai profili di colpevolezza e, per altro verso, l'estre-

mo rigore richiesto per la prova liberatoria coincide con la dimostrazione della forza maggiore o del caso fortuito, ossia di elementi che finiscono per interrompere il nesso di causalità. Ne deriva l'assoluta irrilevanza del profilo di colpevolezza, dato che il soggetto agente è chiamato a rispondere oggettivamente per i danni cagionati per effetto dell'attività esercitata, in ragione dei rischi generati nel porre in essere l'attività medesima. Il criterio del rischio rende conforme a giustizia la ripartizione delle conseguenze dell'illecito, dato che altrimenti graverebbero sulla vittima, la quale, ove non dimostrasse il dolo o la colpa, finirebbe per accollarsi i danni subiti pur non essendo in grado di agire per controllare i rischi messi in circolazione dall'agente. In proposito si veda, *amplius*, la costruzione di G. ALPA, *op. cit.*, 683 ss.

²² A tale orientamento del supremo

Quanto agli ulteriori profili, di natura oggettiva, poiché l'art. 15 D.Lgs. 196/03 obbliga a risarcire i danni cagionati per effetto del « trattamento » dei dati personali, si evince un'ulteriore tipizzazione anche della condotta rilevante, la quale, stante la definizione di « trattamento » contemplata ex art. 4, co. 1, lett. a), D.Lgs. 196/03, non potrà che consistere in « qualunque operazione o complesso di operazioni, effettuate anche senza l'ausilio di strumenti elettronici, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, la consultazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione dei dati, anche se non registrati in una banca di dati ».

Un ulteriore elemento strutturale dell'illecito di cui si discute è costituito, poi, dal « danno » cagionato per effetto del trattamento. Come già precisato, l'esistenza del danno rappresenta elemento indefettibile per la configurazione della responsabilità in esame, ed invero, al contempo, uno degli aspetti più critici della tutela risarcitoria che da essa ne discende.

Completa infine la struttura dell'illecito in parola il « nesso di causalità » tra condotta censurata e danno subito.

Dimostrata la condotta illecita consistente nell'illecito trattamento dei dati personali, dimostrato altresì che la condotta sia stata posta in essere dal titolare o dal responsabile del trattamento (ovvero sia comunque ad essi riconducibile), dimostrata infine l'esistenza del danno ed il nesso di causalità tra condotta ed evento dannoso, spetterà all'esercente l'attività (ossia al titolare ed al responsabile del trattamento), per sottrarsi alla responsabilità delineata dall'art. 2050 c.c. e dall'art. 15 del Codice in materia di protezione dei dati personali, dimostrare di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno.

La prova, come già si è avuto modo di precisare, è ritenuta particolarmente rigorosa dalla giurisprudenza. Si consideri che il dettato normativo pretende la dimostrazione in ordine all'adozione di « tutte » le misure « idonee » non a ridurre al minimo il danno ma ad evitarlo completamente, talché l'esistenza del danno indurrebbe di per sé a vanificare qualsiasi sforzo probatorio in tale senso, salvo il caso fortuito e la forza maggiore²³.

A diversa conclusione non può giungersi nemmeno se si considera il contenuto dell'art. 31 D.Lgs. 196/03, che impone l'obbligo di custodia e con-

collegio fa eco la sentenza in commento, nella parte in cui afferma che « La presunzione di responsabilità ex art. 2050 c.c. può essere vinta solo con una prova particolarmente rigorosa, essendo posto a carico dell'esercente l'attività l'onere di dimostrare l'adozione di tutte le misure idonee ad evitare il danno: pertanto, non basta la prova negativa di non aver commesso alcuna violazione delle norme di legge o di comune prudenza, ma occorre quella positiva di aver impiegato ogni cura o misura atta ad impedire l'evento dannoso ».

²³ La dimostrazione in ordine al verificarsi del danno proverebbe di per sé, in-

fatti, che non sono state affatto adottate *tutte* le misure idonee ad evitarlo. Tuttavia, come acutamente rilevato in dottrina, « se si procede, nell'iter logico, sino ad accollare all'esercente la responsabilità per non aver adottato *tutte* le misure idonee a prevenire il danno, e a considerare l'esistenza del danno come prova evidente della negligenza, e dell'incuria, dell'esercente, si finisce per attribuirgli una sorta di responsabilità oggettiva, mascherata sotto le spoglie della responsabilità presunta. Ma si tratta, semplicemente, di tecnica interpretativa, che non inficia la bontà del risultato ». Cfr. G. ALPA, *op. cit.*, 690.

trollo dei dati personali fatti oggetto di trattamento, in modo da « ridurre al minimo, mediante l'adozione di idonee e preventive misure di sicurezza, i rischi di distruzione o perdita, anche accidentale, dei dati stessi, di accesso non autorizzato o di trattamento non consentito o non conforme alle finalità della raccolta ».

Infatti, benché l'art. 31 D.Lgs. 196/03 prenda in considerazione l'evidente impossibilità di totale eliminazione dei rischi inerenti al trattamento dei dati e di scongiurare, di fatto, ogni ipotesi di danno, comminando l'obbligo di adottare idonee e preventive misure di sicurezza finalizzate a ridurre al minimo il verificarsi dei rischi paventati, il regime di responsabilità finisce per assestarsi comunque ad un livello di maggior rigore, prevedendo che il titolare ed il responsabile del trattamento siano chiamati a rispondere fino al caso fortuito ed alla forza maggiore, per non aver adottato tutte quelle misure che sarebbero state idonee ad evitare il danno, con una responsabilità di fatto assestata, almeno quanto agli effetti, sul modello della responsabilità oggettiva.

Il *gap* percepibile tra l'obbligo di adottare misure di sicurezza idonee a ridurre al minimo i rischi di danno, imposto dall'art. 31 del Codice, e l'obbligo di risarcire in ogni caso i danni cagionati per non aver adottato tutte le misure idonee ad evitali (e non a ridurli al minimo), conferma la natura oggettiva della responsabilità in esame, dato che il risarcimento è dovuto a prescindere da ogni indagine relativa alla sussistenza o meno dei profili di colpevolezza.

Quanto ai danni risarcibili, oltre a quelli patrimoniali eventualmente configurabili, la normativa vigente appronta un'apposita tutela anche del danno non patrimoniale, come si evince dalla lettura dell'art. 15, co. 2, D.Lgs. 196/03, ove si prevede espressamente che « Il danno non patrimoniale è risarcibile anche in caso di violazione dell'articolo 11 ».

La norma in questione, anche in assenza dei recenti orientamenti giurisprudenziali sul danno non patrimoniale, consentiva la sua diretta risarcibilità a prescindere sia dalla lettura costituzionale dell'art. 2059 c.c., sia dal concreto accertamento della colpa, in forza del combinato disposto di tale ultimo articolo con gli artt. 11 e 15, co. 2, D.Lgs. 196/03²⁴.

Attualmente, però, non può non tenersi conto di quanto affermato dalla Corte Costituzionale, con sent. 233/03, e dalle significative pronunce della Cassazione nn. 8827 e 8828, entrambe del 31 maggio 2003. Infatti, il giudice delle leggi, nella sentenza dianzi richiamata, ha avuto modo di chiarire che « può dirsi ormai superata la tradizionale affermazione secondo

²⁴ Si deve rimarcare che la Corte Cost., con sent. 233/03, « si è espressa sulla legittimità dell'art. 2059 c.c., ritenendolo applicabile anche alle ipotesi di responsabilità civile "per colpa presunta" », ammettendo la risarcibilità del danno non patrimoniale anche qualora sia mancato l'accertamento concreto della colpa. L'orientamento precedente, invece, di fronte ai regimi di responsabilità diversi dall'art. 2043 c.c., riteneva di non poter liquidare il danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c. per via della sua lettura ancorata all'art.

185, co. 2, c.p. Per un approfondimento della questione, con riguardo proprio al regime di responsabilità da trattamento illecito dei dati personali, si rinvia a quanto già precisato in F. BRAVO, *Regole generali applicabili a tutti i trattamenti di dati personali*, sezione prima del contributo reso in F. BRAVO-J. MONDUCCI, *op. cit.*, 69 ss.; F. BRAVO, *La responsabilità per danno da trattamento di dati personali*, in G. ALPA-C. CAPILLI-P.M. PUTTI (a cura di), *Casi scelti in tema di responsabilità civile*, 140 ss.

la quale il danno non patrimoniale riguardato dall'art. 2059 c.c. si identificerebbe con il c.d. danno morale soggettivo. In due recentissime pronunce (Cass. 31 maggio 2004 nn. 8827 e 8828) che hanno l'indubbio pregio di ricondurre a razionalità e coerenza il tormentato capitolo della tutela risarcitoria del danno alla persona, viene, infatti, prospettata con ricchezza di argomentazioni — nel quadro di un sistema bipolare del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale — un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., tesa a ricomprendere nell'astratta previsione della norma ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona: e dunque sia il danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima; sia il danno biologico in senso stretto inteso come lesione dell'interesse costituzionalmente garantito all'integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico (art. 32 Cost.); sia, infine, il danno (spesso definito in dottrina e in giurisprudenza come esistenziale) derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona ».

Le richiamate sentenza della corte di cassazione chiariscono infatti che « si deve ritenere ormai acquisito all'ordinamento positivo il riconoscimento della lata estensione di danno non patrimoniale inteso come danno da lesione di valori inerenti alla persona e non più solo come danno morale soggettivo » (Cass. 8827/03; 8828/03).

In altre parole, la nuova interpretazione dell'art. 2059 c.c., suggerita dalle sentenze del 2003, consente la risarcibilità non solo del danno morale subiettivo, ma anche di tutti quei danni che, come quelli inerenti alla persona, non sono suscettibili di valutazione economica concretandosi in una lesione diversa da quella relativa al patrimonio²⁵.

Difficoltà però possono sorgere sotto il profilo del concreto accertamento del danno, data la natura immateriale di quanto forma oggetto dei diritti in questione e l'impossibilità di una loro diretta riconduzione alla sfera patrimoniale. Già in altra sede si era ritenuto di poter superare tali difficoltà probatorie attraverso il ricorso a deduzioni e ragionamenti presuntivi, soprattutto alla luce dei richiamati orientamenti giurisprudenziali che non esigono più il concreto accertamento della colpa per accedere alla tutela risarcitoria del danno non patrimoniale²⁶. In tale contesto si è avuto modo di evidenziare che la « violazione dei criteri indicati nell'art.

²⁵ Cfr. quanto già considerato in F. BRAVO, *Regole generali applicabili a tutti i trattamenti di dati personali*, cit., 68, ove si è avuta occasione di rimarcare anche la « funzione tipizzante dell'art. 2059 c.c., sulla base della quale il danno non patrimoniale, nella sua accezione più estesa, è da risarcire sia nelle ipotesi espressamente previste dalla legge, tra le quali quella di cui all'art. 15, co. 2, del Codice in materia di protezione dei dati personali (...), sia nelle ipotesi in cui la lesione concerna situazioni giuridiche con copertura costituzionale, sulla base dell'assunto che la compressione del risarcimento ai soli danni pa-

trimoniali finirebbe per costituire un inammissibile rifiuto della tutela accordata dalla carta costituzionale, proprio nella parte in cui la risarcibilità è negata con riferimento ai danni non patrimoniali. Ed ecco allora che il « diritto alla personalità », a cui la dottrina riconduce anche i nuovissimi diritti alla « libertà informatica » ed alla « protezione dei dati personali », oltre che quelli alla « riservatezza » (...), trova nuova linfa nel nostro ordinamento giuridico, potendosi intravedere più ampi margini di esperibilità delle tecniche rimediali poste a tutela dei diritti in questione ».

²⁶ Cfr. F. BRAVO, *op. ult. cit.*, 74.

11 del Codice può (...) essere determinante a fondare le basi del ragionamento deduttivo, atteso che siffatta violazione è già di per sé indice della suscettibilità del trattamento a determinare la lesione non patrimoniale. Nella costruzione dell'illecito di cui all'art. 15, co. 1, del Codice, è il trattamento che determina, ai fini della ricostruzione della specifica fattispecie di responsabilità, il danno risarcibile, di modo che quest'ultimo, sul piano causale, risulti conseguenza del primo. La violazione dell'art. 11 del Codice, dunque, si inserisce nella valutazione dell'illecito quale dimostrazione non dell'esistenza del danno, ma dell'esistenza dell'illiceità del trattamento, capace, per ciò solo, di determinare concretamente la lesione al bene giuridico che si è voluto proteggere con l'emanazione della normativa speciale di cui si discute. Ebbene, dall'accertamento della violazione *de qua*, in relazione all'ipotesi di risarcimento del danno non patrimoniale, sembra assolvere tale funzione, sostanzandosi non nella prova del danno, ma nella prova circa l'esistenza della condotta rilevante ai fini della valutazione dell'illecito, nonché nella valutazione positiva in ordine alla concreta attitudine alla produzione dell'evento lesivo, la quale andrebbe integrata con altri elementi o fatta oggetto di un ragionamento deduttivo, eventualmente nell'ambito di un rapporto di causalità da stimare secondo il principio dell'*id quod plerumque accidit*, al fine di raggiungere la prova dell'esistenza del danno non patrimoniale. La liquidazione, com'è ovvio, è da farsi in via equitativa, sulla base degli artt. 2056 e 1226 c.c.»²⁷.

La sentenza che in questa sede si commenta, nella sua parte conclusiva, sembra muoversi nell'ambito di tale prospettazione.

La stessa infatti, dopo aver inizialmente aderito all'orientamento della Corte di cassazione che considera la responsabilità dell'art. 2050 c.c. (richiamato nell'art. 15 del Codice in materia di protezione dei dati personali) fondata sul principio di colpevolezza, che rimarrebbe presunta fino alla dimostrazione della forza maggiore e del caso fortuito, si sofferma a considerare il danno subito dall'utente, che viene individuato nella lesione della sfera privata e della tranquillità individuale, ossia nella lesione di diritti della personalità di rango costituzionale. Pur omettendo ogni considerazione sulla risarcibilità del danno morale obiettivo, astrattamente possibile, il giudice concentra la propria attenzione sulla lesione del solo diritto alla protezione dei dati personali e sul nesso di causalità.

Argomentando sulla base dell'*id quod plerumque accidit*, il giudice ritiene provata l'esistenza del danno in quanto deducibile quale conseguenza ovvia della condotta illecita, consistente nell'invio non autorizzato di SMS di natura commerciale. Nella sentenza in commento, infatti, dopo le considerazioni sulla prova della condotta, si trova rimarcato che «È evidente il danno subito dal ricorrente costretto a controllare in continuazione i messaggi pervenutigli ed ad eliminare quelli indesiderati».

Tale circostanza è stata apprezzata, nell'*iter* logico seguito dalla motivazione della sentenza in commento, quale interferenza arbitraria ed illecita nella sfera privata dell'utente, leso nel proprio diritto alla *privacy*,

²⁷ F. BRAVO, *op. ult. cit.*, 74.

inteso come « diritto di costruire liberamente e difendere la propria sfera privata, di scegliere il proprio stile di vita senza influenze ed intromissioni indesiderate da parte di terzi »²⁸.

La lesione, come può evincersi dalla lettura della sentenza, è apparsa particolarmente grave al giudicante, sia in ragione del rango dei diritti lesi, che afferiscono ai diritti della personalità e godono di una protezione costituzionale, sia in ragione delle modalità della lesione, in quanto perpetrata attraverso sistemi automatici di comunicazione senza intervento di un operatore (ossia attraverso strumenti e modalità che non consentono al destinatario alcuna possibilità di reazione, né per prevenire ed evitare la comunicazione indesiderata, né per riferire il desiderio di rifiuto della comunicazione commerciale).

Tali considerazioni, unitamente alla valutazione della negligente reiterazione dell'illecito, resa ancora più grave dall'assoluta infruttuosità della formale opposizione dell'utente, hanno indotto il giudice a liquidare, in via equitativa, una somma certamente non esigua e sicuramente dissuasiva, consistente nella misura di mille euro per ciascuno dei nove SMS illecitamente inviati.

I dubbi sull'entità del risarcimento, che appare elevato se rapportato ai criteri di risarcimento utilizzati, ad esempio, per la liquidazione del danno biologico, sembra possano essere mitigati in considerazione della peculia-

²⁸ La portata della lesione è molto ben spiegata da E. Poddighe, *La tutela della riservatezza dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e il diritto di autodeterminazione dell'interessato*, in F. Cardarelli-S. Sica-V. Zeno Zencovich (a cura di), *op. cit.*, 500 ss. L'A. dapprima si sofferma ad osservare che « Sotto il profilo imprenditoriale (...) l'impiego di tecniche di comunicazione senza l'operatore, così come quelle di comunicazione elettronica, presenta indubbi risvolti di redditività, in quanto la registrazione di un messaggio che l'abbonato o l'utente devono ascoltare nell'attesa della fornitura di un diverso servizio, l'invio di e-mail seriali a una pluralità di soggetti, la trasmissione — analogamente effettuata in massa — di Sms (*Short Message Service*) o Mms (*Multimedia Messaging Service*), e simili sistemi di comunicazione, richiedono investimenti estremamente limitati (ciascuna di queste operazioni costa all'impresa pochi centesimi di euro) e garantisce una penetrazione capillare nel pubblico maggiormente persuasiva, in quanto è diretta *ad personam* e richiama in maniera pressante l'attenzione del ricevente (il quale, tendenzialmente, non vi si può sottrarre) ». L'economicità, la rapidità e l'efficacia di tali sistemi di comunicazione, pertanto, finiscono per spingere le imprese a condotte particolarmente aggressive, volte a promuovere beni o servizi con tecniche che si mostrano estremamente vantaggiose, a cui fanno seguito ren-

dimenti crescenti, se rapportati ad altre tecniche di comunicazione commerciale o promozionale. Sulla scorta di tali considerazioni, poi, l'A. passa a considerare la posizione dell'utente, il quale, da parte sua, si trova però ad essere « sottoposto ad un vero e proprio « attacco » pubblicitario proveniente da più fonti, particolarmente pregiudizievole non solo della propria privacy — violata a causa dell'acquisizione e della conseguente commercializzazione delle proprie informazioni personali e dei recapiti di riferimento — ma anche della gestione del proprio tempo, della libertà dei luoghi di ricezione delle comunicazioni e del diritto alla autodeterminazione nella scelta della destinazione delle proprie risorse economiche. La lettura dei messaggi (ricevuti sul terminale del computer come su quello del telefono portatile) richiede dispendio di tempo e frequentemente perdita della concentrazione, ed è spesso inevitabile, data l'esigenza di verificare quanto meno la provenienza della comunicazione e accertare l'importanza del contenuto della stessa ». Inoltre, il reiterato invio di SMS commerciali, qualora non cancellati, finirebbe per esautorare o ridurre gli spazi di memoria disponibili sul cellulare, con conseguente preclusione in ordine alla possibilità di ricezione di « altri e più importanti messaggi ». Il tema è stato affrontato anche da M. Atelli, *Il diritto alla tranquillità individuale*, Napoli, 2001, alla cui intera opera si rinvia.

rità del caso di specie, giacché il criterio di liquidazione, volto ad associare una data somma per ciascun messaggio, e l'entità dell'importo equitativamente stimato, appaiono tali da poter assicurare non solo l'esigenza risarcitoria, ma anche una seria efficacia dissuasiva in ordine alla prosecuzione delle violazioni, mostratesi incuranti delle opposizioni formali dell'utente, con salvaguardia, per il futuro, del diritto fondamentale fatto valere in giudizio.

Pur non essendo necessario l'accertamento della colpa per l'applicazione del regime di responsabilità derivante da illecito trattamento dei dati personali, la sentenza che in questa sede si commenta spinge la propria analisi al punto da considerare accertata, sulla base degli atti, il profilo di colpevolezza emergente dalla condotta posta in essere dal gestore di telefonia mobile, là dove viene precisato che « (...) il suo comportamento appare negligente a fronte delle reiterate richieste del ricorrente », che non sono state sufficienti ad impedire la reiterazione degli invii di SMS commerciali indesiderati.

Tale positivo accertamento della colpa in concreto, tuttavia, sembra aver finito con l'incidere sulla valutazione dell'entità della lesione e sui suoi effetti, e ciò in ragione sia delle modalità tecniche di realizzazione dell'illecito, sia della reiterazione della condotta a fronte delle formali opposizioni dell'utente, sia in ragione della peculiare natura del diritto violato²⁹.

FABIO BRAVO

²⁹ Sulla rilevanza costituzionale del diritto leso nella fattispecie in esame si rinvia all'ampia trattazione di G. ALPA-G. RESTA, *Le persone e la famiglia*, 1 — *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2006, 97 ss., ove il discorso viene ancorato, principalmente e significativamente, in rapporto alle disposizioni della nostra carta costituzionale. Si veda altresì V. ZENO ZENCOVICH, *Ragioni ed obiettivi*

del codice, in F. CARDARELLI-S. SICA-V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *op. cit.*, 4 ss., ove, con riferimento al diritto alla protezione dei dati personali, si menziona la rilevanza dello « *status costituzionale europeo* », consacrato nell'art. 8 della Carta europea dei diritti fondamentali approvata a Nizza nel 2000. Cfr. anche le illuminate riflessioni di G. RESTA, *Il diritto alla protezione dei dati personali*, in F. CARDARELLI-S. SICA-V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *op. cit.*, 11 ss.