
FEDERICA CASAROSA

INNOVAZIONE E CONTINUITÀ NEI CODICI DEONTOLOGICI E/O DI BUONA CONDOTTA EX ART. 20 DEL D.LGS. 467/01: IL CASO DEL MARKETING DIRETTO

SOMMARIO: I.1. I codici deontologici e di buona condotta: le ragioni di un fenomeno. — 2. Differenze ed analogie con l'art. 31, c. 1, lett. h). — 3. (*segue*) ... e con l'art. 25. — 4. (*segue*) a) L'efficacia dei codici. — 5. (*segue*) b) Le modalità di « costruzione » dei codici. — 6. (*segue*) c) Il potere di sostituzione del Garante. — 7. (*segue*) d) I codici come condizione essenziale per la liceità dei trattamenti. — 8. I codici deontologici nel settore Internet. — 9. Le esigenze di tutela della privacy e le modalità di « ricerca » delle informazioni. — 10. (*segue*) il Direct Marketing. — II.11. Spunti di riflessione per il codice deontologico. — 12. Alcuni rilievi conclusivi.

I.1. I CODICI DEONTOLOGICI E DI BUONA CONDOTTA: LE RAGIONI DI UN FENOMENO.

A cinque anni dalla originaria formulazione legislativa, è stato emanato il decreto legislativo 28 dicembre 2001, n. 467, che riforma la legge 31 dicembre 1996, n. 675 di tutela delle persone fisiche e degli altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali.

Le modifiche apportate dal nuovo testo sono di non poca importanza ed in particolare confermano una indicazione che era rimasta, ad oggi, per lo più allo stadio di norma programmatica¹. L'articolo 20 del decreto legislativo, ribadisce il compito del Garante di promuovere la sottoscrizione di codici deontologici o di buona condotta, nonché i settori nei quali questa attività deve svolgersi². L'osservanza dei codici così individuati costituisce

¹ Ovviamente escludendo la fattispecie descritta specificamente all'art. 25 della legge n. 675/96, circa i codici deontologici dei giornalisti.

² Anche la direttiva 95/46/CE invitava gli Stati membri a prevedere la promozione di codici deontologici o di buona condotta che consentissero di rafforzare il controllo sull'attività dei responsabili del trattamento, così come specificato nel considerando n. 26, nel quale si precisa che « *i codici di condotta possono costituire uno strumento utile di orientamento sui mezzi grazie ai quali i dati pos-*

sano essere resi anonimi e registrati in modo da rendere impossibile l'identificazione degli interessati ». Inoltre, la direttiva, al n. 3 dell'art. 27, prevedeva la possibilità della creazione di codici comunitari di comportamento, nonché la modifica o la proroga dei codici comunitari esistenti, la cui conformità alle disposizioni nazionali di attuazione avrebbe dovuto essere valutata anche nella prospettiva dell'effettività dell'armonizzazione, attribuendo tali compiti al Gruppo per la tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali, di cui al-

condizione di liceità del trattamento³.

Fin dalla prima apparizione all'interno del quadro di tutela della *privacy* l'utilizzo di questo strumento di autoregolazione è stato da più parti apprezzato⁴, in quanto, i codici deontologici sono caratterizzati da flessibilità in un grado ben superiore a quello della legge, nei confronti della quale possono fungere da disciplina di integrazione e di attuazione in concreto. Infatti, le norme contenute all'interno dei codici appartengono ad una categoria che il legislatore «*può limitarsi a riconoscere, ma che spesso deve creare ex novo, in quanto afferente a regole comportamentali ed organizzative instabili e talvolta mutevoli nel tempo o, per lo meno, suscettibili di alterazione*»⁵.

Per questa stessa ragione, i codici hanno la possibilità di adattarsi in modo più diretto alla realtà sociale, in quanto enucleati da parte degli stessi soggetti che operano nei settori di riferimento. Come effetto ulteriore, essi consentono una disciplina più puntuale e specifica rispetto ad una eventuale normativa di rango legislativo, la quale non potrebbe spingersi in tale direzione data la minuziosità dei precetti che dovrebbero essere emanati per ciascuna categoria⁶.

Un risultato positivo indiretto dei codici di buona condotta è la maggiore responsabilizzazione dei soggetti che operano nei settori di riferi-

l'art. 29 della direttiva stessa. Si veda il testo completo della direttiva sul sito: <http://www.europa.eu.int/eur-lex/it/>

³ È da osservare che già nel decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 281, recante le *Disposizioni in materia di trattamento dei dati personali per finalità storiche, statistiche e di ricerca scientifica*, all'art. 6, comma 2, veniva appunto indicata la disciplina con la quale redigere i codici deontologici o di buona condotta per quel particolare trattamento, in particolare, il legislatore aveva previsto che tale testo avesse valenza di condizione di liceità del trattamento.

⁴ A. LIROSI, *Il Garante per la protezione dei dati personali*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO (a cura di), *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Giappichelli, Torino, 1997, 166; G. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza — La privacy nella società dell'informazione*, Giuffrè, Milano, 1997, 511; S. RODOTÀ, *Relazione di sintesi*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati personali e tutela delle persone: Atti del convegno, Alghero, 19-20 settembre 1997*, Milano, Giuffrè, 1999; G. BUTTARELLI, *Una terza via per la tutela — Verso un approccio a metà tra deregulation e protezione assoluta*, Il Sole-24 Ore, Sabato 9 maggio 1998; U. DE SIERVO, *Privacy e commercio elettronico*, in S. SICA e P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Giuffrè, 2002, 313. Si veda, a parziale critica, G.

ALPA, *Autodisciplina e codici di condotta*, in P. ZATTI (a cura di), *Le fonti di autodisciplina*, Padova, Cedam, 1996, 12, in cui, alla luce dei rischi che possono derivare dall'utilizzo dei codici, l'Autore evidenzia la necessità di una particolare attenzione accompagnata da un giusto scetticismo nei confronti della forma di regolamentazione; nonché G. PINO, *I codici di deontologia nella normativa sul trattamento dei dati personali*, in *Danno e resp.*, 2002, 4, 363, in cui l'Autore elenca una serie di possibili inconvenienti derivanti dalla proliferazione dei codici di autoregolamentazione, in particolare l'abbassamento degli standard regolativi, l'attribuzione dei poteri di produzione normativa a soggetti la cui legittimazione proviene solo dal mercato, infine, l'apertura di ampi spazi di discrezionalità ove l'applicazione dei codici sia rimessa all'autorità giudiziaria, «in considerazione della normale fraseologia dei codici deontologici, ricca di dichiarazioni di principio, formule vaghe, clausole elastiche».

⁵ Così A. VIGNUDELLI, *La comunicazione pubblica: inquadramento fenomenologico, profili generali, elementi di diritto costituzionale*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *La comunicazione pubblica*, Rimini, 1984, 240.

⁶ Si veda per conferma l'art. 31 della legge spagnola di attuazione della direttiva 95/46/CE, cfr. anche in T.E. FROSINI, *La nuova legge spagnola sulla protezione dei dati personali*, in questa *Rivista*, 2000, 769.

mento. In questo caso, l'onere del controllo del Garante non è più di tipo « quantitativo », nel senso di una verifica puntuale della gestione e dell'operatività settoriale. Ma, piuttosto, esso risulta di tipo « qualitativo », nell'accezione di un controllo volto ad analizzare principalmente la funzionalità e la determinazione dell'assetto degli interessi e dei diritti inviolabili.

Il Garante ha, comunque, il compito di valutare la conformità delle regole presenti all'interno del codice rispetto alle normative primarie e secondarie statali, senza che ciò implichi un disconoscimento della natura collaborativa della sua attività rispetto alla creazione degli stessi codici. Il procedimento richiede, quindi, una stretta cooperazione fra l'Autorità e i soggetti interessati⁷, che si conclude con la diffusione del risultato tra i terzi (i soggetti che appunto in questo settore sono sottoposti al trattamento dei dati personali), e con il controllo del Garante sul rispetto del codice da parte degli appartenenti alla categoria che non lo abbiano sottoscritto.

I codici in questo modo riescono a incanalare o rendere prevedibile la discrezionalità a disposizione delle Autorità nella risposta di giustizia per settori in cui i conflitti tra diritti sono particolarmente delicati. Si fa riferimento, precipuamente, alle ipotesi in cui la fattispecie concreta richieda un bilanciamento del diritto della persona nei confronti degli altri diritti e libertà, riconosciuti e tutelati dall'ordinamento giuridico. La valutazione di tali fattispecie, infatti, risulta vincolata anche dalle norme definite in sede di codice deontologico o di buona condotta⁸.

2. DIFFERENZE ED ANALOGIE CON L'ART. 31, C. 1, LETT. H).

La formulazione dell'articolo 20 del d.lgs. n. 467/01 prospetta una serie di problemi derivanti dalla discrasia fra le indicazioni che chiaramente emergono dal testo e l'ambiguità delle diverse interpretazioni degli operatori del diritto.

La diversa prospettiva nella quale sono posti i codici deontologici rispetto alla legge n. 675/96 merita una prima riflessione. Infatti, all'interno di quest'ultima normativa, la disciplina era inserita nell'articolo 31⁹, nel quale venivano individuati i compiti istituzionalmente attribuiti all'Autorità Garante per la protezione dei dati personali.

La norma in questione rappresentava, quindi, una prima indicazione delle attività dell'Autorità Garante, tanto più che il procedimento col quale

⁷ L'art. 31 stabilisce che il Garante deve esaminare le osservazioni dei soggetti interessati, che possono riguardare aspetti di merito o procedurali.

⁸ Non si tratterà solo di criteri di correttezza del comportamento dei soggetti, ma altresì della vera e propria scriminante fra il comportamento lecito e illecito. Si veda più approfonditamente *infra* § 5.

⁹ Si tratta di un elenco molto ampio e dettagliato, che spazia dalle funzioni di

controllo a quelle interdittive, fino alle funzioni promozionali, consultive e propositive, rafforzando la configurazione complessiva del garante come autorità amministrativa indipendente. Si veda in questo senso C. LACAVA, *Commento all'art. 31*, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *La tutela della privacy - Commentario alla legge n. 675/96*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, Padova, 1999, II-III, 704.

tale compito doveva essere adempiuto non era minimamente tratteggiato, attendendosi una precisa e concreta specificazione dell'iter all'interno del Regolamento prodotto dall'ufficio dell'Autorità stessa¹⁰.

A differenza di ciò, la stessa formulazione della rubrica del capo II del d.lgs. n. 467/01, pone in evidenza l'intenzione di rendere operante tale strumento. Infatti, la stessa lettera del testo fornisce un indizio a favore di questa interpretazione esprimendosi con la locuzione « *Attuazione dei principi di protezione dei dati* ».

Questa tesi può essere corroborata dal fatto che il legislatore ha disposto un termine temporale, il 30 giugno 2002, entro il quale deve essere compiuta l'attività di promozione del Garante.

A minimizzare questa volontà « operativa » osta, però, il carattere dello stesso termine, il quale non è esplicitato né come termine perentorio né come termine ordinatorio. La lettura in termini ordinatori risulterebbe essere quella più confacente in quanto l'articolo stesso¹¹, nei successivi commi, non indica alcuno strumento di controllo del rispetto di tale termine, né di eventuali sanzioni, disciplinari e non, derivanti dalla inerzia del Garante o dei soggetti invitati alla sottoscrizione¹².

Un'altro elemento che evidenzia la differente impostazione delle due normative, è l'individuazione dei settori nei quali tali codici saranno adottati. La formulazione che la legge n. 675/96 fa propria è quella di un generico onere per il Garante di promuovere l'adozione dei codici, senza per questo sceglierne i campi operativi, rimandando piuttosto alla generale finalità di questi strumenti quali mezzi idonei per esplicitare il diritto all'oblio, indicato nell'art. 9, comma 1, lett. e) della stessa legge¹³.

La carenza di precisione della legge è giustificabile per la diversa valenza normativa della stessa rispetto a quella individuata dal d.lgs. n. 467/01. Infatti, come già accennato, l'art. 31, ove si trova il riferimento ai codici deontologici o di buona condotta, è quello in cui sono individuati i compiti di esclusiva titolarità dell'Autorità Garante. Ad esso è appunto seguita l'emanazione del Regolamento del 28 giugno 2000¹⁴, della stessa Autorità, secondo la previsione dell'art. 33, comma 3, nel quale si trovano le informa-

¹⁰ G. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza - La privacy nella società dell'informazione*, cit., 511.

¹¹ Il Garante, nella Deliberazione 10 aprile 2002, nella quale ha richiesto la partecipazione dei soggetti pubblici e privati nella creazione dei codici deontologici, ha fornito una diversa interpretazione di questo termine, infatti il testo si esprime « Il decreto legislativo ha anche stabilito entro il 30 giugno l'inizio delle procedure per l'adozione dei codici », individuando nel termine previsto solo il momento entro il quale i codici avrebbero dovuto iniziare a prodursi, non entrare in vigore.

¹² Peraltro tale interpretazione sarebbe contraria alla natura privatistica e contrattuale dei codici di deontologia in senso lato.

¹³ Analoghi spunti erano pervenuti dall'O.E.C.D. (parte IV dell'allegato alla Raccomandazione del 1980, in *Guidelines on the protection privacy and transborder flows of personal data*, Paris, 1981) e da alcune raccomandazioni del Consiglio d'Europa (cfr. il punto 11 dell'allegato alla N.R. (83) 10).

¹⁴ Con la deliberazione del 28 giugno 2000, il Garante per la protezione dei dati personali ha riportato i regolamenti numeri 1/2000, 2/2000 e 3/2000, rispettivamente concernenti l'organizzazione e il funzionamento dell'ufficio del Garante; il trattamento giuridico ed economico del personale; la gestione amministrativa e la contabilità, in attuazione dell'art. 33, commi 1-bis e 1-quater.

zioni più dettagliate circa la modalità di comportamento del Garante in ordine alla proprie attribuzioni.

Gli unici settori che avevano ricevuto una analisi individuale dalla legge n. 675/96 erano quelli relativi ai codici deontologici nell'ambito dell'attività giornalistica e degli investigatori privati a fini di giustizia. In tali settori, infatti, l'art. 25 della legge distingueva una serie di principi che avevano la finalità di limitare il codice di buona condotta in relazione al trattamento dei dati personali che, d'altra parte, venivano bilanciati dalla previsione di numerose esenzioni (cfr. artt. 12, c. 1 lett. e); 20, c. 1 lett. d); 22, c. 4).

L'obbligatorietà di tali codici ha avuto come effetto la cogenza di tale testo anche per chi operi all'interno della categoria interessata, pur non avendolo sottoscritto¹⁵.

In tal senso, è significativo osservare il dato derivante dalla terminologia della legge che parla di « *codici deontologici* » e non di « *norme deontologiche* », a dimostrazione di una sfumatura concettuale importante. Lo stesso Garante, infatti, nella lettera inviata al Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Giornalisti in relazione all'esame operato sul codice presentato dallo stesso ordine¹⁶, dichiarava che i principi di protezione dei dati non potevano concretizzarsi in « *norme corporative* » generiche, ma solo in un preciso codice di deontologia, tale da escludere ogni discrezionalità e capace di fissare regole rigorose¹⁷.

Anzi, il Garante, continuando nella sua valutazione, riconosceva che il codice deontologico avrebbe rappresentato una « *speciale norma secondaria* » dell'ordinamento giuridico generale, frutto della convergenza della volontà del Consiglio nazionale dei giornalisti e delle misure di indirizzo indicate dal Garante, tale, inoltre, « *da svolgere la propria efficacia nei confronti di tutti coloro che esercitano funzioni informative mediante mezzi di comunicazione di massa* »¹⁸.

¹⁵ Ciò si evince dalla disposizione che impone al Consiglio dell'Ordine dei giornalisti di recepire il codice deontologico; dalla disposizione in base alla quale, in mancanza dell'adozione del codice da parte del Consiglio trascorsi sei mesi dalla proposta del Garante, questo è adottato in via sostitutiva dall'autorità ed è efficace sino all'adozione di quello del Consiglio; dalla previsione che in caso di violazione delle norme il Garante può vietarne il trattamento. In prima approssimazione si veda R. IMPERIALI e R. IMPERIALI, *La tutela dei dati personali — Vademecum sulla privacy informatica*, Il sole 24ore, Milano, 1997, 104. Più approfonditamente cfr. P. TROIANO, *Commento all'art. 25*, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *La tutela della privacy - Commentario alla legge n. 675/96*, cit., 593.

¹⁶ Per una analisi più approfondita dell'iter che ha portato all'approvazione

del codice deontologico dei giornalisti si veda A. PUTIGNANI, *Informazione e deontologia del giornalista*, in A. CLEMENTE (a cura di), *Privacy*, Cedam, Padova, 1999, 321.

¹⁷ Si veda G. VOTANO, *Commento all'art. 25*, in E. GIANNANTONIO, M.G. LOSANO, V. ZENO ZENCONVICH, *La tutela dei dati personali-Commentario alla legge n. 675/96*, Cedam Padova 1999, 2^a edizione, 311, in cui l'Autore esprime i propri dubbi circa l'utilizzo di una terminologia diversa fra codici di condotta, dell'art. 31, c. 1, lett. h), e codici deontologici, nell'art. 25, in particolare in relazione alla « *valenza pre e metagiuridica della nozione di deontologia* », in quanto riferibile piuttosto alle norme relative alla dignità professionale.

¹⁸ Si veda la pubblicazione del testo integrale della lettera di trasmissione nel *Bollettino-Cittadini e società dell'informazione*, 1998, 3, 14, oppure sul sito dello stesso Garante: www.garanteprivacy.it.

3. (*SEGUE*) ... E CON L'ART. 25.

Il riferimento al codice adottato dai giornalisti può rappresentare un valido metro di paragone per la disciplina delineata dal d.lgs. n. 467/01, in quanto, da un lato, si tratta dell'unica concreta attuazione della disciplina codicistica e, dall'altro, perché l'art. 20 del decreto di riforma ne riprende alcune caratteristiche.

Per quel che concerne il codice deontologico dei giornalisti, la scelta del legislatore si è volta alla previsione della pubblicazione dello stesso all'interno della Gazzetta Ufficiale, a cura del Garante.

Questa efficacia parificata al rango di fonte normativa secondaria atipica¹⁹, è risultata dalla modifica alla legge n. 675/96, operata dal d.lgs. 171/98 di attuazione della direttiva 97/66/CE sul trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni²⁰.

Alla stregua degli elementi introdotti dall'art. 12 del decreto di riforma, il codice deontologico ha acquistato un'autonomia peculiare all'interno sia delle fonti di autodisciplina, sia degli atti normativi che possono venire prodotti dalla altre Autorità indipendenti. Evidentemente, pur essendo un atto il cui contenuto è risultato dalla cooperazione del Garante con l'Ordine dei giornalisti, l'emanazione del codice è sotto la responsabilità del solo Garante ed il codice, inoltre, è assoggettato al regime di pubblicità previsto per gli atti a contenuto normativo.

Invero, la legge n. 675/96 prevedeva una serie di limitazioni stringenti che condizionavano i contenuti del codice deontologico. In particolare, l'obbligo del Consiglio dell'Ordine dei giornalisti di recepire tale testo, nonché la possibilità del Garante di sostituirsi allo stesso Consiglio in caso di inerzia. Inoltre, il codice così elaborato avrebbe mantenuto la sua capacità operativa fino al momento in cui fosse stato approvato il testo nascente dalla cooperazione fra il Consiglio e il Garante²¹.

Un altro profilo interessante è che le norme presenti nel codice sono applicabili anche in seno a giudizi ordinari e a quelli dinanzi al Garante. Quindi, il rispetto delle regole deontologiche diventa strumento di tutela dei singoli interessi privati. L'attenzione delle norme non si concentra tanto sui rapporti interni fra gli appartenenti alla categoria professionale dei giornalisti, ma piuttosto si interessa ai comportamenti degli appartenenti alla categoria nei confronti dei terzi riguardo allo specifico della tutela della *privacy*²², fornendo loro una guida di comportamento *ex ante* ed un metro di apprezzamento *ex post*.

¹⁹ A. CONTALDO, *Commento all'articolo 31*, in E. GIANNANTONIO, M.G. LOSANO, V. ZENO-ZENCOVICH, *La tutela dei dati personali*, cit., 447.

²⁰ Il decreto legislativo 13 maggio 1998, n. 171, è intervenuto sugli artt. 12, 20, 25 della legge n. 675/96 introducendo, secondo alcuni, una sorta di «svuotamento» della portata precettiva delle norme regolatrici dell'attività giornalistica, nella direzione di uno sbilanciamento del baricentro della disciplina verso l'applicazione del codice, e non della legge (la riforma ha

infatti introdotto che il codice «si applica inoltre»).

²¹ Alla luce di queste indicazioni si è parlato anche di «fonte negoziata» con le categorie interessate, escludendo a priori l'intervento legislativo dello stato, in questo senso E. GIANCOTTI e A. PUTIGNANI, *Commento all'art. 12*, in M. ATELLI (a cura di), *Privacy e telecomunicazioni - Commentario al d.lgs. n. 171/98*, Jovene editore, Napoli, 1999, 306 e ss.

²² Più approfonditamente A. BELLELLI, *Il codice deontologico dei giornalisti re-*

Alla luce di quanto premesso, gli elementi che differenziano la disciplina delineata dall'art. 20 del d.lgs. n. 467/01 da quella precedentemente analizzata, sono principalmente quattro. La nuova normativa, infatti, si distingue per:

- a) la mancata specificazione dell'efficacia dei codici deontologici alla luce della pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale;
- b) l'assenza di uno specifico iter di promozione, sottoscrizione, controllo di conformità ai valori dell'ordinamento, controllo di applicazione degli stessi codici²³;
- c) l'assenza di uno specifico potere sostitutivo dell'Autorità Garante in caso di inerzia del Consiglio dell'Ordine dei giornalisti;
- d) la valenza dei codici quali « *condizioni essenziali per la liceità del trattamento* ».

Ognuno di questi profili merita alcune riflessioni perché pone interrogativi che la lettera dell'articolo non permette di risolvere, ma anzi lascia aperti alle più diverse soluzioni.

4. (SEGUE) A) L'EFFICACIA DEI CODICI.

Sub a), il legislatore non ha indicato esplicitamente le condizioni di efficacia dei codici deontologici sottoscritti, limitandosi a stabilire la loro pubblicazione sulla Gazzetta e, inoltre, la loro integrazione « in allegato » al Testo Unico delle disposizioni in materia di *privacy* previsto dalla legge delega 24 marzo 2001, n. 127.

Dal punto di vista meramente terminologico è da rilevare che il comma 4 si esprime definendo non tanto l'« inclusione » dei codici nel testo unico, quanto piuttosto l'allegazione allo stesso testo. Data la differenza che concettualmente si rileva in relazione all'uso dell'una o dell'altra locuzione, si sollevano seri dubbi circa la concreta efficacia dei codici.

La *ratio* di questa indicazione dovrebbe essere individuata nella maggiore celerità della modifica delle norme interne ad un allegato, rispetto a quelle del testo legislativo o regolamentare. Ciò discende dalla caratteristica tipica dei codici, i quali consentono una recezione più rapida delle evoluzioni della realtà sociale poiché essi sono enucleati da parte degli stessi soggetti che interagiscono con le problematiche del settore disciplinato e, di conseguenza, si inseriscono in essa con maggiore celerità.

Ciò nondimeno, l'indicazione contenuta nel comma 4, dell'art. 20 del d.lgs. n. 467/01, stabilendo la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, implica comunque una serie di passaggi necessari per l'eventuale modifica del contenuto dei codici, passaggi da coordinare con la predetta *ratio*. Tale dispo-

lativo al trattamento dei dati personali, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *La tutela della privacy - Commentario alla legge n. 675/96*, cit., 600 e ss. Ivi l'Autrice evidenzia che le regole deontologiche non sono più « *da applicare esclusivamente in sede disciplinare nell'ambito dell'ordinamento particolare della categoria per finalità ad essa "interne"* », quali il prestigio e il

decoro professionali, la dignità e l'indipendenza dell'ordine, ma regole destinate essenzialmente a disciplinare i rapporti con i terzi ».

²³ Si tenga comunque presente che sarà probabile l'applicazione del regolamento emanato dall'Autorità Garante al fine di regolare l'iter di creazione del codice deontologico dei giornalisti.

sizione risulta, però, necessaria se valutata alla stregua della valenza dei codici quali condizioni di liceità la cui efficacia si esplica *erga omnes*. In tale contesto, la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale ha come giustificazione la diffusione delle disposizioni contenute nel codice nei confronti della generalità dei consociati, raggiungendo in via presuntiva anche i soggetti non sottoscrittori, ma comunque sottoposti alla stessa disciplina.

5. (SEGUE) B) LE MODALITÀ DI « COSTRUZIONE » DEI CODICI.

Sub b), emerge chiaramente la mancata statuizione di un procedimento per la creazione dei codici deontologici, in quanto l'art. 20, nel comma 1 riprende la stessa formulazione dell'art. 31, comma 1, lett. *h*)²⁴, ma ciò può essere giustificabile sotto due punti di vista.

Da un lato, emerge la difficoltà per il legislatore di stabilire criteri che possano operare nella totalità dei settori indicati all'interno del comma 2 dell'art. 20, ma tali comunque da non perdere la specificità irrinunciabile relativa a ciascun campo di applicazione.

Dall'altro lato, la previsione da parte del legislatore di una disciplina *ad hoc* nella stessa sede legislativa per ogni settore previsto dalla legge, in relazione alle proprie caratteristiche tipiche, sarebbe stata altrettanto illogica.

Gli interrogativi che comunque si pongono sono numerosi e, in primo luogo, individuare a chi spetti l'iniziativa: se ai soggetti appartenenti alle categorie interessate, oppure se spetti al Garante presentare una proposta a questi stessi soggetti²⁵. In secondo luogo, restano da precisare sia i criteri di preferenza per la scelta degli interlocutori privilegiati, sia quali siano le modalità con le quali si determini la modifica successiva dei codici. Infine, potrebbe rimanere dubbia, nonostante quanto prima precisato, l'applicabilità dei codici anche ai non sottoscrittori²⁶.

Nell'affrontare tali quesiti pare utile adoperare i criteri operativi collaudati per la stesura e la sottoscrizione del codice di condotta dei giornalisti, ma sarà altresì necessario adattare le caratteristiche di obbligatorietà che contraddistinguono il codice *ex art.* 25, legge n. 675/96 in relazione al diverso contesto nel quale potrebbero venire utilizzati.

²⁴ Si osservi che il legislatore ha eliminato dall'articolo il riferimento alla sottoscrizione dei codici con i soggetti appartenenti alle categorie maggiormente rappresentative. Perquanto, nella deliberazione del Garante del 10 aprile 2002, relativa alla promozione della sottoscrizione dei codici deontologici *ex art.* 20, comma 2 del d.lgs. n. 467/01, si invita esplicitamente « tutti i soggetti pubblici e privati, aventi titolo a partecipare all'adozione dei medesimi codici in base al principio di rappresentatività di cui all'art. 31, comma 1, lettera *h*), della legge n. 675/1996 » a partecipare alla creazione dei codici stessi.

²⁵ L'Autorità Garante ha promosso la sottoscrizione di codici deontologici e di

buona condotta per soggetti pubblici e privati interessati al trattamento di dati personali nei settori previsti dall'art. 20 del d.lgs. n. 467/01, attraverso la Deliberazione del 10 aprile 2002, con successiva pubblicazione in Gazzetta Ufficiale. In tale sede, però, non ha minimamente offerto delle indicazioni in ordine a dei criteri di preferenza nella scelta degli interlocutori, rivolgendosi, piuttosto alla generalità dei soggetti pubblici e privati « *interessati* ».

²⁶ In tal caso però emergerebbe il fatto che i codici sono indicati quali condizioni di liceità del trattamento e quindi devono comunque essere applicati alla totalità degli aderenti alla categoria. Si veda *infra* § 5.

Sul piano pratico, un'attività propedeutica alla « adozione » dei codici è il monitoraggio del settore nel quale il codice dovrà intervenire al fine di individuare le modalità specifiche di cessione dei dati e del trattamento. Attraverso questa prima analisi sarà possibile risalire anche a quali soggetti abbiano nel settore un maggiore rilievo come titolari, non solo dal punto di vista economico, ma soprattutto per l'entità dei dati gestiti. Ponendo in rapporto questi due fattori di valutazione si qualificherebbero, secondo un parametro strettamente connesso alla finalità del testo, gli interlocutori privilegiati con i quali instaurare il « dialogo » per la stesura dei codici deontologici.

Nella medesima sede di analisi si potrebbero acquisire anche le informazioni circa le forme di protezione che eventualmente gli stessi operatori del settore abbiano già posto in essere. Valutando altresì le modalità di protezione previste²⁷ e, in particolare, l'esistenza anche di codici di autoregolamentazione già attuati, sarebbe, poi, proficuo controllare l'effettiva capacità di protezione di tali strumenti e la possibilità di utilizzarli come basi di discussione per il codice ex art. 20, d.lgs. n. 467/01.

Gli elementi che in tal caso supporterebbero la scelta sono, precipuamente, la qualità della tutela dei dati (da meramente formale a effettiva), le modalità con le quali tale tutela si esplica (assenza di strumenti di acquisizione occulta dei dati, presenza di strumenti sicuri di archiviazione, limitazioni all'accesso ai dati, ecc.), l'informazione degli utenti nell'esistenza di tali strumenti e l'affidamento che essi inducono, nonché la generale conformità alle previsioni dettate dalla legge n. 675/96.

Dopo aver eseguito un'indagine di questo genere potrebbero delinearsi con maggiore chiarezza quelle che sono le necessità di ciascun settore, cioè quegli elementi che di volta in volta il Garante dovrà tenere presente nel confrontarsi con gli operatori del settore nella stesura del codice. In particolare, dai risultati dell'indagine sarebbero determinabili i soggetti che possono rappresentare i cd. *cheapest cost avoider*, ovvero quegli operatori che per la loro posizione all'interno del flusso informativo possono più efficacemente fornire tutela ad un costo inferiore²⁸.

Per quanto riguarda la specifica ipotesi della modifica dei codici e il loro aggiornamento, sarebbe auspicabile una verifica annuale della corrispondenza delle norme del codice alle reali caratteristiche del settore. Tale riscontro ha la finalità di non far perdere di vista la fondamentale direttiva della normativa: la protezione delle persone in relazione a settori che, per loro stessa natura, sono in continua evoluzione, soprattutto quelli nei quali sussiste una forte incidenza dei progressi in campo tecnologico, così come avverrebbe per i dati circolanti su Internet.

²⁷ È necessario che l'analisi evidenzi la capacità effettiva degli strumenti utilizzati a produrre tutela, facendo emergere le forme che concretamente raggiungono un adeguato standard di tutela rispetto a quelle che solo formal-

mente si indirizzano verso la protezione dei dati.

²⁸ Si veda l'ipotesi dei provider proposta in sede di codici di condotta applicati al settore Internet, analizzata più approfonditamente *infra*.

6. (SEGUE) C) IL POTERE DI SOSTITUZIONE DEL GARANTE.

Sub c), il legislatore non ha esplicitato nuovamente nell'art. 20 del decreto legislativo il potere del Garante di sostituirsi ai soggetti appartenenti ai settori di riferimento nel procedimento di redazione dei codici deontologici.

Questa assenza è giustificabile per un problema di tipo funzionale derivante dal fatto che gli ambiti nei quali avrebbe potuto esercitarsi tale potere sarebbero stati in numero troppo elevato in relazione alla tempistica prevista nel medesimo articolo²⁹. In aggiunta a ciò, il Garante non avrebbe potuto fare affidamento su una controparte specifica ben individuata in ogni singolo campo, come l'ente esponenziale³⁰ identificabile nel Consiglio dell'Ordine dei Giornalisti. Anzi, in alcuni di essi, come accennato, sarà l'attività del Garante a stabilire i criteri con i quali scegliere gli interlocutori privilegiati, non gli stessi soggetti interni a costituire *ex ante* un fenomeno associativo riconosciuto e già forte di una legittimazione interna³¹.

7. (SEGUE) D) I CODICI COME CONDIZIONE ESSENZIALE PER LA LICEITÀ DEI TRATTAMENTI.

Il comma 3 dell'art. 20, indica che « *il rispetto delle disposizioni contenute nei codici deontologici rappresentano una condizione essenziale di liceità del trattamento dei dati* ».

Il contenuto di questa disposizione può dar luogo a non pochi quesiti interpretativi. Infatti, esso stabilisce che i soggetti sottoscrittori sono tenuti ad un comportamento conforme alle norme presenti nei codici, alla stessa stregua di un presupposto legale inderogabile per quanto riguarda il corretto trattamento dei dati³².

²⁹ La teoria secondo la quale il Garante mantenga il potere sostitutivo anche in sede di creazione dei codici deontologici *ex art.* 20 del d.lgs. n. 467/01, non può ritenersi accettabile. In tal senso depone, in primo luogo, la particolare capacità invasiva di tale potere rispetto al settore nel quale sarebbe operativo, ciò non soltanto poiché in questo caso il Garante impone le proprie scelte per la tutela della privacy agli appartenenti al settore, ma anche in ragione del fatto che, *ex comma* 3 dello stesso art. 20, tale codice — per quanto provvisorio — avrebbe la valenza di condizione essenziale di liceità del trattamento.

Inoltre, come ulteriore argomento, può osservarsi che neppure nel decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 281 in materia di trattamento dei dati personali per finalità storiche, statistiche e di ricerca scientifica, viene fatto cenno al potere sostitutivo del Garante. Anzi, la delega per la creazione dei codici deontologici o di buona condotta relativi ai settori indicati, rimanda piuttosto la di-

sciplina alle indicazioni descritte nell'art. 31, comma 1, lett. h) della legge n. 675/96.

³⁰ Si tenga presente che gli ordini professionali, istituiti e regolati con legge ordinaria, sono considerati sotto alcuni aspetti come enti pubblici, e al contempo enti esponenziali di un gruppo intermedio, che comporta l'attribuzione di poteri collegati strettamente al fenomeno associativo. In questo senso, A. BELLELLI, *Il codice deontologico dei giornalisti*, cit., 603; U. PERGOLESI, *Della personalità giuridica a proposito degli ordini professionali*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1972, 79; R. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1993, 207.

³¹ Cfr. nota 25.

³² Si osservi altresì che il legislatore non aggiunge ai dati l'aggettivo « personali ». Il dubbio legittimo che si può porre è se si tratti semplicemente di un termine sottinteso nel contesto dell'articolo, oppure sia una effettiva scelta per ampliare l'ambito nel quale si esplica il controllo di liceità sul trattamento.

In realtà, già l'art. 9, comma 1, lett. a) della legge n. 675/96 prevedeva espressamente che il trattamento dei dati personali deve essere compiuto « in modo lecito e secondo correttezza ».

L'art. 9 individua una specifica accezione di liceità³³, quella con la quale il legislatore determina *a priori* il bilanciamento degli interessi contrapposti. Il limite di liceità è, quindi, di giuridicità del comportamento e fa riferimento alle norme che anticipatamente definiscono un divieto oppure una condotta non autorizzata.

Il criterio di correttezza, invece, interviene dall'esterno, come limite negli ambiti in cui, l'esigenza di preservare un più elevato margine di libertà degli operatori, porta ad un arretramento dei comandi e dei controlli preventivi, prevedendo quindi una valutazione successiva del carattere abusivo della condotta.

L'illiceità, quindi, rappresenta la violazione di un dovere, l'antigiuridicità definita *a priori* dal legislatore, mentre la correttezza interviene con una valutazione *a posteriori* circa l'eventuale abuso del diritto³⁴.

I codici deontologici, in via generale, però, possono essere utilizzati soltanto quali indicatori per l'accertamento in ordine alle modalità corrette della condotta (del titolare e del responsabile del trattamento, nel settore specifico della *privacy*). In questa ottica, quindi, hanno il compito di fornire dei criteri di orientamento, in positivo o in negativo, non obbligatori per valutare in concreto la sola correttezza³⁵.

Alla stregua delle precedenti indicazioni, l'art. 20, c. 3, invece, trasferisce ai codici di condotta una valenza di canone per la liceità del comportamento, introducendo in questo modo una forma di surrogato alla tipizzazione legale. I codici, quindi, acquistano il carattere di fonte di doveri e prescrizioni che operano come delle indicazioni legali.

Come effetto immediato, si determina quindi, il completo rovesciamento delle caratteristiche sopra enunciate, soprattutto nei settori nei quali erano già presenti delle forme di autoregolamentazione. All'interno di tali settori, da una situazione nella quale il vincolo della legge si ritirava per concedere una maggiore autonomia per determinate attività, si passa ad una situazione nella quale i codici individuano il discrimine per la giuridicità o meno del comportamento.

Alla stregua di tali indicazioni, i codici vengono parificati a quelle fonti legali, che precedentemente individuavano la condotta *jure*. Anche in questo caso quindi, si ripresenta l'ipotesi illustrata *supra* circa il codice dei giornalisti, la cui valenza è quella di una speciale fonte normativa secondaria, che a causa della sua stessa matrice collaborativa, fra il Garante e il Consiglio dell'Ordine di tale categoria, e per esplicita rilevanza di indici

³³ Diversa da quella derivante dalla stessa indicazione della direttiva 95/46/CE e dello stesso art. 2043 c.c., nei quali si trova la formulazione di « liceità e correttezza ». In questo senso, cfr. E. NAVARRETTA, *Commento all'art. 9*, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *La tutela della privacy - Commentario alla legge n. 675/96*, cit., 324 e ss.

³⁴ Tale criterio, da un lato, valuta il confronto fra tutti gli interessi in conflitto

nella loro concreta qualità e intensità, e, dall'altro lato, giudica nel *quomodo* la condotta dei soggetti titolare del diritto nell'esercizio dello stesso. Più approfonditamente in E. NAVARRETTA, *Commento all'art. 9*, cit., 341.

³⁵ È necessario precisare che la condotta che violi le regole della correttezza può comunque permanere nell'ambito di una condotta *iure*, e quindi non automaticamente antigiuridica.

quali la pubblicazione nella Gazzetta ufficiale, ha applicazione sia verso i sottoscrittori, sia verso i non sottoscrittori.

Alla luce di quest'ultima notazione, si apre un ulteriore scenario problematico: i non sottoscrittori dei codici si vedono imposte tutte le norme deontologiche in essi contenute, quindi quelle disposizioni prodotte a seguito della collaborazione fra il Garante e gli interlocutori privilegiati, individuati nel settore di riferimento. La condizione essenziale di liceità ha come effetto immediato quello del profilarsi di una situazione non di disparità — di trattamento — fra i soggetti sottoposti alle norme, in quanto applicate alla generalità degli operatori interni al settore; bensì di disparità a livello di partecipazione nella creazione delle norme.

Da un lato, infatti, si pongono gli interlocutori del Garante, i quali, per espressa volontà della legge, fanno parte del settore nel quale sarà operativo il codice, tali soggetti avranno la possibilità di produrre il codice delineando le modalità di comportamento di tutti gli operatori. Invece, i soggetti che comunque non abbiano partecipato alla stesura risultano tenuti a sottostare a norme prodotte da loro concorrenti, e quindi eventualmente basate sulle esigenze di questi ultimi³⁶.

In questo contesto, il Garante assume ancora maggiore rilevanza nella sua funzione di salvaguardia della correttezza e dell'imparzialità delle regole³⁷, tale da proteggere non solo gli interessi dei titolari dei dati personali (soggetti privilegiati di tutela), ma anche gli interessi di coloro che non interagiscono direttamente nella formulazione delle norme di comportamento³⁸.

Nell'ipotesi contraria, in cui il codice deontologico non venga in alcun modo delineato, verrebbe a mancare la condizione di liceità, ovvero il parametro con il quale valutare il comportamento degli operatori del settore. Questa carenza potrebbe determinarsi per l'inerzia dei soggetti appartenenti ai settori individuati oppure del Garante stesso.

In entrambe le ipotesi, nel periodo transitorio, fino al termine dell'iter di creazione dei codici, rimane comunque applicabile il criterio di correttezza, che già in precedenza individuava nei comportamenti riconosciuti prassi corrente nel settore il canone di valutazione, *a posteriori*, della condotta corretta³⁹.

³⁶ Ciò è connesso con tutti gli altri problemi derivanti dalla scelta degli interlocutori, e relativi alla possibile parzialità di alcune norme, oggetto di compromesso con lo stesso Garante.

³⁷ Risulta, allora, ancora più pregnante l'importanza dell'attività di monitoraggio preventivamente attuata da parte del Garante all'interno di ciascun settore per riconoscere ed eliminare sul nascere probabili squilibri fra le forze in gioco.

³⁸ Si tenga presente che l'art. 20 non fa più riferimento alla « principio di rappresentatività », in relazione agli interlocutori ai quali il Garante deve rivolgersi, così come era indicato nell'art. 31, c. 1, lett. h).

³⁹ Tale *corpus* normativo, infatti, può

assumere la rilevanza giuridica di uso o consuetudine, quindi giuridicamente vincolanti anche se non codificate.

Si tenga presente che, secondo la prevalente dottrina, sono clausole d'uso o usi negoziali quelle pratiche che o in considerazione della comune applicazione in un determinato luogo o per uno specifico settore di affari, presentano il carattere della generalità e della convinzione dell'esistenza di valori cogenti, si veda C.M. BIANCA, *Le fonti del diritto*, in *Diritto Civile I. La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 1990, 76; G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Il Codice Civile. Commentario*, P. SCHLESINGER (a cura di), Milano, 1993, 277.

In questo senso, acquisterebbero ancora maggiore importanza i codici di autoregolamentazione già diffusi presso la maggior parte degli operatori di alcune categorie individuate dall'art. 20, che stabiliscono una specifica disciplina, per quanto limitata al soggetto che l'ha enucleata⁴⁰. Anche se in tal caso, si permarrebbe nell'ambito di un canone di « buona condotta », il quale non vincola strettamente il soggetto⁴¹.

Secondo una diversa prospettiva, si osserva che il vincolo legislativo non ha, ovviamente, mai perso operatività rispetto all'intervento dei codici, in quanto, in tali campi il legislatore ha soltanto ceduto il passo alla disciplina di autoregolamentazione nel rispetto dei principi dati dalla legge. Quindi, finché i codici non verranno emanati si mantengono validi, come vincolo per il comportamento degli operatori del settore nel trattamento dei dati personali, tutti quei criteri che avrebbero dovuto ispirare il Garante nel controllo di conformità dei codici alle vigenti normative.

Anche se, il problema che si pone in questo frangente è quello della generalità delle fattispecie legislative che intervengono nei singoli campi. La mancata specificità delle previsioni potrebbe condurre ad un risultato negativo, in quanto la normativa si mostrerebbe incapace di offrire una tutela peculiare rispetto alle fattispecie concrete che possono delinearsi nei singoli settori.

Qualora si determini questa situazione, si tratterà soltanto del perpetuarsi della condizione di stallo presente che non prospetta una tutela confacente alle specifiche caratteristiche, interna ai settori indicati nei confronti dei titolari dei dati personali⁴².

In particolare, i settori nei quali viene richiesta la creazione del codice ex art. 20 del d.lgs. n. 467/01, contemplano anche Internet, in cui, data la peculiarità del mezzo, le norme giuridiche (nazionali e comunitarie) non sono ancora riuscite a imporre una regolamentazione che sal-

⁴⁰ Si vedano, in particolare, i codici di autoregolamentazione approntati dagli *Internet Service Provider* nel settore Internet, a seguito della Risoluzione del novembre 1997 con la quale il Consiglio delle Telecomunicazioni dell'UE invitava gli operatori del settore ad introdurre tale strumento di regolazione. Dopo aver presentato tre diverse proposte di codice, avanzate la prima dall'Associazione Nazionale Fornitori di Videoinformazione, la seconda da un gruppo di esperti della Rivista giuridica *Interlex*, e la terza dalla cooperazione di diverse associazioni fra cui l'Associazione Italiana Internet Provider, il codice definitivo ha corrisposto all'ultima bozza presentata.

⁴¹ Invero, in tal caso, potrebbe porsi un dubbio sulla possibile vincolanza dei codici di autoregolamentazioni sul piano contrattuale, in quanto potrebbe prodursi il legittimo affidamento della controparte in relazione alla condotta rispettosa delle regole stabilite nel codice.

⁴² In tale evenienza, potrebbe prospettarsi l'ipotesi di rimedi risarcitori ov-

vero forme di tutela successiva, basati sull'applicazione dell'art. 18 della legge n. 675/96. Questo articolo fa espresso riferimento ai danni cagionati per effetto del trattamento dei dati personali, rinviando alla disciplina dell'art. 2050 c.c. sul risarcimento del danno avvenuto nello svolgimento di attività pericolose. Tale modello di tutela richiede, come requisito fondamentale per assicurare la tutela, il nesso causale tra l'attività e il danno (di conseguenza quest'ultimo deve essere cagionato dalle caratteristiche che rendono pericolosa l'attività). Sussiste però la possibilità di una prova liberatoria a favore del danneggiante, se dimostri di aver adottato con la dovuta diligenza tutte le misure idonee ad evitare il danno, ovvero dimostri l'esistenza di una causa a lui non imputabile, caso fortuito, forza maggiore, fatto del terzo o del danneggiante. Più approfonditamente in G. COMANDÉ, *Commento all'art. 18*, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *La tutela della privacy - Commentario alla legge n. 675/96*, cit., 490 ss.

vaguardi in modo completo la riservatezza degli utenti telematici. Tale importante settore merita quindi un'analisi più approfondita.

8. I CODICI DEONTOLOGICI NEL SETTORE INTERNET.

Nello specificare i settori nei quali i codici deontologici relativi al trattamento dei dati personali saranno sottoscritti, la lett. c) del comma 2, dell'art. 20, prende in considerazione il trattamento « *effettuato a fini di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta, ovvero per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale interattiva, prevedendo anche, per i casi in cui il trattamento non presuppone il consenso dell'interessato, forme semplificate per manifestare e rendere meglio conoscibile l'eventuale dichiarazione di non voler ricevere determinate comunicazioni* ».

Più semplicemente, il legislatore riconosce la necessità di una forma di regolamentazione per l'attività di reperimento dei dati personali operata su Internet a fini prevalentemente pubblicitari⁴³. All'interno di questa ampia definizione sono indicate molteplici condotte che possono mettere a rischio la riservatezza degli utenti, per lo più legate ai nuovi metodi di comunicazione attraverso la Rete telematica⁴⁴.

In particolare, la lettera dell'articolo individua le ipotesi di invio di materiale pubblicitario attraverso la posta elettronica, e le ipotesi di vendita diretta, il cui canale privilegiato è rappresentato dai cataloghi online. Affiancate ad esse il legislatore ha specificato due ulteriori attività appartenenti all'ambito del marketing pubblicitario: le ricerche di mercato, e la comunicazione commerciale interattiva.

Queste ultime fattispecie rendono palese la nuova funzione con la quale l'utente-consumatore si presenta: non più come mero recettore di informa-

⁴³ Si veda anche « *Working document on determining the international application of EU data protection law to personal data processing on the Internet by non-EU based web sites* », redatto dal Gruppo di lavoro sui dati personali istituito con l'art. 29 della direttiva 95/46/CE, 30 maggio 2002, in cui vengono elencati i principi che regolano l'attività di raccolta dei dati personali. Si veda il testo completo reperibile all'indirizzo http://europa.eu.int/comm/privacy/5035/01/EN/Final_WP_56.

⁴⁴ È necessario in tale contesto accennare che la previsione di un'insieme di regole di correttezza, sulla Rete Internet, non è una novità assoluta. Infatti, già da qualche anno, si è fatto strada un « galateo della rete », ovvero la cd. *Netiquette*, un insieme di regole del buon vivere civile nella rete globale, al fine di garantire una forma di rispetto nei confronti delle varie etnie, religioni, tradizioni, ecc. a cui appartengono gli interlocutori-navigatori. Il termine *netiquette* è un neologismo derivante dalla fusione delle parole *Network* (o *Internet*, a seconda degli

interpreti), ed *etiquette*, appunto galateo in lingua inglese. In questo senso G. SANTOSUOSO, *Il codice Internet e del commercio elettronico - Aspetti giuridici di rilevanza civilistica*, Cedam, Padova, 2001, 78.

Questo galateo globalizzato non ha, però, specifiche caratteristiche di vincolatività, in quanto rappresenta il mero riconoscimento da parte dei navigatori dell'esistenza di altri soggetti titolari degli stessi diritti, i quali non possono essere violati neppure all'interno di Internet, e indipendentemente dalle modalità tecniche con le quali si caratterizza il medium prescelto. Da quanto appena espresso, si evince che la vincolanza e l'efficacia di tale regolamentazione permane solo a livello di volontaria adesione da parte del singolo navigatore, non coinvolgendo in alcun modo un controllo « sovraindividuale » per le eventuali violazioni delle stesse regole. Si veda in questo senso: M. MORELLI, *La comunicazione in Rete - Sicurezza, privacy, copyright in Internet: soluzioni tecniche e giuridiche*, Milano, ed. Franco Angeli, 1999, 172.

zioni pubblicitarie, ma piuttosto, come creatore di dati necessari per la tassonomia del mercato in tipologie di potenziali clienti, e, conseguentemente, di personalizzazione delle informazioni commerciali relative ai prodotti pubblicizzati.

Alla luce di queste osservazioni, si osserva come la specificità del mezzo Internet abbia determinato una modifica nelle attività di promozione pubblicitaria, in quanto ha prodotto lo sviluppo da un modello prevalentemente di produzione di massa, ad un modello di cd. *personalizzazione di massa*⁴⁵, inducendo così ad un vertiginoso incremento della domanda di dati personali. In relazione a questa evoluzione, l'operatore commerciale si trova nella necessità di conoscere in anticipo le esigenze del singolo individuo su cui confrontare l'offerta dei prodotti.

9. LE ESIGENZE DI TUTELA DELLA PRIVACY E LE MODALITÀ DI « RICERCA » DELLE INFORMAZIONI.

Nelle fattispecie prescelte dal legislatore, vengono prese in considerazione attività che richiedono un duplice attività: inizialmente la ricerca di informazioni relative agli utenti telematici interessati al recepimento delle informazioni (pratica che di per sé esplica le caratteristiche della ricerca di mercato), e successivamente la selezione dei potenziali acquirenti verso i quali indirizzare l'e-mail commerciale oppure la personalizzazione delle offerte di acquisto nel catalogo online.

La prima fase di ricerca delle informazioni può essere svolta attraverso molteplici modalità, tali da ottenere il maggior numero di informazioni e la maggiore precisione delle stesse nel delineare i gusti e le preferenze dell'utente⁴⁶.

Le principali possibilità che si prospettano sono il controllo delle informazioni personali lasciate dagli utenti all'interno delle *Newsgroup*, oppure l'utilizzo dei *cookies*.

La probabilità più consistente di trovare dati personali utili risulta essere all'interno di *Newsgroup*, in cui gli internauti molto spesso mostrano le proprie predilezioni in relazione agli argomenti di discussione. Appunto per tale mercato sono state create organizzazioni specializzate nel raccogliere liste di indirizzi e-mail, che realizzano i propri utili attraverso la vendita delle informazioni a coloro che diffondono pubblicità in rete. Inoltre,

⁴⁵ La prima definizione di *mass customization* è di SAMARAJIVA, *Interactivity a Though Privacy Mattered*, in Agre-Rotemberg, *Technology and Privacy: The New Landscape*, Massachussets, 1997, 277. Si tenga presente, inoltre, che in Italia nella legge n. 675/96, in materia di tutela delle persone in ordine ad attività di trattamento di dati personali, l'unico luogo nel quale è accennato il fenomeno della profilazione degli utenti è l'art. 17, nel quale è evidenziata la potenzialità lesiva dei trattamenti automatizzati che consentano di realizzare la descrizione della personalità di un sog-

getto, si veda più approfonditamente E. PELLECCIA, *Commento all'art. 17*, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *La tutela della privacy - Commentario alla legge n. 675/96*, op. cit., 462.

⁴⁶ In tal caso si escludono a priori le ipotesi in cui il profilo sia stato già esplicitamente fornito dall'utente in sede di un precedente rapporto commerciale intrattenuto al di fuori della rete telematica, all'interno del quale il cliente abbia espresso la volontà di ricevere le informazioni commerciali.

questi archivi sono quotidianamente aggiornati, grazie a software sviluppati unicamente allo scopo di scandagliare le bacheche pubbliche, prelevando automaticamente gli indirizzi dei mittenti ed inserendoli nel proprio database⁴⁷.

Un'altra modalità di acquisto di informazioni è compiuta attraverso l'utilizzo dei *cookies*, che immagazzinano le informazioni relative al potenziale acquirente e permettono di ricevere un quadro completo della sua attività di navigazione, analizzando la traccia dei siti visitati, la cd. *clicktrail* lasciata appunto sul *cookie*⁴⁸.

In quest'ultima ipotesi, il pericolo è costituito dall'illegittima intromissione all'interno della sfera privata dell'utente.

Il problema fondamentale non è il mero controllo dell'attività del soggetto⁴⁹, ma la possibilità di ottenere una « *profilazione* » del consumatore

⁴⁷ Si tratta dell'attività di cd. *mail grabbing*, cioè la caccia sistematica degli indirizzi di posta elettronica lasciati nella rete o rintracciati attraverso meccanismi tecnici tipici, attività che consente riorganizzando tali informazioni di costituire degli indirizzi usati per il *direct mailing*. L'Autorità Garante, intervenendo con il provvedimento 11 gennaio 2001, ha ribadito l'illiceità dell'attività di *mail grabbing* in ragione della contrarietà all'art. 10 della legge n. 675/96 in quanto in difetto di una preventiva informativa e di consenso al trattamento da parte dell'interessato. In realtà la pronuncia non ha vietato lo *spamming*, né avrebbe potuto farlo *tout-court* perché l'ordinamento considera illecito solo quello commerciale, preferendo una soluzione di compromesso, mediata dai principi di correttezza del trattamento, nelle altre ipotesi. Si veda il testo del provvedimento in *Illegittimità dell'invio senza consenso di messaggi ad indirizzi di posta elettronica*, in questa *Rivista*, 2001, 27, con nota di V. ZENO ZENCOVICH.

⁴⁸ Tecnicamente, i *cookies* sono pacchetti di informazioni che vengono inviati da un sito web ai *browser* utilizzati per la navigazione, che memorizzano l'informazione in uno o più file nell'*hard disk* del computer dell'utente senza che questi se ne accorga. Questo messaggio viene ritrasmesso al *server* ogni volta che il *browser* richiederà la stessa pagina. Il *cookie* permette, quindi, al browser di ricordare alcune informazioni specifiche, e al sito di identificare in modo preciso delle caratteristiche individuali dell'utente stesso. In questo modo è possibile personalizzare le pagine che successivamente siano consultate da questo soggetto, anche se in realtà è il titolare dell'abbonamento a rappresentare l'utente cui si riferiscono le informazioni contenute nei *cookies*, indipendentemente dal fatto che siano diversi soggetti fisici a

fare uso della connessione. Per l'approfondimento dei relativi problemi giuridici G. CASSANO, *Internet e riservatezza*, in G. Cassano, *Internet - Nuovi problemi e questioni controverse*, Milano Giuffrè, 2001, 14; E. TOSI, *Prime osservazioni sull'applicabilità della disciplina generale della tutela dei dati personali a Internet e al commercio elettronico*, in questa *Rivista*, 1999, 603.

⁴⁹ Infatti, l'*access provider* è a conoscenza delle caratteristiche relative all'utente, poiché richiede specifiche informazioni relative all'abbonato associandole alla sua attività in Rete, indipendentemente dal fatto che questi operi sotto il cd. anonimato protetto. Questi dati sono raccolti nei cd. *Data Log*, una fonte necessaria per il controllo da parte degli organi statali per risalire all'identità degli utenti e degli abbonati che hanno fatto accesso o concesso a terzi la facoltà di accedere alla rete telematica in via temporanea o permanente, oppure che hanno utilizzato il servizio o concesso di utilizzarlo per diffondere particolari contenuti. Contestualmente, il provider ha la possibilità di ottenere una tutela contrattuale per dimostrare la durata degli accessi e la correttezza degli importi addebitati; e una tutela extracontrattuale, per verificare, a richiesta dell'Autorità giudiziaria, la commissione di eventuali illeciti civili e penali da parte degli utenti. Tuttavia, nessuna fonte normativa impone un obbligo ai Providers di raccogliere e conservare i dati, anzi, le norme sulla responsabilità tendono piuttosto ad escludere ogni contegno positivo finalizzato all'individuazione di fatti criminosi. Secondo la Direttiva 2000/31/CE, all'art. 15, non esiste alcun obbligo generale di sorveglianza dei prestatori dei servizi della società dell'informazione circa le attività illecite, come la registrazione preventiva dei dati relativi alla navigazione. Più approfondita-

virtuale, delle sue preferenze personali, da collegare ad una persona fisica ben precisa senza che il soggetto sorvegliato ne sia minimamente a conoscenza⁵⁰.

Sotto una diversa prospettiva, le informazioni ottenute attraverso il monitoraggio delle tracce informatiche lasciate sul *cookie*, possono anche interessare aspetti implicanti, per esempio, i dati relativi alla carta di credito dell'utente, se questa informazione è presente all'interno di un *form* che è inviato attraverso la Rete. In tal caso, si presenterebbe il rischio di crimini telematici, che coinvolgono in maniera ben diversa la sicurezza dei dati su Internet, piuttosto che la privacy.

10. (SEGUE) IL DIRECT MARKETING⁵¹.

Per quel che concerne, invece, la seconda fase operativa, relativa alla valutazione dei profili degli utenti e l'inoltro delle informazioni commerciali presso quei potenziali clienti che si conformano a determinate caratteristiche.

Nel particolare caso dell'invio delle informazioni attraverso posta elettronica, è necessario fare un accenno ad un rischio derivante dall'eccessivo utilizzo di questo strumento per l'invio di e-mail a contenuto pubblicitario. Il fenomeno in questione viene denominato *spam*⁵², o attività di *spamming*.

Questo fenomeno rappresenta l'esasperazione dell'ipotesi sperimentata già nella posta tradizionale cartacea, in cui un volantino viene ripetutamente imbucato nelle cassette postali. Ma, mentre nel caso di ricezione del volantino « reale » il mezzo viene pagato dall'autore del messaggio (carta, stampa, volantinaggio), nel caso dello *spam* i costi di connessione per scaricare il messaggio in questione sono ovviamente a carico dell'utente⁵³.

mente in V. CARIDI, *La tutela dei dati personali in Internet: la questione dei logs e dei cookies alla luce delle dinamiche economiche dei dati personali*, cit., 675; C. GATTEI, *La responsabilità del provider e i problemi dell'e-commerce: esperienze sovranazionali*, in G. CASSANO (a cura di), *Internet*, cit., 614.

⁵⁰ È necessario evidenziare che è comunque lo stesso utente a fornire le informazioni relative alle sue preferenze attraverso la sua attività precedentemente compiuta sulla Rete, cioè i siti visitati e le attività compiute durante tale visita. Le caratteristiche del *cookie* sono solo quelle di concentrare tali informazioni all'interno di un unico file e di correlare questo file al titolare del computer, in questo senso si veda anche V. GRIPPO, *Analisi dei dati personali presenti su Internet. La legge 675/96 e le reti telematiche*, in *Riv. crit. di dir. priv.*, 1997, 650 e ss.

⁵¹ L'espressione, utilizzata nella Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 25 ottobre 1985 n. R. (85) 20 all'art 1.2,

indica « l'insieme delle attività, nonché ogni servizio ausiliario ad esse, che permettano di offrire prodotti e servizi o di trasmettere ogni altro messaggio pubblicitario a segmenti di popolazione mediante posta, telefono o altri mezzi diretti, a scopo di informazione o al fine di sollecitare una reazione da parte della persona interessata ». Si veda il testo completo disponibile sul sito: www.garanteprivacy.it

⁵² Sono state affacciate numerose ipotesi circa l'origine del termine « *spam* », ma la versione ampiamente accettata è quella che fa derivare il termine dalle parole di una canzone dei Monty Python, che recitava appunto tale parola, senza senso, innumerevoli volte. Si veda: B. ADAMS, *Is e-mail harboring a cyberpest? Welcome to the world of « Spam »*, in *Deseret News*, 30 luglio 1997.

⁵³ *Newbie.it/spam: cos'è? Perché fa male?*, nella rivista telematica *Punto Informatico*, in data 14 dicembre 2000; G. CASSANO, *Internet e riservatezza*, in G. CASSANO (a cura di), *Internet*, cit., 17; A.A. RI-

Gli aspetti negativi di questa operazione, oltre a quello economico appena accennato, sono altresì la sottrazione di tempo utile all'utente, necessario alla lettura di tutta la posta inviata, e l'intasamento dei canali di trasmissione a causa della massiccia presenza di posta nella memoria dell'elaboratore dell'utente⁵⁴. Di conseguenza il messaggio non rappresenta più una comunicazione, ma diventa informazione forzata.

Appunto in relazione a questo quadro, è necessario fare un riferimento sistematico alla disciplina della direttiva dell'Unione Europea dell'8 giugno 2000, n. 31, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (« Direttiva sul commercio elettronico »), che introduce in ambito comunitario una tutela specifica per questo fenomeno.

L'art. 7 della direttiva infatti, concerne le « *comunicazioni commerciali non sollecitate* », per le quali è previsto l'obbligo di identificazione come tali, « *in modo chiaro ed inequivocabile* », fin dal momento in cui il destinatario le riceve. Al secondo comma si prevede, inoltre, che siano costituiti dei « *registri negativi* », in cui possano iscriversi le persone fisiche che non desiderino ricevere tali comunicazioni commerciali. I prestatori di servizi della società dell'informazione⁵⁵ sono infatti, tenuti a consultare e rispettare le manifestazioni di volontà contrarie alla ricezione dei messaggi pubblicitari contenuti in tali registri.

La direttiva ha scelto, quindi, la disciplina del cd. *opt-out*. Questa tecnica richiede un'espressa volontà dell'utente affinché venga escluso il suo nominativo da quelli che possono essere oggetto del trattamento in questione. In tal modo, non è vietata completamente la pratica dello *spamming*, ma essa è resa compatibile con la libertà di scelta del destinatario. Si determina quindi una disciplina che assoggetta le comunicazioni ad un filtro di ammissibilità, in grado di fornire all'utente la possibilità di scelta nel recepire o no l'informazione in questione⁵⁶.

NALDI, *La comunicazione commerciale e la direttiva e-commerce*, in A. ANTONELLI (a cura di), *E-commerce - La direttiva 2000/31/CE e il quadro normativo della rete*, 2001, 45.

⁵⁴ Questa attività può essere limitata attraverso l'utilizzo di mezzi tecnici, usufruendo di programmi appositi del computer, oppure attraverso una reazione effettiva dell'utente al momento di ricezione del messaggio. Per esempio, sono utilizzati filtri per il programma di posta, oppure programmi appositi (proposti anche gratuitamente agli utenti) per l'intercettazione di messaggi *spam*, o ancora il cd. *remailing*, (in cui l'utilizzatore può inviare messaggi elettronici senza rivelare la sua identità, chiedendo al server o di cancellare totalmente le informazioni che possano individuarlo o di sostituire tali informazioni con altre fittizie. In alcuni casi è possibile ottenere risultati attraverso la segnalazione ai provider presso cui sono registrati gli indirizzi di posta elettronica da cui provengono i messaggi *spam*, in tal caso questi

soggetti vengono inseriti in black list che non permettono loro di inviare messaggi ad alcuni Mail Server. Questi strumenti tecnici però non sono invalicabili né permettono una tutela certa dell'utente. I filtri che sono messi in atto dai destinatari dei messaggi, infatti, sono comunque aggirabili dagli « *spammer* » più abili che riescono a superare le barriere istituite a difesa della sfera privata. Si veda in questo senso S. STABILE, *La pubblicità su Internet*, in *Il Dir. Industriale*, 1997, 8, 697.

⁵⁵ Con questa terminologia la direttiva 2000/31/CE individua la persona fisica o giuridica che presta un servizio della società dell'informazione, cioè le attività delineate dall'art. 1, punto 2, della direttiva 98/34/CE.

⁵⁶ La soluzione oggetto dell'articolo è un tipo di protezione che, nella maggior parte dei casi, si rivela successiva, in quanto prevede una reazione da parte dell'utente, che voglia esimersi dalla ricezione dei messaggi. Questo fatto implica che il destinatario deve aver per lo meno subito l'arri-

L'importanza dei registri emerge dal fatto che questi possono fornire informazioni certe, anche se ricavabili in negativo, circa gli interessi dei soggetti che vi si iscrivono. Sarebbe, quindi, facilmente prospettabile, da parte degli operatori commerciali, la creazione di registri negativi, nei quali richiedere la manifestazione delle «non-preferenze» dell'utente. Successivamente, se tali registri fossero comparati con le attività svolte dallo stesso operatore, questi potrebbe conoscere anticipatamente quali siano i servizi che ogni utente può prediligere⁵⁷.

II.11. SPUNTI DI RIFLESSIONE PER IL CODICE DEONTOLOGICO.

Il codice deontologico o di buona condotta che si riferisce alle attività delineate, (invio di materiale pubblicitario, vendita diretta, ricerca di mercato e comunicazione commerciale interattiva), dovrebbe tenere presenti le problematiche accennate in precedenza.

Alla luce delle osservazioni riportate, i maggiori interventi a tutela della privacy dovrebbero contrastare, in particolare, l'acquisto illimitato dei dati personali ai fini di profilazione⁵⁸ e l'uso distorto della posta elettronica, limitando il manifestarsi di fattispecie di *spamming*.

Il Garante e i soggetti appartenenti al settore in questione⁵⁹ dovranno, quindi, adoperarsi in modo da eliminare il manifestarsi di tali eventualità, e soprattutto creare le condizioni per cui le modalità del trattamento siano corrette e conformi alle previsioni specificate in sede di legge n. 675/96.

Come elemento di primaria importanza, è necessario che gli operatori pubblicitari ammettano l'utilizzo dei *cookies* quali strumenti per l'acquisizione dei dati relativi all'utente. In questo modo sarebbe eliminata la falsa pretesa della mera velocizzazione della trasmissione dei dati⁶⁰. L'opera-

vo di un messaggio per attivarsi di conseguenza.

⁵⁷ Tale disciplina è indirettamente richiamata dallo stesso articolo 20 del d.lgs. 467/01, il quale infatti, si riferisce espressamente ai «casi in cui il trattamento non presuppone il consenso dell'interessato, [prevedendo] forme semplificate per manifestare e rendere meglio conoscibile l'eventuale dichiarazione di non voler ricevere determinate comunicazioni». Il legislatore nella lettera della norma non solo fa proprio il criterio di *opt-out*, ma, anzi, ne estende l'applicazione anche alle fattispecie che direttamente non sarebbero sottoposte a tale operatività.

⁵⁸ Nella «*Opinion 2/2002 on the use of unique identifiers in telecommunication terminal equipments: the example of IPv6*», redatta dal Gruppo di lavoro sui dati personali istituito dall'art. 29 della direttiva 95/46/CE, 30 maggio 2002, viene analizzato il problema relativo all'uso di indirizzi IP unitari che consentono la diretta identificazione dell'utente indipendentemente dal canale utilizzato (personal

computers, telefoni cellulari, ecc), in particolare, viene enfatizzato lo sviluppo delle capacità di connessione delle informazioni attraverso questa tecnologia, tale da permettere un processo di profilazione ancor più semplice di quello dei *cookies*. Si veda il testo completo reperibile all'indirizzo Internet: <http://europa.eu.int/comm/privacy10750/02/EN/Final>, WP 58.

⁵⁹ Nell'insieme in questione sono compresi sia gli operatori pubblicitari che operano a nome proprio, sia coloro che svolgano tale attività per soggetti terzi. Fra questi ultimi vi sono gli Internet Service Provider, che compiono l'attività cd. *hosting*, cioè la memorizzazione di informazioni fornite da un utente, diffuse sulla Rete attraverso l'inclusione delle stesse sul sito del Provider. Più ampiamente G. PONZANELLI, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli Internet Service Providers*, in S. SICA e P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, op. cit., 363.

⁶⁰ L'originaria finalità del cookie, infatti, era quella di velocizzare semplice-

tore, pertanto, deve giustificare l'utilizzo di tali strumenti definendone chiaramente le finalità, in particolare quelle relative all'acquisto dei dati elaborati attraverso l'analisi delle tracce della navigazione.

Nondimeno, è da osservare che l'operatore non può celarsi dietro una presunta impossibilità di identificazione del soggetto titolare dei dati, in quanto le informazioni che vengono immagazzinate dai *cookies* sono tecnicamente riconducibili ad un unico computer. Inoltre, attraverso l'analisi delle informazioni fornite volontariamente dall'utente, per esempio su di un *form* telematico, i *cookies* permettono di identificare il soggetto titolare dello stesso. Pertanto si tratterebbe in ogni caso di una forma celata di trattamento di dati personali, la quale deve sottostare alla prestazione di un preventivo consenso, a seguito dell'invio di una informativa relativa al trattamento.

Una soluzione prospettabile concretamente è la presenza sulla pagina di apertura del sito di una finestra, immediatamente visibile per la sua posizione, nella quale sia specificata l'esistenza di un'attività di raccolta e di trattamento dei dati, nonché sia indicata l'avvenuta sottoscrizione da parte dell'operatore titolare del sito del codice deontologico del settore⁶¹.

Continuando nell'ipotesi precedente, l'operatore potrebbe inserire in forma concisa⁶², anche l'indicazione della finalità del trattamento: all'interno del settore appare ovvia la predominanza di uno scopo di ricerca di mercato in relazione alle preferenze di acquisti del soggetto utente. La definizione delle modalità di trattamento è un elemento ineliminabile⁶³, in quanto, assicura la trasparenza della stessa attività⁶⁴.

Come corollario di quest'ultima osservazione, emerge la necessità di inserire all'interno del codice deontologico la prestazione obbligatoria

mente la navigazione consentendo al browser di richiamare più rapidamente le pagine web, che risultavano maggiormente visitate dall'utente.

⁶¹ Sotto l'aspetto pratico, sarebbe possibile creare un link ipertestuale alla pagina nella quale sia presente il codice, ovvero, ancor più auspicabile, un link alla stessa pagina web del Garante nella quale trovare il testo del codice approvato dalla stessa Autorità. Inoltre, come ulteriore elemento, la sottoscrizione acquisterebbe il valore di garanzia dell'applicazione delle norme contenute nel codice.

⁶² Data la massima sinteticità della definizione degli scopi, sarebbe opportuno collegare attraverso *link* ipertestuale sia la finestra relativa all'informativa, sia tutte le altre pagine appartenenti al sito dell'operatore, con una pagina nella quale sia riportato l'intero testo dell'informativa in forma più estesa.

⁶³ Anche se da una ricerca compiuta dall'Ufficio del Garante attraverso il monitoraggio di più di 650.000 siti web operanti in Italia che ha avuto come obiettivo la verifica delle loro effettive politiche di privacy. L'indagine è stata approfondita grazie

ad una analisi su cento siti tra quelli più visitati, ed ha messo in evidenza notevoli e diffuse inadempienze rispetto alle norme sulla protezione sui dati personali: le informative risultano spesso incomplete; la richiesta di consenso è generalmente omni-bus; vi è spesso discordanza tra le conseguenze dichiarate dal gestore e quanto accade effettivamente nel caso di mancata prestazione del consenso da parte dell'utente; i diritti di quest'ultimo spesso non sono elencati, e ci si limita a un rinvio all'art. 13 della legge. Si veda più approfonditamente il discorso del presidente del Garante per la protezione dei dati personali dell'8 maggio 2001 alla presentazione della Relazione per il 2001 presente sul sito <http://www.garanteprivacy.it>.

⁶⁴ Il complesso ruolo della finalità emerge sia negli elementi che riguardano l'aspetto statico, in base al quale la finalità deve essere determinata, esplicita e legittima, sia in quelli che riguardano l'aspetto dinamico, relativo all'incidenza dello scopo su tutte le fasi dell'attività del trattamento. Più approfonditamente in E. NAVARRETTA, *Commento all'art. 9*, cit., 332.

del consenso da parte dei singoli utenti in relazione al trattamento dei dati⁶⁵.

Il consenso preventivo, previsto all'art. 11, comma 3, della legge n. 675/96, è richiesto all'utente sotto la forma di consenso « *libero, specifico e informato* », e deve ottenersi in un momento anteriore all'inizio del trattamento dei dati.

Secondo l'interpretazione data dallo stesso Garante⁶⁶, l'utente ha diritto ad una piena informazione sulle operazioni di trattamento dei dati che saranno eseguite nell'ambito del servizio offertogli. Quindi, si riferisce ad una spiegazione chiara e completa del funzionamento dell'attività di profilazione sui dati⁶⁷.

I requisiti di chiarezza e di completezza di tale informazione, però, contraddicono le caratteristiche fondamentali del mezzo nel quale si inseriscono, cioè la rapidità e la sintesi estrema dei contenuti.

Se per esempio l'informativa è rappresentata da una finestra *pop up* sullo schermo⁶⁸, l'utente si troverebbe di fronte ad una navigazione interrotta da continue richieste di accettazione del trattamento dei dati. L'effetto psicologico che si verrebbe a creare sarebbe di disinteresse verso la tutela apprestata da tali informative e di fastidio verso queste interruzioni⁶⁹, che comportano anche il prolungarsi dei tempi di connessione e dei costi sopportati dall'utente per la navigazione⁷⁰. Il tentativo concreto

⁶⁵ Come precedentemente accennato, la lett. c) dell'art. 20 fa riferimento specifico alla prestazione del consenso, ma esso è relativo ad un momento successivo, il quale si situa nella fase finale di invio delle comunicazioni commerciali agli utenti, e non nella fase prodromica relativa all'acquisizione dei dati dell'utente stesso. Più approfonditamente G.M. RICCIO, *Il consenso dell'interessato al trattamento via Internet dei dati personali*, in S. SICA e P. STANZIONE, *Commercio elettronico e categorie civili*, op. cit., 323.

⁶⁶ Decisione del Garante, 13 gennaio 2000, con commento di V. ZENO-ZENCOVICH, *Il « consenso informato » e la « autodeterminazione informativa » nella prima decisione del garante*, in *Corr. Giurid.*, 1997, 8, 915.

⁶⁷ Più ampiamente G. MACCABONI, *La profilazione dell'utente telematico fra tecniche pubblicitarie e tutela della privacy*, in questa *Rivista*, 2001, 425.

⁶⁸ Già nella Sintesi della Raccomandazione, resa nota con la *Newsletter* n. 94 del 20 maggio 2001, i Garanti dei singoli stati membri dell'Unione Europea raccomandavano di fornire preventivamente a chiunque si colleghi ad un sito web che preveda la raccolta di dati personali le informazioni indicate nella direttiva, e l'utilizzo di procedure automatiche per la raccolta dei dati, « *è il caso, ad esempio, dei cookies* », nonché di fornire le informazioni sopra elencate « *direttamente sul moni-*

tor del singolo utente », prima della raccolta dei suoi dati, così da garantire che il trattamento avvenga in modo leale come prescrive la direttiva. Secondo i Garanti è poi opportuno che sulla pagina di accoglienza del sito vi sia un'indicazione chiara e comprensibile dell'esistenza di un'informativa sulla privacy, utilizzando le varie metodologie disponibili sul medium utilizzato, (finestre a scomparsa, pop-out, ecc.). La stessa esigenza di tutela è stata affermata recentemente nel « *Working document on determining the international application of EU data protection law to personal data processing on the Internet by non-EU based web sites* », del 30 maggio 2002, cit., in cui il Gruppo di lavoro sui dati personali ha evidenziato nel caso, considerato emblematico, dell'utilizzo dei cookies la necessità di una serie di procedure di informazione nei confronti dell'utente al fine di salvaguardare la sua privacy.

⁶⁹ Come densa critica all'atteggiamento « *autolesionista* » con il quale viene affrontata la tematica della privacy dai privati, si veda M. MANTELLINI, *L'uomo di vetro*, sulla rivista telematica *Interlex*, 15-05-02, in cui l'Autore riassume il suo disfavore evidenziando che « *il nostro livello di attenzione è da sempre in questo senso bassissimo e si riassume spesso in risposte del tipo controllatemi pure, tanto non ho nulla da nascondere* ».

⁷⁰ È da tenere presente che l'operatore, che possiede i *log* dell'utente, può ri-

di tutela, quindi, sarebbe annullato dalla reazione negativa dell'utente, che accetterebbe senza alcuna attenzione al contenuto delle condizioni presenti sul testo.

Per ovviare a tale problema sarebbe prospettabile la creazione di una informativa « cumulabile », che al suo interno identifichi chiaramente tutti i soggetti coinvolti nella sottoscrizione del codice. Questa stessa potrebbe essere inviata al momento della richiesta iniziale di accedere ad uno dei siti appartenenti al circuito. Di conseguenza, il consenso sarebbe prestato unitariamente all'intero blocco di operatori, sempre nei limiti della finalità del trattamento, necessitando di un rinnovo del consenso solo se venisse a modificarsi il lato soggettivo dell'accordo, — cioè nel caso in cui aumentasse il numero dei sottoscrittori⁷¹ —.

Un'altro aspetto di peculiare difficoltà è quello relativo alla titolarità dei dati personali ottenuti dall'operatore al fine di elaborarli in sede di trattamento. In tale contesto si realizza il fenomeno del cd. *data sharing*⁷², cioè la pratica degli operatori pubblicitari di costituire gruppi in cui condividere le informazioni di cui ciascuno — più o meno — legittimamente è titolare.

Questo comportamento non ha evidentemente il carattere della liceità, in quanto la legge n. 675/96 non ammette la possibilità di cessione dei dati, salvo che sussista il consenso dello stesso utente fornito anticipatamente, per esempio in relazione al consenso per il trattamento originario, oppure ottenuto attraverso l'invio di una specifica informativa connessa al nuovo trattamento⁷³.

Come soluzione in tale frangente potrebbe ipotizzarsi la possibilità di cessione dei dati fra i siti che hanno sottoscritto il codice, il quale presuppone l'esistenza di un adeguato livello di tutela. Pertanto, l'attività di profilazione, intervenuta attraverso la condivisione dei dati non verrebbe meno, ma il soggetto sarebbe salvaguardato poiché la stessa schedatura rimarrebbe all'interno del circuito « sicuro » dei siti sottoposti al codice⁷⁴.

chiedere in anticipo al momento della sottoscrizione il consenso dell'utente al trattamento di dati personali in forma esplicita, fornendo una informativa chiara e precisa che raggiunga il consenso libero e informato indicato dalla legge. Mentre invece se si guarda ai singoli operatori, i cui siti vengono contattati direttamente dall'utente, la possibilità di inviare una informativa sul trattamento dei dati personali e in particolare sull'utilizzo dei cookies può costituire un dispendio di energie, senza effetto concreto.

⁷¹ Una conferma all'entità dei soggetti sottoscrittori potrebbe venir verificata anche attraverso l'elencazione degli stessi in calce al Codice anche nella web page presente sul link ipertestuale precedentemente ipotizzato.

⁷² Si veda la « *Opinion 2/2002 on the use of unique identifiers in telecommunication terminal equipments: the example of*

IPv6 » (Pag. 5, cit.), che individua fra i rischi derivanti dallo sviluppo dei protocolli di navigazione: « *security and confidentiality issues can be identified. These risks are linked with the development of network services, which implies multiplication of the type of terminals connected to the network using the same communication protocol: mobile phones, personal computers, electronic agents controlling home devices (heating, light, alarms, etc.)* ».

⁷³ Si veda NAVARRETTA, *Commento all'art. 9*, cit., 335, in cui l'Autrice, analizzando la connessione fra l'art. 9, lett. b), e l'art. 16, comma 2, lett. b), riconosce la necessità di una interpretazione restrittiva del concetto di finalità « analoga » che consente la possibilità di cessione dei dati da parte di un diverso soggetto.

⁷⁴ Un problema specifico si crea, però, in relazione ai dati sensibili i quali hanno come condizione per il trattamento la

Nello specifico ambito di tutela rispetto allo *spamming*, invece, si profila una diversa soluzione, che potrebbe essere prodotta attraverso l'utilizzo degli *Access Provider*, cioè gli operatori, che consentono l'accesso alla rete fornendo l'*account* all'utente⁷⁵. Normalmente, infatti, questi *provider* rappresentano i soggetti che più facilmente vengono a conoscenza delle informazioni personali dell'utente, e questo è giustificato dalla necessità di fornitura del proprio servizio.

Appunto per la possibilità di avere un quadro estremamente preciso dell'attività e delle preferenze dell'utente, i *providers* potrebbero essere selezionati per compiere un'attività di filtro dei dati personali su Internet.

L'utente, infatti, potrebbe profilarsi autonomamente su di un *form* presentato dal *provider*, così come nella soluzione prospettata per il fenomeno dello *spamming*. I registri negativi⁷⁶ ottenuti in questo caso sarebbero gestiti dal *provider*, che provvederebbe a tutelarne il contenuto mantenendone l'esclusiva titolarità. Gli operatori commerciali, che per esempio fossero interessati all'invio di messaggi presso quelle determinate caselle di posta elettronica, dovrebbero fornire i nominativi al *provider* che le veicolerebbe soltanto verso quei soggetti che non ne abbiano escluso l'invio.

Attraverso questo sistema i dati verrebbero ceduti volontariamente dall'utente presso un unico *provider*⁷⁷, e vi sarebbe altresì un responsabile specifico cui l'utente potrebbe rivolgersi in caso di mancato rispetto della disciplina della *privacy*.

In sede di codice potrebbe indicarsi, infine, una procedura che risolva anche in via extragiudiziale le eventuali problematiche derivanti dalla violazione delle norme interne, in tal caso potrebbe proporsi l'ipotesi di utilizzazione di procedimenti alternativi al ricorso presso l'Autorità Garante⁷⁸, con maggiore rapidità e a costi inferiori.

Di conseguenza, si realizzerebbe la possibilità per un verso di snellire l'attività del Garante sui ricorsi di natura « bagatellare » e, per altro verso, di velocizzare i tempi tecnici di risposta alla domanda di giustizia su casi che trattano di informazioni che circolano su Internet, mezzo che per sua natura consente la diffusione delle stesse con la massima facilità e celerità.

prestazione del consenso in forma scritta, previa autorizzazione del Garante, ex art. 22 della Legge n. 675/96.

⁷⁵ Alcuni autori, (come M. CAMMARATA, *Verso l'autodisciplina, dopo cinque anni*, sulla rivista telematica *Interlex*, 15 maggio 2002) ritengono che sia necessario puntare l'attenzione sull'autodisciplina dei fornitori di servizi di telecomunicazione, in particolare gli Internet Providers, giustificando questo fatto con la stretta connessione esistente fra le disposizioni sulla protezione dei dati personali e quelle relative al controllo dei contenuti, presenti nella legge delega per l'attuazione della direttiva sul commercio elettronico, (Legge comunitaria 2001, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 72 del 26 Marzo 2002 suppl. ord.).

⁷⁶ Si veda *retro* § 3 in relazione alla disciplina comunitaria in materia.

⁷⁷ Anche se in questo caso sarebbe possibile la condivisione delle informazioni fra un numero più cospicuo di *provider*, se anch'essi fossero sottoscrittori del codice deontologico.

⁷⁸ Si veda come modello la struttura delle cd. *Alternative Dispute Resolution*, (ADR), cioè degli istituti finalizzati alla risoluzione extragiudiziale di controversie sorte in determinati settori commerciali, utilizzati a livello europeo per la costituzione di una rete di tutela del consumatore che consenta la risoluzione delle controversie che intercorrono fra consumatori e operatori commerciali stranieri, non solo in tempi brevi e con costi quasi a zero, ma senza che il consumatore sia tenuto a muoversi concretamente presso lo stato nel quale risiede la controparte.

12. ALCUNI RILIEVI CONCLUSIVI.

La possibilità di produrre un codice deontologico, che coinvolga in modo generalizzato i soggetti presenti su Internet, rappresenta un primo passo volto alla costruzione di una struttura che permetta a qualsiasi navigatore di muoversi sulla rete senza preoccuparsi delle tracce che il suo passaggio può lasciare.

L'introduzione di un codice di condotta non è sicuramente la soluzione definitiva per tutte le questioni che ontologicamente caratterizzano il settore Internet, poiché in una costruzione di questo tipo risulta implicito un rischio: quello di rappresentare una normativa già obsoleta fin dalla creazione, che prevede forme di tutela insufficienti in quanto emanata a seguito di tempi burocratici troppo lunghi. Ciò nondimeno, le norme deontologiche in materia potrebbero determinare un quadro di certezze, che fino ad oggi è mancato e che, in alcuni casi, ha costituito un freno alla diffusione di nuovi servizi, mentre in altri casi è stato il pretesto per abusi più o meno legali.

L'obiettivo che deve essere preminente è quello di creare una forma di tutela tale da consentire all'utente di poter navigare sulla rete senza dover necessariamente celare la sua identità dietro pseudonimi o altre forme di anonimato. In questo modo, la possibilità di analizzare la scia di navigazione non comporterebbe in alcun caso forme di discriminazione né di penalizzazione⁷⁹.

Una forma di tutela idonea a salvaguardare le informazioni personali dell'utente rappresenterebbe un vantaggio anche per gli operatori commerciali che si rivolgono al mercato telematico. Questo poiché, se l'utente è sicuro che la profilazione viene compiuta entro canoni che non determinano nei suoi confronti alcuno svantaggio (inteso in senso ampio, ricomprendendo sia danni economici, sia le violazioni alla sfera personale), allora questi sarà più disponibile a fornire le informazioni esatte ed attuali relative al suo profilo, accrescendo sia la chiarezza, sia la precisione « dell'*alter ego* » virtuale dell'utente.

In questo modo verrebbe meno il carattere spersonalizzante della Rete, che per sua natura permette di creare una infinita serie di « personalità », che rappresentano, in realtà, solo frammenti incompleti del soggetto cui si riferiscono. Si tratta di informazioni che non individuano un soggetto unitario, e, quindi, non riescono a costituire un solido appiglio per una ricerca di mercato veritiera — e quindi utile ad entrambe le parti —.

⁷⁹ Nella stesso discorso del Presidente del Garante della protezione dei dati personali tenuto l'8 maggio 2002 alla presentazione della Relazione per il 2001, il Presidente S. Rodotà ha fatto cenno al crescente numero di richieste rivolte all'Ufficio da parte dei cittadini, il cui oggetto prevalente

risulta essere il timore della discriminazione e della stigmatizzazione sociale, seguito dal rifiuto delle sopraffazioni burocratiche e del mercato selvaggio delle informazioni personali. Per il testo completo si veda il sito del Garante: <http://www.garanteprivacy.it>.