

SIMONE FRANCESCO BONETTI

## LA TUTELA DEI CONSUMATORI NEI CONTRATTI GRATUITI DI ACCESSO AD INTERNET: I CONTRATTI DEI CONSUMATORI E LA *PRIVACY* TRA FATTISPECIE GIURIDICHE E MODELLI CONTRATTUALI ITALIANI E STATUNITENSIS

**SOMMARIO:** Premessa. — 1. Fattispecie giuridiche. Brevi cenni intorno a: gratuità dell'accesso; contratti dei consumatori e *privacy*. — 1.1. I contratti dei consumatori. — 1.2. La *privacy*. — 2. I modelli contrattuali italiani e statunitensi e la tutela del consumatore. — 2.1. La *privacy*. — 2.2. I contratti dei consumatori: le clausole vessatorie. — 2.2.1. Le clausole vessatorie individuate nei diversi formulari esaminati. — 3. Conclusioni.

### PREMESSA.

Il fenomeno più importante fra quelli correlati alla Rete, almeno dal punto di vista economico, è il commercio elettronico, che in questi anni ha visto crescere in maniera rilevante il numero sia dei c.d. professionisti, che dei c.d. consumatori<sup>1</sup>, realizzando « l'utopia » di un mercato globale, in cui è possibile, liberamente, scambiare beni e servizi al di fuori di ogni vincolo geografico, ma all'interno di un ampio spazio cibernetico connotabile per il fatto « di presentarsi come virtuale » e di non comportare « alcun movimento fisico di veicoli e di cose, ma soltanto di impulsi elettronici »<sup>2</sup>. Questi vengono originati dai diversi elaboratori, i quali traducono le istruzioni impartite dagli operatori secondo uno schema digitale<sup>3</sup> che permette la rappresentazione, l'elaborazione (informatica<sup>4</sup>) e, infine, la comunicazione o la ricezione dei dati<sup>5</sup> attraverso la rete *inter-*

<sup>1</sup> Un'indagine rilevava nel luglio 2000 che gli utenti *internet* a livello mondiale erano 360 milioni, in Europa 95 milioni con una previsione di aumento per questi ultimi a 140 milioni nel 2003. Il commercio elettronico si stima, infatti, che passerà nei prossimi quattro anni dagli attuali 25 ai 510 miliardi di euro. (Camera dei deputati, Servizio Commissioni indagini conoscitive e doc. leg.va, n. 40, « *Il commercio elettronico* », X Commissione, Atti parlamentari, XIII Legislatura).

<sup>2</sup> ALPA, *Premessa*, in TOSI (a cura di), *I problemi giuridici di internet*, Milano, 1999, p. XIII.

<sup>3</sup> Lo schema digitale (dall'inglese *digit*:

numero) è basato su un sistema binario, definito anche sistema posizionale in base 2, che utilizza una combinazione di due numeri, 0 e 1, a differenza di quello posizionale in base 10 comunemente utilizzato.

<sup>4</sup> L'espressione « informatica » risulta dall'unione dei due termini francesi *information* e *automatique*.

<sup>5</sup> Cfr. PASCUZZI, voce: « *Internet* », in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile* \*, Torino, 2000, pp. 531 ss., il quale esemplifica la memoria dell'elaboratore come « composta da un numero elevatissimo di celle ciascuna delle quali contiene a sua volta dei dispositivi (digitali) binari (immaginabili come microscopiche

nel<sup>6</sup>, il tutto più brevemente identificabile con il termine telematica, parola risultante dalla crasi tra informatica e telecomunicazione. Il sistema descritto permette una rapida ed efficiente circolazione delle diverse informazioni che, « sotto forma di impulsi elettronici », vengono « scambiate » fra gli elaboratori collegati alla rete *internet* attraverso il *provider*<sup>7</sup>, il quale consente l'accesso alla medesima dietro il pagamento di un corrispettivo in denaro o gratuitamente<sup>8</sup>; soluzione, quest'ultima, adottata dalla maggior parte dei consumatori.

Il contratto gratuito di accesso è il contratto col quale una parte, il fornitore di accesso ad *internet* (o *internet service provider*, più brevemente in seguito indicato anche come *provider*) « concede all'altro, l'abbonato »<sup>9</sup>,

lampadine) capaci di due stati (accesso/spento, sì/no) ». Infatti, il termine *bit* (unità minima di informazione) deriva dalla crasi fra *digit* e *binary*.

<sup>6</sup> Le reti di comunicazione si distinguono secondo il tipo di tecnica utilizzata per la trasmissione dei dati. *Internet* è una rete a commutazione di pacchetto dove è possibile, a differenza della rete a commutazione di circuito contrassegnata dal collegamento esclusivo fra mittente e destinatario della comunicazione (ad esempio quella telefonica), che un elaboratore possa svolgere allo stesso tempo più trasmissioni di dati ad elaboratori diversi non essendo limitato dall'esclusività dello stesso collegamento. La trasmissione dei dati avviene con la scomposizione degli stessi al momento dell'invio (*demultiplexing*) in pacchetti di piccole dimensioni (*data-grams*) contrassegnati ognuno da una « intestazione » (*header*) necessaria per raggiungere l'elaboratore di destinazione ed essere così riassemblati (*multiplexing*). Le operazioni descritte vengono compiute grazie all'utilizzo nella Rete di un protocollo comune di base: il TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*) costituito a sua volta da una famiglia di protocolli, i più importanti sono: FTP (*File Transfer Protocol*), Telnet e la Posta elettronica. (Sul punto cfr. CARIDI, *La tutela dei dati personali in Internet: la questione dei logs e dei cookies alla luce delle dinamiche economiche dei dati personali*, in questa *Rivista*, 2001, p. 764 e PASCUZZI, *op. cit.*, p. 532). L'utilizzo di un protocollo comune unitamente al libero accesso ad *internet* hanno così determinato, come afferma CAVALAGLIO, *L'art. 11 della direttiva 2000/31/CE e le tecniche di conclusione del contratto telematico*, in questa *Rivista*, 2001, pp. 103 s., la creazione del commercio elettronico B2C (*business to consumer*) e lo sviluppo del commercio B2B (*business to business*). Quest'ultimo, infatti, in passato aveva già trovato diffusione su reti

« dedicate » non accessibili da utenti esterni e limitate ad operatori professionali.

<sup>7</sup> I *providers* si distinguono in: *Network Service Providers* (N.S.P.) gestori delle grandi linee nazionali e internazionali di telecomunicazione; *Internet Access Providers* (A.S.P.) che, ottenendo dai primi la connessione con *internet*, collegano il pubblico degli utenti finali, privati o aziende, al proprio punto di accesso POP (*point of presence*) collegato permanentemente alla Rete; *Internet Service Providers* (I.S.P.) che offrono ai propri abbonati, oltre al collegamento alla rete, anche ulteriori servizi, quali ad esempio: il servizio di posta elettronica o di fornitura di uno spazio sul proprio server; *Content Providers* che offrono sulla rete telematica informazioni destinate al pubblico oppure ai propri abbonati. (Sul punto cfr.: BOCCHINI, *Il contratto di accesso ad Internet*, in questa *Rivista*, 2002, p. 47; CIACCI, *La firma digitale*, Milano, 2000, p. 198 e CARIDI, *op. cit.*, pp. 771 s.).

<sup>8</sup> La gratuità, tranne in alcuni casi, si riferisce al semplice servizio di accesso e non riguarda il costo del collegamento, attraverso la linea telefonica, con il *provider*.

<sup>9</sup> All'art. 1, lett. a, D.Lgs. 13 maggio 1998, n. 171, è possibile rinvenire la definizione di abbonato: « qualunque persona fisica, persona giuridica, ente o associazione che sia parte di un contratto con un fornitore di servizi di telecomunicazioni accessibili al pubblico, per la fornitura dei medesimi servizi ». Diversamente per servizio di telecomunicazione si intende « un servizio la cui fornitura consiste, in tutto o in parte, nella trasmissione e nell'instradamento di segnali su reti di telecomunicazione, ivi compreso qualunque servizio interattivo anche se relativo a prodotti audiovisivi, esclusa la diffusione circolare dei programmi radiofonici e televisivi » (art. 1, lett. d, D.Lgs. 171-98). Quest'ultima definizione sembra riferirsi sia al *pro-*

attraverso l'utilizzo della propria organizzazione e struttura informatica, la connessione con *internet* e fornisce ulteriori servizi»<sup>10</sup> senza richiedere alcun corrispettivo, ma con la possibilità di trattare e comunicare i dati personali dell'abbonato, acquisiti anche durante l'esecuzione del contratto, e recedere dallo stesso nell'ipotesi di mancato utilizzo della connessione per un periodo di tempo determinato<sup>11</sup>. Per conseguire l'accesso ad *internet* i consumatori possono collegarsi con il proprio elaboratore<sup>12</sup>, attraverso il *world wide web*<sup>13</sup> all'interno del sito<sup>14</sup> del *provider* e concludere il contratto gratuito di accesso, telematico<sup>15</sup> o, più precisamente, *on line*<sup>16</sup>, seguendo un «percorso» suddiviso in diversi «moduli» (*forms on line*)<sup>17</sup>. Ciascuno dei quali, se si prendono in esame i diversi formulari italiani, prevede: la lettura dell'informativa intorno al trattamento dei dati personali (art. 10, L. 675/96) e il relativo consenso (art. 11, L. 675/96); l'inserimento dei dati personali; la lettura e l'adesione al contratto e alle clausole vessatorie (art. 1341 c.c.)<sup>18</sup>; la scelta del nome utente e della *password*<sup>19</sup>, cui segue, infine, la conferma dell'attivazione del servizio richiesto<sup>20</sup>.

*vider*, quale soggetto che provvede a collegare l'abbonato ad *internet* (cfr. MEMMO, *La privacy informatica: linee di un percorso normativo*, in *Contr. imp.*, 2000, pp. 1224 s.), sia ad ogni soggetto che svolga «qualunque servizio interattivo anche se relativo a prodotti audiovisivi» ad esempio il servizio «punto a punto». Riguardo all'applicazione del D.Lgs. 171/98 ad *internet* v. più diffusamente nota n. 80.

<sup>10</sup> DE NOVA, *I contratti per l'accesso ad internet*, in *A.I.D.A.*, 1996, p. 39.

<sup>11</sup> Solo in alcuni contratti è prevista la possibilità del *provider* di recedere in ogni momento ed a suo insindacabile giudizio, salvo breve preavviso.

<sup>12</sup> Per permettere il collegamento viene fornito dal *provider* per l'accesso gratuito un *CD* «auto-installante» con un *user ID* e una *password* provvisorie, da utilizzare per avviare la normale procedura *on-line* per la conclusione del contratto.

<sup>13</sup> Le parole inglesi *world wide web* definiscono un particolare «software di navigazione» dotato di uno specifico protocollo di comunicazione denominato *HTTP* (*Hyper Text Transfer Protocol*) che permette la ricerca e il reperimento delle diverse informazioni all'interno di *internet*. (Cfr. sul punto PASCUZZI, *op. cit.*, pp. 533 s.).

<sup>14</sup> Tecnicamente il sito è una porzione di memoria di un elaboratore, collegato alla rete, al quale è possibile accedere attraverso il *world wide web*. Il sito si presenta con una pagina introduttiva strutturata come una *directory* generale, detta *home page* nella quale vengono elencati i contenuti e i diversi servizi offerti che, normalmente organizzati secondo la logica dell'ipertesto,

è possibile visualizzare ed utilizzare se vengono selezionati. (Cfr. sul punto TOSI, *La conclusione dei contratti on line*, in TOSI (a cura di), *I problemi giuridici di internet*, Milano, 1999, p. 15).

<sup>15</sup> Cfr. FLORINDI, *Il contratto digitale*, in questa *Rivista*, 1999, pp. 673 s., il quale precisa come il contratto telematico sia, in realtà, *species* rispetto al *genus* dei contratti digitali. Questi ultimi ricomprendono tutti quei contratti «conclusi in forma elettronica», dove le parti non utilizzano alcun documento cartaceo.

<sup>16</sup> Parte della dottrina ritiene che con le parole: contratto *on line*, debba intendersi, solamente, l'insieme dei contratti dove «tutte le parti o una di esse abbiano utilizzato una delle modalità legate ai protocolli tecnici di trasmissione telematica dei dati» (PARIGI, *Contratti on line*, in CASSANO (a cura di), *Internet, nuovi problemi e questioni controverse*, Milano, 2001, p. 103).

<sup>17</sup> TOMMASI, *I contratti di accesso ad internet*, in CASSANO (a cura di), *Internet, nuovi problemi e questioni controverse*, cit., p. 280.

<sup>18</sup> Cfr. art. 1341, comma secondo, c.c.

<sup>19</sup> Per nome utente si intende il nome che identifica il titolare dell'accesso, diversamente, la *password* è costituita da una stringa di caratteri alfanumerici scelta dal titolare e permette che l'accesso sia possibile solo allo stesso, garantendo, in questo modo, la riservatezza e la sicurezza dell'accesso.

<sup>20</sup> Al fine dell'utilizzo del servizio, il *provider* fornirà i dati necessari alla corretta configurazione del *software* di posta elettronica e del *browser*. Comunque, il

Nei contratti di accesso in esame, destinati alla generalità dei consumatori e caratterizzati dal « percorso » sopra accennato, si possono così evidenziare tre importanti elementi: la gratuità del contratto, la tutela del consumatore e la *privacy*. Gli ultimi due, al centro di continui interventi legislativi e di attento esame da parte della dottrina, rivestono grande rilevanza anche nella recente direttiva sul commercio elettronico (Dir. 2000/31/CE, 8 giugno 2000)<sup>21</sup>, che ha ad oggetto l'insieme dei servizi della società dell'informazione definiti come « qualsiasi servizio prestato, normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi »<sup>22</sup>. I servizi della società dell'informazione abbracciano una vasta gamma di attività economiche svolte *on line*, che consistono, come indicato al *considerando* n. 18, nella vendita *on line* di merci o in altre attività relative, ad esempio, a: « la trasmissione di informazioni mediante una rete di comunicazione, la fornitura di accesso a una rete di comunicazione o lo stoccaggio di informazioni fornite da un destinatario di servizi », inoltre viene precisato che « non sempre si tratta di servizi che portano a stipulare contratti *on line*, ma anche di servizi non remunerati dal loro destinatario, nella misura in cui costituiscono una attività economica come l'offerta di informazioni o comunicazioni commerciali in linea o la fornitura di strumenti per la ricerca, l'accesso e il reperimento di dati ». Il contratto di accesso gratuito sembra pertanto rientrare nell'ambito della direttiva e rivestire una posizione di grande rilievo fra i contratti stipulati *on line* in ragione delle diverse problematiche indicate e della diffusione fra i consumatori non solo italiani, ma anche statunitensi, presso i quali ha trovato prima e originaria utilizzazione.

L'importanza della tutela della *privacy* nelle comunicazioni è richiamata nella recentissima direttiva relativa al « trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche » (Dir. 58/2002/CE, 31 luglio 2002<sup>23</sup>), che abrogherà, a decorrere dalla data di applicazione della stessa, secondo quanto previsto dal combinato disposto degli artt. 19 e 17, comma primo, la direttiva 97/66/CE. La direttiva costituisce un ultimo, in ordine cronologico, ed importante strumento che dovrà guidare i legislatori dei diversi stati dell'Unione europea alla definizione di regole che contrastino efficacemente quelle pratiche di-

---

*provider* dovrà prestare la sua assistenza fino all'avvenuto collegamento come sembra ricavarsi dall'applicazione delle norme sull'interpretazione del contratto secondo buona fede (art. 1366 c.c.) e secondo le intenzioni delle parti (art. 1362 c.c.).

<sup>21</sup> L'Art. 31, L. 1 marzo 2002, n. 39, ha delegato il governo a dare « organica attuazione » alla direttiva 2000/31/CE con decreto legge che dovrà essere emanato entro un anno dall'entrata in vigore della stessa legge.

<sup>22</sup> L'art. 2, lett. a, 2000/31/CE richiama la definizione di società dell'informazione contenuta all'art. 1, punto 2, direttiva 98/34/CE, come modificata dalla direttiva 98/48/CE. Quest'ultima disposizione precisa, inoltre, il significato dei se-

guenti termini contenuti nella definizione di società dell'informazione: *a distanza*: « un servizio fornito senza la presenza simultanea delle parti »; *per via elettronica*: « un servizio inviato all'origine e ricevuto a destinazione mediante attrezzature elettroniche di trattamento (compresa la compressione digitale) e di memorizzazione di dati, e che è interamente trasmesso, inoltrato e ricevuto mediante fili, radio, mezzi ottici od altri mezzi elettromagnetici »; *a richiesta individuale di un destinatario di servizi*: « un servizio fornito mediante trasmissione di dati su richiesta individuale ».

<sup>23</sup> La direttiva si collega all'importante direttiva quadro 21/2002/CE relativa « alle reti ed i servizi di comunicazione ».

rette ad un illecito trattamento dei dati personali, utilizzate sia nelle reti pubbliche di comunicazione « per l'introduzione di nuove tecnologie digitali » dotate « di grandi capacità e possibilità di trattare dati personali », sia in *internet*, che costituisce una « infrastruttura mondiale comune per la fornitura di un'ampia serie di servizi di comunicazione elettronica » anch'essa caratterizzata da un grande volume di scambio di informazioni « digitalizzate »<sup>24</sup>.

Nei paragrafi successivi si procederà a porre a confronto le diverse fattispecie giuridiche italiane in tema di *privacy* e contratti dei consumatori, delle quali si daranno brevi cenni al fine di fare « il punto della situazione », con le clausole dei contratti gratuiti di accesso reperiti sulla Rete, non solo italiani, ma anche statunitensi<sup>25</sup>. I formulari statunitensi, infatti, oltre a costituire l'originario « modello », rappresentano un utile elemento per verificare anche il « reale » livello di tutela del consumatore nell'assenza, in particolare, di una puntuale legislazione sulla *privacy* negli Stati Uniti, più volte sottolineata in ambito comunitario. Il confronto vuole così riportare l'attenzione sull'effettivo rispetto dell'accennata disciplina nei contratti in esame, ancora una volta evidenziando il delicato equilibrio fra quanto il contratto dispone quale « legge fra le parti » (così come disposto nello stesso codice civile all'art. 1372) e la stessa legge<sup>26</sup>. A quest'ultima si deve poi aggiungere anche la raccolta, a cura della Camera di commercio di Milano<sup>27</sup>, di usi relativi agli *internet providers* che rivestono grande importanza con riferimento allo stesso contratto gratuito di accesso il quale, salvo risulti che le parti abbiano espresso volontà contraria, « obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità » (art. 1374 c.c.)<sup>28</sup>. La raccolta, suddivisa

<sup>24</sup> V. *considerando* nn. 5 e 6, direttiva n. 58/2002.

<sup>25</sup> Fra i diversi formulari italiani si è preso in considerazione: Kataweb, in [www.kataweb.it](http://www.kataweb.it); Ciaoweb, in [www.ciaoweb.it](http://www.ciaoweb.it); Infinito, in [www.infinito.it](http://www.infinito.it); Libero, in [www.libero.it](http://www.libero.it); Tiscali, in [www.tiscalinet.it](http://www.tiscalinet.it); Jumpy, in [www.jumpy.it](http://www.jumpy.it); Tin.it, in [www.tin.it](http://www.tin.it). Per quanto riguarda i formulari americani si è preso in considerazione: Adress.com, in [www.adress.com](http://www.adress.com); Worldshare.com, in [www.worldshare.com](http://www.worldshare.com); Winfire.com, in [www.infire.com](http://www.infire.com); NetZero.com, in [www.netzero.com](http://www.netzero.com); Juno.com, in [www.juno.com](http://www.juno.com).

<sup>26</sup> Riguardo alla rilevanza del contratto quale legge fra le parti cfr. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993, p. 52, il quale ritiene che tale espressione riceva numerose e rilevanti smentite così « riassunte » al termine della sua analisi: « il contratto ha il contenuto che gli danno le leggi e i regolamenti; le clausole pattizie vengono sostituite anche quando il materiale di sostituzione non è imperativo; contratti nulli al momento della conclusione diventano validi per *jus su-*

*perveniens*, e viceversa; il giudice modifica i termini del contratto; nel settore del credito l'ente creditizio può modificare unilateralmente le condizioni contrattuali; vi sono contratti che non vincolano; il potere di recesso è la regola, nella disciplina dei singoli tipi, e il legislatore la introduce in via generale come strumento di protezione; accanto al riconoscimento legislativo dello scioglimento per sopravvenienze straordinarie e imprevedibili, si aggiunge il riconoscimento pretorio dello scioglimento per sopravvenienze prevedibili sotto la veste della presupposizione; si diffondono concezioni che presentano il risarcimento del danno come unica conseguenza dell'inadempimento; l'inadempimento volontario è visto come inadempimento efficiente, ed è sottratto alle più gravi sanzioni cui è soggetto l'inadempimento doloso; l'inadempimento elusivo trova sanzione solo causale, e non in via generale, come frode ».

<sup>27</sup> Il testo è consultabile all'indirizzo: [www.mi.camcom.it/regolazione.mercato/provider.html](http://www.mi.camcom.it/regolazione.mercato/provider.html).

<sup>28</sup> « Nelle materie regolate dalle leggi e

in dieci articoli, sarà così elemento imprescindibile, nell'assenza di alcuna legge sugli *internet providers*, insieme alle diverse norme in tema di *privacy* e tutela del consumatore, ai fini di una completa analisi delle problematiche descritte.

Nel confronto fra i diversi formulari non si potrà, infine, prescindere dalle relazioni predisposte dall'Autorità Garante in questi ultimi due anni<sup>29</sup>. La prima mette in rilievo l'avvento di una nuova realtà, accennata all'inizio del paragrafo, dove la globalizzazione del mercato viene a « coincidere con quella delle reti telematiche di comunicazione anche interattiva », comportando: da una parte la modifica delle tecniche contrattuali per la vendita di prodotti o la fornitura di servizi sempre più « standardizzate al fine di automatizzare un numero crescente di affari », e dall'altra parte l'uso di tecniche informative e promozionali dei prodotti e servizi « in forme sempre più personalizzate » che danno origine al così detto *direct marketing*<sup>30</sup>. Entrambi elementi che sembrano segnalare il pericolo di una reale e costante erosione dei diritti dei cittadini consumatori, diritti i quali solo recentemente hanno trovato, almeno in parte, riconoscimento legislativo e sembrano rivestire grande importanza dove incomincia la « nuova avventura telematica »: nel contratto gratuito di accesso ad *internet*.

La relazione per l'anno 2001 conferma la crescente complessità di una corretta applicazione delle norme sulla *privacy* anche a causa del recente percorso normativo<sup>31</sup>, seguito all'emanazione della L. 675/96, diretto a completare ed armonizzare la disciplina sulla *privacy* rispetto alla direttiva 95/46/CE ed ai successivi interventi comunitari. Il percorso è giunto alla recente legge delega 24 marzo 2001, n. 127, la quale prevede una doppia fase di attuazione ad opera del governo. La prima si è conclusa con l'emanazione del D.Lgs. 28 dicembre 2001, n. 467, che ha introdotto sensibili modifiche alla legge 675/96 e di cui si darà conto nei paragrafi successivi. La seconda fase riguarderà l'adozione di un testo unico delle disposizioni normative in materia di protezione dei dati personali, con finalità non solo di riordino della frammentata disciplina in questi anni succedutasi, ma anche di modifica della stessa per un migliore coordinamento fra le diverse disposizioni.

La relazione ha poi affrontato, in paragrafi distinti, le problematiche legate alla *privacy* in particolare aree: *marketing*, telefonia e reti di comunicazioni, trattamento dei dati personali in *internet*, sicurezza dei dati e dei sistemi.

Le relazioni di questi ultimi due anni risulteranno così utili strumenti ai fini di una corretta interpretazione e applicazione della disciplina sulla *privacy* ai contratti gratuiti di accesso ad *internet* nei quali è possibile rinvenire molte delle diverse problematiche affrontate dal Garante e sopra solo accennate.

---

dai regolamenti gli usi hanno efficacia solo in quanto sono da essi richiamati » (art. 8, Disposizioni sulla legge in generale) ed in particolare « gli usi pubblicati nelle raccolte ufficiali degli enti e degli organi a ciò autorizzati si presumono esistenti fino a prova contraria » (art. 9, Disposizioni sulla legge in generale).

<sup>29</sup> Le relazioni del 2000 e del 2001 del-

l'Autorità Garante sono consultabile sul sito: [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it).

<sup>30</sup> In proposito v. *Relazione dell'Autorità Garante per l'anno 2000*, in [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it), p. 69s.

<sup>31</sup> Si ricordano le due precedenti leggi delega susseguitesi a breve distanza di tempo: la L. 676/1996 e la L. 344/1998.

# 1. FATTISPECIE GIURIDICHE. BREVI CENNI INTORNO A: GRATUITÀ DELL'ACCESSO, CONTRATTI DEI CONSUMATORI E *PRIVACY*.

Dalla definizione di contratto gratuito di accesso ad *internet*, già riportata nel capitolo introduttivo, si rileva, innanzi tutto, come, oltre alla connessione, il *provider* fornisca « ulteriori » servizi<sup>32</sup>, fra i quali, accanto a quelli riguardanti la posta elettronica, il *web hosting*, l'accesso ai gruppi di discussione (*newsgroup*), la comunicazione simultanea di più persone (*chatline*), si sono aggiunti, ultimamente, ad opera di alcuni *providers*: l'invio di messaggi verso apparecchi di telefonia mobile, l'invio o la ricezione di *fax* con un numero telefonico assegnato, la ricezione o l'invio di posta elettronica attraverso il proprio apparecchio di telefonia mobile e, infine, l'uso della connessione per le normali conversazioni telefoniche. Il numero dei servizi è poi destinato sostanzialmente a crescere nel caso dei *providers*-portali che offrono sul loro sito *web* servizi gratuiti di ogni genere: notiziari, borsa *on-line*, meteo, *e-shops*, motore di ricerca etc. suddivisi per canale e accessibili, nelle maggior parte dei casi, anche da chiunque si colleghi al sito<sup>33</sup>. L'accennata « eterogeneità » e molteplicità dei servizi offerti all'abbonato, non sembra però, verosimilmente, inficiare l'unitarietà del contratto<sup>34</sup>, che ha per oggetto « una serie di prestazioni, » continuative, « consistenti in un *facere*, invece che in un *dare*, volte a soddisfare il bisogno della controparte non mediante la consegna di un bene (materiale o immateriale) », eventualmente accessoria e, pertanto, irrilevante, « ma attraverso lo svolgimento di una attività »<sup>35</sup>. In questo senso si può escludere che il contratto di accesso integri gli estremi della vendita, mancando il trasferimento in proprietà di un bene materiale o immateriale, o della somministrazione che *ex art.* 1559 c.c. ha per oggetto le sole cose<sup>36</sup>. Diversamente, considerata la natura della prestazione e l'at-

<sup>32</sup> Molti di questi servizi sono accessibili anche da soggetti diversi dagli abbonati i c.d. utenti che sono tutte « le persone fisiche che utilizzano uno o più servizi di telecomunicazione accessibile al pubblico indipendentemente dall'eventuale qualità di abbonato » (art. 1, lett. b, D.Lgs. 13 maggio 1998, n. 171).

<sup>33</sup> Molti di questi servizi sono forniti da *providers* che sono anche « gestori » della telefonia fissa e il loro progressivo ingresso sembra, di fatto, superare il ruolo del *provider* quale « semplice interfaccia tra l'utente finale ed i gestori delle grandi linee telefoniche nazionali ed internazionali ». Di conseguenza viene sfumando anche la distinzione, riportata alla nota n. 7, fra *network service providers* e *internet service providers* (cfr. BUGIOLACCHI, *Principi e questioni aperte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'internet provider. Una sintesi di diritto comparato*, in questa *Rivista*, 2000, p. 830). Questo fenomeno sembra un primo chiaro segno della vocazione espansiva di *internet* diretta a

creare un unico ed efficiente sistema di comunicazione globale.

<sup>34</sup> DE NOVA, *I contratti per l'accesso ad internet*, cit., p. 39.

<sup>35</sup> ALBERTINI, *I contratti di accesso ad internet*, in *Giust. civ.*, 1997, p. 103; in questo senso cfr. anche SANTINI, *Commercio e Servizi*, Torino, 1988, pp. 518 ss.

<sup>36</sup> Infatti, nel contratto di somministrazione oggetto delle prestazioni « periodiche e continuative da eseguirsi a cura del somministrante sono soltanto le « cose » consistenti anche in energie (illuminanti, termiche, motrici, ecc.), ma non in servizi » (v. Corte di Appello Torino 20 marzo 1985, inedita). In questo senso cfr. Albertini, *op. cit.*, p. 106, il quale ritiene inutile ogni ulteriore distinzione tra la c.d. somministrazione d'uso, dove si acquista il solo il godimento delle cose ricevute, e la somministrazione c.d. di consumo dove il somministrato acquista la proprietà delle cose ricevute. (Riguardo a tale distinzione cfr. anche MIRABELLI, voce: *Contratto di somministrazione*, in *Enc. giur. trec.*,

tività del *provider*, la dottrina, quasi unanimemente, rinviene gli estremi dell'appalto di servizi<sup>37</sup>, dove trovano applicazione, come previsto all'art. 1677 c.c. sia le norme sull'appalto, sia quelle relative al contratto di somministrazione « in quanto compatibili ». Quest'ultima espressione, secondo alcuna dottrina, è elemento che induce a riflettere intorno alla « concreta disciplina » applicabile al contratto; infatti, la stessa espressione « compatibili » costituisce chiaro indizio circa la natura di « mera norma di rinvio » dell'art. 1677 c.c., perché si riferisce indistintamente alle norme sull'appalto e sulla somministrazione senza indicare alcun criterio per la loro l'applicazione<sup>38</sup>. Risulta così necessario risolvere il problema relativo alla concreta disciplina che regola il contratto di appalto di servizi. La stessa dottrina individua la soluzione nell'art. 1570 c.c., richiamato dall'art. 1677 c.c., il quale prevede che si applicano « alla somministrazione, in quanto compatibili con le disposizioni che precedono, anche le regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni »<sup>39</sup>.

vol. XXIX, Roma, 1993, p. 3; NUZZO, voce: *Somministrazione (contratto di)*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, p. 1272).

<sup>37</sup> In questo senso: fra gli altri cfr. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 105 s.; TOMMASI, *op. cit.*, p. 275; DE NOVA, *I contratti per l'accesso ad internet*, cit., p. 40. Diversamente, ritengono irrilevante il risultato raggiunto: D'ORAZIO-ZENCOVICH, *Profili di responsabilità contrattuale e aquiliana nella fornitura di servizi telematici*, in questa *Rivista*, 1990, p. 436, i quali ritengono che di volta in volta sia necessario « tenere conto del criterio della prevalenza fra le prestazioni pattuite secondo il modo in cui le parti hanno considerato l'opera, se in se stessa o in quanto prodotto necessario di attività »; GIANNANTONIO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Padova, 1994, p. 275, ritiene irrilevante la qualificazione giuridica del rapporto perché in relazione ad ogni eventuale inadempimento l'art. 1218 c.c. già prevede che il debitore, se non ha eseguito correttamente la prestazione, sia tenuto al risarcimento del danno salvo « non provi che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante a causa a lui non imputabile ».

<sup>38</sup> BOCCHINI, *Il contratto di accesso ad internet*, cit., p. 484.

<sup>39</sup> BOCCHINI, *Il contratto di accesso ad internet*, cit., p. 484, ritiene che l'applicazione dell'art. 1570 c.c. non contrasti con l'oggetto dello stesso contratto: la prestazione di servizi e non di cose. A tale proposito è possibile, secondo l'autore, addurre tre argomenti di ordine positivo, logico e storico. Il primo riferito alla stessa natura di norma di rinvio dell'art. 1677 c.c. che « non detta alcun criterio di prevalenza di una normativa sull'altra ». Il riferimento alle norme sulla som-

ministrazione non impedisce così l'applicazione della fattispecie che « detta un criterio di prevalenza tra le due serie di normative ». A questo consegue un argomento di ordine logico « posto che le norme in tema di somministrazione sono perfettamente applicabili anche ai contratti aventi ad oggetto i servizi ». L'autore riporta, a conferma di quanto affermato, il testo dell'art. 398 del Progetto Preliminare del Codice di Commercio il quale, nel titolo « Contratto di somministrazione », recita: « in virtù del contratto di somministrazione uno dei contraenti si obbliga verso l'altro per un prezzo determinato o variabile, ad una serie di prestazioni periodiche o ad una prestazione continuativa di cose e servizi ». Il riferimento ai « servizi » non venne però riportato dal Legislatore all'art. 1559 c.c., ma nel contempo non vennero in alcun modo alterate « le singole norme sulla somministrazione che, pensate originariamente con riferimento sia alle cose, sia ai servizi, rimangono bivalenti nel testo definitivo del codice » e perfettamente applicabili in gran parte sia ai contratti aventi ad oggetto la prestazione di cose, sia ai contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi. Infine, i diversi argomenti svolti trovano per l'autore un supporto di carattere sistematico nel principio di specialità intesa quale ratio dell'art. 1570 c.c. Infatti, le norme sulla somministrazione sono dettate « in funzione della durata della prestazione e la durata esprime un tratto che caratterizza e specifica la prestazione istantanea » da cui consegue, per una ragione logica, il prevalere della norma correlata sulla norma che ha ad oggetto la disciplina della prestazione istantanea. Sul punto cfr. dello stesso

La disposizione richiamata sembra così riferire il termine « compatibili » a una precisa gerarchia in funzione della quale le norme cui corrispondono le singole prestazioni si applicano soltanto se « compatibili » con le norme sulla somministrazione; e da ciò pertanto deriva, se si accoglie tale interpretazione, una « nuova qualificazione » del contratto quale « somministrazione di servizi »<sup>40</sup>. Ma se tale risultato è condivisibile in relazione all'accesso a pagamento, non altrettanto, considerato il corrispettivo in denaro quale elemento essenziale della fattispecie<sup>41</sup>, si può affermare nel caso di gratuità dell'accesso. La distinzione fra gratuità e onerosità non sempre risulta un'operazione semplice per l'interprete e, in particolare, il ricorso alla corrispettività, quale elemento distintivo dell'onerosità, sembra rappresentare una soluzione non pienamente corretta. Corrispettività e onerosità non possono, infatti, considerarsi concetti « omogenei » quali termini di un'equivalenza<sup>42</sup>, perché l'onerosità sembra emergere anche in assenza « della reciprocità di impegni giuridicamente vincolanti » se dalla « sopportazione di uno svantaggio economico » l'autore consegue « un vantaggio dal soggetto o dai soggetti ai quali egli abbia volto un'attribuzione patrimoniale »<sup>43</sup>. In questo modo l'area dell'onerosità, non limitata al semplice nesso di interdipendenza fra le diverse obbligazioni, trova un più ampio ambito, come afferma la dottrina maggioritaria<sup>44</sup>, con riferimento a tutti quegli atti negoziali<sup>45</sup>, che abbiano, oggettivamente, « efficacia transitiva di valori patrimoniali tra le sfere giuridiche dei soggetti coinvolti », dove assume rilevanza, in ultima analisi, non solamente l'atto,

autore, voce: *Somministrazione di servizi*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Aggiornamento, Milano, 2000, pp. 1110 ss.

<sup>40</sup> BOCCHINI, *op.cit.*, pp. 485 ss., al contratto « di somministrazione di servizi » saranno così applicabili tutte le norme sulla somministrazione e le norme sull'appalto in quanto compatibili con le prime: artt. 1560, 1561, (1657), 1562, 1563, 1564, 1565, 1566, 1567, 1568, 1569, 1656, 1658, 1659, 1660, 1661, 1662, 1665, 1667, 1669, 1670, 1674, 1675, 1676 c.c.

<sup>41</sup> Sul punto cfr. RUBINO, *L'appalto*, Milano, 1980, p. 178 s.

<sup>42</sup> Riguardo alla distinzione fra onerosità e corrispettività v. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà*, Milano, 1998, p. 2; SACCO, *La qualificazione del contratto*, in RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto privato, Obbligazioni e contratti*, vol. X, Tomo 2, 1993, pp. 457 ss.; RESCIGNO, voce: *Il contratto I*, in *Enc. giur. trec.*, vol. IX, Roma, 1988, p. 28.

<sup>43</sup> Diversamente, nel caso di semplice convenienza alla conclusione del contratto da parte del predisponente non si potrà parlare di onerosità dell'atto così come sembra, correttamente, affermare, a proposito di contratti gratuiti interessati, Cass. 14 settembre 1976, n. 3150, in *Giur. comm.*, 1977, pp. 771 ss.

<sup>44</sup> Cfr. fra tutti: MOROZZO DELLA ROCCA,

*op. cit.*, pp. 13 ss.; NICOLÒ, *Tutela dei diritti, sub Art. 2901 c.c.*, in SCIALOJA e BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1953, p. 237; SCOZZAFAVA, *La qualificazione di onerosità o gratuità del titolo*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, p. 75.

<sup>45</sup> Sul punto cfr. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, pp. 3 ss., il quale, ritiene che l'onerosità al di fuori dell'area del contratto rappresenti un caso non certo « eccezionale », come, ad esempio, la promessa al pubblico dove l'emittente « promette un'attribuzione patrimoniale a colui il quale compia, senza essere obbligato dalla promessa emessa, una determinata azione volta a vantaggio del promettente » (in questo senso v. anche: NICCOLÒ, *Tutela dei diritti, sub. Art. 2901 c.c.*, in SCIALOJA e BRANCA (a cura di), *Comm. cod. civ.*, Bologna-Roma, 1953, p. 237; SCOZZAFAVA, *La qualificazione di onerosità o gratuità del titolo*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, p. 75). L'autore non ritiene, invece, che si possa parlare di onerosità, ma nemmeno di gratuità, per gli atti non negoziali o per i meri fatti giuridici in quanto solo nell'ambito dell'attività negoziale « i soggetti possono porre in essere un negozio giuridicamente rilevante di interdipendenza tra le attribuzioni che ne derivino » (*contra*: CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996, pp. 195 ss.).

ma, in particolar modo, l'operazione economica<sup>46</sup>. Di contro, la mancanza del sinallagma al di fuori dell'onerosità, sembra escludere l'esistenza di contratti bilaterali gratuiti se si attende ad un significato di bilateralità equivalente a sinallagmaticità secondo l'interpretazione prevalente sotto la vigenza del codice del 1865<sup>47</sup>. Il nuovo codice, diversamente dal precedente, individua con l'espressione « contratti a prestazione corrispettive » i contratti sinallagmatici mentre il concetto di bilateralità, « legalmente » sciolto dal « vincolo » della corrispettività, sembra, così, potersi riferire ai contratti « che fungono da fonte di obbligazioni destinate a gravare a carico di entrambi i contraenti »<sup>48</sup> come nel caso del contratto gratuito dove si ravvisi l'esistenza di obblighi anche nei confronti del beneficiario<sup>49</sup>. Alla luce di quanto affermato il contratto di accesso gratuito può ritenersi bilaterale, considerata l'esistenza di obblighi, sia nei confronti del *provider*, sia dell'abbonato, aventi per oggetto la fornitura e l'utilizzo dei servizi<sup>50</sup>. Con riferimento al *provider* possono individuarsi gli obblighi prescritti dalla legge 31 dicembre 1996, n. 675, sulla *privacy*, relativi ad un lecito trattamento dei dati personali, che deve svolgersi nei limiti indicati dall'informativa contenuta nello stesso regolamento contrattuale (fra i quali: il rispetto delle finalità di trattamento e la comunicazione dei dati personali solo a soggetti ivi indicati) e con il consenso del destinatario del trattamento, secondo quanto prevedono gli artt. 10 e 11, L. 675/96. Nei formulari esaminati è previsto, che i dati personali acquisiti siano utilizzati per finalità commerciali e organizzati, come indicato in quelli dove l'informativa è più dettagliata<sup>51</sup>, secondo l'attività di *profiling* o profilazione che consiste nel riunire e valutare i diversi dati, pervenuti in modo disomogeneo, secondo una procedura automatizzata in modo da de-

<sup>46</sup> MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, pp. 6 ss.; in questo senso anche GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Riv. dir. civ.* 1997, p. 722.

<sup>47</sup> Sulla contrapposizione tra bilateralità e unilateralità del contratto cfr. MESSINEO, voce: *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961, pp. 910 ss.

<sup>48</sup> SCOZZAFAVA, *Il comodato*, in RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto privato, Obbligazioni e contratti*, vol. X, tomo 2, Torino, 1993, pp. 620 s.

<sup>49</sup> Obblighi che, naturalmente, non devono eccedere il valore della attribuzione onerosa, altrimenti verrebbe meno la gratuità del contratto. In questo senso cfr. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto Civile*, vol. III, Milano, 1987, p. 467.

<sup>50</sup> La raccolta della Camera di Commercio di Milano degli usi relativi agli *Internet Providers* prevede all'art. 5, « Prestazioni ed obblighi del *provider* », che il *provider* « si impegna a fornire al cliente l'accesso alla rete ed i servizi *internet* previsti dall'abbonamento, salvo sospensioni per manutenzioni previo preavviso. Il *provider* custodisce i dati anagrafici, il codice di identificazione e la parola chiave (*pas-*

*sword*) attribuita al cliente nella massima riservatezza e con la massima diligenza. Il *provider* compila e custodisce il registro dei collegamenti (*log*) e su di esso mantiene la massima riservatezza. In caso di formale richiesta di informazioni, da parte delle autorità all'uopo per legge autorizzate, il *provider* è tenuto a fornirle ». Diversamente, all'art. 4, « Obblighi del cliente », il cliente-abbonato « si impegna a rispettare le regole di buon uso dei servizi di rete allora denominate *netiquette*. Il cliente, identificato da un codice (*username*) e da una parola chiave (*password*), potendo utilizzare anche pseudonimi per l'accesso ai servizi, garantisce la veridicità e l'esattezza dei dati anagrafici forniti al *provider*. Il cliente custodisce la parola chiave (*password*) nella massima riservatezza e con la massima diligenza. Il cliente, informato, accetta l'esistenza del registro dei collegamenti (*log*) tenuto dal *provider* ai soli fini di gestione del servizio ».

<sup>51</sup> Cfr. l'informativa circa il trattamento dei dati personali dei seguenti contratti: Infinito, cit.; Ciaoweb, cit.; Libero.it, cit.

sumere le attitudini, i comportamenti, gli interessi e le caratteristiche personali e commerciali del cliente<sup>52</sup>. Per quanto riguarda la comunicazione dei dati, in qualità di soggetti destinatari vengono indicate le società del gruppo a cui appartiene anche il *provider*, alle quali si aggiungono, nella quasi totalità dei contratti esaminati, altre società che hanno stipulato con il medesimo fornitore dell'accesso accordi commerciali. In quest'ultimo caso è previsto, da parte dell'aderente, un consenso « facoltativo » perché il trattamento non risulta finalizzato solamente all'erogazione o al miglioramento del servizio<sup>53</sup>, ma i dati vengono trattati anche per essere comunicati ad altri soggetti diversi dal *provider* o dalle società del gruppo di cui lo stesso fa parte. Il consenso, così, eventualmente prestato dall'aderente, sembra rilevare ai fini di una valutazione onerosa del contratto in relazione ad un esame dell'atto, riferito, sulla base di quanto in proposito già illustrato, all'operazione economica dove « il vantaggio » conseguito dal *provider*, a seguito del contratto di accesso ad internet concluso, non sembra, a differenza del contratto gratuito, futuro ed eventuale se si considera l'esistenza di ben precisi accordi commerciali con le società esterne al « gruppo » alle quali verranno comunicati i dati trattati.

Nella maggior parte dei contratti statunitensi, al contrario, non sembra possibile in ugual modo affermare, sia pur marginalmente, l'onerosità del contratto, perché il trattamento e la comunicazione dei dati raccolti vengono sempre finalizzati esclusivamente alla « personalizzazione » del servizio, per un più rapido ed efficiente utilizzo della Rete da parte dell'abbonato<sup>54</sup>, e, nel caso del *provider*-portale, anche alla promozione delle

<sup>52</sup> Il termine profilo ricorre solo una volta all'art. 17, comma primo, L. 675/96, che sancisce la pericolosità dei trattamenti automatizzati di dati personali destinati « a definire il profilo o la personalità dell'interessato ». Riguardo alla profilazione cfr. MACCABONI, *La profilazione dell'utente telematico fra tecniche pubblicitarie online e tutela della privacy*, in questa *Rivista*, 2002, pp. 425 ss., che definisce la profilazione come tecnica che consente sia di adattare « un certo tipo di prodotto ad una categoria individuata in relazione ad una combinazione di parametri », sia di incentivare un aumento dei consumi perché meglio soddisfano i bisogni dei consumatori, sia di poter adattare il prodotto rispetto al mercato potenziale. Tutto questo a significare il passaggio da « un sistema di produzione di massa a un sistema di personalizzazione di massa » con l'effetto evidente di una pubblicità sempre più personalizzata. Riguardo a questa « nuova » pubblicità cfr. CIACCI, *La tutela dei dati personali su internet*, in SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, La tutela della riservatezza*, vol. XXVI, 2000, p. 386, il quale, sottolinea l'importanza della profilazione nel campo pubblicitario perché consente la realizzazione di una pubblicità caratterizzata « dalla possibilità di

indirizzare con maggiore precisione il messaggio al presunto interessato dello stesso », il c.d. *direct marketing*.

<sup>53</sup> Infatti, nella quasi totalità dei contratti italiani, ai fini dell'erogazione del servizio, è previsto come facoltativo il consenso dell'aderente per il trattamento e la comunicazione dei propri dati a soggetti terzi i quali li utilizzeranno per le finalità di *marketing* o commerciali o al fine di verificare il livello di soddisfazione della clientela sui propri prodotti o servizi. Diversamente, il consenso relativo al trattamento per finalità di *marketing* o promozionali del *provider* o delle altre società del gruppo è condizione per la conclusione del contratto (cfr. fra tutti l'informativa relativa al trattamento dei dati personali nei contratti: Libero, cit.; Ciaoweb, cit.; Kataweb, cit.).

<sup>54</sup> Un servizio così organizzato sembra rappresentare un chiaro esempio di « auto-profilazione » dove, come afferma MACCABONI, *op. cit.*, p. 435, gli stessi « utenti » forniscono informazioni personali che permettono allo stesso *provider* di poter garantire ai propri abbonati una navigazione nella Rete più veloce e rispondente ai gusti degli stessi. Tuttavia, lo stesso autore non nasconde la propria preoccupazione nei confronti di questo fenomeno,

molte iniziative commerciali, in alcuni casi ad opera di altre società, rivolte sempre ai soli abbonati, i quali possono liberamente aderire<sup>55</sup>. Diversamente, solo in alcuni formulari statunitensi si è riscontrato l'obbligo dell'abbonato riguardante il pieno e corretto svolgimento delle diverse operazioni del programma *browser* o di navigazione fornito<sup>56</sup>, programma che provvede alla raccolta e all'invio al *server* del *provider* («*upload*») dei dati relativi al collegamento con la Rete (ad esempio: siti visitati, eventuali acquisti di prodotti etc.). Il costo dell'operazione di *upload* rimane a carico del medesimo abbonato, e ad esclusivo vantaggio del *provider*, come nell'ipotesi in cui sia necessario, per il completamento della trasmissione dei dati raccolti, prolungare il tempo della connessione ad *internet* o predisporre, nel caso di un lungo periodo di inutilizzo, l'attivazione «della connessione automatica» prevista dal programma stesso di navigazione. In questo caso sembra rinvenirsi una vera e propria controprestazione dell'abbonato, il quale deve consentire alla trasmissione dei dati raccolti

che rischia di ridurre l'individuo «a misura e dimensione del mercato». A tale proposito la Comunità Europea ha da una parte sempre promosso un mercato dove possano circolare liberamente: persone, merci e informazioni, ma dall'altra ha anche ribadito l'irriducibilità della sfera privata nella sua «proiezione informativa» alla logica «del mero calcolo economico».

<sup>55</sup> Riguardo alla personalizzazione cfr. fra tutti il contratto Juno.com, cit., *Privacy Statement*, dove si afferma al paragrafo intitolato «*your member profile helps us personalize your internet experience*» che Juno «*use the information our subscribers provide to personalize their internet experience and to meet the needs of our advertisers*».

<sup>56</sup> In particolare si fa riferimento al contratto Juno.com, cit., art. 2, comma quinto: «*You expressly permit and authorize Juno to (i) download to your computer one or more pieces of software (the "Computational Software") designed to perform computations, which may be unrelated to the operation of the Service, on behalf of Juno (or on behalf of such third parties as may be authorized by Juno, subject to the Privacy Statement), (ii) run the Computational Software on your computer to perform and store the results of such computations, and (iii) upload such results to Juno's central computers during a subsequent connection, whether initiated by you in the course of using the Service or by the Computational Software as further described below. In connection with downloading and running the Computational Software, Juno may require you to leave your computer turned on at all times, and may replace the "screen saver" software that runs on your computer while*

*the computer is turned on but you are not using it. (...) You agree that, as between you and Juno, you shall be responsible for any costs or expenses resulting from the continuous operation of your computer, including without limitation any associated charges for electricity, and that you shall have sole responsibility for any maintenance or technical issues that might result from such continuous operation. You agree that, as between you and Juno, Juno shall have sole rights to the results of any computations performed by the Computational Software, including without limitation any revenues or intellectual property generated directly or indirectly as a result of such computations, without further compensation to you. If your usage of the Service is infrequent, Juno's ability to obtain the results of completed computations may be impaired. Consequently, you expressly permit and authorize Juno to initiate a telephone connection from your computer to Juno's central computers using a dial-in telephone number you have previously selected for accessing the Service; Juno agrees that it shall exercise such right only to the extent necessary, as determined in Juno's sole discretion, to upload the results of completed computations to Juno in a timely fashion; and you agree that, as between you and Juno, you shall be responsible for any costs and expenses (including without limitation any applicable telephone charges) resulting from the foregoing. Juno agrees that any software, data, or other materials downloaded to your computer in connection with the activities described in this Section 2.5 will comply with Juno's privacy policies, as reflected in the Privacy Statement».*

dal programma *browser* ed al conseguente utilizzo della propria linea telefonica; da ciò deriva, se si accetta tale interpretazione, la sinallagmaticità del rapporto e la conseguente onerosità del medesimo.

Nel caso del contratto d'accesso oneroso sembra però parimenti escludersi, riprendendo il discorso sulla qualificazione giuridica dell'atto, l'applicazione delle norme in tema di appalto di servizi, per l'assenza di alcuna previsione che riguardi il pagamento in denaro quale corrispettivo per il compimento dell'opera o del servizio. Si dovrà ritenere, così, il contratto di accesso in esame, gratuito o oneroso, come atipico, dove, nel caso di accertata gratuità del contratto sembra escludersi la liberalità dell'atto, considerando che il *provider*, con la conclusione del contratto, mira sempre a promuovere i propri interessi economici sia pur nell'indipendenza dal raggiungimento o meno del risultato sperato<sup>57</sup>. La liberalità, infatti, si riferisce ad un atto compiuto spontaneamente<sup>58</sup>, *nullo iure cogente*, in cui, ai fini della conclusione dell'atto, non rileva alcuna particolare finalità se non quella di attribuire al donatario un vantaggio di natura patrimoniale, ma « non essendo la liberalità un dato obbiettivo, ma relativo a colui che effettua il trasferimento a titolo gratuito, esso va desunto dalla concreta situazione in cui ha operato il donante » e, al contrario, « resta solo un atto a titolo gratuito (non liberale), nei casi in cui la parte si sia indotta all'atto non spontaneamente (...), ma per un motivo che sia obbiettivamente accertabile e non irrilevante per il diritto »<sup>59</sup> con riguardo, come affermato dalla giurisprudenza, alla « ragione economica del dono »<sup>60</sup> secondo un'analisi della causa riferita « alla funzione economica

<sup>57</sup> Cfr. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, pp. 74 ss.

<sup>58</sup> L'art. 1050 del codice civile del 1865 recitava, infatti: « La donazione è un atto di spontanea liberalità, col quale il donante si spoglia attualmente ed irrevocabilmente della cosa donata in favore del donatario che l'accetta ».

<sup>59</sup> Sul punto cfr. MARICONDA (nota a Cass. 20 dicembre 1992), *Trasferimenti atipici e nullità per mancanza di causa*, in *Corr. giur.*, 1993, pp. 178 s., il quale sottolinea, come la ragione giustificatrice del trasferimento « non può essere individuata nel motivo, qualunque esso sia, che ha determinato la decisione dell'alienante »; occorre, infatti, che sussista « una causa capace di giustificare il trasferimento e, quindi, di dare il senso dell'operazione traslativa considerata dall'angolo di visuale di entrambi i contraenti » secondo il già noto concetto di *expressio causae*. Non sarà, così, sufficiente il semplice intento di trasferire un bene (v. anche Cass. 21 gennaio 1965, n. 1299, in *Giur. it.*, 1967, pp. 214 ss.), perché inidoneo ad « identificare lo scopo specifico che qualifica detto trasferimento » risultando nulla « per mancanza di causa giuridica, la convenzione con la quale semplicemente si ceda ad altri la proprietà di un bene, sen-

za che risulti, esplicitamente o implicitamente dalla convenzione stessa (o comunque da altro negozio collegato, come indicato da Cass. 9 ottobre 1991, n. 10612, in *Giust. civ.*, 1991, I, pp. 2395 ss., con nota di GAZZONI, *Babbo Natale e l'obbligo di dare*) il titolo specifico (donazione, vendita, permuta, *datio in solutum* ecc.) che qualifica il negozio ».

<sup>60</sup> Cfr. Cass. 14 settembre 1976, n. 3150, *cit.*, pp. 771 ss., la quale ritiene che negli atti ove risulti assente alcun corrispettivo la causa sottostante può essere costituita: da una mera condiscendenza (manca ogni interesse nella prestazione da fornire come nel caso del trasporto di cortesia), o dallo spirito di liberalità (rileva l'interesse morale, non economico dell'atto), o dal proposito di soddisfare un proprio interesse economico apprezzabile e perciò giuridicamente rilevante. Sul medesimo punto cfr. anche Cass. 20 settembre 1992, n. 12401, in *Foro it.*, 1993, I, pp. 1506 ss., con nota di CARINGELLA, *Alla ricerca della causa nei contratti gratuiti atipici* (a commento della stessa: MARICONDA, in *Corr. giur.*, 1993, pp. 176 ss.); Cass. 14 novembre 1994, n. 9562, in *Giur. it.*, 1995, pp. 1920 ss., con nota di GIANOLA, *Verso il riconoscimento della promessa ati-*

concreta propria al singolo negozio<sup>61</sup> e non al modello tipico ed astratto »<sup>62</sup>.

Nel paragrafo successivo si indicheranno, brevemente, le diverse norme relative alla tutela del consumatore e alla *privacy* per, poi, verificare l'esistenza di eventuali difformità nei formulari dei diversi *providers*.

### 1.1. I CONTRATTI DEI CONSUMATORI.

I contratti gratuiti sono stati, oggi sicuramente in forma minore, uno degli elementi del processo catalizzatore diretto ad una rapida diffusione di *internet* fra quei soggetti « non professionisti »<sup>63</sup>: i consumatori<sup>64</sup>, già oggetto di particolare attenzione da parte del legislatore europeo. In questi anni in Italia, infatti, è andato costituendosi, per effetto delle diverse direttive comunitarie, un *corpus* normativo: il diritto dei consumatori, vera è propria « branca dell'ordinamento dove si intersecano normative di carattere generale e normative di carattere speciale »<sup>65</sup>. L'espressione « I contratti dei consumatori », utilizzata a designare il capo XIV-*bis* del codice civile<sup>66</sup> (Artt. 1469-*bis* ss.), vuole significare l'insieme delle regole di portata generale che riguardano i contratti tra il professionista e il consumatore aventi per oggetto la « cessione dei beni o la prestazione dei servizi »

*pica, informale, gratuita, ma interessata*; App. Milano 11 marzo 1997, in *Corr. giur.*, 1997, pp. 805 ss., con nota di LOMBARDI, *È valida l'opzione c.d. gratuita?*; Trib. Roma 11 gennaio 1995, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, pp. 945 ss., con nota di SICCHIERO, *Osservazioni sul contratto gratuito atipico*.

<sup>61</sup> Riguardo alla nozione di causa in concreto cfr. SACCO, *La causa*, in RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto privato, Obbligazioni e contratti*, vol. X, Tomo 2, 1993, pp. 319 ss.

<sup>62</sup> Cass. 10 gennaio 1973, n. 37, in *Foro amm.*, 1973, I, pp. 289 ss. Diversamente, GORLA, *Causa, consideration e forma nell'atto di alienazione inter vivos*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, pp. 174 ss., il quale, al fine di escludere la liberalità dell'atto, non sembra soffermarsi intorno ad una valutazione riguardante l'adeguatezza della causa o il valore economico della prestazione. Infatti, « se risulta che non vi fu l'intento di fare una donazione *cum onere*, ma quello di "scambiare" un bene con una prestazione, anche non avente valore tipicamente economico, l'alienazione seguita dalla consegna, sarà valida ed irripetibile, senza bisogno dell'atto pubblico. E ciò anche se la causa sembra inadeguata al *quantum dato*, oppure futile, non socialmente produttiva ».

<sup>63</sup> La recente indagine della Camera dei deputati, Servizio Commissioni indagini conoscitive e doc. leg.va, n. 40, « *Il commercio elettronico* », X Commissione,

Atti parlamentari, XIII Legislatura, ha rilevato che in Italia il 65% delle transazioni elettroniche riguarda il *Business to business* e solo il 35% il *business to consumer* con una previsione, riguardo al primo, di arrivare alla fine del 2003 al 77%. I consumatori sono ancora una percentuale assai minore, se considerata in questa proporzione, ma, sempre secondo la stessa indagine, solo il 32% delle famiglie possiede un *personal computer* e circa 14 milioni di persone, il 25% della popolazione, ha utilizzato *internet* nell'ultimo trimestre del 2000. Entrambi questi dati sembrerebbero destinati a raddoppiarsi, secondo la previsione della Commissione, nel 2003 costituendo un indice forse più importante, ai fini del futuro sviluppo della Rete, rispetto a quello del *Businnes to Businnes*.

<sup>64</sup> L'art. 1469-*bis*, comma secondo, c.c., riporta la definizione di consumatore: « la persona fisica che agisce per scopi estranei alla attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta » e di professionista: « persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che, nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale utilizza il contratto ».

<sup>65</sup> ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 1999, p. 13.

<sup>66</sup> Capo aggiunto dall'art. 25, legge 6 febbraio 1996, n. 52 (in attuazione Dir. 93/13/CEE) recentemente modificata con legge 21 dicembre 1999, n. 526.

e sembra costituire il punto di incontro, come alcuna dottrina ha affermato, dei molti interventi comunitari tendenti a tutelare i consumatori nelle diverse fasi in cui è possibile « scomporre il rapporto con i professionisti »: l'informazione e la pubblicità, il finanziamento, la conclusione del contratto, l'eventuale produzione di danno per i prodotti e servizi acquisiti<sup>67</sup>. In particolare il legislatore fa riferimento a tutte quelle clausole vessatorie<sup>68</sup> che, « malgrado la buona fede », determinano a danno del consumatore « un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto » (art. 1469-bis, comma primo, c.c.). Le norme accennate vengono a porsi accanto a quelle già presenti nel codice, poste a tutela, indifferentemente, di professionisti e consumatori: *l'interpretatio contra proferentem* (art. 1370 c.c.), le clausole di esonero o di limitazione della responsabilità (art. 1229 c.c.) ed, infine, le condizioni generali di contratto, riferite alla conoscibilità e agli oneri formali per l'impiego delle clausole vessatorie (art. 1341 c.c.) e i contratti conclusi mediante moduli o formulari (art. 1342 c.c.). Queste ultime due, nonostante il costante richiamo nei diversi formulari italiani esaminati, non sembrano più doversi applicare ai contratti fra professionisti e consumatori in ragione della nuova disciplina prevista agli articoli 1469-bis ss. c.c.<sup>69</sup>, che insieme alla disciplina sui contratti a distanza costituiscono un nuovo e più efficiente sistema di tutela del consumatore rispetto alle accennate disposizioni. Infatti, riguardo alla particolare modalità di conclusione *on-line* dei contratti in esame, non meno importante, oltre alle norme indicate, deve considerarsi la disciplina, susseguitesi a breve distanza di tempo, in tema rispettivamente: di contratti negoziati dal consumatore al di fuori dei locali commerciali, D.Lgs. 15 gennaio 1992 n. 50 (in attuazione Dir. 85/577/CEE), e di contratti conclusi a distanza D.Lgs. 22 maggio 1999, n. 185 (in attuazione Dir. 97/7/CE). Riguardo alla prima, il legislatore nazionale ha esteso l'ambito della direttiva comunitaria<sup>70</sup> anche ai « contratti riguardanti la fornitura di beni o la prestazione di servizi, negoziati al di fuori dei locali commerciali sulla base di offerte effettuate al pubblico tramite il mezzo televisivo o altri mezzi audiovisivi, e finalizzate ad una diretta stipulazione del contratto stesso, nonché ai contratti conclusi mediante l'uso di strumenti informatici e telematici »<sup>71</sup>. Simile « estensione » viene, poi, recepita nella seconda direttiva 97/7/CE, sui contratti a distanza, dove è discipli-

<sup>67</sup> ALPA, *I contratti dei consumatori*, in BESSONE (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, p. 612; dello stesso Autore, cfr. anche *Il diritto dei consumatori*, cit., 1999, p. 216.

<sup>68</sup> Nel testo della legge il legislatore utilizza anche il termine clausole abusive. Il termine costituisce, come già ampiamente affermato in dottrina (v. per tutti ALPA, *I contratti dei consumatori*, in BESSONE (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 615 s.), un errore nella versione italiana della direttiva che poi è entrato a far parte anche del corpo del testo di recepimento. Le due espressioni, clausole abusive o vessatorie, sembrano così intendersi, in questo senso, omologhe.

<sup>69</sup> Per un più approfondito esame v. nota n. 147.

<sup>70</sup> L'art. 1, comma primo, Dir. 85/577/CEE, recita, infatti, che « la presente direttiva si applica ai contratti stipulati tra un commerciante che fornisce beni o servizi e un consumatore: durante un'escursione organizzata dal commerciante al di fuori dei propri locali commerciali, o durante una visita del commerciante (i) al domicilio del consumatore o a quello di un altro consumatore; ii) sul posto di lavoro del consumatore, qualora la visita non abbia luogo su espressa richiesta del consumatore ».

<sup>71</sup> Art. 9, comma primo, D.Lgs. 50/1992.

nata quella particolare tipologia di contratti in cui il fornitore, utilizza esclusivamente, come recita l'art. 1, lett. *a* del decreto di attuazione, D.Lgs. 185/99, «una o più tecniche di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso» per tutti i contratti «aventi per oggetto beni o servizi stipulati tra un fornitore e un consumatore»<sup>72</sup>. Il contratto gratuito di accesso ad *internet* sembra rientrare in quest'ultima previsione e, comunque, come prevede lo stesso decreto legislativo all'art. 15, viene fatta salva l'applicazione, per quanto riguarda il D.Lgs. 50/92, delle disposizioni più favorevoli al consumatore. Ugual principio sembra doversi seguire al fine di un migliore coordinamento fra le diverse norme che ancora concorrono al fine di garantire una più ampia tutela del consumatore.

Il principio di «protezione» del consumatore è ribadito ancora una volta a livello comunitario<sup>73</sup> nella recente direttiva «relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico nel mercato interno (Direttiva sul «commercio elettronico») 2000/31/CE. Questa stabilisce, infatti, che non deve essere arrecato «alcun pregiudizio del livello di protezione» costituito dagli atti nazionali di recepimento e dalle diverse normative comunitarie (art. 1, comma terzo), le ultime elencate al *considerando* n. 11<sup>74</sup>, che insieme

<sup>72</sup> A proposito di contratto a distanza la direttiva 97/7/CE al *considerando* n. 9 afferma che: «il contratto negoziato a distanza è caratterizzato dall'impiego di una o più tecniche di comunicazione a distanza; che queste diverse tecniche sono utilizzate nell'ambito di un sistema organizzato di vendita o prestazione di servizi a distanza senza che vi sia la presenza simultanea del fornitore o del consumatore; che la costante evoluzione di queste tecniche non consente di redigerne un elenco esaustivo, ma richiede che siano definiti i principi validi anche per quelle tecniche che non sono ancora impiegate». In allegato al D.Lgs. 195/99 viene, inoltre, riportato un elenco delle tecniche di comunicazione a distanza e fra queste rientrano il videotelefono, teletext con tastiera o schermo sensibile al tatto, posta elettronica, fax, televisore.

<sup>73</sup> La tutela del consumatore costituisce, ormai, un elemento di grande importanza all'interno dello stesso trattato istitutivo della Comunità Europea modificato dal Titolo II (art. G) del trattato di Maastricht. L'art. 3, lett. *s*, del Trattato prevede, infatti, tra i fini dell'Unione «un contributo al rafforzamento della protezione dei consumatori», ma in particolar modo con l'introduzione del titolo IX «Protezione dei consumatori» vengono indicate all'art. 129A, primo comma, esplicitamente «le misure e le azioni specifiche» mediante le quali la Comunità possa conseguire un elevato livello di protezione dei consumato-

ri, rispettivamente: «*a*) misure adottate in applicazione dell'art. 100A nel quadro della realizzazione del mercato interno; *b*) azioni specifiche di sostegno e di integrazione della politica svolta dagli stati membri al fine di tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori e di garantire un'informazione adeguata». Queste ultime non devono impedire, «ai singoli Stati membri di prendere misure di protezione più rigorose» compatibili con il Trattato e notificate alla Commissione (art. 129A, terzo comma). Infine, anche all'art. 100A, terzo comma, viene previsto un livello elevato di protezione del consumatore anche nelle proposte di direttiva da parte della Commissione. L'articolo normativo esposto sembra, così, influire, da una parte sulle stesse direttive come nel caso della direttiva 93/13/CEE, dove, all'art. 8 viene permesso agli stessi membri di adottare disposizioni più severe per garantire un livello di protezione più adeguato al consumatore; dall'altra sulla necessaria armonizzazione fra le diverse direttive comunitarie che sembra non potersi realizzare senza che il risultato non sia una maggiore protezione dei consumatori (sul punto cfr. SCARPELLO, *Contratti dei consumatori ed interpretazione del diritto privato comunitario: le clausole vessatorie riprodotte di regolamenti nazionali*, in *Interlex*, 2000, pp. 3 ss).

<sup>74</sup> Il *considerando* n. 11 richiama, innanzitutto, le direttive: 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, *concernente*

alla nuova direttiva garantirebbero « un alto livello di protezione degli obiettivi di interesse pubblico ed in particolare la protezione dei minori e della dignità umana, la tutela dei consumatori e la salute pubblica » (*considerando* n. 10). La direttiva, prevede, inoltre a favore dei consumatori:

a) l'adozione da parte degli stati membri di misure proporzionate dirette a limitare la libera prestazione di servizi della società dell'informazione solo nel caso in cui sia necessario ai fini della protezione dei consumatori, compresi i risparmiatori, per evitare seri e gravi rischi di lesione dei loro interessi (art. 3, comma quarto, lett. a, punto i);

b) l'espresso richiamo alla normativa comunitaria per quanto riguarda in particolare: la disciplina delle informazioni che devono essere fornite prima della conclusione del contratto (art. 10)<sup>75</sup>, le informazioni relative

*le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori e 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 1997, riguardante la protezione dei consumatori a distanza.* Entrambi « costituiscono un'acquisizione essenziale per la tutela del consumatore in materia contrattuale e devono continuare ad applicarsi integralmente ai servizi della società dell'informazione ». Inoltre viene, anche, fatto riferimento a tutte quelle direttive che fanno parte dell'*acquis* comunitario: « la direttiva 84/450/CEE del Consiglio, del 10 settembre 1984, *concernente la pubblicità ingannevole e comparativa*; la direttiva 87/102/CEE del Consiglio, del 22 dicembre 1986, *relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo*; la direttiva 93/22/CEE del Consiglio, del 10 maggio 1993, *relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari*; la direttiva 90/314/CEE del Consiglio, del 13 giugno 1990, *concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti « tutto compreso »*; la direttiva 98/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 1998, *relativa alla protezione dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori*; la direttiva 92/59/CEE del Consiglio, del 29 giugno 1992, *relativa alla sicurezza generale dei prodotti*; la direttiva 94/47/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 1994, *concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili*; la direttiva 98/27/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 maggio 1998, *relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori*; la direttiva 85/374/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1985, *relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed*

*amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno dei prodotti difettosi*; la direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, *su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo*, la futura direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, *concernente la vendita a distanza di servizi finanziari ai consumatori* e la direttiva 92/28/CEE del Consiglio, del 31 marzo 1992, *concernente la pubblicità dei medicinali per uso umano*. Prevede, inoltre, che sia fatto salvo: « il disposto della direttiva 98/43/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 6 luglio 1998, *sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità e di sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco, adottata nell'ambito del mercato interno, e delle direttive sulla protezione della sanità pubblica* ». Infine afferma che « la presente direttiva integra gli obblighi di informazione stabiliti dalle suddette direttive e, in particolare dalla direttiva 97/7/CE ».

<sup>75</sup> L'art. 10 prevede, inoltre, che il prestatore fornisca in modo chiaro, comprensibile ed inequivocabile, prima dell'inoltro dell'ordine da parte del destinatario del servizio e salvo diverso accordo fra le parti diverse dai consumatori, almeno le seguenti informazioni: le varie fasi tecniche della conclusione del contratto; l'eventuale archiviazione del contratto concluso da parte del prestatore e le modalità per accedervi; i mezzi tecnici per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine; le lingue a disposizione per concludere il contratto; l'indicazione degli eventuali codici di condotta pertinenti cui aderisce il prestatore e le modalità per accedervi per via elettronica. Quanto affermato non è applicabile ai contratti conclusi esclusivamente mediante scambi di messaggi di posta elettronica o

al portatore e alle comunicazioni commerciali (artt. 5 e 6)<sup>76</sup>, e infine le comunicazioni commerciali non richieste al destinatario, art. 7<sup>77</sup> dove viene ribadita l'applicazione delle direttive: 97/7/CE (contratti a distanza) e 97/66/CE (riservatezza delle telecomunicazioni).

Rimane, invece, incerto il carattere generale o speciale della nuova direttiva rispetto alle norme accennate, al fine di determinare la rilevanza delle diverse integrazioni<sup>78</sup>, mentre sembra essersi chiaramente delineata la nuova figura dell'*e-consumer* nel già complesso e articolato panorama normativo in tema di tutela del consumatore<sup>79</sup>.

## 1.2. LA PRIVACY.

La relazione per l'anno 2000 del Garante sulla *Privacy* sottolinea la crescente importanza « dell'universo delle telecomunicazioni », suddiviso « fra il settore della telefonia e delle reti informatiche »<sup>80</sup>. Quest'ultimo set-

comunicazioni individuali equivalenti. Infine, le clausole e le condizioni generali del contratto proposte al destinatario dovranno essere messe a sua disposizione in un modo che egli possa memorizzarle e riprodurle.

<sup>76</sup> L'art. 5 prevede che il prestatore renda facilmente accessibili in modo diretto e permanente le seguenti informazioni: nome, indirizzo geografico, indirizzo di posta elettronica (o, più in generale, gli estremi che permettono di contattare rapidamente il prestatore e di comunicare direttamente ed efficacemente con lui); i dati relativi all'eventuale iscrizione in registri pubblici o albi professionali; gli estremi della competente autorità di controllo nel caso in cui l'attività sia soggetta ad autorizzazione; se il prestatore esercita un'attività soggetta ad IVA, il numero di identificazione di cui all'articolo 22, paragrafo 1, della direttiva 77/388/CEE del Consiglio, del 17 maggio 1977, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari - *Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile interne*. Per quanto riguarda, infine, i prezzi questi devono essere indicati in maniera chiara ed inequivocabile e devono segnalarsi anche eventuali oneri fiscali e spese di trasporto. All'art. 6 è previsto che le comunicazioni commerciali rispettino le seguenti « condizioni minime »: l'identificabilità sia di ogni comunicazione commerciale come tale, sia della persona fisica o giuridica per conto della quale viene effettuata la comunicazione commerciale; l'identificabilità delle offerte promozionali come ribassi, premi od omaggi unitamente all'accessibilità e la presentazione in modo chiaro delle condizioni di

partecipazione alle stesse. Alla medesima disciplina sono assoggettati i concorsi e i giochi. Riguardo a questi ultimi cfr. *considerando* n. 16 della direttiva.

<sup>77</sup> La direttiva fa, infatti, obbligo ai fornitori di servizi di identificare chiaramente le informazioni commerciali non richieste dal destinatario e consultare regolarmente il registro nel quale sono iscritte le presone fisiche che non desiderano ricevere tali comunicazioni.

<sup>78</sup> Intorno al problema del coordinamento fra la direttiva e la normativa « consumeristica » cfr. ZENCOVICH, *La tutela del consumatore nel commercio elettronico*, in questa *Rivista*, 2000, pp. 450 ss., il quale ritiene sussistere sostanzialmente la seguente possibile alternativa: la direttiva « rappresenta una *lex generalis*, che viene derogata dalla normativa consumeristica, qualificabile come *lex specialis*, o, diversamente, entrambi siano normative fra loro autonome che si integrano solo ove previsto ». Lo stesso autore afferma, tuttavia, che la soluzione al dilemma non sia possibile, almeno per ora, senza un chiarimento ad opera « dei singoli legislatori nazionali » anche se, comunque, la disciplina consumeristica quale branca dell'ordinamento è « infinitamente più grande di quella della direttiva sul commercio elettronico ». A sostegno di tale affermazione è sufficiente pensare al rapporto fra l'accennata direttiva e la direttiva 97/7/CE, sulla protezione dei consumatori nei contratti a distanza, dove l'ambito di applicazione risulta più ampio.

<sup>79</sup> Cfr. MEMMO, *La privacy informatica linee di un percorso normativo*, in *Contr. imp.*, 2000, p. 1216.

<sup>80</sup> Relazione Garante 2000, cit., p. 54, nella quale il Garante sembra così afferma-

tore è stato oggetto, di un intenso lavoro svolto dal Garante, innanzi tutto a livello nazionale, indirizzato alla verifica della conformità delle modalità di attivazione ed erogazione dei servizi di telecomunicazione su reti informatiche alla disciplina relativa sia alla protezione dei dati personali, L. 675/96, sia alla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni, D.Lgs. 13 maggio 1998, n. 171 (in attuazione Dir. 97/66/CE), ambedue modificati dal recente D.Lgs. 28 dicembre 2001 n. 467. L'attività del Garante si è svolta, poi, « parallelamente », in modo più ampio all'interno del Gruppo di Lavoro Europeo delle Autorità Garanti<sup>81</sup>. Il quadro tracciato in questi anni ha mostrato la crescente pericolosità dei vari tipi di trattamento dei dati personali con sistemi *software* e *hardware* che permettono di raccogliere (ad esempio: all'interno di un sito *web*, di una *news group*, o di un *forum on line*) un numero elevato di informazioni sulle persone,

re, riferendosi alle telecomunicazioni, l'applicabilità ad *internet*, oltre della normativa di carattere generale sulla *privacy*, anche del D.Lgs. 13 maggio 1998, n. 171, recante disposizioni in materia di tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni, in attuazione della direttiva 97/66/CE. A sostegno di tale ipotesi vi sono, innanzitutto, le diverse pronunce, relative all'applicazione di entrambe le direttive 95/46/CE e 97/66/CE, del Gruppo di Lavoro europeo delle Autorità Garanti, in particolare cfr. all'indirizzo [www.europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/media/dataprot/wpdocs/](http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/media/dataprot/wpdocs/): Documento di lavoro, *Trattamento dei dati personali di Internet*, del 23 febbraio 1999; Parere n. 2/2000, *concernente la revisione generale del quadro giuridico delle telecomunicazioni*; Parere 7/2000, *sulla proposta della Commissione europea di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche del 12 luglio 2000 COM (2000) 385*. Allo stesso modo la direttiva sul commercio elettronico, 2000/31/CE ritiene « integralmente applicabili ai servizi della società dell'informazione » le due direttive 95/46/CE e 97/66/CE (v. *considerando* n. 14, Dir. 2000/31/CE). Infine, alla già accennata disciplina, si aggiunge in ambito nazionale il D.P.R. 19 settembre 1997, n. 318, *Regolamento per l'attuazione di direttive comunitarie nel settore delle telecomunicazioni*. L'art. 6, comma primo, D.P.R. 318/97, subordina « l'offerta al pubblico di servizi di telecomunicazioni diversi dalla telefonia vocale, dall'installazione e dalla fornitura di rete pubbliche di telecomunicazioni comprese quelle basate sull'impiego di radiofrequenza » ad una autorizzazione generale. Il *provider* sembra così tenuto a presentare, prima di iniziare la propria attività, una dichiarazione

all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni secondo quanto previsto all'art. 3, della delibera della stessa Autorità, 467/00/CONS (cfr. sul punto CARIDI, *op. cit.*, pp. 778 ss.).

<sup>81</sup> In ambito nazionale si segnala il parere del Garante, 13 gennaio 2000, riguardante il procedimento di indagine nei confronti del servizio di accesso gratuito ad *internet* « Libero », di Infostrada, avviato nel luglio del 1999. Invece, riguardo all'attività svolta dal Garante all'interno del Gruppo di lavoro europeo delle Autorità Garanti, si segnalano fra gli altri i seguenti documenti reperibili sul sito [www.europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/media/dataprot/wpdocs/](http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/media/dataprot/wpdocs/): Raccomandazione n. 3/97, *concernente l'anonimato su internet*; Raccomandazione n. 1/99, *sul trattamento invisibile ed automatico dei dati personali su internet effettuato da software e hardware*; Documento di lavoro, *concernente il trattamento dei dati personali su internet*, del 23 febbraio 1999; Raccomandazione n. 1/2000, *sull'attuazione della direttiva 94/46/CE*; Parere n. 1/2000, *su alcuni aspetti del commercio elettronico relativi alla protezione dei dati personali*; Parere n. 2/2000, *concernente la revisione generale del quadro giuridico delle telecomunicazioni*; Parere 7/2000, *sulla proposta della Commissione europea di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche del 12 luglio 2000 COM (2000) 385*; Parere n. 1/2001, *sullo schema di decisione della Commissione relativa alle clausole contrattuali per il trasferimento dei dati personali nei paesi terzi ai sensi dell'art. 26, direttiva 95/46/CE*; Raccomandazione 17 maggio 2001, *relativa ai requisiti minimi per la raccolta dei dati on-line nell'Unione europea*.

in alcuni casi in modo « invisibile » ed in forma digitale. Quest'ultima consente « la manipolazione, l'alterazione e la comunicazione a terzi ad alta velocità e a basso costo dei dati »<sup>82</sup>. Infatti, i diversi elaboratori collegati in rete si scambiano normalmente, al fine di una corretta connessione, i dati essenziali, i c.d. dati « transazionali » (*transactional data*), ma nel caso di connessione con la rete *internet* il numero delle informazioni scambiate è molto elevato per la struttura del *world wide web* che permette all'utente di interagire con il servizio creando una particolare traccia detta « *clicktrails* » di dati transazionali<sup>83</sup>. La comunicazione nella Rete avviene attraverso il *browser*, programma progettato per collegare l'elaboratore dell'utente con quello a distanza e rilasciare le diverse informazioni fra le quali: il tipo e il linguaggio del *browser*, i diversi programmi installati dall'utente, il sistema operativo, la pagina di riferimento e, in alcuni casi, viene configurato per trasmettere, sistematicamente, dati personali raccolti durante la connessione (soluzione, come già indicato, utilizzata da alcuni *providers* statunitensi)<sup>84</sup>. Lo stesso browser permette, inoltre,

<sup>82</sup> Gruppo di lavoro europeo delle Autorità Garanti, Raccomandazione n. 3/97, cit.

<sup>83</sup> Il Garante ha recentemente annunciato di aver avviato una indagine conoscitiva per chiarire alcuni importanti aspetti: « Innanzitutto se le informazioni strettamente necessarie alla consultazione delle pagine *web* vengono utilizzate anche per altri scopi e se i dati relativi alle navigazioni su *internet* vengono in qualche modo registrati dal sito visitato. L'Autorità vuole, inoltre, sapere se ed in quali forme sono installati dispositivi o programmi (anche diversi dai *cookies*), quale è la loro funzione, quali tipi di dati vengono eventualmente raccolti e utilizzati, se questi dati vengono trasmessi a terzi ed il periodo di tempo durante il quale essi rimangono presenti nell'elaboratore dell'utente *internet* » (Garante Privacy, Newsletter 3 settembre 2001, *Privacy su internet: indagine conoscitiva del Garante*, in [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it)). Riguardo allo stesso oggetto dell'indagine cfr. Gruppo di lavoro europeo delle Autorità Garanti, Raccomandazione del 17 maggio 2001, cit., che ha indicato precisi adempimenti ai fini del rispetto della *privacy* nella Rete. L'informativa deve trovarsi sulla *home page* e, comunque, prima dell'inizio della raccolta dei dati, e deve mettere in evidenza: l'identità e l'indirizzo del titolare del trattamento; la finalità di trattamento; la chiara distinzione fra informazioni dell'utente obbligatorie e opzionali; la modalità di esercizio dei diritti di accesso, rettifica, cancellazione, opposizione al trattamento; l'indicazione dei soggetti eventualmente destinatari delle informazioni raccolte; le informazioni relative alle misure di sicurezza, adottate per garantire

l'integrità e la riservatezza dei dati raccolti; l'indicazione dell'esistenza di *cookies* o altri dispositivi che provvedono al trattamento automatico dei dati; possibilità di utilizzare pseudonimi. Inoltre viene sancito il divieto di utilizzare indirizzi di posta elettronica ricavati da aree di libero accesso « pubbliche » della Rete ai fini dell'attività di *marketing* senza informativa e consenso. Tutto questo deve realizzarsi secondo l'utilizzo di adeguati strumenti al fine di pienamente realizzare una reale tutela della *privacy*: finestre a scomparsa, caselle da selezionare, messaggi *pop up*.

<sup>84</sup> In alcune recenti versioni dei programmi *browser*, fra i quali *internet explorer 6*, è possibile intervenire sui c.d. criteri di *privacy*. Riguardo al *browser internet explorer 6*, lo stesso manuale sull'utilizzo delle diverse funzioni, alla voce « Informazioni sui criteri di *privacy* », sottolinea che « i criteri di *privacy* impostati per un sito *web* offrono indicazioni sul tipo di informazioni disponibili nel sito *web*, sui destinatari di tali informazioni e sul loro utilizzo (...) Un sito *web*, tuttavia, può accedere solo alle informazioni sull'identità personale fornite dall'utente stesso oppure può accedere alle scelte effettuate durante l'esplorazione del sito. Ad esempio, un sito *web* non può rilevare l'indirizzo di posta elettronica, a meno che l'utente non lo fornisca, né può accedere ad altre informazioni presenti nel computer dell'utente. Le informazioni personali fornite a un sito *web* possono venire memorizzate in un *cookie*, ovvero un *file* di piccole dimensioni che viene salvato nel computer dell'utente. Molti siti *web* forniscono dichiarazioni sul trattamento dei dati personali sotto forma di documenti che è pos-

di visualizzare graficamente la pagina scelta, di inviare e scaricare la posta elettronica, e di prendere parte a gruppi di discussione. In *internet* vengono, inoltre, utilizzati altri *software* progettati per la raccolta « invisibile » dei dati quali ad esempio: « il *chattering* a livello HTTP1, “*hyperlink*” automatici a terzi, il contenuto attivo (come Java, ActiveX o altre tecniche di scrittura basate sull'utente), il meccanismo dei *cookies* »<sup>85</sup> e i *gif* o cimici del *web*.

Dopo quanto affermato vi è, pertanto, il rischio che i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, e in particolare il diritto alla vita privata, non trovino facile riconoscimento all'interno della Rete, dove i dati personali possono essere oggetto, senza alcun consenso, di trattamento<sup>86</sup>. Per trattamento dei dati personali, si intende « quell'operazione o complesso di operazioni, svolte con o senza l'ausilio di mezzi elettronici o comunque automatizzati, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione, la distruzione dei dati » che hanno per oggetto, « qualsiasi informazione relativa a persona fisica, persona giuridica, ente o associazione, identificati o identificabili, anche indirettamente mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale » (art. 1, comma secondo, lett. b e c, L. 675/96).

Al momento della conclusione del contratto di accesso l'aderente deve « digitare » all'interno di uno dei *forms on line*, secondo lo schema già accennato, i propri dati personali fra i quali: nome cognome, sesso, residenza, occupazione e il numero di un documento di identità valido<sup>87</sup>.

sibile visualizzare in *internet*, e in alcuni casi anche un'informativa sulla *privacy* P3P (*Platform for Privacy Preferences*). Se un sito *web* adotta i criteri di *privacy* P3P, *Internet Explorer* può visualizzarli. *Internet explorer* può, inoltre, confrontare i criteri di *privacy* dell'utente con i criteri di *privacy* P3P del sito e quindi decidere se consentire o meno al sito *web* di salvare *cookie* nel computer dell'utente ». In questo senso grande rilievo rivestono le funzioni relative alla *privacy* le quali, sempre secondo lo stesso manuale, « consentono di proteggere le informazioni sull'identità dell'utente, poiché aiutano a capire meglio in che modo tali informazioni possono venire utilizzate dai siti *web* visitati e offrono la possibilità di specificare le impostazioni con cui si autorizza o meno il salvataggio di *cookie* nel computer da parte dei siti *web* ». Le funzioni relative alla *privacy* di *Internet Explorer* sono le seguenti: 1) impostazioni relative alla *privacy* che specificano in che modo il computer gestisce i *cookie*; 2) gli avvisi di *privacy* informano l'utente quando un sito non risponde ai criteri delle impostazioni relative alla *privacy*; 3) possibilità di visualiz-

zare il criterio di *privacy* P3P di un sito *web*. In questo modo le funzioni di protezione « evitano che persone non autorizzate possano accedere a informazioni personali senza il consenso dell'utente, ad esempio al numero della carta di credito per effettuare acquisti su *internet* ». Infine, sarà possibile impostare il *browser* in tre modi: bloccare tutti i *cookies*, scegliere fra uno dei quattro livelli di protezione (alto, medio alto, medio, basso) o, altrimenti, escludere ogni controllo.

<sup>85</sup> Gruppo di lavoro europeo delle Autorità Garanti, Raccomandazione 1/99, cit.

<sup>86</sup> Riguardo al pericolo informatico la legge spagnola sulla *privacy*, 29 Ottobre 1992 n. 5, all'art. 1, diversamente dalla direttiva, afferma con chiarezza che la disciplina sulla *privacy* vuole « limitare l'uso dell'informatica e di altre tecniche e mezzi per il trattamento automatizzato dei dati di carattere personale al fine di garantire l'onore e l'intimità personale e familiare delle persone fisiche nonché il pieno esercizio dei loro diritti ».

<sup>87</sup> Il codice di deontologia e buona condotta per i servizi telematici adottato dalla

Questi dati, insieme ad altri acquisiti dal *provider* italiano durante il collegamento, vengono suddivisi in tre differenti banche dati: la prima comprende i dati anagrafici e lo *username*, la seconda è costituita dall'archivio delle *passwords*, parole d'ordine o chiavi private, infine, la terza, (detta *Log*)<sup>88</sup> contiene le registrazioni automatiche dei principali dati relativi: alla durata del collegamento, ai numeri *IP* assegnati all'elaboratore dell'abbonato per le diverse connessioni<sup>89</sup> e ai siti *web* visitati<sup>90</sup>. L'utilizzo del *log* permette al fornitore dell'accesso di poter « associare » i diversi dati contenuti nelle diverse banche dati e in questo modo « monitorare » l'attività svolta in rete dall'abbonato per un duplice scopo: da una parte controllare l'efficienza del sistema, dall'altra, e in particolar modo, per le diverse finalità contrattuali, ad esempio la già accennata « profilazione »<sup>91</sup>, o extracontrattuali per verificare su richiesta dell'autorità giudiziaria la commissione di eventuali illeciti<sup>92</sup>. Il « monitoraggio » tuttavia non è relativo alla rilevazione di ogni informazione relativa alla connessione, perché viene nella maggior parte dei casi, come sottolineato nei diversi formulari, limitato a tutti quei dati non sensibili<sup>93</sup> utili ai fini della creazione del profilo commerciale dell'abbonato, diversamente sarebbe necessario un consenso scritto dell'interessato-abbonato e la richiesta della autorizzazione al Garante qualora non siano applicabili le autorizzazioni generali già predisposte dalla medesima Autorità. Riguardo ai dati personali trattati l'interessato-abbonato avrà comunque diritto secondo quanto disciplinato dalla L. 675/96: ad un corretto-leale trattamento e alla qualità dei dati personali<sup>94</sup> (art. 9); ad esprimere un con-

---

Associazione Nazionale Fornitori di Video audio informazione, approvato in data 1 gennaio 1998, all'art. 6, primo comma, lett. a, prevede che « i fornitori di accesso e di servizi (...) accertano l'identità degli abbonati richiedendo l'esibizione o la produzione di un documento personale ».

<sup>88</sup> L'art. 6, primo comma, lett. c, codice di deontologia e di buona condotta per i servizi telematici, recita che i fornitori di accesso e di servizi mantengono un *log* attraverso il quale sia possibile risalire all'identità degli utenti o degli abbonati che hanno fatto accesso o abbiano concesso a terzi la facoltà di accedere al sistema o alla rete telematica, in via temporanea o permanente ». Per *log* si intende: « uno o più sistemi o registri alfanumerici che permettono di ricostruire l'attività svolta dall'utente » (art. 2, codice di deontologia e di buona condotta per i servizi telematici).

<sup>89</sup> Il numero *IP* viene definito dinamico in quanto, a causa dell'alto numero di abbonati e della scarsa quantità di numeri *IP* disponibili, il *provider* assegnerà un numero diverso, in modo casuale, alla stesso elaboratore per ogni accesso.

<sup>90</sup> Sul punto cfr. GRIPPO, *Analisi dei dati personali presenti su internet. La legge n. 675/96 e le reti telematiche*, in *Riv.*

*crit. dir. priv.*, 1998, p. 651 s.; TOSI, *op. cit.*, pp. 594 ss.

<sup>91</sup> La profilazione, ottenuta raccogliendo i diversi dati sulla rete, prende il nome di *online profiling*. Questa tecnica trova largo utilizzo, come afferma Macca-boni, *op. cit.*, pp. 426 s., nel campo pubblicitario e consiste nel processo mediante il quale le agenzie pubblicitarie, le quali si occupano della pubblicità dei siti *web*, raccolgono « i dati relativi agli utenti che prendono visione dei loro messaggi pubblicitari » i c.d. *banner*.

<sup>92</sup> V. TOSI, *Prime osservazioni sull'applicabilità della disciplina generale della tutela dei dati personali a internet e al commercio elettronico*, in questa *Rivista*, 1999, pp. 596 s.

<sup>93</sup> L'art. 22, comma primo, L. 675/96, recita che per dati sensibili si intendono quelli « idonei a rilevare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione ai partiti, sindacati associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale ».

<sup>94</sup> L'espressione « qualità dei dati personali » riassume quanto affermato all'art. 9, comma primo, lett. b, c, d, e, L. 675/96,

sensu informato (artt. 10 e 11)<sup>95</sup>, ribadito anche nel D.Lgs. 13 maggio 1998, n. 171;<sup>96</sup> a poter accedere ai dati raccolti (art. 13, comma primo,

dove è previsto che i dati devono essere: «raccolti e registrati per scopi determinati espliciti e legittimi, ed utilizzati in altre operazioni del trattamento in termini non incompatibili con tali scopi; esatti e, se necessario, aggiornati; pertinenti, completi, non eccedenti rispetto alle finalità per le quali sono raccolti o successivamente trattati; conservati in una forma che consenta l'identificazione dell'interessato per un periodo di tempo non superiore a quello necessario agli scopi per quali essi sono stati raccolti o successivamente trattati» (sul punto cfr. LOSANO, *Commento all'art. 9*, in GIANNANTONIO, LOSANO, ZENCOVICH (a cura di), *La tutela dei dati personali commentario alla legge 675/96*, cit., pp. 97 ss.).

<sup>95</sup> Il consenso dell'interessato è elemento essenziale insieme all'informativa la quale permette di conoscere le modalità e le finalità con cui i dati vengono raccolti. L'informazione perde, così, il carattere di neutralità e diviene punto centrale della L. 675/96 come afferma lo stesso RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, pp. 583-588, il quale mette in luce la veridicità di tale affermazione come è possibile constatare dalla rilevanza nella stessa legge «delle informazioni personali e non delle banche dati».

<sup>96</sup> L'art. 4, comma secondo, D.Lgs. 171/98, prevede, tuttavia, che «il trattamento finalizzato alla fatturazione per l'abbonato, ovvero ai pagamenti tra fornitori di reti in caso di interconnessione, è consentito» senza il consenso dell'abbonato, «sino alla fine del periodo durante il quale può essere legalmente contestata la fattura o preteso il pagamento». Periodo che sembra potersi estendere sino al termine relativo alla prescrizione civile di dieci anni. Inoltre, l'articolo prevede che «per le medesime finalità, possono essere sottoposti a trattamento i dati concernenti: a) il numero o l'identificazione della stazione dell'abbonato; b) l'indirizzo dell'abbonato e il tipo di stazione; c) il numero dell'abbonato chiamato; d) il numero totale degli scatti da considerare nel periodo di fatturazione; e) il tipo, l'ora di inizio e la durata delle chiamate effettuate e il volume dei dati trasmessi; f) la data della chiamata o dell'utilizzazione del servizio; g) altre informazioni concernenti i pagamenti». L'applicazione della disposizione non trova

alcuna limitazione nella legge sulla *privacy* perché «il consenso non è richiesto quando il trattamento riguarda i dati raccolti e detenuti in base ad un obbligo previsto dalla legge, da un regolamento o dalla normativa comunitaria» (art. 12, lett. a, L. 675/96). L'art. 4 non sembra, tuttavia, trovare applicazione nel caso dei contratti di accesso gratuito perché, in questo caso, viene a mancare l'obbligo della fatturazione, presupposto per l'applicazione della stessa disposizione, salvo l'esistenza di «pagamenti tra fornitori di reti in caso di interconnessione». La norma, rilevante eccezione al principio del consenso al trattamento dei dati, è stata al centro di importanti critiche da parte delle diverse Autorità Garanti europee, nella recente conferenza tenutasi ad Atene il 10 e 11 maggio 2001, dove è stato ribadito quanto già affermato, nell'aprile dell'anno 2000, a Stoccolma: «la conservazione di dati per un periodo lungo e indeterminato è da considerarsi una violazione dei diritti fondamentali garantiti dall'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sul Trattamento Automatizzato dei Dati di Carattere Personale (Convenzione n. 108 del 1981), oltre che dagli articoli 8 e 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea». In questo senso è stato espresso chiaro dissenso nei confronti «del progetto in base al quale i fornitori di servizi *internet* — allo scopo di permettere l'eventuale accesso da parte delle forze di polizia impegnate nella lotta al *cybercrime* — debbano conservare i dati, relativi al traffico in rete, per un periodo più lungo rispetto a quello richiesto a fini della sola fatturazione». Qualora, in casi specifici, fosse necessario conservare per più tempo i dati, i *providers* dovrebbero, sempre secondo le Autorità Garanti europee, dimostrare la necessità del prolungato periodo di conservazione, che dovrà comunque essere il più breve tempo possibile. La stessa direttiva 2000/31/CE all'art. 15, comma primo, sembra trovare una posizione di equilibrio fra le due opposte posizioni non prevedendo, «nella prestazione dei servizi di cui agli artt. 12 (*mere conduit*), 13 (*catching*), 14 (*hosting*)», alcun obbligo di conservazione dei dati, ma l'obbligo «di informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi» e di «comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, infor-

lett. c, punto 1)<sup>97</sup>; a rettificare, aggiornare, integrare i dati personali (art. 13, comma primo, lett. c, punto 3)<sup>98</sup>; a opporsi al trattamento dei dati personali (art. 13, comma primo, lett. d, e)<sup>99</sup>; infine, ad un sicuro trattamento dei propri dati (art. 15).

Il servizio di posta elettronica, al contrario, non ricade propriamente<sup>100</sup> all'interno della disciplina sulla *privacy*, in quanto l'oggetto è la « corrispondenza fra persone determinate »<sup>101</sup>. La corrispondenza trova particolare tutela nell'ordinamento, innanzi tutto a livello costituzionale all'art. 15 che sancisce i principi di libertà e segretezza, salvo eventuali « limitazioni per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge » e nel nuovo testo dell'art. 616 c.p., modificato con legge 547/93, sulla criminalità informatica<sup>102</sup>, dove il legislatore ha inteso estendere la nozione di corrispondenza anche alla posta elettronica riguardo ai « delitti contro la inviolabilità dei segreti ». Per corrispondenza, nello stesso articolo, si intende infatti: « quella epistolare, telegrafica, telefonica, informatica o telematica ovvero effettuata con ogni altra forma di comunicazione a distanza »<sup>103</sup>. L'art. 13, comma primo, D.P.R. 513/97, pre-

mazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati ». In questo senso v. *considerando* nn. 47 e 48, Dir. 2000/31/CE. Il Trattato sul Crimine Informatico, prevede invece l'obbligo per i *providers* di conservare copia del traffico dei propri abbonati. Questa impostazione sembra prevalere alla luce dell'adesione al Trattato di diversi paesi, ai quali, recentemente, si è aggiunta l'Italia.

<sup>97</sup> L'interessato può ottenere a cura del titolare o del responsabile « la conferma dell'esistenza o meno dei dati personali che lo riguardano, anche se non ancora registrati, e la comunicazione in forma intelligibile dei medesimi dati e della loro origine, nonché della logica e delle finalità su cui si basa il trattamento; la richiesta può essere rinnovata, salva l'esistenza di giustificati motivi, con intervallo non minore di novanta giorni ».

<sup>98</sup> Spetterà inoltre « il diritto alla cancellazione o alla trasformazione in forma anonima o al blocco dei dati trattati in violazione di legge, compresi quelli di cui non è necessaria la conservazione in relazione agli scopi per cui i dati sono stati raccolti e successivamente trattati » (art. 13, comma primo, lett. c, punto 2). Comunque l'interessato avrà diritto di ottenere « l'attestazione che le operazioni di cui ai punti 2 e 3 sono state portate a conoscenza, anche per quanto riguarda il loro contenuto, di coloro ai quali i dati sono stati comunicati o diffusi, eccettuato il caso in cui tale adempimento si riveli impossibile o comporti un impiego di mezzi manifestamente sproporzionato rispetto al diritto tutelato » (art. 13, comma primo, lett. c, punto 4).

<sup>99</sup> Il diritto di opporsi al trattamento è previsto sia per motivi legittimi al trattamento dei dati personali che lo riguardano « ancorché pertinenti alla raccolta » (art. 13, comma primo, lett. d), sia al trattamento dei dati personali « che lo riguardano previsto ai fini di informazione commerciale o di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta ovvero per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale interattiva » con l'obbligo del titolare di darne informazione all'interessato « non oltre il momento in cui i dati sono comunicati o diffusi, della possibilità di esercitare gratuitamente tale diritto » (art. 13, comma primo, lett. e).

<sup>100</sup> Diversamente, l'indirizzo di posta elettronica, costituito dal dominio dell'indirizzo e dall'identificativo dell'abbonato, può definirsi dato personale ed è pertanto soggetto alla L. 675/96.

<sup>101</sup> CASSANO, *Internet e riservatezza*, in CASSANO (a cura di), *Internet, nuovi problemi e questioni controverse*, Milano, 2001, p. 16.

<sup>102</sup> La stessa legge ha, inoltre, introdotto nuove fattispecie criminose: art. 617-*quater*, c.p., intercettazione, impedimento o interruzione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche; art. 617-*quinqies*, c.p., installazione di apparecchiature atte ad intercettare, impedire od interrompere comunicazioni informatiche o telematiche; art. 617-*sexies*, c.p., falsificazione, alterazione o soppressione del contenuto di comunicazioni informatiche o telematiche.

<sup>103</sup> L'art. 616 c.p. dispone che « Chiunque prende cognizione del contenu-

cisa, inoltre, il divieto per « gli addetti alle operazioni di trasmissione per via telematica » di prendere cognizione, duplicare, cedere a terzi « a qualsiasi titolo informazioni anche in forma sintetica o per estratto sull'esistenza o sul contenuto » salvo che si tratti « di informazioni per loro natura o per espressa indicazione del mittente destinate ad essere rese pubbliche », ed aggiunge, al secondo comma, che gli « atti, documenti o messaggi trasmessi per via telematica si considerano, nei confronti del gestore del sistema del trasporto di informazione, di proprietà del mittente sino a che non sia avvenuta la consegna al destinatario »<sup>104</sup>. La lettura di quest'ultimo comma risulta complessa se prima non si prende in considerazione la differenza fra il servizio di posta elettronica e quello « cartaceo », nel primo il *provider*, al momento della conclusione del contratto di accesso, attribuisce all'abbonato un indirizzo di posta elettronica il quale è costituito « dall'identificativo dell'abbonato » e dal « dominio dell'indirizzo » per l'identificazione del *server* della posta elettronica dove si trova uno spazio di memoria, la *mailbox*, sul quale viene memorizzata la posta ricevuta e poi inviata all'elaboratore dell'abbonato-destinatario quando questo si collega al *server* (*downloading*). Il percorso compiuto dall'*e-mail* inviata sembra così costituito da un duplice passaggio: un primo dal mittente all'indirizzo del destinatario, *uploading*,<sup>105</sup> e un secondo dalla *mailbox* all'elaboratore dell'abbonato-destinatario attraverso il *downloading*; entrambi operazioni che richiedono l'attività di due diversi « gestori dell'informazione » rispettivamente: del mittente e del destinatario. Il termine « consegna al destinatario » sembra così indicare il momento in cui l'*e-mail* « materialmente » passa dalla *mailbox* alla memoria dell'elaboratore del destinatario estendendo « il diritto di proprietà » del mittente sino al completamento di quest'ultima fase del « percorso »<sup>106</sup>. In un sistema così articolato il pericolo di violazione della

to di una corrispondenza chiusa, a lui non diretta, ovvero sottrae o distrae, al fine di prenderne o di farne da altri prendere cognizione, una corrispondenza chiusa o aperta, a lui non diretta, ovvero, in tutto o in parte, la distrugge o sopprime, è punito, se il fatto non è previsto come reato da altra disposizione di legge, con la reclusione fino a un anno o con la multa da € 30 a € 516. Se il colpevole, senza giusta causa, rivela, in tutto o in parte, il contenuto della corrispondenza, è punito, se dal fatto deriva nocumento ed il fatto medesimo non costituisce un più grave reato, con la reclusione fino a tre anni. Il delitto è punibile a querela della persona offesa ».

<sup>104</sup> Riguardo all'art. 13, D.P.R. 513/97, v. CIACCI, *La firma digitale*, cit., pp. 132 ss., il quale contesta il riferimento del citato regolamento (regolamento « recante i criteri e modalità per la formazione, l'archiviazione e la trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici, a norma dell'art. 15, comma secondo, legge 15 marzo 1997, n. 59 ») alla segretezza della corrispondenza trasmessa per via tele-

matica, perché, innanzitutto, non riguarda in modo specifico l'oggetto del regolamento anche se « ad esso attinente », poi non tiene in considerazione la realtà « economico tecnica relativa allo svolgimento dei servizi di messaggistica elettronica », e infine « ignora quanto già disposto dalla legge sulla criminalità informatica ».

<sup>105</sup> Il messaggio scomposto in diversi pacchetti percorrerà la rete la quale è costituita da più reti collegate da nodi intermedi (*gateway*) e così i singoli pacchetti, prima di arrivare all'indirizzo del destinatario, dovranno passare attraverso diversi nodi i quali stabiliranno per ognuno di questi il percorso più rapido.

<sup>106</sup> L'abbonato può accedere al servizio di posta elettronica anche attraverso la pagina *web* del *provider* selezionando la *directory* riferita al servizio e digitando la propria *username* e *password*. In questo caso non sembra potersi applicare l'art. 13, D.P.R. 513/97, perché riferito al solo « gestore del trasporto dell'informazione ». Il destinatario-abbonato potrà così leggere e cancellare le *e-mails* ricevute.

segretezza appare, pertanto, reale e, a tal fine, risulterebbe opportuna l'indicazione da parte del legislatore di « misure minime di sicurezza » che non dovrebbero riguardare semplicemente la riservatezza, a tale proposito si applica il D.P.R. 318/99, ma anche la segretezza dei diversi messaggi che per pervenire sino al destinatario vengono registrati sulla memoria di diversi elaboratori che permettono la connessione fra le reti. Le misure minime di sicurezza dovrebbero così fare in modo che « gli addetti alle operazioni di trasmissione per via telematica » non possano prendere cognizione, duplicare, cedere a terzi « a qualsiasi titolo informazioni anche in forma sintetica o per estratto sull'esistenza o sul contenuto » delle stesse (Art. 13, D.P.R. 513/97).

La recente direttiva sul commercio elettronico 2000/31/CE ha confermato l'articolato e complesso dato normativo esposto nel paragrafo. Infatti, al *considerando* n. 14, viene chiaramente sottolineato che le direttive 95/46/CE e 97/66/CE sono « integralmente applicabili ai servizi della società dell'informazione in quanto sufficienti a garantire una sicura, ma libera circolazione dei dati personali tra i diversi stati membri ». La direttiva, inoltre, ribadisce il principio della riservatezza nelle comunicazioni richiamando l'art. 5 della direttiva 97/66/CE il quale prevede il divieto di ogni forma di intercettazione o di sorveglianza « non legalmente autorizzata da parte di chi non sia il mittente o il destinatario »<sup>107</sup>. *Internet* per la direttiva, inoltre, costituisce una rete « aperta » dove « non può essere impedita l'utilizzazione anonima »<sup>108</sup>. Quest'ultima affermazione non solo è un importante riconoscimento della particolare natura della Rete, ma sembra, soprattutto, segnare un preciso indirizzo per ogni futura direttiva senza comunque vietare l'utilizzo del *data-log*. Infatti, il registro attiene solamente ai dati riguardanti alla connessione ad *internet* e si riferisce al rapporto *provider* — abbonato senza impedire a quest'ultimo di richiedere, al fine di restare anonimo, un identificativo dell'indirizzo di posta elettronica diverso dal suo nome<sup>109</sup>. Un completo anonimato può essere conseguito mediante il pagamento di un « collegamento temporaneo » o l'utilizzo di « un chiosco pubblico di *internet* »<sup>110</sup>.

## 2. I MODELLI CONTRATTUALI ITALIANI E STATUNITENSIS E LA TUTELA DEL CONSUMATORE.

Alla luce di quanto esposto è possibile sostenere, contrariamente ad una normativa nazionale ancora disarticolata, ma secondo il chiaro coordina-

<sup>107</sup> Considerando n. 15.

<sup>108</sup> Considerando n. 15.

<sup>109</sup> Sul punto v. art. 4, lett. a, bozza del codice di autoregolamentazione per i servizi di *internet* adottata dall'A.I.I.P.

<sup>110</sup> Queste costituiscono due possibili opzioni per conseguire l'anonimato, anche se il Gruppo di lavoro europeo delle Autorità Garanti, Raccomandazione 3/97, *l'Anonimato su internet*, ribadisce la necessità di proteggere dette forme di anonimato avendo però riguardo a quelle circostanze in cui « è opportuna e quelle in cui

non lo è », attraverso « un attento confronto fra i diritti fondamentali non solo per quanto attiene alla riservatezza, ma anche alle libertà di espressione (garantita sia dall'art. 10 della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo, sia dall'art. F.2. del Trattato dell'Unione) e altri importanti obbiettivi politici come la prevenzione del crimine », proponendo soluzioni analoghe a quelle adottate per « le precedenti tecnologie » nel campo della telecomunicazione.

mento fra le diverse direttive « consumeristiche » e sulla *privacy* espresso nella recente direttiva sul commercio elettronico, il delinearsi di un più ampio diritto dei consumatori che vuole garantire un alto livello di protezione costituito dalle diverse direttive e dagli atti nazionali di recepimento<sup>111</sup>. La nuova figura dell'*e-consumer* sembra così costituire oggetto di una complessa e completa tutela in cui la disciplina intorno ai contratti dei consumatori e alla *privacy* deve considerarsi unitariamente. In questo capitolo si procederà però, nuovamente, ad una distinzione fra le due discipline, ma solo in quanto permette in modo sistematico di individuare, all'interno dell'unità accennata, le diverse clausole difformi nei contratti « gratuiti » di accesso ad *internet*, prendendo in considerazione i formulari italiani e anche statunitensi, per individuare in questi ultimi l'eventuale esistenza di soluzioni più aderenti alle fattispecie giuridiche già in precedenza brevemente riferite.

## 2.1. LA *PRIVACY*.

Gli artt. 10 e 11, L. 675/96, richiamati dalla totalità dei contratti italiani esaminati, prevedono che l'interessato-abbonato presti un consenso informato al trattamento dei propri dati e, a tale proposito, grande importanza sembra rivestire l'ampiezza e la completezza dell'informativa, diversa per contenuto a seconda delle finalità di trattamento: fornitura del servizio, statistiche o di *marketing*. Con riferimento a quest'ultima finalità, l'informativa sembra, in particolar modo, rivestire un ruolo centrale in tutti i contratti « gratuiti » o, nel particolare caso indicato, « onerosi » di accesso, dove è previsto che il *provider* sottoponga i dati raccolti ad un complesso procedimento di *profiling* per comunicarli, poi, a soggetti diversi, secondo la dinamica già ricordata o utilizzarli al fine di inviare *e-mail* pubblicitarie. Il Garante della *privacy*, recentemente, considerata la rilevanza delle problematiche coinvolte<sup>112</sup>, ha richiamato l'attenzione intorno alla tutela dei dati personali nei contratti di accesso ad *internet* in esame<sup>113</sup>, ribadendo l'importanza di una informativa precisa ed analitica, secondo le indicazioni contenute all'art. 10, comma primo, L. 675/96<sup>114</sup>, finalizzata

<sup>111</sup> V. art. 1, comma terzo, Dir. 2000/31/CE.

<sup>112</sup> Il Garante aveva già, in proposito, chiaramente, esposto il suo pensiero in una primissima decisione del 28 maggio 1997 Adusbef/BNL. Sulla stessa decisione v. ZENCOVICH, *Il « consenso informato » e la « autodeterminazione informativa » nella prima decisione del Garante*, in *Corr. giur.*, 1997, pp. 915 s., il quale afferma: « nel trattamento dei dati personali l'informativa di cui all'art. 10, L. 675/96, deve essere completa e analitica al fine di consentire all'interessato di conoscere i vari aspetti del trattamento e prestare un consenso informato ».

<sup>113</sup> V. Provvedimento dell'Autorità Garante, 13 gennaio 2000 emanato a segui-

to di un procedimento di indagine, avviato nel luglio del 1999 nei confronti del servizio *Libero di Infostrada*, su ricorso presentato dall'Associazione Alcei (sul punto v. LOIODICE-SANTANIELLO, *La tutela della riservatezza*, in SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XXVI, Milano, 2000, pp. 386 ss., e Relazione 2000, cit., pp. 73 ss.).

<sup>114</sup> La norma prevede che l'informativa debba contenere le seguenti indicazioni: « a) finalità e modalità del trattamento cui sono destinati i dati; b) la natura obbligatoria o facoltativa del conferimento dei dati; c) le conseguenze di un eventuale rifiuto di rispondere; d) i soggetti o le categorie di soggetti ai quali i dati possono essere comunicati e l'ambito di diffusione dei medesi-

al perseguimento di una reale tutela della *privacy* da intendersi, più in generale, tesa a salvaguardare, non tanto la riservatezza, quanto la trasparenza nel trattamento dei dati<sup>115</sup> forniti al momento dell'accesso e dal monitoraggio delle diverse connessioni. L'informativa deve, pertanto, secondo l'Autorità, collocarsi innanzi tutto prima della richiesta di digitazione dei dati personali e contenere in un paragrafo, di forma chiara e concisa, le diverse modalità con cui verranno trattate le informazioni raccolte, unitamente al sintetico richiamo dei diritti di accesso ai propri dati, diritti riconosciuti agli abbonati all'art. 13, L. 675/96, e l'indicazione dell'ufficio o del servizio presso cui esercitare tali diritti. Inoltre, viene sottolineata l'importanza « di precisare tutte le categorie di ulteriori soggetti ai quali potranno essere comunicate le informazioni raccolte e che dovrebbero, a

mi; e) i diritti di cui all'art. 13; f) il nome, la denominazione o la ragione sociale e il domicilio, la residenza o la sede del titolare e, se designato, del responsabile ».

<sup>115</sup> Sulla trasparenza nel trattamento dei dati cfr. GIANNANTONIO, *Commento all'art. 1 comma 1*, in GIANNANTONIO, LOSANO, ZENCOVICH (a cura di), *La tutela dei dati personali, commentario alla legge 675/96*, cit., pp. 5 ss., il quale non ritiene, tuttavia, che la centralità della trasparenza nel trattamento dei dati nella stessa legge diminuisca l'importanza della dimensione della riservatezza contenuta all'art. 1, comma primo, L. 675/96. L'autore sottolinea, infatti, che quest'ultima deve essere intesa come limite e non come « fine o uno dei fini » della legge, altrimenti diverrebbe elemento dirompente perché chiaramente in contrasto con quanto previsto dalla legge, costituita da una serie « di istituti sorti per disciplinare la raccolta dei dati » e non applicabili alla semplice comunicazione o diffusione degli stessi attuata singolarmente e in maniera non strutturata. Inoltre, si amplierebbe « l'ambito della legge in misura abnorme e probabilmente incostituzionale » venendosi, così, a perdere la reale funzione del dettato normativo per una ricerca della riservatezza che ostacola la « difesa dell'individuo nei confronti del potere informatico ». In questo senso cfr. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, pp. 227 s., il quale ritiene, inoltre, determinante l'avvento dell'informatica per comprendere le successive evoluzioni della definizione di *privacy* « dal diritto ad essere lasciato solo » — traduzione della nota espressione « *to be let alone* » che trova origine nel lontano 1834 nella più generale accezione: « *defendant asks nothing, wants nothing, but to be let alone until it can be shown that he has violated the rights of another* » (*Wheaton v. Peters*, 33 U.S. 591, 634, 1834), per trovare nuova e puntuale definizione in WARREN and BRANDEIS, *The Right to Privacy*, 4 *Harvard L.R.*

193 (1890) e nel caso *Olmstead v. U.S.*, 277 U.S. 438, 478, dove lo stesso Brandeis utilizzò la frase « *the right to be let alone* » riguardo ad un primo caso di intercettazione telefonica — al « diritto a controllare l'uso che altri facciano delle informazioni che mi riguardano » sino, infine, « al diritto dell'individuo di scegliere quel che è disposto a rivelare agli altri ». In questo senso ancora RODOTÀ, *Discorso del presidente Rodotà, 8 maggio 2002*, in [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it), p. 1 ss, ribadisce che l'idea di *privacy* non coincide più « con la tutela della sfera privata limitata alla possibilità di allontanare da sé gli sguardi indesiderati », ma con la possibilità di non perdere « il controllo sulle nostre informazioni « personali che noi stessi rilasciamo continuamente in cambio di merci e servizi ». Infatti, l'importanza del trattamento dei dati, continua lo stesso, ha acquisito tale rilevanza che « le persone sono ormai conosciute dai soggetti pubblici e privati quasi esclusivamente dai dati che le riguardano e che fanno di esse una entità disincarnata » tale da produrre un sostanziale cambiamento della propria identità con la conseguenza del passaggio: dall'*habeas corpus* all'*habeas data*. Allo stesso modo CARIDI, *op. cit.*, p. 765, il quale sostiene come *internet* si presenta come un mezzo che esclude il primitivo modello di tutela del « *right to be let alone* » a favore del più attuale « diritto all'autodeterminazione informativa » arrivando, secondo lo stesso, a mettere persino in crisi, « in più di un caso, l'effettività dei principi, dei poteri e degli obblighi » previsti dalla direttiva 95/46/CE e recepiti nel nostro ordinamento dalla L. 675/96. *Contra* MEMMO, *op. cit.*, pp. 1214 s. la quale ritiene che la nozione di *privacy* si identifichi solamente « nel diritto ad essere protetti nel trattamento dei dati personali » per garantire il « rispetto della riservatezza » quale diritto « più generale di escludere l'ingerenza di altri nella propria sfera privata ».

loro volta, acquisire il consenso degli interessati, salvo che sia la prima società del trattamento a richiedere il consenso dei clienti anche per conto delle successive », fornendone però, continua il Garante, « una precisa indicazione con la predisposizione anche di un elenco facilmente consultabile dagli interessati »<sup>116</sup>. Quanto affermato ha indotto i diversi *providers* a riformulare i contratti che si presentano, ora, maggiormente aderenti al dettato normativo<sup>117</sup> anche se, in alcuni di essi, è ancora possibile riscontrare un'informativa incompleta e, molto più di frequente, l'assenza di un elenco delle diverse società interessate a conoscere i diversi dati raccolti; entrambi elementi contrari, in ultima analisi, ad un più generale criterio di proporzionalità fra le diverse informazioni da rilasciare ed il principio di « un trattamento leale » così come indicato all'art. 11, comma primo, della stessa direttiva 95/46/CE. Per quanto riguarda i contratti statunitensi l'informativa sembra redatta in maniera più precisa<sup>118</sup>, secondo una serie

<sup>116</sup> Relazione dell'autorità Garante 2000, cit., p. 74

<sup>117</sup> Cfr. i contratti: Ciaoweb, cit.; e Infinito, cit.

<sup>118</sup> Il contenuto dei singoli formulari sembra contrapporsi rispetto ad una disciplina frammentaria della *privacy* negli Stati Uniti diretta principalmente a limitare, anche in questo ambito, il potere governativo. In particolare si ricordano: *Freedom of Information Act* (riguarda l'accesso del cittadino a tutte le informazioni in possesso dell'amministrazione salvo quelle espressamente vietate), *Privacy Act* (riguarda esclusivamente i rapporti cittadino governo ed ha per oggetto la raccolta, gestione, diffusione di informazioni personali da parte di agenzie federali), *Fair Credit Reporting Act* (disciplina la raccolta e la diffusione di una vasta gamma di informazioni riguardanti i consumatori stessi e, in particolare, la raccolta dei *Consumer Reports* riguardanti diversi aspetti, fra i quali l'affidabilità del consumatore e altre caratteristiche personali da parte di *consumer reporting agencies*). Vi sono, inoltre, una serie di leggi che disciplinano alcune attività a rischio per i dati trattati: noleggio e vendita di film, fornitura di servizi di televisione via cavo, compagnie di viaggio, assicurazioni. La normativa indicata è stata, però, considerata, in base all'art. 25, direttiva 95/46/CE, insufficiente a garantire « un livello di protezione adeguato » per il trasferimento « di dati personali oggetto di un trattamento o destinati ad essere oggetto di un trattamento dopo il trasferimento ». Il problema sembra, però, essere giunto ad una prima soluzione il 26 luglio 2000 quando la Commissione europea, con decisione n. 2000/520/CE in G.U.C.E. n. L 215 del 25 agosto 2000, ha affermato che il dispositivo di « *Safe Har-*

*bor* », approntato dalla Commissione Federale per il Commercio degli Stati Uniti, assicura un adeguato livello di protezione dei dati personali trasferiti dall'Unione europea. Il « *Safe Harbor* » consiste in un insieme di principi a garanzia del trattamento dei dati personali uniti alla previsione di alcuni sistemi per assicurare il rispetto di tali principi (per questo compito sono state designate la *Federal Trade Commission* e l'Amministrazione dei trasporti per le compagnie aeree). Il risultato raggiunto ha suscitato negli Stati Uniti due diverse reazioni, come il presidente dell'Autorità Garante Rodotà ha affermato in occasione del discorso di presentazione della relazione per l'anno 2000, relative al complesso rapporto fra i due continenti in tema di tutela della *privacy* e l'introduzione del « *Safe Harbor* ». La prima reazione risulta di netta opposizione « ad un modello europeo che, subordinando il trasferimento dei dati personali fuori dall'unione all'esistenza di una protezione adeguata nei paesi di destinazione, viola la sovranità degli Stati Uniti con la pretesa di imporre regole europee ». La seconda, invece, esalta l'importante accordo raggiunto che risulta un primo passo per obbligare anche « le imprese americane a rispettare regole più severe di quelle interne » ed in questo senso sembrano muoversi significative iniziative di emulazione tese ad escludere « la logica dell'autoregolamentazione e del mercato » per offrire una regolamentazione precisa sulla *privacy* come lo dimostrano le « trenta proposte di legge presentate al Congresso e, tra queste, alcune che prevedono l'istituzione di una autorità su modello europeo » (negli stati, il numero delle proposte, nel 2001, è arrivato addirittura a 6918). Infine, riguardo ad un primo bilancio sul « funzionamento dell'accordo *Safe Harbor* » cfr.

di clausole domanda-risposta ai diversi interrogativi relativi: alle informazioni raccolte, ai diritti dell'interessato, alla sicurezza del trattamento e dell'accesso<sup>119</sup>. In queste clausole è possibile individuare alcune significative differenze rispetto ai formulari italiani. Innanzi tutto è previsto che le informazioni raccolte vengano suddivise in *personal informations*, rilasciate al momento della conclusione del contratto (es. nome, indirizzo, numero di telefono etc.), e *non personal informations*. Queste ultime vengono definite nei diversi formulari quali informazioni non riconducibili ad un determinato soggetto e risultanti da una procedura automatica che comporta la raccolta e l'analisi secondo « *an aggregated base* » delle diverse informazioni dell'abbonato o meglio degli abbonati (*l'hardware* e il *software* utilizzato, i siti visitati, il numero *IP* dinamico assegnato per ogni accesso), senza alcuna procedura di « associazione » con i dati personali acquisiti, al contrario di quanto già riferito a proposito del *data-log* nei contratti italiani. In relazione alle *non personal informations* sembrano così emergere due importanti elementi: la natura di dati non personali e l'utilizzo di una procedura automatica per la raccolta delle diverse informazioni, suscettibili ambedue di critica, se esaminati sulla base della disciplina nazionale sulla *privacy*. Riguardo al primo elemento l'informativa sembra chiaramente indicare il carattere non personale dei dati conformemente ad una prima lettura dell'art. 1, comma secondo, lett. c, L. 675/96, dove per dato personale si intende « qualsiasi informazione riconducibile direttamente o anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale ad un determinato soggetto ». Tuttavia sembra, ed è dubbio lecito per l'interprete, che da una prima lettura della norma non venga a rilevare l'importanza delle diverse possibili tecniche di associazione disponibili al *provider* stesso. La conferma sembra potersi rinvenire se si procede ad una nuova lettura della stessa norma secondo un criterio interpretativo, indicato al *considerando* n. 26 della direttiva 95/46/CE, che prenda in considerazione « l'insieme dei mezzi che possono essere ragionevolmente utilizzati dal responsabile del trattamento o da altri per identificare » la persona interessata. In questo senso depone la molteplicità dei dati raccolti e le sofisticate tecniche utilizzate per il trattamento che, nonostante il grande numero degli abbonati, costituiscono indizi a favore della natura non personale delle diverse informazioni costituite, inoltre, nel caso di un « monitoraggio » illimitato, anche da quei dati c.d. sensibili<sup>120</sup>. Infine, a ulteriore con-

Commissione europea, *Documento di lavoro sull'applicazione della decisione 520/2000/CE della commissione, del 26 luglio 2000, a norma della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sull'adeguatezza della protezione offerta dai principi di approdo sicura e delle relative « domande più frequenti » (FAQ) in materia di riservatezza pubblicate dal dipartimento del commercio degli Stati Uniti*, 13 febbraio 2002, in [www.euro-pa.eu.int/comm/internal\\_market/en/data-prot/news/02-196\\_it.pdf](http://www.euro-pa.eu.int/comm/internal_market/en/data-prot/news/02-196_it.pdf).

<sup>119</sup> Cfr. fra tutti il contratto Winfire.-com, cit, *Privacy Statement*: « What infor-

mation is collected from you by Winfire? Where do we collect information from you? How is the information used? With whom do we share your information? How may you access or update your account? How does Winfire protect your personal information? ».

<sup>120</sup> Una simile interpretazione trova ragione nel fatto che la raccolta « in forma anonima » di una quantità così elevata e indiscriminata di dati può in realtà comportare la connotazione personale degli stessi dati come nel caso di alleanze o acquisizioni ad opera di società che raccolgono dati personali identificativi. Ad esempio il re-

ferma di quanto esposto, l'art. 24-bis, L. 675/96, introdotto dal recente D.Lgs. 467/2001, individua con chiarezza l'esistenza di una nuova categoria di dati (diversi rispetto a quelli sensibili o relativi ai provvedimenti di cui all'art. 686, commi primo (lett. a, d), secondo e terzo, c.p.p.) che « presentano rischi specifici per i diritti e le libertà fondamentali, nonché per la dignità dell'interessato in relazione alla natura dei dati o alle modalità del trattamento ». Quest'ultimo è ammesso solamente nel rispetto di misure ed accorgimenti a garanzia dell'interessato prescritti dallo stesso Garante<sup>121</sup>.

Risulta importante così soffermarsi sui diversi « strumenti » utilizzati ai fini della raccolta, ed è il secondo elemento, che nei contratti italiani viene normalmente svolta dallo stesso provider durante il collegamento, mentre nella quasi totalità dei contratti statunitensi avviene all'interno dell'elaboratore dell'abbonato dove i dati vengono raccolti e trasmessi al server del provider con l'utilizzo sia del browser, appositamente modificato e fornito al momento della stipulazione del contratto<sup>122</sup>, sia di ulteriori « dispositivi »: i *cookies* e, in alcuni casi, i *gif* o « cimici del web ». I *cookies* permettono di personalizzare alcuni aspetti del browser o del banner<sup>123</sup> pubblicitario in funzione dei « gusti » manifestati dall'abbonato. I *gif* sono, invece, dei semplici trasmettitori della grandezza di un *pixel* (un punto di questa pagina) in contatto con un server che segnalano costantemente i siti visitati e, se della stessa impresa pubblicitaria, possono dialogare con i *cookies* presenti sull'elaboratore. Entrambi sono strumenti potenzialmente pericolosi per la *privacy*, ma mentre i *cookies*, « visibili » all'interno di una *directory* del browser, costituiscono uno strumento per un lecito trattamento dei dati personali nel caso in cui ne venga data nel contratto conoscenza chiara e precisa<sup>124</sup>, invece i *gif*, sono per loro natura « invisi-

cente caso negli Stati Uniti della Double-Click, società di pubblicità, che ha acquisito la AbacusDirect che possiede profili particolareggiati su oltre il 90% delle famiglie americane con la possibilità così di una interconnessione fra i diversi *data base* (sul punto v. Garante Privacy, Newsletter 17 luglio 2000, USA. Un nuovo dispositivo per spiare la navigazione su internet, in [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it)).

<sup>121</sup> Il comma secondo dello stesso articolo prevede che « le misure e gli accorgimenti, di cui al comma 1, sono prescritti dal Garante sulla base dei principi sanciti dalla legge nell'ambito di una verifica preliminare all'inizio del trattamento, effettuata anche in relazione a determinate categorie di titolari o di trattamenti, sulla base di un eventuale interpello del titolare ». Grande rilevanza, come afferma la stessa Autorità, nella relazione 2001, cit., p. 3, assume così l'attività di verifica preliminare « *prior checking* » da parte dell'Autorità alla quale si affianca, all'art. 12, lett. h-bis), L. 675/96, l'attività di individuazione dei casi di esclusione del consenso secondo « il principio del bilanciamento degli interessi ». In questo senso l'Autorità viene co-

sì investita di nuovi ed importanti compiti che contribuiscono ad una puntuale applicazione della disciplina sulla *privacy* alla multiforme realtà informatica.

<sup>122</sup> I contratti americani prevedono, infatti, la licenza del programma che permette l'accesso alla rete, la raccolta e l'invio dei dati.

<sup>123</sup> Il banner rappresenta uno spazio pubblicitario di forma rettangolare dove vengono « a scorrere » diverse pubblicità e l'utente può, « cliccando » su quella che gli interessa, collegarsi alla relativa pagina web della società pubblicizzata.

<sup>124</sup> Cfr. considerando n. 25, Dir. 58/2002/CE, dove è consentito l'uso dei c.d. marcatori *cookies* « purché siano fornite agli utenti informazioni chiare e precise, a norma della direttiva 95/46/CE, sugli scopi dei marcatori o di dispositivi analoghi per assicurare che gli utenti siano a conoscenza delle informazioni registrate sull'apparecchiatura terminale che stanno utilizzando ». Comunque viene fatto salvo « il diritto di rifiutare che un marcatore o un dispositivo analogo sia installato sul terminale », in particolare « qualora utenti diversi dall'utente originario abbiano acces-

bili». Questi possono, infatti, operare e, in alcuni casi, interagire con i *cookies* senza che sia in alcun modo possibile, almeno per il consumatore, rilevare la loro presenza, ad esempio in un *e-mail* pubblicitaria inviata. In questo modo i *gif* costituiscono un pericoloso quanto efficiente dispositivo di trattamento dei dati personali<sup>125</sup> in contrasto, anche nella previsione di clausole che ne descrivano il funzionamento e finalità di utilizzo<sup>126</sup>, al principio della trasparenza nel trattamento dei dati personali<sup>127</sup>. Riguardo all'utilizzo dei *gif* e dei *cookies*, questi ultimi solo nel caso non ne sia dato ampio e preciso rilievo nel contratto, sembra configurarsi per il fornitore dell'accesso, oltre l'illecito trattamento dei dati personali secondo quanto prevede la L. 675/96, il reato di violazione del domicilio informatico, previsto all'art. 615ter, c.p., per « chiunque abusivamente si introduce in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza, ovvero vi si mantiene contro la volontà espressa o tacita di chi ha diritto di escluderlo ».

Per quanto riguarda, invece, la comunicazione dei dati raccolti, i formulari americani distinguono, nuovamente, fra dati non personali e personali. I primi possono essere liberamente comunicati insieme a quelli personali trattati secondo « *an aggregated base* », soluzione che non trova più accoglimento nella nuova formulazione dell'art. 21, comma quarto, lett. a, L. 675/96<sup>128</sup>. Diversamente, nel caso di dati personali (*personal infor-*

so alle apparecchiature terminali e quindi a dati contenenti informazioni sensibili in relazione alla vita privata che sono contenuti in tali apparecchiature. L'offerta di informazioni e del diritto di opporsi può essere fornita una sola volta per l'uso dei vari dispositivi da installare sull'attrezzatura terminale dell'utente durante la stessa connessione e applicarsi anche a tutti gli usi successivi, che possono essere fatti, di tali dispositivi durante successive connessioni. Le modalità di comunicazione delle informazioni, dell'offerta del diritto al rifiuto o della richiesta del consenso dovrebbero essere il più possibile chiare e comprensibili. L'accesso al contenuto di un sito *internet* specifico può tuttavia continuare ad essere subordinato all'accettazione in conoscenza di causa di un marcatore o di un dispositivo analogo, se utilizzato per scopi legittimi ».

<sup>125</sup> Negli Stati Uniti il *gif* è al centro di un acceso dibattito. La stessa Casa Bianca ha disposto che non venga utilizzato sul sito governativo della campagna contro gli stupefacenti e allo stesso modo a livello federale. Inoltre sono in tal senso « proliferate » cause relative alla violazione della *privacy* dei consumatori (cfr. sull'argomento Garante *Privacy*, *Newsletters*: 4 giugno 2001, *Il sito della difesa U.S.A. raccoglie dati sui navigatori* e 17 luglio 2000, *USA. Un nuovo dispositivo per spiare la navigazione su internet*, in *www.garanteprivacy.it*).

<sup>126</sup> Ad esempio nel contratto Adress.com, cit.: « *Web beacons are electronic images (also called a "single-pixel GIF") found in, among other places, banner advertisements and email messages. Gator.com and third-party service providers may include web beacons in email messages in order to count how many recipients have viewed these messages. Third party service providers that serve ads to Gator ServWareApps users at Gator.com's request may use web beacons in connection with the provisioning of their services* ».

<sup>127</sup> Di avviso contrario sembra essere il *considerando* n. 24, Dir. 58/2002/CE. Questo chiaramente sottolinea la pericolosità di tali « cosiddetti software spia, bachi invisibili ("web bugs"), identificatori occulti ed altri dispositivi analoghi » che possono « introdursi nel terminale dell'utente a sua insaputa al fine di avere accesso ad informazioni, archiviare informazioni occulte o seguire le attività dell'utente », ma, contrariamente alla stessa natura precedentemente enunciata di sistemi invisibili, ne consente l'utilizzo per scopi legittimi e con il consenso dell'interessato.

<sup>128</sup> Infatti il D.Lgs. 467/2001 ha modificato la norma in esame eliminando il riferimento all'anonimato dei dati ed introducendo un nuovo elemento: i codici di deontologia e di buona condotta. L'articolo prevede così che la comunicazione e la diffusione dei dati sono comunque permesse: « qualora siano necessarie per finalità di

mation) la comunicazione è possibile solo con il consenso dell'abbonato, il quale può rilasciarlo singolarmente a favore di tutti quei soggetti terzi che abbiano stipulato accordi commerciali con il *provider* e abbiano riscontrato l'interesse dell'abbonato. In questo caso sembra possibile rinvenire una soluzione contrattuale che maggiormente tutela l'interessato relativamente ad un consenso prestato per la comunicazione dei dati personali, né, nella già criticata ipotesi, alla totalità di non ben identificati « *partners* » commerciali, né ad un accurato e completo loro elenco, ma secondo una precisa e consapevole scelta. Figura diversa rispetto alla comunicazione è la cessione dei dati nel caso di cessazione del trattamento da parte dello stesso fornitore dell'accesso, come è prevista in alcuni contratti statunitensi dove il *provider* si impegna a cedere i dati solo nel caso in cui il nuovo titolare accetti di rispettare il medesimo « *privacy statement* ». In modo più puntuale l'art. 16, comma secondo, lett. b, L. 675/96, prevede, tuttavia, che i dati possano essere ceduti ad altro titolare « purché destinati ad un trattamento per finalità analoghe agli scopi per i quali i dati sono stati raccolti », indicando, così, quella che si può definire « la continuità del fine » dove il fine stesso si esplica sostanzialmente in tre momenti<sup>129</sup>: la raccolta per scopi determinati (« principio di pertinenza »), il trattamento solo per gli scopi per cui sono stati raccolti (« principio di utilizzazione non abusiva ») e la eliminazione o la trasformazione in dati anonimi delle informazioni non più necessarie alla raccolta (« principio del diritto all'oblio »)<sup>130</sup>. La cessione dovrà, così, per la legge italiana rispettare il più ampio e preciso vincolo della finalità<sup>131</sup> al di fuori del quale ogni trattamento dovrà considerarsi illecito.

Grande rilevanza sembra, inoltre, rivestire nei contratti statunitensi la clausola riguardante i diritti dell'abbonato in relazione all'accesso, alla modifica o alla cancellazione dei dati raccolti. La clausola, tuttavia, conferisce all'abbonato un potere assai meno ampio sui propri dati rispetto a quanto previsto all'art. 13, L. 675/96<sup>132</sup>, in particolar modo se si tiene

ricerca scientifica o di statistica e siano effettuate nel rispetto dei codici di deontologia e di buona condotta sottoscritti ai sensi dell'art. 31 ». La modifica della norma da una parte non permette alcuna interpretazione tesa a favorire il superamento del limite relativo alle finalità indicate, oggetto comunque di possibili interpretazioni estensive, attraverso l'affermazione della centralità dell'anonimato, quale assenza della qualificazione di dato personale (riguardo a questa prima interpretazione del precedente dato normativo cfr. ZENCOVICH, *Commento all'art. 20-21*, in GIANNANTONIO, LOSANO, ZENCOVICH (a cura di), *La tutela dei dati personali, commentario alla legge 675/96*, cit., pp. 268 ss. Dall'altra il legislatore ridefinisce l'ambito operativo della norma nei confronti di quei soggetti dotati di un codice di deontologia e di buona condotta con l'eliminazione di ogni riferimento all'anonimato di dati. Tuttavia importante eccezioni al consenso possono rin-

venirsi all'art. 21, punto quarto lett. b, e all'art. 20.

<sup>129</sup> Cfr. art. 9, L. 675/96.

<sup>130</sup> RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 62. In questo senso anche RICCIUTO, *Comunicazione e diffusione dei dati personali e trattamento dei dati particolari*, in CUFFARO e RICCIUTO (a cura di), *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Torino, 1997, pp. 292 ss.; TASSONI, *Commento all'art. 16*, in GIANNANTONIO, LOSANO, ZENCOVICH (a cura di), *La tutela dei dati personali commentario alla legge 675/96*, cit., pp. 219 ss.

<sup>131</sup> La legge spagnola, diversamente, prevede la preventiva notifica della cessione all'interessato (art. 25) e il suo necessario consenso (art. 11) il quale sarà considerato nullo nel caso in cui il cessionario non sia determinato o determinabile o quando non sia chiara la finalità della cessione.

<sup>132</sup> Sul punto cfr. il contratto NetZero.com, cit., Privacy Statement, il quale

conto dell'Autorità Garante, che nell'esercizio dei propri compiti (indicati all'art. 31, L. 675/96<sup>133</sup>), svolge un'importante funzione di controllo del rispetto dei diritti dell'interessato. Un simile controllo viene attuato nella quasi totalità dei contratti statunitensi esaminati, dove il *provider* informa l'abbonato della sua adesione al « TRUSTe *privacy program* » perché licenziatario del marchio TRUSTe. L'adesione del *provider* al « *privacy program* » è così prevista nel contratto di licenza del marchio concluso

prevede: « How may you access or update your Information? »; « To access or update your NetZero Personal Profile »; « To access or update your NetZero Shopping Profile ». Diversamente, può, nuovamente, accennarsi a quanto previsto dall'art. 13, comma primo, L. 675/96, che prevede l'esistenza di trattamenti di dati che possono riguardarlo mediante l'accesso gratuito al registro dei trattamenti presso l'autorità Garante; b) ottenere dall'Autorità le informazioni relative a: finalità o modalità di trattamento e nome, denominazione o ragione sociale e domicilio, residenza o sede del rappresentante del titolare nel territorio dello stato e di almeno un responsabile da indicare nel soggetto eventualmente designato ai fini dell'art. 13; c) ottenere a cura del titolare o del responsabile senza ritardo: « 1. la conferma dell'esistenza o meno di dati personali che lo riguardano, anche se non ancora registrati, e la comunicazione in forma intelligibile dei medesimi dati e della loro origine, nonché della logica e delle finalità su cui si basa il trattamento (la richiesta, fatta salva l'esistenza di giustificati motivi, può essere rinnovata con intervallo non minore di novanta giorni); 2. la cancellazione, la trasformazione in forma anonima, o il blocco dei dati trattati in violazione di legge, compresi quelli di cui è necessaria la conservazione in relazione agli scopi per cui i dati sono stati raccolti o successivamente trattati; 3. la rettificazione, l'aggiornamento, l'integrazione, qualora la persona ne abbia interesse; 4. l'attestazione che le operazioni di cui ai numeri 2) e 3) sono state portate a conoscenza, anche per quanto riguarda il contenuto, di coloro i quali i dati sono stati comunicati o diffusi, eccettuato il caso in cui tale adempimento si riveli impossibile o comporti un impiego di mezzi manifestamente sproporzionati rispetto al diritto tutelato; d) di opporsi, in tutto o in parte, per motivi legittimi al trattamento dei dati personali che lo riguardano, ancorché pertinenti allo stato della raccolta; e) di opporsi, in tutto o in parte, al trattamento dei dati personali, ai fini di informazione commerciale o di invio di materiale pubblicitario o di vendita

diretta ovvero per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale interattiva e di essere informato dal titolare, non oltre il momento in cui dati sono comunicati o diffusi, della possibilità di esercitare gratuitamente tale diritto ».

<sup>133</sup> Fra i compiti del Garante possono indicarsi quelli di: « istituire e tenere un registro generale dei trattamenti sulla base delle notificazioni ricevute; controllare se i trattamenti sono effettuati nel rispetto delle norme di legge e di regolamento e in conformità alla notificazione; segnalare ai relativi titolari o responsabili le modificazioni necessarie o opportune al fine di rendere il trattamento conforme alle disposizioni vigenti; ricevere le segnalazioni ed i reclami degli interessati o delle associazioni che li rappresentano, relativi ad inosservanze di legge o di regolamento, e provvedere sui ricorsi presentati ai sensi dell'articolo 29; adottare i provvedimenti previsti dalla legge o dai regolamenti; vigilare sui casi di cessazione, per qualsiasi causa, di un trattamento; denunciare i fatti configurabili come reati perseguibili d'ufficio, dei quali viene a conoscenza nell'esercizio o a causa delle sue funzioni; promuovere nell'ambito delle categorie interessate nell'osservanza del principio di rappresentatività, la sottoscrizione di codici di deontologia e di buona condotta per determinati settori, verificarne la conformità alle leggi e ai regolamenti anche attraverso l'esame di osservazioni di soggetti interessati e contribuire a garantirne la diffusione ed il rispetto; curare la conoscenza tra il pubblico delle norme che regolano la materia e delle relative finalità, nonché delle misure di sicurezza dei dati di cui all'articolo 15; vietare, in tutto o in parte, il trattamento dei dati o disporre il blocco se il trattamento risulta illecito o non corretto anche per effetto della mancata adozione delle misure necessarie o opportune di cui alla lettera c) oppure quando, in considerazione della natura dei dati o, comunque, delle modalità del trattamento o degli effetti che esso può determinare, vi è il concreto rischio del verificarsi di un pregiudizio rilevante per uno o più interessati » (Art. 29, lett. a, b, c, d, e, f, g, h, i, l, L. 675/96).

con la TRUSTe, ente senza fine di lucro, che obbliga il licenziatario al rispetto del corretto e leale trattamento dei dati personali, raccolti nell'attività esercitata, secondo le disposizioni dell'accennato « regolamento », fra le quali vale sottolineare: le modalità di trattamento dei dati personali, l'accesso a questi da parte dell'interessato ed il controllo circa il rispetto delle stesse disposizioni da parte del titolare del marchio. Quest'ultimo, soggetto terzo nel rapporto abbonato-*provider*, si obbliga ad esercitare tale controllo anche su richiesta dell'abbonato per verificare l'effettivo rispetto del « regolamento ». Il marchio TRUSTe, apposto dal fornitore dell'accesso sia nel *form* relativo al testo del contratto gratuito di accesso ad *internet*, sia sul sito *web*, è ormai largamente diffuso sulla Rete e diviene così segno che immediatamente comunica ad ogni consumatore la volontà del *provider* di perseguire un trattamento dei dati personali ispirato a criteri di lealtà e correttezza. Recentemente in Italia, ai fini di una sempre più ampia e corretta applicazione della disciplina sulla *privacy*, il D.Lgs. 28 dicembre 2001, n. 467 ha previsto l'adozione di nuovi codici di deontologia e di buona condotta. Fra questi è importante ricordare il codice per i « servizi di comunicazione offerti per via telematica e in particolare attraverso *internet* » il quale ha l'obiettivo « di assicurare una più adeguata informazione e consapevolezza degli utenti delle reti di telecomunicazione gestite da soggetti pubblici e privati rispetto ai tipi di dati personali trattati e alle modalità del loro trattamento, in particolare attraverso informative fornite in linea in modo agevole ed interattivo, per favorire una più ampia trasparenza e correttezza nei confronti dei medesimi utenti »<sup>134</sup>. L'adozione di quest'ultimo codice comporterà nuovi ed importanti obblighi per il *provider* ai fini della raccolta ed il trattamento lecito dei dati personali, ma non potrà certo essere assimilabile all'accennato TRUSTe *privacy program* sia riguardo al processo di formazione dello stesso, che interverrà fra il Garante e i soggetti interessati, i quali « hanno l'opportunità di contribuire attivamente nel rispetto del principio di rappresentatività », sia per il valore degli stessi codici di deontologia quali « vere e proprie fonti normative atipiche recanti regole rilevanti per stabilire se il trattamento dei dati è lecito e corretto »<sup>135</sup>.

Riveste, inoltre, nei contratti americani grande importanza la clausola relativa alla sicurezza del servizio di accesso la quale riporta una duplice distinzione: la sicurezza del trattamento dei dati e la sicurezza dell'accesso alla Rete. La prima riguarda la protezione nei confronti dei diversi pericoli di « *loss, misuse and alteration* »<sup>136</sup> dei dati personali raccolti e trova un preciso riscontro anche all'art. 15, comma primo e secondo, L. 675/96, dove la sicurezza del trattamento viene disciplinata in due distinti ambiti « correlati alla diversa responsabilità civile o penale ». Il primo ambito

<sup>134</sup> V. Relazione per l'anno 2001 dell'Autorità Garante, cit., p. 54.

<sup>135</sup> V. Relazione per l'anno 2001 dell'Autorità Garante, cit., p. 16.

<sup>136</sup> Per tutti cfr. Juno.com, cit, *Privacy Statement*, il quale prevede: « All information provided to us by our subscribers is stored on secure computers, where it is made available only to Juno staff members or representatives who need it to do their

jobs. (For example, it may be necessary for Juno staff members or representatives to examine system operational and accounting logs and other records to resolve service-related problems.) If we need to share any of your personal information with any company performing services for us, that company must agree to confidentiality restrictions and security measures to safeguard such information ».

di custodia dei dati si riferisce « alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico, alla natura dei dati, e alle specifiche caratteristiche del trattamento » in modo tale da ridurre « al minimo 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 di raccolta ». Per quanto riguarda, invece, il secondo, correlato alla responsabilità penale, rileva, sia nel caso di banche dati informatizzate, sia cartacee, la mancata adozione delle misure minime di sicurezza, individuate con il recente D.P.R. 29 luglio 1999, n. 318<sup>137</sup>.

La sicurezza dell'accesso alla Rete sembra costituire, invece, un elemento di particolare rilevanza e complessità se si considera che durante il collegamento si possono visitare siti, scaricare programmi, ricevere e-mails, azioni potenzialmente pericolose per l'eventuale presenza di *virus* che possono danneggiare il *software* o l'*hardware* dell'elaboratore e, nel caso dell'utilizzo del servizio da parte di minori, per le immagini o il contenuto dei testi. In alcuni contratti statunitensi si è così provveduto ad una precisa indicazione dei diversi rischi, delle misure idonee e dei relativi costi per tutelare la sicurezza dell'abbonato contro i diversi pericoli derivanti dall'accesso alla Rete<sup>138</sup>, a differenza della totalità dei formulari nazionali dove gli eventuali pericoli vengono, normalmente, accennati solo con riferimento agli obblighi dell'abbonato fra i quali, ad esempio, la custodia della *password*. L'importanza della sicurezza dell'accesso sembra trovare un'autorevole conferma anche all'art. 2, comma terzo, L. 171/98<sup>139</sup>, che prevede l'obbligo « del fornitore di un servizio di telecomunica-

<sup>137</sup> Riguardo ai due ambiti accennati cfr. BLAIOTTA-BENEDETTI, *Commento all'art. 15*, in GIANNANTONIO, LOSANO, ZENCovich (a cura di), *La tutela dei dati personali commentario alla legge 675/96*, cit., pp. 198 s.

<sup>138</sup> In particolare cfr. il contratto Juno.com, cit., *Privacy Statement*, il quale affronta in maniera organica i problemi relativi alla sicurezza ed i relativi rimedi come è evidente nelle diverse clausole suddivise, in alcuni casi, in diversi punti: « *Guarding Against Online Fraud* » (*Password Security*, *What to do if you receive unwanted e-mail*, *How to avoid common internet schemes*, *Unauthorized use of your account*), « *Internet Security* », « *Internet Security Software* », « *Password Protection*, *Worms and Virus* ».

<sup>139</sup> La recentissima direttiva 58/2002/CE disciplina l'ambito della « sicurezza » all'art. 5 e ne definisce con chiarezza i contenuti al *considerando* n. 20: « I fornitori di servizi dovrebbero adottare misure appropriate per salvaguardare la sicurezza dei servizi da essi offerti, se necessario congiuntamente al fornitore della rete, e dovrebbero informare gli abbonati sui particolari rischi di violazione della sicurezza della rete. Tali rischi possono presentarsi segnatamente per i servizi di comunicazio-

ne elettronica su una rete aperta come l'*internet* o la telefonia mobile analogica. È di particolare importanza per gli utenti e gli abbonati di tali servizi essere pienamente informati dal loro fornitore di servizi dell'esistenza di rischi alla sicurezza al di fuori della portata dei possibili rimedi esperibili dal fornitore stesso. I fornitori di servizi che offrono servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico su *internet* dovrebbero informare gli utenti e gli abbonati delle misure che questi ultimi possono prendere per proteggere la sicurezza delle loro comunicazioni, ad esempio attraverso l'uso di particolari tipi di programmi o tecniche di crittaggio. L'obbligo di informare gli abbonati sui particolari rischi relativi alla sicurezza non esonera il fornitore di servizi dall'obbligo di prendere, a sue proprie spese, provvedimenti adeguati ed immediati per rimediare a tutti i nuovi, imprevisi rischi relativi alla sicurezza e ristabilire il normale livello di sicurezza del servizio. La fornitura all'abbonato di informazioni sui rischi relativi alla sicurezza dovrebbe essere gratuita fatta eccezione per i costi nominali che l'abbonato può sostenere quando riceve o prende conoscenza delle informazioni, per esempio scaricando un messaggio di posta elettronica. La sicurezza viene valutata alla lu-

zioni accessibile al pubblico » di informare gli abbonati di « un particolare rischio di violazione della sicurezza della rete » con l'indicazione dei « possibili rimedi e dei relativi costi ». Il primo comma dello stesso articolo afferma però, nei confronti del medesimo soggetto, il preciso obbligo di adottare le stesse « misure tecniche ed organizzative » in tema di sicurezza del trattamento<sup>140</sup>, limitatamente al primo ambito accennato a proposito dell'art. 15, comma primo, L. 675/96, al fine di « salvaguardare la sicurezza del servizio e dei dati personali ». I due commi sembrano così, rispettivamente, delineare: da una parte « il limite dell'ordinarietà del rischio » oltre il quale, ci si riferisce più in generale, alla violazione della sicurezza della rete in cui « l'obbligo » del *provider*, a seguito dell'informazione, può dirsi « degradare ad onere dell'interessato »<sup>141</sup>. Dall'altra un preciso obbligo di sicurezza che riguarda « il servizio e i dati personali » con la predisposizione delle misure necessarie ai fini, sia della protezione dell'abbonato contro i diversi pericoli relativi al servizio di accesso, nei limiti indicati al terzo comma, ad esempio con la fornitura del *software antivirus* e del *firewall*<sup>142</sup>, sia di una sicura ricezione o trasmissione dei dati personali fra *provider* e abbonato (quando confluiranno nelle diverse banche dati del *provider* si applicherà la L. 675/96) ad esempio al momento dell'invio della *password* e dello *username*, necessarie per l'accesso alla Rete<sup>143</sup>. L'art. 4, D.Lgs. 171/98, prevede, inoltre, la riservatezza nelle telecomunicazioni e l'onere da parte del fornitore del servizio di informare l'abbonato e, ove possibile, l'utente che le comunicazioni possono essere apprese anche in modo non intenzionale da soggetti estranei. Uguale obbligo viene previsto anche per « l'abbonato che dovrà informare l'utente quando il contenuto delle comunicazioni o conversazioni può essere appreso da altri a causa del tipo di apparecchiature terminali utilizzate o del collegamento realizzato tra le stesse presso la sede dell'abbonato medesimo ».

Infine, le clausole dei diversi contratti esaminati, italiani e statunitensi, inerenti alla posta elettronica prevedono il generale principio della segretezza della corrispondenza e, pertanto, il *provider* si impegna a non verificare, censurare o controllare il contenuto della *mailbox* salvo automaticamente cancellarlo o al termine del contratto o nel caso in cui l'abbonato non vi acceda per un determinato periodo di tempo, salvo preavviso al medesimo. In questo caso, pur essendo garantita la segretezza della corrispondenza pervenuta, non sembra si sia tenuto conto di un altro soggetto:

ce dell'articolo 17 della direttiva 95/46/Ce ».

<sup>140</sup> Cfr. art. 4, comma primo, direttiva 97/66/CE, *Sul trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni*, il quale afferma che « tenuto conto delle attuali conoscenze in materia e dei costi di attuazione, dette misure devono garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio incorso ».

<sup>141</sup> SICA, *La riservatezza nelle telecomunicazioni*, in questa *Rivista*, 1998, pp. 6 s.

<sup>142</sup> Entrambi costituiscono importanti

difese per l'elaboratore dell'abbonato. L'*antivirus* provvede alla rilevazione e, in alcuni casi, all'eliminazione dei *virus*. Il *firewall* permette di isolare i sistemi informativi da illecite intrusioni provenienti dalla Rete e può consistere in un dispositivo: *software* (permette il filtraggio dei pacchetti dei dati) o *hardware* (ad esempio: *gateway* a livello di applicazione, *gateway* a livello di connessione, *proxy server*).

<sup>143</sup> Sul punto Cfr. SICA, *La tutela della vita privata nelle telecomunicazioni e nell'attività giornalistica*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 1009.

il mittente. L'art. 13, comma secondo, L. 513/97 afferma, infatti, che i documenti e gli atti trasmessi per via telematica sono di « proprietà del mittente sino a che non sia avvenuta la consegna al destinatario ». Secondo l'interpretazione che si è data nel paragrafo relativo alla *privacy* al termine « consegna » (l'avvenuto *downloading* sull'elaboratore dell'abbonato della posta elettronica pervenuta al suo indirizzo) la norma sembra indurre a ritenere l'esistenza dell'obbligo del *provider* del destinatario, nei casi indicati in modo uniforme nelle diverse clausole dei contratti, di ritrasmettere ai diversi mittenti la posta inviata ove sia possibile identificarli attraverso l'indirizzo *e-mail*. Nel caso in cui l'indirizzo del destinatario sia inesistente è possibile già oggi verificare che lo stesso *provider* del mittente provvede a rinviare il testo del messaggio e gli eventuali documenti a quest'ultimo allegati al mittente con le indicazioni delle ragioni del mancato recapito.

## 2.2. I CONTRATTI DEI CONSUMATORI: LE CLAUSOLE VESSATORIE.

Nello scorrere attento dei formulari, stampati seguendo l'invito posto in rilievo sulla pagina *web* al consumatore prima della conclusione del contratto, vengono subito ad evidenza le diverse clausole relative a: l'identità del fornitore del servizio, le caratteristiche essenziali del servizio, la durata della validità dell'offerta, la durata minima del contratto e la possibilità di recedere in ogni momento. Possono dirsi in questo modo rispettate, innanzi tutto, le indicazioni previste dal D.Lgs. 185/99 all'art. 3 (informazioni per il consumatore), art. 4, (conferma scritta delle informazioni), art. 5 (esercizio del diritto di recesso). Quest'ultimo articolo prevede a favore del consumatore la possibilità di recedere entro il termine di almeno dieci giorni successivi dal giorno della conclusione del contratto o dal giorno in cui siano stati soddisfatti gli obblighi di informazione scritta; al contrario, nel caso in cui il fornitore non abbia soddisfatto gli obblighi di informazione scritta, il termine per l'esercizio del diritto di recesso è di tre mesi e decorre dal giorno della conclusione del contratto. Inoltre, nei diversi contratti esaminati viene fatto esplicito invito al consumatore di prestare il proprio consenso all'invio di *e-mails* pubblicitarie secondo quanto prevede l'art. 10, comma primo, D.Lgs. 185/99, riguardo alla possibilità dell'utilizzo di tecniche di comunicazione a distanza solo nel caso di consenso del destinatario<sup>144</sup>.

<sup>144</sup> Il legislatore ha previsto così il consenso preventivo del destinatario, tecnica c.d. dell'*opt-in*, riguardo alle comunicazioni a distanza quali « telefono, posta elettronica, sistemi automatizzati di chiamata senza l'intervento di un operatore o di *fax* » (art. 10, comma primo, D.Lgs. 185/99). Allo stesso modo l'art. 10 (chiamate indesiderate), comma primo, D.Lgs. 171/98, prevede che non sia possibile senza il precedente espresso consenso dell'abbonato l'invio di comunicazioni commerciali mediante un sistema automatizzato di chiamata « senza l'intervento di un operatore o del telefax per scopi di invio di materiale

pubblicitario o di vendita diretta, ovvero per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale interattiva ». Diversamente, viene utilizzata la tecnica c.d. dell'*opt-out*, sia all'art. 10, comma secondo, D.Lgs. 185/99, riguardo « alle tecniche di comunicazione diverse da quelle di cui al comma primo » (telefono, posta elettronica, fax o sistemi di chiamata automatizzati senza l'intervento di un operatore) « qualora consentano una comunicazione individuale », sia all'art. 7, comma secondo, Dir. 2000/31/CE. Quest'ultima non modifica la normativa sopra accennata perché vengono fatte salve, come recita

Nei contratti italiani risulta, poi, immediatamente evidente l'esplicito richiamo all'art. 1341 c.c., seguito da una puntuale «elencazione» delle clausole vessatorie perché contenute nell'elenco al secondo comma dello stesso articolo (i contratti esaminati riportano le clausole relative a: diritti e doveri dell'abbonato, garanzie fornite dall'abbonato, responsabilità dell'abbonato, riservatezza delle informazioni e, infine, la clausola risolutiva espressa). L'indicazione delle diverse clausole vessatorie trova collocazione alla fine del testo contrattuale o in un diverso *forms* ed è normalmente seguita dall'approvazione dell'aderente mediante il «*point and click*» o tasto virtuale. L'art. 1341, secondo comma, c.c. prevede però «la specifica approvazione per iscritto» delle clausole e la dottrina, in proposito, si è sostanzialmente divisa: alcuni ritengono che sia impossibile l'utilizzo di ogni altra forma diversa dall'apposizione della firma digitale o, comunque, la firma dell'aderente sul contratto stampato seguendo le istruzioni indicate alla pagina *web* e poi inviato al *provider*. Altri, invece, tenendo conto delle particolari modalità di conclusione del contratto *on line*, rileggono la disposizione nel senso che l'aderente venga semplicemente «posto in grado di conoscere le clausole e sia richiamata la sua attenzione» attraverso una forma chiara e precisa (ad esempio mediante un *link* o, altrimenti, attraverso l'obbligo di *scrolling*)<sup>145</sup> oppure con l'utilizzo del tasto virtuale<sup>146</sup>. Quest'ultima posizione parrebbe preferibile in una sintesi necessaria di forma chiara delle clausole e utilizzo del tasto virtuale, diversamente, si dovrebbe ritenere l'invalidità delle diverse clausole vessatorie nella totalità dei contratti esaminati. Tuttavia, secondo quanto già accennato in precedenza, la dottrina maggioritaria ritiene che nei contratti stipulati fra il professionista e il consumatore non possano considerarsi vessatorie le clausole che dopo un confronto con gli artt. 1469-bis ss., c.c., risultino aver «superato positivamente il controllo sulla vessatorietà»<sup>147</sup>. Diversamente, in caso di risultato negativo, può affermarsi la

lo stesso articolo, «la direttiva 97/7/CE, relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, (attuata con D.Lgs. 185/99) e 97/66/CE, relativa al trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni (attuata con D.Lgs. 171/98)». Invece, nei casi diversi rispetto a quelli già regolamentati dalle direttive, gli Stati adotteranno «i provvedimenti necessari per far sì che i prestatori che inviano per posta elettronica comunicazioni commerciali non sollecitate consultino regolarmente e rispettino i registri negativi in cui possono iscriversi le persone fisiche che non desiderano ricevere tali comunicazioni commerciali».

L'ambito così disciplinato dalla direttiva trova ampia conferma al *considerando* n. 30 il quale recita: «la questione del consenso dei destinatari di talune forme di comunicazione commerciale non sollecitata non è disciplinata dalla presente direttiva bensì, in particolare, dalla direttiva 97/7/CE e dalla direttiva 97/66/CE».

<sup>145</sup> Lo *scrolling* è normalmente possibile, dopo l'apertura di una finestra di testo, mediante una barra di scorrimento verticale che permette lo scorrere del testo e quindi la lettura delle diverse clausole vessatorie.

<sup>146</sup> CIACCI, *La firma digitale*, cit., pp. 220 s.

<sup>147</sup> La dottrina sembra concorde nell'affermare che, nel caso dei contratti stipulati tra consumatori e professionisti, il rispetto degli oneri formali di cui agli artt. 1341 c.c., comma secondo, c.c., e 1342, comma secondo, c.c., non è sufficiente a sottrarre la stessa clausola al giudizio contenutistico previsto nella nuova disciplina di cui agli artt. 1469-bis ss., c.c. Diversamente, la dottrina risulta divisa riguardo l'applicazione esclusiva delle norme che si riferiscono ai consumatori. Parte ritiene che prevalgano le norme riguardanti i consumatori, a tale proposito cfr. FAILLACE, *I contratti stipulati con i consumatori*, in *Contratto e impresa*, 1996, p. 362 s., il quale ritiene che il controllo sul contenuto

vessatorietà delle stesse clausole anche se approvate specificatamente per iscritto. Pertanto, non resta che procedere, ora, al confronto con queste ultime disposizioni già indicate quali « regole generali » nei contratti tra il professionista ed il consumatore. Innanzi tutto è necessario esaminare i due « elenchi »: l'elenco « ampio » delle clausole considerate vessatorie « salvo siano oggetto di trattativa individuale » (art. 1469-bis, comma terzo) e quello « ristretto » riferito alle clausole considerate vessatorie « qualunque oggetto di trattativa » (art. 1469-quinquies, comma secondo)<sup>148</sup>. Quest'ultimo elenco, secondo alcuna dottrina, si distingue sostanzialmente dal primo perché è prevista l'inefficacia assoluta delle clausole ricomprese nell'elenco con la conseguenza della connotazione dello stesso come una sorta di *black list*<sup>149</sup>. Diversamente, ed è l'indirizzo accolto dalla dottrina maggioritaria, l'elenco « ristretto » sembra non rappresentare una *black list*, ma semmai una *grey list* perché, se pur non rileva ai fini della « non vessatorietà » la prova della avvenuta trattativa con il consumatore, il professionista potrebbe sempre provare il fatto che la clausola, riferita al contratto sottoscritto, non determina un significativo squilibrio e non contrasta con i dettami della buona fede secondo quanto prevede l'art. 1469-bis, comma primo, c.c.<sup>150</sup>. Quest'ultima interpretazione

ad opera degli artt. 1469-bis ss., c.c., « sostituisca il requisito formale della sottoscrizione » di cui all'art. 1341, comma secondo, c.c., e nel caso vi sia una clausola ricompresa nell'elenco di cui all'art. 1341, comma secondo, c.c., « che non è presente nella lista di cui all'art. 1469-bis, c.c. sarà il giudice a decidere della sua vessatorietà in base ai parametri generali della buona fede e del significativo squilibrio »; DI MAJO, *I contratti bancari e finanziari dopo la legge sulle clausole vessatorie*, in RUFFOLO (a cura di), *Clausole vessatorie e abusive. Gli artt. 1469-bis e seguenti del codice civile e i contratti dei consumatori*, Milano, 1997, p. 302; CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle c.d. clausole vessatorie cioè abusive*, in *Europa e Dir. Priv.*, 1998, pp. 21 ss. Introduce, invece, alcune sensibili distinzioni PODDIGHE, *I contratti con i consumatori*, in *La disciplina delle clausole vessatorie \**, PAOLO CENDON (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2000, p. 60 ss., la quale, qualora ricorrano i presupposti per l'applicazione delle norme indicate, distingue: a) la clausola non risulta fra quelle dell'elenco all'art. 1341 c.c. e rientra ad esempio nelle clausole dell'elenco all'art. 1469-bis, c.c.: in tal caso consegue l'applicazione di quest'ultima « nuova disciplina operandosi un controllo contentutistico sulla singola clausola »; b) la clausola è ricompresa nei due elenchi ed è da considerarsi vessatoria: in questo caso si applicheranno congiuntamente le due norme; c) la clausola è ricompresa all'interno dell'elenco all'art. 1341 c.c., ma non può

essere considerata vessatoria secondo gli artt. 1469-bis, ss.: in questo caso sembra non doversi procedere all'obbligo della doppia sottoscrizione (del contratto e delle clausole), previsto dall'art. 1341, comma secondo, c.c. perché la clausola risulta aver superato il diverso e più penetrante controllo diretto ad un reale protezione del consumatore. Diversamente favorevoli alla contemporanea applicabilità dei due sistemi di norme sono: PARDOLESI, *Clausole abusive pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 543; ROPPO, voce: *Clausole vessatorie (nuova normativa)*, in *Enc. giur. trec.*, vol. VI, Roma, 1988, pp. 12 ss.; DE NOVA, *Le clausole vessatorie. Art. 25, legge 6 febbraio 1996, n. 52*, Milano, 1996, pp. 8 s.

<sup>148</sup> Questa risulta una disciplina più rigorosa introdotta dalla legge di recepimento rispetto a quanto la direttiva comunitaria 93/13/CEE ha previsto quale « obiettivo minimo » all'art. 3, comma terzo: la necessità che gli Stati membri adottino « un elenco di clausole che possono essere dichiarate abusive ».

<sup>149</sup> In questo senso v. per tutti CARLEO, *Commento sub art. 1469-bis, comma terzo, n. 10*, in ALPA-PATTI (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori-commentario agli artt. 1469-bis-1469-sexies del codice civile*, 1997, Milano, p. 718.

<sup>150</sup> In questo senso v. per tutti: DE NOVA, *op. ult. cit.*, pp. 8 s., e PODDIGHE, *op. cit.*, pp. 15 s.

sembra preferibile perché non esclude, comunque, il controllo intorno alla « effettiva » vessatorietà della clausola che rientra nell'elenco « ristretto » e, se si accoglie quest'ultima posizione, diviene possibile non procedere ad un esame distinto dei due elenchi in quanto può escludersi l'esistenza di alcuna trattativa individuale nei contratti d'accesso gratuito quale elemento che potrebbe indurre un esame distinto dei due elenchi<sup>151</sup>. Infatti, le clausole sono « oggetto di predisposizione unilaterale da parte del professionista » cui segue, semplicemente, l'adesione del consumatore<sup>152</sup>.

L'accennata « verifica » della « effettiva » vessatorietà della clausola o delle clausole, riferita ad entrambi gli elenchi, sembra attribuire valore di clausola generale all'art. 1469-bis, comma primo, c.c.<sup>153</sup>, il quale prevede la vessatorietà delle clausole, contenute « nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista, che malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto ». Il legislatore ha poi indicato una serie di elementi ai fini della valutazione della vessatorietà: « la natura del bene o del servizio oggetto del contratto », « le circostanze esistenti al momento della sua conclusione » e « le altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato da cui dipende » (art. 1469ter, primo comma, c.c.). Gli elementi indicati sembrano, in questo modo riferire ai contratti dei consumatori, e, per quanto affermato in precedenza, senza alcun limite relativo a delle clausole contenute o non contenute nell'elenco o riguardo

<sup>151</sup> La giurisprudenza ha, infatti, definito l'esistenza dell'unilateralità della predisposizione nell'assenza della trattativa (Cass., 15 giugno, 1979, n. 3373, in *Foro it. rep.* 1979, voce *Contratto in genere*, n. 118). Sull'argomento cfr. anche, Cass. 21 novembre 1978, n. 5422, in *Foro it. rep.*, 1978, voce *Contratto in genere*, n. 94, la quale afferma che non vi è alcuna predisposizione unilaterale solo laddove il contratto preformulato « sia stato oggetto di sostanziali modificazioni o rimaneggiamenti ad opera delle parti, in modo da rendere assolutamente certo che il contraente, a carico del quale sia stata prevista la clausola vessatoria, abbia consapevolmente accettato il contenuto dello stesso contratto, compresa la clausola a lui sfavorevole ». Una soluzione « più equa » sembra, invece, ravvisarsi nella giurisprudenza tedesca secondo FAILLACE, *op. cit.*, p. 372, il quale, alla luce di alcune importanti decisioni — cfr. BGH 30 settembre 1987-IV a Z R 6/86 (kohn), in *NJW* 1988, pp. 410 ss. — ha sottolineato il delinearsi di un più preciso giudizio riguardo alla nozione di clausola « negoziata ». Quest'ultima è da intendersi, pur in assenza di modifiche rispetto al testo predisposto, quale clausola dove « la parte non predisponente abbia concretamente ed effettivamente potuto concorrere alla determinazione del suo contenuto ». Sembra in siffatta ipotesi, per lo stesso autore, che

sia sufficiente che « le parti abbiano chiarito e discusso nel dettaglio il contenuto della singola clausola, nonché possibili formulazioni alternative a quelle inizialmente adottate dal professionista » nonostante il consumatore, in esito a questa discussione, abbia rinunciato ad ogni modifica e dichiarato il proprio assenso al testo predisposto o, altrimenti, rinunciato a seguito « di concessioni su altri aspetti rilevanti del regolamento negoziale o in cambio dell'inserimento di clausole a lui vantaggiose ».

<sup>152</sup> Sul punto cfr. Poddighe *op. cit.*, pp. 66 s., la quale ritiene che la « disciplina sulle clausole vessatorie trova incontrastata applicazione », più in generale, « ogni qual volta sia ravvisabile il caso in cui il professionista predisponga unilateralmente taluni schemi contrattuali al fine di regolamentare in maniera uniforme i rapporti con i propri clienti ». In questo senso v. anche DE NOVA, *op. ult. cit.*, p. 34; ORESTANO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie: contratti del consumatore e condizioni generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, pp. 501 ss.; ORLANDO, *La formazione dei patti vessatori nella novella sui contratti con i consumatori*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, pp. 730 ss.

<sup>153</sup> GABRIELLI-ORESTANO, *Contratti del consumatore*, in *Dig. disc. priv. Sezione civile, Aggiornamento*, Torino, 2000, p. 250.

la contrattazione standardizzata<sup>154</sup>, l'importante nozione dell'operazione economica<sup>155</sup> quale « unità logico formale » costituita da « una sequenza unitaria e composta che comprende in sé il regolamento, tutti i comportamenti che con esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti e la situazione oggettiva nella quale il complesso delle regole e gli altri comportamenti si collocano »<sup>156</sup>. La definizione di contratto in termini di operazione economica sembra così rilanciare la disciplina della tutela del consumatore secondo un modello, altrimenti nel momento stesso della sua applicazione deformato secondo un'astratta previsione di vessatorietà, in cui rilevano importanti elementi quali il prezzo di vendita del bene o l'esistenza di un corrispettivo. Da questo ne consegue che l'asserita gratuità del contratto sembra acquisire rilevanza ai fini dell'esame intorno alla vessatorietà delle clausole e alcune delle « cautele » inserite nella direttiva sulle clausole vessatorie non hanno particolare ragione di esistere perché sembra di fatto elidersi lo squilibrio del contratto a favore del professionista. Tuttavia, tale affermazione, ostacolo alla piena applicazione delle « cautele » accennate, trova un importante limite riguardo alla disciplina sulla *privacy* perché, come in precedenza indicato, costituisce un elemento pienamente partecipe della tutela del consumatore e di grande rilevanza nei contratti gratuiti di accesso ad *internet*. La *privacy* sembra così divenire elemento certamente non estraneo rispetto alla stessa valutazione intorno alla vessatorietà, mentre, al contrario l'assoluta estraneità della disciplina sulla *privacy*, rispetto alla stessa tutela del consumatore, importerebbe l'esistenza di un regolamento che di fatto impedirebbe o renderebbe altrimenti difficoltoso il pieno e corretto dispiegarsi della disciplina a favore del consumatore, ad esempio: il permanere di clausole che prevedono un foro diverso rispetto a quello del consumatore o limiti imposti all'abbonato riguardo alla possibilità di allegare prove in sede di un'eventuale giudizio. Risulta così evidente la necessità di un esame sulla vessatorietà secondo una più articolata disciplina a tutela del consumatore in cui l'elemento economico non può ritenersi determinante ed esclusivo.

<sup>154</sup> Sul punto v. GABRIELLI-ORESTANO, *op. cit.*, p. 250, il quale ritiene che l'applicabilità dell'art. 1469-ter, comma primo, c.c., sembra, infatti, possibile anche nel caso della contrattazione standardizzata dove possono rilevare alcune circostanze relative al momento della conclusione, come ad esempio: eventuali sollecitazioni esercitate sul consumatore o la presenza di altri negozi collegati. *Contra* PARDOLESI, *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?*, in *For. It.*, 1994, V, c. 148, il quale sottolinea che il contenuto delle clausole standardizzate « è per definizione indifferente alle modalità di conclusione del contratto », da questo consegue l'assurdità della pretesa di ancorare il controllo contenutistico « a condizioni fattuali ». Quindi l'operare dell'art. 1469-ter, primo comma, c.c., può dirsi limitato alle sole ipotesi di predisposizione unilaterale « individuale ». Tut-

tavia, sembra possibile poter affermare, a differenza di quest'ultima posizione, l'applicazione dell'art. 1469-ter, primo comma, c.c., ai contratti *standard* almeno limitatamente alla valutazione della vessatorietà riferita sia alla natura del bene o del servizio oggetto del contratto, sia alle altre clausole del contratto o di un altro collegato o da cui dipende.

<sup>155</sup> Cfr. sul punto: NUZZO, *I contratti del consumatore tra legislazione speciale e disciplina generale del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, pp. 315 ss.; BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia del consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 30; GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, Torino, 1999, p. 53, GABRIELLI-ORESTANO, *op. cit.*, p. 250.

<sup>156</sup> GABRIELLI-ORESTANO, *op. cit.*, p. 250.

Alla luce di quanto esposto l'esame sistematico dei formulari italiani e statunitensi ha permesso di individuare clausole vessatorie appartenenti ai due « elenchi » che verranno, per le ragioni in precedenza illustrate, esaminati unitariamente.

### 2.2.1. *Le clausole vessatorie individuate nei diversi formulari esaminati.*

Le clausole vessatorie individuate nei diversi formulari possono sussumersi in due distinti gruppi: il primo contraddistinto dalle clausole che derogano al principio secondo cui il contratto ha forza di legge tra le parti; il secondo riguarda le clausole che prevedono l'autotutela del professionista e limitano i diritti di difesa del consumatore<sup>157</sup>.

*Il primo gruppo si suddivide in tre distinti sottogruppi. IL PRIMO è costituito dalle clausole che derogano al principio di immodificabilità del contratto.* In alcuni formulari, in particolar modo statunitensi, è prevista l'adesione dell'abbonato sia a condizioni aggiuntive non contemplate nel testo, sia alla clausola che prevede la possibilità per il *provider* di « aggiungere o modificare » le diverse clausole del contratto in un momento successivo. Riguardo a quest'ultima il carattere vessatorio sembra escludersi se si ravvisa l'esistenza di « un giustificato motivo » come indicato all'art. 1469-bis, comma terzo, *sub* 11, c.c., dove si presume vessatoria la clausola che attribuisce al professionista il potere di modificare le clausole del contratto ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato « motivo » semplicemente « a suo insindacabile giudizio ». La clausola che attribuisce lo « *jus variandi* » non dovrà essere così indeterminata<sup>158</sup>, diversamente sarà vessatoria la clausola, presente in alcuni contratti di accesso, la quale prevede a favore del *provider* la possibilità di modificare a propria discrezione e anche in *pejus* il servizio che lo stesso si riserva di sospendere o di interrompere, o di modificare a suo insindacabile giudizio. *Per quanto riguarda, le clausole riferite all'estensione dell'adesione del consumatore a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto*, considerate vessatorie secondo l'art. 1469-bis, comma terzo, *sub* 10 c.c., sembra preferibile, l'interpretazione favorevole alla vessatorietà delle stesse solo se in concreto pregiudizievoli per il consumatore perché producono un importante squilibrio e sono in contrasto con il principio della buona fede<sup>159</sup>; la soluzione contraria contravverrebbe alla *ratio* di protezione del consumatore alla base della disciplina in esame<sup>160</sup>. *Le clausole che riguardano*

<sup>157</sup> Si riprende la stessa distinzione utilizzata da DE NOVA, *La novella sulle clausole vessatorie e la revisione dei contratti standard*, in *Riv. dir. priv.*, 1996, pp. 229 ss.

<sup>158</sup> Poddighe, *op. cit.*, p. 204.

<sup>159</sup> Riguardo alle clausole in esame cfr. Trib. Torino, 11 novembre 1999, in *Danno resp.*, 2000, p. 281, il quale sottolinea come il giudizio sulla vessatorietà debba essere diretto ad un esame concreto del-

la « possibilità che il consumatore abbia avuto al momento della conclusione del singolo contratto di conoscere le condizioni solo richiamate dal contratto principale » e risulta, pertanto, irrilevante, nel caso trattato dallo stesso Tribunale, il fatto che « nella prassi nel corso delle trattative le condizioni generali di riparazione degli autoveicoli in officina non vengono rese conoscibili né comunicate ».

<sup>160</sup> Poddighe, *op. cit.*, p. 163.

*il potere di modificare l'oggetto* risultano, invece, vessatorie se attribuiscono al professionista il diritto di « accertare la conformità del bene venduto o del servizio prestato a quello previsto dal contratto o di conferirgli il diritto esclusivo di interpretare una clausola qualsiasi del contratto » (art. 1469-bis, comma terzo, sub 14, c.c.). *L'applicazione della prima parte della norma*, riferita all'accertamento della conformità del bene venduto o del servizio prestato, non deve prescindere da una prima verifica circa quanto l'ordinamento prevede con riferimento alla nullità dell'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo subordinato ad una condizione sospensiva meramente potestativa o nel caso di indeterminatezza o indeterminabilità dell'oggetto del contratto. L'ordinamento consente, invece, la possibilità sia di attribuire poteri unilaterali ad uno dei contraenti (ad esempio: vendita con riserva di gradimento), sia di demandare a terzi la determinazione di un elemento necessario del contratto. Pertanto, alla luce di quanto affermato l'interprete dovrà procedere ad un primo esame diretto ad individuare se la clausola risulta fondata su criteri che possono definirsi discrezionali<sup>161</sup>, diversamente residuerà il giudizio sulla vessatorietà<sup>162</sup>. *La seconda parte della disposizione* in esame, viene a completare il già accennato limite al *jus variandi* imposto dal legislatore al professionista e prevede la vessatorietà della clausola relativa « al diritto esclusivo del professionista di interpretare una clausola qualsiasi del contratto »<sup>163</sup>, se risulta fondata su criteri interpretativi rimessi alla mera discrezionalità del *provider* e non diversamente legata ad altri elementi come ad esempio su ricognizioni di carattere tecnico.

<sup>161</sup> Cfr. Poddighe, *op. cit.*, pp. 222 ss., la quale ritiene che la stessa clausola possa considerarsi invalida secondo l'art. 1229 c.c. (« è nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave »), perché realizza, sostanzialmente, un patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore in caso di « condotta dolosa o connotata da colpa grave ». Di conseguenza sono invalide le clausole che attribuiscono al *provider* il diritto di modificare a sua discrezione il servizio, ad esempio cfr. il contratto Winfire .com, cit., « Winfire reserves the right to change the fee and Service level features from time-to-time ».

<sup>162</sup> Sul punto cfr. Poddighe, *op. cit.*, pp. 225 ss., la quale ritiene valida la clausola contenente parametri tecnici, ad esempio « demandare al professionista il compito di effettuare accertamenti tecnici inerenti alla conformità del bene consegnato o del servizio prestato a quanto statuito nell'accordo ». Questa non risulterebbe, inoltre, vessatoria se « bilanciata dalle ulteriori disposizioni negoziali che consentano di inferire l'inesistenza di un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, e non si ponga in contrasto con la clausola generale della buona fede ».

<sup>163</sup> Poddighe, *op. cit.*, pp. 228 s., la

quale, inoltre, sottolinea come la dottrina e la giurisprudenza sembrano dubitare della stessa possibilità delle parti di imporre dei criteri interpretativi diversi rispetto a quanto prevede l'art. 1362 c.c., sia con riguardo alla predisposizione di una clausola la quale attribuisca ad uno solo dei contraenti tale diritto, sia secondo una concorde determinazione, non potendo, comunque, le stesse, altrimenti, vincolare il giudice secondo il ben noto principio *iura novit curia*. In questo senso v. anche DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993, pp. 18 ss., che ribadisce l'esclusiva attività interpretativa del giudice così come afferma la stessa Cass. 11 aprile 1992, n. 4474, inedita: « l'accertamento della presenza dei requisiti necessari per una sicura identificazione dell'oggetto del contratto è riservato al giudice di merito ed è soggetto al sindacato della Cassazione solo sotto il profilo della logicità e congruità della motivazione ». L'autore, poi, afferma che, a differenza della compatta dottrina, la giurisprudenza maggioritaria riconosce il noto principio *in claris non fit interpretatio*, limite alla ricerca della comune volontà delle parti nel caso in cui le espressioni usate nel contratto siano di « chiara ed inequivoca significazione » (Cass. 14 maggio 1991, n. 5406, in *FI*, 1992, I, c. 3368).

IL SECONDO sottogruppo riguarda le clausole che derogano al principio di irretrattabilità del consenso e nei contratti esaminati si sono rinvenute, innanzi tutto clausole vessatorie secondo l'art. 1469-bis, sub 8, c.c., le quali attribuiscono al professionista il potere di esercitare il diritto di recesso da un contratto a tempo indeterminato, senza « un ragionevole preavviso » e senza giusta causa<sup>164</sup>. La vessatorietà delle clausole può ravvisarsi pertanto nell'assenza di alcun termine di preavviso oppure in un termine di preavviso eccessivamente breve, sempre in relazione ad una valutazione che attenga « all'incongruo svantaggio che ne deriva al consumatore e, quindi, del significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, ai sensi dell'art. 1469-bis, comma primo, c.c. »<sup>165</sup>. Per quanto riguarda la giusta causa di recesso la dottrina fa riferimento all'inadempimento di non scarsa importanza, all'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione e alle ripercussioni che eventi straordinari e imprevedibili possono avere sul contratto<sup>166</sup>. In questo senso sembra, ulteriormente, rafforzarsi la tutela del consumatore nei confronti delle clausole che prevedono la possibilità dello stesso provider di recedere immediatamente dal contratto nel caso l'abbonato, ad esempio non voglia sottoporsi ad un ampio ed illecito esercizio dello *jus variandi*.

IL TERZO sottogruppo ha per oggetto le clausole che derogano al principio secondo cui il contratto deve essere adempiuto. In questo caso rilevano le clausole che riguardano l'esonero del provider da ogni responsabilità, contrarie innanzi tutto all'art. 1229, primo comma, c.c., il quale prevede la nullità di patti che escludano o limitino preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave. In alcuni contratti viene, diversamente, fatto esplicito riferimento alla limitazione di cui all'art. 1229 c.c.<sup>167</sup>, ma sembra potersi ritenere l'insufficienza di tale affermazione perché nel caso del contratto con il consumatore, dove l'equo contemperamento degli interessi sembra non raggiungersi con la semplice responsabilità per dolo o colpa grave del professionista, l'art. 1229 c.c. non costituisce unica norma esclusivamente applicabile. L'art. 1469-bis, comma terzo, sub 2, in tema dei contratti del consumatore,

<sup>164</sup> Il potere di recedere in modo indiscriminato è presente solo in alcuni contratti italiani, ad esempio cfr. Kataweb, cit., art. 5.2, il quale prevede che « l'Utente e KATAWEB potranno in qualsiasi momento porre termine al servizio KATA-MAIL, con o senza causa mediante messaggio di posta elettronica ». Diversamente, è presente nella maggior parte dei contratti statunitensi cfr. per tutti Address.com, cit., art. 14, che recita: « *Either Address.com Mail or Usa.net may terminate the Service with or without cause at any time and effective immediately. Termination shall be accompanied by a written notice. "Address.com Mail" and Usa.net shall not be liable to you or any third party for termination of Service. Should Member object to any terms and conditions of this service or any subsequent modifications*

*thereto or become dissatisfied with the Service in any way, your sole and exclusive recourse is to immediately discontinue your use of the Service; cancel your membership; and notify "Address.com Mail" of your cancellation. Upon termination of the Service, your right to use the Service and Software immediately ceases and you shall have no right and "Address.com Mail" shall have no obligation thereafter to forward any unread or unsent messages to Member or any third party* »;

<sup>165</sup> Trib. Roma, 21 gennaio 2000, inedita.

<sup>166</sup> Cfr. per tutti GABRIELLI, *Recesso e risoluzione per inadempimento*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1974, p. 725.

<sup>167</sup> Cfr. per tutti: Contratto World on line, punto 6.

sembra prevedere, infatti, la responsabilità del professionista anche per colpa semplice<sup>168</sup> e la conseguente vessatorietà della clausola che « escluda o limiti le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista ». Conformemente a quanto affermato, potranno considerarsi vessatorie le clausole dove, se pur riconosciuti i diritti previsti all'art. 1229 c.c., l'abbonato si impegna a manlevare, sostanzialmente e processualmente la stessa società che fornisce il servizio e a mantenerla indenne da ogni danno, perdita o responsabilità, costo o spesa, incluse le spese legali, derivanti da ogni violazione del regolamento.

Tuttavia, a ragione della gratuità del servizio e dell'impossibilità del *provider* di controllare e immediatamente impedire l'attività illecita compiuta dai diversi abbonati sulla Rete, *il giudizio sulla vessatorietà sembra doversi attenere ad una minore severità con riguardo alle clausole riferite alla esclusiva responsabilità dell'abbonato per l'utilizzo illecito del servizio*<sup>169</sup>. La responsabilità del *provider* sembra così residuare, secondo i diversi formulari esaminati, solo relativamente all'attività di raccolta e di trattamento dei dati personali sulla base anche di quanto dispone la L. 675/96: il *provider* avrà l'obbligo di custodire e controllare i dati personali (art. 15) e sarà responsabile per i danni cagionati per effetto del trattamento di dati personali o per l'omessa adozione di misure necessarie alla sicurezza dei medesimi (artt. 18 e 36). Diversamente è possibile rinvenire l'assoluta responsabilità dell'abbonato per l'attività illecita svolta sulla rete<sup>170</sup> conformemente alla recente direttiva sul commercio elettronico la

<sup>168</sup> Cfr. DE NOVA, *op. ult. cit.*, p. 237.

<sup>169</sup> Le clausole dei contratti italiani risultano nella loro formulazione generiche, facendo riferimento al divieto di utilizzare il servizio in modo da contravvenire alle vigenti leggi dello Stato o di qualunque altro paese e/o convenzioni, trattati, accordi o normative internazionali. Diversamente, in alcuni formulari statunitensi le medesime clausole appaiono più precise e dettagliate, a tale proposito cfr. per tutti NetZero, *cit.*, art. 2.0, il quale prevede la nozione di uso illecito del servizio: « *Prohibited Uses of NetZero Services: NetZero reserves the right to terminate a subscriber or user's session or access to the NetZero Services at any time without notice: A) Unlawful purposes. (...); B) Unwanted Materials, Offensive Content and Disabling Code (...); C) SPAM. (...); D) Unauthorized Trademark Use. (...) E) Extended Use and Inactivity. (...) F) NetZero Services and NetZero Site Functionality. (...). Any violations of NetZero's system or network security are strictly prohibited. Security violations include, without limitation: (i) attempts to compromise the security of any internet account or website; (ii) altering the header information of e-mail or Usenet postings or other*

*activity that conceals your e-mail address or prevents recipients from responding to email messages you send; (iii) interference with service to any user, hosting or network provider (including, without limitation, mail-bombing or news-bombing, flooding, overloading a system, broadcast attacks, disrupting internet relay chat channels or Usenet newsgroups, placing false bids on auction sites); (iv) use or distribution of tools designed to compromise security (including without limitation cracking tools, banner blockers, network probing tools, and password or credit card probes and decryption devices, and other guessing programs) of any computer system or network; (v) transferring excessive amounts of data through NetZero's network; (vi) misuse or abuse of account access and passwords; and (vii) reselling any aspect of the NetZero Services or NetZero Site* ».

<sup>170</sup> L'illecito commesso sulla rete non sembra acquisire carattere autonomo, ma conserva i medesimi caratteri di illecità che possiede al di fuori della rete. La commissione europea, Comunicazione 16 ottobre 1996, *Informazione di contenuto illecito e nocivo su internet*, afferma, infatti, che ciò che è « illegale fuori dalla rete è il-

quale ritiene l'*access provider* non responsabile nel caso in cui rispetti tre precise condizioni: non dia origine alla trasmissione, non selezioni il destinatario della trasmissione, non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse (art. 12, lett. a, b, c, Dir. 2000/31/CE)<sup>171</sup>. In questo senso si pone anche la raccolta di usi della Camera di Commercio di Milano che agli artt. 6 e 7 delinea la responsabilità rispettivamente dell'abbonato, il quale « assume ogni responsabilità in ordine ai dati ed alle informazioni immessi in rete, nonché in ordine al loro contenuto e forma », e del *provider*. Quest'ultimo, deve garantire, senza alcuna distinzione fra contratto oneroso e gratuito, solamente « la continuità nell'erogazione dei servizi, nei limiti di cui all'art. 5<sup>172</sup>, salvo nei casi di: forza maggiore o caso fortuito; manomissioni su servizi o sulle apparecchiature, effettuati dal cliente o da terzi; errata utilizzazione dei servizi da parte del cliente; mal funzionamento degli apparecchi di connessione utilizzati dal cliente, anche quando siano derivati dal mancato rispetto di leggi e regolamenti in materia di sicurezza, prevenzione incendi ed infortunistica ». La responsabilità del *provider*, sembra, infine, residuare conformemente a quanto affermato da recente giurisprudenza e secondo la direttiva sul commercio elettronico (art. 13, lett. e, Dir. 2000/31/CE), nel caso in cui lo stesso partecipi o comunque collabori insieme all'abbonato alla creazione di contenuti illeciti e nella diversa ipotesi già accennata relativa alla sicurezza dell'accesso alla rete da parte dell'abbonato<sup>173</sup>.

legale anche sulla rete». Gli illeciti commessi sulla rete possono essere: la violazione delle norme in tema di diritto d'autore mediante la riproduzione e la pubblicazione *on line*, senza l'autorizzazione dell'autore o del titolare dei diritti di utilizzazione economica, di documenti, immagini ed altre opere dell'ingegno; la lesione di diritti della personalità con la diffusione in rete di notizie o immagini che riguardano un soggetto e lesive all'onore o alla reputazione del medesimo; la concorrenza sleale nel caso di immissione in rete di informazioni lesive ai sensi dell'art. 2598 c.c.; la violazione delle norme in materia di marchi e brevetti.

<sup>171</sup> La norma è inserita all'interno della sezione quarta, « *Responsabilità dei prestatori intermediari* », della direttiva che prevede le condizioni per l'esclusione della responsabilità non solo degli *access providers* (art. 12), ma anche dei fornitori di servizi di *hosting* (art. 14) e dei fornitori di servizi in *internet* (*internet service providers*) (art. 13). Questi ultimi, e rappresentano la quasi totalità dei *providers* nei contratti in esame, non saranno responsabili a condizione che: « non modifichino le informazioni; si conformino alle condizioni di accesso alle informazioni; si conformino alle norme di aggiornamento delle informazioni indicate in un modo ampiamente riconosciuto ed

interferiscano utilizzato dalle imprese del settore; non interferiscano con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta ed utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni; agiscano prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena vengano a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione dell'accesso ».

<sup>172</sup> Per una lettura dell'art. 5 si rimanda alla nota n. 50.

<sup>173</sup> La giurisprudenza, tuttavia, all'inizio si è mostrata favorevole ad attribuire al fornitore dell'accesso un vero e proprio obbligo di controllo intorno ai contenuti, a tale proposito cfr. Trib. Napoli, 8 agosto 1996, in questa *Rivista*, 1997, pp. 970 ss., il quale ritiene che la responsabilità del *provider* emerge « per aver autorizzato, consentito o comunque agevolato il comportamento illecito » perché, sempre secondo l'interpretazione del Tribunale, il *provider* può essere assimilato ad un responsabile editoriale e in quanto « proprietario di un canale di comunicazione destinato ad un pubblico di lettori (al quale va equiparato quale organo di stampa un sito

*Infine nello stesso sottogruppo è possibile ricomprendere la clausola relativa alla possibilità del provider di cedere il contratto, riferita, nella quasi totalità dei formulari esaminati, a soggetti indeterminati. La clausola accennata sembra così risultare vessatoria perché consente « al professionista di sostituire a sé un terzo nei rapporti derivanti dal contratto » con il rischio che « risulti diminuita la tutela dei diritti » del consumatore (art. 1469-bis, comma terzo, sub 17 c.c.). Un più attento esame della norma sembra escludere la vessatorietà nel caso in cui il professionista indichi elementi specifici idonei alla determinazione del terzo in modo da evitare un futuro ed imponderabile sacrificio dei diritti del consumatore<sup>174</sup>. Infine, deve rilevarsi che legislatore ha voluto estendere l'ambito*

*internet*) ha l'obbligo di vigilare sul compimento di atti di concorrenza sleale » o più in generale su eventuali illeciti commessi mediante la rete, cui consegue una responsabilità, oggettiva (*strict liability*), in concorso con quella « dell'autore » del contenuto; Trib. Napoli, 8 agosto 1997, in *Giust. civ.*, 1998, I, pp. 258 ss., il quale afferma che il *provider* gestore del sito abbia un obbligo di vigilanza « in considerazione dell'eccezionale diffusione dello strumento di comunicazione utilizzato (le moderne tecniche telematiche *on line* sulla rete *internet*), che impone al diligente professionista una più intensa attività di controllo »; Trib. Teramo, 11 dicembre 1997, in questa *Rivista*, 1998, pp. 370 ss. Diversamente, Cfr. Trib. Cuneo, 23 giugno, in *Giur. piem.*, 1997, pp. 493 ss., che afferma l'esclusione di ogni responsabilità del *provider* nel caso in cui questo fornisca semplicemente l'accesso, infatti, il servizio può assimilarsi « a quello di un centro commerciale che abbia concesso in locazione la bancarella sulla quale l'autore ha esposto i prodotti incriminati ». La posizione assunta dal Tribunale di Cuneo sembra simile a quella di parte della giurisprudenza statunitense la quale assimila la figura del *Service provider* a quella del distributore o libraio (cfr. *Cubby Inc. v. Compuserve*, 776, F. supp. 135, S.D. NY 1991; *Religious Technology Center v. Netcom On-line Communication Services*, n. C-95-20091 RMW United States District Court for the Northern District of California, 21 November 1995; *Stratton Oakmont Inc. and Daniel Porush v. Prodigy Service Company*, n. 31063/94; *Zeran v. American On Line*). In questo senso anche Trib. Roma, 4 luglio 1998, in questa *Rivista*, 1998, pp. 807 ss., il quale esclude la responsabilità del *provider* che si limiti a mettere a disposizione degli utenti uno spazio virtuale dove non ha alcun potere-dovere di controllo e di vigilanza sui contenuti immessi, ma semplicemente un « ruolo tecnico » finalizzato, co-

me nel caso portato all'attenzione del Tribunale, all'accesso ad un'area di discussione; Trib. Roma, 22 marzo 1999, in questa *Rivista*, 2000, pp. 66 ss., che ribadisce il principio secondo il quale il *provider* non ha il dovere di accertare l'eventuale contenuto illecito delle comunicazioni, salvo non risulti a lui evidente e, solo in questo caso, risponderà, secondo quanto prevede l'art. 2055 c.c. in tema di responsabilità solidale perché dolosamente o colposamente con la sua condotta ha dato un apporto causale alla realizzazione dell'illecito. In questo senso il *considerando* n. 46 della Direttiva 2000/31/CE recita che « per godere di una limitazione della responsabilità il prestatore di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni deve agire immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitare l'accesso alle medesime non appena sia informato o si renda conto delle attività illecite », e comunque « la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime devono essere effettuate nel rispetto del principio della libertà di espressione e delle procedure all'uopo previste a livello nazionale ».

<sup>174</sup> Sul punto v. GATT, *Ambito soggettivo di applicazione della disciplina; il consumatore e il professionista*, in *Nuove Leggi Civ. Commentate*, 1997, pp. 430 ss., il quale sottolinea l'importanza, ad escludere il carattere vessatorio, del consenso prestato dal consumatore riguardo ad una situazione preventivamente determinata o determinabile. La valutazione della vessatorietà, per lo stesso, deve quindi essere condotta *ex ante* con riferimento al contenuto della clausola medesima, non rilevando, invece, una valutazione più ampia e condotta *ex post* la quale abbia per oggetto i vantaggi e gli svantaggi derivanti dalla cessione del contratto. In questo senso cfr. anche DI GIOVINE, *Commento sub art. 1469bis, comma terzo*,

operativo della stessa anche a casi diversi rispetto alla cessione del contratto<sup>175</sup>, che realizzino, più in generale, la « sostituzione » dell'originario contraente e, secondo un'interpretazione estensiva, anche quando la sostituzione attenga solamente alle obbligazioni assunte dal professionista nel caso in cui quest'ultimo resti sempre il titolare del rapporto<sup>176</sup>.

*Il secondo gruppo riguarda, invece, le clausole che prevedono l'autotutela del professionista e limitano il diritto di difesa del consumatore.* Nei diversi formulari si è potuto constatare l'esistenza di clausole che impongono a carico del consumatore decadenze o limitazioni della facoltà di opporre eccezioni<sup>177</sup>, limitazioni nell'allegazione di prove, inversioni o modificazioni dell'onere della prova<sup>178</sup> che sembrano, ad un primo esame, vessatorie secondo quanto prevede l'art. 1469-bis, comma terzo, sub 18, c.c. In particolare, fra queste, risultano, innanzitutto, vessatorie le clausole che riguardano la decadenza dall'esercizio di un diritto in conseguenza dell'inosservanza di un termine perentorio pattiziamente stabilito o, altrimenti, la decadenza a seguito di un onere o di un obbligo senza che ne corrisponda la liberazione dalle obbligazioni contrattualmente assunte. Le clausole che attengono a limitazioni delle facoltà di opporre eccezioni hanno trovato, invece, nella dottrina opinioni discordanti con riferimento al carattere vessatorio o meno della clausola relativa all'impossibilità del consumatore di opporre eccezioni di carattere sostanziale. In questo senso da una parte vi è chi esclude la vessatorietà di detta clausola perché « non limita la possibilità di opporre eccezioni, ma limita il diritto sostanziale della parte »<sup>179</sup>, dall'altra, invece, si sostiene che la vessatorietà della clausola possa essere sempre affermata se si prende in considerazione le diverse clausole vessatorie contenute nei due elenchi che comportano una ampia tutela del consumatore<sup>180</sup>. *Per quanto riguarda, infine, le clausole che stabiliscono limitazioni nell'allegazioni di prove, inversioni o modificazioni dell'onere della prova, sembrano potersi considerare, ad un primo esame, af-*

nn. 9, 17, in CESARO (a cura di), *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, Padova, 1998, p. 269.

<sup>175</sup> La direttiva 93/13/CEE, alla lett. p, elenco allegato, diversamente e più limitatamente, prevede essere vessatoria la clausola che attribuisce al professionista la possibilità di « cedere a terzi il contratto senza l'accordo del consumatore, qualora ne possano risultare inficiate le garanzie per il consumatore stesso ».

<sup>176</sup> V. GATT, *Commento sub Art. 1469-bis, comma terzo, n. 17*, in ALPA-PATTI (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, Commentario agli articoli 1469-bis-1469-sexies del codice civile, Milano, 1997, p. 434.

<sup>177</sup> La valutazione riguardo la vessatorietà della clausola dovrà seguire ad una prima valutazione circa l'eventuale nullità rispettivamente: del « patto con cui si stabiliscono termini di decadenza che rendono eccessivamente difficile ad una delle parti l'esercizio del diritto »

(art. 2965 c.c.); della clausola con cui si stabilisce « che una delle parti non può opporre eccezioni al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta » nel caso di eccezioni di nullità, annullabilità e rescissione del contratto (art. 1462 c.c.).

<sup>178</sup> Cfr. fra tutti i contratti Winfire.-com, cit., art. 9.0, il quale prevede che « *Your exclusive remedies, and the entire liability of Winfire, shall be replacement of the Software or Accompanying Materials, as the case may be by downloading, installing, and/or otherwise using the Software or Accompanying Materials. You hereby agree to waive any and all other remedies You may have at law or in equity. Any such remedies You may not waive as a matter of public policy, You hereby assign, or agree to assign as they become available, over to Winfire.* ».

<sup>179</sup> Cfr. per tutti BIANCA, *op.cit.*, p. 356.

<sup>180</sup> Cfr. per tutti PODOGHE, *op. cit.*, pp. 258 s.

*fette da nullità* secondo quanto disposto all'art. 2698 c.c. Questo prevede, infatti, la nullità dei patti « con i quali è invertito, ovvero, è modificato l'onere della prova, quando si tratta di diritti di cui le parti non possono disporre o quando l'inversione o la modificazione ha per effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto »<sup>181</sup>. Diversamente, potrà residuare l'ipotesi dell'applicazione dell'art. 1469-bis, comma terzo, *sub* 18, c.c., da cui consegue la vessatorietà delle stesse. A tale proposito sembra possibile rinvenire la nullità della clausola che comporta l'esonero della responsabilità del *provider* salvo che l'abbonato non provi che questa sia derivata da causa imputabile al primo.

L'art. 1469-bis, comma terzo, *sub* 19 sancisce, invece, la vessatorietà della clausola che stabilisce *come foro competente sulle controversie* località diversa rispetto a quella di residenza o domicilio del consumatore. La sola previsione di inefficacia della clausola, ha dato origine a due diverse e possibili interpretazioni: la prima diretta a confermare che all'inefficacia della clausola consegue la scelta « obbligata » del foro di residenza o del domicilio elettivo del consumatore<sup>182</sup>, la seconda, diversamente, ritiene che a seguito della inefficacia della clausola debba necessariamente seguire l'applicazione delle norme processuali intorno alla competenza e l'eventuale, ma non necessaria, applicazione del foro del consumatore<sup>183</sup>. In ogni caso ai contratti in esame, secondo quanto già affermato, devono applicarsi le norme in tema di contratti a distanza, dove all'art. 14, D.Lgs. 185/99, in maniera esplicita, è prevista la « competenza territoriale inderogabile del giudice del luogo di residenza o di domicilio del consumatore, se ubicati nel territorio dello Stato ».

## CONCLUSIONI.

Il percorso compiuto ha evidenziato la complessità di una disciplina in continua evoluzione dove è stato possibile sottolineare l'esistenza di un'u-

<sup>181</sup> V. Poddighe, *op. cit.*, pp. 266 s.

<sup>182</sup> Cfr. CECERE, *Commento sub art. 1969-bis*, in BARENGHI (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, 1996, pp. 66 ss.; VACCARELLA, *Il problema del foro competente nei contratti tra professionista e consumatore*, in *Doc. Giust.*, 1996, pp. 1710 ss.; DALMOTTO, *Un nuovo foro esclusivo per il consumatore*, in *Giurispr. it.*, 1997, pp. 161 ss.

<sup>183</sup> Cfr. DE NOVA, *Le clausole vessatorie. Art. 25, legge 6 febbraio 1996, n. 52*, 1996, cit., pp. 27 ss.; TOMMASEO, *Commento sub art. 1469-bis, comma terzo, nn. 18, 19*, in ALPA-PATTI (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori - commentario agli articoli 1469-bis-1469-sexies del codice civile*, Milano, 1997, pp. 450 ss.; STELLA, *Commento sub. Art. 1469-bis, comma terzo, nn. 2, 18, 19*, in CESARO (a cura di), *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, Padova,

1998, pp. 368 ss., il quale ritiene che la clausola indicante la competenza di un foro legislativamente previsto quale alternativo, ma diverso rispetto a quello del consumatore non potrebbe essere considerata vessatoria perché riproduttiva di una disposizione di legge e così sottratta al giudizio di vessatorietà *ex art. 1469-ter*, comma terzo, c.c. Posizione accolta anche da Poddighe, *op. cit.*, p. 270, che ritiene l'assenza del carattere vessatorio di dette clausole meramente riproduttive di disposizioni di legge. In questo senso anche FAILLACE, *op. cit.*, p. 389, il quale « suggerisce » al professionista di non inserire nel contratto alcuna clausola relativa alla competenza e « fare in modo che il contratto sia da ritenere concluso presso la sua sede ». Sarà così possibile avvalersi, secondo l'autore, della facoltà prevista all'art. 20 c.p.c. di convenire il consumatore « nel luogo in cui è sorta l'obbligazione ».

nità, secondo quanto disposto dalla stessa direttiva sul commercio elettronico, fra le diverse norme poste a tutela del consumatore o meglio dell'*e-consumer* dove grande importanza riveste la disciplina sulla *privacy*. Tuttavia, tale disciplina sembra ancora scarsamente recepita negli stessi formulari italiani come già indicato dall'analisi svolta dall'Autorità Garante della *Privacy* con riferimento ai contratti gratuiti di accesso ad *internet*, alla quale è seguita una serie di indicazioni tese alla realizzazione di una informativa che tenga conto delle informazioni minime che devono essere fornite all'interessato al momento della raccolta (cfr. art. 10 L. 675/96). Il Garante ha poi ribadito nella relazione per l'anno 2000 la centralità della raccolta dei dati personali nei contratti di accesso più volte al centro dell'analisi, sia nei paragrafi relativi alla *privacy*, sia riguardo alla problematica relativa alla gratuità o onerosità del contratto.

Inoltre, recentemente, anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, riguardo a diversi procedimenti promossi dall'associazione in difesa dei consumatori (*Codacons*) nei confronti di alcuni primari operatori della telefonia che forniscono servizi di accesso gratuito<sup>184</sup>, ha chiaramente individuato l'importanza della raccolta dei dati personali ai fini della *profilazione*, unitamente alla possibilità del *provider* di inviare al consumatore *e-mails* pubblicitarie. Entrambi sono stati definiti quali veri e propri oneri soggetti al consenso del consumatore secondo quanto previsto dalla disciplina sulla *privacy* e sui contratti a distanza. Pertanto i *links* ipertestuali recanti l'indicazione solamente della gratuità dell'accesso, considerati dall'Autorità a tutti gli effetti messaggio pubblicitario<sup>185</sup>, sono stati oggetto di giudizio da parte della stessa e ritenuti mancanti di elementi utili al consumatore al fine di valutare l'effettiva convenienza del servizio pubblicizzato caratterizzato dai predetti oneri. L'Autorità ha affermato così configurarsi la fattispecie di pubblicità ingannevole in ragione di un difetto relativo alla trasparenza, chiarezza e immediatezza dell'informazione accessibile al consumatore, perché la possibilità di accedere al testo integrale delle condizioni di contratto prima di sottoscriverlo risulta insufficiente rispetto all'esigenza primaria che la libertà di autodeterminazione del consumatore debba configurarsi fin dal primo contatto pubblicitario.

Infine, l'adozione in brevissimo tempo di un codice deontologico per i « servizi di comunicazione offerti per via telematica e in particolare attraverso *internet* » comporterà per il *provider* nuovi e precisi obblighi circa un lecito trattamento dei dati personali che avranno certamente influenza anche sugli stessi formulari dei contratti di accesso ad *internet*.

<sup>184</sup> Cfr. all'indirizzo [www.agcm.it/tema0210.htm](http://www.agcm.it/tema0210.htm): Provvedimento n. 10270 (Tiscali « Mail Spamming »); Provvedimento n. 10279 (Messaggio Libero-Infostrada su *internet*), Provvedimento n. 10278 (Messaggi Kataweb su *internet*).

<sup>185</sup> Sul punto cfr. Autorità Garante della Concorrenza, Provvedimento n. 10278, cit., la quale sostiene che « in considerazione del mezzo di diffusione e della struttura della fattispecie in esame, sia il bottone presente sulla *home page* di Kataweb, sia le pagine ad esso collegate tramite *link* ipertestuale, configurano un unico mes-

saggio pubblicitario. Infatti, nel caso di specie, da un lato sussiste un collegamento logico tra il *link* in parola e la pagina contenente il modulo di adesione e le informazioni relative ai servizi offerti e, dall'altro l'attivazione del *link* « *Internet Gratis* » collega l'utente direttamente ed univocamente a tali pagine *web*. In quest'ottica, i *claim* in oggetto possono considerarsi come facenti parte di un più ampio ed unico messaggio il cui contenuto è articolato su più schermate senza che queste ultime risultino frammentate o rinvenibili in un diverso contesto o in un momento disgiunto ».

Il confronto si è poi sviluppato intorno alle norme riguardanti i contratti del consumatore ed, ancora una volta, il risultato è stato ugualmente contrassegnato da un profondo divario fra il dato normativo e quello « reale ». Nei formulari italiani e americani si è potuto constatare l'esistenza di clausole vessatorie. Lo scorrere delle diverse clausole dei contratti italiani sembra, inoltre, mettere in luce la mancanza di una forma chiara in particolare con riferimento alle clausole relative alla descrizione dello stesso servizio di accesso. La quasi totalità dei contratti statunitensi sembra caratterizzata, invece, da clausole più chiare organizzate secondo la struttura dell'ipertesto la quale permette al consumatore una facile lettura ed una più ampia comprensione delle stesse, anche grazie all'uso di schemi articolati su domande e risposte. L'importanza del requisito della chiarezza emerge dalla stessa disciplina intorno ai contratti dei consumatori che estende « la valutazione del carattere vessatorio della clausola » anche « alla determinazione dell'oggetto del contratto e all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi » nel solo caso in cui tali elementi non siano individuati in modo chiaro e comprensibile<sup>186</sup>. Questo vuole significare come la redazione del regolamento contrattuale abbia ora trovato pieno ed importante rilievo giuridico al fine di una completa tutela del consumatore, altrimenti fortemente limitata nel caso in cui il contratto si presenti non pienamente comprensibile<sup>187</sup>.

Infine è utile richiamare alcune problematiche trattate in occasione dell'analisi delle diverse clausole e, ancora oggi, oggetto di vivace dibattito: l'obbligo della doppia sottoscrizione, il servizio di posta elettronica, l'applicazione del D.Lgs. 171/98 e, infine, la responsabilità del *provider*. Quest'ultima ha trovato una posizione di rilievo all'interno degli stessi contratti gratuiti di accesso, secondo un sistema articolato di clausole che riferiscono all'abbonato ogni « rischio » relativo all'utilizzo di *internet*. Le clausole riferite all'utilizzo illecito del servizio da parte dell'abbonato sono risultate essere non vessatorie; diversamente le clausole che prevedono l'esclusione di ogni responsabilità del *provider*, riferita ai rischi dell'abbonato connessi all'accesso, sono risultate contravenire innanzitutto a quanto disposto all'art. 2, D.Lgs. 171/98 e all'art. 5, Dir. 52/2002/CE. Riguardo a queste ultime clausole l'esame, condotto alla luce del rapporto fra legge e regolamento contrattuale, sembra trovare importante e ulteriore sviluppo se viene fatto riferimento alla stessa struttura dell'obbligazione. Un importante filone dottrinale tedesco<sup>188</sup>, ripreso da alcuna attenta dottrina italiana<sup>189</sup>, ha, infatti, rilevato che l'obbligazione non si

<sup>186</sup> V. Art. 1469-ter, comma terzo, c.c.

<sup>187</sup> Cfr. FAILLACE, *op. cit.*, pp. 395 s., il quale si riferisce ad un giudizio operato dal legislatore riguardante l'iniquità sostanziale della stessa clausola, concetto espresso dalla recente giurisprudenza tedesca: v. G.B.H., 15 ottobre 1991, in *Neu Jur. Wochenschr.* 1992, pp. 179 ss.

<sup>188</sup> Cfr., fra la più recente dottrina germanica, CANARIS, *Ansprüche wegen « positiver Vertragsverletzung » und « Schutz-*

*wirkung für Dritte » bei nichtigen Verträgen*, in *JZ*, 1965, pp. 475 ss.; SCHMIDT, *Nachwort a von Jhering, R., Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*, e Staub, H., *Die positiven Vertragsverletzungen*, nuova ed., Bad Homburg-Berlin-Zurich, 1969, pp. 131 ss.; THIELE, *Leistungsstörungen und Schutzpflichtverletzung*, in *JZ*, 1967, pp. 649 ss.

<sup>189</sup> Riguardo agli obblighi di protezione si segnalano, innanzitutto, i primi studi di BETTI, *Teoria generale delle obbligazio-*

struttura secondo « un rapporto lineare » caratterizzato da due poli: il debito dal lato passivo e il credito dal lato attivo, ma da una struttura complessa « atomica » dove al nucleo, di tutta evidenza, riferito all'obbligo di prestazione « accede una serie di obblighi collaterali o accessori la cui funzione complessiva è di pilotare il rapporto obbligatorio verso quel risultato integralmente utile che esso è di per se volto a realizzare »<sup>190</sup>, con la conseguenza di un'efficienza complessiva dello stesso rapporto. Gli obblighi accessori sono stati così individuati<sup>191</sup>: obblighi secondari di omissione, obblighi integrativi strumentali e obblighi di protezione. Questi ultimi, a differenza dei primi, i quali si riferiscono sempre alla prestazione e rispettivamente « rilevando l'aspetto negativo » o « costituendo specificazioni del contenuto della stessa », vengono a gravare su ognuna delle parti del rapporto obbligatorio al fine di « conservare integra la loro sfera giuridica, tutelandola nei confronti di possibili invasioni lesive che l'esistenza stessa del rapporto rende più agevoli in ragione del contatto sociale che con esse si realizza »<sup>192</sup>. Gli obblighi di protezione costituiscono così un importante elemento autonomo rispetto all'obbligo di prestazione perché diversi sono gli interessi ai quali questi apprestano tutela e trovano fondamento all'art. 1175 c.c., al centro della disciplina generale del rapporto obbligatorio, il quale prevede che il debitore e il creditore debbano comportarsi « secondo le regole della correttezza ». Nell'ordinamento nazionale sembra così chiaramente affermarsi, l'esistenza di obblighi di protezione, fondati sulla correttezza del comportamento del debitore e del creditore che trovano più vasta eco nell'ambito contrattuale con l'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede nella fase precontrattuale (art. 1337 c.c.), nell'esecuzione (art. 1375 c.c.), e nella stessa interpretazione del contratto (art. 1366 c.c.).

Gli obblighi di protezione rivestono così primaria importanza ed il controllo intorno alla vessatorietà può realizzarsi solo quale momento successivo nell'esame del regolamento contrattuale, che dovrà essere preceduto da una prima valutazione relativa all'eventuale liceità o meno delle « clausole di deresponsabilizzazione », quali quelle in esame, che sembrano elidere quanto risulta emergere, invece, chiaramente dalla stessa analisi del rapporto obbligatorio<sup>193</sup>.

Dopo quanto affermato non sembra possibile individuare alcun « vincitore » nel confronto fra contratti italiani e statunitensi, ma, tuttavia, sem-

ni, I, Milano, 1953, pp. 99 ss.; MENGONI, *Obbligazioni di risultato e di obbligazioni di mezzi (studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, pp. 185 ss., 280 ss., 366 ss. Invece più recenti sono gli studi di BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, pp. 1342 ss.; CARUSI, voce: *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1962, pp. 709 ss.; CASTRONOVO, voce: *Obblighi di protezione*, in *Enc. dir. trec.*, vol. XXI, Roma, 1990, pp. 1 ss.

<sup>190</sup> CASTRONOVO, voce: *Obblighi di protezione*, cit., 1990, p. 1 s.

<sup>191</sup> Cfr. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., pp. 39 s.

<sup>192</sup> CASTRONOVO, voce: *Obblighi di protezione*, cit., p. 1.

<sup>193</sup> CASTRONOVO, voce: *Obblighi di protezione*, cit., p. 6, il quale, inoltre, distingue fra le clausole che riguardano la lesione di diritti indisponibili o disponibili reputando, innanzitutto viziate di nullità le prime. Per quanto riguarda, invece, la lesione di situazioni soggettive patrimoniali ritiene che la liceità delle clausole sia da valutarsi con la verifica « dell'equilibrio dei costi sostenuti da ciascuna parte in mancanza del quale la clausola esonerativa sarà nulla per difetto della causa di attribuzione ».

bra delinearsi, dall'indicazione delle diverse clausole che contravvengono alla tutela del consumatore, un modello di riferimento e, comunque, l'importanza di un sistema normativo che sembra sempre riuscire a ristabilire, grazie all'attenta opera della dottrina e non ancora, purtroppo in molti casi, della giurisprudenza, il giusto equilibrio fra diritti ed obblighi dell'*e-consumer*. Il risultato dell'analisi dei contratti dimostra, infine, che ancora una volta, sembra prevalere la volontà da parte dei soggetti più « forti », i professionisti, di non voler riconoscere quei diritti dell'*e-consumer* i quali nei prossimi anni dovranno invece trovare, ai fini dello stesso sviluppo del commercio elettronico, ampia e comune applicazione in ambito sia europeo che statunitense a ragione di una « vocazione » sovranazionale della stessa Rete.

In ultimo è importante sottolineare l'intento del legislatore di intraprendere un nuovo percorso per definire il complesso rapporto fra *privacy* e telematica attraverso l'adozione di un codice di deontologia riferito al « trattamento dei dati personali effettuato nell'ambito dei servizi di comunicazione e informazione offerti per via telematica e in particolare nella rete *web* » il quale sarà il risultato della collaborazione fra la stessa Autorità Garante e « i professionisti ». Il codice assumerà, come afferma lo stesso Garante, « la veste di una vera e propria fonte dell'ordinamento generale, come si evince dal fatto che il rispetto delle disposizioni in esso contenute costituirà condizione essenziale per la liceità del trattamento dei dati »<sup>194</sup>.

---

<sup>194</sup> V. Relazione per l'anno 2001 dell'Autorità Garante, cit., p. 54.