
GIOVANNA MACCABONI

LA PROFILAZIONE DELL'UTENTE TELEMATICO FRA TECNICHE PUBBLICITARIE *ONLINE* E TUTELA DELLA PRIVACY

SOMMARIO: Premessa. — 1. Il fenomeno della profilazione nella disciplina italiana e comunitaria del trattamento dei dati personali. — 2. La disciplina applicabile alle tipologie di dati personali oggetto di profilazione e gli orientamenti del Garante. — 3. La circolazione online delle informazioni commerciali e la disciplina pubblicitaria. — 4. La profilazione nell'esperienza giuridica statunitense. — 5. Conclusioni.

PREMESSA.

Nel comune linguaggio sociale, il termine profilo designa in senso ampio e generico « *la linea estrema di contorno di un oggetto, e il disegno che la riproduce* », nonché, in senso figurato, una « *breve e sintetica descrizione dei caratteri essenziali di una persona* »¹. In tale accezione, il termine è utilizzato in alcuni testi normativi² per indicare un determinato *target* di riferimento, mediante l'enunciazione dei requisiti necessari al fine dell'inclusione/esclusione rispetto ad una categoria astrattamente considerata.

Tuttavia, è soprattutto nell'ambito delle indagini di mercato che la tecnica dei profili conosce una delle più significative e proficue applicazioni. L'elaborazione delle strategie di *marketing* registra anzi uno dei suoi momenti cruciali proprio nella definizione di profili di consumatori-tipo.

La c.d. profilazione consente, infatti, sia di orientare i consumi, adattando un certo tipo di prodotto ad una categoria individuata in relazione ad una combinazione di parametri (quali, ad esempio, età sesso, titolo di studio, professione, ecc.), sia di incentivare nuovi consumi, tramite la creazione e commercializzazione di nuovi prodotti funzionali al soddisfacimento dei bisogni dei consumatori, sia, infine, di calibrare il prodotto ri-

¹ Così, *Lessico Universale Italiano Treccani*, Roma, 1977, XVII, 684.

² Si vedano, ad esempio, per quanto riguarda il *profilo professionale* di una categoria di lavoratori in vista della assunzione, il d.m. 17 gennaio 1997, regolamento concernente la individuazione del profilo del tecnico dell'educazione e della riabilitazione psichiatrica e parasociale;

oppure per il *profilo del contribuente* ai fini dell'assoggettamento ad una data aliquota o ai c.d. accertamenti, l'art. 3 della legge n. 662 del 23 dicembre 1996, Misure di razionalizzazione della finanza pubblica, o l'art. 2 del d.P.R. 13 aprile 1995, n. 177 sulla formazione di gruppi omogenei di contribuenti ai fini dell'accertamento fiscale.

spetto al mercato potenziale. Essa, inoltre, sembra rispondere all'attuale trasformazione del sistema di produzione e distribuzione delle merci, da sistema prevalentemente di *produzione di massa* a sistema di *personalizzazione di massa*³.

Si è cioè assistito al passaggio da una produzione di merci indifferenziata — caratterizzata dalla necessità di convincere i potenziali consumatori della bontà di un prodotto nonché da ricerche di mercato concentrate soprattutto sui gusti della massa — ad un mercato sempre più ampio di beni personalizzati prodotti e distribuiti su larga scala, ma adattati alle esigenze del singolo.

In questa nuova fase, diviene necessario per chi produce e per chi distribuisce avere accesso ad una quantità considerevole di informazioni dettagliate sui gusti dei propri potenziali consumatori. Del resto, nell'elaborazione di un profilo o nella ricostruzione complessiva di una personalità, all'attitudine « classificatoria », attinente cioè all'operazione di catalogazione di alcune caratteristiche astrattamente considerate, se ne accompagna tipicamente una « indagatoria », attinente al reperimento e all'elaborazione di dati personali⁴.

Ad entrambe tali esigenze, hanno risposto le recenti innovazioni in tema di tecnologie interattive: in particolare, la diffusione di Internet e delle reti telematiche ha contribuito, per un verso, ad accelerare e a far diminuire i costi del trattamento delle informazioni raccolte, per altro verso, a consentire un monitoraggio costante degli spostamenti, dei gusti e delle scelte dell'utente.

Di queste rilevanti evoluzioni del mercato e delle tecnologie, non poteva non tenere conto uno dei più tradizionali strumenti del *marketing*, ovvero la pubblicità⁵. In effetti, proprio attorno a tali caratteristiche è fiorito, in ambito pubblicitario, l'*online profiling*, il processo cioè tramite il quale le agenzie pubblicitarie, che gestiscono e forniscono pubblicità ai siti Web, raccolgono i dati relativi agli utenti che prendono visione dei loro messaggi pubblicitari. Una volta raccolti ed elaborati, questi dati possono essere analizzati e combinati dalle stesse compagnie con altri dati, quali ad esempio:

³ La definizione di « *mass customization* » è di SAMARAJIVA, *Interactivity As Though Privacy Mattered*, in AGRE-ROTEMBERG, *Technology and Privacy: The New Landscape*, Massachusetts, 1997, 277; GRIPPO (*Analisi dei dati personali presenti su Internet. La legge n. 675/1996 e le reti telematiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 641) richiama l'attenzione proprio sul fenomeno della « personalizzazione di massa » come strategia che si inserisce nella crescente personalizzazione dei consumi.

⁴ Cfr. PELLECCIA, *Commento all'art. 17, in Tutela della Privacy. Commentario alla legge 31 dicembre 1996, n. 675*, a cura di Bianca - Busnelli, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n. 2-3, marzo/giugno 1999, 462.

⁵ La storia della pubblicità in Internet

ha inizio nel 1994, anno in cui viene « venduto » il primo *banner* pubblicitario ed appare sul mercato il primo *browser*: Netscape Navigator 1.0. Da quel momento il suo sviluppo è stato quanto mai rapido: secondo le stime dell'*Internet Advertising Bureau* (IAB), il fatturato complessivo relativo alla pubblicità ha raggiunto nel primo trimestre 1999 i 693 milioni di dollari, raddoppiando il valore corrispondente del primo trimestre 1998. Analoga tendenza si è manifestata in Italia, dove gli investimenti in pubblicità sul Web sono cresciuti in maniera esponenziale negli ultimi anni, sino a raggiungere i 200 miliardi nel corso del 2000. Sull'argomento, cfr. MORELLI, *Il commercio elettronico: scenari, prospettive e tecniche per vendere in rete*, Milano, 2000, 143.

— dati demografici e psicografici, relativi cioè a oggettive caratteristiche demografiche del consumatore (età, sesso ecc.) e a caratteristiche più astratte (opinioni, ideologie, interessi ecc.);

— dati forniti spontaneamente dallo stesso consumatore, laddove ha risposto a sondaggi o si è prestato alla compilazione di apposite schede di registrazione.

È evidente come questi dati consentano alle agenzie pubblicitarie di realizzare una varietà notevole di interferenze in ordine alle preferenze, alle inclinazioni e alle abitudini del consumatore. Da questa attività può risultare un dettagliato profilo dell'utente che consente di indovinare agevolmente i suoi gusti e i suoi bisogni e conferisce alle imprese di pubblicità la capacità di selezionare in tempi ridottissimi, nonché di inviare, soltanto quei messaggi pubblicitari che, rispondendo a quei dati gusti e a quei dati bisogni, verranno con maggiore probabilità notati e letti dal consumatore-destinatario.

A fronte di tali profili telematici che schedano gli individui in base alle loro caratteristiche, la presente ricerca si propone di indagare la rilevanza attribuita dagli ordinamenti giuridici moderni alle esigenze di tutela connesse all'aggressività e alla pervasività delle tecniche di personalizzazione della propaganda commerciale rispetto alla sfera privata e intima degli individui.

L'esigenza di allargare il campo dell'indagine oltre i confini del nostro ordinamento pare scelta metodologica imprescindibile a fronte di una realtà, quale quella dell'informazione commerciale *online*, in continua espansione e dotata di una naturale vocazione sovranazionale. L'utilità di un approccio di tipo comparatistico può, infatti, consentire sia di individuare il modello di disciplina più confacente ai principi generali del diritto delle persone e più efficiente sul piano della allocazione delle risorse, sia di definire un quadro di regole omogenee a livello comunitario per la disciplina del settore.

L'argomento è complesso, giacché presuppone innanzitutto uno sforzo di esatta delimitazione dei fenomeni da considerare e, in secondo luogo, un ulteriore sforzo ricostruttivo per l'individuazione del trattamento giuridico delle questioni coinvolte dai fenomeni stessi. Ma la complessità, oltre che metodologica, è sostanziale e discende dall'incrocio, sul tema in oggetto, di tre filoni di discussione quanto mai vivaci ed attuali: il ruolo delle Reti telematiche, la tutela accordata ai dati personali che vi circolano e la disciplina pubblicitaria.

1. IL FENOMENO DELLA PROFILAZIONE NELLA DISCIPLINA ITALIANA E COMUNITARIA DEL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI.

Com'è noto, nell'ordinamento italiano, è l'art. 17 della legge 31 dicembre 1996, n. 675 — in materia di tutela delle persone in ordine ad attività di trattamento di dati personali — ad accennare al fenomeno della « profilazione », laddove sancisce espressamente la potenzialità lesiva dei trattamenti automatizzati di dati personali finalizzati alla realizzazione di un profilo o alla descrizione della personalità di un soggetto⁶.

⁶ È questo l'unico luogo della legge n. 675/96 in cui ricorre l'espressione *profil-*

lo, senza peraltro che ne venga chiarito il significato. Manca nella legge — il cui

L'immediato ed esplicito referente della norma va individuato nell'art. 15 della direttiva comunitaria 95/46/CE, cui la legge n. 675/96 dà attuazione.

In particolare, il comma 1 dell'art. 15 riconosce alla persona il diritto « a non essere sottoposta ad una decisione che produca effetti giuridici o abbia effetti significativi nei suoi confronti fondata esclusivamente su un trattamento automatizzato di dati destinati a valutare taluni aspetti della sua personalità [...] ». Il comma 2, viceversa, concede agli Stati membri la facoltà di disporre che una persona possa essere sottoposta ad una tale decisione, ma soltanto in due ipotesi:

a) qualora la decisione « sia presa nel contesto della conclusione o dell'esecuzione di un contratto, a condizione che la domanda relativa alla conclusione o all'esecuzione del contratto, presentata dalla persona interessata, sia stata accolta, oppure che misure adeguate, fra le quali la possibilità di fare valere il proprio punto di vista, garantiscano la salvaguardia del suo interesse legittimo »;

b) qualora la decisione « sia autorizzata da una legge che precisi i provvedimenti atti a salvaguardare un interesse legittimo della persona interessata ».

È evidente la portata garantistica della disposizione che guarda con sospetto alla pratica della formazione di profili personali e dell'eventuale adozione di decisioni automatizzate⁷.

Nel dare attuazione alla regola comunitaria, il legislatore nazionale si è mosso in una direzione diversa. In particolare, nel segnare i limiti all'utilizzabilità di questi trattamenti, l'art. 17, al comma 1, pone un divieto assoluto per quanto concerne atti e provvedimenti giudiziari ed amministrativi, i quali non possono fondarsi esclusivamente su di essi; al secondo comma, attribuisce all'interessato un diritto di opposizione (ai sensi dell'art. 13, comma 1, lett. d) rispetto ad ogni altra decisione adottata sulla base dei suddetti trattamenti, escludendo questo diritto in ordine alle decisioni adottate in occasione della conclusione o della esecuzione di un contratto, in accoglimento di una proposta dell'interessato o sulla base di adeguate garanzie individuate dalla legge.

Tuttavia, proprio la formulazione del secondo comma appare tanto evanescente da lasciare ampi margini di creazione ed utilizzo dei profili automatizzati nell'area dei rapporti privati, offrendo, nel complesso, livelli di garanzia inferiori a quelli comunitari.

Con questa norma — tradizionalmente ascritta al c.d. « nocciolo duro » della tutela delle persone in materia di trattamento dei dati personali⁸ —

art. 1 pure segue la tecnica « definitoria » — una precisazione circa il senso da assegnare a tale espressione: diversamente, ad esempio, la legge federale svizzera sulla protezione dei dati del 19 giugno 1992 che definisce « profilo della personalità () una compilazione di dati che permette di valutare caratteristiche essenziali della personalità di una persona fisica ».

Per un'analisi accurata della norma nazionale in questione si vedano i contributi

di PELLECCIA, *Commento all'art. 17*, in *Tutela della Privacy*, a cura di Bianca Busnelli cit., 459, e di BELLAVISTA, *Commento all'art. 17*, in *La tutela dei dati personali. Commentario alla legge n. 675/1996*, a cura di Giannantonio, Losano, Zeno Zencovich, Padova, 1997, 162.

⁷ Cfr. BELLAVISTA, *Commento all'art. 17*, in *La tutela dei dati personali. Commentario alla legge n. 675/1996* cit., 163.

⁸ Così BELLAVISTA, *Commento all'art.*

si è operata una prima, importante valutazione di specifica pericolosità di tali trattamenti in ragione del mezzo utilizzato: è evidente, infatti, la maggiore facilità di estrapolazione dal contesto originario e di successiva aggregazione delle informazioni suscettibili di essere ridotte a dati personali trattabili automaticamente. È anche vero che, a fronte di operazioni di *direct marketing*, l'interessato deve essere messo in grado di riconoscere la comunicazione come commerciale, anche in funzione dell'esercizio del diritto di opposizione (c.d. *opt-out*) espressamente riconosciutogli dall'art. 13, comma 1, lett. e) della legge n. 675/96⁹.

Tuttavia, tale previsione normativa non esaurisce la rilevanza dei problemi determinati dalla recente crescita esponenziale, nel settore pubblicitario, dei rapporti tra servizi prestati ed informazioni raccolte *online*¹⁰.

Quest'ultimo rilievo evidenzia come la questione dei profili possa essere opportunamente affrontata solo nell'ambito di un approccio globale alla disciplina della protezione dei dati personali.

Infatti, l'esperienza della legislazione in materia ha dimostrato l'importanza di affiancare alla disciplina generale una regolamentazione settoriale che consideri le peculiari caratteristiche di chi tratta i dati, della tecnologia

17, in *La tutela dei dati personali cit.*, a cura di Giannantonio - Losano - Zeno Zenovich, 165.

⁹ Art. 13 - « 1. In relazione al trattamento di dati personali l'interessato ha diritto: [...]

e) di opporsi, in tutto o in parte, 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 e di essere informato dal titolare, non oltre il momento in cui i dati sono comunicati o diffusi, della possibilità di esercitare gratuitamente tale diritto ».

Per un'analisi della norma, si veda BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza*, Milano, 1997, 342, il quale evidenzia come « la lett. e) era inizialmente collegata solo "all'invio di materiale pubblicitario" di cui parla la versione italiana dell'art. 14 lett. b) della direttiva. Successivamente, il legislatore ha preso atto dell'errore di traduzione contenuto in tale versione ed ha esteso la lett. e) a tutti i trattamenti effettuati per scopi di *direct marketing*. Ha peraltro preferito evitare l'utilizzo di tale espressione (che pure è menzionata nella legge delega) e si è cimentato nella ricognizione della vasta costellazione di attività di vendita diretta, di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale interattiva ». Sul diritto di opposizione al trattamento, cfr. altresì IMPERIALI - IMPERIALI, *La tutela della « privacy » in Internet: difficoltà di un contemperamento*, in *Diritto e*

pratica delle società, del 2 aprile 2001, 29; LEOCANI, *La direttiva UE sul commercio elettronico. Cenni introduttivi*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, 642 e VICIANI, *Strategie contrattuali del consenso al trattamento dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 163.

¹⁰ In effetti, accanto al *banner* (letteralmente « stendardo o bandiera »), che ha rappresentato, fin dall'inizio, la modalità più utilizzata e nota per realizzare pubblicità in Rete, vanno oggi menzionate numerose altre tecniche di trasmissione e monitoraggio *online* di messaggi pubblicitari. Secondo FUSI, in *La pubblicità online e il ruolo dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato nella repressione delle pratiche pubblicitarie scorrette*, in *Il commercio elettronico. Il documento digitale, Internet, la pubblicità online*, (introduzione di VACCA), Milano, 1999, 158, le modalità diffusive del messaggio pubblicitario *online* possono essere ricondotte a tre distinte tipologie, a seconda che la pubblicità sia spedita direttamente ad un singolo utilizzatore al suo indirizzo di posta elettronica (c.d. *unsolicited mailing*), oppure sia diffusa attraverso programmi di ricerca (quali, ad esempio, *Explorer* o *Navigator*) sfruttandone i tempi morti durante i quali chi la segue è in attesa di risposta davanti al terminale, o, infine, sia collocata passivamente all'interno della Rete nell'eventualità di essere richiamata dall'utilizzatore nell'ambito di una ricerca finalizzata (c.d. *passive advertising*).

utilizzata, nonché delle modalità di trattamento e delle finalità perseguite. Di qui la previsione del legislatore di rinviare — in virtù della delega ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. b), n. 2 della legge n. 676/96 — l'analitica regolamentazione delle informazioni raccolte a fini pubblicitari e di *marketing* all'emanazione di un apposito decreto legislativo, il quale, a sua volta, tenga conto della Raccomandazione del Consiglio d'Europa 25 ottobre 1985 n. R. (85) 20 in materia di dati utilizzati per fini di *direct marketing*¹¹.

2. LA DISCIPLINA APPLICABILE ALLE TIPOLOGIE DI DATI PERSONALI OGGETTO DI PROFILAZIONE E GLI ORIENTAMENTI DEL GARANTE.

Con una prima approssimazione, le informazioni circolanti su Internet possono essere raggruppate in quattro distinte categorie¹². Si tratta di:

1. dati relativi agli abbonamenti con un *provider*, di regola necessari per l'identificazione degli abbonati e per l'autenticazione del loro diritto di accesso alla Rete (quali, ad esempio, *password* o riferimenti numerici del computer cui si riferiscono);

2. c.d. *transactional data*, dati, cioè, relativi alle transazioni e alle comunicazioni effettuate *online* dagli abbonati;

3. notizie presenti in Rete su un determinato individuo e facilmente reperibili tramite l'utilizzo di motori di ricerca¹³;

4. c.d. *clickstream data*¹⁴, ovvero informazioni relative agli acquisti e agli spostamenti del consumatore nel *World Wide Web* ottenute con programmi di monitoraggio sempre più sofisticati.

Nel complesso, tutti questi dati sono riconducibili ad una persona fisica o giuridica, ne consentono l'identificazione e sono utilizzabili, a scopi di profilazione, dalle agenzie pubblicitarie: i rischi di attentati alla *privacy* dell'utente telematico appaiono evidenti.

In tale contesto — e, soprattutto, in mancanza del varo dell'indicata normativa settoriale — è stata rilevante la funzione « integrativa » assolta dall'Autorità Garante per la protezione dei dati personali, la quale ha recentemente indicato le regole cui devono essere improntati la raccolta e l'utilizzo di dati personali da parte degli operatori economici, fissando, di riflesso, alcuni importanti principi in tema di profilazione.

¹¹ Con questa espressione, l'art. 1.2 della Raccomandazione indica « l'insieme di attività, nonché ogni servizio ausiliario ad esse, che permettano di offrire prodotti e servizi o di trasmettere ogni altro messaggio pubblicitario a segmenti di popolazione mediante posta, il telefono o altri mezzi diretti, a scopo di informazione o al fine di sollecitare una reazione da parte della persona interessata ». Il testo completo della Raccomandazione è comunque disponibile sul sito: <<http://www.garanteprivacy.it>>.

¹² Cfr. GRIPPO, *Analisi dei dati personali presenti su Internet. La legge n. 675/1996 e le reti telematiche*, cit., 649.

¹³ I motori di ricerca sono strumenti

di indicizzazione dei contenuti delle pagine Web che consentono all'utente di effettuare ricerche attraverso chiavi associate da simboli logici.

¹⁴ Questi spostamenti possono essere archiviati ed elaborati in modo da essere facilmente trasferiti e ceduti ad altri col risultato di un continuo controllo della « vita » degli individui sulla Rete. Per una prima analisi della questione, si vedano COHEN, *Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object*, 52 *Stan. L. Rev.*, 2000; LESSIG, *The Architecture of Privacy*, 1998, reperibile sul sito <<http://www.cyber.law.harvard.edu/works/lessig/architecture-priv.pdf>>.

La vicenda oggetto di intervento è nota ed ha coinvolto la società Infostrada S.p.A. in relazione all'erogazione del servizio gratuito Internet « Libero »¹⁵.

Come evidenziato dalle numerose segnalazioni pervenute al Garante, le modalità inizialmente previste dalla società per il trattamento dei dati degli abbonati a tale servizio non risultavano pienamente conformi alla legge n. 675/96: esse, infatti, potevano ingenerare confusione su aspetti concernenti i dati richiesti all'atto della registrazione, la raccolta di informazioni sui siti frequentati, i controlli sulla visualizzazione dei messaggi pubblicitari ed il rispetto dei principi di correttezza e lealtà nel trattamento dei dati. La società si difendeva obiettando che « *l'inserimento dei dati anagrafici e dell'indirizzo dell'abbonato nel relativo modulo di iscrizione era necessario per ragioni di sicurezza* »¹⁶ e che si era, comunque, provveduto « *ad indicare (mediante sottolineatura del testo) i campi la cui compilazione era obbligatoria per l'attivazione del servizio* ». Faceva, inoltre, presente che la richiesta del codice fiscale « *era funzionale ad una verifica di primo livello sulla veridicità dei dati forniti* » e che il conferimento delle altre informazioni utilizzabili per finalità statistiche e di *marketing* sarebbe stato facoltativo.

A fronte di siffatte obiezioni, il Garante ha innanzitutto posto l'accento sulla presenza di un consenso libero, specifico ed informato, nonché sul rispetto del principio di correttezza nel trattamento (rispettivamente artt. 11 e 9 della legge n. 675/96)¹⁷. Com'è noto, il comma 3 del citato art. 11 indica espressamente i requisiti cui risultano subordinate validità ed effettività del consenso dell'interessato. In particolare, secondo la nota interpretazione offertane dal Garante¹⁸, il riferimento alla « libertà » del consenso va inteso quale riconoscimento in capo al soggetto interessato di « *un diritto all'autodeterminazione informativa, e, dunque, al riparo da qualsiasi pressione (...) e dall'accettazione di clausole che determinano un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto* ». Tale consenso, inoltre, deve essere prestato « in forma specifica », cioè riferirsi ad un determinato trattamento o a determinate operazioni di un trattamento, e deve essere documentato per iscritto, ovvero risultare

¹⁵ Cfr. Decisione del Garante per la Protezione dei dati personali 13 gennaio 2000, disponibile sul sito: <<http://www.garanteprivacy.it>>.

¹⁶ In particolare, esso avrebbe consentito di ottemperare alle richieste dell'Autorità giudiziaria volte ad ottenere, per indagini penali in corso, « la comunicazione dei dati associabili ad un certo *User Id* attraverso il quale in data e ora definiti si è realizzata una navigazione. ».

¹⁷ In particolare, vengono in considerazione le lett. a), b) e d) dell'art. 9, comma 1, ed il comma 2 e 3 dell'art. 11.

Art. 9 - « I dati personali oggetto di trattamento devono essere:

a) trattati in modo lecito e secondo correttezza,

b) raccolti e registrati per scopi determinati, espliciti, legittimi, ed utilizzati in al-

tre operazioni del trattamento in termini non incompatibili con tali scopi; []

d) pertinenti, completi e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali sono raccolti o successivamente trattati; []. »

Art. 11 - « []

2. Il consenso può riguardare l'intero trattamento ovvero una o più operazioni dello stesso.

3. Il consenso è validamente prestato solo se è espresso liberamente in forma specifica e documentato per iscritto, e se sono state rese all'interessato le informazioni di cui all'art.10. »

¹⁸ Cfr. 28 maggio 1997, in *Foro it.*, 1997, III, c. 317; in *Corr. Giur.*, n. 8/1997, 915 con commento di ZENO - ZENCOVICH, *Il « consenso informato » e la « autodeterminazione informativa » nella prima decisione del Garante.*

in maniera inequivocabile. L'ultimo requisito richiesto concerne le informazioni, elencate nell'art. 10 della legge, che devono essere fornite all'interessato in modo chiaro, completo e comprensibile, prima che egli manifesti siffatto consenso. Per essere messo in grado di esprimere le proprie scelte liberamente e consapevolmente, infatti, l'interessato deve ricevere previamente tutte le informazioni necessarie per comprendere appieno le finalità e le modalità del trattamento dei dati che lo riguardano, non solo di quelli forniti direttamente, ma anche di quelli che vengono acquisiti successivamente (nel caso di specie, dal monitoraggio delle attività svolte dagli utenti via Internet).

In altri termini, l'Autorità ravvisa la necessità di individuare in capo al titolare del trattamento l'obbligo di una piena informazione sulle operazioni di trattamento dei dati che intende eseguire nell'ambito del servizio offerto, fornendo agli interessati, sia nell'informativa, sia nel contratto, una spiegazione chiara e completa del funzionamento, anche tecnico, della attività di profilazione.

Tale obbligo si traduce, segnatamente, nella necessità che le informazioni previste dall'art. 10, comma 1, della legge n. 675/96¹⁹ siano non solo ben evidenziate (ad esempio, all'interno di un apposito riquadro parte di un documento o di una pagina antecedente), prima dei campi in cui il cliente deve indicare i propri dati, ma altresì riferite a tutti gli aspetti del complessivo trattamento svolto dal titolare nell'ambito del servizio che l'interessato si accinge ad attivare (anziché ai soli profili relativi alle finalità commerciali), riepilogando in maniera chiara e sintetica le notizie relative alla registrazione dei dati relativi alle connessioni e ai siti e alle modalità della loro profilazione in rapporto agli indirizzi di posta elettronica²⁰.

Altrettanto opportuna risulta la precisazione, all'interno delle clausole contrattuali e dell'informativa, di tutte le categorie di soggetti eventual-

¹⁹ Per l'art. 10, comma 1 - « L'interessato o la persona presso la quale sono raccolti i dati personali devono essere previamente informati oralmente o per iscritto circa:

a) le finalità e le 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 dati medesimi;

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 ».

²⁰ In tal senso depongono, altresì, l'art. 10 del *Codice di deontologia e di buona condotta per i servizi telematici*, adottato dall'Associazione Nazionale Fornitori di Video Audio Informazione (ANFOV) ed entrato in vigore il 1 gennaio 1998, il quale

stabilisce che: « 1. L'informativa, a norma della legge n. 675/96, e sue successive modifiche, deve contenere:

a) le finalità e modalità delle operazioni di comunicazione e conservazione dei dati personali (anche di quelli raccolti automaticamente come i log o le intestazioni delle e-mail);

b) le comunicazioni e operazioni registrate ed il tempo di conservazione di tali registrazioni.

2. Le informative chiariscono anche quali dati siano accessibili agli altri utenti ed abbonati. Prima dello svolgimento di un'operazione, l'utente e l'abbonato devono avere una chiara contezza della circostanza che l'operazione può essere oggetto di monitoraggio.

3. Le formule adottate per l'informativa sono collocate in modo chiaramente visibile e sono di facile comprensione.

L'informativa deve essere posizionata in ogni luogo, sito o pagina da cui vengono raccolte informazioni personali ».

mente destinatari dei dati oggetto di raccolta, atteso che costoro dovranno a loro volta acquisire, previa informativa, il consenso degli interessati. In particolare, nell'ipotesi in cui si richieda il consenso del cliente con un'unica dichiarazione, anche per quanto riguarda i trattamenti eventualmente svolti da altre società, l'informativa e la clausola di consenso dovranno essere riformulate con la precisa indicazione — anche in un elenco allegato — di tali società e delle principali caratteristiche degli ulteriori trattamenti da esse svolti (finalità, modalità e ambito di comunicazione dei dati). Tale riformulazione, peraltro, dovrà essere operata anche in considerazione delle previsioni contenute nel d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185, attuativo della direttiva comunitaria 97/7/CE sulla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza. In particolare, l'art. 3 del decreto, nel sancire un rigoroso obbligo di informazione del consumatore prima della conclusione del contratto, prevede, al comma 2, che tali informazioni — il cui scopo commerciale deve essere inequivocabile — siano fornite in modo chiaro e comprensibile, con ogni mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza impiegata, ed osservando i principi di buona fede e di lealtà in materia di transazioni commerciali. Quanto poi alla dichiarazione di consenso, la sua formulazione deve tenere conto delle disposizioni in tema di pubblicità e di chiamate indesiderate introdotte dall'art. 10 del citato decreto²¹.

Nel complesso, dunque, l'orientamento che traspare dalle regole fissate dal Garante parrebbe quello di considerare adempiuto il generale obbligo di piena informazione del contraente soltanto quando l'informativa sia completa, analitica, differenziata per tipologia di dati e per categoria di destinazione degli stessi e si configuri quale presupposto dell'espressione di un consenso informato, consapevole e libero dell'interessato in ordine agli eventuali « usi secondari » dei suoi dati identificativi o attinenti a gusti, preferenze e interessi da parte del titolare del trattamento.

Senonché, si tratta di leggere queste importanti affermazioni alla luce della natura essenzialmente silente ed invisibile delle tecniche di reperimento e raccolta *online* delle informazioni personali da parte degli operatori pubblicitari²².

²¹ Per un'analisi della norma e delle principali questioni da essa poste all'interprete, cfr. *infra*, par. 3.

²² Emblematica, a tal proposito, è la vicenda dei *cookies*. Dotarsi di uno dei tanti *software* « scaricabili », anche gratuitamente, dalla Rete che consentono di rimuoverli alla chiusura di ogni sessione di navigazione o, in alternativa, monitorarli ed inibirli mediante un'operazione di settaggio del *browser*, possono costituire efficaci soluzioni tecnologiche di autotutela a disposizione del consumatore. Tuttavia, nell'ultima ipotesi illustrata, si pone un ulteriore problema d'ordine pratico: si tratta dei casi in cui alla prestazione del consenso venga subordinata dalla controparte la conclusione del contratto o, comunque, la prosecuzione del rapporto. In particolare, il rifiuto dell'invio dei *cookies* manife-

stato dall'utente potrebbe indurre il titolare del sito Internet ad impedirgli l'accesso al medesimo. La validità di siffatta pratica è da ritenersi dubbia con riguardo all'art. 9 della legge n. 675/96: tale norma, infatti, si applica a tutte le fasi della vicenda relativa al trattamento dei dati personali (inclusa quella della raccolta dei dati). È dunque il principio della correttezza a governare, sin dal momento in cui è svolta la richiesta delle informazioni, la relazione tra interessato e titolare del trattamento, esigendo una stretta correlazione tra la qualità dei dati pretesi e le conseguenze del rifiuto di fornirli. Cfr. in tal senso, MARTORANA, *Commento all'art. 10*, in *Tutela della Privacy*, a cura di Bianca - Busnelli cit., 343, il quale sottolinea che « il consenso non può dirsi validamente prestato se generalizzato o basato su informa-

A ben vedere, infatti, il rispetto di tale obbligo risulta parimenti pregnante nell'ipotesi in cui si prescinda dal consenso dell'interessato (si pensi, ad esempio, al caso dei *clickstream data*) ovvero questo non venga espressamente richiesto dalla legge ai fini della liceità del trattamento (si pensi alle ipotesi « derogatorie » al regime ordinario, ex artt. 12 e 20): la piena informazione dell'interessato, infatti, non è solo un momento cardine per garantire l'effettiva prestazione di un consenso liberamente determinato, ma assume rilevanza concreta anche ai fini della verifica *ex post* della correttezza e della lealtà del trattamento dei dati, di cui al menzionato art. 9.

Se conoscere specificatamente le finalità del trattamento consente di verificare la qualità delle informazioni trattate (che devono essere state raccolte e registrate soltanto per quegli scopi e, al limite, utilizzate — ex art. 9 lett. b — « in altre operazioni del trattamento in termini non incompatibili con tali scopi »), contribuendo alla identificazione dei limiti di liceità del trattamento stesso, il riferimento al criterio della correttezza consente di giudicare l'ammissibilità della raccolta e del trattamento dei dati sia nei casi rientranti nelle deroghe previste dalla legge, sia nei casi di rispetto delle condizioni poste dalla normativa²³.

In ultima istanza, dunque, è la stretta correlazione²⁴ esistente tra questi due principi — finalità e correttezza — ad acquistare una particolare intensità e a divenire essenziale per determinare l'uso legittimo dei dati raccolti, il tempo della loro conservazione, l'ammissibilità della loro interconnessione con informazioni contenute in altre banche dati.

zioni generiche o insufficienti, accompagnate dall'esplicita previsione di una possibile rottura dei rapporti contrattuali». Consentire ciò, significherebbe « negare proprio i diritti configurati dall'art. 1 della legge n. 675/96 come fondamentali ». Sul tema, cfr. altresì ZENO - ZENCOVICH, *Il « consenso informato » e la « autodeterminazione informativa » nella prima decisione del Garante cit.*, 916 e COMANDÈ, *La funzione « giurisprudenziale » del Garante per la protezione dei dati personali: a proposito di una recente decisione su informativa e consenso al trattamento*, in questa *Rivista*, 1997, 974.

²³ Sul principio di lealtà e correttezza nella legge n. 675/96, cfr. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza cit.*, 255, secondo cui: « Tale criterio preclude la possibilità di acquistare e gestire i dati mediante violenza o frode, e va oltre, innestando un dovere più generale di lealtà e trasparenza ». In particolare, sulla doppia operatività del principio di correttezza, si vedano NAVARRETTA, *Commento all'art. 9*, in *Tutela della privacy*, a cura di Bianca - Busnelli cit., 329, e CAFAGGI, *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione nella disciplina dei dati personali*, in *Danno e Resp.*, 1998, n. 7, 615.

²⁴ Significativa, in tal senso, è una recente decisione del Garante per la protezione dei dati personali che non ha autorizzato una società operante nel settore dell'e-commerce a raccogliere ed utilizzare, per finalità di *marketing*, i dati sensibili dei suoi clienti. La schedatura di informazioni così delicate per usi di profilazione e proposte commerciali, in base ai prodotti acquistati, violerebbe la *privacy* delle persone, nonostante il consenso acquisito. In particolare, nel motivare tale decisione, l'Autorità ha precisato che « la richiesta della società, relativamente alle finalità diverse da quelle della semplice gestione degli ordini, risulterebbe in contrasto con i principi di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza rispetto allo scopo complessivo di prestazione di un servizio, determinando uno squilibrio a danno degli interessati che non può essere colmato col consenso degli stessi ». Per una analisi più approfondita della questione, cfr. quanto riportato nella Newsletter 11-17 dicembre 2000 sul sito <<http://www.garante-privacy.it>>. Sul principio di correlazione, con particolare riferimento al settore assicurativo, cfr. GAGLIARDI, *Trattamento dei dati personali e principio di correlazione nel settore assicurativo*, in *Danno e resp.*, 2001, n. 7, 669.

A livello europeo, la posizione recentemente assunta, in ordine alla raccolta di dati personali *online*, dalle Autorità Garanti per la protezione dei dati personali riprende e sviluppa proprio tali argomentazioni, nel tentativo di fornire concrete indicazioni operative sia ai responsabili del trattamento di dati personali nell'ambito dei siti Web, sia agli enti certificatori, sia ai singoli cittadini²⁵.

In particolare, con riferimento alla necessità che il trattamento avvenga « in modo leale », i Garanti dell'Unione Europea raccomandano di fornire tutte le informazioni prescritte per legge direttamente sul *monitor* dell'utente (ad esempio attraverso il ricorso a finestre « a scomparsa », a caselle da cliccare o a messaggi « *pop-up* »), nonché di apporre sulla pagina di accoglienza del sito un'indicazione chiara e comprensibile dell'esistenza di un'informativa sulla *privacy*. In relazione, poi, all'osservanza del principio di finalità, si conferisce nuova centralità alla c.d. pertinenza della raccolta, sottolineando l'opportunità di non procedere alla raccolta di dati in quantità maggiore a quella strettamente necessaria per lo scopo dichiarato, né alla conservazione²⁶ dei medesimi per un periodo di tempo illimitato, non giustificato dalle finalità del trattamento.

Nel complesso, dunque, è su questo terreno che deve essere affrontato il tema della creazione di profili capaci di determinare forme pesanti di discriminazione e di stringente controllo degli individui²⁷.

È pur vero che, in questa nuova realtà telematica in cui l'individuo pare muoversi attraverso i suoi stessi dati personali, il concetto di profilo potrebbe essere inteso e sviluppato anche in altre direzioni, ad esempio quale nuovo possibile elemento identificativo del soggetto, da affiancare a quelli tradizionali del nome e dell'immagine²⁸. Parimenti, non sembrerebbero sussistere particolari ostacoli, all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale, circa l'ammissibilità e la liceità del fenomeno della c.d. « auto-profilazione », laddove sono gli stessi utenti telematici a fornire spontaneamente e consapevolmente innumerevoli e disparate informazioni che li riguardano. La raccolta e l'utilizzo dei profili che ne discendono da parte dei c.d. « infomediari »²⁹ potrebbe anzi costituire garanzia, per gli utenti,

²⁵ Cfr. la Raccomandazione dei Garanti Europei per la raccolta dei dati personali *online* del 17 maggio 2001, il cui testo è riportato nella Newsletter 14-20 maggio 2001 sul sito <<http://www.garanteprivacy.it>>.

²⁶ Com'è noto, la recente disciplina in materia di trattamento di dati personali da parte dei fornitori di servizi di telecomunicazioni (cfr., in particolare, l'art. 6 del d.lgs. n. 171/1998, attuativo della direttiva comunitaria 97/66/CE sulla tutela della vita privata nelle telecomunicazioni) pone già precisi limiti temporali e di finalità per la raccolta e la conservazione di informazioni di questo tipo. Peraltro, i Garanti dell'Unione Europea, riunitisi ad Atene il 10-11 maggio 2001, hanno ribadito che la conservazione dei dati per un periodo lungo ed indeterminato « è da considerarsi una violazione dei diritti fondamentali garantiti dall'art. 8 della Convenzione europea dei

diritti dell'uomo e della Convenzione del Consiglio d'Europa sul trattamento automatizzato dei dati di carattere personale, oltre che degli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ».

²⁷ Con particolare lungimiranza già lo sottolineava RODOTÀ in *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 115.

²⁸ Suggestisce questa possibile chiave di lettura PELLECCIA, *Commento all'art. 17*, in *Tutela della Privacy*, a cura di Bianca - Busnelli cit., 463. Secondo l'autrice, il profilo così inteso potrebbe « rappresentare la soluzione a quelle esigenze di tutela cui si è cercato di dare risposta piegando i segni distintivi tradizionali a finalità diverse da quelle originarie (emblematica, in tal senso, la vicenda del diritto all'immagine) ».

²⁹ Si tratta non solo di coloro che gestiscono l'accesso alla Rete e ai servizi ad

di una navigazione in Rete più celere, mirata e confacente a gusti ed interessi personali.

Nel complesso, tuttavia, ove effettuate con mezzi automatizzati, la profilazione e la ricostruzione di personalità lasciano intravedere motivi di forte preoccupazione in relazione alla dimensione individuale della tutela della dignità, dell'identità personale e della riservatezza della persona, di cui all'art. 1, comma 1, della legge n. 675/96, nonché ai considerando nn. 10-11 della relativa direttiva comunitaria 95/46/CE³⁰.

Il rischio sotteso a tali operazioni va innanzitutto individuato in una frantumazione dell'unità della persona, la quale può divenire « un'astrazione del cyberspazio »³¹, un individuo « moltiplicato » per essere poi indebitamente ridotto alla misura e alle dimensioni del mercato. Inoltre, la possibilità di effettuare con rapidità e precisione l'aggregazione, lo scorporo e la manipolazione delle informazioni raccolte rende concretamente più probabile il rischio di « schedature di massa »³², capaci di attentare alla democraticità stessa dell'intero sistema. In particolare, in quest'ultima prospettiva, va posto l'accento sulla idoneità di tali tecniche sia a privilegiare comportamenti « conformi » ai profili prevalenti, con conseguente stigmatizzazione delle diversità rispetto ad un parametro astrattamente considerato³³, sia ad incoraggiare un pericoloso determinismo, che si manifesta nella pretesa di individuare in un soggetto alcuni « segni » sintomatici di un suo probabile futuro comportamento³⁴.

Di qui, l'opportunità di circoscrivere e condannare il fenomeno della profilazione dell'utente telematico. È, peraltro, significativo che sia proprio un'entità « economica », quale la Comunità europea, essenzialmente volta a determinare condizioni favorevoli ad un mercato nel quale possano liberamente circolare persone, merci e, appunto, informazioni, a ribadire l'irriducibilità delle modalità di disciplina della sfera privata, nella sua proiezione informativa, alla logica del mero calcolo economico. Emerge, per il legislatore comunitario, l'esigenza di un costante temperamento dei contrapposti interessi in gioco, nel tentativo di coniugare lo sviluppo economico e la crescita dell'attività d'impresa con la protezione della di-

essa connessi (Internet Services Providers, Host Services Providers), ma anche di coloro che possono controllare ed organizzare il flusso di informazioni che va dalle aziende ai consumatori e viceversa: sul ruolo di queste nuove figure di intermediari, cfr. COMANDÈ, *Le regole giuridiche del commercio elettronico. Un'analisi di diritto comparato*, Pisa, 2000, 19.

³⁰ Segnatamente, il considerando 10 riferisce la tutela prestata dalle legislazioni nazionali relative al trattamento dei dati personali allo scopo « di garantire il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, in particolare del diritto alla vita privata riconosciuto anche dall'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dai principi generali del diritto comunitario ». Il considerando 11, invece, sottolinea come « i principi della tutela dei diritti

e delle libertà delle persone, in particolare del rispetto della vita privata, contenuti dalla presente Direttiva, precisano ed ampliano quelli enunciati dalla convenzione del 28 gennaio 1981 del Consiglio d'Europa sulla protezione delle persone con riferimento al trattamento automatizzato dei dati di carattere personale ».

³¹ Così si esprime RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 605.

³² Ritiene eccessivo tale timore CORASANITI, *Diritto e tecnologie dell'informazione*, Milano, 1990, 92.

³³ Insiste su questo aspetto RODOTÀ, *Tecnologie e diritti cit.*, 116.

³⁴ Cfr. in proposito RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles - Paris, 1990, 598.

gnità e della sfera privata della persona umana e, più in generale, dei valori fondamentali di cui essa è espressione³⁵.

3. LA CIRCOLAZIONE ONLINE DELLE INFORMAZIONI COMMERCIALI E LA DISCIPLINA PUBBLICITARIA.

La profilazione dell'utente telematico pone problemi particolarmente spinosi laddove si consideri l'obbligo per gli operatori pubblicitari di procedere al reperimento e alla raccolta *online* delle informazioni personali anche nel rispetto della disciplina in tema di pubblicità ingannevole e di circolazione delle informazioni commerciali in genere.

Il rischio sotteso all'utilizzo, a fini promozionali, di *newsgroup* e di *discussion list*³⁶ va individuato nella percezione di tali informazioni da parte degli iscritti con la stessa naturalezza e con lo stesso basso livello critico con i quali si partecipa ad una chiacchierata tra amici. In questo contesto, diventa agevole per gli operatori pubblicitari raggiungere in modo silente diversi *target* di utenti telematici, che, in quelle sedi, manifestano pubblicamente il proprio interesse per dati prodotti o servizi, nonché le loro preferenze personali.

Il riferimento è, in particolare, al c.d. *schmooze*³⁷, una tecnica di *marketing* e di comunicazione commerciale consistente nell'infiltrare all'interno di *newsgroup* e di liste di discussione dei *promoters* che, fingendosi utenti qualsiasi della Rete, non solo pilotano la discussione su dati argomenti, esaltando determinati prodotti e servizi o denigrando quelli dei concorrenti, ma altresì incoraggiano i restanti partecipanti ad esprimere le proprie opinioni in proposito.

In virtù di tali caratteristiche, la pratica dello *schmooze* si configura quale potenziale strumento di subdola aggressione alla sfera privata del consumatore che fornisce spontaneamente dettagliate informazioni personali non immaginando l'utilizzo che di esse verrà fatto e, quindi, non richiedendo alcuna garanzia di tutela in proposito.

Ma ciò che è più grave è che tale aggressione viene altresì perpetrata in palese violazione del principio affermato all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 74/92 in materia di pubblicità ingannevole, secondo il quale « la pubblicità deve essere palese, veritiera e corretta »³⁸. Rispetto a questa previ-

³⁵ Sul valore della dignità della persona, quale chiave di lettura della direttiva comunitaria 95/46/CE e della legge italiana n. 675/96 che le ha dato attuazione, pone l'accento BUSNELLI, *Spunti per un inquadramento sistematico*, in *Tutela della Privacy* cit., 228.

³⁶ Si tratta di strumenti capaci di raggiungere migliaia di utenti accomunati da interessi analoghi e di consentire la circolazione di informazioni, notizie e opinioni in maniera trasversale. Vi dedicano particolare attenzione, TOSI, *Prime osservazioni sull'applicabilità della disciplina della tutela dei dati personali a Internet e al com-*

mercio elettronico, in questa *Rivista*, 1999, 605, nonché SCORZA, *Tutela del cyberconsumatore e nuove frontiere dell'informazione commerciale*, in *Cyberspazio e diritto*, n. 4/2001, 525. Più in generale, sulla pubblicità « camuffata » da informazione, cfr. UNNIA, *La pubblicità clandestina. Il camuffamento della pubblicità nei contesti informativi*, Milano, 1997, 81.

³⁷ Cfr. SCORZA, *Tutela del cyberconsumatore e nuove frontiere dell'informazione commerciale* cit., 528.

³⁸ Per un'analisi approfondita del principio, si vedano MELI, *La repressione della pubblicità ingannevole. Commento*

sione, la pratica dello *schmooze* risulta illecita sotto un duplice profilo: innanzitutto, considerato che, anche ai sensi dell'art. 4 del citato decreto, la pubblicità deve essere chiaramente riconoscibile come tale, essa integra un'ipotesi di pubblicità occulta ed, in quanto tale, ingannevole nei confronti del consumatore³⁹. Contestualmente, il riferimento nella norma alla clausola della correttezza sembra suggerire l'estensione del controllo al di là del potenziale decettivo del messaggio e della sua veridicità, per comprendere la conformità delle indicazioni offerte alla realtà del prodotto/servizio ed alle modalità di diffusione del messaggio⁴⁰. A ciò si aggiunga la considerazione delle possibili conseguenze « sleali » di tale pubblicità in termini di sviamento della clientela, le quali consentono di collocare la tematica all'interno del più ampio dibattito sulla disciplina della concorrenza sleale⁴¹.

Il principio della palese riconoscibilità delle informazioni commerciali è stato recentemente ribadito, a livello comunitario, nell'ambito di un importante intervento normativo a tutela del consumatore: trattasi dell'art. 6 della direttiva 2000/31/CE in materia di commercio elettronico⁴².

al d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74, Torino, 1994, 17 e CAFAGGI - CUFFARO - DI VIA, Commentario al d.lgs. 74/92, in Nuove leggi civ. comm., 1993.

³⁹ Del resto, per travestire la pubblicità da informazione, l'operatore pubblicitario agisce tradizionalmente proprio sulla forma del messaggio, sul contesto in cui esso viene inserito e, soprattutto, sulla sua fonte. Grazie a tali accorgimenti, da un lato, riesce ad attribuire al messaggio una credibilità di gran lunga superiore a quella che sarebbe in grado di esprimere ove fosse recepit in funzione pubblicitaria, dall'altro, neutralizza quegli istintivi meccanismi di autodifesa che rappresentano a tutt'oggi un efficace strumento di tutela del consumatore contro gli abusi pubblicitari. Le problematiche relative al controllo sulla trasparenza dei messaggi commerciali attraverso le reti telematiche è stata analizzata da ZENO ZENCOVICH, *La pubblicità nei servizi di telecomunicazione*, in AIDA, 1996.

⁴⁰ Insiste sulla maggiore ampiezza di tutela offerta dal criterio della « correttezza » rispetto a quello della « non ingannevolezza » ALPA, *La cd. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1999, 753. Sull'esistenza, all'interno dell'ordinamento, di un principio generale di « correttezza pubblicitaria » — anche ex art. 1 del d.lgs. n. 74/92 — si vedano PARIGI, *Diritto all'informazione dei consumatori ed utenti: nuova frontiera della pubblicità commerciale?*, in Dir. radiodiff., n. 2/1999, 65 e SAVORANI, *La « correttezza » dei messaggi pubblicitari: un principio da valorizzare*, in Giur. pubbl., 1997, 102.

⁴¹ In effetti, nel nostro ordinamento giuridico, il sistema del danno da pubblicità è essenzialmente maturato nel perpetuarsi di modelli di interpretazione giurisprudenziale delle norme sulla concorrenza sleale (nn. 1, 2, 3 dell'art. 2598 cod. civ.), nonché di iniziative di legislazione e di autodisciplina pubblicitaria esclusivamente volte ad ottenere uniformità da parte degli operatori e ad eliminare i messaggi pubblicitari che possono risultare dannosi o decettivi per i consumatori. Cfr. in proposito, ROSSI, *La pubblicità dannosa. Concorrenza sleale, « diritto a non essere ingannati », diritti della personalità*, Milano, 2000, 3 ss.

⁴² Art. 6 - « Gli Stati membri prevedono nella loro legislazione che la comunicazione commerciale rispetti le seguenti condizioni:

- a) la comunicazione commerciale deve essere chiaramente identificabile come tale;
- b) deve essere chiaramente identificabile la persona fisica o giuridica per conto della quale viene effettuata la comunicazione commerciale;
- c) qualora siano autorizzate offerte promozionali, come ribassi, premi od omaggi, esse devono essere chiaramente identificabili come tali; le condizioni per beneficiarne devono essere facilmente accessibili e presentate in modo preciso ed inequivocabile;
- d) qualora siano autorizzati concorsi o giochi promozionali devono essere chiaramente identificabili come tali; le condizioni di partecipazione devono essere facilmente accessibili e presentate in modo preciso ed inequivocabile ».

In realtà, il tema non è nuovo al legislatore comunitario che, già da tempo, ha ravvisato nella previsione di regole di trasparenza per l'informazione il primo, importante passo verso la costruzione di un sistema di tutela della persona, e della sua sfera privata, ispirato a lealtà e correttezza. A questa stessa logica si rifà la previsione di cui alla lett. b) della norma che pone in capo all'operatore responsabile dell'invio della comunicazione via Internet un vero e proprio obbligo di identificazione. Senonché, tale rigidità in tema di modalità di comunicazione dell'informazione commerciale contrasta palesemente con il concetto pragmatico di informazione pubblicitaria in Rete adottato dal legislatore comunitario⁴³.

Paradossalmente, poi, la norma sembra adottare un criterio più rigido rispetto a quello previsto dal successivo art. 7⁴⁴, in materia di informazione commerciale non sollecitata (c.d. *spamming*)⁴⁵.

La validità di siffatta soluzione normativa è suscettibile di critica sotto un duplice profilo.

Innanzitutto, dalla lettura della norma, traspare chiaramente l'intenzione del legislatore comunitario di non vietare la pratica dello *spamming*, ma, più semplicemente, di assoggettarla ad un filtro di ammissibilità in grado di fornire all'utente una libertà di scelta in ordine al recepimento dell'informazione. Tale volontà si desume, altresì, dall'esame dell'art. 10 del d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185, che ha dato attuazione alla direttiva comunitaria 97/7/CE in materia di tutela del consumatore nella tecniche di contrattazione a distanza⁴⁶. Se, infatti, il comma 1 della norma assoggetta l'impiego da parte del fornitore di determinate tecniche di pubblicità inva-

⁴³ Secondo SARZANA DI S. IPPOLITO C.-SARZANA DI S. IPPOLITO F., *Profili giuridici del commercio via Internet*, Milano, 1999, 24, per comprendere se ci si trova di fronte ad una proposta contrattuale o ad una mera informazione a carattere non commerciale « basta che sui siti Web venga specificato che si tratta di informazione commerciale ». L'obbligo del venditore può tuttavia ritenersi soddisfatto « anche se la specificazione non è immediatamente visualizzabile dall'acquirente telematico, ma avviene tramite *link* [...] Agli stessi obblighi è sottoposto chiunque esponga all'interno dei siti delle icone contenenti messaggi pubblicitari secondo la tecnica tipica della informazioni promozionali via Internet: il *banner* pubblicitario ».

⁴⁴ Art. 7 - « Gli Stati membri che permettono comunicazioni commerciali non sollecitate per posta elettronica provvedono affinché tali comunicazioni commerciali, trasmesse da un prestatore stabilito nel loro territorio, siano identificabili come tali, in modo chiaro ed inequivocabile fin dal momento in cui il destinatario le riceve » [...]. « Fatte salve le direttive 97/7/CE e 97/66/CE, gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per far sì che i prestatori che inviano per posta elettronica comunicazioni commerciali non sollecitate consul-

tino regolarmente e rispettino i registri negativi in cui possono iscriversi le persone fisiche che non desiderano ricevere tali comunicazioni commerciali ».

⁴⁵ L'*unsolicited mail* ha raggiunto proporzioni tali da meritare una esplicita regolamentazione normativa. Due sono le forme di *unsolicited mail* che possono essere spedite tramite la Rete telematica: la prima realizza una sorta di « telepromozione diretta » e concerne l'utilizzo di una lista di indirizzi di utenti, legalmente ottenuta, al fine di promuovere un'attività, mediante l'invio di informazioni commerciali. La seconda forma di *spamming*, invece, ha la funzione di incentivare in modo apparente l'attività commerciale del mittente; in realtà, mira semplicemente a produrre un danno ai destinatari dell'informazione, mediante sovraccarico del server di arrivo. Per una analisi più approfondita della natura e della problematiche poste da tale tecnica pubblicitaria, cfr. LEOCANI, *La direttiva UE sul commercio elettronico. Cenni introduttivi cit.*, 648 e SCORZA, *Tutela del cyberconsumatore e nuove frontiere dell'informazione commerciale cit.*, 521.

⁴⁶ Art. 10 - « 1. L'impiego da parte di un fornitore delle tecniche riportate in appresso richiede il consenso preventivo del consumatore:

siva (quali dispositivi automatici di chiamata o fax) al consenso preventivo del consumatore, il secondo comma, probabilmente pensato proprio con riferimento allo *spamming*, afferma la regola inversa dell'*opt-out*, evitando di entrare nel merito della liceità dell'operazione in termini di aggressione alla *privacy* del consumatore stesso.

In secondo luogo, le liste contenute nel registro negativo di cui all'art. 7 della direttiva 2000/31/CE (c.d. «liste Robinson») possono a loro volta facilmente configurarsi come potenziali bacini di informazioni personali dai quali desumere, seppure *a contrario*, caratteristiche e preferenze dei soggetti iscritti.

Del resto, la scelta di preferire in materia un approccio basato sui meccanismi dell'*opt-in* è anche quella contenuta nella recente Proposta di direttiva 12 luglio 2000 COM (2000) 385 relativa al trattamento di dati personali e alla tutela della *privacy* nel settore delle comunicazioni elettroniche⁴⁷: con l'obiettivo di garantire la neutralità tecnologica dell'infrastruttura normativa in tema di protezione dati a livello comunitario, essa offre l'opportunità di definire un approccio comune basato proprio sul requisito del consenso preventivo.

In particolare, con riguardo alla possibilità per gli abbonati di essere inclusi o meno nei suddetti elenchi, l'art. 12 della Proposta denuncia espressamente i rischi connessi ad attività di trattamento basate su finalità nuove e, dunque non compatibili con quelle iniziali, nonché al compimento di ricerche «inverse» su tali dati personali da parte degli operatori economici. In entrambe le ipotesi, si sottolinea la necessità del preventivo consenso informato dell'interessato.

Allo stesso modo, riconoscendo nello *spamming* una forma specifica di violazione della vita privata, laddove l'utente non ha interfacce umane, sostiene i costi della comunicazione e, in genere, riceve la comunicazione commerciale non sollecitata nell'ambito protetto della propria residenza privata, si ribadisce, all'art. 13 della Proposta, l'opportunità dell'introduzione di un meccanismo di invio della corrispondenza a sua volta basato sul consenso dell'utente.

Questa linea è stata recentemente riaffermata anche dai Garanti dell'Unione Europea: al punto n.4 della citata Raccomandazione del 14 maggio 2001, essi subordinano al consenso preventivo dell'interessato — da manifestarsi, ad esempio, cliccando *online* su un'apposita casella posta al termine del testo di informativa o attraverso l'invio di una e-mail di assenso da parte dell'interessato all'operatore del servizio — la liceità dell'utilizzo, per attività di *marketing*, di indirizzi di posta elettronica ricavati da «aree pubbliche» di Internet (ad esempio, gruppi di discussione).

— sistema automatizzato di chiamata senza intervento di un operatore (dispositivo automatico di chiamata);

— fax (telecopia).

2. Gli Stati membri si accertano che le tecniche di comunicazione a distanza diverse da quelle di cui al par. 1, qualora consentano una comunicazione individuale, possano essere impiegate solo se il consu-

matore non si dichiara esplicitamente contrario».

Per una analisi più approfondita della questione, cfr. VALERIANI, *La direttiva 97/7/CE in materia di vendita a distanza e la pubblicità via Internet*, in questa *Rivista*, 1999, 208.

⁴⁷ Il testo della Proposta è disponibile sul sito: <<http://www.europa.eu.int>>.

4. LA PROFILAZIONE NELL'ESPERIENZA GIURIDICA STATUNITENSE.

Le vicende della profilazione dei consumatori nell'ambito degli sviluppi delle tecniche pubblicitarie *online* hanno notevolmente ridimensionato la filosofia liberista statunitense in ordine all'utilizzo di Internet.

Com'è noto, nel privilegiare le esigenze informative dei mercati rispetto a quelle di riserbo dei singoli utenti, questo sistema non ha esteso al settore privato la pervasiva logica di tutela affermata nei confronti delle intrusioni dello Stato e delle pubbliche amministrazioni nella *privacy* individuale⁴⁸. Al contrario, in tale settore, la tutela costituzionale offerta dal I emendamento alla libertà di espressione e dal V emendamento, e dalla sua *Taking Clause*, alla proprietà privata — che non può essere espropriata dal Governo senza *due compensation* — più che operare quale garante di tali esigenze, ha limitato i possibili interventi normativi del legislatore in materia.

Tuttavia, sulla scorta di un'interessante casistica che ha dimostrato l'insufficienza del solo approccio dell'autodisciplina settoriale in tema di tutela dei dati personali, si è recentemente registrata una complessiva, cauta apertura del sistema statunitense ad interventi di legislazione federale o statale in materia⁴⁹.

⁴⁸ Una critica alla nozione di *privacy* informativa basata sul concetto di controllo si legge in P.M. SCHWARTZ, *Privacy and Democracy in Cyberspace*, 52 *Vand. L. Rev.* 1609, 1663 (1999).

⁴⁹ In effetti, per lungo tempo, negli Stati Uniti d'America, la storia della tutela della *privacy* degli individui, nelle questioni inerenti al commercio, non è stata che l'intreccio di fenomeni di *self-regulation* e di codici più o meno rigidi di condotta adottati dalle stesse imprese che raccolgono e gestiscono i dati personali dei consumatori telematici. L'emanazione di alcuni *statutes* specifici — per di più riferiti alle pubbliche amministrazioni — quali il *Privacy Act* e l'*Electronic Communications Privacy Act* (ECPA), ha fornito risposte normative solo parziali all'assenza, a livello federale, di una legislazione generale di tutela delle persone nel trattamento dei dati personali. Parimenti limitata e settoriale, pur offrendo una tutela più direttamente orientata ai rapporti fra privati, si è rivelata la più recente disciplina del *Telecommunications Act*, che tutela i consumatori rispetto ai dati posseduti dai *telecommunications carriers*, del *Telephone Consumer Protection Act*, sulle pratiche di marketing telefonico diretto, nonché del *Gramm - Leach - Bliley Act*, che disciplina la *privacy* nel settore dei servizi finanziari. Peraltro, la denuncia quotidiana di episodi di aggressione — più o meno diretta — alla vita privata dell'utente telematico, accompagnata da uno scarso livello di effettività delle regole negoziate dalle

parti, hanno contribuito ad alimentare, in tale sistema, un quadro di crescente consapevolezza delle nuove problematiche di tutela della *privacy* informativa. A ciò si aggiunga l'entrata in vigore della direttiva comunitaria 95/46/CE che ha assunto un ruolo normativo che va ben al di là delle frontiere interne del diritto europeo: pur essendo stata predisposta per rimuovere ostacoli allo sviluppo del mercato interno europeo, essa ha finito coll'esercitare un inevitabile « effetto domino » sulle restanti esperienze normative e sulle economie che le governano. In particolare, l'interpretazione dell'art. 25 sul trasferimento dei dati all'estero e le politiche di attuazione prospettate dalla *Working Party* dell'art. 29 hanno prefigurato scenari di blocco del flusso delle informazioni relative ai ricchi consumatori del mercato europeo, facendo sì che i mercati nazionali non europei — compreso quello statunitense — fossero spinti a cercare soluzioni compatibili con quelle comunitarie.

La prima reazione giuridicamente significativa a siffatta situazione da parte dell'industria nordamericana è consistita nel rafforzamento del ruolo degli organi di autoregolamentazione promossi dai singoli comparti industriali. Tuttavia, soltanto l'accoglimento di determinate politiche industriali di *privacy* e la contestuale costruzione di un sistema di garanzie pubbliche a loro osservanza hanno consentito di addivenire ad una considerevole riduzione delle distanze fra UE - USA in materia di tutela dei dati personali. In particolare, con la

In particolare, nelle more dei lavori di un *Workshop*, organizzato nel Novembre del 1999 dalla Commissione e dal Dipartimento del Commercio degli Stati Uniti d'America sull'*online profiling*, i rappresentanti dell'industria pubblicitaria hanno annunciato pubblicamente la formazione della *Network Advertising Initiative* (NAI), di una organizzazione, cioè, composta dai principali *Internet Network Advertisers*, avente il compito di individuare e sviluppare le linee guida per una efficace politica di auto-regolamentazione nel settore dell'*online profiling*.

Tuttavia, la *Federal Trade Commission*, nel suo *Report* del 27 luglio 2000⁵⁰, pur riconoscendo che la politica di auto-regolamentazione delle compagnie pubblicitarie deve continuare a giocare un ruolo centrale nella tutela della *privacy online* del consumatore e che la NAI ha avuto un ruolo altrettanto costruttivo e fondamentale nello sviluppo dei Principi basilari⁵¹ di siffatta politica, ha sottolineato l'esigenza di un intervento legislativo in materia. Poiché, infatti, la NAI rappresenta attualmente il 90% delle compagnie pubblicitarie in Rete, l'intervento legislativo è presentato come lo strumento necessario a garantire che il restante 10% aderirà alle linee di tutela individuate dai Principi NAI, assicurando così piena adesione a siffatta politica da parte di tutti i siti Web.

In quest'ottica, la diminuzione dei timori degli utenti telematici circa la raccolta e l'utilizzo di informazioni personali per l'*online profiling* verrebbe assicurata attraverso il riconoscimento, anche a livello legislativo, del diritto ad una *clear notice* in ordine all'oggetto e alle finalità dell'attività di raccolta e di trattamento dei dati personali, nonché ad un meccani-

sottoscrizione, nello scorso luglio 2000, dei c.d. *Safe Harbour Agreements*, si è presumibilmente riconosciuta l'idoneità delle imprese statunitensi che vi si conformino a ricevere dati personali dall'Unione Europea. Questi principi disciplinano l'utilizzo delle informazioni da parte dei terzi e di chi raccoglie i dati direttamente dai consumatori, permettendo una sostanziale libertà di trattamento a condizione del rispetto delle regole di tutela prescritte. Ma ciò che più colpisce è che queste ultime corrispondono in maniera quasi integrale ai principi della direttiva comunitaria, così come comunemente interpretati dalla *Working Party*. In tal senso, i *Privacy Principles* parrebbero destinati a svolgere una funzione di standardizzazione delle regole comuni nei diversi Stati e per i diversi trattamenti.

Per una approfondita analisi della questione, cfr. COMANDÈ, *Le regole giuridiche nel commercio elettronico. Un'analisi di diritto comparato* cit., 108 ss.

⁵⁰ Trattasi del FTC's Report to Congress: *Online Profiling - part 2 - Recommendations* (July 27, 2000). Per una analisi del fenomeno, si vedano le posizioni complessivamente assunte in materia dalla Federal Trade Commission nordamericana in: FTC's Report to Congress: *Privacy Online* (1998); FTC's Report to Congress:

Online Profiling (June 13, 2000); FTC's Report to Congress: *Privacy Online: Fair Information Practices in the Electronic Marketplace* (May 2000), tutti disponibili sul sito: <<http://www.ftc.org>>.

⁵¹ Questi Principi sono: 1) Notice [questa dovrà essere *robust*, cioè apparirà nel momento e nel luogo stesso della raccolta dell'informazione, laddove concerna *Personal Identity Information* (PII); viceversa, ove siano raccolti *Non Personal Identity Information* (NPII o *clickstream data*), sarà *clear and conspicuous* e sarà posizionata all'interno della *Privacy policy* stessa della compagnia pubblicitaria]; le compagnie appartenenti alla NAI, inoltre, si impegnano a richiedere contrattualmente che gli stessi siti Web degli *host* forniscano tali informazioni; 2) Choice; 3) Access [in realtà, la successiva emanazione di un'apposita FAQ, in materia di accesso, contenente un numero di eccezioni al diritto ben superiore a quello dell'art. 13 della direttiva 95/46/CE, suggerisce la sensazione di un netto svuotamento di questo diritto individuale. In particolare, esso appare insufficiente laddove legittima la pretesa alla cancellazione dei propri dati personali solo «where inaccurate», e non in ogni ipotesi di trattamento illegittimo dei medesimi]; 4) Security.

smo di espressione del consenso in termini di *opt-out*, ovvero di rifiuto, di manifesta opposizione, laddove non si intenda acconsentire al trattamento.

Quest'ultima soluzione, tuttavia, non entra nel merito della legittimità delle operazioni di *direct marketing*⁵², limitandosi a spostare l'accento sul profilo risarcitorio di natura aquiliana in caso di aggressione alla *privacy* del consumatore⁵³.

5. CONCLUSIONI.

La questione dell'*online profiling* dimostra come gli attentati alla *privacy* individuale assumano consistenza quantitativa e qualitativa sempre più intensa, col rischio di provocare reazioni di distacco dai mezzi telematici della società dell'informazione che potrebbero radicalizzarsi e farsi sistematico pregiudizio⁵⁴.

Entrambi gli approcci analitici esaminati individuano in questo pericolo il minimo comun denominatore del dibattito e degli interventi registrati in materia.

Diversi, tuttavia, paiono essere sia i valori di riferimento che vi stanno alla base, sia le modalità di costruzione di un efficace sistema di tutela dell'utente telematico.

In Europa si avverte la necessità di perseguire lo sviluppo e la crescita economica attraverso il contemperamento tra attività d'impresa ed esigenze di protezione della persona, intesa nei valori di cui è portatrice: in tal senso, la società dell'informazione costruita e strutturata in modo ideale è quella in cui l'attività pubblicitaria e di ricerca e diffusione delle informazioni siano rispettose della dignità e delle esigenze fondamentali delle persone a vario titolo coinvolte.

Viceversa, le recenti attenzioni prestate dal sistema nordamericano nei confronti della *privacy* del cyberconsumatore sembrano piuttosto rispondere all'esigenza di salvaguardare l'efficienza di un mercato, quello « virtuale », coinvolgente volumi d'affari di valore difficilmente calcolabile.

⁵² Sulla idoneità di siffatta opzione a favorire i fautori delle c.d. vendite aggressive, cfr. SARZANA DI S. IPPOLITO C.- SARZANA DI S. IPPOLITO F., *Profili giuridici del commercio via Internet* cit., 34.

⁵³ In materia di *spamming*, ad esempio, il prolungato utilizzo idoneo a generare un danno alle strutture messe a disposizione dai fornitori di caselle elettroniche a scopo commerciale è stato ricondotto da una giurisprudenza pressoché costante nell'alveo della responsabilità extracontrattuale e, in particolare, dell'indebita invasione della sfera giuridica altrui effettuata mediante intromissione continuata nell'esercizio dell'attività del fornitore di accessi. È questa la soluzione adottata, ad esempio, in *CompuServe Inc. v. Cyber Promotions Inc.*, No. C2-96-1070 (S.D. Ohio, Feb. 3, 1997).

⁵⁴ Significative sono le posizioni assunte in merito dal *Gruppo di lavoro per la tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali*. Nel Documento di lavoro *Trattamento dei dati personali su Internet* adottato il 23 febbraio 1999, esso ha rilevato che: « Sotto il profilo giuridico Internet non opera nel vuoto: il trattamento dei dati personali su Internet deve pertanto rispettare i principi di tutela dei dati così come avviene al di fuori della Rete. Ciò non limita assolutamente il ricorso ad Internet, ma al contrario fa parte degli elementi fondamentali volti ad assicurare la fiducia degli utenti nel funzionamento di Internet e dei servizi forniti da esso. La tutela dei dati su Internet è quindi una condizione indispensabile per l'accettazione del commercio elettronico ».

In tale ottica, l'essenza dei molteplici segnali di apertura della *Federal Trade Commission* in favore di un intervento legislativo in materia di *on-line profiling* potrebbe essere sintetizzata dal titolo di un recente articolo del *New York Times*: « *It's not Big Brother, it's consumer service* »⁵⁵.

In altri termini, a coloro che sostengono che questa produzione di profili automatizzati determini nel concreto un impoverimento della capacità di cogliere la realtà socio-economica in tutta la sua ricchezza e varietà⁵⁶, il sistema nordamericano obietta che i profili consentono di individuare meglio le propensioni individuali e collettive e, dunque, di mettere effettivamente a disposizione di ciascuno quel che gli serve o desidera, realizzando condizioni di eguaglianza sostanziale.

In effetti, un sistema produttivo sempre più in grado di fornire risposte tempestive e « personalizzate » ai bisogni presenti nella società può presentare indubitabili implicazioni positive, consistenti nella maggiore efficienza dell'azione pubblica e privata, nella loro maggiore sintonia con le domande sociali. Peraltro, ricollegare a siffatto sistema l'automatica produzione di effetti di eguaglianza sostanziale in capo ai consumatori non può non suscitare perplessità altrettanto forti.

Come si è tentato di mettere in evidenza, la linea di disciplina da seguire in questo settore parrebbe piuttosto quella di regole che tendono a rafforzare un approccio « funzionale », ad esempio accentuando il rapporto fra informazioni e finalità per cui sono state raccolte; stabilendo limitazioni e vincoli procedurali alla trasmissione a terzi delle informazioni raccolte e delle loro elaborazioni in forma di profili ispirate a principi di lealtà e correttezza; ancora, fissando termini massimi per la conservazione di date categorie di informazioni.

In ultima istanza, si tratterebbe di affermare e garantire in capo al cybernauta il « *diritto di lasciar tracce* »⁵⁷ senza per ciò ricevere alcuna penalizzazione.

⁵⁵ Cfr. SHAPIRO, *Will E-Commerce erode Liberty?*, in *Harvard Business Rev.*, May - June 2000, 189.

⁵⁶ Per tutti, nell'esperienza italiana, si vedano RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*

cit., 91-92 e GRIPPO, *Analisi dei dati personali presenti su Internet. La legge n. 675/96 e le reti telematiche* cit., 652.

⁵⁷ In questi termini si esprime RODOTÀ, *Tecnologie e diritti* cit., 116.