

I libri de

LE NUOVE
LEGGI CIVILI
COMMENTATE

LA PROTEZIONE
DEI DATI
PERSONALI

LA PROTEZIONE
DEI DATI PERSONALI

Commentario al D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196
(«Codice della privacy»)

A cura di
C. M. BIANCA
e
F. D. BUSNELLI

A cura di
CESARE MASSIMO BIANCA
e
FRANCESCO DONATO BUSNELLI

coordinamento redazionale
VALENTINA GAGLIARDI - ENZA PELLECCIA

II

TOMO II



9 788813 278076



5 000000 881813

CEDAM

CEDAM

LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI

Commentario al d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196
(«Codice della *privacy*»)

A cura di

CESARE MASSIMO BIANCA - FRANCESCO DONATO BUSNELLI

coordinamento redazionale

VALENTINA GAGLIARDI - ENZA PELLECCIA

TOMO II



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
2007

INDICE SOMMARIO
DEL TOMO II

TITOLO IV
TRATTAMENTI IN AMBITO PUBBLICO

CAPO I

ACCESSO A DOCUMENTI AMMINISTRATIVI

Nota introduttiva (Carlo Zucchelli)	pag. 1013
Art. 59: Accesso a documenti amministrativi (Claudio Zucchelli)	» 1015
Art. 60: Dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale (Claudio Zucchelli)	» 1029

CAPO II
REGISTRI PUBBLICI E ALBI PROFESSIONALI

Art. 61: Utilizzazione di dati pubblici (Vittoria Beccia)	pag. 1036
---	-----------

CAPO III

STATO CIVILE, ANAGRAFI E LISTE ELETTORALI

Art. 62: Dati sensibili e giudiziari (Fernando Bocchini)	pag. 1042
Art. 63: Consulazione di atti (Fernando Bocchini)	» 1042

CAPO IV

FINALITÀ DI RILEVANTE INTERESSE PUBBLICO

Art. 64: Cittadinanza, immigrazione e condizione dello straniero (Sheila Gargiulo)	pag. 1058
Art. 65: Diritti politici e pubblicità dell'attività di organi (Sheila Gargiulo)	» 1076
Art. 66: Materia tributaria e doganale (Sheila Gargiulo)	» 1094
Art. 67: Attività di controllo e ispettive (Sheila Gargiulo)	» 1104
Art. 68: Benefici economici ed abilitazioni (Sheila Gargiulo)	» 1113

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© Copyright 2007 by Cedam - Padova

ISBN 978-88-13-27807-6

A norma della legge sul diritto d'autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilm, registrazioni o altro.

Stampato in Italia - Printed in Italy

Centrofotocomposizione Dorigo - Padova
Stampa: Grafiche TPM S.r.l. - Padova

VI INDICE SOMMARIO

Art. 69: Onorificenze, ricompense e riconoscimenti (Sheila Gargiulo) . . .	pag. 1128
Art. 70: Volontariato e obiezione di coscienza (Marilena Gorgoni)	» 1135
Art. 71: Attività sanzionatorie e di tutela (Sheila Gargiulo)	» 1145
Art. 72: Rapporti con enti di culto (Sheila Gargiulo)	» 1158
Art. 73: Altre finalità in ambito amministrativo e sociale (Sheila Gargiulo)	» 1163

CAPO V
PARTICOLARI CONTRASSEGNI

Art. 74: Contrassegni su veicoli e accessi a centri storici (Marino de Bernardi)	pag. 1183
--	-----------

TITOLO V
TRATTAMENTO DI DATI PERSONALI IN AMBITO SANITARIO

CAPO I
PRINCIPI GENERALI

Art. 75: Ambito applicativo (Dianora Poletti)	pag. 1195
Art. 76: Esercizi professionali sanitarie e organismi sanitari pubblici (Dianora Poletti)	» 1212

CAPO II
MODALITÀ SEMPLIFICATE PER INFORMATIVA E CONSENSO

Art. 77: Casi di semplificazione (Andrea Renda)	pag. 1224
Art. 78: Informativa del medico di medicina generale o del pediatra (Andrea Renda)	» 1233
Art. 79: Informativa da parte di organismi sanitari (Maria Gagliardi)	» 1256
Art. 80: Informativa da parte di altri soggetti pubblici (Maria Gagliardi)	» 1256
Art. 81: Prestazione del consenso (Simona Cacace)	» 1262
Art. 82: Emergenze e tutela della salute e dell'incolumità fisica (Chiara Favilli)	» 1268
Art. 83: Altre misure per il rispetto dei diritti degli interessati (Maria Cecilia Polo)	» 1291
Art. 84: Comunicazione di dati all'interessato (Erica Palmerini)	» 1303

VII INDICE SOMMARIO

CAPO III FINALITÀ DI RILEVANTE INTERESSE PUBBLICO	
Art. 85: Compiti del Servizio sanitario nazionale (Sergio De Felice)	pag. 1315
Art. 86: Altre finalità di rilevante interesse pubblico (Sergio De Felice) . .	» 1327

CAPO IV
PRESCRIZIONI MEDICHE

Art. 87: Medicinali a carico del Servizio sanitario nazionale (Federica Borghi)	pag. 1331
Art. 88: Medicinali non a carico del Servizio sanitario nazionale (Federica Borghi)	» 1338
Art. 89: Casi particolari (Federica Borghi)	» 1341

CAPO V
DATI GENETICI

Art. 90: Trattamento dei dati genetici e donatori di midollo osseo (Rossella De Franco)	pag. 1346
---	-----------

CAPO VI
DISPOSIZIONI VARIE

Art. 91: Dati trattati mediante carte (Chiara Bennati)	pag. 1370
Art. 92: Cartelle cliniche (Tiziana Castiglione)	» 1376
Art. 93: Certificato di assistenza al parto (Cesare Massimo Bianca)	» 1390
Art. 94: Banche di dati, registri e schedari in ambito sanitario (Chiara Bennati)	» 1404

TITOLO VI
ISTRUZIONE

CAPO I
PROFILI GENERALI

Art. 95: Dati sensibili e giudiziari (Pietro Sirena)	pag. 1408
Art. 96: Trattamento di dati relativi a studenti (Pietro Sirena)	» 1408

VIII

INDICE SOMMARIO

TITOLO VII
TRATTAMENTO PER SCOPPI STORICI, STATISTICI O SCIENTIFICI

CAPO I

PROFILI GENERALI

Art. 97: <i>Ambito applicativo</i> (Pietro Sirena)	pag. 1413
Art. 98: <i>Finalità di rilevante interesse pubblico</i> (Pietro Sirena)	» 1416
Art. 99: <i>Compatibilità tra scopi e durata del trattamento</i> (Pietro Sirena)	» 1418
Art. 100: <i>Dati relativi ad attività di studio e ricerca</i> (Pietro Sirena)	» 1420

CAPO II

TRATTAMENTO PER SCOPPI STORICI

Art. 101: <i>Modalità di trattamento</i> (Pietro Sirena)	pag. 1421
Art. 102: <i>Codice di deontologia e di buona condotta</i> (Pietro Sirena)	» 1422
Art. 103: <i>Consulazione di documenti conservati in archivi</i> (Pietro Sirena)	» 1424

CAPO III

TRATTAMENTO PER SCOPPI STATISTICI O SCIENTIFICI

Art. 104: <i>Ambito applicativo e dati identificativi per scopi statistici o scientifici</i> (Mirzia Bianca)	pag. 1426
Art. 105: <i>Modalità di trattamento</i> (Mirzia Bianca)	» 1428
Art. 106: <i>Codici di deontologia e di buona condotta</i> (Mirzia Bianca)	» 1431
Art. 107: <i>Trattamento di dati sensibili</i> (Mirzia Bianca)	» 1435
Art. 108: <i>Sistema statistico nazionale</i> (Mirzia Bianca)	» 1437
Art. 109: <i>Dati statistici relativi all'evento della nascita</i> (Mirzia Bianca)	» 1439
Art. 110: <i>Ricerca medica, biomedica ed epidemiologica</i> (Mirzia Bianca)	» 1441

TITOLO VIII

LAVORO E PREVIDENZA SOCIALE

CAPO I

PROFILI GENERALI

Art. 111: <i>Codice di deontologia e di buona condotta</i> (Antonio Preteroti)	pag. 1443
Art. 112: <i>Finalità di rilevante interesse pubblico</i> (Antonio Preteroti)	» 1453

INDICE SOMMARIO

IX

CAPO II

ANNUNCI DI LAVORO E DATI RIGUARDANTI PRESTATORI DI LAVORO

Art. 113: <i>Raccolta di dati e pertinenza</i> (Antonio Preteroti)	pag. 1465
--	-----------

CAPO III

DIVIETO DI CONTROLLO A DISTANZA E TELELAVORO

Art. 114: <i>Controllo a distanza</i> (Antonio Preteroti)	pag. 1476
Art. 115: <i>Telelavoro e lavoro a domicilio</i> (Antonio Preteroti)	» 1490

CAPO IV

ISTITUTI DI PATRONATO E DI ASSISTENZA SOCIALE

Art. 116: <i>Conoscibilità di dati su mandato dell'interessato</i> (Antonio Preteroti)	pag. 1494
--	-----------

TITOLO IX

SISTEMA BANCARIO, FINANZIARIO ED ASSICURATIVO

CAPO I
SISTEMI INFORMATIVI

Art. 117: <i>Affidabilità e puntualità nei pagamenti</i> (Giulio Volano)	pag. 1499
Art. 118: <i>Informazioni commerciali</i> (Giulio Volano)	» 1511
Art. 119: <i>Dati relativi al comportamento debitorio</i> (Giulio Volano)	» 1515
Art. 120: <i>Sinistri</i> (Giulio Volano)	» 1518

TITOLO X

COMUNICAZIONI ELETTRONICHE

CAPO I

SERVIZI DI COMUNICAZIONE ELETTRONICA

Art. 121: <i>Servizi interessati</i> (Francesca Quadri)	pag. 1524
Art. 122: <i>Informazioni raccolte nei riguardi dell'abbonato o dell'utente</i> (Francesca Quadri)	» 1531
Art. 123: <i>Dati relativi al traffico</i> (Francesca Quadri)	» 1535
Art. 124: <i>Fatturazione dettagliata</i> (Francesca Quadri)	» 1542
Art. 125: <i>Identificazione della linea</i> (Francesca Quadri)	» 1546

X

INDICE SOMMARIO

Art. 126: <i>Dati relativi all'ubicazione</i> (Francesca Quadri)	pag. 1530
Art. 127: <i>Chiamate di disturbo e di emergenza</i> (Francesca Quadri)	» 1535
Art. 128: <i>Trasferimento automatico della chiamata</i> (Francesca Quadri)	» 1558
Art. 129: <i>Elenchi di abbonati</i> (Maria Pia Bianchi)	» 1560
Art. 130: <i>Comunicazioni indesiderate</i> (Francesca Di Ciommo)	» 1570
Art. 131: <i>Informazioni ad abbonati e utenti</i> (Maria Pia Bianchi)	» 1585
Art. 132: <i>Conservazione di dati di traffico per altre finalità</i> (Luigi Di Paola)	» 1587

CAPO II

INTERNET E RETI TELEMATICHE

Art. 135: <i>Codice di deontologia e di buona condotta</i> (Simona Cacace)	pag. 1614
--	-----------

CAPO III

VIDEOSORVEGLIANZA

Art. 134: <i>Codice di deontologia e di buona condotta</i> (Valentina Gagliardi)	pag. 1617
--	-----------

TITOLO XI

LIBERE PROFESSIONI E INVESTIGAZIONE PRIVATA

CAPO I

PROFILI GENERALI

Art. 135: <i>Codice di deontologia e di buona condotta</i> (Mario de Bernardi)	pag. 1660
--	-----------

TITOLO XII

GIORNALISMO ED ESPRESSIONE LETTERARIA ED ARTISTICA

CAPO I

PROFILI GENERALI

Art. 136: <i>Finalità giornalistiche e altre manifestazioni del pensiero</i> (Paolo Troiano)	pag. 1678
Art. 137: <i>Disposizioni applicabili</i> (Paolo Troiano)	» 1678
Art. 138: <i>Segreto professionale</i> (Paolo Troiano)	» 1712

INDICE SOMMARIO

XI

CAPO II

CODICE DI DEONTOLOGIA

Art. 139: <i>Codice di deontologia relativo ad attività giornalistiche</i> (Sandra Bellelli)	pag. 1716
--	-----------

TITOLO XIII

MARKETING DIRETTO

CAPO I

PROFILI GENERALI

Art. 140: <i>Codice di deontologia e di buona condotta</i> (Giovanna De Mini-co)	pag. 1737
--	-----------

PARTE III

TUTELA DELL'INTERESSATO E SANZIONI

TITOLO I

TUTELA AMMINISTRATIVA E GIURISDIZIONALE

CAPO I

TUTELA DINNANZI AL GARANTE

SEZIONE I

Principi generali

Art. 141: <i>Forme di tutela</i> (Andrea Spinelli)	pag. 1747
--	-----------

SEZIONE II

Tutela amministrativa

Art. 142: <i>Proposizione dei reclami</i> (Andrea Spinelli)	pag. 1771
Art. 143: <i>Procedimento per i reclami</i> (Andrea Spinelli)	» 1779
Art. 144: <i>Segnalazioni</i> (Andrea Spinelli)	» 1788

SEZIONE III
Tutela alternativa a quella giurisdizionale

Art. 145: Ricorsi (Dino Buoncrisiani)	pag. 1792
Art. 146: <i>Interpello preventivo</i> (Dino Buoncrisiani)	» 1823
Art. 147: <i>Presentazione del ricorso</i> (Dino Buoncrisiani)	» 1828
Art. 148: <i>Inammissibilità del ricorso</i> (Dino Buoncrisiani)	» 1829
Art. 149: <i>Procedimento relativo al ricorso</i> (Dino Buoncrisiani)	» 1843
Art. 150: <i>Provvedimenti a seguito del ricorso</i> (Dino Buoncrisiani)	» 1872
Art. 151: <i>Opposizione</i> (Dino Buoncrisiani)	» 1909

CAPO II
TUTELA GIURISDIZIONALE

Art. 152: <i>Autorità giudiziaria ordinaria</i> (Dino Buoncrisiani)	pag. 1909
---	-----------

TITOLO II
L'AUTORITÀ

CAPO I
IL GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI

Art. 153: <i>Il Garante</i> (Chiara Lacava)	pag. 1961
Art. 154: <i>Compiti</i> (Chiara Lacava - Laura Cerroni)	» 1976

CAPO II
L'UFFICIO DEL GARANTE

Art. 155: <i>Principi applicabili</i> (Chiara Lacava)	pag. 1996
Art. 156: <i>Ruolo organico e personale</i> (Laura Cerroni)	» 2001

CAPO III
ACCERTAMENTI E CONTROLLI

Art. 157: <i>Richiesta di informazioni e di esibizione di documenti</i> (Chiara Lacava)	pag. 2013
Art. 158: <i>Accertamenti</i> (Marco Bombardelli)	» 2016
Art. 159: <i>Modalità</i> (Marco Bombardelli)	» 2022
Art. 160: <i>Particolari accertamenti</i> (Marco Bombardelli)	» 2027

TITOLO III
SANZIONI

CAPO I
VIOLAZIONI AMMINISTRATIVE

Art. 161: <i>Omessa o inidonea informativa all'interessato</i> (Elisabetta Bani - Elena Ferioli)	pag. 2051
Art. 162: <i>Altre fattispecie</i> (Elisabetta Bani - Elena Ferioli)	» 2051
Art. 163: <i>Omessa o incompleta notificazione</i> (Stefano Del Corso)	» 2047
Art. 164: <i>Omessa informazione o esibizione al Garante</i> (Elisabetta Bani - Elena Ferioli)	» 2050
Art. 165: <i>Pubblicazione del provvedimento del Garante</i> (Luigi La Battaglia)	» 2051
Art. 166: <i>Procedimento di applicazione</i> (Elisabetta Bani - Elena Ferioli)	» 2054

CAPO II
ILLECITI PENALI

Art. 167: <i>Trattamento illecito di dati</i> (Stefano Del Corso)	pag. 2055
Art. 168: <i>Falsità nelle dichiarazioni e notificazioni al Garante</i> (Stefano Del Corso)	» 2069
Art. 169: <i>Misure di sicurezza</i> (Stefano Del Corso)	» 2070
Art. 170: <i>Misuranza di provvedimenti del Garante</i> (Stefano Del Corso)	» 2072
Art. 171: <i>Altre fattispecie</i> (Stefano Del Corso)	» 2075
Art. 172: <i>Pene accessorie</i> (Stefano Del Corso)	» 2076

TITOLO IV
DISPOSIZIONI MODIFICATIVE, ABROGATIVE, TRANSITORIE E FINALI

CAPO I
DISPOSIZIONI DI MODIFICA

Art. 173: <i>Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen</i> (Mario de Bernardi)	pag. 2077
Art. 174: <i>Notifiche di atti e verbale giudiziario</i> (Solveig Cogliani)	» 2105
Art. 175: <i>Forze di polizia</i> (Mario Palazzi)	» 2116
Art. 176: <i>Soggetti pubblici</i> (Filippo Patroni Griffi)	» 2127
Art. 177: <i>Disciplina anagrafica, dello stato civile e delle liste elettorali</i> (Fernando Bocchini)	» 2134
Art. 178: <i>Disposizioni in materia sanitaria</i> (Rossella De Franco)	» 2135
Art. 179: <i>Altre modifiche</i> (Chiara Bennati)	» 2142

XIV

INDICE SOMMARIO

CAPO II

DISPOSIZIONI TRANSITORIE

Art. 180: <i>Misure di sicurezza (rinvio)</i>	pag. 2148
Art. 181: <i>Altre disposizioni transitorie</i> (Roberto Colonnello)	» 2150
Art. 182: <i>Ufficio del Garante</i> (nota redazionale)	» 2172

CAPO III

ABROGAZIONI

Art. 183: <i>Norme abrogare</i> (Andrea Spinelli)	pag. 2174
---	-----------

CAPO IV

NORME FINALI

Art. 184: <i>Attuazione di direttive europee</i> (Giuseppe Dottore)	pag. 2185
Art. 185: <i>Allegazione dei codici di deontologia e di buona condotta</i> (Gianna De Minico)	» 2192
Art. 186: <i>Entrata in vigore</i> (Roberto Colonnello)	» 2195

SOMMARIO: 1. Comunicazioni indesiderate: definizione e fenomenologia. - 2. Il quadro normativo. - 3. L'art. 150 del c.d. « Codice privacy ». - 4. Il regime sanzionatorio.

1. - Nel Titolo X, dedicato alle « comunicazioni elettroniche » ⁽¹⁾, il c.d. Codice in materia di protezione dei dati personali, all'art. 150, si occupa delle « comunicazioni indesiderate » - e cioè dell'invio, attraverso le moderne reti di comunicazione, di messaggi non sollecitati dal destinatario - articolando la relativa disciplina in sei commi.

Il fenomeno sotteso all'esigenza legislativa di intervenire in materia riguarda principalmente l'invio indiscriminato di materiale pubblicitario e, più in generale, di informazioni, ovvero l'effettuazione di altre tipologie di sollecitazioni commerciali, finalizzate a raggiungere il più alto numero di destinatari. La pratica in parola impazza ormai da alcuni anni in tutto il mondo - in particolare, per il tramite delle reti telematiche, ma senza disdegnare le comunicazioni telefoniche tradizionali - ed è universalmente conosciuta con il termine « *spamming* », derivato, secondo i più, dal nome (« *spam* », contrazione di « *spiced ham* ») di una carne di maiale in scatola molto nota negli Stati Uniti, che in un famoso *sketch* della serie televisiva « Monty Python's Flying Circus », ambientato in un ristorante, viene gridato ripetutamente da alcuni giovani avventori, impedendo ad un altro cliente di ascoltare la cameriera che sta elencando i piatti disponibili. Da qui l'analogia con le comunicazioni non sollecitate, le quali, intasando i normali canali in cui transitano dati informativi, o i box in cui gli stessi sono depositati in attesa di essere fruiti dal destinatario, tra l'altro, possono provocare a quest'ultimo difficoltà nel ricevere e/o selezionare contenuti per lui significativi.

Malgrado nella prassi si usino pressoché indifferentemente i termini *spamming* e comunicazione non sollecitata - e malgrado lo stesso d. lgs. 196/2003 tratti allo stesso modo i due fenomeni sanzionandoli entrambi penalmente, ai sensi dell'art. 167, in presenza di un nocumento per l'interessato e di un ingiusto profitto dell'autore della condotta o di terzi -, nel definire la fattispecie fatta oggetto di apposita regolamentazione dall'art. 150 del decreto in commento, è bene considerare che lo *spamming* (anche detto *junk mail*), sebbene rappresenti senza dubbio una forma di comunicazione indesiderata, ed anzi sicuramente la forma più diffusa e fastidiosa, non esaurisce la fenomenologia delle comunicazioni non sollecitate. Infatti,

Art. 150 (Comunicazioni indesiderate)

1. L'uso di sistemi automatizzati di chiamata senza l'intervento di un operatore per l'invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale è consentito con il consenso dell'interessato.

2. La disposizione di cui al comma 1 si applica anche alle comunicazioni elettroniche, effettuate per le finalità ivi indicate, mediante posta elettronica, telefax, messaggi del tipo Mms (Multimedia Messaging Service) o Sms (Short Message Service) o di altro tipo.

3. Fuori dei casi di cui ai commi 1 e 2, ulteriori comunicazioni per le finalità di cui ai medesimi commi effettuate con mezzi diversi da quelli ivi indicati, sono consentite ai sensi degli articoli 23 e 24.

4. Fatto salvo quanto previsto nel comma 1, se il titolare del trattamento utilizza, a fini di vendita diretta di propri prodotti o servizi, le coordinate di posta elettronica fornite dall'interessato nel contesto della vendita di un prodotto o di un servizio, può non richiedere il consenso dell'interessato, sempre che si tratti di servizi analoghi a quelli oggetto della vendita e l'interessato, adeguatamente informato, non rifiuti tale uso, inizialmente o in occasione di successive comunicazioni. L'interessato, al momento della raccolta e in occasione dell'invio di ogni comunicazione effettuata per le finalità di cui al presente comma, è informato della possibilità di opporsi in ogni momento al trattamento, in maniera agevole e gratuitamente.

5. È vietato in ogni caso l'invio di comunicazioni per le finalità di cui al comma 1 o, comunque, a scopo promozionale, effettuato camuffando o celando l'identità del mittente o senza fornire un idoneo recapito presso il quale l'interessato possa esercitare i diritti di cui all'articolo 7.

6. In caso di reiterata violazione delle disposizioni di cui al presente articolo il Garante può, provvedendo ai sensi dell'articolo 143, comma 1, lettera b), altresì prescrivere a fornitori di servizi di comunicazione elettronica di adottare procedure di filtraggio o altre misure praticabili relativamente alle coordinate di posta elettronica da cui sono state inviate le comunicazioni.

(1) Per la definizione di « comunicazione elettronica », si veda l'art. 4, comma 2°, lett. a), del d. lgs. 196/2003. Lo stesso comma, alla lettera c), definisce le « reti di comunicazione elet-

tronica », ed alla lettera e) chiarisce cosa si intende, sempre ai soli effetti del Codice privacy, per « servizio di comunicazione elettronica ».

mentre lo *spamming* presuppone l'invio ripetuto e massiccio di messaggi, normalmente pubblicitari o comunque commerciali, e normalmente inviati da un soggetto che falsifica o nasconde la sua identità, la comunicazione non desiderata può consistere anche esclusivamente in un solo messaggio, non previamente richiesto o autorizzato dal destinatario (2).

L'attenzione che recentemente, anche in Italia, è stata dedicata a tale problematica, non solo dalla dottrina (3), si giustifica in ragione del fatto

(2) In questo senso si è espresso lo studio, a firma di Gauthroner e Dronard, pubblicato nel 2001 dalla Commissione della Comunità europea e intitolato « Messaggi pubblicitari indesiderati e protezione dei dati personali ».

(3) Per gli opportuni approfondimenti, cfr., tra gli altri, POLICICIA, *Il danno da spamming*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 660; FILIPPI, *Comunicazioni indesiderate e direct marketing*, in SANTANELLO (a cura di), *La protezione dei dati personali*, Padova, 2003, p. 632; DI CIOMMO, *Lo « spamming » dalle reti telematiche alle aule dei tribunali*, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2908; LICCHI, *Comunicazioni indesiderate: lo spamming tra razionalizzazione delle norme esistenti e promozione dell'autorità di garanzia*, in *Studiium iuris*, 2004, p. 456; CRUSONDA, *Disciplina dello spamming*, in *Nuova giur.*, 2004, II, p. 474; SIZZI, *La disciplina delle comunicazioni elettroniche non richieste alla luce del D.Lgs. n. 70/2003 sul commercio elettronico e del nuovo « Codice in materia di protezione dei dati personali »*, in *Dir. Informaz. e Informatica*, 2003, p. 1001; DI CIOMMO, *Internet (responsabilità civile)*, voce dell'Enc. *giur. Treccani*, Aggiornamento X, Roma, 2002; DIURISI-LISI, *E-mail: strarmento di informazione, di comunicazione e di promozione*, in Cassano (a cura di), *Diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell'Internet*, Milano, 2002, p. 936-970; EUCOLANO, *Spamming: una nuova forma di pubblicità dannosa per i consumatori?*, in *Nuovo dir.*, 2002, II, p. 44; LEVI-ZANICHELLI, *L'utilizzo delle e-mail e fini pubblicitarie dallo spamming ai permission marketing*, in *Riv. dir. ind.*, 2001, I, p. 194.

La giurisprudenza italiana ha cominciato recentemente a pronunciarsi in materia di danni provocati da comunicazioni indesiderate via Internet o via telefono. In proposito, tra le altre, v. le due prime sentenze in materia: Giudice di pace Napoli 26 giugno 2004 e 10 giugno 2004, in *Foro it.*, 2004, c. 3, con nota di Di Ciommo; nonché, ma solo la seconda, in *Danno e resp.*, 2005, p. 569, con nota di Policiccia, e in *Resp.*

cit., 2004, p. 1146, con nota di Sanna, V., inoltre, Giudice di pace Padova 3 febbraio 2004, in *Dir. ragione*, 2005, p. 801, con nota di Vincenzi.

Anche l'Autorità italiana garante per la privacy si è occupata a più riprese di *spamming*, emanando all'uso un apposito provvedimento generale il 29 maggio 2003, intitolato « Spamming. Regole per un corretto invio delle e-mail pubblicitarie » e attualmente disponibile all'indirizzo « <http://www.garanteprivacy.it/garante/doc/jsp?ID=29840> », nonché emanando i provvedimenti intitolati: « Sms di vendita diretta o promozionali: le regole per un corretto uso », del 10 giugno 2003, attualmente disponibile all'indirizzo « <http://www.garanteprivacy.it/garante/doc/jsp?ID=29836> »; e « SMS di pubblica utilità: le regole per un corretto uso », del 12 marzo 2003, attualmente disponibile all'indirizzo « <http://www.garanteprivacy.it/garante/doc/jsp?ID=29844> ». Di recente, e precisamente in data 3 novembre 2005, l'Autorità ha emanato un ulteriore provvedimento (in relazione alle accertate irregolarità nei servizi « telepass on-line » della Società Autostrade s.p.a.) volto a sottolineare che il consenso all'uso dei dati per fini di *marketing* deve essere libero e che tale consenso deve risultare da una firma apposita, separata da quella dell'eventuale contratto cui la clausola conferisce il consenso accede (il provvedimento è attualmente disponibile all'indirizzo « http://www.garanteprivacy.it/garante/doc/jsp/sezioni_resol/jsp »). Nella stessa prospettiva, significativo è il provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza, 20 dicembre 2001, n. 10270 (in *Gust. civ.*, 2002, I, c. 1748), a tenore del quale « Constituisce pubblicità ingannevole il messaggio costituito da un link ipertestuale volto a promuovere l'abbonamento al servizio gratuito di accesso ad Internet denominato "Internet gratis Tiscali free net", che, per le sue modalità di presentazione, non consente ai destinatari di avere chiara ed immediata percezione del fatto che l'adesione all'offerta del servizio qualificato come gratuito vincola l'utente a rice-

che il fenomeno negli ultimi tempi ha fatto registrare una continua e costante crescita, e ciò in quanto l'invio di comunicazioni non sollecitate tramite i nuovi media (in particolare la posta elettronica trasmessa via Internet, per la cui definizione normativa v. l'art. 4, comma 2°, lett. m, del decreto in commento (4)) comporta costi molto bassi per il mittente, che — servendosi dei recapiti contenuti in corpose banche dati, raccolti per lo più tramite software di ricerca nelle aree pubbliche della rete o di elaborazione automatica di possibili indirizzi — in pochi secondi può inviare lo stesso messaggio a numerosi (anche milioni di) destinatari.

La ricezione di messaggi non sollecitati può cagionare danni significativi a livello aggregato sia ai *provider* (quelli di Internet sono definiti con l'acronimo ISP), e cioè ai gestori delle reti o dei nodi di rete, sia agli utenti destinatari. I primi, a causa dell'invio massiccio di messaggi spazzatura sulle proprie reti o tramite i propri nodi, sono costretti ad aumentare la larghezza di banda per mantenere efficiente il servizio, e devono inoltre attrezzarsi per consentire all'utente di effettuare imponenti cancellazioni di dati dalle proprie caselle *e-mail* e vocali e per tentare di difenderle dalla « pioggia » di comunicazioni non volute (5). I secondi, invece, vengono obbligati a subire tempi di collegamento alla rete più lunghi per scaricare i messaggi arrivati nel proprio box *e-mail* o per ascoltare la propria segreteria telefonica, ed inoltre finiscono per impiegare quotidianamente tempo e risorse per distinguere i messaggi che devono essere letti o ascoltati da quelli che è preferibile cancellare perché non interessanti. Senza, peraltro, considerare i casi in cui il box di posta elettronica, o la memoria SMS del telefono, o la segreteria

vere mail pubblicitarie tramite posta elettronica ».

(4) Ai sensi della lettera m), sono da considerarsi « posta elettronica » i « messaggi contenenti testi, voci, suoni o immagini trasmessi attraverso una rete pubblica di comunicazione, che possono essere archiviati in rete o nell'apparecchiatura terminale ricevente, fino a che il ricevente non ne ha preso conoscenza ».

(5) Sul problema della responsabilità del *provider* fornitore del servizio di posta elettronica, che non riesce ad impedire che un proprio cliente invii *e-mail* spazzatura, ovvero che non riesce ad evitare al proprio cliente di ricevere *e-mail* non sollecitate, v. Trib. Prato 15 ottobre 2001, in *Foro toscano*, 2002, p. 100, con nota di Olivetti Rason, e in *Dir. e pratica società*, 2002, fasc. 13, p. 73, con nota di Cassano e Cimino-Giova, in proposito, notare che, ai sensi della vigente disciplina, il prestatore di servizi della società dell'informazione, che abbia inviato o par-

tecipato all'invio di comunicazioni di carattere commerciale, subisce un particolare regime di responsabilità civile, che — invertendo parzialmente l'onere della prova rispetto al tradizionale meccanismo designato dall'art. 2043 c.c. — pone a suo carico, quando convenuto, l'onere di provare il carattere « sollecitato » o « autorizzato » (da consenso espresso) del messaggio (ex art. 9, comma 2°, d. lgs. n. 70/2003, e 130, d. lgs. 196/03), ovvero, qualora tale onere non venga assolto, di dimostrare di « avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno » (ai sensi del combinato disposto degli artt. 15 del d. lgs. 196/2003 e 2050 del codice civile); ciò per evitare una condanna al risarcimento dei danni. Per gli opportuni approfondimenti e più ampie considerazioni in proposito, sia consentito rinviare Di Ciommo, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003, pp. 265 e ss.

telefonica vocale del malcapitato, vengono talmente intasati da materiali non sollecitati che non sono più in grado di raccogliere altri messaggi. E senza considerare gli ulteriori casi in cui all'indirizzo bersaglio giungono materiali pornografici, volgari o, per altre ragioni, particolarmente sgraditi; ovvero ancora, il disagio in cui può trovarsi il destinatario che, per cancellare o rifiutare i messaggi non sollecitati, finisce per errore con il cancellare o rifiutare anche messaggi di suo interesse personale e/o professionale. Sia i *provider* che gli utenti, inoltre, in considerazione delle dimensioni acquisite dallo *spamming*, oggi sono obbligati ad investire risorse nella creazione o nell'adozione di sistemi di filtraggio che, tuttavia, attualmente non si sono ancora dimostrati di particolare efficacia.

In ragione di questa situazione, secondo un sondaggio reso pubblico durante la conferenza dell'OCSE dedicata allo *spamming*, tenuta nel febbraio del 2004, più della metà dei consumatori rinuncia a servirsi degli strumenti offerti dal commercio elettronico per timore di ricevere messaggi elettronici indesiderati, ed oltre l'80% chiede ai governi di imporre il consenso preventivo (c.d. sistema *opt-in*) per l'invio di messaggi commerciali. Ciò ha spinto numerose istituzioni a livello internazionale, e tra queste l'Unione Internazionale delle Telecomunicazioni (International Telecommunication Union, ITU), organizzazione che opera nell'ambito delle Nazioni Unite, ad indicare chiaramente la necessità di imboccare la strada della guerra senza quartiere allo *spamming*, giudicata indispensabile — ma forse in un eccesso di enfasi — per evitare la « morte di Internet ».

2. — Come evidenziato nel precedente paragrafo, l'invio di messaggi o, più in generale, l'effettuazione di comunicazioni non sollecitate rappresenta una pratica tanto diffusa, e potenzialmente dannosa per i destinatari, da costituire uno dei principali problemi che la comunicazioni elettroniche attualmente soffrono ⁽⁶⁾. Ciò malgrado, prima del d. lgs. 196/2003, si discuteva, anche rispetto all'ordinamento giuridico italiano, sulla legittimità dell'invio di messaggi a fini informativi o pubblicitari nei confronti di quanti non avessero mai espresso la volontà di non essere raggiunti da tali comunicazioni. Sostanzialmente, la tesi dottrinale più liberale — oggi superata nei termini che si chiariranno a breve — partendo dal presupposto che Internet rappresenta un mondo fatto di informazioni in cui tutti condividono tutto, considerava lecito l'invio di messaggi non sollecitati a tutti gli utenti della rete,

⁽⁶⁾ Dati significativi, sulle proporzioni del fenomeno e sullo stato della normativa in Europa si possono ricavare dalla comunicazione intitolata « *On unsolicited commercial communication or "spam"* », della Commissione europea al Parlamento, al Consiglio, al Comitato europeo

economico e sociale e al Comitato delle regioni, data 22 gennaio 2004, attualmente disponibile, anche nella traduzione in italiano, all'indirizzo « http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexTriServ/site/rl/com/2004/com2004_0028it_01.pdf ».

salvo contrarie indicazioni espresse dei singoli utenti ⁽⁷⁾. Neanche i fautori di tale tesi, tuttavia, arrivavano a giustificare il c.d. « *spamming* industriale », e cioè l'attività consistente nell'invio indiscriminato, costante e ripetuto di milioni di messaggi attraverso diversi indirizzi di posta elettronica.

Il dubbio era alimentato dall'incertezza palesata, sino al 2002, dal legislatore europeo, che, a tacer d'altro, nello stesso anno, con le direttive 97/66/Ce e 97/77/Ce adottava, in verità non senza una *ratio* giustificatrice fondata sulla differenza di materia ⁽⁸⁾, due soluzioni differenti per il medesimo problema relativo alla tutela dell'eventuale volontà degli utenti di non ricevere comunicazioni non sollecitate. Con la prima direttiva, dedicata alla *privacy* nelle telecomunicazioni, infatti, era stato stabilito che le comunicazioni non sollecitate, effettuate tramite fax o con l'utilizzo di strumenti senza un operatore, potessero essere realizzate solo con il consenso preventivo degli utenti abbonati, salvo consentire ai singoli Stati membri, in fase di attuazione, di scegliere se adottare un sistema di consenso espresso da parte del possessore del destinatario della comunicazione (c.d. sistema « *opt-in* »), ovvero un sistema di eventuale opposizione espressa dello stesso in seguito al primo messaggio contenente l'avviso del diritto di opposizione (c.d. sistema « *opt-out* ») ⁽⁹⁾. Con la seconda direttiva, relativa ai contratti a distanza per i venditori e consumatori, si era stabilito il principio dello « *opt-out* » per le comunicazioni commerciali non sollecitate provenienti da sistemi di chiamata diversi da quelli automatici.

A fronte della mancanza di una soluzione europea univoca al problema, in Italia è solo con il d. lgs. n. 70 del 9 aprile 2003, recante « Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mer-

⁽⁷⁾ Per una esauriente spiegazione di tale teoria, tra gli altri, Grayson, *Much Ado About Spam: Unsolicited Advertising, the Internet, and You*, 32 *St. Mary's Law Journal* 77, 2000.

⁽⁸⁾ A fronte dei danni lamentati dagli utenti e dai *provider* relativamente alle circostanze ricordate nel primo paragrafo, l'invio di comunicazioni non sollecitate, soprattutto se di carattere commerciale, è in grado di produrre anche esenzialità di mercato positive (ad esempio perché può essere utilizzato da un'impresa di nuova costituzione per farsi conoscere e proporre i suoi servizi o prodotti a terzi potenzialmente interessati), seppure sino a quel momento sconosciuti, tanto che in molti paesi, in particolare con riguardo ad Internet, si cerca di regolamentare quello che viene definito il « *mail marketing* » attraverso la ricerca di un equilibrio tra

ragioni dell'impresa e ragioni degli utenti, piuttosto che di deprimere o contrastarlo risolutamente. In Italia, tuttavia, si segnala la posizione dell'Autorità garante per la *privacy* che, in armonia con la recente legislazione nazionale, ha affermato che il *mail marketing* può consistere in un consenso esclusivamente in presenza di un contratto esclusivo, preventivo e debitamente informato del destinatario (così, da ultimo, il provvedimento generale del Garante, 25 febbraio 2005, attualmente reperibile all'indirizzo in « <http://www.garanteprivacy.it/garante/decsp71D=1103045> »). In proposito, cfr. MANFREDI, *Attività di impresa in Internet e tutela della persona*, Padova, 2004.

⁽⁹⁾ In Italia, la direttiva n. 66/1977 era stata attuata con il d. lgs. 171 del 1998 che aveva accolto il principio dell'*opt-in*.

cato interno», e poi con il c.d. Codice in materia di protezione dei dati personali, che sono stati compiuti passi avanti significativi e, per il momento, definitivi in materia di regolamentazione dello *spamming*.

Precedentemente all'emanazione di tali provvedimenti normativi, infatti, il fenomeno nel nostro paese era disciplinato essenzialmente da tre norme: l'art. 15, comma 1°, lett. e), della legge generale sul trattamento dei dati personali, n. 675/1996⁽¹⁰⁾ (oggi abrogato e sostituito dall'art. 150 in esame); l'art. 10 del d. lgs. 171/1998, attuativo della citata direttiva 97/66/Ce⁽¹¹⁾ (oggi abrogato dal combinato disposto degli artt. 183 e 186 del d. lgs. 196/2003); e l'art. 10, comma 1°, del d. lgs. 185/1999, attuativo della direttiva, anch'essa citata, 97/77/Ce⁽¹²⁾ (oggi abrogato dall'art. 146 del d. lgs. 6 settembre 2005 n. 206, c.d. codice del consumo, e riversato nell'art. 58 dello stesso decreto), norma quest'ultima applicabile solo nel caso di messaggio contenente un atto negoziale destinato ad operare in un rapporto tra professionista e consumatore⁽¹³⁾. Le tre disposizioni, in ossequio ai loro diritti riferimenti normativi di stampo europeo, prevedevano diversi tipi di consenso che il destinatario dell'invio di comunicazioni commerciali non sollecitate doveva prestare per rendere tale invio autorizzato e dunque lecito; tale diversità determinava, quanto meno, un quadro regolamentare caratterizzato da confusione applicativa ed incertezza disciplinare⁽¹⁴⁾. Peraltro, la citata direttiva 2000/31/Ce non aveva affatto risolto i dubbi in materia, ed anzi li aveva alimentati, in quanto, preferendo non imporre alcunché

(10) L'art. 15, comma 1°, alle lett. e) della l. n. 675/1996, stabiliva che, in relazione al trattamento dei dati personali, l'interessato ha diritto « di opporsi, in tutto o in parte, al trattamento di dati personali che lo riguardano, previsto a fini di informazioni commerciali 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 ».

(11) L'art. 10 del decreto n. 171/98 prevedeva che: « 1. L'uso di un sistema automatizzato di chiamata senza intervento di un operatore o del telex per scopi di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta, ovvero per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale interattiva, è consentito con il consenso espresso dell'abbonato. 2. Le chiamate per le finalità di cui al comma 1°, effettuate con mezzi diversi da quelli ivi indicati, sono consentite ai sensi degli articoli 11 e 12 della legge ».

(12) Cf. VALERIANI, *La direttiva 97/77/CE in*

a riguardo, si limitava ad autorizzare gli Stati a sottoporre a vincoli e limiti l'invio di posta elettronica contenente messaggi commerciali non sollecitati, prevedendo inoltre che, negli Stati in cui lo *spamming* era consentito, fosse proattivato « registri negativi » allo scopo di consentire a chiunque di manifestare, attraverso la semplice iscrizione, il proprio dissenso alla ricezione di tali comunicazioni, con ciò rendendo, di lì in avanti, illecito ogni invio che lo riguardasse⁽¹⁵⁾.

La prima vera svolta a livello europeo si registra soltanto con la direttiva 2002/58/Ce⁽¹⁶⁾, dedicata alla tutela della *privacy* nelle comunicazioni elettroniche, la quale, all'art. 13, prevede che l'uso di posta elettronica a scopo di commercializzazione diretta sia consentito soltanto verso gli abbonati che abbiano espresso preventivamente il loro consenso, ovvero, ma ciò solo nell'ambito di una relazione commerciale già avviata, che almeno non abbiano manifestato la loro opposizione⁽¹⁷⁾. Con tale direttiva il legislatore europeo

(15) L'art. 7 della direttiva 2000/31/Ce, contenente il riferimento ai c.d. registri negativi, aveva indotto il legislatore italiano, in fase di attuazione della stessa, a ragionare sulla necessità, ovvero opportunità, di realizzare nel nostro ordinamento tali registri. Tuttavia, l'Autorità garante per la *privacy*, nell'occasione, non aveva mancato di evidenziare, in un parere richiesto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, che l'Italia aveva già da tempo accolto il principio del consenso preventivo c.d. « opt-in » (Cfr. l'Id., *Codice della privacy*, a cura di Italia, Milano, 2004, II, p. 1623).

(16) Fino all'immediata vigilia di tale direttiva, infatti, il legislatore europeo aveva continuato a mantenere un atteggiamento sostanzialmente neutrale rispetto alle due differenti soluzioni - sistema « opt-in » e « opt-out » - assai facilmente applicabili al problema, tanto che anche direttiva 2002/65/Ce, « concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori », all'art. 10, rubricato « comunicazioni non richieste », richiedeva il previo consenso del consumatore solo riguardo a sistemi automatizzati di chiamata senza intervento di un operatore (dispositivo automatico di chiamata) e per fax (teleselezione), mentre, rispetto alle tecniche di comunicazione a distanza diverse da quelle indicate al paragrafo 1, ma basate sulla comunicazione individuale (categorizzata all'interno della quale rientra, senza dubbio, anche la posta elettronica), chiedeva agli Stati membri di adottare le misure appropriate « affinché: a) non siano autorizzate se non è stato ottenuto il consenso del consumatore interessato; o b) possano essere

materia di vendite a distanza e la pubblicità via Internet», in *Dir. Informaz. e Informatica*, 1999, p. 189.

(17) L'art. 10 del d. lgs. n. 185/1999 stabiliva che: « 1. L'impegno da parte di un fornitore del telefono, della posta elettronica di sistemi automatizzati di chiamata senza l'intervento di un operatore o di fax, richiede il consenso preventivo del consumatore. 2. Tecniche di comunicazione a distanza diverse da quelle di cui al comma 1°, qualora consentano una comunicazione individuale, possono essere impiegate dal fornitore se il consumatore non si dichiara esplicitamente contrario ».

(18) Per un'approfondita indagine della situazione normativa antecedente all'entrata in vigore del d. lgs. 196/2003 e, dunque, per una precisa ricostruzione delle problematiche interpretative scaturite dalla convivenza delle tre disposizioni legislative citate nel testo, cfr. ATTILIA, *Il diritto alla tranquillità individuale nella rete*, in NIVARSA-RICCIUTO (a cura di), *Internet e il diritto dei privati. Persona e proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, Torino, 2002, p. 41.

utilizzate solo in assenza di una manifesta opposizione del consumatore ».

(19) Cfr. Voliani, *Privacy e comunicazioni elettroniche. La direttiva 58/2002*, in *Dir. Informaz. e Informatica*, 2003, p. 421. In proposito, giova notare che, in verità, anche nella citata direttiva 2000/31/Ce sul commercio elettronico, tra i considerando si chiariva che: « la protezione dei singoli, relativamente al trattamento dei dati personali, è disciplinata unicamente dalla direttiva 95/46/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione dei dati, e dalla direttiva 97/65/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 1997, sul trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni, che sono integralmente applicabili ai servizi della società dell'informazione. [...] L'applicazione della presente direttiva deve essere pienamente conforme ai principi relativi alla protezione dei dati personali, in particolare per quanto riguarda le comunicazioni commerciali non richieste e il regime di responsabilità per gli intermediari ». E anche in considerazione di ciò che, nel provvedimento generale in materia di *spamming* del 29 maggio 2003 (già citato *supra* in nota n. 3), il Garante *privacy* italiano afferma risolutamente che: « Gli indirizzi di posta elettronica recano dati di carattere personale da trattare nel rispetto della normativa in materia. La loro utilizzazione per scopi promozionali e pubblicitari è possibile solo se il soggetto cui riferiscono i dati ha manifestato in precedenza

accoglieva espressamente il modello autorizzativo definito « *opt-in* » (che richiede il previo consenso del destinatario), rispetto al modello « *opt-out* » (in cui il destinatario, una volta ricevuto il primo messaggio non sollecitato, ha soltanto il diritto di opporsi a futuri invii indesiderati).

Proprio in attuazione di questa scelta europea di politica del diritto, vengono emanati in Italia i citati d. lgs. n. 70 e n. 196 del 2003, il primo dei quali, in proposito, stabilisce che: fatti salvi gli obblighi relativi al previo consenso del destinatario di cui ai decreti n. 185/1999 e 171/1998, « le comunicazioni commerciali non sollecitate trasmesse da un prestatore per posta elettronica devono, in modo chiaro ed inequivocabile, essere identificate come tali fin dal momento in cui il destinatario le riceve e contenere l'indicazione che il destinatario del messaggio può opporsi al ricevimento in futuro di tali comunicazioni. La prova del carattere sollecitato delle comunicazioni commerciali spetta al prestatore » (così l'art. 9 del d. lgs. n. 70). Su quanto previsto dal secondo decreto si rinvia al prossimo paragrafo.

5. — La scelta, prima europea e poi italiana, di regolare il tema delle comunicazioni indesiderate all'interno di una normativa di carattere generale sul trattamento dei dati personali si giustifica in considerazione della natura personale dei dati — indirizzi *e-mail*, di telefono e quant'altro — utilizzati per l'effettuazione delle comunicazioni ⁽¹⁸⁾, nonché in ragione dell'ampia sfera di applicazione e dei rilevanti obiettivi di politica e tecnica del diritto attribuiti a detta normativa ⁽¹⁹⁾.

un consenso libero, specifico e informato. Il consenso è necessario anche quando gli indirizzi sono formati ed utilizzati automaticamente con un software senza l'intervento di un operatore, o in mancanza di una previa verifica della loro attuale attivazione o dell'identità del destinatario del messaggio, e anche quando gli indirizzi non sono registrati dopo l'invio del messaggio. Questo assetto, basato su una scelta dell'interessato c.d. di *opt-in*, è stato ribadito nel 1998 (con il d. lgs. n. 171) prima ancora che una recente direttiva comunitaria lo estendesse a tutti i Paesi dell'Unione europea (n. 2002/58/CE [...]). Questa Autorità si è pronunciata più volte in materia ribadendo che la circostanza che gli indirizzi di posta elettronica possano essere reperiti con una certa facilità in Internet non comporta il diritto di utilizzarli liberamente per inviare messaggi pubblicitari [...].*

⁽¹⁸⁾ Per gli opportuni approfondimenti sulla natura dei dati personali coinvolti nelle nuove forme di comunicazione e sulle modalità di ag-

L'art. 130 del d. lgs. 196/2003, in realtà, rappresenta una novità, visto che nella precedente l. n. 675/96 non vi era una norma specificamente dedicata al fenomeno in esame: il quale, tuttavia, era fatto oggetto di attenzione nell'art. 13, comma 1°, lett. e), della stessa legge, laddove si sanciva il diritto dell'interessato di opporsi al trattamento di suoi dati personali effettuato « ai fini di informazioni commerciali o di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta ovvero per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale interattiva », ed in più si prevedeva l'onere in capo al titolare del trattamento di rendere edotto l'interessato, non oltre il momento in cui i dati vengono comunicati o diffusi, della possibilità di esercitare gratuitamente tale diritto. Al di là del rilievo sistematico, dunque, la vera novità rappresentata dall'odierno art. 130 rispetto al vecchio art. 13, consiste nell'aver, il primo, ribaltato radicalmente l'ottica del secondo, avendo sancito la necessità del consenso (si intende, preventivo ⁽²⁰⁾) al trattamento dei dati utilizzati per l'effettuazione di comunicazioni telefoniche o elettroniche, così superando il sistema previgente che a tutela dell'interessato stabiliva esclusivamente il diritto di opposizione.

Fatta questa premessa, e passando a trattare il contenuto normativo della disposizione in esame, giova preliminarmente notare come il legislatore del c.d. « Codice privacy » sia stato particolarmente felice nello scegliere di adottare la dizione « comunicazioni » (indesiderate), al posto dell'alternativa « chiamate » — quest'ultimo certamente più adatto a qualificare la fattispecie con riferimento esclusivo alle comunicazioni telefoniche — che pure era stata utilizzata in precedenza in altre normative, ed in particolare nel già richiamato art. 10 del d. lgs. 178/1998. Non altrettanto felice, invece, appare la scelta di utilizzare l'attributo « indesiderate », posto che le comunicazioni oggetto dell'articolo in questione — come appreso si chiarirà — non sono solo quelle effettivamente « non desiderate » dal ricevente, bensì anche quelle che questi ha soltanto mancato di sollecitare, e che tuttavia possono essere di suo interesse ⁽²¹⁾.

Anche, ma non solo, per la scelta legislativa appena riferita, e relativa all'uso della dizione « comunicazioni », l'ambito applicativo dell'art. 130 ap-

gressione ai diritti della persona che si realizza, no tramite queste ultime, sia consentito rinviare a Di COMMO, *Dritti della personalità tra media tradizionali e avvento di Internet*, in COMANDÉ (a cura di), *Persona e tutela giuridiche*, Torino, 2003, p. 7; cf. SICA, *La tutela dei dati personali*, in VALENTINO (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica*, Napoli, 2004, pp. 206-109.

⁽¹⁹⁾ Giova qui ricordare che ai sensi della comma 1° dell'art. 2 del d. lgs. 196/2003, « il presente testo unico, di seguito denominato "codice", garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali ». L'utilizzazione di un numero di telefono o di un indirizzo *e-mail* per finalità contrarie ai diritti ora richiamati comporta necessariamente l'applicazione della disciplina sul trattamento illecito dei dati personali.

⁽²⁰⁾ Sulle modalità con cui dovrà essere raccolto il consenso dell'interessato, appare significativo il paragrafo 7 del Provvedimento generale del 2003 sullo *spamming*, già citato *supra* nella nota n. 5, a tenore del quale: « L'eventuale elenco predisposto da operatori, contenente i nominativi dei soggetti che non hanno manifestato il consenso o che lo hanno revocato (c.d. *black list*) non può essere utilizzato per porre a carico degli interessati, anche indirettamente, un onere di iscrizione nell'elenco medesimo. Come

si è illustrato, il consenso ha un connotato autorizzatorio "positivo" in base al quale l'eventuale silenzio dell'interessato comporta il diniego del consenso eventualmente richiesto e non rileva come assenso tacito all'invio dei messaggi ».

⁽²¹⁾ Tale considerazione è indotta, tra l'altro, anche dalla semplice lettura del comma 4° dell'art. 130. Non a caso, del resto, in ambito europeo si utilizza la dizione « *unsolicited commercial communication* » (cfr. la precedente nota n. 6).

pare piuttosto ampio. La disposizione in parola, per sua espresa previsione, ai commi 1° e 2°, infatti, subordina al consenso dell'interessato (si intende, preventivo) l'uso lecito di sistemi automatizzati di chiamata senza l'intervento di un operatore, ovvero l'uso di posta elettronica, di *refax*, di messaggi *Mms (Multimedia Messaging Service)* o *Sms (Short Message Service)* o di altro tipo di comunicazione elettronica, al fine di effettuare « invio di materiale pubblicitario o di vendita o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale ».

Il comma 3° chiarisce, a scanso di equivoci, che ulteriori comunicazioni effettuate per le finalità già indicate nei precedenti commi, e realizzate con mezzi diversi da quelli ivi previsti, sono consentite in conformità di quanto previsto dagli artt. 23 e 24 del d. lgs. 196, e cioè in conformità, rispettivamente, al meccanismo di funzionamento del principio del necessario con senso e a quello delle relative eccezioni espresse dal codice. La norma in parola, dunque, vale a ricondurre nell'ambito della disciplina generale le ipotesi che non rientrano nei primi due commi dell'art. 130.

Il comma 4° prende in considerazione un caso particolare, e cioè quello in cui è lo stesso interessato che ha fornito il proprio indirizzo di posta elettronica al titolare del trattamento nel contesto della vendita di un prodotto o di un servizio. In questa ipotesi, se il titolare tratta detto indirizzo « ai fini della vendita diretta di propri prodotti o servizi [...] analoghi a quelli oggetto della vendita e l'interessato, adeguatamente informato, non rifiuta tale uso, inizialmente o in occasione di successive comunicazioni », il trattamento può avvenire senza richiesta del consenso. Anche in tal caso, tuttavia, il legislatore si premura di garantire la piena informazione del destinatario della comunicazione non sollecitata circa il suo diritto di opporsi, in qualsiasi momento e gratuitamente, ad ulteriori trattamenti dei suoi dati e/o ad ulteriori comunicazioni a lui rivolte.

Prima di chiudere la trattazione del comma 4°, giova evidenziare come la sua formulazione letterale viene in soccorso della formulazione, al contrario, forse troppo sibillina del comma 1°, ed in questa prospettiva rappresenta un ulteriore segnale della scelta legislativa di preferire e di adottare il regime autorizzativo dell'*opt-in* visto e considerato che la norma parla espressamente di richiesta di consenso che il titolare del trattamento deve fare all'interessato.

Il comma 5° vieta a tutti i potenziali mittenti di servirsi dell'anonimato o di false identità, provando così a combattere una prassi in voga soprattutto tra quanti utilizzano siti e nodi di rete stranieri per inviare posta elettronica spazzatura o, più in generale, comunicazioni indesiderate. La stessa disposizione obbliga il mittente di comunicazione non sollecitata a fornire « un idoneo recapito presso il quale l'interessato possa esercitare i diritti di cui all'art. 7 ».

4. — Per il caso di « reiterata violazione » dell'articolo in commento, il comma 6° attribuisce al Garante il potere di provvedere, ai sensi dell'art. 143, e cioè nell'ambito del procedimento attivato dal reclamo, tramite prescrizioni ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica (anche detti *provider*) aventi ad oggetto l'obbligo di « adottare procedure di filtraggio o altre misure praticabili relativamente alle coordinate di posta elettronica da cui sono state inviate le comunicazioni » non sollecitate, e ciò nel tentativo (artualmente, in verità, piuttosto vano, visto che non esistono tecnologie in tal senso realmente efficaci) di bloccare o arginare l'uso delle risorse da cui sono partite comunicazioni individuate come sgradite.

Il rispetto dell'art. 130 costituisce condizione di liceità del trattamento dei dati ed integra di contenuti l'art. 11 del Codice in esame relativamente alla problematica da esso precipuamente considerata. A questo proposito deve osservarsi che, riguardo all'utilizzo della posta elettronica per finalità promozionali, pubblicitarie e/o commerciali, lo stesso art. 130 viene automaticamente integrato nei suoi contenuti da quanto previsto nei codici deontologici che dovranno essere approvati, ai sensi dell'art. 135 dello stesso Codice, per i trattamenti svolti dai fornitori di servizi prestati mediante rete di comunicazione elettronica, e, ai sensi del successivo art. 140, per i trattamenti generalmente con finalità promozionali.

La violazione dell'art. 130 espone il mittente della comunicazione, e cioè il soggetto che ha trattato illecitamente dati personali utilizzati per effettuare tale comunicazione, alla sanzione penale prevista dall'art. 167 del Codice che prevede il reato di illegittimo trattamento dei dati personali e che, per questa specifica ipotesi, contempla la pena della reclusione da sei a diciotto mesi nel caso in cui l'autore dell'illecito abbia avuto la finalità di trarre un profitto o di recare un danno ad altri, e l'attività ha causato concretamente un nocumento. Inoltre, l'effettuazione di comunicazioni non sollecitate, esponendo normalmente l'omissione di informativa per l'interessato, espone il mittente anche alla relativa sanzione amministrativa che può essere inflitta direttamente dal Garante.

In chiusura non può tacersi come il problema reale — che vale per tutte le normative destinate ad applicarsi alle nuove tecnologie, ed in particolare alle tecnologie telematiche che trovano in Internet il loro massimo sfogo — sia, a ben vedere, rappresentato dalla estrema difficoltà di forgiare concretamente, con l'antico grimaldello del diritto, fenomeni che nelle nuovissime reti di comunicazione globali perdono riferimenti geografici e consistenza fisica, per acquisire una dimensione ubiqua che paralizza il funzionamento della regola giuridica, tradizionalmente operante nel suo legame con un territorio specifico. In poche parole, ciò significa che, nel caso in cui un cittadino italiano lamenti un danno da *spamming*, quando la vicenda non abbia esclusivamente conorni nazionali, l'operatore — con tutta probabilità —

sconterà una serie di problemi, spesso insormontabili, in quanto si troverà di fronte a questioni tecniche di diritto privato internazionale ed a problemi logistici derivanti dalla necessità di confrontarsi con altri ordinamenti nazionali; problemi che, in definitiva, gli renderanno molto difficile, quantomeno, l'individuazione dei convenuti, dell'autorità detentricice della giurisdizione e della competenza territoriale, nonché delle norme nazionali applicabili ⁽²²⁾.

⁽²²⁾ La stessa Autorità italiana garante per la privacy, nel già citato provvedimento del 29 maggio 2003 (v. *supra*, nota n. 5), ha tra l'altro evidenziato la propria incompetenza sulle e-mail provenienti dall'estero (sia consentito rinviare sul punto, tra gli altri, a F. Di Ciommo, *Internet*

e crisi del diritto privato: globalizzazione, dematerializzazione e anonimato virtuale, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 117; nonché Id., *Dispute sui domain names, fatti illeciti compiuti via Internet ed inadeguatezza del locus commissi delicti*, in *Foro it.*, 2001, I, 2033).