

---

**DIRITTO DELL'INFORMATICA**

*a cura di*

**Vincenzo Caridi**

---

Il diritto dell'informatica acquisisce, ogni giorno di più, nuovi punti di contatto con gli istituti tradizionali del diritto, in ciò confliggendo, tuttavia, con i sensibili profili di tutela dei diritti della personalità. È alla luce di questa considerazione che deve leggersi l'ingannevolezza dei messaggi pubblicitari per la fornitura di accesso ad internet e le successive - eventuali - patologie del rapporto contrattuale.

E il corollario logico è la tutela della riservatezza e della privacy che l'attività dei sistemi informatici tende inevitabilmente a ledere, non sempre nel rispetto dei principi di buona fede. Nella medesima direzione, può cogliersi la rilevanza di quello che ormai può definirsi rapporto informatico con la P.A.

**TRIBUNALE CIVILE DI ROMA**

SEZIONE	Feriale
DATA	1 agosto 2001

Contratto di fornitura del servizio di accesso a Internet • *Port scanning* • Illecito contrattuale • Sospensione del servizio • Accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico • Insussistenza.

*Nell'ambito di un contratto di fornitura del servizio di accesso ad Internet lo scanning di porte operato dall'utente configura un uso improprio del servizio in quanto fonte di danni o turbative al sistema del fornitore o di terzi. Deve, pertanto, essere respinto, per mancanza del richiesto periculum in mora e del fumus boni iuris, il ricorso ex art. 700 c.p.c. presentato dall'autore dell'attività di port scanning onde ottenere l'immediata riattivazione del servizio di accesso ad Internet sospeso sulla base di espressa previsione contrattuale in tal senso (1).*

**L**etto il ricorso ex art. 700 c.p.c. proposto, *ante causam*, in data 17/7/2001, da Iacorelli Iacopo in, danno della Infostrada spa, al fine di ottenere l'ordine di immediato ripristino del servizio c.d. "Verde ADSL", avente ad oggetto l'accesso veloce alla Rete Internet tramite linea ADSL, illegittimamente disabilitato dalla fornitrice resistente, il 28/5/2001, con pregiudizio irreparabile per esso ricorrente, privato di uno strumento lavorativo indispensabile per la propria attività lavorativa di consulente per la sicurezza informatica, a causa di un suo asserito illegittimo comportamento consistito (lettera Infostrada del 12/6/2001, all.1 atti ricorrente) "nell'effettuare, senza autorizzazione alcuna da parte di Infostrada, attività di Port-scan sui macchinari della stessa, violando in questo modo la riservatezza del ... sistema informatico";

rilevato che, a sostegno dell'istanza cautelare, sotto il profilo del *fumus boni iuris*, il ricorrente invoca essenzialmente la piena legittimità della attività dallo stesso svolta di Port-scan o Portscanning, che è un'azione diretta soltanto, nell'ambito della "navigazione" nella Rete Internet, a verificare "quali servizi (o porte) siano attivi", tra quelli messi a disposizione dalla Rete Internet, durante la connessione (per es. il servizio WEB-World Wide Web, di consultazione di una serie di pagine contenenti testi, immagini, suoni, etc, o il servizio POP3, di posta elettronica), su di un determinato sistema informatico (dotato di server, vale a dire di un sistema di gestione di più computer collegati in rete), attraverso appunto una "scansione delle porte di comunicazione attive" in quel momento, per una finalità meramente conoscitiva (occupandosi egli appunto di sicurezza informatica) e non intrusiva o fonte di danno per la sicurezza del sistema sul quale viene compiuta, essendo oltretutto il programma utilizzato da esso Iacorelli di tipo soft, inidoneo ad entrare in sistemi operativi senza permesso o se protetti;

letta la memoria difensiva depositata dalla resistente Infostrada, costituitasi all'udienza del 31/7/2001, con la quale essa ha chiesto il rigetto del ricorso, eccependo, in via pregiudiziale, la nullità e/o inammissibilità del ricorso, in conseguenza della mancata indicazione del giudizio di merito, e, nel merito, l'insussistenza del *fumus* e del *periculum*;

rilevato che, alla predetta udienza, il ricorrente Iacorelli ha chiarito (costituendo, ad avviso di questo giudice, l'omissione dell'indicazione, in sede di ricorso cautelare ante causam, dell'azione di merito instauranda, cui la cautela richiesta è strumentale, una nullità sanabile, in forza dell'applicazione analogica degli artt. 162 e 164, commi 4° e 5°, c.p.c.) quanto già indicato in ricorso in ordine al giudizio di merito futuro ("per la declaratoria del proprio diritto ed il risarcimento dei danni") e specificato che egli intende promuovere "un'azione di risarcimento dei danni derivanti dai fatti illeciti di Infostrada consistiti nell'interruzione del servizio";

Sentite le parti, nonché l'informatore Dr. Procopio, dirigente di Infostrada, ed esaminata la documentazione in atti;

ritenuto che la misura cautelare è astrattamente ammissibile, invocando lo Iacorelli un provvedimento di urgenza ex art. 700 c.p.c. a tutela del proprio diritto alla

prestazione del servizio "Verde ADSL convenuta con la Infostrada, in ambito contrattuale, e lamentando lo stesso che l'interruzione della suddetta prestazione è fonte per lui di un pregiudizio irreparabile in quanto direttamente il suo diritto soggettivo allo svolgimento, "con la necessaria pienezza", del proprio lavoro; ritenuto che, nel merito, il ricorso va tuttavia respinto per difetto dei requisiti di legge, del *periculum* e del *fumus*;

ritenuto che, invero, quanto al pericolo di un pregiudizio imminente ed irreparabile, ricollegabile eziologicamente alla lamentata condotta arbitraria di Infostrada, da un lato, non è consentito l'accesso alla tutela d'urgenza, quando il ricorrente ha deliberatamente provocato la reazione della controparte, causa del pregiudizio irreparabile, per avere violato specifiche pattuizioni contrattuali (vedasi, nella specie, la clausola n. 7 delle condizioni generali di contratto Verde ADSL, trasmesse da Infostrada allo Iacarelli, al momento della conclusione del contratto, ove, tra gli obblighi del cliente, vi è quello di non fare un uso improprio del servizio, fonte di danni o turbative a terzi), apparendo così il paventato pregiudizio privo dei connotati dell'inevitabilità, e, dall'altro lato, Infostrada, nell'attuale sistema di piena concorrenza, non ha certo il monopolio della somministrazione dei servizi di cui l'utente lamenta l'interruzione, ragione per cui egli potrebbe rivolgersi ad altre imprese presenti sul mercato, fornitrici di analoghi servizi; ritenuto poi, sotto il profilo del *fumus*, che la piena liceità, nell'ambito civilistico che qui interessa (essendo utile comunque evidenziare che la L. 547/1993 ha introdotto anche nel nostro ordinamento, il delitto di "introduzione abusiva" o di "trattenimento contro la volontà di chi ha il diritto di escluderlo" in sistemi informatici o telematici "protetti da misure di sicurezza", art. 615 ter c.p., norma posta a tutela del c.d. domicilio informatico, inteso quale "spazio ideale e fisico, di pertinenza della persona, al quale estendere la tutela della riservatezza della sfera individuale ... quale che sia il contenuto dei dati racchiusi in esso ... ed indipendentemente dallo scopo che si propone l'autore dell'abuso", C.P. 4/9/1999, F.I., 2000, 133) della condotta del ricorrente di svolgimento dell'attività di Port-scanning, consistente in "una serie programmata di tentativi di accesso diretti ad evidenziare, in base alle risposte fornite dallo stesso sistema attaccato, le caratteristiche tecniche del medesimo", al fine di acquisire gli elementi per una successiva intrusione o esclusivamente di conoscere le caratteristiche dell'altrui sistema o server, adibito all'erogazione di determinati servizi in rete, è stata smentita dalla documentazione fornita dalla ,resistente (all. 4 inerente i ripetuti tentativi di accesso, in catena, effettuati dallo Iacarelli, nello stesso giorno, al server di un cliente Infostrada, che era dotato di un programma "anti-intrusione", in grado cioè di rilevare "i contatti non richiesti", con apposita funzione di "allarme", e di digitare automaticamente un tabulato di registrazione, c.d. log-file) e dall'audizione del Dr. Procopio, responsabile dell'area che gestisce gli abusi commessi da clienti Infostrada su Internet, il quale ha confermato che comunque una serie ripetuta di scansioni provoca un impegno di risorse e attaccato e quindi un indebolimento operativo da cui consegue un malfunzionamento, che andare dalla sola lentezza di risposta al blocco del sistema attaccato", con evidente turbativa del servizio offerto da Infostrada, e che, dal marzo 2001 al maggio 2001, prima della sospensione del servizio di connettività ADSL allo Iacarelli, vi erano state, a causa delle ripetute scansioni a catena effettuate da quest'ultimo, diverse lamentele, da parte di clienti Infostrada;

ritenuto che le spese, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza;

PQM

Respinge il ricorso ex art. 700 c.p.c. proposto, ante causam, in data 17/7/2001, da Iacorelli Iacopo, in danno della Infostrada spa, in persona del legale rappresen-

tante p.t., nel contraddittorio delle parti e condanna il ricorrente al rimborso delle spese processuali in favore della resistente... *omissis*  
Si comunichi

Roma, 1 agosto 2001

**Un caso sulla  
liceità  
dell'attività  
di port scanning**

**N**ell'ordinanza che precede il giudice, adito in via d'urgenza, è chiamato a valutare la liceità dell'attività c.d. di *port scanning* realizzata da un utente Internet sul sistema del proprio fornitore di accesso (Internet Service Provider) e sugli elaboratori di altri utenti che accedono alla rete mediante il medesimo ISP.

La vicenda ha origine dalla sospensione della fornitura del servizio di accesso alla rete Internet operata da un *provider* in danno di un proprio cliente, a seguito di un asserito illegittimo comportamento da quest'ultimo posto in essere e consistente nell'effettuare, senza autorizzazione, attività di *port scanning* sui macchinari dell'ISP e su quelli di altri utenti.

L'utente, ritenendosi ingiustamente privato dell'accesso alla rete Internet - oggetto del contratto di fornitura stipulato con il provider - e ritenendo altresì pienamente legittima l'attività di *port scanning* effettuata, ricorre, ex art. 700 c.p.c., all'autorità giudiziaria, per ottenere l'immediata riattivazione del servizio, lamentando il grave ed irreparabile pregiudizio derivatogli dalla misura adottata dal Provider che lo privava di uno strumento di lavoro. Il ricorrente aveva, infatti, dedotto la propria attività di consulente informatico e l'utilizzo del servizio oggetto del contratto a fini professionali.

Sotto il profilo del *periculum in mora*, il GD, innanzi tutto, ritiene non sussistente il lamentato pregiudizio imminente e irreparabile.

Ciò per due ordini di ragioni. In primo luogo, osserva il Giudice del Tribunale di Roma, il carattere pregiudizievole della sospensione del servizio non può avere rilievo nel procedimento cautelare *de quo*. Il contratto stipulato fra l'utente e l'ISP ha ad oggetto la fornitura dell'accesso ad Internet via ADSL e prevede espressamente tra gli obblighi a carico del cliente una responsabilità «per qualsiasi uso improprio del Servizio» riservando all'ISP «la facoltà di sospendere in qualsiasi momento e senza preavviso l'erogazione, qualora detto uso produca danni o turbative a terzi». Nel caso di specie la sospensione del servizio costituisce l'esito di una reazione del provider all'inadempimento contrattuale del ricorrente e trova nella condotta posta in essere da quest'ultimo la sua causa prima. Non è pertanto invocabile la tutela in via d'urgenza come reazione ad un atto (la sospensione del servizio) che poteva essere evitato se il ricorrente avesse tenuto un comportamento conforme alle pattuizioni contrattuali.

Inoltre, il connotato dell'irreparabilità del pregiudizio appare carente - e siamo al secondo motivo individuato dal Giudice - in considerazione del fatto che il servizio sospeso viene prestato, ad analoghe condizioni, da una pluralità di altri operatori cui il ricorrente potrebbe rivolgersi.

Quanto al *fumus boni juris*, sulla base della documentazione fornita dal resistente relativa alle modalità con le quali la scansione è stata attuata, l'ordinanza valuta come illecita l'attività di *port scanning* poiché, diversamente da quanto asserito dal ricorrente (il quale aveva dedotto di aver agito tramite un software avente come unica funzione quella di effettuare una scansione delle porte di comunicazione attive del sistema), svolta sotto forma di tentativi di accesso in catena al sistema del fornitore e ai server di altri clienti dello stesso.

Il GD ha dunque ritenuto che l'attività attuata dal ricorrente, proprio per le modalità con cui è stata realizzata, integra un uso improprio del servizio di accesso ad Internet, che ha causato, come si legge nell'ordinanza, «un impegno di risorse... e quindi un indebolimento operativo da cui consegue un malfunzionamento».

mento, che può andare dalla sola lentezza di risposta al blocco del sistema attaccato, con evidente turbativa del servizio offerto» dall'ISP ai propri clienti.

La questione, ampiamente dibattuta nelle corti statunitensi, della legittimità dell'attività di *port scanning* e dell'effettiva sussistenza di un nesso di causalità tra le modalità con cui quest'ultima viene realizzata e il malfunzionamento o addirittura il blocco del sistema sottoposto a tale attività, trova qui una soluzione che tiene conto delle effettive caratteristiche operative con cui è stata svolta la "scansione".

Non sembra, infatti, che il GD, nell'ordinanza annotata, abbia inteso affermare l'illegittimità *tout court* dell'attività di *port scanning*, la quale, invece, è stata sottoposta ad una valutazione in termini di idoneità a causare un danno alla macchina "sottoposta a check" e solo all'esito positivo di tale valutazione è stata ritenuta illecita, con conseguente rigetto del ricorso.

Ciò detto, non si può prescindere da un, seppur breve, riferimento al dato tecnico, al fine di chiarire l'effettivo contenuto dell'attività di *port scanning* e, così, meglio apprezzare le conclusioni del Giudice.

Il termine "porta" è, in ambito telematico, concetto metaforico legato all'insieme di regole (*Transmission Control Protocol/ Internet Protocol*, c.d. TCP/IP) con cui viene gestita la funzione di trasporto del traffico delle informazioni relative ai vari servizi (WEB, posta elettronica, chat, messenger, ecc.) fruibili attraverso Internet. Ogni singolo servizio, risulta accessibile da un qualsiasi PC connesso ad Internet attraverso una "porta" convenzionalmente numerata e messa a disposizione dal protocollo TCP/IP. Attraverso la "porta" il protocollo TCP/IP permette l'"ingresso" a protocolli di più alto livello relativi ai diversi servizi disponibili. In sostanza,

un utente di Internet per accedere alle applicazioni informatiche - servizi informativi e telematici<sup>1</sup> - mediante tale Rete accessibili, deve necessariamente comunicare con un altro computer collegato alla Rete e per fare ciò utilizza il protocollo (cui accede attraverso una "porta") previsto per quel dato servizio. Essendo innumerevoli le attività realizzabili attraverso Internet, numerosissime risultano essere le porte con cui i computer possono condividere i vari servizi. L'attività di *port scanning* consiste nel check effettuato su un computer collegato in Internet o meglio sul suo Internet Protocol (l'indirizzo espresso in forma numerica assegnato ad un utente in fase di connessione ad Internet e che solo lui, per tutta la durata della connessione avrà al mondo), da parte dell'utente di un altro computer, per verificare se una determinata "porta" è attiva o meno. Il malfunzionamento della macchina sottoposta a *port scanning* dipende dalle modalità con cui tale attività viene posta in essere.

L'ordinanza, come rilevato, sembra aver fatto propria la tesi secondo cui solo quando, come nel caso di specie, la modalità di scansione della porta è idonea a causare un malfunzionamento del sistema "sottoposto a check", si configura un uso improprio del servizio di accesso ad Internet, non essendo il *port scanning* configurabile come attività genericamente illecita.

Tuttavia tale ragionamento, che sembra sotteso alla condivisa decisione di rigettare il ricorso, e che è ineccepibile in ambito extracontrattuale, apre la strada, in ambito contrattuale, ad un interrogativo: è legittimo, a prescindere dalla effettiva dannosità della condotta, utilizzare la prestazione eseguita da controparte (nel caso di specie l'accesso ad Internet) per attività diverse e ulteriori rispetto a quelle dedotte in contratto (la scansione delle "porte" del sistema di contro all'utilizzazione dei servizi accessibili tramite Internet), tanto più in quanto si tratti di attività che mirano ad ottenere utilità ulteriori (nel caso di specie il

<sup>1</sup> Tra i principali servizi (applicazioni informatiche) di Internet basti qui citare la posta elettronica, i gruppi di discussione, il World Wide Web, le conversazioni in tempo reale (le c.d. chat), il trasferimento di file e la possibilità di collegamento a computers remoti. In relazione alla distinzione tra servizi informativi e servizi telematici, si ricorda che la distinzione è attuata sulla base del fatto che mentre nei primi lo strumento informatico è un mezzo di diffusione delle informazioni (come nel caso del Web), nei secondi l'applicazione informatica costituisce l'oggetto del servizio (si pensi ad esempio ai motori di ricerca).

ricorrente ne aveva dedotto la valenza conoscitiva anche in relazione alla propria attività di consulente per la sicurezza informatica) o, peggio, sono finalizzate alla violazione di pattuizioni contrattuali (come accade indubbiamente nel caso in cui le informazioni assunte mediante lo *scanning* siano utilizzate, come si dice in gergo, per «bucare un sistema»)?

Si potrebbe rispondere che il contratto ha ad oggetto l'accesso alla rete Internet, dopodiché ogni utilità che l'utente riesca a trarne, sempre che non danneggi il sistema del fornitore o di terzi, non determina indampimento. Per l'opinione contraria, depone, invece, la considerazione dei generali principi di correttezza nei rapporti obbligatori e di buona fede contrattuale (artt. 1175 e 1375 cod. civ.), i quali appaiono, quanto meno, attentati da pratiche quali quella in discorso, a prescindere dal fatto che ad esse consegua un danno. D'altra parte, la stessa clausola contrattuale richiamata nell'ordinanza vieta, a prescindere dalla produzione di un danno, qualsiasi uso improprio del servizio, collegando poi all'ipotesi che da tale uso derivi turbativa al funzionamento del sistema la sanzione della sospensione, che, dunque, si presenta evidentemente come strumento di reazione ulteriore rispetto alla risoluzione del contratto.

Infine, un cenno merita il profilo penalistico, non foss'altro perché ad esso, seppur solo incidentalmente, ha fatto riferimento lo stesso GD richiamando l'art. 615 ter, c.p., introdotto dalla l. 547/1993. Elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice considerata è l'esistenza di mezzi efficaci di protezione (misure di sicurezza) nel sistema informatico cui si accede. Il «Legislatore con l'introduzione di tale norma ha inteso tutelare non la privacy di qualsiasi domicilio informatico ma solo quella di sistemi protetti contro il pericolo di accesso di persone non autorizzate».<sup>2</sup>

L'attività oggetto dell'ordinanza in commento non integra certamente tale fattispecie criminosa, non sussistendo il momento consumativo dell'introduzione abusiva «in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza» (non può ricondursi alla violazione di domicilio il fatto di bussare ad una porta per vedere se la stessa è chiusa o meno). Tuttavia, in considerazione di quanto detto sopra e con particolare riguardo alle modalità con cui l'attività è stata effettivamente posta in essere, potrebbe invece configurarsi, sempre che il

sistema sottoposto a *port scanning* sia protetto da misure di sicurezza, un tentativo di reato in relazione all'idoneità ed all'inequivoca finalità degli atti nei quali si sostanzia lo *scanning* di accedere, contro la volontà del titolare, al sistema.

Andrea Callea e Vincenzo Caridi

<sup>2</sup> Cfr. *Tribunale Penale di Roma, sentenza del 4.4.2000*. Il G.I.P. dichiarava il non luogo a procedere in relazione all'imputazione del reato di cui all'art. 615 ter, 2° e 3° comma, non risultando misure di sicurezza idonee a proteggere il sistema violato.

#### AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

PROVVEDIMENTO n. 10270

Tiscali "mail spamming"

DATA 20 dicembre 2001

#### AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

PROVVEDIMENTO n. 10275

Messaggio Infodata su Internet

DATA 20 dicembre 2001

*Il generale principio di trasparenza e correttezza della comunicazione pubblicitaria impone all'operatore di esplicitare con chiarezza ed autonoma evidenza quali siano e in che cosa consistano gli oneri previsti in capo al consumatore dalle condizioni generali di contratto. Sono, pertanto, ingannevoli, ai sensi del d.lgs. n. 74/92, i messaggi che reclamizzano come gratuiti servizi prestati attraverso Internet, quali quello di accesso a tale rete telematica, quello di invio di una newsletter e quello di annunci economici on line, quando la prestazione di detti servizi sia condizionata ad oneri passivi non economici, quali la profilazione commerciale del cliente e/o l'obbligo di ricezione di e-mail pubblicitarie<sup>(1)</sup>.*

**AUTORITÀ GARANTE DELLA  
CONCORRENZA E DEL MERCATO**

PROVVEDIMENTO n. 10276

Messaggio La Settimana  
su Internet

DATA 20 dicembre 2001

**AUTORITÀ GARANTE DELLA  
CONCORRENZA E DEL MERCATO**

PROVVEDIMENTO n. 10277

Messaggio Caltanet  
su Internet

DATA 20 dicembre 2001

**AUTORITÀ GARANTE DELLA  
CONCORRENZA E DEL MERCATO**

PROVVEDIMENTO n. 10278

Messaggio Kataweb  
su Internet

DATA 20 dicembre 2001

**AUTORITÀ GARANTE DELLA  
CONCORRENZA E DEL MERCATO**

PROVVEDIMENTO n. 10279

Messaggio Libero Infostrada

DATA 20 dicembre 2001

Messaggi pubblicitari diffusi tramite Internet • Servizi prestati attraverso Internet (accesso alla Rete, newsletter, annunci economici) • Profilazione commerciale degli utenti • Comunicazioni d'impresa mediante tecniche di comunicazione a distanza • Oneri passivi non economici • Ingannevolezza dei messaggi pubblicitari

*L'ordinamento riconosce al consumatore il diritto di non essere destinatario di comunicazioni d'impresa veicolate attraverso talune tecniche di comunicazione a distanza, diritto disponibile con consenso esplicito e preventivo e sicuramente negoziabile. Per tale ragione, la circostanza che l'operatore subordini la prestazione di un servizio espressamente qualificato come gratuito all'atto di disposizione di questo diritto non può considerarsi indifferente ai fini della valutazione della convenienza dell'offerta. In tali casi, infatti, a fronte dell'enfasi utilizzata nel prospettare il servizio come gratuito, il consumatore può essere indotto in errore relativamente alla convenienza dell'offerta, con pregiudizio del suo comportamento<sup>(2)</sup>.\**

\* Trattandosi di provvedimenti in sostanza coincidenti, sia in relazione alle premesse in fatto sia in relazione alle conclusioni cui in essi si giunge, si è scelto di presentare un massima che racchiuda tutte le decisioni e di pubblicare il testo di uno solo tra essi, segnatamente il provvedimento n. 10279 (PI3504) - caso Libero Infostrada, rinviando per l'individuazione delle peculiarità delle singole fattispecie, in vero di qualche rilievo solo in un caso, al breve commento che segue.

**N**ella sua adunanza del 20 dicembre 2001; sentito il Relatore Professor Nicola Occhiocupo; visto il Decreto Legislativo 25 gennaio 1992, n. 74, come modificato dal Decreto Legislativo 25 febbraio 2000, n. 67; visti gli atti del procedimento; considerato quanto segue:

**I. Richiesta  
di intervento**

**C**on richiesta di intervento pervenuta in data 29 maggio 2001, integrata in data 22 giugno 2001, l'associazione di consumatori CODACONS, ha segnalato la presunta ingannevolezza, ai sensi del Decreto Legislativo n. 74/92, di un messaggio diretto a reclamizzare il servizio di accesso ad Internet, denominato "Libero", fornito dalla società INFOSTRADA Spa, diffuso nei giorni 20, e 28 giugno 2001 attraverso la rete Internet al sito <http://www.infostrada.it> e

da due siti ad esso collegati (<http://libero.iol.it/> e <http://registrazione.iol.it/start.asp>).

L'associazione segnalante lamenta che il messaggio sarebbe ingannevole, in quanto, a fronte di una dichiarazione di gratuità del servizio di cui si propone l'abbonamento *on line*, l'impresa fornitrice condiziona l'accesso ai propri servizi all'accettazione di oneri passivi non economici, quali la profilazione commerciale del cliente e l'obbligo di ricezione di *e-mail* pubblicitarie.

## 2. Messaggio

Il messaggio oggetto della richiesta di intervento è costituito dal *link* ipertestuale "Abbonati ora, è gratis", disposto sulla pagina *web* [www.infostrada.it](http://www.infostrada.it), nonché da due pagine *web* ad esso collegate (<http://libero.iol.it/> e <http://registrazione.iol.it/start.asp>) a cui si accede attivando il suindicato *link* ipertestuale, dove sono riportati il modulo di iscrizione, l'informativa di Infostrada circa le caratteristiche del servizio, attraverso il *link* intitolato "Informativa ai sensi della legge n. 675/96 sulla tutela dei dati personali" ([...] b. elaborazione dei dati personali da Lei forniti e di quelli desunti dalle Sue navigazioni in rete allo scopo di definire il suo profilo commerciale; c. utilizzo del suo profilo commerciale da parte di Infostrada per finalità di marketing e promozionali proprie di Infostrada; d. raccolta, conservazione ed elaborazione dei Suoi dati personali per scopi amministrativo-contabili, compresa l'eventuale trasmissione per posta elettronica di fatture commerciali, [...]), le condizioni generali del contratto, le operazioni di trattamento dei dati personali ed, infine, le informazioni dovute ai sensi del Decreto Legislativo n. 185/99. Queste ultime informazioni sono contenute di seguito, ma in modo separato nella stessa pagina *web* del modulo di registrazione ed attraverso tre finestre di testo che, mediante l'utilizzo di una barra di scorrimento verticale, permette la lettura e la stampa integrale delle stesse.

In fondo alla pagina stessa del modulo di iscrizione, sono contenuti due bottoni recanti la dicitura "accetto" e "non accetto", ai fini del "Consenso al trattamento dei dati personali". Una volta accettate le condizioni contrattuali e rilasciato il consenso al trattamento dei dati (solo quello necessario per abbonarsi), si passa ad una pagina successiva del sito, nella quale viene indicato lo *username* e la *password* prescelti.

## 3. Comunicazione alle parti

In data 13 agosto 2001 è stato comunicato all'associazione segnalante e alla società Infostrada Spa, in qualità di operatore pubblicitario, l'avvio del procedimento ai sensi del Decreto Legislativo n. 74/92, precisando che l'eventuale ingannevolezza del messaggio pubblicitario oggetto della richiesta di intervento sarebbe stata valutata ai sensi degli artt. 1, 2, lettera b), e 3, del citato Decreto Legislativo, in relazione alle condizioni di attivazione e di fornitura del servizio denominato "Libero".

## 4. Risultanze istruttorie

Contestualmente alla comunicazione di avvio del procedimento è stato richiesto all'operatore pubblicitario, ai sensi dell'art. 6 comma 1, lettera a), del D.P.R. n. 627/96, di fornire informazioni, supportate da documentazione giustificativa, in merito ai seguenti profili:

- le caratteristiche del servizio denominato "Libero";
- in relazione al periodo intercorrente dal 1° gennaio 2001 fino alla data di ricevimento della comunicazione di avvio del procedimento, il numero di contratti di fornitura del servizio "Libero";
- in relazione ai contratti di abbonamento al servizio "Libero" documentazione da cui poter desumere la quantità e la lunghezza dei messaggi pubblicitari inviati per posta elettronica, nonché il tempo medio di interconnessione impiegato dagli stessi per la loro lettura e ricezione;
- le condizioni di fornitura del servizio "Libero", con particolare riguardo ai costi

iniziali di attivazione, alle condizioni alle quali l'utente può accedere al servizio e all'eventuale sussistenza di limitazioni connesse alla sottoscrizione del contratto di fornitura.

Con memoria pervenuta in data 19 settembre 2001, la società Infostrada S.p.a ha esposto quanto segue:

- l'abbonamento al servizio "Libero" è subordinato all'accettazione da parte dell'utente di alcune condizioni, quali il trattamento dei dati personali per finalità commerciali, l'invio di messaggi pubblicitari sulla casella di posta elettronica, il monitoraggio della navigazione sui siti Internet al fine di individuare il profilo commerciale dell'utente;
- in relazione alla procedura di abbonamento a "Libero", digitando sull'icona recante il *claim* "Abbonati ora, è gratis", l'utente accede ad una serie di informazioni, relative, tra l'altro, alle Condizioni Generali del Contratto e al trattamento dei dati personali, su cui deve esprimere il proprio consenso prima di formulare la propria adesione al servizio;

<sup>1</sup> Provvedimento deliberato in data 17 febbraio 2000, caso PI2671-Libero Infostrada, nel Boll. n. 7/2000.

- rispetto alla precedente decisione dell'Autorità relativa al procedimento PI2671<sup>1</sup>, esistono alcuni aspetti differenziali di notevole importanza poiché, nel caso di specie, il *claim* "Abbonati ora, è gratis", è rappresentato da una pagina *web* mentre, nel precedente procedimento sopra citato, il messaggio era diffuso attraverso la stampa nazionale e rinviava il destinatario alle informazioni sulle condizioni di contratto accessibili in un diverso contesto;

- nel caso del *claim* "Abbonati ora, è gratis", il destinatario è un soggetto necessariamente già abbonato ad Internet e, pertanto, consapevole delle caratteristiche dei servizi di navigazione in rete;
- l'icona con il *claim* "Abbonati ora, è gratis", è paragonabile alla copertina di una *brochure*, all'interno della quale sono precisate tutte le condizioni dell'offerta. La particolarità dell'offerta non consente di illustrare in dettaglio tutte le caratteristiche in un unico contesto visivo. Ciò comporta che le pagine *web* del messaggio in esame, analogamente al citato esempio della *brochure*, costituiscono un tutt'uno, che il consumatore è in grado di valutare contestualmente, senza frammentare l'informazione in diversi elementi percepibili in momenti disgiunti e provenienti da fonti di conoscenza diverse;
- l'approfondimento del messaggio in esame avviene semplicemente visualizzando le pagine *web* che l'utente ha a sua disposizione digitando sul bottone che riporta il messaggio stesso. In tal modo l'interessato può conoscere subito tutte le condizioni di abbonamento a "Libero", ivi comprese quelle che comportano "prestazioni passive" a suo carico, e valutare, quindi, la convenienza dell'abbonamento alla luce non solo dell'assenza di oneri economici, espressa dalla parola "gratis", ma anche di tutte le altre condizioni che potrebbero incidere sulla valutazione della convenienza complessiva dell'offerta.

## 5. Parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

**P**oiché il messaggio oggetto del presente provvedimento è stato diffuso attraverso la rete Internet, come sopra specificato, in data 25 ottobre 2001 è stato richiesto il parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'art. 7, comma 5, del Decreto Legislativo n. 74/92.

Nel parere pervenuto in data 4 dicembre 2001, la suddetta Autorità ha rilevato che l'utilizzo del servizio reclamizzato, nel caso di specie, è subordinato all'accettazione, da parte dell'utente, di alcune condizioni consistenti, in particolare, nel trattamento dei dati personali per finalità commerciali, nell'invio di messaggi pubblicitari alla casella di posta elettronica, nel monitoraggio della navigazione sui siti Internet al fine di individuare gli interessi dell'utente e selezionare, conseguentemente, le *e-mail* da trasmettere.

L'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ha quindi osservato che tali clau-

sole, alla cui accettazione è subordinata la registrazione, in quanto impongono specifiche condizioni di fruibilità dell'offerta, sono configurabili come vere e proprie prestazioni passive. L'Autorità citata ha dunque considerato che il messaggio in esame, in quanto omette di informare sin dal primo contatto pubblicitario quali siano e in cosa consistono tali oneri passivi previsti in capo al consumatore, è idoneo a indurre in errore i consumatori

L'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, pertanto, ritenuto che il messaggio presentasse omissioni informative in ordine alle condizioni alle quali è prestato il servizio offerto, ha espresso parere nel senso che il messaggio in esame viola il disposto degli artt. 1, 2 e 3 del Decreto Legislativo n. 74/92.

## 6. Valutazioni conclusive

In via preliminare, si ritiene che, in considerazione del mezzo di diffusione e della struttura della fattispecie in esame, sia il bottone presente sulla *home page* di Infostrada, sia la pagina ad esso collegata tramite *link* ipertestuale, configura un unico messaggio pubblicitario. Infatti, nel caso di specie, da un lato sussiste un collegamento logico tra il *link* in parola e la pagina contenente il modulo di adesione e le informazioni relative ai servizi offerti e, dall'altro l'attivazione del *link* "Abbonati ora è Gratis" collega l'utente direttamente ed univocamente a tali pagine *web*. In quest'ottica, il *claim* in oggetto può considerarsi come facente parte di un più ampio ed unico messaggio, il cui contenuto è articolato su più schermate senza che queste ultime risultino frammentate o rinvenibili in un diverso contesto o in un momento disgiunto.

Nel merito, il messaggio in esame promuove l'abbonamento al servizio gratuito di accesso a Internet denominato Libero, fornendo una breve sintesi delle caratteristiche del servizio pubblicizzato e il modulo di iscrizione nella pagina *web* cui è collegato il *link* "Abbonati ora è Gratis". Nella parte inferiore di tale pagina *web* sono riportate di seguito, e in modo separato, tre finestre di testo, regolate da una barra di scorrimento verticale, contenente le condizioni generali di contratto, il consenso al trattamento dei dati personali, e l'informativa concernente il profilo commerciale dell'utente.

La sezione relativa all'Informativa di Infostrada, cui si accede mediante il *link* intitolato "Informativa ai sensi della legge n. 675/96 sulla tutela dei dati personali", è riportato con caratteri ridotti rispetto a quelli utilizzati all'inizio della pagina per descrivere il servizio offerto ed indica nelle lettere "b.", "c." e "d." come verranno utilizzati i dati personali da parte dell'operatore ([...] b. *elaborazione dei dati personali da Lei forniti e di quelli desunti dalle Sue navigazioni in rete allo scopo di definire il suo profilo commerciale; c. utilizzo del suo profilo commerciale da parte di Infostrada per finalità di marketing e promozionali proprie di Infostrada; d. raccolta, conservazione ed elaborazione dei Suoi dati personali per scopi amministrativo-contabili, compresa l'eventuale trasmissione per posta elettronica di fatture commerciali, [...]*).

Gli artt. 4 e 6 delle condizioni generali di contratto, che possono essere visualizzati solo azionando la barra di scorrimento verticale della finestra di testo, affermano, rispettivamente, che "[...] il Cliente acconsente ed autorizza espressamente Infostrada ed Italia Online [...] nei limiti previsti dal consenso al trattamento dei dati personali eventualmente espresso, ai sensi della legge 675/96, per l'invio dei messaggi pubblicitari" (art. 4) e che "Per profilazione si intende il processo mediante il quale possono essere rilevate le attitudini commerciali del cliente manifestate attraverso le navigazioni. Infostrada adotterà un sistema di profilazione degli utenti Libero basato sull'analisi degli accessi ad una lista predefinita di siti che meglio rappresentano gli interessi del Cliente da un punto di vista strettamente ed esclusivamente commerciale [...]" (art. 6). Pertanto, l'operatore pubblicitario vincola il consumatore, a fronte dell'eliminazione del canone di abbonamento, ad accettare di ricevere una pubblicità

commerciale nella propria posta elettronica, nonché ad autorizzare il monitoraggio della propria navigazione in Internet, sia pure solo relativamente ad alcuni siti, al fine di ponderare e scegliere l'invio delle mail pubblicitarie sulla base dei propri interessi

Al riguardo si osserva che l'obbligo in capo al destinatario di tollerare l'invio per posta elettronica di messaggi pubblicitari, "profilati" sulla base del proprio utilizzo della rete via Internet, può configurarsi come una vera e propria prestazione passiva.

Ai sensi dell'art. 10, comma 1, del Decreto Legislativo 22 maggio 1999, n. 185, che attua nel nostro ordinamento nazionale la Direttiva n. 97/7/CE in materia di contratti a distanza, *"l'impiego 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 da parte del consumatore"*. L'ordinamento, pertanto, riconosce al consumatore il diritto di non essere destinatario di comunicazioni d'impresa veicolate attraverso talune tecniche di comunicazione a distanza. Si tratta di un diritto disponibile, con consenso esplicito e preventivo, e sicuramente negoziabile; per tale ragione, la circostanza che l'operatore subordini la prestazione di un servizio espressamente qualificato come gratuito all'atto di disposizione di questo diritto non può considerarsi indifferente ai fini della valutazione della convenienza dell'offerta.

Ciò premesso, il messaggio in esame, contrariamente a quanto sostenuto dall'operatore, per le sue modalità di presentazione, contiene una serie di elementi che, valutati nel loro complesso, sono idonei ad indurre in errore i destinatari, non consentendo loro di avere una chiara percezione del fatto che l'adesione all'offerta del servizio qualificato come gratuito comporta sia che l'utente sarà tenuto a ricevere mail pubblicitarie tramite posta elettronica, sia che verrà assoggettato al c.d. processo di "profilazione", mediante il quale l'operatore pubblicitario, attraverso l'analisi dei siti Internet frequentati dall'utente, individua gli interessi commerciali dell'abbonato al fine di poter indirizzargli mail pubblicitarie attinenti ai settori merceologici presumibilmente in linea con le abitudini commerciali del destinatario di tali pubblicità.

Al riguardo, si osserva che le menzionate clausole di adesione al servizio offerto, imponendo al consumatore le specifiche ed onerose condizioni di fruibilità dell'offerta sopra descritte, assumono per i destinatari un rilievo decisivo ai fini della valutazione dell'effettiva convenienza del servizio pubblicizzato. La circostanza che tali condizioni non siano immediatamente e chiaramente percepibili, in quanto, nel caso di specie, sono contenute nella finestra di testo che riporta le condizioni generali di contratto, risulta idonea a indurre i consumatori in errore, potendo peraltro pregiudicarne indebitamente il comportamento economico.

Né l'idoneità ingannatoria può essere esclusa dalla circostanza che il consumatore avesse la possibilità di accedere al testo integrale delle condizioni generali di contratto scorrendole al video prima di sottoscrivere l'abbonamento denominato "Libero", poiché deve ritenersi che il Decreto Legislativo n. 74/92 abbia inteso salvaguardare la libertà di autodeterminazione del consumatore da ogni interferenza ingiusta fin dal primo contatto pubblicitario, imponendo dunque all'operatore commerciale un preciso onere di completezza e chiarezza nella redazione della propria comunicazione d'impresa.

Si rileva, inoltre, che l'utilizzo di alcune finestre di testo peraltro di dimensioni estremamente ridotte - che contengono integralmente le condizioni generali di contratto - non consente, comunque, un'agevole e immediata individuazione delle clausole relative all'invio delle mail pubblicitarie, né del citato processo di "profilazione" dell'utente.

In conclusione si ritiene che, nel caso di specie, il generale principio di trasparenza e correttezza della comunicazione pubblicitaria imponga all'opera-

tore di esplicitare nel messaggio pubblicitario, con chiarezza ed autonoma evidenza, quali siano, e in che cosa consistano, i rilevanti oneri previsti in capo al consumatore dalle condizioni generali di contratto, a fronte dell'enfasi utilizzata nel prospettare il servizio di accesso a Internet come gratuito, potendo altrimenti il consumatore essere indotto in errore relativamente al contenuto stesso ed alla convenienza dell'offerta, con pregiudizio del suo comportamento economico.

**Ritenuto**, pertanto, in conformità al parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, che il messaggio diffuso dalla società Infostrada Spa è idoneo a indurre in errore i consumatori in relazione alle condizioni alle quali il servizio di accesso a Internet risulta in concreto prestato;

**Delibera** che il messaggio pubblicitario descritto al punto 2 del presente provvedimento, diffuso dalla società Infostrada Spa, costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una fattispecie di pubblicità ingannevole ai sensi degli artt. 1, 2, e 3 del Decreto Legislativo n. 74/92, e ne vieta l'ulteriore diffusione.

L'inottemperanza alla presente delibera è punita, ai sensi dell'art. 7, comma 9, del Decreto Legislativo n. 74/92, con l'arresto fino a tre mesi e con l'ammenda fino a cinque milioni di lire.

Il presente provvedimento verrà comunicato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'art. 7, comma 11, del Decreto Legislativo n. 74/92, entro sessanta giorni dalla data di comunicazione del provvedimento stesso.

*Il Presidente*                      *Il Segretario generale*  
Giuseppe Tesaurò                      Rita Ciccone

**(1) (2) Il  
"prezzo" del  
free Internet.  
Brevi note a  
margine dei  
provvedimenti  
dell'AGCM  
sull'ingannevolezza  
di alcuni  
messaggi  
pubblicitari  
relativi alla  
fornitura di  
servizi Internet**

**A**l di là dell'enfasi del "tutto gratis" che caratterizza ormai da qualche tempo la maggioranza delle offerte relative a servizi e utilità accessibili tramite Internet e che contraddistingue, prima di tutto, lo stesso accesso alla rete delle reti, anche l'ingresso nell'autostrada dell'informazione (information highway, come pure viene definita la rete globale Internet) richiede un pedaggio<sup>2</sup>. Il problema però è che un vero e proprio casello in questa autostrada non esiste, o, quanto meno, non è sempre visibile; perciò agli aspiranti internauti si presenta una prospettiva di convenienza solo apparente e tuttavia idonea a condizionarne le scelte.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nei provvedimenti in commento, seguendo un unico percorso ricostruttivo, forse anche quando sarebbe stato necessario soffermarsi sulle peculiarità del singolo caso,<sup>3</sup> mette a nudo la realtà delle dinamiche che sono alla base della prestazione, in regime di apparente gratuità, del servizio di accesso ad Internet e di altri servizi prestati mediante la Rete, così ribadendo una posizione già espressa qualche anno fa all'esito di alcuni procedimenti per pubblicità ingannevole, anche in quel caso nei confronti di *internet providers*,<sup>4</sup> e, per alcuni versi, facendo proprie e applicando in ambito pubblicitario gli esiti della posizione espressa dal Garante per la protezione dei dati personali nel caso Libero Infostrada deciso il 13 gennaio 2000.<sup>5</sup>

La prospettiva dell'Autorità è naturalmente quella della correttezza e trasparenza del mes-

<sup>2</sup> Di «diligante retorica mistificatrice del "gratuito", non sempre inconsapevolmente disinteressata» parla, con riferimento all'invio di e-mail commerciali e ad altre tecniche di comunicazioni a distanza, Atelli M., *Il diritto alla tranquillità individuale*, Napoli, 2001, pag. 235. Cfr. pure, con riguardo ai trattamenti di dati personali, Rodotà S., *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in RCDP, 1997, pag. 600.

- <sup>3</sup> Il procedimento PI/3502 nei confronti di Caltanet avrebbe, infatti, meritato un'analisi distinta, come conferma lo stesso parere espresso dall'AGCOM, in ragione del fatto che in quel caso, non essendo previsto alcun invio di comunicazioni commerciali via e-mail e trattandosi di una profilazione a fini non commerciali, il problema si poneva prevalentemente in termini di conformità alla generale disciplina sul trattamento dei dati personali con particolare riferimento alla raccolta e conservazione degli stessi nei registri elettronici detti *data-log*.
- <sup>4</sup> Si tratta del provvedimento del 17 febbraio 2000, caso PI/2671 - Libero Infostrada, pubblicato sul Bollettino n. 7/2000, del provvedimento del 1 giugno 2000, caso PI/2788 - Tiscali-Cyberia, pubblicato sul Bollettino n. 22/2000, del provvedimento del 8 giugno 2000, caso PI/2768 - Telecom - Internet gratis, pubblicato sul Bollettino n. 23/2000, del provvedimento del 22 febbraio 2001, caso PI/3110 - Ciao Web - Accesso ad Internet, pubblicato sul Bollettino n. 8/2001.
- <sup>5</sup> Il provvedimento è consultabile sul sito web del Garante all'URL <http://www.garanteprivacy.it>.

saggio pubblicitario, il quale viene preso in considerazione, ai sensi del d.lgs. n. 74/1992, in relazione alla sua idoneità a permettere una completa valutazione della convenienza dell'offerta. I procedimenti prendono infatti avvio dalle segnalazioni di un'associazione di consumatori relative alla presunta ingannevolezza, ex d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74, di alcuni messaggi pubblicitari apparsi sulla rete telematica Internet, mediate i quali si reclamizzava la gratuità dell'accesso alla Rete (procedimento PI3410 - "Tiscali", procedimento PI3502 - "Caltanet", procedimento PI3503 - "Kataweb" e procedimento PI3504 - "Libero Infostrada"), dell'invio di una newsletter (procedimento PI3500 - "Messaggio Infondata su Internet") e di un servizio di annunci economici (procedimento PI3501 - "Messaggio La Settimana su Internet"), subordinandone la fornitura alla prestazione da parte dell'utente del consenso al trattamento dei propri dati personali per finalità (ulteriori rispetto alla fornitura stessa) di profilazione a fini commerciali e/o di invio di e-mail pubblicitarie, ed inserendo la prestazione di tale consenso tra gli obblighi contrattualmente previsti a carico dell'utente nelle condizioni generali che disciplinano il servizio.

Al fine di valutare la conformità dei messaggi reclamizzanti siffatti servizi al generale principio di correttezza e trasparenza della comunicazione pubblicitaria, l'Autorità si sofferma ad analizzare l'effettiva assenza di controprestazione nei rapporti contrattuali nell'ambito dei quali i servizi pubblicizzati vengono prestati.

È questa la parte più interessante degli annotati provvedimenti, poiché in essa si afferma, argomentando ex art. 10 d.lgs. 185/1999, l'esistenza nell'ordinamento di un diritto del consumatore di non essere destinatario di comunicazioni d'impresa veicolate attraverso talune tecniche di comunicazione a distanza, diritto disponibile, previo consenso esplicito, e sicuramente negoziabile.

Su questa base concettuale si riconosce un vera e propria prestazione passiva nell'obbligo, contrattualmente previsto a carico del consumatore, di tollerare l'invio di sollecitazioni commerciali via e-mail, nonché, si potrebbe aggiungere, argomentando ex artt. 9 e 11 l. 675/1996,

nell'obbligo di tollerare trattamenti di dati personali ulteriori rispetto a quelli necessari alla fornitura del servizio (profilazione a fini commerciali).

In sostanza, facendo del consenso al trattamento dei dati personali a fini di profilazione e/o del consenso alla ricezione di e-mail commerciali un obbligo contrattuale del consumatore, la prestazione dei servizi *de quibus* non può essere reclamizzata come gratuita, poiché richiede una controprestazione costituita appunto dai citati consensi, di cui il consumatore deve essere informato in maniera completa sin dal primo contatto.

Sulla base di tale *iter* logico-giuridico l'Autorità, valutata anche l'inidoneità delle modalità tipografiche di presentazione delle informazioni relative alle condizioni contrattuali, su conforme parere, in tutti i procedimenti eccetto uno,<sup>6</sup> dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, interpellata ai sensi dell'art. 7, comma 5, d.lgs. n. 74/1992, conclude

che la pubblicizzazione di siffatti servizi come gratuiti non risponde al generale principio di trasparenza e correttezza della comunicazione pubblicitaria ed è dunque ingannevole.

Dall'esame dei provvedimenti annotati emergono due tematiche che meritano in questa sede almeno un cenno: la prima è quella relativa alla negoziabilità del consenso al trattamento dei dati personali e alla ricezione di comunicazioni commerciali via e-mail; la seconda è relativa al più generale problema dei rap-

<sup>6</sup> Cfr. nota 2.

porti tra privacy e marketing nella società dell'informazione e, in particolare, nella rete telematica Internet.

Quanto al primo aspetto d'interesse, va rilevato che se è vero che i consensi in questione, ossia quello di cui all'art. 11 l. 675/1996 e quello di cui all'art. 10, d.lgs. 185/1999, come è stato ampiamente riconosciuto in dottrina<sup>7</sup>, sono certamente negoziabili, ad essi non deve essere riconosciuta natura negoziale.

Ne discende che nell'ambito di fattispecie come quelle prese in esame dall'AGCM, si devono tenere distinte tre tipologie di consenso: quello negoziale (al quale è subordinato il perfezionamento del contratto), quello che abilita al trattamento dei dati personali (che legittima a trattare informazioni relative all'utente, eventualmente anche per fini ulteriori rispetto alla prestazione del servizio) ed il consenso all'invio di e-mail commerciali.<sup>8</sup> Naturalmente, l'acquisizione di ognuno di essi deve rispettare il regime giuridico di riferimento; sicché quando, come nel caso di specie, uno o ambedue i consensi considerati (quello relativo al trattamento dei dati personali e quello all'invio di e-mail commerciali) si facciano prestazione,<sup>9</sup> venendo inseriti nel programma contrattuale ed escludendo così la gratuità del servizio, l'osservanza del generale principio di trasparenza e correttezza dell'informazione pubblicitaria passa anche per il rispetto delle norme dettate per la loro acquisizione (artt. 9, 10, 11 l. 675/1996, art. 10, d.lgs. 171/1998, art. 10, d.lgs. 185/1999).

Inoltre, la problematica è arricchita dal profilo relativo alla reversibilità dei consensi di cui alla l. 675/1996 e di cui agli artt. 10, d.lgs. 171/1998 e 10, d.lgs. 185/1999 ed agli scenari che si aprono quando essi siano stati prestati dall'utente in ossequio ad un obbligo contrattuale al cui adempimento il fornitore abbia subordinato la prestazione del servizio. A riguardo, non si condivide l'affermazione contenuta nei provvedimenti in parola circa il carattere disponibile del diritto a non essere contattato mediante determinate tecniche di comunicazione a distanza, la cui fonte è riconosciuta nell'art. 10, d.lgs. 185/1999 citato, ciò almeno nei limiti in cui si voglia per tale via sostenere la configurabilità di una sua definitiva dismissione. In vero, mediante il consenso al trattamento dei dati personali, così come mediante quello all'invio di comunicazioni pubblicitarie via e-mail, si attua solo una compressione (temporanea) di situazioni giuridiche indisponibili, suscettibili di riespandersi, per effetto della rilevata reversibilità del consenso (opposizione al trattamento dei dati personali ex art. 13, lett. (e), l. 675/1996, ovvero revoca *tout court*, possibile anche in relazione al consenso di cui all'art. 10, d.lgs. 171/1998 - d.lgs. 185/1999)<sup>10</sup>.

Quanto al secondo profilo, quello del rapporto privacy - direct marketing nella rete internet, è da notare che il *marketing* diretto assume una sua individualità ed autonomia rispetto alle altre modalità di offerta e pubblicizzazione nel momento in cui si caratterizza come tecnica di promozione di prodotti e servizi presso consumatori-utenti di cui si conoscono, per averle previamente acquisite sulla base di indagini mirate, gusti e propensione all'acquisto. "La profilazione", ossia la definizione di propensione all'acquisto, gusti, capacità reddituale di un consumatore, attuata mediante il monitoraggio e l'analisi della sua navigazione nella rete Internet, costituisce in tale prospettiva il più efficace mezzo di indagine strumentale al *direct marketing*. Il fenomeno dei *log* (registrazioni automatiche generate dal sistema del fornitore di accesso alla Rete relative alla traccia delle navigazioni dell'utente) e della loro utilizzazione a fini commerciali e quello dei *cookies* (piccoli *files* di testo inviati sul computer dell'utente all'atto della connessione ai siti che ne facciano uso per renderlo riconoscibile

<sup>7</sup> Cfr., da ultimo, Atelli M., *Il diritto alla tranquillità individuale*, Napoli, 2001, pagg. 224 e ss., nonché l'ampia bibliografia ivi citata. Ma cfr. per l'opinione contraria Oppo, *Sul consenso dell'interessato*, in *Trattamento dei dati personali e tutela della persona*, pag. 124

<sup>8</sup> Cfr. Atelli M., op cit, pag. 239, in relazione al consenso di cui all'art. 10 d.lgs. 185/1999, nonché, con riferimento al consenso al trattamento dei dati personali, Cafaggi F., *Qualche appunto su circolazione, appartenenza e riappropriazione nella disciplina dei dati personali*, in *Danno e Responsabilità*, 1998, pag. 615;

<sup>9</sup> Cfr. Giannantonio, *Responsabilità civile e trattamento dei dati personali*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1999, pag. 1037.

<sup>10</sup> Atelli M., cit.

nel caso di successive visite), il *mail grabbing* (raccolta di indirizzi *e-mail* mediante *software*, detti *spamware*, appositamente immessi nella Rete), le “cimi-ci web” (immagini invisibili poste su una pagine web che si comportano come *cookies*, tenendo traccia della navigazione degli utenti e permettendone l'identificazione), la raccolta di informazioni tramite motori di ricerca, rispondono tutti al medesimo *input* economico: creare un profilo del consumatore-utente quanto più completo possibile ed in ogni caso tale da offrirgli proprio il prodotto o il servizio che egli è più propenso ad acquistare. Si capisce allora come in Internet il contatto con il potenziale consumatore-utente viene anticipato alla fase propedeutica della raccolta di informazioni sui potenziali consumatori, cioè ad un momento precedente la trasmissione dell'offerta, che perciò può essere conformata ai bisogni del destinatario.

La caratteristica della Rete di risorsa aperta, interattiva ed internazionale determina, dunque, la possibilità di realizzare sia la fase propedeutica (profilazione), sia quella dell'offerta vera e propria e non solo, come invece avviene utilizzando i tradizionali metodi di veicolazione del messaggio, la fase finale di invio.

A fronte di ciò vi è una forte esigenza di riequilibrare il rapporto tra il consumatore, troppo spesso ignaro “offerente” dei propri dati personali e il fornitore del servizio, che raccoglie, non sempre palesemente, tali dati. In quest'ottica si pongono i provvedimenti dell'AGCM qui annotati, così come, su altro versante, gli intervenuti dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali.

In conclusione, deve essere affermata la necessità di ripensare al rapporto tra marketing e privacy in una nuova prospettiva alla luce della quale la logica di mercato non è necessariamente sinonimo di contrazione della sfera privata del consumatore, ma anche fattore di espansione della privacy. Se è vero, infatti, che

la logica di mercato, ed in particolare del mercato libero da regole, spinge per sistemi di tutela della privacy, quali l'*opt-out system*<sup>11</sup>, che si dimostrano deboli sia in relazione all'effettività della tutela apprestata, sia riguardo alla loro validità in termini di equa distribuzione dei costi nel tessuto sociale (il sistema “opt-out” impone al consumatore un “costo” in termini di tempo e denaro per esercitare un diritto), è altrettanto vero che la medesima logica porta gli operatori di marketing a cercare di fidelizzare i potenziali clienti con pratiche promozionali meno aggressive e maggiormente attente al rispetto della sfera privata dei consumatori.

In ciò - utilizzando lo schema adottato da un illustre studioso per descrivere i paradossi della privacy - mi pare di riconoscere un paradosso della logica di mercato, in base al quale la tensione verso un'attività d'impresa libera da vincoli etero-economici entra in contraddizione con se stessa. Proprio nel mancato riconoscimento di questo paradosso sta il limite delle opinioni di coloro che si esprimono per una disciplina del direct marketing poco attenta alla tutela della privacy dei consumatori. In esse, infatti, si trascura che l'attenzione per la privacy nella promozione diretta di prodotti e servizi su Internet trova, oggi, le sue ragioni sia in fattori esogeni - tutela dei diritti della persona -, sia, ed è questa la novità, in fattori endogeni - la maggiore efficacia del messaggio pubblicitario.

<sup>11</sup> L'*opt out system* prevede la legittimità dell'invio di *e-mail* pubblicitarie sino a quando il destinatario non abbia espresso il rifiuto di riceverle. La scelta tra questo sistema e quello dell'*opt-in*, ossia del consenso preventivo, è oggetto della *querelle* che sta accompagnando l'iter di approvazione della proposta di direttiva [COM(2000)385] relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nelle comunicazioni elettroniche.

DAMIANO PALLOTTINO

## RAPPORTI INFORMATICI CON LA P.A.: STIPULA DEI CONTRATTI, COMUNICAZIONE E MOTIVAZIONE DEI PROVVEDIMENTI<sup>1</sup>

### I. Introduzione.

Nell'attuale sistema concernente l'utilizzazione di strumenti informatici da parte delle pubbliche amministrazioni nell'ambito dei procedimenti amministrativi, esistono fondamentalmente due modelli di amministrazione c.d. informatizzata.

Un primo modello è rappresentato da una parziale utilizzazione di sistemi informatici in vista dell'emanazione di atti in forma cartacea (tanto quelli endo-procedimentali quanto quelli provvedimentali). In tale circostanza, la gestione del procedimento e l'adozione degli atti avviene in stretta collaborazione tra l'attività umana e quella informatica, di modo che lo svolgimento dell'intera attività presuppone il contestuale intervento dei computer e del personale amministrativo. Ne deriva che l'attività informatica svolge in questo caso un ruolo di mero ausilio per il personale amministrativo, facilitando ed accelerando i tempi di conclusione dell'attività procedimentale.

Un secondo modello, certamente più dinamico, è rappresentato da una gestione dell'attività amministrativa prevalentemente attraverso strumenti informatici, e ciò in ogni singola fase del procedimento amministrativo, dalla raccolta del materiale necessario allo svolgimento di conferenze di servizi (virtuali) ed alla conclusione del procedimento con l'adozione del provvedimento conclusivo. In tale circostanza, i computer risultano in grado di svolgere ogni tipo di funzione e l'intervento del personale amministrativo avviene nei soli casi intuitivamente indispensabili.

Nel primo caso, è cioè nell'ipotesi di una gestione del procedimento amministrativo congiunta tra l'attività del computer e l'attività umana, si parlerà di procedimento e provvedimento c.d. informatico; mentre, nel caso in cui l'attività procedimentale venga gestita in modo prevalente attraverso l'attività dei computer, si parlerà di procedimento e provvedimento c.d. telematico, denominato "Teleamministrazione".

Ovviamente, la Teleamministrazione rappresenta il sistema più efficiente, ma presuppone necessariamente la realizzazione di un'interconnessione dei sistemi informatici - e cioè un collegamento dei computer di più amministrazioni in un'unica rete attiva -, affinché ciascuna autorità possa visionare direttamente ogni singolo atto emanato, senza necessitare al riguardo di alcuna attività umana tanto per il trasferimento del documento elettronico su carta o su altro supporto quanto per la sua successiva trasmissione.

Nella prassi amministrativa, è avvenuto per diversi anni che l'attività informatica abbia solamente fiancheggiato quella cartacea - dando luogo a quel fenomeno definito "informatica parallela" -, fino appunto all'ideazione nel 1991 del progetto "Teleamministrazione", volto principalmente a realizzare una gestione telematica del procedimento amministrativo e a riconoscere validità giuridica al documento in forma elettronica, ed avente dunque come scopo ultimo quello di superare interamente la necessità del supporto cartaceo tanto per la gestione del procedimento quanto per la formalizzazione del provvedimento conclusivo.

È pertanto evidente come la creazione di una rete unitaria attiva sia volta a garantire una completa circolazione dei dati al suo interno, affinché gli stessi non rimangano isolati e possano essere visionati in modo diretto dalle amministrazioni interessate (senza dunque il loro necessario trasferimento su suppor-

<sup>1</sup> Il presente lavoro è la sintesi della relazione al Convegno dell'Associazione Romana di studi giuridici (A.R.S.G.) su "La motivazione del provvedimento amministrativo: presente e futuro", tenutosi a Roma presso la Camera di Commercio il 14 novembre 2002.

to cartaceo), determinando così procedimenti telematici e provvedimenti informatizzati.

Conseguenza di tale sistema consiste dunque nella c.d. "dematerializzazione" dell'attività amministrativa, dove appunto la forma elettronica sostituisce interamente la forma cartacea tradizionale.

Il sistema della "Teleamministrazione" – introdotto nel nostro ordinamento nel 1991, e dunque successivamente all'approvazione della Legge generale sul procedimento amministrativo n. 241/90 – è stato oggetto di molteplici disposizioni normative, tra le quali meritano di essere segnalate:

- il D.L. n. 6/91, convertito dalla L. n. 80/91, che autorizza gli Enti Locali ad emanare atti amministrativi mediante sistemi informatici e che prevede la sostituzione della firma autografa con l'indicazione a stampa del soggetto responsabile, da apporre sul documento prodotto con il sistema automatizzato;
- la L. n. 421/92, con la quale il Parlamento ha delegato il Governo ad emanare un regolamento volto a migliorare l'informatica pubblica mediante l'istituzione di apposito organismo;
- il D.Lgs. n. 39/93 di attuazione della Legge delega n. 421/92, istitutivo dell'AIPA (Autorità per l'informatica nella P.A.) e volto principalmente ad attuare gli scopi della L. n. 241/90, a garantire la comunicabilità dei dati tra le P.A. e a riconoscere valore giuridico agli atti in forma elettronica;
- la L. n. 59/97 (Bassanini), con la quale viene ribadita la validità giuridica degli atti, dei documenti e dei contratti della P.A. formati con strumenti informatici o telematici;
- il D.P.R. n. 513/97, recante regolamento con cui si introduce la c.d. firma digitale;
- il D.P.R. n. 447/98, recante regolamento dello sportello unico;
- il D.P.C.M. n. 70/99, contenente le regole tecniche per la firma digitale da apporre sui documenti informatici;
- la Delib. AIPA n. 51/00, con cui viene emanato un insieme di regole tecniche in materia di formazione e conservazione di documenti informatici delle amministrazioni;
- il D.P.R. n. 445/00, recante il T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, modificato ed integrato dal recente D.Lgs. n. 10/02.

Sulla base di tale quadro normativo viene a delinarsi l'intero agire della c.d. Teleamministrazione, dove ogni singola fase viene gestita per via telematica.

Così la fase dell'istruttoria nei procedimenti ad iniziativa di parte, dove l'amministrazione procedente, a seguito della presentazione per via telematica di un'istanza da parte del privato, è chiamata a gestire l'intero procedimento sempre per via telematica, in vista dell'adozione del provvedimento richiesto.

Stesse considerazioni nell'ambito dei procedimenti ad iniziativa d'ufficio.

Ed ancora: tutti gli scambi di pareri, nulla-osta e firme avvengono interamente per via telematica, così come l'adozione di autorizzazioni ed atti di assenso comunque denominati nonché l'acquisizione di ogni tipo di informazione da parte dell'amministrazione procedente.

Va da ultimo segnalato che l'utilizzo della c.d. firma elettronica avviene nella quasi totalità dei casi, l'originale dell'atto amministrativo diviene elettronico e messo a disposizione delle amministrazioni eventualmente interessate (attraverso la rete unitaria) ed ai privati viene riconosciuta la facoltà di ottenere copia degli atti elettronici.

Sulla base di tali considerazioni, si evincono chiaramente gli obiettivi e le finalità di tale sistema normativo, principalmente volto a trasformare i procedimenti amministrativi tradizionali in procedimenti informatizzati; a configurare provvedimenti telematici; a garantire comunque la conservazione dei documenti, che

<sup>2</sup> In ordine agli accordi tra amministrazioni e privati, v. G. DUNI, *Il procedimento amministrativo tra L. 7 agosto 1990 n. 241 ed introduzione dell'amministrazione telematica*, in Foro amm., 1995, 242 ss.; per gli aspetti più generali dell'istituto, v. più recentemente A. CONTALDO, *Dalla Teleamministrazione all'E-GOVERNMENT: Una complessa transizione in fieri*, in Foro amm. C.D.S., 2002, 1111 ss.

vengono infatti memorizzati su appositi dischi "worm"; ed infine a consentire, ovviamente nei limiti del diritto alla riservatezza, la libera circolazione delle informazioni nella rete unitaria più volte menzionata, alla quale tutte le amministrazioni sono collegate.

Logicamente, tale sistema normativo deve essere integrato con le diverse disposizioni contenute nelle leggi speciali previste per specifiche materie, nonché nella legge generale sul procedimento amministrativo. In quest'ultimo caso, particolare importanza assumono in questa sede la disposizione relativa all'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi, quelle relative alla partecipazione degli interessati al procedimento amministrativo (con tutte le relative facoltà), nonché gli "accordi" tra P.A. e privati di cui all'art. 11 della L. n. 241/90, e via dicendo.<sup>2</sup>

### 2.1. Brevi cenni sul D.Lgs. n. 39/93

Fatta questa breve introduzione sull'istituto della Teleamministrazione, si può procedere ad esaminare i principali aspetti ricavabili dalla normativa menzionata, tra cui fondamentale importanza ha certamente assunto il sistema delineato dal D.Lgs. n. 39/93.

Ed infatti, ad esso va riconosciuto principalmente il merito di aver fornito per la prima volta una disciplina completa ed esauriente di tutti gli aspetti del settore, regolati precedentemente in modo disorganico.

Ed inoltre, come già osservato, il decreto ha provveduto ad istituire un nuovo organismo per l'informatica nella P.A. (AIPA), cui sono state attribuite le competenze in materia precedentemente spettanti al Provveditorato Generale dello Stato ed al Dipartimento per la Funzione Pubblica.

Nell'ambito che in questa sede interessa, meritano particolare attenzione la previsione contenuta nell'art. 3, volta a generalizzare l'adozione degli atti amministrativi tramite sistemi informatici e telematici, nonché le molteplici competenze attribuite all'AIPA, che riguardano tanto le funzioni di programmazione, consulenza e controllo del settore, quanto quelle di indirizzo e regolazione tecnica, tra cui il compito di predisporre capitolati speciali per la disciplina dei contratti per i sistemi informativi automatizzati (art. 12 co. 1 e 2).

In ordine all'interconnessione di detti sistemi, va ulteriormente segnalato che il D.Lgs. n. 39/93 ha confermato l'applicabilità della disposizione contenuta nell'art. 24 della L. n. 241/90 in materia di diritto d'accesso e del relativo regolamento di attuazione D.P.R. n. 352/92.

### 2.2. Il documento informatico pubblico

Nel passare ora ad esaminare la disciplina giuridica del documento informatico pubblico, va anzitutto osservata l'estrema frammentazione e genericità del sistema delineato dalla normativa anteriore al 1997 in materia di formazione, archiviazione e trasmissione di atti, documenti e contratti in forma elettronica della pubblica amministrazione.

Com'è noto, l'obiettivo del legislatore di voler superare l'idea tradizionale del documento cartaceo era già chiaramente desumibile dalla lettera della disposizione contenuta nell'art. 22 co. 2 della L. n. 241/90, che riconosceva anche alla rappresentazione c.d. "elettromagnetica" il valore di documento amministrativo. Tuttavia, malgrado tale previsione - contenuta in una legge di principi e, più in particolare, nella legge recante regole generali applicabili ad ogni tipo di procedimento amministrativo -, il processo di evoluzione del documento informatico pubblico ha stentato nei primi anni a decollare.

Ed infatti, la prima disposizione che ha riconosciuto validità giuridica agli atti amministrativi predisposti con sistemi automatizzati era limitata agli Enti Locali (art. 6-quater della L. n. 80/91 sulla finanza locale cit.), e dunque non valida per le amministrazioni dello Stato.

Solo nel 1993, con il D.Lgs. n. 39 già esaminato, è stata riconosciuta validità giuridica a tutti gli atti amministrativi elettronici (art. 3).

Successivamente, è stato introdotto nel nostro ordinamento il sistema della c.d. firma digitale, in ordine al quale ha assunto particolare rilievo il D.P.R. n. 513/97 di attuazione dell'art. 15 co. 2 della L. n. 59/97 (c.d. Legge Bassanini), il quale, come si dirà a breve, ha riconosciuto l'equiparazione del documento informatico al documento scritto, della firma digitale alla sottoscrizione autografa, e della trasmissione del documento informatico con sistemi telematici alla trasmissione del documento scritto con i sistemi postali o che richiedono comunque l'intervento dell'uomo; e ciò nel pieno rispetto dello stesso art. 15 co. 2 della L. n. 59/97, ai sensi del quale "gli atti, dati e documenti formati dalla pubblica amministrazione [...] con strumenti informatici e telematici, i contratti stipulati nelle medesime forme, nonché la loro archiviazione e trasmissione con strumenti informatici, sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge".

Il D.P.R. n. 513/97 ha poi provveduto a fornire un'esatta definizione del documento informatico, da intendersi come "rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti" (art. 1 co. 1 lett. a/), e cioè come una qualunque rappresentazione ottenuta con l'ausilio di un sistema informatico.

Per dovere di completezza, va comunque osservato che la maggior parte delle disposizioni di cui al D.P.R. n. 513/97 sono oggi contenute nel D.P.R. n. 445/00, recante il T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, che all'art. 77 ha abrogato il precedente decreto del 1997.

### 2.3. La firma digitale

**P**er quanto concerne l'istituto della c.d. firma digitale, se ne sottolinea la particolare importanza, specie in ordine all'efficacia probatoria del documento informatico finora esaminato.

Sul punto, fondamentale è il sistema normativo che emerge dalle disposizioni contenute negli artt. 10 e 23 del D.P.R. n. 445/00.

In particolare, è stato previsto che:

- "l'apposizione della firma digitale al documento informatico equivale alla sottoscrizione prevista per gli atti e documenti in forma scritta su supporto cartaceo" (art. 23 co. 2);
- "il documento informatico sottoscritto con firma digitale, redatto in conformità alle regole tecniche di cui all'art. 10 co. 2 e per le P.A. anche di quelle di cui all'art. 9 co. 4, soddisfa il requisito legale della forma scritta e ha efficacia probatoria ai sensi dell'art. 2712 c.c." (art. 10 co. 1, come sostituito dall'art. 6 del D.Lgs. n. 10/02);
- "il documento informatico, sottoscritto con firma digitale ai sensi dell'art. 23,

ha efficacia di scrittura privata ai sensi dell'art. 2702 c.c." (art. 10 co. 3, come sostituito dall'art. 6 del D.Lgs. n. 10/02);

- "il documento informatico, redatto in conformità alle regole tecniche di cui all'art. 8 co. 2, soddisfa l'obbligo previsto dagli artt. 2214 ss. c.c. e da ogni altra analoga disposizione legislativa o regolamentare" (art. 10 co. 4, come sostituito dall'art. 6 del D.Lgs. n. 10/02).

Ciò premesso, al fine di comprendere l'istituto della firma digitale, e senza entrare eccessivamente nel dettaglio delle specifiche regole tecniche, è sufficiente affermare come tale sistema si basi interamente su una coppia di chiavi crittografiche (una pubblica e l'altra privata), soggette ad un regime ovviamente differente.<sup>3</sup>

Ed infatti, mentre la chiave privata può essere generata direttamente dall'utente grazie all'ausilio di un software, la chiave pubblica può essere consegnata solo da un Certificatore, iscritto in un apposito elenco tenuto dall'AIPA.

<sup>3</sup> Ai sensi dell'art. 1 lett. n/ del D.P.R. n. 445/00, la firma digitale è "il risultato della procedura informatica (validazione) basata su un sistema di chiavi asimmetriche a coppia, una pubblica e una privata, che consente al sottoscrittore tramite la chiave privata e al destinatario tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici".

A ciò si aggiunga che la chiave privata può essere nota solamente al possessore e che la conoscenza di una delle due chiavi non consente di acquisire alcuna informazione sull'altra.

Si evince pertanto in maniera evidente come tale sistema sia preordinato a garantire un altissimo livello di sicurezza, in considerazione del fatto che il documento informatico cifrato con la chiave pubblica può essere decifrato solo attraverso la chiave privata e che lo stesso può essere considerato autentico a tutti gli effetti solamente nell'ipotesi in cui le due chiavi combacino perfettamente.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Cfr. G. CIACCI, *La firma digitale. Il sistema della firma digitale e il commercio elettronico su internet*, commento al d.p.r. 513/1997 e sue applicazioni pratiche, 1999, ed. "Il Sole-24 Ore", 288 ss.

Di conseguenza, si può affermare come il documento informatico sottoscritto con firma digitale offra le medesime garanzie del tradizionale documento cartaceo con sottoscrizione autografa.

Ed infatti, il documento elettronico risponde completamente ai requisiti dell'immutabilità nonché dell'integrità dello stesso, poiché è sempre possibile risalire con certezza al suo autore e poiché il documento non può subire alterazioni durante lo scambio e tutte le eventuali alterazioni successive al testo originario risultano sempre individuabili.

È dunque evidente come tale sistema garantisca da una parte la riservatezza del contenuto del documento (che è infatti accessibile solamente al mittente ed al destinatario), e dall'altra l'autenticazione dello stesso (poiché ne viene attestata l'effettiva provenienza dal mittente) e la sua conseguente non ripudiabilità da parte di chi lo trasmette e di chi lo riceve.

Viene così a configurarsi un sistema di imputabilità "indiretta" del documento al suo autore, poiché il primo viene prodotto da un elaboratore informatico ed il passaggio al secondo viene garantito da un Certificatore, e cioè da un soggetto terzo in posizione di neutralità rispetto agli utilizzatori della firma digitale.

Completata l'analisi degli aspetti tecnici richiesti dalla normativa di settore al fine di configurare un documento informatico giuridicamente valido, si può passare ad esaminare più da vicino le regole dettate specificamente per le pubbliche amministrazioni, e dunque gli aspetti principali del documento elettronico amministrativo.

Sul punto, il D.P.R. n. 445/00 dispone che "le pubbliche amministrazioni provvedono autonomamente, con riferimento al proprio ordinamento, alla generazione, alla conservazione, alla certificazione ed all'utilizzo delle chiavi pubbliche di competenza" (art. 29 co. 1).

Particolare importanza assume poi il principio secondo cui "gli atti formati con strumenti informatici, i dati e i documenti informatici delle pubbliche amministrazioni, costituiscono informazione primaria ed originale da cui è possibile effettuare, su diversi tipi di supporto, riproduzioni e copie per gli usi consentiti dalla legge" (art. 9 co. 1).

Conseguenza immediata di tale principio è l'indicazione e la facile individuabilità non solo delle amministrazioni, ma anche (e soprattutto) del soggetto che ha effettuato tutte le operazioni concernenti il documento informatico nelle sue diverse fasi, e cioè dall'immissione, archiviazione e trasmissione dei dati al momento finale dell'emanazione dell'atto venutosi a formare (art. 9 co. 2).

Viene altresì prevista la sostituzione della firma digitale alla tradizionale firma autografa ed alla "apposizione di sigilli, punzoni, timbri, contrassegni e marchi comunque previsti" (art. 25 co. 1 e 2).

Ovviamente, nel sistema della firma digitale, fondamentale importanza assume la rete unitaria più volte menzionata, di per sé idonea ad attribuire valore giuridico a tutto quanto venga trasmesso o generato al suo interno.

Meritano altresì particolare attenzione la previsione che considera validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge "i contratti stipulati con strumenti informatici o per via telematica mediante l'uso della firma digitale" (art. 11 co. 1), nonché quella

che sancisce l'equivalenza tra la trasmissione del documento informatico per via telematica e la notificazione a mezzo di posta (art. 14 co. 3).

Da ultimo, come già osservato nell'introduzione del presente lavoro, va segnalata la circostanza che, coerentemente con il sistema fin qui delineato, l'invio per via telematica viene previsto anche per le istanze e le dichiarazioni dei privati da presentare alle amministrazioni e viene altresì sancita la validità giuridica delle stesse solo se sottoscritte mediante firma digitale ovvero quando l'identificazione dell'autore avvenga con l'uso della carta d'identità elettronica o della carta nazionale dei servizi (art. 38 co. 1 e 2, come sostituito dall'art. 9 del D.Lgs. n. 10/02).<sup>5</sup>

<sup>5</sup> In Dottrina, v. I. D'ELIA CIAMPI, *L'informatica e le banche dati*, in Trattato di Diritto Amministrativo (a cura di S. Cassese), Parte Speciale, Tomo II, 1203 ss.; M. RENNA, *Il documento elettronico*, in "Quaderni - Rivista quadrimestrale dell'ordine degli avvocati di Brindisi", II, 30 agosto 2001, 15 ss.; M. PIZZACALIA, *Firma digitale: le novità legislative e regolamentari*, in "Impresa c.i.", III, 31 marzo 2001, 453 ss.

### 3. Il commercio elettronico

**S**i ritiene infine opportuno un breve cenno sull'istituto del c.d. "commercio elettronico" (E-Com), sia in ordine alle problematiche che in ordine alla sua regolamentazione a livello comunitario.

Com'è noto, il commercio elettronico consiste nello svolgimento di diverse attività commerciali e di transazioni per via elettronica e può essere configurato da una rete virtuale (Internet), dalla posta elettronica (E-mail) e dallo scambio elettronico di informazioni (E.D.I.).

Risulta pertanto evidente come l'istituto in esame sia volto a disciplinare una materia assai complessa, ricomprendente molteplici attività, tra le quali - per quanto interessa in questa sede - quelle relative alla commercializzazione di beni e servizi nonché gli appalti pubblici e le altre procedure della P.A. effettuate per via telematica, che comportano ovviamente la stipula di contratti via-filo tra due parti distanti.

Tali attività vengono disciplinate in ogni singola fase del rapporto transattivo, dalla ricerca ed individuazione dell'interlocutore alla fase della trattativa e della negoziazione, al pagamento con una card ed alla consegna del bene o servizio acquisito.

Nel partire dal presupposto che le parti contraenti risiedono spesso in Stati differenti, si evince come l'istituto in esame possa sollevare una serie di problematiche in ciascuna fase del rapporto, dalla negoziazione (fase pre-contrattuale) al perfezionamento e successiva esecuzione (fase contrattuale): si pensi ad esempio alla responsabilità del provider, all'affidabilità dei siti, alla riservatezza dei dati, alla tutela dei Diritti d'Autore, alle garanzie contrattuali e via dicendo.

A queste problematiche si è cercato di porre rimedio mediante molteplici interventi normativi.

Per dovere di sintesi, si segnala in particolare la disciplina relativa alle garanzie riconosciute al consumatore, che nelle contrattazioni con mezzi tecnologici risulta spesso privo di quella dimestichezza che lo caratterizza nell'ambito delle tradizionali contrattazioni con strumenti cartacei.

Sul punto è stata emanata la Dir. 97/7/CE sulla protezione del consumatore nei contratti a distanza - recepita nel nostro ordinamento con il D.Lgs. 185/99 -, che ha provveduto a dettare specifiche disposizioni relative alla fase pre-contrattuale, volte a tutelare la posizione del consumatore attraverso la previsione di una serie di obblighi a carico del fornitore, consistenti nell'indicazione della propria identità, delle caratteristiche del bene o servizio, del prezzo, delle spese di consegna e delle modalità di pagamento.

Ovviamente, l'indicazione di tali informazioni deve essere fatta in maniera chiara e comprensibile, nel pieno rispetto dei principi di buona fede e lealtà in materia di transazioni commerciali.

Sempre in ordine alla regolamentazione della materia a livello comunitario, meritano di essere altresì segnalate la Dir. 93/13/CEE sulle clausole abusive generali, la Dir. 85/577/CEE in materia di recesso unilaterale dell'acquirente, la Dir. 99/93/CE sulla firma digitale, la Dir. 95/46/CE sul riconoscimento e tutela della privacy e la Dir. 91/250/CEE sul riconoscimento e tutela del Diritto d'Autore, cui si rinvia per un esame delle relative discipline.

Va da ultimo osservato che in materia sono state dettate molteplici regole tecniche, che si affiancano ma presuppongono le normative giuridiche.

Sul punto, nell'ambito delle transazioni commerciali su rete, lo standard più conosciuto è rappresentato dall'Elettronic Data Interchange (E.D.I.) - che è divenuto anche norma ISO con il numero identificativo 9735 -, cui si è aggiunto più recentemente il protocollo Secure Electronic Transaction per i pagamenti elettronici (S.E.T.).<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> In Dottrina, v. C.C. CARLI, *Il commercio per via elettronica visto dai consumatori*, in "Impresa c.i.", IV, 30 aprile 2000, 588 ss.

LAURA VASELLI

## QUALCHE RIFLESSIONE IN TEMA DI PRIVACY E SICUREZZA DELLA RETE

**N**ell'ottica dell'espansione delle nuove aree risarcitorie da illecito civile, la gravità delle conseguenze ipotizzate in termini di danno aquiliano dal compimento di atti di connessione all'utilizzazione di Internet nell'ambito della protezione dei dati personali, era stata considerata altamente rischiosa fin dall'origine.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Ancora molto attuali i problemi emersi nel corso di uno dei primi convegni ricognitivi organizzati sul tema nel mese di maggio del 1998 dall'Autorità garante per la protezione dei dati personali, intitolato "Internet e privacy: quali regole?".

Logicamente, il carattere aperto della rete escluderebbe - *ictu oculi* - ogni possibilità giuridica di circoscrivere nell'ambito del concetto di "segretezza" o di "riservatezza", indistinte forme di estrinsecazione di diritti soggettivi personalissimi, potendosi - con estrema facilità - definire profili della individualità del determinato soggetto attraverso la visita del sito nel quale esso risulta essere stato inserito; di fatto è sufficiente digitare prenome e cognome nell'apposito *form* di un qualsia-

si motore di ricerca, il quale grazie al proprio connotato di *database* completo e complesso, qualificato come una sorta di meta-editore della rete, inteso come "pacchettizzatore" di contenuti, consente all'utilizzatore di individuare - anche per puro caso - informazioni e documenti riservati relativi al soggetto "visitato" di cui ignorava l'esistenza.

Detta operazione, sul piano tecnico, si compie automaticamente, grazie alla moltiplicazione delle pagine presenti in ambiente *word wide web* e dei *servers* connessi alla rete.

Chi di noi, digitando il proprio nome, non ha scoperto "qualcosa di nuovo" in ordine alla propria genealogia? E non è detto che le informazioni reperite siano necessariamente di alto gradimento da parte del navigatore direttamente interessato.

Al riguardo, vale la pena di ricordare, se pur brevemente, i principi fondamentali posti a tutela della complessa materia del "diritto alla vita privata", in perenne conflitto con istituti giuridici di pari dignità costituzionale, come il diritto all'informazione ed al più recente "*right of publicity*", da ricondurre alla tutela della libertà di iniziativa economica.

Occorre infatti costantemente ribadire l'importanza della differenza tra l'area protetta dell'intimità della persona (*right to be let alone*) che tende a racchiudere il significato "principe" del termine "riservatezza", da quella, ben diversa, relativa al "controllo sulle informazioni" che riguardano la persona attraverso l'uso invasivo dei mezzi di comunicazione: nel primo caso, prevale lo strumento della tutela del divieto e, nei casi di abuso, dell'inibitoria; nel secondo, la tutela assume caratteri più complessi in quanto l'ordinamento conferisce al singolo veri e propri poteri di vigilanza ed intervento, al fine di potergli consentire di non perdere il controllo delle informazioni che li riguardano.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Tra le definizioni ricavate dalla manualistica tradizionale si sono scelte, quasi testualmente, quelle di Judica-Zatti, *Linguaggio e regole del diritto privato*, Padova 2000, p. 160.

Anche se un "diritto alla vita privata" era già previsto dall'art 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo del 1950, soltanto nel 1989 l'Italia ratificava la Convenzione di Strasburgo del 1981 che protegge nei confronti della elaborazione automatica dei dati concernenti carattere personale, sia per quel che riguarda la sfera privata che pubblica. Con il solito ritardo di tre lustri, detta convenzione trovava attua-

zione con la ormai inconfondibile legge 31 dicembre 1996, n. 675 (e con successiva legge-delega n. 676 con stessa data), rubricata "Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali", il cui richiamo è costante-

mente stampigliato sui cartacei e sulle videate in qualunque forma di negoziazione nella quale ormai quotidianamente ognuno di noi opera.

La difficoltà di definire la "privacy" in modo obiettivo non è stata certamente superata dalla emanazione di questa legge, il cui tenore - apparentemente circoscritto all'oggetto della tutela che è concessa per l'abuso del "trattamento" del dato personale medesimo - è indissolubilmente legato al consenso da parte dell'interessato all'utilizzazione del dato stesso; qualora questo non venga espressamente concesso, si apre la strada ad un complicato percorso di accertamento della responsabilità dell'autore della diffusione non autorizzata. Nella fattispecie in esame, la responsabilità civile sarà pertanto "aggravata" e, conseguentemente, il danno sarà risarcibile ai sensi dell'art 2050 cod. civ. in quanto il "trattamento" è considerato "attività pericolosa" e fonte di responsabilità oggettiva" (art. 18, L. 675/96), fermo restando che, comunque ed "ad aggravandum", per il trattamento del dato sensibile, per tale intendendosi informazione relativa all'origine razziale, all'opinione politica, al credo religioso, allo stato di salute, alle scelte sessuali e così via dicendo (art. 22, L. 675/96), è sempre obbligatoria, salvo casi fondamentali legati alla necessità di preminenza superiore (professioni sanitarie, informazione su fatti di interesse pubblico) anche l'autorizzazione del Garante, oltre - si ribadisce - al consenso dell'interessato.

Orbene, una frettolosa riflessione su queste brevi premesse di carattere normativo è sufficiente a far comprendere l'inadeguatezza del sistema vigente alla serie di problemi che si pongono all'osservazione del giurista: come si può conciliare un rigore così *tranchant* con la circolazione di dati che, in prima persona noi operatori giuridici trattiamo ormai con frequenza quotidiana anche semplicemente per trasferire da una casella di posta elettronica all'altra dati riguardanti terzi?

In via esemplificativa, a parere di chi scrive sarebbe già buona regola già quella di inserire nel testo della procura, a margine od in calce agli atti giudiziari, un inciso che faccia comunque riferimento alla legge 675/96, potendosi così il professionista cautelare preventivamente, grazie al consenso del cliente manifestato con la propria sottoscrizione, da eventuali abusi da parte di terzi che possano venire a conoscenza dei contenuti dell'atto, soprattutto nella prospettiva dell'ampliamento dell'uso di internet grazie al processo telematico.

Per tornare nell'alveo problematico delle conseguenze violative dell'altrui privacy attraverso l'uso di internet, è appena il caso di ricordare che l'interattività è di per sé generatrice di dati; visitando un sito e l'altro, grazie ai legami ipertestuali, il navigatore genera a sua volta ulteriori dati, lasciando - proprio come nella fiaba di Pollicino - le briciole (cookies) disperse dietro di sé, così consentendo al *web center* di poter ricevere le registrazioni dei comportamenti dell'utente nella rete. Basti pensare alle visite di siti particolari, agli acquisti on line di specifici prodotti e servizi.

Se il patrimonio culturale del navigatore - utente non dispone di mezzi tecnici per poter cancellare i cookies dall'*hard disk* del suo computer, cioè dei *files* che hanno tracciato il percorso, egli sarà automaticamente destinatario di messaggi pubblicitari specifici, artatamente gestiti da chi ha potuto "farsi un'idea" delle sue preferenze in base ai siti visitati.<sup>3</sup>

Detta tecnica anomala di raccolta di dati è generatrice di danno alla vita privata ma nel momento in cui le informazioni assunte da un *server web* vengono integrate con altre informazioni acquisite on line, idonee a identificare i soggetti titolari dei dati, come nel caso di dati ceduti volontariamente dallo stesso utente al gestore di un sito mediante la sottoscrizione di un guestbook o di un formulario elettronico; ed è questo il momento in cui il gestore del sito è tenuto a fornire

<sup>3</sup> Un approfondimento particolarmente completo anche sul problema dei cookies, è offerto da V. Caridi, Logs, cookies e tutela dei dati personali su internet, in Dir. Inf., 2001, p. 779 ss.

all'utente l'informativa che indichi l'uso dei dati fornitigli ed a chiedergli di esercitare la facoltà di dare il consenso specifico in relazione al trattamento che ne potrà fare.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Quasi testualmente, V. Caridi, ult. op. cit, p. 781.

Non meno complessa ma diversa è la questione dei *logs*, consistenti in una vera e propria tecnica di individuazione dell'utente da parte del server del provider, il quale registra automaticamente il medesimo in occasione di ogni connessione; se pertanto da un lato il *log* riveste, per sua natura, una funzione di tipo contabile-amministrativa per fornire i dati necessari per la fatturazione, dall'altro lato consente, ancora una volta, di accedere alle informazioni che permettono di ricostruire il profilo preciso dell'utente (sistema operativo utilizzato, colore e definizione dello schermo, ultimo sito visitato). Ed anche quando si fa uso di un nick viene certamente garantito l'anonimato in rete, ma al momento della stipula del contatto d'accesso, per l'identificazione dell'utente è richiesto di norma il documento di riconoscimento! Anche in questo caso, *condicio sine qua non* per il provider per non incorrere in violazioni di legge è infine sempre quella di richiedere il solito consenso.

È dunque molto difficile (e lo sarà sempre di più), se non impossibile, individuare uno strumento giuridicamente efficace per offrire tutela in questo specifico settore; ma, probabilmente, la soluzione non potrà che essere tecnica, stante l'indubbia maggior velocità dell'evoluzione tecnologica rispetto a qualsiasi attività di tipo normativo o disciplinare.

Proprio al riguardo, e così per concludere, particolarmente sofferta nei suoi contenuti è apparsa la relazione del garante della privacy pubblicata in questi giorni: "La libertà è oggi sfidata da molte volontà e molte tecniche rivolte alla costruzione di una società della sorveglianza". E questo è già di per sé un preoccupante campanello di allarme.