

A che punto è la lotta allo spam?

David D'Agostini

ABSTRACT: This paper analyze the phenomenon of spamming, one of the most expensive crime Internet-related for providers and users, and one of the principal danger against privacy of everyone. After an overview on the USA legislation against spam, the Author deals the Italian situation, expecially regarding the Garante per la Protezione dei Dati Personali position, and the consumers' protection.

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Lo spam. - 3. La protezione in Europa. - 4. Lo spam negli USA. - 5. La situazione in Italia. - 6. Il Garante per la privacy. - 7. Le comunicazioni ai consumatori. - 8. La tutela penale e civile. - 9. Conclusioni.

1. Introduzione

Alcune recenti sentenze del giudice di pace hanno riconosciuto che l'invio di posta elettronica e di *Short Message Service* per scopi promozionali e pubblicitari è possibile solo se il destinatario abbia precedentemente manifestato il proprio consenso libero, specifico e informato¹.

A ben vedere non è una novità in senso assoluto, posto che ormai da anni l'Autorità garante per la protezione dei dati personali ha chiarito che tanto l'indirizzo *e-mail* quanto il numero di telefono sono dati personali e, come tali, il loro trattamento deve rispettare le regole dettate prima dalla legge 31 dicembre 1996, n.675 e ora dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n.196 (cd. Codice della privacy).

Tuttavia il Garante, quand'anche riconosca l'illiceità di un trattamento e ne ordini la cessazione, prendendo tutti gli eventuali provvedimenti del caso, non ha *ex lege* il potere di liquidare a favore dell'interessato l'eventuale danno subito, potendo solo condannare il soccombente al ristoro delle spese processuali.²

Nei casi citati, invece, per la prima volta un giudice ordinario ha emesso una pronuncia di condanna al risarcimento dei danni materiali e morali, determinati in via

¹ Giudice di pace di Napoli, sezione I civile, sentenza 10 giugno 2004 – Giudice Contrada in *Guida al diritto* n.32 del 14 agosto 2004, p.78 e Giudice di pace di Napoli, sezione III civile, sentenza 26 giugno 2004 – Giudice Di Noia in *Dir. e Giust.* 2004, f. 31, p.76. In entrambi i casi il convenuto è stato condannato alla cessazione del trattamento e al pagamento di 1.000 euro a titolo di risarcimento danni, seppure in applicazione della L.675/96 e non del D.lgs.196/03.

² In genere le spese ammontano a circa 250 euro.

equitativa, derivanti dall'illecito invio di corrispondenza elettronica a scopo pubblicitario.

Con molta probabilità queste sentenze passeranno agli annali della giurisprudenza come rari casi di risarcimento del danno prodotto da trattamento illecito dei dati personali decisi da un magistrato non togato; infatti dal 1° gennaio 2004, secondo l'art.152 d.lgs.196/03, i ricorsi in materia di privacy devono essere proposti dinnanzi al tribunale, creando una competenza esclusiva per materia che non lascia spazio ai giudici di pace.

A ogni buon conto, il vivace dibattito che è nato intorno a tali pronunce e la mutata cornice normativa che disciplina la materia, offrono l'opportunità di svolgere alcune brevi riflessioni sul tema del cd. *spam*.

2. *Lo spam*

Il termine *spam*³ indica l'invio, massivo e spesso indiscriminato, di messaggi pubblicitari non desiderati senza il previo consenso del destinatario; si tratta di una pratica (conosciuta anche come *junk-mail*) ben nota a chiunque sia titolare di una casella *e-mail*, che si è sviluppata negli anni '80 diventando un usuale strumento di trasmissione di messaggi pubblicitari⁴ e ora ha raggiunto livelli tali da rappresentare un vero ostacolo per lo sviluppo del commercio elettronico e della società dell'informazione.

Questo è il rischio paventato dall'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico⁵ e dalla Commissione delle Comunità europee,⁶ anche in recenti documenti che suonano il campanello d'allarme.

Basti pensare che nel 2003 oltre metà del traffico di posta elettronica era composto da *spam*, (percentuale in crescita rispetto agli anni precedenti e destinata ad alzarsi ulteriormente) per comprendere quali siano le dimensioni di un problema che concerne oltre ai tradizionali messaggi veicolati in rete tramite il protocollo SMTP, pure gli SMS e MMS telefonici, nonché altre forme di comunicazioni elettroniche asincrone (es. il telefax).

Questo dilagante fenomeno è stato oggetto di studi⁷ che ne hanno messo in luce le potenzialità lesive per gli utenti di Internet, non solo in riferimento alla riservatezza

³ Acronimo di *Send Phenomenal Amounts of Mail*, nonché famosa marca americana di carne in scatola.

⁴ Cfr. ZENO-ZENCOVICH "La pubblicità telematica nei servizi di telecomunicazione", AIDA, 5/1996, pagg. 251 e ss..

⁵ Si veda il Rapporto DSTI/ICCP(2003)10/FINAL del 22 gennaio 2004, reperibile sul sito www.oecd.org, redatto per il primo Seminario OCSE in materia di *spam* svoltosi in Belgio il 2-3 febbraio 2004.

⁶ Cfr. la Comunicazione relativa alle comunicazioni commerciali indesiderate (*spam*) COM(2004) 28 definitivo del 22 gennaio 2004.

⁷ Lo studio più significativo in materia di *spam* è stato realizzato da Serge Gauthronet e Étienne Drouard della società di consulenza ARETE su incarico della Commissione Europea (Direzione Generale XV Mercato Interno) ed è consultabile all'indirizzo: http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/docs/studies/spamstudy_en.pdf. Lo studio comprende una disamina dello stato dell'arte per quanto concerne le tecnologie alla base dello *spamming* e un'analisi delle strategie normative adottate in Europa; seguono alcune considerazioni

(configurandosi come un'intrusione nella vita privata), ma anche sotto il profilo economico: appare evidente, infatti, che il destinatario deve sopportare, suo malgrado, le spese di connessione per la durata necessaria a scaricare l'e-mail indesiderata, oltre al tempo perso per visionare ed eliminare il messaggio.

Lo *spam* comporta, inoltre, problemi di natura tecnica (e costi connessi alla loro risoluzione) legati alla larghezza di banda necessaria per smistare tale enorme quantità di dati elettronici e alla capacità di archiviazione dei *server* di posta elettronica e degli stessi elaboratori destinatari.

La questione ha raggiunto dimensioni esorbitanti, posto che i relativi costi diretti e indiretti ammontano, a livello mondiale, a oltre 10 miliardi di euro l'anno,⁸ con ingenti danni per gli utenti e perdite di produttività per le imprese.

Sembrano, quindi, condivisibili le preoccupazioni del Commissario europeo per le imprese e la società dell'informazione, Erkki Liikanen, il quale ha dichiarato che “*la lotta allo spamming riguarda tutti noi, è ormai una delle principali sfide con cui si confronta Internet e va condotta su vari fronti. L'Unione europea, gli Stati membri, l'industria e i consumatori possono svolgere un ruolo attivo nella lotta antispamming sia a livello nazionale sia sul piano internazionale. È necessario intervenire prima che gli utilizzatori di posta elettronica cessino di usare Internet a causa dello spamming*”⁹.

Infatti, un'ulteriore conseguenza estremamente negativa del fenomeno in esame è il rischio che venga intaccata la fiducia del popolo della rete, condizione indispensabile per il buon successo del commercio elettronico.

Consapevoli di dover fronteggiare una situazione piuttosto allarmante, le istituzioni comunitarie hanno approvato una serie di provvedimenti finalizzati a contrastare l'invio di comunicazioni commerciali indesiderate, tra i quali si segnala la direttiva 2002/58/CE (recepita dall'Italia in alcune norme del Codice in materia di protezione dei dati personali) e la recente Comunicazione COM(2004)28, in cui si individuano una serie di azioni di contrasto a carattere prevalentemente giuridico e tecnico.

Tralasciando in questa sede la descrizione dei possibili rimedi tecnologici (filtri, applicazioni *spam killer*, *black list*, etc.), appare opportuno sgomberare in primo luogo il campo da una confusione terminologica esistente tra comunicazioni indesiderate e *spam*.

Quest'ultimo termine indica l'invio di messaggi elettronici aventi finalità non necessariamente commerciale, effettuato in maniera massiccia e non sollecitata, senza il consenso del destinatario; è tipicamente indiscriminato, non voluto e ripetitivo, può anche avere contenuti illeciti e spesso il mittente maschera o falsifica la propria reale identità.

Una comunicazione commerciale indesiderata presenta due caratteristiche: è una forma di pubblicità ed è indesiderata, ossia non è stata preventivamente richiesta dal destinatario.

In buona sostanza, lo *spam* rientra tra le forme di pubblicità indesiderata, ma non ogni pubblicità indesiderata è qualificabile come *spam*.

conclusive e di indirizzo al fine di promuovere lo sviluppo del commercio elettronico in Europa tutelando i diritti riconosciuti agli internauti europei.

⁸ Si veda l'elaborato della Commissione Europea già citato, il quale giunge a tale cifra calcolando un'incidenza di 30 euro all'anno per ogni navigatore.

⁹ Comunicato stampa della Commissione europea, Bruxelles 15 luglio 2003.

Prima di delineare la cornice normativa relativa ai messaggi pubblicitari non richiesti, è solo il caso di ricordare che qualora essi abbiano contenuti illeciti (es. pedopornografici, fraudolenti, diffamatori, di incitamento all'odio razziale), oppure veicolino programmi potenzialmente dannosi per l'elaboratore (*virus, worm, etc.*), ovvero provochino la saturazione delle risorse del sistema (*denial of service*) è naturalmente fatta salva l'applicazione delle relative norme incriminatrici¹⁰.

Così come è fatta salva l'applicazione delle disposizioni sul trattamento dei dati personali in materia di consenso al trattamento, già dettate dalla previgente legge 675/96, nel caso di raccolta degli indirizzi, nonché di un'eventuale archiviazione e organizzazione in banca dati.

3. La protezione in Europa

Partendo dal presupposto pacifico che l'indirizzo di posta elettronica può essere qualificato come dato personale, si ricorda che già la Direttiva "madre" 95/46/CE¹¹ richiedeva, ai fini della liceità del trattamento che i dati fossero raccolti e trattati per finalità precise e in maniera legittima.

In particolare secondo l'art.6.1 "*i dati devono essere trattati lealmente e lecitamente*", mentre l'art.7 dispone che "*un trattamento può essere considerato legittimo se la persona interessata ha manifestato il proprio consenso in maniera inequivocabile*"; inoltre ai sensi dell'art.14 "*le persone possono opporsi gratuitamente al trattamento a fini commerciali dei dati personali che li riguardano*".

In secondo momento la cd. Direttiva ISDN in materia di telecomunicazioni 97/66/CE¹², pur non contemplando espressamente l'invio di messaggi pubblicitari per posta elettronica, all'art.12 ha richiesto che "*l'uso di sistemi automatizzati di chiamata senza intervento di un operatore (dispositivi automatici di chiamata) o di telefax (telecopia) per scopi di invio di materiale pubblicitario può essere consentito soltanto nei confronti degli abbonati che hanno dato preventivamente il loro consenso*".

Mentre per quanto concerne altre forme di invio di materiale pubblicitario indesiderato, ivi compresa la posta elettronica, viene lasciata agli Stati membri la facoltà di scegliere tra il sistema di "*opt-in*" (vale a dire il consenso preventivo) e quello di "*opt-out*" (ovvero il diritto di opposizione).

¹⁰ V. nello specifico Legge 3 agosto 1998 n. 269 "*Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù*", pubblicata nella G. U. 10 agosto 1998, n.185 e Legge 23 dicembre 1993 n.547 "*Modificazioni ed integrazioni alle norme del codice penale e del codice di procedura penale in tema di criminalità informatica*", pubblicata nella G. U. 30 dicembre 1993, n. 305 (cd. legge sui *computer crimes*).

¹¹ Direttiva 95/46/CE del 24 ottobre 1995 del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati. Pubblicata nella G.U.C.E. 23 novembre 1995, n. L 281.

¹² Direttiva 97/66/CE del 15 dicembre 1997 del Parlamento europeo e del Consiglio sul trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni. Pubblicata nella G.U.C.E. 30 gennaio 1998, n. L 24.

Successivamente con la Direttiva 97/7/CE¹³ l'e-mail viene ricompresa tra le tecniche di comunicazione a distanza impiegabili “solo se il consumatore non si dichiara esplicitamente contrario”, mentre i dispositivi automatici di chiamata o il telefax sono utilizzabili per l'invio di materiale pubblicitario solo con il consenso del consumatore stesso.

Da ultimo la Direttiva sul commercio elettronico 2000/31/CE¹⁴ dedica all'invio di messaggi elettronici non richiesti una norma, l'art.7, in virtù della quale “gli Stati membri che permettono comunicazioni commerciali non sollecitate per posta elettronica provvedono affinché [...] siano identificabili come tali, in modo chiaro e inequivocabile, fin dal momento in cui il destinatario le riceve”, inoltre “gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per far sì che i prestatori che inviano per posta elettronica comunicazioni commerciali non sollecitate consultino regolarmente e rispettino i registri negativi in cui possono iscriversi le persone fisiche che non desiderano ricevere tali comunicazioni commerciali”.

Questa disposizione e, in particolare, la previsione di registri negativi, per quanto venga comunque esplicitamente fatta salva l'applicazione delle Direttive 97/7/CE e 97/66/CE, ha ingenerato parecchie incertezze interpretative e non poca confusione tra gli utenti di Internet.

Molti dubbi esegetici sono stati sgomberati dall'approvazione della Direttiva 58/2002/CE¹⁵ che, dando atto dei costi del fenomeno e delle potenziali difficoltà per le reti di comunicazione elettronica e le apparecchiature terminali (cfr. considerando n.40), all'art.13 consente “l'uso della posta elettronica a fini di commercializzazione diretta soltanto nei confronti degli abbonati che abbiano espresso preliminarmente il loro consenso”.

La scelta dell'*opt-in* viene, peraltro, temperata nel secondo comma della medesima disposizione laddove si ammette che l'indirizzo di posta elettronica precedentemente ottenuto dal cliente “nel contesto della vendita di un prodotto o servizio ai sensi della direttiva” possa venire in seguito utilizzato “a scopi di commercializzazione diretta di propri analoghi prodotti o servizi”, purché sia sempre riconosciuto il diritto del cliente di opporsi anche successivamente all'invio, in maniera gratuita e agevole.

Inoltre, è proibito che tali messaggi siano spediti “camuffando o celando l'identità del mittente, o senza fornire un indirizzo valido cui il destinatario possa inviare una richiesta di cessazione di tali comunicazioni”.

Vale la pena notare che, secondo la normativa comunitaria, la regola dell'*opt-in* si applica imperativamente solo per le persone fisiche, mentre riguardo agli altri soggetti viene lasciata agli Stati membri la libertà di adottare sistemi tali da garantire comunque un'adeguata tutela degli interessi legittimi.

¹³ Direttiva 97/7/CE del 20 maggio 1997 del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza. Pubblicata nella G.U.C.E. 4 giugno 1997, n. L 144.

¹⁴ Direttiva 2000/31/CE dell'8 giugno 2000 del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno. Pubblicata nella G.U.C.E. 17 luglio 2000, n. L 178.

¹⁵ Direttiva 2002/58/CE del 12 luglio 2002 del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche). Pubblicata nella G.U.C.E. 31 luglio 2002, n. L 201.

4. Lo spam negli USA

Posto che il fenomeno dello *spamming* va affrontato su scala internazionale e che ha avuto origine negli Stati Uniti, dove ancora trova terreno fertile, è interessante verificare, seppure sommariamente la mutata situazione normativa oltreoceano.

Infatti, per una singolare coincidenza il 1° gennaio 2004, oltre a segnare l'entrata in vigore del nuovo Testo Unico italiano in materia di privacy, rappresenta anche il battesimo della prima legge federale statunitense contro l'invio di *e-mail* commerciali indesiderate, nota come "*Can-Spam Act 2003*".¹⁶

Si tratta dell'atto finale di un iter legislativo contraddistinto da passaggi altalenanti, che ha visto nell'approvazione da parte del Congresso l'8 dicembre 2003 il suo momento culminante e, per quanto le opinioni sull'efficacia del nuovo strumento legislativo siano discordi (non a caso il testo ha subito ben sei modifiche), certamente rappresenta un primo passo di non poco significato.

La legge statunitense, in realtà, non opera alcuna distinzione tra i messaggi richiesti e quelli non sollecitati; infatti, a differenza delle direttive europee, non proibisce le *e-mail* non richieste, bensì inibisce determinate pratiche ingannevoli (come, per esempio, l'uso di false informazioni negli *headers* dei messaggi) che rendono difficile il lavoro di filtraggio agli *Internet Service Providers*.

La violazione di tale divieto è punita con sanzioni penali pecuniarie e perfino detentive (dalla multa a un massimo di cinque anni di reclusione), mentre sono previste sanzioni amministrative per le *e-mail* che riportino dati falsi e ingannevoli nell'oggetto.

Il *Can-Spam Act* prevede che tutte le *e-mail* commerciali siano provviste di un indirizzo di posta elettronica a cui gli utenti possano inviare un messaggio in cui chiedono di non ricevere ulteriore posta (la scelta americana dell'*opt-out* si contrappone ancora una volta a quanto stabilito dalla normativa europea).

Vengono inoltre proibiti l'utilizzo di indirizzi *e-mail* reperiti liberamente in Internet e la generazione automatica degli stessi tramite software specifici; tutti i messaggi di posta elettronica non richiesti devono inoltre evidenziare nel corpo del messaggio la loro natura commerciale o pubblicitaria.

In questo contesto, la *Federal Trade Commission* viene delegata a regolamentare il fenomeno delle *e-mail* con specifici riferimenti sessuali, provvedendo alla creazione di etichette o marcatori che devono essere apposti nell'oggetto del messaggio in modo da facilitarne il filtraggio.

La normativa, infine, dispone l'ampliamento della tutela anche ai messaggi inviati sui telefoni cellulari, incentivando una maggiore facilità di azione da parte dell'autorità preposta alla repressione del fenomeno.

¹⁶ Il testo del "*Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act of 2003*" è reperibile all'URL: <http://www.congress.gov/cgi-bin/query/F?c108:6:./temp/~c108MgsV2M:e669>, consultato in data 15 settembre 2004.

5. La situazione in Italia

Per quanto concerne l'Italia, come noto la Direttiva 58/2002/CE è stata recepita dal Codice della privacy (che ha abrogato e sostituito anche il d.lgs.171/98¹⁷) e, in particolare, la norma sulle comunicazioni indesiderate è stata trasfusa nell'art.130.¹⁸

Per definire la portata applicativa di quest'ultimo vengono utilizzati in combinato disposto due criteri, vale a dire il mezzo di comunicazione e il contenuto del messaggio.

- 1) Oltre alla chiamata senza l'intervento dell'operatore, al telefax e alla posta elettronica già menzionati dalla direttiva, il legislatore italiano aggiunge anche i messaggi del tipo *Mms* (*Multimedia Messaging Service*) o *Sms* (*Short Message Service*) o di altro tipo.
- 2) I fini di "*commercializzazione diretta*" vengono ricondotti alle ipotesi di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta ovvero per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazioni commerciali.

Il perseguimento di queste ultime finalità mediante l'impiego dei sistemi menzionati *sub* 1) richiede il consenso preventivo dell'interessato.

Invece l'uso di sistemi diversi, seppure per i medesimi scopi, soggiace alle regole generali sul consenso al trattamento dettate dagli artt.23 e 24 del Codice stesso.

L'art. 23 richiedendo il consenso espresso, libero, informato, specifico e documentato per iscritto (o, per i dati sensibili, manifestato in forma scritta), in realtà non pare discostarsi dalla previsione dell'art. 130, ossia dalla regola dell'*opt-in*; invece l'art.24, che disciplina i casi in cui il trattamento può essere effettuato senza il consenso dell'interessato, apre uno spiraglio all'*opt-out*.¹⁹

Sulla falsa riga di quanto previsto dalle disposizioni comunitarie, è comunque ammesso l'utilizzo, anche senza consenso, dell'indirizzo di posta elettronica conferito dall'interessato nel contesto della vendita di un prodotto o servizio, purché si tratti di comunicazioni inerenti prodotti o servizi analoghi a quelli già acquistati; inoltre, il destinatario della comunicazione dev'essere informato della possibilità di opporsi a ulteriori invii in qualsiasi momento e in modo semplice e gratuito.

Inoltre, nel rispetto del principio di trasparenza, è fatto divieto di camuffare o celare l'identità del mittente e il titolare è tenuto a fornire indicazioni sul recapito presso cui il destinatario potrà esercitare i propri diritti.

Si sottolinea che il Codice italiano, a differenza della direttiva europea che recepisce, non distingue tra abbonati che siano persone fisiche e che non lo siano, tutelando indistintamente l'interessato²⁰.

¹⁷ Decreto legislativo 13 maggio 1998, n.171 "*Disposizioni in materia di tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni, in attuazione della direttiva 97/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, ed in tema di attività giornalistica*", pubblicato nella G. U. 3 giugno 1998, n. 127.

¹⁸ Per un commento sulla norma si rinvia a R. IMPERIALI e R. IMPERIALI "*Codice della privacy*", Il Sole 24 Ore, 2004, pagg. 576-589.

¹⁹ Si pensi all'utilizzo a scopo di marketing dei "*dati provenienti da pubblici registri, elenchi, atti o documenti conoscibili da chiunque*" ex art.24 c.1 lett. c) d.lgs.196/03.

²⁰ Interessato, secondo la definizione contenuta nell'art.4 c.1 lett. i) del d.lgs.196/03, è "*la persona fisica, la persona giuridica, l'ente o l'associazione cui si riferiscono i dati personali*".

In ipotesi di reiterata violazione delle regole in tema di comunicazioni elettroniche appena illustrate, il Garante può prescrivere ai fornitori di servizi di comunicazione di adottare le opportune procedure di filtraggio.

6. Il Garante per la privacy

L'Autorità garante per la protezione dei dati personali ha già avuto modo di intervenire in materia di comunicazioni indesiderate, anche prima dell'entrata in vigore del Codice, nonostante la legge 675/96 non contemplasse specificamente tale fattispecie.

Il provvedimento più significativo è senza dubbio il parere del 29 maggio 2003²¹ che, sulla scorta dell'esperienza maturata nell'affrontare i ricorsi degli interessati, detta le regole fondamentali alle quali deve attenersi il titolare per un corretto invio delle *e-mail* pubblicitarie.

In primo luogo, secondo il Garante, la circostanza che gli indirizzi di posta elettronica possano essere reperiti con una certa facilità in Internet *“non legittima il titolare del trattamento ad inviare messaggi promozionali in assenza del preventivo consenso dell'interessato”*.²²

Il consenso è necessario anche quando gli indirizzi vengono formati e utilizzati automaticamente, ovvero *“generati secondo procedure random, da uno speciale software sviluppato per questo preciso scopo”*²³, anche in mancanza di una previa verifica della loro attuale attivazione o dell'identità del destinatario del messaggio, e pure quando gli indirizzi non siano registrati dopo l'invio dei messaggi.

In particolare, i dati dei singoli utenti che prendono parte a gruppi di discussione in Internet sono resi conoscibili in rete per le sole finalità di partecipazione a una determinata discussione e non possono essere utilizzati per fini diversi qualora manchi un consenso specifico.

Ad analoga conclusione deve pervenirsi per gli indirizzi di posta elettronica compresi nella lista anagrafica degli abbonati a un *Internet provider* (qualora manchi, anche in questo caso, un consenso libero e specifico), oppure pubblicati su siti web di soggetti pubblici per fini istituzionali laddove è comunque necessario *“avere riguardo alle specifiche finalità cui è preordinata la pubblicità dell'indirizzo elettronico”*.²⁴

Tali considerazioni valgono anche con riferimento ai messaggi pubblicitari inviati a gestori di siti web -anche di soggetti privati- utilizzando gli indirizzi pubblicati sugli stessi siti, o che sono reperibili consultando gli elenchi dei soggetti che hanno registrato i nomi a dominio.

²¹ Tutti i documenti del Garante sono rinvenibili sul sito www.garanteprivacy.it; il provvedimento generale indicato è il doc. web n. 29840.

²² Cfr. le pronunce del Garante di data 11 gennaio 2001, sul Bollettino *“Cittadini e Società dell'informazione”* n.16 - Gennaio 2001 e di data 20 marzo 2002, sul Bollettino *“Cittadini e Società dell'informazione”* n.26 - Marzo 2002.

²³ Decisione del Garante del 25 luglio 2002, sul Bollettino *“Cittadini e Società dell'informazione”* n.30 - Luglio 2002.

²⁴ Pronuncia di data 28 maggio 2002, sul Bollettino *“Cittadini e Società dell'informazione”* n.28 - Maggio 2002.

Per completezza si ricorda che i casi trattati dall'Autorità Garante non hanno riguardato e sanzionato solo imprese o società private che commercializzavano i propri prodotti o servizi, ma anche partiti politici e associazioni, accusate d'utilizzare la posta elettronica per propaganda elettorale.²⁵

I principi espressi nei provvedimenti menzionati conservano il loro valore anche con la vigenza del codice in materia di privacy, il quale sostanzialmente riprende i contenuti fondamentali della legge 675/1996, oltre a fornire l'efficace strumento dell'art.130 sul quale potranno senza dubbio fare leva le nuove decisioni del Garante.

7. *Le comunicazioni ai consumatori*

L'art.130 d.lgs.196/03 affronta il problema in esame sotto il profilo del trattamento dei dati personali e della tutela della riservatezza, ma non è l'unica norma del nostro ordinamento a occuparsi di comunicazioni non sollecitate (a dimostrazione da un lato degli sforzi profusi per arginare il fenomeno, dall'altro dei diversi beni giuridici tutelati e quindi dell'interdisciplinarietà dell'argomento).

L'art.10 d.lgs 185/99,²⁶ riproducendo l'art.10 della Direttiva 97/7/CE, propone un sistema misto (*opt-in* e *opt-out*) a seconda del mezzo impiegato: richiede, infatti, il consenso preventivo del consumatore all'impiego da parte del fornitore di alcune tecniche di comunicazione a distanza, mentre per le altre dev'essere il consumatore a dichiararsi espressamente contrario.

La novità significativa risiede nel fatto che il legislatore italiano, in sede di attuazione, ha collocato nella prima categoria anche la posta elettronica.

Perciò si può affermare che in Italia il primo sistema di *opt-in* in riferimento alle *e-mail* commerciali sia in vigore dal 1999, seppure limitatamente alle persone fisiche che agiscono per scopi non professionali.²⁷

La violazione di questa regola è punita, fatta salva l'applicazione della legge penale qualora il fatto costituisca reato, con una sanzione amministrativa pecuniaria.²⁸

Infine il d.lgs. 70/03²⁹ sull'*e-commerce* richiede all'art.9 che le comunicazioni commerciali³⁰ non sollecitate trasmesse via *e-mail* vengano identificate come tali “in

²⁵ Ora il provvedimento del 12 febbraio 2004, intitolato disposizioni in materia di comunicazioni e di propaganda elettorale, disciplina gli strumenti e le modalità di diffusione delle ideologie politiche nel rispetto della riservatezza.

²⁶ Decreto legislativo 22 maggio 1999, n.185 “Attuazione della direttiva 97/7/CE relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza”, pubblicato nella G. U. 21 giugno 1999, n. 143.

²⁷ In precedenza il d.lgs. 171/98 aveva introdotto nel nostro ordinamento il principio di *opt-in* solo in relazione ai dispositivi automatici di chiamata e al telefax.

²⁸ Da 516,46 a 5164,57 euro, raddoppiabile in caso di particolare gravità o di recidiva.

²⁹ Decreto legislativo 9 aprile 2003, n.70 “Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico”, pubblicato nella G. U. 14 aprile 2003, n. 87, S.O.

³⁰ Secondo la definizione di cui all'art.2 c.1 lett.f) d.lgs.70/03 si intende per comunicazioni commerciali “tutte le forme di comunicazione destinate, in modo diretto o indiretto, a promuovere beni, servizi o l'immagine di un'impresa, di un'organizzazione o di un soggetto che esercita un'attività agricola, commerciale, industriale, artigianale o una libera professione. Non sono di per sé comunicazioni commerciali:

modo chiaro e inequivocabile” e fin dal momento della ricezione; anche in questo caso il destinatario dev’essere avvisato della facoltà di opporsi al ricevimento di successive comunicazioni.

È, inoltre, prevista un’importante presunzione relativa a vantaggio del destinatario, in quanto la norma addossa al mittente l’onere di provare che la comunicazione commerciale era stata sollecitata.

A differenza di quanto si possa pensare a una veloce lettura, questa disposizione non sovverte il sistema di *opt-in*, poiché va necessariamente letta in maniera coordinata con i già menzionati d.lgs.185/99 e d.lgs.196/03.³¹ Tale scelta del legislatore italiano risulta, peraltro, ulteriormente dimostrata dall’assenza di previsione dei registri negativi di cui alla direttiva 2000/31/CE.

Pare, pertanto, che il prestatore³² oltre a ottenere il consenso da parte del consumatore e a renderlo edotto della possibile opposizione a futuri invii (come dovrebbe fare qualsiasi titolare del trattamento di dati per qualsiasi interessato) e oltre a non camuffare la propria identità e a fornire un recapito al destinatario (obblighi ancora una volta previsti dal Codice della privacy), dovrà anche avvisare, magari nell’oggetto dell’*e-mail*, che la stessa contiene una comunicazione commerciale.

Anche in questo caso i contravventori vengono puniti, salva applicazione della legge penale, con il pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria.³³

8. La tutela penale e civile

Il Garante per la protezione dei dati personali, con un comunicato che ha suscitato vivaci dibattiti e non poche critiche, ha affermato che l’invio di *e-mail* pubblicitarie senza il consenso del destinatario, effettuato a fini di profitto, “*viola anche una norma penale*”,³⁴ riferendosi all’art.35 della legge 675/96.

Questa conclusione, al di là della sua discutibile condivisibilità, risulta comunque superata dal mutato assetto normativo e, in particolare, dalla nuova formulazione dell’art.167 del Codice sulla privacy.

Tale norma, rubricata “*Trattamento illecito di dati*”, punisce la violazione dell’art.130 con la sanzione penale,³⁵ purché il fatto sia commesso “*al fine di trarne per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno*” e, inoltre, solo “*se dal fatto deriva nocumento*”.

In merito al dolo specifico pare potersi ravvisare la sua sussistenza posto che le comunicazioni pubblicitarie, o comunque di natura commerciale, sono finalizzate per loro stessa logica e natura a un vantaggio economico e/o commerciale diretto o

1) le informazioni che consentono un accesso diretto all’attività dell’impresa, del soggetto o dell’organizzazione, come un nome di dominio, o un indirizzo di posta elettronica;

2) le comunicazioni relative a beni, servizi o all’immagine di tale impresa, soggetto o organizzazione, elaborate in modo indipendente, in particolare senza alcun corrispettivo”.

³¹ Il riferimento originario è al d.lgs.171/98, abrogato dall’art.183 d.lgs. 196/03.

³² Secondo la definizione di cui all’art.2 c.1 lett.b) d.lgs.70/03 si intende per prestatore “*la persona fisica o giuridica che presta un servizio della società dell’informazione*”.

³³ Da 103 a 10.000 euro, raddoppiabile in caso di particolare gravità o di recidiva.

³⁴ Comunicato stampa di data 3 settembre 2003 “*Lo spamming a fini di profitto è un reato*”.

³⁵ La reclusione da sei a diciotto mesi ovvero, se il fatto consiste nella comunicazione o diffusione, la reclusione da sei a ventiquattro mesi.

indiretto del soggetto che utilizza tale strumento di marketing; è solo il caso di ricordare che non è ovviamente richiesta la realizzazione del profitto.

Invece per quanto concerne la condizione obiettiva di punibilità, che al contrario può non essere voluta, la nozione di nocumento è riferibile sia alla persona dell'interessato, sia al suo patrimonio (in termini di danno emergente e di lucro cessante); in relazione all'art.130 si possono ipotizzare differenti interpretazioni.

- 1) il nocumento è *in re ipsa* in quanto i messaggi di posta elettronica non sollecitati provocano un'illegittima intrusione nella sfera privata del soggetto destinatario che costituisce una lesione della sua riservatezza, oltre che un'usurpazione del tempo per la verifica e la cancellazione dei messaggi indesiderati e, comunque, un costo di connessione al *provider* per il tempo necessario allo scaricamento dell'*e-mail*, causando un danno patrimoniale e non patrimoniale giuridicamente rilevante.
- 2) il nocumento deve consistere in un *vulnus* concreto e non in una lesione minima della privacy (ovvero nel mero fastidio) che non determini un danno patrimoniale apprezzabile.³⁶

Sotto il profilo civilistico, comunque, l'interessato che subisce un danno per effetto del trattamento di dati personali ha diritto al risarcimento, salvo che il titolare dimostri di aver adottato tutte le misure idonee a evitarlo (secondo il combinato disposto degli artt.15 del Codice e 2050 c.c.).

In virtù di questa inversione dell'onere probatorio, che peraltro non incide sulla sussistenza e sulla dimostrazione del nesso causale tra il fatto illecito e il danno ingiusto, il destinatario dello *spam* può limitarsi a provare di aver subito un danno a causa dell'invio di comunicazioni indesiderate.

Come noto, in caso di trattamento illecito di dati personali, può essere ristorato ai sensi dell'art.15 c.2 anche il danno non patrimoniale, eventualmente liquidabile in via equitativa qualora non ne risulti comprovato l'ammontare.³⁷

È necessario, infine, un cenno al significativo cambiamento delle regole processuali, disciplinate dall'art.152 d.lgs.196/03: per tutte le controversie che riguardano, comunque, l'applicazione delle disposizioni del Codice, l'azione si propone con ricorso depositato nella cancelleria del tribunale del luogo ove risiede il titolare del trattamento.³⁸

I giudizi in materia di privacy, pertanto, seguono un rito dai marcati caratteri pubblicistici (affine al processo del lavoro) la cui sentenza non è appellabile, ma unicamente ricorribile per cassazione, soluzione criticabile soprattutto in riferimento alle controversie sulla responsabilità civile derivante da trattamento illecito.³⁹

In virtù di questa competenza *rationae materiae*, come accennato, il giudice di pace non viene più chiamato a pronunciarsi sul tema della privacy, nemmeno sul risarcimento dei danni prodotti da trattamento illecito il cui valore rientri nei limiti dell'art.7 c.p.c..

³⁶ Si veda, sul punto, Cass. Pen., Sez. III, sent. 9 luglio 2004, n.30134 in *Dir. e Giust.* 2004, f. 34, p.120.

³⁷ Sul danno per violazione della riservatezza si rinvia a G. CASSANO "Nuovi diritti della persona e risarcimento del danno", UTET, 2003, pagg. 275 e ss..

³⁸ Anche secondo l'art.29 l.675/96 sussisteva in materia la giurisdizione esclusiva dell'autorità giudiziaria ordinaria, ma il tribunale di residenza del titolare era competente solo per le opposizioni alle decisioni del Garante. Ora il Codice, inoltre, specifica che il tribunale decide in composizione monocratica.

³⁹ Cfr. le perplessità espresse da R. IMPERIALI e R. IMPERIALI, *op. cit.*, pagg. 655-656.

Inoltre pare che l'art.152 c.2 crei una competenza esclusiva anche per territorio e che, di conseguenza, non possa più individuarsi un foro facoltativo (*forum commissi delicti* o *forum destinatae solutionis*); da ciò ne deriverebbe, soprattutto, l'impossibilità di radicare la lite nel luogo di residenza dell'interessato.⁴⁰

9. Conclusioni

Volendo trovare una risposta al quesito posto nel titolo, si può ritenere che il problema dello *spam* sia stato affrontato con adeguato impegno, soprattutto in virtù della spinta da parte delle istituzioni comunitarie; tuttavia, al fine di un'efficace applicazione delle regole introdotte e di un miglioramento dei risultati ottenuti, si ravvisa la necessità di una maggiore cooperazione sia tra i paesi dell'Unione Europea, sia con i paesi terzi (magari tramite l'OCSE⁴¹).

In linea generale il sistema di *opt-in* adottato nel vecchio continente sembra risultare maggiormente adatto alle esigenze di Internet, in quanto favorisce la personalizzazione dei rapporti fra imprese e clienti *online*, permettendo un'utilizzazione dei dati a scopi commerciali nel pieno rispetto del diritto della riservatezza.

Nondimeno dev'essere valutata in maniera positiva anche la nuova disciplina statunitense che, seppure abbia preferito adottare l'*opt-out*, fornisce comunque una tutela finora sconosciuta a beneficio dei destinatari dei messaggi, con conseguente fiducia dei consumatori e vantaggio per l'*e-commerce*.

Per quanto concerne i rimedi giuridici esperibili contro lo *spam*, premesse le difficoltà di perseguire un trasgressore ubicato all'estero proprie di qualsiasi illecito commesso su Internet, il nostro ordinamento pare già possedere sufficienti strumenti di contrasto; il più efficace di questi risulta ancora -a giudizio dello scrivente- la tutela amministrativa ottenuta tramite ricorso al Garante, sia per la specifica competenza dell'Autorità in materia, sia per la rapidità e l'economicità del procedimento (nel quale, inoltre, non è richiesta la difesa tecnica).

In prospettiva *de iure condendo*, infine, si potrebbe ipotizzare d'introdurre nel giudizio dinnanzi al giudice ordinario l'istituto dell'azione di gruppo (cd. *class action*)⁴² dei diritti dei consumatori e degli utenti, anche in materia di invio di comunicazioni commerciali indesiderate. Questo strumento processuale consentirebbe, con ogni probabilità, di perseguire in maniera più idonea l'effettività della tutela degli utenti, obiettivo dichiarato delle istituzioni italiane e comunitarie, nonché condizione necessaria per lo sviluppo della società dell'informazione.

⁴⁰ Si ricorda che, ai fini dell'individuazione del giudice competente a decidere la causa a norma dell'art.20 c.p.c., il *forum commissi delicti* va individuato nel luogo di verifica dei danni lamentati (Cass. Civ., sez. III, 8 maggio 2002, n.6591 in *Foro It.* 2002, I, 1982, con nota di DI CIOMMO).

⁴¹ Tale organizzazione si sta dimostrando molto attiva sul tema: l'8-9 settembre 2004 si è tenuto in Corea il secondo Seminario OCSE sullo *spam*.

⁴² Attualmente è allo studio del Senato il Disegno di legge n.3058 recante "*Disposizioni per l'introduzione dell'azione di gruppo a tutela dei diritti dei consumatori e degli utenti*".

