



## IL “DIRITTO AD ESSERE LASCIATI IN PACE” E LE NUOVE TECNOLOGIE

PIERVINCENZO PACILEO

SOMMARIO: 1. La tutela del *right to be let alone* - 2. La disciplina italiana. - 3. Il ricorso alle tecniche dei cc.dd. *opt-in* e *opt-out* - 4. Ipotesi applicative.

1. Il c.d. *right to be let alone* di tradizione anglosassone<sup>1</sup> è stato, in realtà, sempre sopravanzato nell’esperienza statunitense dal diritto alla libera manifestazione del pensiero; ciò ha consentito il proliferare di pratiche commerciali scorrette nell’ambito delle telecomunicazioni (soprattutto telefono ed internet) capaci di limitare, inopinatamente, la libertà di scelta e, addirittura, di comportamento del consumatore.

Viceversa, nei modelli di *civil law*, i mass media, in generale, e gli *internet providers*, in particolare, si sono dovuti confrontare con l’ormai consolidato *favor* per la tutela della riservatezza, che si è tradotta nel riconoscimento sia nella Convenzione europea per i diritti dell’uomo, sia nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, non soltanto del diritto “statico” alla *privacy*, ma anche di quello “dinamico” all’intangibilità da parte di terzi del controllo sui propri dati personali.

L’Unione Europea si sta rivelando un mercato alquanto insidioso per le grandi *internet company* d’oltreoceano, poiché stanno diventando sempre più frequenti sentenze degli organi giurisdizionali sia comunitari che nazionali (*in primis*, Italia<sup>2</sup>, Spagna e Francia<sup>3</sup>) che hanno espressamente emanato condanne, suscitando le ovvie obiezioni di queste ultime, per le problematiche che le nuove tecnologie comportano in termini di riservatezza e che negli Stati Uniti non sono mai state loro contestate; se, da un lato, alcuni Stati Membri hanno ormai costituzionalizzato la tutela della *privacy* (ad es. Spagna, Ungheria, Romania), dall’altro, la Commissione Europea ha preannunciato prossimi interventi normativi idonei a difendere il “diritto ad essere lasciati in pace” nell’era digitale.

---

<sup>1</sup> Cfr. G. ALPA, *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Digesto IV*, sez. civ., vol. XV, Torino, 1997, p. 423; A. VALERIANI, *La direttiva 97/7/CE in materia di vendita a distanza e la pubblicità via internet*, in *Dir. inf.*, 1999, pp. 198 ss.

<sup>2</sup> Cfr. Trib. Milano, 12 aprile 2010, in *Corr. merito*, 2010, 6, pp. 638 ss.; Trib. Roma Sez. spec. propr. industr. ed intell., 9 febbraio 2007, in *Dir. internet*, 2007, 5, pp. 461 ss.; Cons. Stato Sez. VI, 10 gennaio 2007, n. 26.

<sup>3</sup> Cfr. Cons. di Stato Francia, 23 maggio 2007, in *Dir. internet*, 2007, 4, pp. 390 ss.



2. Nell'ordinamento italiano, l'art. 58, d.lgs. 206/2005, nel trasporre fedelmente l'art. 10, [d.lgs. 185/1999](#), riproduzione a sua volta dell'art. 10, direttiva 97/7/CE<sup>4</sup>, persegue la tutela della "tranquillità" della vita privata del consumatore<sup>5</sup> mediante la definizione di alcuni limiti all'impiego delle tecniche di trasmissione di comunicazioni commerciali a distanza che possano risultare particolarmente invadenti e penetranti in quanto capaci di raggiungere quest'ultimo nei luoghi di sua esclusiva pertinenza<sup>6</sup>, "violando la sua *privacy* e sollecitandolo ad una reazione positiva o negativa mediante l'uso dello stesso mezzo"<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Detta direttiva si fonda sui principi sanciti dagli artt. 8 e 10 della Convenzione europea del 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e nel Considerando n. 17 sottolinea la necessità di "riconoscere al consumatore un diritto alla protezione della vita privata, segnatamente per quanto concerne la tranquillità rispetto a talune tecniche di comunicazione particolarmente invadenti e che occorre pertanto precisare i limiti specifici all'impiego di tali tecniche", nonché l'invito agli Stati membri ad "adottare opportune misure per proteggere efficacemente da siffatti contatti i consumatori che hanno dichiarato di non voler essere contattati tramite determinate tecniche di comunicazione, ferma restando la tutela specifica prevista per i consumatori a nonna della legislazione comunitaria relativa alla protezione dei dati personali e della vita privata".

<sup>5</sup> Così M. ATELLI, *Dal diritto di essere lasciati soli al diritto di essere lasciati in pace: la prospettiva del danno da petulanza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 623; ID., *Art. 10 (Chiamate indesiderate)*, in AA.VV., *Privacy e telecomunicazioni*, Napoli, 1999, pp. 201 ss.; ID., *Il diritto alla tranquillità individuale*, Napoli, 2001, *passim*, che ritiene che l'art. 58 deve essere letto alla luce dei principi generali enunciati nella parte II del Codice in tema di "Educazione, informazione, pubblicità", ed in particolare con la regola dettata dall'art. 5, comma 3.

<sup>6</sup> Per un approfondimento della materia delle vendite c.d. aggressive (a domicilio, per corrispondenza su catalogo, etc.) si rinvia a AA.VV., *Le vendite aggressive. Vendite stipulate fuori dei locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano ed europeo*, Napoli, 1995, *passim*.

<sup>7</sup> Testualmente G. CHINÈ, *Diritto comunitario dei contratti*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2000, p. 626.

Sul tema si è pronunciata anche l'Autorità garante della concorrenza con la pronuncia del 17 febbraio 2000, n. 8051, pubblicata in *Ginst. civ.*, 2000, I, 3361, stabilendo che "costituisce pubblicità ingannevole il messaggio, diffuso a mezzo stampa, contenente condizioni specifiche e onerose di fruibilità dell'offerta a carico del consumatore e cioè, nello specifico, l'obbligazione di tollerare l'invio per posta elettronica di messaggi pubblicitari, che, perciò stesso, deve essere considerata come vera e propria prestazione passiva; ai sensi dell'art. 10, 1° comma, d.lgs. 22 maggio 1999 n. 185, in materia di contratti a distanza, l'impiego - da parte di un fornitore del telefono - della posta elettronica, di sistemi automatizzati di chiamata senza intervento di un operatore o di un fax, richiede il consenso preventivo da parte del consumatore; pertanto, l'ordinamento riconosce a quest'ultimo il diritto di non essere destinatario di comunicazioni d'impresa veicolate attraverso talune tecniche di comunicazione a distanza, trattandosi di diritto disponibile, per effetto del consenso esplicito e preventivo e sicuramente negoziale; per tale ragione, la circostanza che l'operatore subordini la prestazione di un servizio qualificato come gratuito all'atto di disposizioni di questo diritto non è indifferente ai fini della valutazione relativa alla qualificazione dell'offerta".

In materia, G. DE CRISTOFARO, *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore*, in *Studium iuris*, 1999, p. 1202 esprime talune perplessità in merito all'essenzialità dello scopo, strettamente commerciale o meno, in vista del quale, generalmente, il professionista effettua la comunicazione a distanza. In tale ottica, l'autore



Sempre al fine di garantire il rispetto dei più generali diritti alla riservatezza ed alla non intromissione nell'altrui sfera privata da parte di soggetti preventivamente non autorizzati, l'art. 57, d.lgs. 206/2005, aderendo rigorosamente al testo dell'art. 9, d.lgs. 185/1999<sup>8</sup>, vieta al professionista di dare esecuzione, richiedendone al contempo il pagamento, a forniture non precedute da alcuna esplicita ordinazione da parte del consumatore<sup>9</sup>.

---

limita l'ambito operativo della norma solo ai casi in cui il ricorso alle tecniche tassativamente elencate si estenda dal primo contatto con il consumatore sino alla conclusione di un contratto; viceversa, ne esclude l'applicabilità qualora il loro impiego sia diretto soltanto alla conclusione di una vicenda già avviata e condotti attraverso altri mezzi.

*Contra*, A. FRATERNALE, *I contratti a distanza*, Milano, 2002, *passim*, contesta la rilevanza del fine ultimo cui il professionista tende nell'invio di comunicazioni commerciali ed esprime il *favor* per la preminenza della esigenza di tutela della tranquillità del consumatore rispetto all'invadenza delle tecniche di comunicazione richiamate dalla norma.

<sup>8</sup> Quest'ultima normativa, attuativa della direttiva 97/7/CE, relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, rappresenta la naturale prosecuzione del sistema consumeristico di stampo europeo manifestato in Italia dal d.lgs. 50/1992: "ferme restando le nozioni di consumatore e di fornitore (art. 1, lett. b) e c) d.lgs. n. 185/99), proprie della consolidata elaborazione comunitaria, il provvedimento si applica ai contratti a distanza, cioè quelli aventi per oggetto beni o servizi stipulati tra un fornitore ed un consumatore "nell'ambito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza organizzato dal fornitore che, per tale contratto, impiega esclusivamente una o più tecniche di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto" (art. 1, lett. a), d.lgs. cit.)", in cui può legittimamente essere compresa la fattispecie negoziale dei contratti telematici, mentre, viceversa, ne devono essere esclusi, *ex art. 2*, i contratti "a) relativi ai servizi finanziari [...]; b) conclusi tramite distributori automatici o locali commerciali autorizzati; c) conclusi con gli operatori delle telecomunicazione impiegando telefoni pubblici; d) relativi alla costruzione e alla vendita o ad altri diritti relativi a beni immobili, con esclusione della locazione; e) conclusi in occasione di una vendita all'asta" (testualmente S. SICA, *Atti che devono farsi per iscritto. Art. 1350*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2003, p. 403, ma in tema v. anche B. RUGGIERO, *La disciplina dei contratti a distanza e la trasparenza contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 1, pp. 233 ss.; M. PERFETTI, *Prime riflessioni sul D.lgs. 22 maggio 1999 n. 185 in materia di contratti a distanza*, in *Nuove leggi civ. commentate*, 2000, pp. 110 ss., mentre per l'esegesi della direttiva 97/7/CE si rinvia a F.A. REGOLI, *Due note sulla Direttiva concernente i contratti a distanza: la Direttiva 97/7/CE riguardante la protezione del consumatore nei contratti a distanza*, in *Contr. Impr./Europa*, 1997, pp. 838 ss.; G. COMANDÉ, *Vendite a distanza: regole comuni per l'Europa*, in *Guida al diritto*, 1999, 28, pp. 26 ss.).

L'ambito oggettivo di applicazione della disciplina viene determinato secondo G. DE MARZO, *I contratti a distanza*, Milano, 1999, *passim*, mediante il riferimento al necessario inserimento del negozio in un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza organizzato dal fornitore, attraverso l'impiego esclusivo di una o più tecniche di comunicazione a distanza sino alla conclusione del contratto.

<sup>9</sup> Posto che scopo specifico della norma è semplicemente quello di evitare l'esborso di denaro del consumatore per una fornitura da lui non richiesta, G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 1202; A. PUTIGNANI, *Commento all'art. 9*, in M. ATELLI (a cura di), *La disciplina del commercio elettronico e delle altre forme di contrattazione a distanza*, Torino, 2001, p. 248; F. CARINGELLA, *Studi di diritto civile*, II, Milano, 2003, p. 2296, richiamando l'art. 18, comma 2, d.lgs. 114/1998, concernente la



Nonostante tale fattispecie contrattuale sia già riconosciuta dall'art. 1327 c.c.<sup>10</sup> ed atteso che il suo obiettivo è vincolare il consumatore al corrispettivo in ragione di un suo comportamento acquiescente, la tutela elaborata in favore della miriade di soggetti bersagliati da pressioni indebite e sollecitazioni indesiderate<sup>11</sup>, mediante il netto rifiuto di attribuire il significato di un assenso all'acquisto alle loro mancate risposte, vuole, in concreto, evitare che gli stessi siano erroneamente indotti al pagamento di beni o servizi oggetto delle innumerevoli offerte di forniture non richieste, ritenendosi a ciò tenuti per il semplice fatto di averli ricevuti o di non averli restituiti<sup>12</sup>.

L'assenza nell'art. 57, d.lgs. 206/2005, di qualsiasi riferimento alle conseguenze relative all'eventuale violazione da parte del professionista del divieto di invio di forniture non richieste<sup>13</sup>

---

riforma della disciplina relativa al settore del commercio (secondo cui “è vietato inviare prodotti al consumatore se non a seguito di specifica richiesta. È consentito l'invio di prodotti o di omaggi, senza spese o vincoli per il consumatore”) e l'antecedente Considerando 16 della direttiva 97/7/CE (in base al quale “la tecnica promozionale consistente nell'invio al consumatore di un prodotto o nella fornitura di un servizio a titolo oneroso senza richiesta preliminare o accordo esplicito da parte sua non può essere accettata”), escludono dal divieto la fornitura da parte del professionista di omaggi e campioni inviati per fini di sollecitazione meramente promozionale e gratuita, in quanto, pur sussistendo la mancanza di una preliminare ordinazione, manca la richiesta di pagamento che integri gli estremi della fattispecie.

Le medesime considerazioni inducono G. DE MARZO, *op. cit.*, p. 44, ad qualificare legittimo l'invio da parte del professionista di merce in visione con il consenso preventivo del destinatario, anche se non tradotto in una vera e propria ordinazione.

Permangono, invero, alcune incongruenze: ad esempio, la norma in esame contempla la possibilità di una fornitura, anche se non richiesta, di servizi di segreteria telefonica effettuata dal gestore telefonico a favore della clientela gratuitamente, malgrado l'accesso al servizio stesso sia, in realtà, a pagamento da parte del consumatore al pari del deposito da parte dell'eventuale chiamante del messaggio in segreteria (in tal modo il gestore telefonico, a fronte di una fornitura non richiesta ma gratuita, incassa un doppio pagamento, sia da parte di chi telefona, sia da parte di chi accede al servizio di segreteria).

<sup>10</sup> Tale norma, rubricata “esecuzione prima della risposta dell'accettante”, prevede che, qualora, su richiesta del proponente o per la natura dell'affare o secondo gli usi, la prestazione debba eseguirsi senza una preventiva risposta, il contratto, il cui fulcro risiede nel momento dell'esecuzione della prestazione per volontà autonoma del professionista, si intende concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio detta esecuzione.

<sup>11</sup> Secondo la giurisprudenza di merito (cfr. Trib. Genova, 11 novembre 2002, in *Contratti*, 2003, p. 437) “non può ritenersi concluso un contratto a seguito dell'invio di una lettera da parte di una società di telefonia con cui essa comunicò all'utente di aver attivato, dietro sua presunta richiesta, una tariffa “supereconomica”, potendo al più configurarsi la missiva quale proposta a cui non è seguita alcuna accettazione; vertendosi, inoltre, in tema di contratti del consumatore, trova applicazione anche l'art. 9 d.lgs. n. 185/1999 che richiede la necessità di una previa ordinazione qualora la fornitura comporti richiesta di pagamento, specificando che la mancata risposta non significa consenso (e nel caso di specie l'attivazione del servizio comportava un onere economico, se pure contenuto, mensile, con ciò escludendo anche la possibilità dell'applicazione dell'art. 1333 c.c.)”.

<sup>12</sup> In argomento v. G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 1201.

<sup>13</sup> U. TROIANI, *Commento all'art. 57*, in AA.VV., *Codice del Consumo. Commento al D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, Milano, 2006, pp. 566 ss., osserva che “la violazione della norma in esame comporta l'applicazione della sanzione amministrativa stabilita dall'art. 62. Tuttavia, mentre nel d.lgs. n. 785/1999 la violazione veniva specificatamente



induce parte della dottrina<sup>14</sup> a ritenere che, nonostante il legislatore presupponga che per i contratti a distanza vi sia sempre un'ordinazione da parte del consumatore (ovvero una sua accettazione della proposta del professionista o una sua proposta) a precedere la fase dell'esecuzione del contratto, qualora quest'ultimo ottemperi alla richiesta di pagamento, incorrendo nell'erronea convinzione appena descritta, oppure usi il bene, lo consumi, lo alieni a terzi o fruisca del servizio fino a quando il professionista non provveda al ritiro – in realtà, il consumatore non deve a quest'ultimo né un pagamento in denaro, né qualsiasi altra prestazione (ad es., una obbligazione di fare o di non fare) stabilita come corrispettivo – , potrebbero configurarsi in astratto una tacita manifestazione d'assenso per comportamento concludente<sup>15</sup> o un'ipotesi di indebito pagamento, ma non gli estremi di un contratto in fase di esecuzione, essendo assente alcuna intenzione di liberalità in senso stretto nel comportamento del *tradens*.

Ciò, da un lato, imporrebbe al consumatore di provvedere soltanto alla custodia del bene o del servizio, a titolo di detenzione temporanea e necessitata, senza potervi disporre in alcun modo<sup>16</sup>, e, dall'altro, consentirebbe al professionista di conservare la piena disponibilità della fornitura fino all'avvenuta restituzione o all'accettazione espressa di controparte<sup>17</sup>.

Tuttavia, da un'analisi più attenta emerge che il legislatore italiano, al fine di proteggere il consumatore dalle conseguenze negative derivanti da una sua eventuale inerzia con azioni indotte o non pertinenti rispetto alle iniziative non attivate ma prese dal professionista, lo dispensa da qualsiasi prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta e statuisce espressamente che la sua mancata risposta non equivale ad un'accettazione della proposta tacitamente formulata dal professionista mediante l'invio della merce o la messa a disposizione del servizio<sup>18</sup>, essendo, viceversa, da un lato, non configurabile un onere di risposta a suo carico<sup>19</sup>, e, dall'altro, richiesta un'esplicita manifestazione di volontà in tal senso, sia pur derogando al principio espressamente sancito dall'art. 1520, comma 3, c.c. (conformemente a quanto stabilito dall'art. 18, comma 1, Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980, ai sensi del quale “il silenzio e l'inerzia, di per sé, non

---

individuata in base al principio di legalità, nell'attuale formulazione la violazione del divieto relativa alle forniture non richieste è fatta rientrare nelle misure coercitive dettate per chi contravvenga alle norme dell'intero Capo I” del Codice.

<sup>14</sup> Cfr. G. DE MARZO, *op. cit.*, p. 44-46; G. CASSANO (a cura di), *Commercio elettronico e tutela del consumatore*, Milano, 2003, p. 69.

<sup>15</sup> Tuttavia, per evitare ogni forma di acquiescenza da parte del consumatore, anche tacita, l'art. 57, d.lgs. 206/2005, stabilisce che la mancata risposta non significa consenso “in ogni caso”, lasciando supporre che il consenso espresso sia richiesto anche nel caso di fornitura di beni e servizi effettuati a titolo gratuito.

<sup>16</sup> In realtà, è opinabile che sul consumatore che subisca l'iniziativa del professionista gravi anche l'obbligo di custodia della fornitura, subendo, pertanto, incombenze non precedute da alcuna espressa manifestazione volitiva.

<sup>17</sup> *Contra*, A. FRATERNALE, *op. cit.*, pp. 1 ss., il quale ritiene, seppur dubitativamente, che il consumatore non abbia alcun obbligo di custodia, né onere di restituzione, comprese le spese, della merce inviata, bensì possa disporre liberamente del bene ricevuto.

<sup>18</sup> Così S. SIMONE, *Commento all'art. 61*, in G. ALPA - L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Commentario al Codice del Consumo*, Napoli, 2006, p. 431.

<sup>19</sup> Cfr. G. CHINÈ, *op. cit.*, p. 627.



equivalgono ad una accettazione<sup>20</sup>), con esplicito riferimento alla vendita con riserva di gradimento<sup>21</sup>.

3. Dunque, l'utilizzo di determinate tecniche di comunicazione a distanza, richiamate nei citati artt. 57 e 58, d.lgs. 206/2005<sup>22</sup>, può trovare un limite, a seconda dei casi, nel consenso preventivo del consumatore cui sono destinate, ovvero nel suo rifiuto<sup>23</sup>; pertanto, si riconosce a quest'ultimo un vero e proprio diritto di veto<sup>24</sup>, esercitabile, per mezzo di una preventiva manifestazione di volontà in uno dei due meccanismi di comunicazione contemplati, rispettivamente, dal suindicato art. 58, commi 1 e 2, d.lgs. 206/2005, denominati *opt-in* oppure *opt-out*, a seconda dell'atteggiamento che il consumatore deve tenere rispetto sia alla comunicazione<sup>25</sup> nel corso della fase antecedente l'inizio delle trattative negoziali, sia alle modalità di effettuazione delle attività pubblicitarie e promozionali idonee a ledere la propria sfera privata<sup>26</sup>, "il cui esercizio

---

<sup>20</sup> Sul punto si veda A. PUTIGNANI, *op. cit.*, pp. 254 ss.

<sup>21</sup> L'art. 57, d.lgs. 206/2005, è stato ripreso dal d.lgs. 190/2005, in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari, attuativo della direttiva 2002/65/CE; tuttavia, quest'ultima norma comunitaria dispensa il consumatore "da qualunque obbligo" nell'ipotesi di fornitura non richiesta, includendo nella più ampia portata della previsione non solo il pagamento (la prestazione corrispettiva), ma qualsiasi altro obbligo connesso alla fornitura non richiesta, prevedendo anche il rinvio, in caso di avvenuto versamento del corrispettivo, alle disposizioni concernenti la ripetizione dell'indebito oggettivo di cui all'art. 2033 c.c.

In tema, va ricordato che l'altra direttiva 2005/29/CE, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, nel modificare l'art. 9, direttiva 97/7/CE, invitando gli Stati membri ad adottare, in virtù del divieto delle pratiche di fornitura non richiesta, le opportune disposizioni idonee a dispensare il consumatore da qualsiasi prestazione corrispettiva in detta ipotesi, fermo restando che l'assenza di risposta non implica consenso, implica l'opportunità di scorporare la disposizione in esame dalla specifica disciplina dei contratti a distanza, per farla assurgere a principio di carattere generale per tutti i rapporti tra professionista e consumatore.

<sup>22</sup> La norma deve essere interpretata in combinato disposto con analogo disposizione prevista dall'art. 9, d.lgs. 70/2003, attuativo della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno.

<sup>23</sup> Così S. SIMONE, *Commento all'art. 58*, in G. ALPA - L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Commentario al Codice del Consumo*, cit., p. 432 ss.

<sup>24</sup> In proposito v. G. CHINÈ, *op. cit.*, p. 626.

<sup>25</sup> Detti meccanismi, rappresentanti due differenti approcci alla relazione con il cliente e necessariamente idonei a consentire una comunicazione individuale, sono descritti in U. TROIANI, *Commento all'art. 58*, in AA.VV., *Codice del Consumo. Commento al D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, cit., pp. 567 ss.

<sup>26</sup> In conformità con il dettato della disposizione in esame, l'art. 19-*bis*, d.l. 273/2005, poi convertito con l. 51/2006, relativo ai limiti dell'impiego di alcune tecniche di comunicazione a distanza, a differenza di quanto previsto per fax, *e-mail* e telefonate, non richiede il consenso degli utenti per il *direct mail*: in deroga a quanto dettato nel "Codice della privacy", i consumatori possono opporsi a ricevere tale tipo di posta solo nella misura in cui essi si dichiarano esplicitamente contrari e, in virtù di quanto stabilito nel "Codice del





paralizza l'intera procedura, escludendo che qualsiasi effetto giuridicamente rilevante possa conseguire dal messaggio inviato con la tecnica di comunicazione a distanza prescelta<sup>27</sup>.

In caso di impiego di tecniche di comunicazione a distanza individuali, l'appena citato comma 1 esige l'adozione da parte del consumatore, in quanto specifico destinatario della comunicazione, del meccanismo c.d. *opt-in*: la sua esplicita autorizzazione costituisce il presupposto per la concessione al professionista della facoltà di contattare controparte a fini commerciali, in caso contrario vietata *tout court*<sup>28</sup>.

*Opt-in* è un termine appartenente al contesto del *web marketing*, consistente in un messaggio (il più delle volte una *e-mail*) con contenuto tendenzialmente promozionale indirizzato al consumatore che lo ha già richiesto in precedenza (ad es. attraverso un'iscrizione fatta da un sito *web*, dal cui servizio ci si può sempre rimuovere, o attraverso una richiesta via *e-mail* con cui il consumatore prende l'iniziativa per instaurare il contatto); secondo quanto espressamente disposto dalla direttiva 97/7/CE, tale strumento non era adottabile in caso di comunicazione a mezzo di telefono e posta elettronica avente ad oggetto l'invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta, ovvero per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale interattiva, ma il legislatore nazionale è stato di diverso avviso.

Tuttavia, parte della dottrina esprime alcune pertinenti riserve sull'efficacia deterrente di tale tecnica nei confronti delle cc.dd. tecniche di comunicazione istantanea, quali il telefono e la posta elettronica<sup>29</sup>, che, invero, richiederebbero una preventiva attivazione del professionista finalizzata alla semplice richiesta del consenso<sup>30</sup>, cui fare successivamente seguire la trasmissione della comunicazione vera e propria<sup>31</sup>.

---

consumo", diventato legali le liste con indirizzi postali tratte da elenchi pubblici, oppure *coupon* raccolti in *negative option* (ossia con il silenzio dell'interessato circa le finalità di diffusione dell'indirizzo).

<sup>27</sup> È di tale avviso G. CHINÈ, *op. cit.*, pp. 626 ss.

<sup>28</sup> Al riguardo V. CARBONE, *Il consenso, anzi i consensi, nel trattamento informatico dai dati personali*, in *Danno resp.*, 1998, pp. 23 ss. esclude che il consenso possa ritenersi espresso tacitamente e ribadisce l'indisponibilità del "diritto alla tranquillità individuale" in virtù del rango primario da esso occupato e della sua natura insuscettibile di definitiva ed irreversibile dismissione da parte del consumatore, il quale può solo autorizzarne una temporanea compressione.

Tale tesi trova sostegno nella decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, provv. del 17 febbraio 2000, n. 8051, in *Giust. civ.*, 2000, 1, pp. 3361 ss., nella quale viene rilevata la natura di "diritto disponibile, con consenso esplicito e preventivo, e sicuramente negoziabile" del consenso.

Tuttavia, G. CASSANO (a cura di), *Commercio elettronico e tutela del consumatore*, cit., p. 67, avanza alcune perplessità di natura anche sostanziale in ordine alla necessità di un'autorizzazione del consumatore da prestarsi anticipatamente rispetto al momento nel quale ha inizio l'impiego delle suindicate tecniche.

<sup>29</sup> Presupposto essenziale per l'adozione da parte del professionista di telefono, posta elettronica, fax o altri sistemi automatizzati di chiamata senza l'intervento di un operatore (audiotext) per inviare comunicazioni al consumatore è il consenso preventivo di quest'ultimo fornito per ogni singola comunicazione ricevuta.

<sup>30</sup> Un limite è rappresentato dalla pratica dello *spamming*, consistente nell'invio all'indirizzo di posta elettronica del potenziale consumatore di comunicazioni commerciali non richieste, onde orientarne gusti e



Per quanto concerne le tecniche di comunicazione diverse dal telefono, dalla posta elettronica, dai sistemi automatizzati di chiamata o dal fax, il menzionato comma 2 prevede unicamente il meccanismo dell'*opt-out*<sup>32</sup>, ovvero un messaggio, con funzione principalmente promozionale, destinato, anche se non richiesto, al consumatore.

Quest'ultimo può comunque rifiutarlo, dichiarandosi contrario in una seconda fase, successiva all'iniziativa del professionista che invia la comunicazione, pur afferendo esclusivamente alla prosecuzione da parte del professionista nell'invio di comunicazioni tramite tecniche di comunicazione a distanza diverse da quelle di cui al comma 1, e non già l'impiego iniziale di esse; viceversa, è consentito al professionista l'invio di sollecitazioni al destinatario (non preventivamente consultato perché accordi o meno il proprio consenso all'invio del messaggio) tramite tecniche di comunicazione individuali non ricomprese nell'elenco di cui al medesimo comma 1 (quali l'invio per corrispondenza), salvo che il consumatore si sia espressamente opposto.

Dall'analisi dell'art. 9, [d.lgs. 70/2003](#), attuativo della direttiva 2000/31/CE<sup>33</sup> sul commercio elettronico<sup>34</sup>, e dell'art. 130, [d.lgs. 196/2003 \(il c.d. "Codice della privacy"](#)<sup>35</sup>), emerge il

---

preferenze (cfr. F. SARZANA DI S. IPPOLITO - C. SARZANA DI S. IPPOLITO, *Profili giuridici del commercio via Internet*, Milano, 1999, pp. 26 ss.).

Inoltre, M. ATELLI, *Dal diritto di essere lasciati soli al diritto di essere lasciati in pace: la prospettiva del danno da petulanza*, cit., pp. 623 ss., esprime attente critiche al legislatore, il quale, sulla scorta del modello comunitario, riconosce proiezione solo con riguardo ai mezzi di comunicazione di natura individuale.

<sup>31</sup> Così, M. ATELLI, *Commento all'art. 10*, in ID. (a cura di), *La disciplina del commercio elettronico e delle altre forme di contrattazione a distanza*, cit., p. 268.

Più specificamente, la norma esaminanda, nello stabilire che "l'impiego da parte di un professionista del telefono, della posta elettronica, di sistemi automatizzati di chiamata senza l'intervento di un operatore o di fax richiede il consenso preventivo del consumatore", conferma il divieto di *spamming*, senza il preventivo consenso del consumatore; invece, per quanto attiene allo *spamming* "cartaceo", vengono ribadite le prescrizioni contenute nel d.lgs. 70/2003 sul commercio elettronico, ovvero che le "tecniche di comunicazione a distanza diverse da quelle di cui al comma 1, qualora consentano una comunicazione individuale, possono essere impiegate dal professionista se il consumatore non si dichiara esplicitamente contrario", in omaggio al principio dell'*opt-out* (in ogni caso è vietata ogni forma di pubblicità subliminale).

<sup>32</sup> Secondo M. ATELLI, *Commento all'art. 10*, in ID. (a cura di), *La disciplina del commercio elettronico e delle altre forme di contrattazione a distanza*, cit., p. 267, presenta i caratteri del silenzio assenso, mentre G. COMANDÈ, *Vendite a distanza: regole comuni per l'Europa*, cit., p. 27, parla di consenso presunto in caso di mancata opposizione da parte del consumatore.

Su detto meccanismo U. TROIANI, *Commento all'art. 58*, in AA.VV., *Codice del Consumo. Commento al D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, cit., p. 568, segnala che il suo proliferare tra alcune associazioni di *Direct Marketing* si fonda sulla convinzione di queste ultime che "spedire comunicazioni commerciali via poste elettronica deve essere considerato come una legittima funzione di business, basata sulla compenetrazione tra l'informazione e la comunicazione, che rende il *marketing* diretto per via elettronica un'attività a valore aggiunto ben diversa dallo *spamming*".

<sup>33</sup> Per l'esegesi di tali provvedimenti si rinvia a S. SICA, *Recepita la direttiva sul commercio elettronico*, in *Corr. giur.*, 2003, 9, pp. 1247 ss.; E.M. TRIPODI, *Alcuni interrogativi sul d.lgs. n. 70/2003 di recepimento della direttiva sul commercio elettronico*, in





*Corr. giur.*, 2004, 6, pp. 829 ss.; AA.VV., *Direttiva sul commercio elettronico*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 4, pp. 705 ss.; G. COMANDÈ, *Al via l'attuazione della direttiva sul commercio elettronico, ma ... serve un maggiore coordinamento*, in *Danno resp.*, 2003, 8, pp. 809 ss.; AA.VV., *Attuata la direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico*, in *Riv. soc.*, 2003, 2, pp. 657 ss.; F. DELFINI, *Il d.lgs. 70/2003 di attuazione della direttiva 2000/31/ce sul commercio elettronico*, in *Contratti*, 2003, 6, pp. 607 ss.; G. SCORZA, *Commercio elettronico. Attuata la direttiva comunitaria sulla società dell'informazione*, in *Dir. prat. soc.*, 2003, 10, pp. 35 ss.; AA.VV., *Criteri delega per il recepimento della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico*, in *Dir. ind.*, 2002, 2, pp. 157 ss.; C. BUGANZA, *La direttiva sul commercio elettronico*, in *PMI*, 2001, 2, pp. 35 ss.; A. URICCHIO - M. GIORGI, *Commercio elettronico e vendita telematica di servizi finanziari: prime considerazioni dopo la direttiva comunitaria n. 31/2000*, in *Dir. prat. trib.*, 2001, 2, I, pp. 264 ss.; G. DE NOVA - F. DELFINI, *La direttiva sul commercio elettronico: prime considerazioni*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 4, pp. 693 ss.; A. SICA, *Il decreto legislativo 9 aprile 2003 n. 70: autoregolamentazione e codici deontologici nei contratti telematici*, in *Dir. inf.*, 2003, 4, pp. 881 ss.; M. SANTAROSSA, *La direttiva europea sul commercio elettronico*, in *Contr. imp./Europa*, 2000, pp. 849 ss.; F. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *Approvata la direttiva sul commercio elettronico*, in *Corr. giur.*, 2000, 10, pp. 1288 ss.

<sup>34</sup> Lo studio del fenomeno del commercio elettronico ha fatto segnare una singolare parabola: il suo percorso si è sviluppato dal rigetto all'indifferenza, all'accoglimento ed infine alla regolamentazione. L'*e-commerce* da materia per "addetti ai lavori" è divenuta oggetto di ampia divulgazione (cfr. S. SICA, *Commercio elettronico e categorie civilistiche: un'introduzione*, in S. SICA - P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002, p. 3) e, dopo una prima fase caratterizzata da curiosità intellettuale e preponderanza del dato tecnologico, è emersa prepotentemente l'esigenza di colmare un *vacuum iuris*: il diritto deve assumere un ruolo trainante anche in questo settore, fondato su nuovi rapporti e interrelazioni anche transnazionali, ed organizzare con sostanza sistematica un tema che apparentemente risulta refrattario ad ogni tentativo di lettura globale.

La complessità dell'azione del giurista è resa più difficile dalla constatazione che nella realtà telematica è insufficiente il ricorso alla sola normativa nazionale in quanto la globalizzazione del mercato dei servizi e delle informazioni travalica l'ambito applicativo di un singolo ordinamento (testualmente P. STANZIONE, *Commercio elettronico, contratto e altre categorie civilistiche*, in S. SICA - P. STANZIONE (a cura di), *op. cit.*, p. 26, il quale "evidenzia, in tal modo, una sorta di irriducibilità tra *globale Wirtschaft und lokale Gesetzgebung*") e impone la ricerca delle norme applicabili nell'ambito dell'universalità del diritto. Sul giurista, dunque, grava l'onere e la sfida di studiare i principali problemi giuridici derivanti dalla diffusione nella pratica commerciale delle operazioni compiute *by Internet*, dalla globalizzazione dei mercati, dall'impatto delle nuove tecnologie sull'impianto consolidato delle regole giuridiche, dalla disomogeneità dei mezzi utilizzati nella "rete", dalle continue innovazioni che interessano il settore (cfr. S. SICA, *Il contratto "nella rete"*, in G. COMANDÈ - S. SICA, *Il commercio elettronico. Profili giuridici*, Torino, 2001, p. 37).

In tale ottica P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 1, di fronte al rapido cambiamento delle condizioni sociali, dei costumi, degli stili di vita rappresenta uno dei fattori che impediscono oggi la trasmissione di concetti giuridici generali in forma storica, quali verità assolute, ritiene che il giurista contemporaneo non può più adoperare uno strumentario predeterminato e rigido, ma deve essere dotato di una capacità esegetica puntuale e rigorosa, sensibile all'interpretazione di fatti singoli, concreti, entro i confini del diritto, di una conoscenza globale dell'ordinamento giuridico, consapevole dell'interdisciplinarietà di quest'ultimo con le altre scienze sociali.

Nell'ambito del diritto privato la rivoluzione telematica porta con sé una grave crisi della consistenza delle categorie concettuali e delle nozioni tradizionalmente consolidate (dal regime di concorrenza alla tutela del diritto d'autore, dalla disciplina dei contratti di distribuzione all'attualità della consolidata distinzione tra



*favor* del legislatore italiano per il sistema dell'*opt-in*, in quanto l'alternativa tecnica di *opt-out* appare alquanto svantaggiosa per il consumatore<sup>36</sup>, il quale, in sostanza, si vede riconosciuto soltanto il diritto di opporsi a futuri invii indesiderati, sopportando, per di più, l'onere di attivarsi rendendo note le categorie di informazioni che non intende ricevere, iscrivendosi in appositi registri (cc.dd. *orange books*) che il professionista ha l'obbligo di consultare prima di inviare eventuali annunci ed offerte commerciali<sup>37</sup>.

---

beni e servizi); da ciò deriva una tormentata elaborazione di disposizioni a carattere speciale che inseguono con enorme difficoltà la realtà "telematica" sempre più complessa e sempre un passo più avanti dei congegni normativi.

In un momento storico quale l'attuale, in cui la normativa non è stabile, è quanto meno problematico utilizzare le categorie tradizionali per leggere le norme che spesso rappresentano un ostacolo alla soluzione efficace del problema concreto (come rilevato da P. RESCIGNO, *Categorie, metodo, sistema nel diritto del commercio elettronico*, in S. SICA - P. STANZIONE (a cura di), *op. cit.*, p. 18, che denuncia la "crisi" dello Stato quale fonte di produzione del diritto nella società odierna, evidenziando l'esigenza di una revisione dell'intero sistema, ed in particolare dell'intera gerarchia delle fonti). Dalla consapevolezza che le categorie tradizionali non hanno valenza ontologica e che nella realtà esistono i fatti concreti deve trarsi lo spunto per lo sforzo teso a sistematizzare l'"alluvione" di informazioni e di norme vecchie e nuove: ciascuna categoria tradizionale, prima tra tutte quella del contratto (F. GALGANO, *Prefazione*, in V. RICCIUTO - N. ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, Padova, 2002, pp. XV ss., segnala le profonde mutazioni che il contratto telematico subisce per effetto della negoziazione *on line*, tali da indurre i giuristi a domandarsi se siano ancora applicabili a tale fattispecie i concetti ereditati dalla tradizione - taluno, addirittura, si spinge a parlare di uno scambio senza accordo, cui non si addicono i principi giuridici propri dell'accordo contrattuale - ), può ricevere nuovi apporti e può essere in misura efficace ripensata ed approfondita.

In tale contesto evolutivo è quanto mai decisivo l'impegno dei giusprivatisti, i quali devono indirizzarsi verso la rivisitazione della materia alla luce di queste nuove tematiche<sup>34</sup>, concentrando l'attenzione sull'intersezione tra interessi pubblici e privati, il cui protagonista deve essere l'individuo, inteso non semplicemente come utente, come consumatore, bensì come interlocutore attivo nella società mediatica (sottolineano l'artificiosità di qualsivoglia distinzione in considerazione dell'unitarietà della persona umana P. STANZIONE, *Per una tutela unitaria della persona consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, pp. 512 ss.; G. AUTORINO STANZIONE, *Infermità mentale e tutela del disabile negli ordinamenti francese e spagnolo*, Napoli, 1990, *passim*. l'attuale tendenza alla frammentazione giuridica va assecondata soltanto se essa, concentrando l'attenzione sull'*homme situé*, sulla persona in situazione, diviene strumento atto ad eliminare i c.d. fattori di "minorità" che investono, ad esempio, disabili e minori ed impediscono l'armonico sviluppo della persona umana).

<sup>35</sup> Un'approfondita esegesi del suddetto "Codice" è svolta in S. SICA - P. STANZIONE (a cura di), *La nuova disciplina della privacy*, Bologna, 2004, *passim*.

<sup>36</sup> Restano irrisolte le questioni afferenti la tutela del diritto alla riservatezza dei dati personali e la tutela privata con la cui disciplina le norme sopra riportate devono porsi a confronto.

<sup>37</sup> In compenso, se c'è contestazione, M.A. LIVI, *L'attuazione della direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza*, in *Contr. impr.*, 1998, pp. 1100 e 1104, e G. DE MARZO, *op. cit.*, p. 48, fanno gravare in capo al professionista l'onere della prova circa l'avvenuta manifesta opposizione del consumatore.



4. Segnatamente, nell'ipotesi di attivazione di servizi Internet non richiesti, il consumatore non è affatto tenuto a versare alcuna somma all'erogatore del servizio stesso: l'invio di beni o l'attivazione di servizi a titolo gratuito come campioni di prodotto o di omaggio è possibile, ma a nessun titolo può essere richiesto un pagamento per tale operazione, nemmeno in un tempo differito, e l'eventuale silenzio del consumatore alla richiesta di pagamento è del tutto ininfluenza (la medesima prassi è da considerarsi valida nel caso di fornitura differente da quella pattuita o di fornitura difettosa).

Per altro verso, di fronte al conflitto tra le numerose associazioni di consumatori ed i gestori di telefonia a causa dell'attivazione da parte di questi ultimi di servizi mai richiesti di cui è vittima<sup>38</sup>, il Garante della Privacy ha più volte spronato con proprie delibere sia il Ministero delle Comunicazioni, sia l'Autorità per le Comunicazioni a predisporre idonee sanzioni in caso di frodi ai danni degli utenti<sup>39</sup>.

Recentissimamente, mentre il legislatore italiano ha, abbastanza sorprendentemente, optato per la tecnica dell'*opt-out* nel d.P.R. 178/2010<sup>40</sup>, il collega comunitario ha espresso il 24 marzo 2011 nel considerando 47 inserito nella Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sui diritti dei consumatori<sup>41</sup> il proprio intendimento di obbligare i fornitori di servizi *on line* a passare alla

---

<sup>38</sup> In base a recenti dati, di 6.430 segnalazioni dei cittadini all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, tra servizi attivati e non richiesti (28%), mancata attivazione di un servizio richiesto (10%), mancata disattivazione di un servizio (7%) e disattivazione non richiesta del servizio (2%), quasi il 50% gravita attorno al tema dei servizi, vero *business* per le aziende, ma non per il consumatore: un abbonato su tre deve sopportare una spesa che può arrivare a più di 100 euro all'anno.

<sup>39</sup> Ad esempio, è stato imposto ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica di "predisporre idonee misure organizzative per agevolare l'esercizio dei diritti degli interessati e riscontrare le richieste relative all'origine dei dati personali, fornendo anche gli estremi identificativi del rivenditore che ha attivato i servizi o le utenze non richieste o del soggetto che svolge per conto dell'operatore un servizio di *call center*".

In argomento va ricordato che l'art. 19 del Codice dell'autodisciplina Pubblicitaria Italiana, emanato dall'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria, vieta espressamente "la pubblicità relativa a forniture non richieste, che mirino a obbligare il ricevente al pagamento qualora questi non rifiuti i prodotti fornitigli o non li rinvii al fornitore", mentre la Circolare n. 3487/C del 1 giugno 2000 del Ministero dell'industria, da un lato, sancisce il divieto di inviare prodotti al consumatore se non a seguito di specifica richiesta, dall'altro, consente l'invio di campioni di prodotti o di omaggi al consumatore solo se non vi siano spese o vincoli a carico del medesimo, aderendo in entrambi i casi al principio del necessario assenso del consumatore che decida di impegnare la propria sfera negoziale in un acquisto telematico o, più in generale, a distanza.

<sup>40</sup> Il "Regolamento recante istituzione e gestione del registro pubblico degli abbonati che si oppongono all'utilizzo del proprio numero telefonico per vendite o promozioni commerciali", secondo cui coloro che non desiderano ricevere telefonate di *telemarketing* potranno porvi fine soltanto chiedendo la registrazione del proprio numero telefonico nel registro, in modo da non essere più contattati.

<sup>41</sup> "È opportuno proibire la presunzione di consenso usando sistemi di non partecipazione (*opt-out*), quali riquadri già contrassegnati *on-line*", atteso che "tutte le clausole contrattuali dovrebbero essere espresse in modo chiaro e comprensibile. Se una clausola contrattuale è scritta, essa dovrebbe essere sempre redatta in un linguaggio semplice e comprensibile. I professionisti dovrebbero essere liberi di scegliere il tipo e la



regola dell'*opt-in*: non più i dati dell'utente detenuti dal fornitore, a meno di un'esplicita richiesta del primo, bensì appartenenti a quest'ultimo, a meno della medesima esplicita richiesta.

Il dibattito è ancora aperto tra diritti contrastanti (*privacy* ed informazione) ma, pur essendo i tempi della legge molto lunghi, l'Unione Europea vuol mettersi in pari con l'innovazione tecnologica, assumendosi anche il rischio che il proprio mercato appaia meno attraente per quegli operatori del settore che sulla gestione dei dati degli utenti hanno costruito il proprio *business*.

---

dimensione dei caratteri con cui sono redatte le condizioni contrattuali. Il consumatore deve avere la possibilità di leggere le condizioni prima di concludere il contratto. Tale opportunità va data al consumatore fornendogli le condizioni su richiesta (per i contratti negoziati nei locali commerciali) o mettendole a disposizione in altri modi (ad esempio sul sito web del professionista per i contratti a distanza) o allegando le condizioni generali al buono d'ordine (per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali). Il professionista dovrebbe chiedere il consenso espresso del consumatore per qualsiasi pagamento oltre alla remunerazione per l'obbligo contrattuale principale del professionista”.

Tuttavia, tale considerazione non è presente nel testo definitivo della direttiva 2011/83/UE “sui diritti dei consumatori” promulgata il 25 ottobre 2011.