

E-COMMERCE



di

Michele Iaselli

La new economy

La New economy considera tutte le attività aziendali che fanno uso delle piattaforme di comunicazione quale mezzo principale per le transazioni e i contatti.

In sostanza si tratta di attività o iniziative che convergono all'affermazione della rete delle reti (internet) quale canale di commercio, ponendo le aziende in condizione di non sfuggire all'utilizzo delle nuove tecnologie anche perché è un grosso ausilio al contenimento dei costi.

Le principali attività che rientrano nell'ambito della new economy sono: **il commercio elettronico, la formazione a distanza, la telemedicina, il telelavoro.**

Origini dell'e-commerce

Sin dagli inizi degli anni '80, l'Unione Europea ha istituito una successione di programmi dedicati allo sviluppo di progetti che garantissero la costruzione di reti di comunicazione transeuropee: la gran parte di queste iniziative (ESPRIT, RACE, ACTS) sono orientati verso la ricerca e lo sviluppo, mentre altri cruciali strutture come TEDIS forniscono supporto al potenziamento dei sistemi EDI.

Nel 1994, in seguito alla richiesta del Consiglio Europeo, un gruppo di aziende europee di primaria importanza appartenenti al settore ICT (Information and Communication Technologies), indicarono la natura delle azioni specifiche da attivare in seno all'UE, al fine di accrescere e migliorare le infrastrutture informative europee: quattro delle dieci attività raccomandate sono orientate al rafforzamento del settore del commercio elettronico europeo.

All'interno della Commissione Europea, la responsabilità dei programmi di commercio elettronico viene affidata alla Direzione Generale III (Industria) e alla Direzione Generale XIII (Telecomunicazioni, Informazioni di mercato e Sfruttamento della Ricerca). Quest'ultima coordina e dirige progetti innovativi come **SEMPER** (Secure Electronic Marketplace for Europe), consorzio industriale fondato in collaborazione con la UE per lo sviluppo di un modello sicuro di contrattazione che abbracci l'intero ciclo commerciale della transazione, **BOLERO**, indagine esplorativa circa la sicurezza del commercio paperless e **IDA** (Interchange of Data between Administration) diretto all'attuazione di circuiti di scambio della documentazione amministrativa tra le agenzie nazionali ed europee nei settori della sanità, della sicurezza sociale e degli adempimenti doganali.

Un mercato europeo delle TLC effettivamente concorrenziale, promuove una più efficace competizione tra gli operatori già insediati e quelli di nuova creazione, induce una riduzione dei prezzi dei servizi e dei prodotti di telecomunicazione, l'introduzione di piani tariffari flessibili e favorevoli agli utilizzatori aziendali e individuali agendo da formidabile incentivo allo sviluppo del commercio elettronico.

Nel contesto internazionale, l'accordo sulle tecnologie dell'informazione ITA (Information Technology Agreement) e gli accordi di reciproco riconoscimento della valutazione di conformità MRA (Mutual Recognition Agreement) hanno garantito la graduale eliminazione delle tariffe sui prodotti IT entro il 2000 e il riconoscimento delle procedure di certificazione del paese esportatore, cosicché la sensibile riduzione dei costi telecomunicativi e l'abbattimento delle barriere tariffarie, hanno rafforzato l'intero settore del commercio elettronico europeo.

La Commissione Europea ha contribuito al superamento delle barriere di tipo tecnologico conferendo speciale importanza al commercio elettronico nei propri programmi e riunendo le attività collegate: ha fornito soluzioni semplici e di agevole impiego per l'utilizzatore, idonee a gestire per via elettronica ciascuna fase della catena delle transazioni; ha agevolato una diffusa adozione del commercio elettronico, specialmente da parte delle PMI, consentendo loro di avviarsi e di restare aggiornate grazie alle tecnologie di rete.

Problemi di sviluppo dell'e-commerce in Europa

Gli sviluppi tecnologici e i progetti di promozione dell'adozione del commercio elettronico nell'ambito dei programmi di ricerca e sviluppo dell'UE si sono concentrati sull'offerta di una vasta gamma di elementi modulari interoperabili e compatibili con le piattaforme elettroniche internazionali di contrattazione tali da includere soluzioni per i servizi di pagamento, la gestione dei diritti di proprietà intellettuale, la imposizione fiscale, la certificazione dell'identità dei contraenti.

L'Unione Europea ha riconosciuto la insostituibilità del ruolo della cooperazione industriale e tecnologica internazionale, strumento indispensabile per affrontare la dimensione globale del fenomeno, segnatamente nei settori della sicurezza del commercio elettronico, dei pagamenti elettronici internazionali, della attivazione su vaste aree del mercato di efficienti servizi di supporto multilingue.

Le speranze di sviluppo del commercio elettronico europeo, sono, analogamente al mercato statunitense, riposte nelle capacità delle amministrazioni nazionali di creare ambienti elettronici di contrattazione affidabile e confortevoli: i consumatori e le imprese debbono essere certi che le rispettive transazioni non siano intercettate o modificate, che l'identità del venditore/acquirente sia effettivamente corrispondente alla verità, che siano accessibili meccanismi per effettuare le transazioni in modo legittimo.

Nutrite preoccupazioni si affollano intorno all'identità e alla solvibilità dei fornitori, all'effettiva ubicazione degli stessi, agli effetti giuridici sorgenti dall'esecuzione dei contratti a distanza, all'integrità delle informazioni, alla protezione dei dati personali e della vita privata, all'affidabilità dei pagamenti, alla rivalsa in caso di errori o di frode, ai possibili abusi di posizione dominante.

Principi fondamentali per una legislazione europea uniforme in tema di e-commerce

Evitare forme di regolamentazione fini a se stesse.

In molti casi, la libera circolazione dei servizi del commercio elettronico può essere efficacemente conseguita tramite il reciproco riconoscimento delle regolamentazioni nazionali e appropriati codici di autoregolamentazione: le imprese impegnate in attività commerciali transfrontaliere si conformano alla legislazione del paese d'origine ("controllo del paese d'origine"). L'intervento comunitario è necessario solo qualora il reciproco riconoscimento non sia sufficiente ad eliminare gli ostacoli presenti sul mercato o a tutelare gli obiettivi d'interesse generale.

La regolamentazione deve essere basata sulle libertà che caratterizzano il mercato unico. Il commercio elettronico abbraccia un'ampia gamma di attività transfrontaliere. Indipendentemente dal fatto che le imprese impegnate nel commercio elettronico forniscano una o più merci e/o servizi, le direttive europee dovranno garantire la libertà di esercitare tale attività in modo agevole ed efficiente, nel pieno rispetto di tutte le libertà offerte dal mercato unico: la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali e la libertà di stabilimento.

La regolamentazione deve rispettare le specificità delle realtà commerciali. In qualsiasi attività di commercio elettronico, l'operatore deve poter avviare un'attività, promuovere i propri prodotti o servizi, venderli, distribuirli e provvedere al loro finanziamento; spesso non essendo necessario ricorrere alle previsioni normative per affrontare i problemi esistenti o potenziali connessi al ciclo della transazione commerciale. Qualora invece ciò sia necessario, la legislazione deve agevolare lo svolgimento delle operazioni lungo tutta la catena commerciale.

La regolamentazione deve soddisfare in modo efficace ed efficiente gli obiettivi d'interesse generale. Il mercato unico del commercio elettronico si svilupperà soltanto se saranno efficacemente tutelati gli obiettivi di cui è stato riconosciuto l'interesse generale, quali la protezione della vita privata e la tutela del consumatore e altri interessi pubblici quali l'accesso generalizzato alle reti telematiche.

La Direttiva n. 200/31/CE

In materia di commercio elettronico la norma comunitaria fondamentale è rappresentata dalla Direttiva n. 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 8 giugno 2000 pubblicata il 17 luglio 2000 nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee.

La normativa ha subito un processo di «mutazione» genetica dovuto principalmente all'interesse che ha accompagnato lo sviluppo del commercio elettronico ed ha avuto una accelerazione decisiva dopo lo svolgimento del vertice straordinario dei Capi di Stato e di Governo svoltosi a Lisbona, il 23 e 24 marzo 2000, il cosiddetto «Consiglio.com» interamente dedicato allo sviluppo delle nuove tecnologie, del commercio elettronico e della formazione.

La Direttiva è indirizzata a favorire l'armonizzazione del quadro giuridico europeo di settore, eliminando gli ostacoli che attualmente limitano lo sviluppo del commercio elettronico e stimolando la libera circolazione dei servizi legati alla società dell'informazione.

Come si legge nei “considerando” che ne precedono il testo, la Direttiva si prefigge lo scopo di garantire un elevato livello di integrazione giuridica comunitaria, instaurando un vero e proprio (ciber)spazio europeo senza frontiere interne.

Si tratta indubbiamente di una sfida importante, che in prospettiva dovrebbe portare ad un aumento degli investimenti nel campo dell'innovazione, specialmente da parte delle piccole e medie imprese europee, con un conseguente rafforzamento della loro competitività nel mercato globale ed una crescita dell'occupazione.

È peraltro evidente la necessità di garantire, nel corso di tale processo, un alto livello di tutela degli obiettivi d'interesse generale, quali la libertà d'espressione, la protezione dei minori e della dignità umana, la tutela del consumatore e della sanità pubblica. Proprio a tale proposito, la nuova Direttiva richiama espressamente le numerose direttive in vigore, ad esempio in materia di protezione dei consumatori, di tutela della privacy, di pubblicità ingannevole, di credito al consumo, di sicurezza dei prodotti e responsabilità del produttore.

Le previsioni complessive della Direttiva

I settori affrontati dal legislatore comunitario formano oggetto di una catalogazione contenuta nell'art. 1, 2° punto della Direttiva e riguardano: la disciplina giuridica dello stabilimento dei prestatori di beni o servizi della società dell'informazione, il regime delle comunicazioni commerciali, la disciplina dei contratti per via elettronica, la responsabilità degli intermediari, i codici di condotta, la composizione extragiudiziarie delle controversie, i ricorsi giurisdizionali e la cooperazione tra Stati membri.

Ostacoli allo sviluppo dei servizi della società dell'informazione

Gli ostacoli derivano principalmente da:

- Divergenze tra legislazioni nazionali;
- Incertezza giuridica dei regimi nazionali applicabili;
- Incertezza sull'ampiezza del controllo che gli Stati membri possono esercitare sui servizi provenienti da un altro Stato membro.

Obiettivi della Direttiva

Evitare la frammentazione del mercato interno, ovvero instaurare un vero e proprio spazio senza frontiere interne per i servizi della società dell'informazione (libera circolazione dei servizi della Società dell'informazione tra gli Stati membri), affinché i cittadini e gli operatori europei possano usufruire appieno e al di là delle frontiere delle opportunità offerte dal commercio elettronico.

Rafforzare la posizione di negoziato
dell'Unione Europea nelle sedi
internazionali.

Evitare incertezze circa la competenza delle varie autorità nazionali per garantire efficacemente la libera circolazione dei servizi e la certezza del diritto per i prestatori e i loro destinatari, questi servizi devono essere sottoposti soltanto alla normativa dello Stato membro nel quale il prestatore è stabilito (Principio dello Stato d'origine).

L'oggetto della Direttiva

La Direttiva nel complesso riunisce una serie di disposizioni eterogenee accomunate dal requisito del mezzo utilizzato per porre in essere una attività legata alla «società dell'informazione»: **la rete telematica.**

La finalità della norma, come espressa dalla prima proposta di Direttiva, è quella di istituire un quadro normativo omogeneo applicabile al commercio elettronico, al fine di consentire la libera prestazione, all'interno di ciascun Stato membro, dei «servizi della società dell'informazione caratterizzati da una prestazione normalmente fornita dietro remunerazione, a distanza e mediante strumenti elettronici su richiesta individuale del prestatore del servizio».

Il termine di «società dell'informazione» sembra essere particolarmente generico e onnicomprensivo pur essendo già stato usato in altri provvedimenti comunitari, per esempio all'interno della Direttiva 98/34/CE, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione, e nella 98/84/CE, sulla tutela dei servizi ad accesso condizionato.

I maggiori dubbi hanno riguardato l'effettivo intento perseguito dal legislatore se cioè la Direttiva intendesse riferirsi al commercio elettronico svolto tramite la rete Internet, (vendita di beni e servizi effettuata mediante l'uso della rete telematica) ovvero dovesse ricomprendere anche ipotesi costituenti commercio elettronico in senso lato, e cioè la fornitura di beni e servizi tramite canali alternativi alla rete telematica quali - ad esempio - i servizi prestati tramite la telefonia o i servizi televisivi digitali che fanno sempre parte dei «servizi della società dell'informazione» (vedi i servizi teleshopping e il video on-demand).

Per fugare i dubbi la definizione sopraccitata è stata modificata, mentre il diciassettesimo «considerando» della versione definitiva effettua un esplicito riferimento alle attività escluse dall'ambito di applicazione della disciplina comunitaria, e fra queste vengono ricompresi i servizi televisivi interattivi diretti allo svolgimento di attività di commercio elettronico che ricadono nell'ambito di applicazione della già citata Direttiva 98/34/CE, la c.d. Direttiva «Televisione senza frontiere».

Un altro importante settore escluso è quello della fiscalità in rete disciplinata in particolare dalla Direttiva 2002/38/CE del 7 maggio 2002 con la quale sono state dettate le nuove regole del commercio elettronico diretto il cui recepimento era previsto entro il 1° luglio 2003. Queste nuove regole sono vincolanti soltanto per un periodo di tre anni. La direttiva prende in considerazione solo il commercio elettronico diretto, risolvendo tutte quelle problematiche che si erano poste nei confronti degli operatori extraeuropei che intrattenevano rapporti di scambio con i residenti nella UE.

Principali aspetti della disciplina comunitaria

Lo status giuridico dei prestatori di servizi telematici

La Direttiva affronta all'art 4 il problema dello «**status giuridico**» dei prestatori di servizi telematici. La disposizione esprime due principi che potrebbero sembrare in antitesi tra loro: da un lato infatti ribadisce il principio di ordine generale secondo cui la fornitura di servizi telematici non deve essere soggetta ad alcuna forma di autorizzazione amministrativa, e dall'altro impone un controllo sull'effettivo luogo di prestazione dei servizi telematici, stabilendo che la presenza sulla rete in un determinato luogo virtuale non può sottrarre il soggetto, il quale eserciti il commercio elettronico, dal fornirsi di una sede fisica e geografica che deve essere il luogo giuridico della propria attività professionale.

La definizione precisa fornita dalla Direttiva è lo «**stabilimento**» all'interno della UE: il «prestatore stabilito» è colui che esercita effettivamente e a tempo indeterminato un'attività economica mediante un'installazione stabile; mentre la sola presenza o l'uso di mezzi tecnici e di tecnologie per effettuare il servizio non costituiscono uno stabilimento del prestatore. Scopo della norma è evitare che alcuni operatori tentino di sottrarsi alla regolamentazione, stabilendo al di fuori della UE le tecnologie necessarie a prestare il servizio on line .

Per quel che riguarda il principio dell'assenza di autorizzazione preventiva viene lasciata comunque ad ogni Stato la potestà decisoria in materia. La Francia, ad esempio, ha già deciso che in particolari settori l'esercizio del commercio on line debba essere soggetto ad una autorizzazione del «Procureur de la Republique», mentre la Danimarca ha stabilito che le attività professionali in rete non debbano essere soggette ad alcuna autorizzazione preventiva.

Le informazioni generali e quelle commerciali

Le informazioni che devono essere fornite da colui che offre beni o servizi per via telematica sono oggetto degli artt. 5 e 6 della Direttiva, rispettivamente intitolate «informazioni generali da fornire» e «comunicazioni commerciali - informazioni da fornire». Le norme si devono considerare complementari alla disciplina delle informazioni che il consumatore ha diritto di ricevere in base all'art. 4 della Direttiva 7/97 sui contratti conclusi a distanza che si applica in via generale a tutte le relazioni contrattuali, e quindi anche alle transazioni di commercio elettronico.

Quest'ultima norma impone al fornitore l'obbligo di informare il consumatore sui dati identificativi del fornitore, sulle caratteristiche essenziali del bene o del servizio offerto e del loro costo, nonché delle modalità di pagamento e di consegna del bene o più in generale di esecuzione del contratto. L'informazione obbligatoria «**va fornita in modo chiaro e comprensibile e con ogni mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione impiegata, osservando, in particolare, i principi di lealtà in materia di transazione commerciale**».

La Direttiva non aggiunge a tale prescrizione, di per sé esaustiva, particolari novità limitandosi a fornire in materia di comunicazioni commerciali alcune precisazioni tipiche del commercio telematico stabilendo, infatti, che le informazioni commerciali devono essere chiaramente identificabili così come debbono essere riconoscibili le informazioni commerciali costituenti offerte promozionali ovvero concorsi a premi et similia .

Spamming e riservatezza

La Direttiva affronta anche il tema della comunicazione commerciale non sollecitata: infatti l'art. 7 fornisce una soluzione regolamentare del c.d. spamming, l'invio cioè di posta elettronica non richiesta agli utenti titolari di caselle di posta elettronica. La tutela del consumatore viene resa effettiva mediante prescrizioni analoghe a quelle presenti nell'articolo 10, paragrafo 2, della Direttiva 97/7/CE ed all'art. 12, paragrafo 2, della Direttiva 97/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sul trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni.

La tutela dell'utente telematico, in assenza di esplicite definizioni normative è stata realizzata indirettamente dalle misure di autotutela adottate dagli Internet Service Providers, che provvedono a sospendere l'invio alla casella di posta elettronica dei propri abbonati di tutti i messaggi provenienti da un operatore mediante il quale si esercita lo spamming.

La misura cautelare genera spesso un danno alla attività dell'incolpevole fornitore di caselle di posta elettronica e dei suoi abbonati, i quali se intendono inviare un messaggio ad un soggetto che ha la propria casella di posta presso il provider che ha adottato la misura di ritorsione, si vedono opporre un netto rifiuto all'invio dell' e-mail.

Gli stessi utenti telematici hanno creato sistemi di autotutela basati sul principio della ritorsione come l'esercizio della c.d. reazione flaming. Essa consiste nell'invio di numerosi annunci di protesta nelle caselle degli operatori colpevoli dell'invio di unsolicited-mail con il conseguente blocco del sistema del sollecitatore telematico.

La proposta originaria della Direttiva era l'applicazione del principio **opt-in** consistente nel divieto di invio della informazione commerciale senza una accettazione preliminare da parte del destinatario.

Nonostante questa forma di tutela sembri idonea a preservare il consumatore garantendogli la più ampia libertà di scelta in ordine al comportamento da adottare non è questa la soluzione adottata dal legislatore comunitario né, sia detto per inciso, da quello statunitense.

All'opposto vi è la tendenza a regolare il fenomeno della informazione commerciale non sollecitata, esigendo un comportamento attivo di rifiuto preliminare da parte del destinatario il quale ha l'onere di iscriversi in determinati registri c.d. orange-books per non ricevere la posta non sollecitata. Tale principio viene definito **opt-out**.

La Direttiva esprime questo secondo principio e stabilisce l'onere preliminare di inclusione delle persone fisiche all'interno di registri «negativi» che le società di telemarketing sono obbligate a consultare, prima dell'invio della comunicazione commerciale non sollecitata.

Validità del contratto telematico

Il riconoscimento della validità e della efficacia della contrattazione elettronica costituisce oggetto della 3^a sezione della Direttiva che si ispira in alcuni passaggi ad un documento delle Nazioni Unite in materia di commercio elettronico: la legge-modello predisposta dall'UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) sull'efficacia delle transazioni elettroniche che, però, difetta di alcuni importanti requisiti quali l'efficacia generalizzata ed il riferimento alla disciplina inderogabile a tutela del consumatore.

L'elemento più importante ed innovativo della Direttiva è costituito dall'art. 11 sul momento conclusivo del contratto telematico che rappresenta la novità più rilevante, almeno in termini formali, rispetto alla analoga disciplina prevista dal codice italiano.

Gli artt. 1326 e 1335 c.c. infatti dispongono che il contratto si considera concluso quando l'accettazione perviene all'indirizzo del proponente, salvo che questi dimostri di essere stato - senza sua colpa - nell'impossibilità di averne notizia. La Direttiva sul commercio elettronico invece rende operativa la presunzione di conoscenza dal momento in cui il destinatario del messaggio ha la possibilità di accedervi e impone al proponente di comunicare all'accettante la ricezione dell'accettazione.

La comunicazione dell'avvenuta ricezione dell'accettazione, che può essere fornita anche tramite e-mail, costituisce dunque il momento di conclusione del contratto telematico, non essendo più necessaria - al contrario - una conferma ulteriore da parte dell'utente in merito al ricevimento della ricevuta di ritorno, prevista nella prima proposta di Direttiva.

Il profilo della **sottoscrizione del contratto telematico** non ha ricevuto invece una analoga attenzione: la Direttiva non fornisce indicazioni sul valore giuridico della sottoscrizione elettronica, lasciando volutamente aperta la strada a forme di sottoscrizione del contratto diverse dall'utilizzo della crittografia a chiavi asimmetriche, necessaria per la conclusione del contratto secondo firma digitale, che costituiva l'originaria soluzione del nostro ordinamento.

È evidente la prudenza del legislatore comunitario nello stabilire principi che possano entrare in contrasto da un lato con la prassi contrattuale affermata negli anni di vigenza della rete telematica e che sostanzia nella stipula dei contratti c.d. point and click che non prevedono l'utilizzo della firma digitale, e dall'altro con la disciplina dettata dalla Direttiva 1999/93/CE del 13 dicembre 1999 relativa ad un quadro comunitario per le firme elettroniche, che, nel definire il concetto di firma elettronica, si discosta in parte dalla soluzione tecnica della firma digitale.

Tuttavia il profilo della sottoscrizione, che il legislatore comunitario ha ritenuto di affrontare in un provvedimento separato, non può essere dissociato da quello relativo alla validità del contratto e delle singole clausole: il riconoscimento della validità del contratto senza lo strumento della sottoscrizione elettronica produce un riconoscimento fittizio dello stesso contratto che non dispone così degli strumenti formali per poter produrre validamente i propri effetti.

Senza un meccanismo probatorio legalmente riconosciuto l'affermazione di principio contenuta nel punto 3 dell'art. 10 della Direttiva: «Le clausole e le condizioni generali di contratto proposte al destinatario devono essere messe a sua disposizione in modo che gli permetta di memorizzarle e riprodurle» rischia di divenire una affermazione priva di significato ove si pensi che la funzione della sottoscrizione è quella di tutelare il soggetto economicamente più debole consentendogli di ottenere una prova della avvenuta transazione.

Responsabilità degli intermediari

Per quanto attiene alle responsabilità degli intermediari la Direttiva propone un regime di responsabilità differenziata a seconda del ruolo effettivamente svolto dall'intermediario.

Nel caso in cui il servizio della società dell'informazione consista nella trasmissione di dati su una rete di comunicazione o nel consentire l'accesso ad una rete di comunicazione, l'intermediario prestatore di tale servizio non è responsabile delle informazioni trasmesse a condizione che non origini la trasmissione, non scelga il destinatario della trasmissione e non possa modificare le informazioni contenute nella trasmissione stessa. Si tratterebbe in questo caso dell'operatore di telefonia che non viene ritenuto responsabile per le comunicazioni che avvengono per il tramite della propria rete.

Se il servizio consiste nella trasmissione di informazioni fornite dal destinatario di un servizio su una rete di comunicazione, l'intermediario non è responsabile per la memorizzazione di tali dati (**キャッシング**) ove non modifichi le informazioni, si conformi alle condizioni di accesso e di aggiornamento delle informazioni, non impieghi la tecnologia per ottenere dati sull'impiego delle informazioni, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato. Viene in questo caso ipotizzata una limitazione di responsabilità che riguarda principalmente gli access providers, cioè coloro che consentono agli utenti di collegarsi alla rete telematica.

Infine, nel caso in cui il servizio consista nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio (**hosting**), l'intermediario non è responsabile delle informazioni memorizzate ove non sia a conoscenza dell'effettiva illiceità di tali informazioni, e sempre che, nel caso in cui venga a conoscenza dell'illiceità delle stesse, agisca immediatamente per rimuoverle.

L'art 15 della Direttiva detta una disposizione comune alle norme sulla responsabilità degli intermediari ribadendo il principio dell'assenza di un generale obbligo di sorveglianza da parte degli intermediari sulle attività degli utenti che utilizzano i loro servizi, un problema molto avvertito dagli internet providers, i quali temono però, che l'applicazione della norma, diretta a limitare la loro responsabilità sia in verità una forma di responsabilità oggettiva mascherata.

Nell'ultimo dei servizi appena nominati (l' hosting) il responsabile del sistema, per la natura stessa del servizio, ha sempre la possibilità di controllare i contenuti dei siti anche se tale controllo, soprattutto nelle imprese di grandi dimensioni, diviene difficilmente realizzabile.

Dunque l'obbligo di sorveglianza preventiva, improntato al concetto di conoscibilità della attività illecita escluso dalla Direttiva, diviene un obbligo generalizzato di sorveglianza successiva all'immissione dei dati in rete, senza che però sia specificato quale debba essere il regime probatorio della esclusione di responsabilità nei confronti del provider chiamato a rispondere, in qualità di corresponsabile del compimento di una attività illecita, posto che la conoscenza dei dati immessi nel sito, per le modalità di svolgimento del servizio, deve considerarsi presunta.

Composizione extragiudiziale delle controversie

L'art. 17 della Direttiva prevede che gli Stati membri provvedano affinché, in caso di dissenso tra prestatore e destinatario del servizio della società dell'informazione, la loro legislazione non ostacoli l'uso, anche per vie elettroniche adeguate, degli strumenti di composizione estragiudiziale delle controversie previste dal diritto nazionale.

Gli Stati membri devono adoperarsi affinché gli organi di composizione estragiudiziale delle controversie, in particolare di quelle relative ai consumatori, possano operare con adeguate garanzie procedurali per le parti coinvolte. Inoltre gli Stati membri devono facilitare la comunicazione alla Commissione da parte degli organi di composizione estragiudiziale delle controversie di tutte quelle decisioni significative sui servizi della società dell'informazione nonché ogni altra informazione su pratiche, consuetudini od usi relativi al commercio elettronico.

Le ragioni di uno sviluppo diverso fra Stati Uniti ed Europa

Sicuramente né l'Italia né l'Unione Europea hanno raggiunto, nel commercio elettronico, un grado di sviluppo paragonabile a quello degli Stati Uniti, senz'altro il concorrente al quale fare riferimento, e non solo in termini statistici. Le ragioni sono molteplici: alcune di esse hanno natura, per così dire, funzionale, altre di tipo strutturale.

Per quanto riguarda il primo gruppo, anche se gli abitanti dell'Europa superano in numero quelli degli Stati Uniti, questi ultimi possono vantare un bacino di utenti potenziali di gran lunga superiori al nostro. Il primo motivo è di tipo linguistico: mentre negli Stati Uniti si parla una sola lingua, le lingue ufficiali della comunità europea sono molte, ragion per cui, al fine di poter raggiungere un numero di potenziali acquirenti almeno equivalente a quello americano, dovremmo predisporre i servizi in una miriade di lingue.

Per quanto riguarda invece le ragioni di tipo strutturale, notiamo che il commercio in linea attuato da paesi membri dell'Unione Europea difficilmente si articola su una prospettiva internazionale. Se è vero, che alcuni articoli difficilmente potranno trovare la loro collocazione all'interno del mercato telematico, è anche altrettanto vero che in molti casi non si è neanche provato, o se li si è fatto, non ci siamo minimamente preoccupati di sfruttare quella che per tanti aspetti è la carta vincente di Internet: la sua globalità.

Mediante una interazione reale e funzionale tra legislazione, tecnologia ed elaborazione di codici di condotta, usi commerciali e la possibilità di vedere le pubbliche amministrazioni come fruitori dei servizi, il progetto denominato e-Europe dovrebbe consentire il rapido sviluppo dell'e-commerce.

Accanto ad un'iniziativa legislativa a livello di Direttiva, capace di designare l'ambito di applicazione e delle norme ed il loro recepimento all'interno dei singoli organismi nazionali, il progetto si propone di favorire la diffusione dello strumento digitale tra le giovani generazioni, all'uopo provvedendo mediante facilitazioni di accesso alla rete e maggiore economicità dello stesso; sviluppare la possibilità di uso della rete per fini istruttivi, ed il relativo uso da parte degli studenti; l'introduzione delle *smart card* in grado di garantire pagamenti più sicuri effettuabili tramite Internet; lo stanziamento di capitali di rischio per le imprese che decidano di dedicarsi a questa nuova forma di commercio.

Ma forse il motivo predominante che giustifica il notevole sviluppo del commercio elettronico negli Stati Uniti rispetto ai paesi europei è rappresentato dalla tradizione liberista statunitense che tende, in ogni caso, a favorire il commercio in tutte le sue forme.

Nell'ottobre del '98 è stata varata **l'Internet tax freedom Act**, una legge che blocca - per tre anni - ogni tassa o nuova regolamentazione governativa sul commercio elettronico. Nella seconda sezione della legge, che ritroviamo riassunta nel sito governativo del senato statunitense, si legge che "l'uniformità, la semplicità e la correttezza sono necessarie per fare in modo che la tassazione sull'attività che si svolge in Rete, non finisca per rallentare l'espansione del commercio on line."

La normativa italiana in tema di e-commerce

E' stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 87 del 14 aprile 2003 il Decreto Legislativo n. 70 del 9 aprile 2003 che ha dato attuazione alla direttiva n. 2000/31/CE. Il Decreto in argomento è, difatti, diretto a promuovere la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione, fra i quali il commercio elettronico ed è entrato in vigore il 14 maggio 2003.

Il provvedimento nel rispetto dei principi sanciti dalla legge comunitaria del 1° marzo 2001 n. 39 (la quale ha disposto le modalità della delega al Governo con riferimento all'attuazione della Direttiva sull'e-commerce), si è mantenuto piuttosto “fedele” alla Direttiva anche nella disciplina di alcune situazioni che avrebbero meritato un opportuno chiarimento specie in sede nazionale.

Il legislatore nazionale in conformità alla Direttiva comunitaria ha disciplinato alcuni settori fondamentali che formano oggetto di una catalogazione contenuta nell'art. 1, 2° punto della Direttiva e cioè: la disciplina giuridica dello stabilimento dei prestatori di beni o servizi della società dell'informazione, il regime delle comunicazioni commerciali, la disciplina dei contratti per via elettronica, la responsabilità degli intermediari, i codici di condotta, la composizione extragiudiziarie delle controversie, i ricorsi giurisdizionali e la cooperazione tra Stati membri.

Innanzitutto il legislatore ha provveduto ad individuare con precisione l'ambito di applicazione del decreto e cioè il commercio elettronico svolto tramite la rete Internet (vendita di beni e servizi effettuata mediante l'uso della rete telematica) per cui al 2° comma dell'art. 1 sono state escluse alcune materie.

Materie escluse

I rapporti fra contribuente e amministrazione finanziaria connessi con l'applicazione, anche tramite concessionari, delle disposizioni in materia di tributi nonché la regolamentazione degli aspetti tributari dei servizi della società dell'informazione, fra i quali il commercio elettronico; tutte le questioni relative al diritto alla riservatezza; le intese restrittive della concorrenza; le prestazioni di servizi della società dell'informazione effettuate da soggetti stabiliti in Paesi non appartenenti allo spazio economico europeo; le attività, dei notai o di altre professioni, nella misura in cui implicano un nesso diretto e specifico con l'esercizio dei pubblici poteri; la rappresentanza e la difesa processuali; i giochi d'azzardo, i giochi di fortuna, compresi il lotto, le lotterie, le scommesse, i concorsi pronostici e gli altri giochi come definiti dalla normativa vigente, nonché quelli nei quali l'elemento aleatorio è prevalente.

L'art. 2 del Decreto riprende in pieno le disposizioni dell'art. 2 della Direttiva comunitaria e, in ossequio alle recenti modalità di drafting del nostro legislatore, ancor prima di dettare la disciplina normativa, fornisce una serie di definizioni delle principali figure soggettive e non, che si incontrano nel provvedimento. Si pensi al *prestatore*, al *prestatore stabilito*, al *destinatario del servizio*, al *consumatore* oppure ai *servizi della società dell'informazione*, alle *comunicazioni commerciali*, alla *professione regolamentata*, all'*ambito regolamentato*.

L'art. 3 del Decreto stabilisce, nel pieno rispetto di quanto prescritto dalla Direttiva, che “i servizi della società dell'informazione forniti da un prestatore stabilito sul territorio italiano si conformano alle disposizioni nazionali applicabili nell'ambito regolamentato e alle norme del presente decreto” salvaguardando la disciplina compatibile già applicabile al commercio elettronico prima dell'entrata in vigore del decreto stesso.

L'art. 7 del Decreto definisce le informazioni obbligatorie generali che devono essere fornite dal prestatore di un servizio ai destinatari del servizio stesso ed alle competenti autorità nonché le modalità per renderle accessibili, in modo facile, diretto e permanente.

Il fornitore ha l'obbligo di informare il consumatore sui dati identificativi del fornitore, sulle caratteristiche essenziali del bene o del servizio offerto e del loro costo, nonché delle modalità di pagamento e di consegna del bene o più in generale di esecuzione del contratto. L'informazione obbligatoria va fornita in modo chiaro e comprensibile e con ogni mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione impiegata, osservando, in particolare, i principi di lealtà in materia di transazione commerciale.

La norma specifica al 3° comma che l'obbligo di registrazione della testata editoriale telematica si applica esclusivamente alle attività per le quali i prestatori del servizio intendano avvalersi delle provvidenze previste dalla legge 7 marzo 2001, n. 62, o che comunque ne facciano specifica richiesta.

L'art. 8 del Decreto ricalcando l'art. 6 della Direttiva definisce in maniera più accurata gli obblighi di informazione della comunicazione commerciale intesa come quella “forma di comunicazione destinata, 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”.

L'art. 9 del Decreto di attuazione disciplina il fenomeno del c.d. "spamming" o comunicazione commerciale non sollecitata e questa è sicuramente una delle questioni più problematiche che il legislatore nazionale affronta e regola in maniera parzialmente difforme dal legislatore comunitario.

Il Decreto di attuazione sembra essere più aderente al principio dell'opt-in, accolto nella prima stesura della Direttiva, disponendo che il destinatario abbia la possibilità di identificare immediatamente, la comunicazione commerciale non sollecitata, senza doverla aprire. In sostanza, la comunicazione commerciale non sollecitata deve potersi distinguere dalle altre comunicazioni che il destinatario riceve al proprio domicilio informatico, con la facoltà di poter cestinare il messaggio senza doverlo leggere.

L'art. 10 del Decreto riprendendo l'art. 8 della Direttiva disciplina, invece, l'uso delle comunicazioni commerciali nelle professioni regolamentate. L'importanza della materia e la considerazione che l'ambito delle professioni regolamentate costituisce un capitolo a sé rispetto al generale esercizio della attività commerciale, e soprattutto i dubbi espressi dalle associazioni di categoria, ha suggerito al legislatore comunitario, e di conseguenza anche a quello nazionale, che ha recepito lo spirito della Direttiva, la creazione di un articolo apposito, l'art. 8 della Direttiva e l'art. 11 del Decreto di recepimento, dedicato interamente alla risoluzione delle problematiche relative alle professioni regolamentate.

In particolare è previsto che l'impiego di comunicazioni commerciali che costituiscono un servizio della società dell'informazione o ne sono parte, fornite da chi esercita una professione regolamentata, siano autorizzate nel rispetto delle regole professionali relative (deontologia professionale), in particolare, all'indipendenza, alla dignità, all'onore della professione, al segreto professionale e alla lealtà verso clienti e colleghi.

Fatta salva l'autonomia delle associazioni e organizzazioni professionali, l'art. 18 del Decreto di attuazione favorisce, inoltre, l'elaborazione di determinati codici di condotta da trasmettere al Ministero delle Attività Produttive ed alla Commissione Europea che oltre ad evitare violazioni dei diritti, garantire la protezione dei minori e salvaguardare la dignità umana possano precisare anche le informazioni consentite a fini di comunicazioni commerciali.

L'art. 12 del Decreto di recepimento prescrive, inoltre, ulteriori informazioni, in aggiunta a quelle già previste che il prestatore, salvo diverso accordo tra parti che non siano consumatori, deve fornire in modo chiaro, comprensibile ed inequivocabile, prima dell'inoltro dell'ordine da parte del destinatario del servizio. Tali informazioni si vanno ad aggiungere agli altri obblighi informativi previsti per specifici beni e servizi nonché a quelli stabiliti dall'articolo 3 del decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185.

Si tratta di informazioni attinenti alle varie fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto; al modo in cui il contratto concluso sarà archiviato e le relative modalità di accesso; ai mezzi tecnici messi a disposizione del destinatario per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine al prestatore; agli eventuali codici di condotta cui aderisce e come accedervi per via telematica; alle lingue a disposizione per concludere il contratto oltre all'italiano; all'indicazione degli strumenti di composizione delle controversie.

Ma l'elemento più importante ed innovativo del Decreto è costituito dall'art. 13 sul momento conclusivo del contratto telematico che rappresenta la novità più rilevante, almeno in termini formali, rispetto alla analoga disciplina prevista dal codice italiano.

Il legislatore nazionale, in questo caso, ha riprodotto fedelmente quanto disposto dall'art. 11 della Direttiva nel momento in cui sancisce che salvo differente accordo tra parti diverse dai consumatori, il prestatore deve, senza ingiustificato ritardo e per via telematica, accusare ricevuta dell'ordine del destinatario e principalmente **l'ordine e la ricevuta si considerano pervenuti quando le parti alle quali sono indirizzati hanno la possibilità di accedervi.**

Gli artt. 14, 15 e 16 riprendono fedelmente le disposizioni della Direttiva in merito alla responsabilità dei prestatori intermediari con riferimento all'attività di semplice trasporto, caching ed hosting.

In tutti questi casi l'Autorità giudiziaria o quella amministrativa competente possono esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio della propria attività, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse.

L'art. 19 del Decreto prevede in caso di dissenso fra prestatore e destinatario del servizio della società dell'informazione la composizione extragiudiziale delle controversie che può adeguatamente avvenire anche per via telematica (ADR on line).

L'art. 21 del Decreto, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 20 della Direttiva, determina il pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria che va da un minimo di 103 euro fino ad un massimo di 10.000 euro in caso di violazione delle disposizioni di cui agli articoli 7, 8, 9, 10 e 12 lasciando, quindi, una notevole discrezionalità nell'applicazione della misura della sanzione da parte delle Autorità competenti.

**Normativa preesistente
applicabile**

Il mercato interno è disciplinato dal **d.lgs. n. 114 del 31 marzo 1998** (detto anche decreto Bersani), relativo alla riforma della disciplina del commercio, che all'art. 21 prevede espressamente il commercio elettronico stabilendo che il Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato promuove l'introduzione e l'uso del commercio elettronico con azioni aventi determinate finalità.

Tali finalità sono: sostenere una crescita equilibrata del mercato elettronico; tutelare gli interessi dei consumatori; promuovere lo sviluppo di campagne di informazione ed apprendimento per operatori del settore ed operatori del servizio; predisporre azioni specifiche finalizzate a migliorare la competitività globale delle imprese, con particolare riferimento alle piccole e alle medie, attraverso l'utilizzo del commercio elettronico; favorire l'uso di strumenti e tecniche di gestione di qualità volte a garantire l'affidabilità degli operatori e ad accrescere la fiducia del consumatore; garantire la partecipazione italiana al processo di cooperazione e negoziazione europea ed internazionale per lo sviluppo del commercio elettronico.

Il secondo comma della norma in esame prevede la possibilità per il Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato di stipulare convenzioni e accordi di programma con soggetti pubblici o privati interessati, nonché con associazioni rappresentative delle imprese e dei consumatori.

Sullo sviluppo delle attività di commercio elettronico sono poi intervenute la **circolare n. 3487/C del 1° giugno 2000** del Ministero dell'Industria, la **legge 23 dicembre 2000 n. 388** nonché la **circolare Ministero Industria 10 aprile 2001, n. 379**. Senza scendere nel dettaglio delle norme amministrative va sottolineato che le stesse si riferiscono ad un meccanismo di vendita al dettaglio diretto essenzialmente ad un tipo di commercio interno, lasciando impregiudicata la questione della normativa applicabile alle transazioni dirette verso merci estere o fornite sulla rete telematica da soggetti virtualmente collocati in paesi terzi.

Quando la vendita si dirige nei confronti del consumatore finale e si può qualificare come espressione di commercio interno si dovranno rispettare in particolare le prescrizioni contenute nell'art. 18 del d.lgs. 114/98 sopra citato. Secondo tale disposizione occorre fornire una comunicazione al Comune specificando il settore merceologico di attività al fine di differenziare le vendite di prodotti alimentari, soggette ad un regime di controllo più penetrante, rispetto alle vendite di prodotti non alimentari sostanzialmente libere da controlli. L'attività potrà essere iniziata decorsi trenta giorni dal ricevimento della comunicazione da parte del Comune nel quale il titolare dell'impresa individuale ha la residenza o, nel caso di società, ove è ubicata la sede legale dell'impresa.

L'ambito di applicazione del decreto Bersani è stato precisato da disposizioni dettate dal Ministero dell'Industria che, con la circolare 3487/C del 1° giugno 2000, ha chiarito che la norma legislativa riconosce lo status di commerciante telematico solo a coloro che esercitano professionalmente l'attività imprenditoriale telematica, attribuendo quindi gli oneri di denuncia di inizio attività a coloro che esercitano in via continuativa e non occasionale l'attività di vendita.

Queste disposizioni sono
compatibili con il d.lgs. n.
70/2003?

I termini di riferimento per la valutazione della corretta costruzione di un modello contrattuale elettronico nei confronti del consumatore sono da individuarsi ancora nelle norme dettate dal d.lgs. 185/99, relativo alla stipula dei contratti a distanza.

Il provvedimento normativo, che detta una disciplina esaustiva di tutte le fasi di un contratto stipulato a distanza, prescrive una serie di obblighi a carico del fornitore, qualora questi agisca nel quadro della sua attività professionale, per ciascuna delle fasi contrattuali, in quanto correttamente il consumatore va tutelato nel momento in cui deve vagliare l'offerta (fase preliminare), quando decide di concludere l'accordo (fase della formazione) e quando deve ricevere ed effettuare le prestazioni concordate (fase della esecuzione). **Il medesimo decreto afferma all'art. 11 l'imperatività dei diritti riconosciuti in capo al consumatore e sancisce la nullità di ogni pattuizione in contrasto con essi.**

In linea di principio è possibile affermare che clausole essenziali nel contratto telematico sono quelle che prevedono gli **obblighi informativi a carico del fornitore**, la **concessione del diritto di recesso in favore del consumatore**, il **rispetto della riservatezza dei soggetti coinvolti nella transazione telematica** e la **tutela del contraente che aderisce allo schema predisposto dal fornitore**, tutela che viene realizzata essenzialmente mediante la **previsione di oneri di redazione per iscritto di alcuni elementi fondamentali**, quale ad esempio la **sottoscrizione**.



Obblighi informativi

Quanto alle clausole sugli obblighi di informazione, si osserva che esistono una serie di specifiche informazioni da mettere a disposizione del consumatore, previste dagli artt. 3 e 4 del d.lgs. 185/99, ovvero quelle relative all'identità del fornitore, alle caratteristiche del bene, al prezzo, alle spese di consegna, alle modalità del pagamento, alla forma di esecuzione del contratto, all'esistenza del diritto di recesso, alle modalità di restituzione del bene in caso di esercizio del diritto di recesso, alla durata della validità dell'offerta, alla durata minima del contratto in caso di prestazioni periodiche, alle condizioni e modalità dell'esercizio del diritto di recesso, all'indirizzo geografico del fornitore, all'assistenza, alla garanzia del bene o servizio ed alle condizioni di recesso di un contratto che sia di durata indeterminata o superiore all'anno.

Diritto di recesso

Il diritto di recesso potrebbe essere esercitato alla luce di due norme legislative e cioè l'art. 6 del d.lgs. 59/1992, che si riferisce alle vendite effettuate fuori dai locali commerciali ovvero l'art. 5 del d.lgs. n. 185/99.

Tenuto conto della regola generale in materia di successione di leggi nel tempo ed anche per il carattere più favorevole al consumatore della disciplina delle vendite a distanza, per i contratti stipulati dopo l'entrata in vigore della Direttiva appare evidente che debba applicarsi il d.lgs. 185/99.

La norma prevede che il diritto di recesso deve essere esercitato entro 10 giorni mediante l'invio al fornitore di una comunicazione con la quale il consumatore dichiara di voler recedere dal contratto, mediante lettera raccomandata con ricevuta di ritorno, senza dover specificare i motivi che sono alla base della sua decisione.

Eccezioni

Il diritto di recesso viene, tuttavia, escluso per i casi previsti dall'art. 5 punto 3, che tende comunque a garantire altresì l'affidamento in buona fede della controparte nella stabilità dell'accordo in alcune particolari fattispecie.

La prima esclusione, ad esempio, riguarda la fornitura di servizi il cui prezzo è legato a fluttuazioni dei tassi del mercato finanziario che il fornitore non è in grado di controllare; l'eccezione si spiega con la particolare natura aleatoria per entrambe le parti che ha determinato la diversa disciplina della collocazione a distanza dei prodotti finanziari, prevista dal Testo Unico sull'intermediazione finanziaria n. 58/98 e dalla successiva circolare Consob.

La seconda esclusione riguarda i negozi che si concludono direttamente con la fornitura della prestazione della rete telematica e si spiega alla luce delle modalità immediate di esecuzione delle cessioni di software che si effettuano mediante *downloading*. Infatti, al pari della vendita di software in confezioni sigillate, è evidente che l'acquisto di software che si effettua mediante *downloading* e contestuale conclusione del contratto mediante la pressione del tasto del computer, cd. *point and click*, equivale in sostanza ad uno strappo della confezione virtuale costituita dal programma che consente di scaricare il prodotto.

Le clause vessatoire

L'accordo on-line deve rispettare le regole dettate per le clausole abusive nei confronti del consumatore telematico. In primo luogo si ritiene appropriato il richiamo al combinato disposto degli artt. 1469-bis e 1469-quinquies, 2° comma n. 2 del codice civile in base al quale si considerano inefficaci le clausole che, pur essendo state oggetto di trattativa, escludono o limitano le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale, parziale o di adempimento inesatto.

Inoltre, nel contratto concluso tra un professionista e un consumatore, la clausola che recepisce un uso considerato dalla legge come vessatorio è inefficace se non è frutto di una trattativa individuale, come si desume implicitamente dall'art. 1469-ter che non esclude dal novero della vessatorietà le clausole riproduttive degli usi.

In definitiva, il richiamo agli usi in un contratto telematico deve essere oggetto di una specifica trattativa, che può essere effettuata tramite uno scambio di messaggi elettronici anche non digitalmente firmati, e deve, all'atto dell'approvazione, essere anche digitalmente siglato mediante i meccanismi certi di sottoscrizione per rispettare i parametri di legge sulla necessaria sottoscrizione delle clausole vessatorie.

Le clausole da sottoscrivere possono anche essere esterne al documento contrattuale purché immediatamente richiamabili attraverso la tecnica del “linking”, mediante la quale cliccando su un determinato richiamo ipertestuale contenuto in una pagina web è possibile aprire una diversa pagina dello stesso sito o addirittura di altro sito.

Tale dissociazione può comportare problemi tecnici che assumono rilevanza giuridica, come nel caso in cui il contratto rinvii ad una pagina web che non sia attiva per motivi indipendenti dalla volontà del predisponente. Inoltre occorre prevedere due meccanismi di sottoscrizione digitale differenti tra loro, uno per quanto riguarda la stipula del contratto e l'altro per l'approvazione delle singole clausole vessatorie. Quest'ultimo aspetto che appariva piuttosto contorto può essere oggi reso più semplice con la recente introduzione nel nostro ordinamento della firma elettronica "leggera".

Tutela della privacy

Come è noto il 1° gennaio 2004 è entrato in vigore il d.lgs. n. 196 del 30 giugno 2003 che ha adottato il “Codice in materia di protezione dei dati personali” meglio noto come “T.U. sulla privacy”.

Il provvedimento, sulla base dell'esperienza di 6 anni, riunisce in unico contesto la legge 675/1996 e gli altri decreti legislativi, regolamenti e codici deontologici che si sono succeduti in questi anni, e contiene anche importanti innovazioni tenendo conto della "giurisprudenza" del Garante e della direttiva UE 2000/58 sulla riservatezza nelle comunicazioni elettroniche.

Il codice ha confermato agli artt. 133 e segg. la previsione di appositi codici deontologici per regolamentare settori particolarmente delicati come Internet, la videosorveglianza, direct marketing, ecc.

Questi codici devono essere elaborati direttamente dalle parti interessate e quindi dagli utenti, dai consumatori, che potranno così difendersi dal pericolo derivante dall'uso improprio delle informazioni. L'intento è quello di pubblicarli sulla Gazzetta Ufficiale al fine di dotare gli stessi di una specifica forza prescrittiva e poter garantire: la trasparenza, la riservatezza, il corretto uso dei dati che viaggiano nella rete ricorrendo a degli strumenti elastici, in grado di adeguarsi rapidamente alle nuove esigenze dell'epoca attuale, adottando un modello già sperimentato per il passato in altri campi, come quello giornalistico.

La tutela della riservatezza viene in evidenza, in particolare, con riguardo a quattro aspetti fondamentali: **la raccolta dei dati personali; la tutela del cd. data log; i cookies; lo spamming.**

Raccolta dati personali

I formulari elettronici predisposti per registrare i dati personali dei contraenti devono osservare i principi della normativa sulla privacy e, quindi, il contratto, sia esso visibile all'interno del sito Internet, sia esso stipulato off-line, deve contenere precisi avvertimenti in ordine al trattamento dei dati personali della controparte contrattuale (art. 13 codice)

Le formule utilizzate per tutelare il diritto alla privacy degli utenti telematici sono varie e vanno dalla predisposizione di poche righe esplicative alla formulazione di vere e proprie clausole contrattuali che richiamano analiticamente le disposizioni normative.

In ogni caso, a prescindere dalla formula adottata, è essenziale che il soggetto, qualora raccolga i dati in occasione della stipula di un contratto via Internet, provveda a rendere edotto l'interessato dell'esistenza di un trattamento di dati e che, nel caso in cui intenda utilizzare tali dati per scopi diversi da quelli relativi alla stipula e all'esecuzione del contratto, provveda a richiedere il consenso scritto dell'interessato.

Data log

Il data log, è un registro elettronico, che il provider in genere custodisce, contenente notizie di carattere personale tali da identificare un navigatore.

La normativa sulla privacy impone al provider di informare dettagliatamente l'utente dell'esistenza di tale registro e della natura dei dati contenuti; l'utente dal suo canto deve prestare il proprio consenso, necessariamente per iscritto, qualora si tratti di dati sensibili. In particolare, l'art. 31 del codice prevede l'adozione di una serie di misure di sicurezza per la custodia ed il controllo dei dati. Tali prescrizioni tendono a ridurre al minimo, attraverso un'attività di controllo e custodia degli stessi, una serie di eventi che possono sintetizzarsi in tre punti: **distruzione o perdita, anche accidentale, dei dati; accesso non autorizzato; trattamento non consentito o non conforme alla finalità della raccolta.**

Cookies

I cookies sono particolari programmi che raccolgono informazioni circa i gusti, le abitudini dell'utente e, tramite il sito web consultato, le scaricano nella memoria interna del computer utilizzato per navigare. L'utilità pratica del cookie è innegabile per coloro che intendono pubblicizzare o addirittura orientare le scelte imprenditoriali tramite Internet, ma il programma presenta un contenuto contrario alle prescrizioni della Direttiva 95/46/CE sulla tutela dei dati personali e a quelle della normativa sulla privacy in generale.

Invero il cookie viola il disposto dell'art. 6 lettera e) della Direttiva Comunitaria secondo cui i dati personali devono essere "conservati in modo da consentire l'identificazione delle persone interessate per un arco di tempo non superiore a quello necessario al conseguimento delle finalità per le quali sono rilevati o sono successivamente trattati" e d'altra parte, poiché l'utente non è informato dell'esistenza del dato presso il proprio hard disk, si ipotizza la violazione degli artt. 10, 11 e 12 della stessa Direttiva laddove viene prescritta la necessaria informazione a colui che è oggetto del trattamento del dato e il consenso che deve essere prestato dall'utente per il diritto di accesso ai dati che riguardano la sua persona.

Riguardo la normativa italiana diversi autori ritengono che i cookies siano ormai vietati ai sensi dell'art. 122 del codice che recependo una nuova previsione della direttiva 58/2002 (art. 5, par. 3) vieta l'uso di una rete di comunicazione elettronica per accedere a informazioni archiviate nell'apparecchio terminale di un abbonato o di un utente, a fini di archiviazione di informazioni o di monitoraggio delle operazioni effettuate dall'utente medesimo.

Spamming

IL “triste” fenomeno è disciplinato dall’art. 130 del Codice che da’ piena attuazione al principio codificato nell’art. 13 della direttiva 2002/58 in base al quale l’uso di sistemi automatizzati di chiamata senza l’intervento di un operatore (dispositivi automatici di chiamata), del fax e della posta elettronica "a fini di commercializzazione diretta" e’ consentito solo "nei confronti degli abbonati che abbiano espresso preliminarmente il loro consenso" (c.d. opt-in).