

3 dicembre 2009 11:49

## Garante privacy: stop a fax, mail e telefonate selvaggi. Regole per le aziende e tutele per il consumatore vittime di spam (parte seconda)

di Deborah Bianchi\*



Cosa deve fare un utente nel caso sia vittima di spamming? Che i messaggi indesiderati provengano da fax, mail, sms o telefonate, quali sono le tutele a sua disposizione? Prosegue la disamina del problema, svolta in tre parti. La prima ha trattato l'inquadramento del problema e le regole attuali ([http://tlc.aduc.it/articolo/garante+privacy+stop+al+fax+selvaggio+spamming\\_16696.php](http://tlc.aduc.it/articolo/garante+privacy+stop+al+fax+selvaggio+spamming_16696.php)); la terza e' dedicata al telemarketing ([http://tlc.aduc.it/articolo/garante+privacy+stop+fax+mail+telefonate+selvaggi\\_16952.php](http://tlc.aduc.it/articolo/garante+privacy+stop+fax+mail+telefonate+selvaggi_16952.php)) e all'animoso dibattito tra legislatore e associazioni sull'introduzione dell'opt-out (ovvero la manifestazione del dissenso dopo il ricevimento della comunicazione indesiderata). La seconda, qui svolta, tratta:

- delle pronunzie giurisprudenziali
- delle strategie che il cittadino/azienda potrà adottare per ottenere tutela.

\*\*\*\*\*

Il problema maggiore in ipotesi di comunicazioni indesiderate si sostanzia nell'individuazione del mittente.

Spesso infatti la pioggia di messaggi indesiderati proviene da indirizzi e.mail o da numeri telefonici "riservati" la cui discovery risulta assai ardua se non impossibile dato che si servono di proxy server situati all'estero o addirittura di protocolli di anonimizzazione dell'IP (Internet Protocol che corrisponde alla targa del proprio computer come la targa della propria auto).

Vicende di questo tipo non riescono a trovare difesa in quanto risulta impossibile perseguire l'agente.

Nelle ipotesi in cui il mittente sia in chiaro, non ci sono grossi impedimenti a procurarsi tutela perché la vittima può intentare nei confronti dello spammer ricorso al Garante Privacy o ancora azione di risarcimento presso il giudice ordinario.

Le strategie a tutela del consumatore si sostanziano essenzialmente in due vie che possono essere assunte alternativamente o congiuntamente.

L'utente gabbato può rivolgersi sia al Garante Privacy sia al giudice ordinario ma con esiti differenti.

Il ricorso all'Authority assicura celerità nell'ottenimento della decisione, ma non può dare adito al risarcimento del danno.

Il ricorso alla giustizia ordinaria garantisce il risarcimento ma non assicura la rapidità del risultato.

### **QUALI STRATEGIE PER IL CONSUMATORE?**

#### **RICORSO AL GARANTE PRIVACY**

Il vantaggio offerto dal ricorso all'Authority consiste nella brevità con cui si ottiene una decisione (di regola circa 30

giorni).

L'inconveniente è che il Garante può ordinare allo spammer di porre termine alla propria attività (con conseguenze penali in caso di inosservanza di questo ordine) ma non può condannarlo al risarcimento del danno, questione di competenza del giudice ordinario.

Anche se il Garante non può emettere condanne al pagamento può tuttavia infliggere multe nell'esercizio della propria attività.

## **RICORSO AL GIUDICE ORDINARIO**

L'unico vantaggio offerto dal ricorso al giudice ordinario si sostanzia nella possibilità di ottenere il risarcimento del torto subito.

Per ottenere una pronuncia favorevole in materia di spamming è sufficiente provare di aver ricevuto un messaggio senza aver precedentemente fornito al mittente il proprio consenso all'invio.

Si considera che ad oggi il ristoro medio per un caso di spamming si aggiri tendenzialmente sui 1.000 euro, e di poco inferiore è il risarcimento per le spese di lite sostenute per instaurare il giudizio.

### **Spamming tramite e.mail**

Nell'area della posta elettronica un caso giurisprudenziale particolarmente interessante si legge nella sentenza del Giudice di pace di Napoli del 17 febbraio 2007 che ha accolto il ricorso promosso da un legale (destinatario di posta elettronica indesiderata) contro una banca di rilevanza nazionale.

Qui il giudice ha disposto il blocco dell'utilizzo dei dati personali del ricorrente da parte della società, condannandola al pagamento di 1.000 euro per risarcimento danni e di 830 euro per spese di lite.

Nella pronuncia, il Giudice di pace ha affermato che «per inviare un messaggio commerciale occorre o una esplicita richiesta da parte dell'utente, o un precedente contatto acquisito durante la vendita di un prodotto o di un servizio analogo a quello che si intende pubblicizzare, la mail pubblicitaria deve inoltre comprendere un semplice meccanismo di disiscrizione (n.d.r., dalla mailing list di chi invia il messaggio). La semplice presenza in rete di un indirizzo di posta elettronica non lo rende pubblico e utilizzabile senza il consenso dell'interessato».

Il danno risarcibile viene stigmatizzato negli «inconvenienti creati dalle perdite di tempo, nella tensione derivante dalle interferenze nella sfera privata, dalle interruzioni delle proprie abitudini e dall'alterazione della serenità necessari per svolgere l'attività lavorativa».

### **Spamming mediante sms**

Nell'area delle comunicazioni mobili e dei relativi messaggi sms vi è stata una pronuncia che ha inteso sanzionare in modo molto pesante l'agente della condotta lesiva.

Il riferimento è al Tribunale di Latina (sezione distaccata di Terracina) che con sentenza del 19 giugno 2006, è arrivato a quantificare (in via equitativa) il danno in oggetto in 1.000 euro per ciascun sms indesiderato (9.000 euro complessivamente) affermando che: «È evidente il danno subito dal ricorrente, costretto a controllare in continuazione i messaggi pervenutigli ed ad eliminare quelli indesiderati».

Tribunale di Latina, Sez. dist. di Terracina, 19 giugno 2006:

“Il fornitore del servizio di telefonia mobile può utilizzare a scopo commerciale il numero dell'utenza (prepagata o «ad abbonamento») solo se l'utente abbia manifestato previamente il proprio consenso. Tale principio non può essere eluso da parte del fornitore con la prospettazione degli sms pubblicitari come asseriti «messaggi di servizio». Il danno subito dal destinatario, costretto a controllare in continuazione i messaggi pervenutigli e a eliminare quelli indesiderati, riguarda diritti della personalità di rango costituzionale e può essere quantificato, in via equitativa, nella misura di euro mille per ciascun messaggio ricevuto”.

Altre pronunzie hanno affrontato l'argomento.

Pensiamo alle sentenze del 29 settembre 2005 e del 26 giugno 2004 del Giudice di pace di Napoli. Pensiamo ancora a Tribunale di Napoli 8 luglio 2003 di notevole interesse. In quest'ultimo caso il Tribunale era stato adito in via di urgenza da un ricorrente tempestato da messaggi non voluti che richiedeva espressamente di sentir disporre, nei confronti della società Tim, la rimozione e la cancellazione dei propri dati personali illegittimamente trattati e utilizzati per scopi speculativi e commerciali.

Il principio assunto dal Tribunale attiene alle condizioni di utilizzo previste dalla legge del numero telefonico del cliente da parte della compagnia telefonica fornitrice del servizio.

Ebbene tale numero può essere trattato dal fornitore unicamente per scopi attinenti alla realizzazione e all'esecuzione del contratto. Fini diversi rendono illecita qualsiasi utilizzazione avvenuta senza preventivo consenso.

Gli sms contestati non presentavano «il carattere della necessità del trattamento dei dati ai fini dell'esecuzione del contratto» pur stabilendo la normativa che l'utilizzo del numero telefonico del ricorrente «costituisce un trattamento che, se non necessario per l'esecuzione del contratto, richiede il preventivo consenso scritto dell'interessato”.

Ha puntualizzato il Giudice di pace di Napoli, nella sentenza del 26 giugno 2004, che il consenso del destinatario del messaggio «occorre sia se il fornitore ( n.d.r.: del servizio di telefonia mobile) pubblicizza mediante un sms un servizio o un prodotto altrui, sia se lo stesso fornitore promuove un servizio o un prodotto della propria società. (...) è diverso il caso in cui il fornitore (...) invii un sms per rendere legittimamente noti alcuni eventi legati strettamente al servizio prestato (funzionalità del servizio di assistenza o della segreteria telefonica, stato della ricezione dei messaggi o dei pagamenti, blocco della carta)».

## **Alcune pronunzie in materia**

### Giudice di pace di Napoli 17 febbraio 2007

Nelle controversie in materia di spamming grava sul mittente l'onere di dimostrare l'acquisizione del consenso del destinatario, preceduto dalle necessarie informazioni all'interessato ed espresso liberamente ed esplicitamente in relazione a un trattamento di dati personali chiaramente individuato. Il danno in materia consiste negli inconvenienti creati dalle perdite di tempo, dalle tensioni derivanti dalle interferenze nella sfera privata, dalle interruzioni delle abitudini e dall'alterazione della serenità necessaria per svolgere l'attività lavorativa. Si tratta di un danno alla vita di relazione che trova tutela negli artt. 2 ss. Cost..

### Giudice di pace di Napoli 26 giugno 2004

Posto che le comunicazioni indesiderate di carattere commerciale effettuate mediante sms possono costituire interferenze nella sfera privata e arrecare disagi ai destinatari, specie se gestite attraverso sistemi automatici che non implicano l'intervento di un operatore, il fornitore del servizio di telefonia, che le abbia realizzate senza prima aver acquisito il consenso espresso del titolare del numero telefonico, è tenuto al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 2043 e dell'art. 2050 c.c. ( Foro it., 2004, I, 2908).

Giudice di pace di Napoli 10 giugno 2004

L'invio di posta elettronica indesiderata costituisce fatto illecito produttivo di responsabilità civile sia per la scorrettezza e l'illiceità del trattamento dei dati personali del titolare dell'indirizzo bersaglio, sia per l'invasione della sfera di riservatezza di quest'ultimo. ( Foro it., 2004, I, 2908 ).

\* **Deborah Bianchi**, avvocato specializzato in diritto applicato alle nuove tecnologie, esercita nel Foro di Pistoia e Firenze in materia civile e amministrativa.