

Il contratto di accesso ad Internet*

Ettore Battelli

Abstract

Il presente saggio si occupa dell'inquadramento giuridico, dal punto di vista civilistico, del contratto di accesso ad Internet, ossia di quel rapporto negoziale che vede la prestazione di un servizio a carattere duraturo di trasmissione di dati sulla rete Internet a fronte del pagamento di un prezzo. Lo studio ha ad oggetto, in particolare, l'analisi della qualificazione giuridica del tipo di contratto e l'individuazione della disciplina applicabile, anche a fronte della delicata questione della c.d. “gratuità” del servizio di accesso. Sicché, dopo aver ripercorso criticamente le tesi della dottrina, divisa sulla possibilità di ricondurre il contratto ad oggetto nella disciplina del contratto di appalto o in quello di somministrazione, sostiene la configurazione di tale rapporto negoziale come contratto di somministrazione di servizi. All'inquadramento giuridico seguirà l'analisi della disciplina applicabile: a partire dalla forma del contratto fino all'analisi delle prestazioni e controprestazioni che spesso vedono la cessione di dati personali contro beni o altri servizi fruibili in Internet.

This essay aims to investigate the legal qualification, from a civil law standpoint, of the Internet access agreement, i.e. the agreement where a service of delivery of data on the Internet is provided in exchange of a fee. The paper focuses on the qualification and legal framework applicable to such agreement, in light of the gratuitous nature of the access service. After an overview of the relevant scholarly debate, it argues for the qualification of the Internet access agreement as a provision of services agreement. It also explores the applicable legal framework, focusing on a variety of aspects such as the formal and substantive requirements and the nature of the commitments the parties may enter into.

Sommario

1. Il contratto di accesso ad Internet: inquadramento sistematico. – 2. La qualificazione giuridica del contratto di accesso ad Internet. – 3. Le tesi contrapposte: appalto vs somministrazione. – 4. Dal contratto di accesso “ad Internet” ai “servizi in Internet”. – 5. Il modello di riferimento: il contratto di somministrazione di servizi. – 6. Cenni sulla “forma del contratto” di accesso. – 7. L'evoluzione dell'offerta e l'asserita gratuità dell'accesso ad Internet e ai servizi digitali connessi. – 8. La gestione dei dati

*Su determinazione della direzione, il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo in conformità all'art. 15 del regolamento della Rivista

personali come elementi alla base dei contratti di accesso ai servizi “in Internet”. – 9. Riflessioni finali.

Keywords

contratto - accesso a Internet – appalto – somministrazione - servizi digitali

1. Il contratto di accesso ad Internet: inquadramento sistematico

Peculiarità di Internet è consentire agli utenti della rete una diversa dimensione di molteplici aspetti della vita di relazione, ben oltre quelli immediatamente individuabili, condizionando direttamente o indirettamente differenti profili giuridici ed economici del vivere sociale e superando i tradizionali limiti dell’unità di tempo e spazio¹.

La pandemia da Covid-19, che tristemente ha determinato restrizioni persino agli incontri fisici fra le persone, ha riportato all’attenzione il bisogno primario² di una efficiente connessione ad Internet. Questa si è dimostrata, infatti, necessaria per lo svolgimento a distanza di attività di diversa natura: dall’accesso all’istruzione alla cultura e persino al lavoro, con la conseguenza che le consistenti fasce di popolazione prive di una connessione Internet stabile e veloce si sono trovate, di fatto, escluse anche dal simulacro di interazione umana, quale è stato quello vissuto nei mesi del c.d. *lock-down*. Il primo passo da compiere per poter beneficiare dei servizi e delle opportunità di Internet è, quindi, rappresentato dal contratto di accesso alla Rete, che si caratterizza per avere ad oggetto una prestazione di servizi a carattere duraturo – sia essa a tempo determinato o indeterminato – secondo un modulo continuativo o periodico, a fronte del pagamento di un prezzo.

In via astratta, possono considerarsi fonti normative concorrenti nella disciplina del contratto di accesso ad Internet, da un lato, le norme generali sul sistema delle telecomunicazioni, dall’altro, la normativa sui contratti contenuta rispettivamente nella normativa europea e in quella di diritto interno, nel Codice civile, nel Codice del consumo e nel Codice delle comunicazioni elettroniche, nonché nelle regolamentazioni emanate da autorità indipendenti di settore e da altri enti nei casi previsti dalla legge³.

A livello europeo si segnala l’entrata in vigore nel 2016 del regolamento (UE) 2015/2120, che ha riconosciuto la garanzia del diritto di accesso a Internet – o meglio

¹ Sul non-luogo della rete telematica e la sua contrapposizione al territorio, cfr. N. Irti, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, II, 1998, 347 ss.; sulla peculiare connotazione che assume il tempo di Internet v. C. Camardi, *Contratto e rapporto nelle reti telematiche: un nuovo modello di scambio*, in *Contr. impr.*, 2, 2001, 560 ss. Riflessioni di ampio respiro anche in G. Capaldo, *Geo-diritto e mercati globali: considerazioni minime*, in P. Sandulli-M. Faioli (a cura di), *Attività transnazionali*, Roma, 2011, 167 ss.

² Attualissimi la proposta e lo studio di G. d’Ippolito, *La proposta di un art. 34-bis in Costituzione*, in M.R. Allegri – G. d’Ippolito (a cura di), *Accesso a Internet e neutralità della rete fra principi costituzionali e regole europee* - Atti del Convegno del 31 marzo 2017, Sapienza Università di Roma, Dipartimento di Comunicazione e Ricerca Sociale, Roma, 2017, 65 ss.

³ E. Battelli, *Codice del consumo, codice civile e codici di settore: un rapporto non meramente di specialità*, in *Eur. Dir. Privato*, 2, 2016, 425 ss.

ai contenuti presenti nella rete – come direttamente applicabile in tutto il territorio dell’Unione europea⁴, promuovendo così non solo il diritto all’accesso, ma anche l’attività di vigilanza affidata in ciascuno Stato membro alle autorità nazionali di regolamentazione⁵.

Successivamente la direttiva (UE) 2018/1972 dell’11 dicembre 2018, istitutiva del Codice europeo delle comunicazioni elettroniche, ha fissato quale obiettivo la promozione di una connettività Internet ad altissima capacità (senza distinzione tra reti fisse, mobili e senza fili), favorendo l’accesso ad Internet da parte di tutti i cittadini e delle imprese dell’Unione europea⁶.

Nel diritto interno, il Codice delle comunicazioni elettroniche⁷, recependo il contenuto delle direttive europee, richiama significativamente lo sviluppo delle reti a banda larga fra gli obiettivi da raggiungere (art. 4, c. 3, lett. e-f).

In tale contesto normativo si colloca l’art. 8-bis del Codice dell’amministrazione digitale (d.lgs. 82/2005, c.d. C.A.D.) che impone alle Pubbliche Amministrazioni di mettere a disposizione degli utenti la connettività alla rete Internet – ove possibile anche a banda larga – presso gli uffici pubblici e altri luoghi pubblici⁸.

Si richiama, ancora, il Codice delle comunicazioni elettroniche che all’art. 70 indica un contenuto minimo obbligatorio (c. 1) e i poteri in capo all’Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni per la vigilanza con specifico riguardo ai «contratti con i consumatori»⁹ (c. 2). Ciò al fine di mettere i consumatori in condizione di ricevere informazioni comparabili sui servizi erogati dagli operatori (specie sotto il profilo della qualità;

⁴ Si veda in particolare l’art. 3, c. 1: «gli utenti finali hanno il diritto di accedere a informazioni e contenuti e di diffonderli, nonché di utilizzare e fornire applicazioni e servizi, e utilizzare apparecchiature terminali di loro scelta, indipendentemente dalla sede dell’utente finale o del fornitore o dalla localizzazione, dall’origine o dalla destinazione delle informazioni, dei contenuti, delle applicazioni o del servizio, tramite il servizio di accesso a Internet».

⁵ M.R. Allegri, *Il diritto di accesso a Internet: profili costituzionali*, in *questa Rivista*.

⁶ Si veda l’art. 3, c. 2, lett. a).

⁷ D.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, successivamente modificato dal d.lgs. 28 maggio 2012, n. 70, e da ultimo dal d. l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito con modificazioni dalla l. 14 giugno 2019, n. 55.

⁸ «1. I soggetti di cui all’articolo 2, comma 2, favoriscono, in linea con gli obiettivi dell’Agenda digitale europea, la disponibilità di connettività alla rete Internet presso gli uffici pubblici e altri luoghi pubblici, in particolare nei settori scolastico, sanitario e di interesse turistico, anche prevedendo che la porzione di banda non utilizzata dagli stessi uffici sia messa a disposizione degli utenti attraverso un sistema di autenticazione tramite SPID, carta d’identità elettronica o carta nazionale dei servizi, ovvero che rispetti gli standard di sicurezza fissati dall’AGID. - 2. I soggetti di cui all’articolo 2, comma 2, mettono a disposizione degli utenti connettività a banda larga per l’accesso alla rete Internet nei limiti della banda disponibile e con le modalità determinate dall’AGID». Anche l’Unione europea ha inteso promuovere concretamente la possibilità per i cittadini di connettersi gratuitamente a Internet negli spazi pubblici tramite reti *wi-fi*, concedendo sovvenzioni ai comuni impegnati in tal senso, tramite il *programma Wi-Fi4EU*, avviato nel 2017 e più volte prorogato. Cfr. regolamento (UE) 2017/1953 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2017, che modifica i regolamenti (UE) 1316/2013 e (UE) 283/2014 per quanto riguarda la promozione della connettività Internet nelle comunità locali.

⁹ Tra i primi studi ai fini che qui rilevano si segnalano: A. Orestano, *L’inefficacia delle clausole vessatorie: contratti del consumatore e condizioni generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, 501 ss.; S. Orlando, *La formazione dei patti vessatori nella novella sui contratti con i consumatori*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 730 ss.; M. Nuzzo, *I contratti del consumatore tra legislazione speciale e disciplina generale del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, 315 ss. Cfr. sul punto: G. Benedetti, *Tutela del consumatore e autonomia del consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 30 ss.; E. Gabrielli – A. Orestano, *Contratti del consumatore*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, Agg., Torino, 2000, 250 ss.

basti pensare alle c.d. Carte dei servizi)¹⁰.

Il contratto con il quale l'utente accede alla rete Internet può essere convenzionalmente – e senza che ciò al momento ne comporti alcuna qualificazione giuridica – denominato “contratto di abbonamento alla rete Internet”¹¹ e, dal punto di vista contenutistico, rinvia la sua disciplina in direttive comunitarie e in provvedimenti dell'autorità nazionale di regolazione.

Tale contratto è offerto da un operatore «*Internet service provider*», o «fornitore di accesso ad Internet», o impresa di telecomunicazioni, o altro soggetto prestatore intermediario di servizio Internet che consente di utilizzare la connessione per la trasmissione di voce e di dati e che fornisce ulteriori servizi verso un determinato corrispettivo¹². Ogni connessione implica costi e infrastrutture di notevole entità (affitto di linea dedicata fino ad almeno un altro nodo di rete, software, competenza tecnologica, etc.) tali che solo una struttura di una certa consistenza può provvedervi, eventualmente con lo scopo di metterla poi a disposizione dei clienti¹³.

Per questa ragione, dunque, si tratta di una categoria di contratti che, normalmente, intercorre tra i vari soggetti che operano nella rete Internet, da una parte, e, dall'altra, gli utenti/consumatori (oltre che ovviamente gli utenti/professionali destinatari di un'offerta differenziata calibrata sui differenti interessi).

Lo studio condotto in questa sede ha ad oggetto, in particolare, l'analisi della qualificazione giuridica del tipo di contratto e l'individuazione della disciplina applicabile a fronte della delicata questione della c.d. gratuità del servizio di accesso.

2. La qualificazione giuridica del contratto di accesso ad Internet

Il composito quadro normativo, nel suo insieme considerato, rappresenta la cornice entro la quale compiere l'indagine per affrontare la dibattuta questione della qualificazione giuridica del contratto di accesso ad Internet.

I primi autori che se ne sono occupati, sebbene con più generale riferimento ai contratti relativi alla fornitura di servizi telematici, hanno valorizzato¹⁴ la natura di rapporto di durata avente ad oggetto prestazioni periodiche o continuative di servizi, ritenendo applicabili, in quanto compatibili, le norme sull'appalto e le norme sulla somministrazione¹⁵.

Si è però osservato che la sussunzione di queste particolari tipologie di rapporti ne-

¹⁰ Cfr. I.P. Cimino, *I contratti degli Internet providers e per i data services on line*, in G. Cassano - I.P. Cimino (a cura di), *Diritto dell'Internet e delle nuove tecnologie telematiche*, Padova, 2009, 3 ss., spec. 17 ss.

¹¹ R. Bocchini, *Il contratto di accesso ad Internet*, in *Dir. inf.*, 3, 2002, 471 ss.

¹² N. Visalli, *Contratto di accesso ad Internet e tutela della privacy*, in *Giust. Civ.*, 2, 2002, 95 ss., spec. 128 ss.

¹³ G. De Nova, *Relazione al Convegno su «Internet - Profili giuridici»*, Università di Pavia, 4-5 ottobre 1996, in *Aida*, 1996, 39.

¹⁴ R. D'Orazio – V. Zeno Zencovich, *Profili di responsabilità contrattuale e aquiliana nella fornitura di servizi telematici*, in *Dir. inf.*, 2, 1990, 428 ss.

¹⁵ Ivi, 430.

goziali in ciascuna delle due figure codicistiche, tramite, rispettivamente, rinvio all'art. 1677 c.c. (con riguardo all'appalto)¹⁶ e agli artt. 1559-1570 c.c. (in tema di somministrazione), sembrano delineare uno spazio dell'autonomia privata non sufficientemente idoneo a qualificare in maniera inequivoca tanto il rapporto quanto la prestazione¹⁷.

Mentre, è il caso di ricordare, il contratto di somministrazione¹⁸ di cui all'art. 1559 c.c. è definito come il «contratto con il quale una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, a eseguire, a favore dell'altra, prestazioni periodiche o continuative di cose», l'art. 1655 c.c. definisce, invece, l'appalto¹⁹ come «il contratto con il quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro» e l'art. 1677 c.c. – a chiusura della disciplina di tale fattispecie – prevede che «se l'appalto ha per oggetto prestazioni continuative o periodiche di servizi, si osservano, in quanto compatibili, le norme di questo capo e quelle relative al contratto di somministrazione».

Valutando l'operazione contrattuale nella sua complessità possono in effetti apprezzarsi una sua peculiare ragione di scambio e, soprattutto, una tipologia di prodotto e di bene che, pur oggi di facile percezione sul piano economico e fattuale, non risultano a sufficienza ancora nitidi sotto il profilo giuridico²⁰.

Procedendo con ordine, occorre dire innanzitutto delle difficoltà di procedere nei limiti di schemi codicistici che, per quanto duttili, si rivelano inadeguati rispetto alla realtà nel cui sfondo si staglia il contratto in questione.

Deve comunque darsi atto degli sforzi degli interpreti protesi nella rielaborazione degli

¹⁶ C. Giannattasio, *L'appalto*, in *Trattato di dir. civ. e comm.* già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da Mengoni, vol. XXIV, t. 2, Milano, 1977, 32 ss.

¹⁷ Sulle difficoltà di inquadramento del contratto di accesso ad Internet come riflesso della ricostruzione tradizionale del contratto di somministrazione si veda R. Bocchini, *Il contratto di accesso ad Internet*, in R. Bocchini – A.M. Gambino (a cura di), *I contratti di somministrazione e distribuzione*, in P. Rescigno - E. Gabrielli (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2011, 165 ss., spec. 183 ss.

¹⁸ Per tutti: L. Mossa, *Il contratto di somministrazione*, Roma, 1915; R. Corrado, *La somministrazione*, in F. Vassalli (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1963; R. Corrado, *Somministrazione (contratto di)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XVIII, Torino 1970, 881 e ss.; G. Cottino, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, in *Commentario al codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, 118 ss.; V. Mangini – M. Rudan Bricola, *Il contratto di appalto. Il contratto di somministrazione*, in *Giur. sist. Bigliani*, Torino, 1972; C. Giannattasio, *La permuta. Il contratto estimatorio. La somministrazione*, in A. Cicu – F. Messineo (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1974; O. Cagnasso, *Diritto di prelazione e patto di preferenza nella somministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 49 ss.; Id., *La somministrazione*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. 11, 1984, 399 ss.; F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, 2, Padova, 1990, 26 ss.; M. Nuzzo, *Somministrazione (contratto di)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 1270 ss.; P. Boero, *La somministrazione*, in F. Galgano (diretto da) *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1991, 237 ss.; M. Campobasso, *Diritto commerciale*, III, Torino, 1992, 29 ss.; G. Mirabelli, *Somministrazione (contratto di somministrazione)*, in *Enc. giur.* Treccani, XXIX, Roma, 1993, 3 ss.

¹⁹ Cfr. per tutti: M. Stolfi, *Appalto (contratto di)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 634 ss.; D. Rubino, *L'appalto*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1980, 16 ss.; O. Cagnasso, *Appalto nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, 1, Torino, 1987, 167 ss.; P. Rescigno, *Appalto (diritto privato)*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, 3 ss.; O. Cagnasso, *Il contratto di appalto*, in G. Cottino, (a cura di), *I contratti commerciali*, in *Tratt. dir. commerciale e dir. pubblico dell'economia*, 16, 1991, 667 ss.; G. Iudica – D. Rubino, *Dell'appalto*, in *Commentario al codice civile* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1992, 52; M. Rubino Sammartano, *Appalti di opere e contratti di servizi*, Padova, 1996, 662 ss.; M. Costanza (diretto da), *L'appalto privato*, Torino, 2000; E. Russo e C. Criaco, *L'appalto privato*, Torino, 2005; V. Cuffaro, *I contratti di appalto privato*, in P. Rescigno - E. Gabrielli (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2011.

²⁰ R. D'Orazio – V. Zeno Zencovich, *Profili di responsabilità contrattuale*, cit., 437 ss.

schemi negoziali noti al positivismo giuridico di matrice romanistica.

Se dovessimo limitarci ad una mera esegesi della normativa quadro del contratto di somministrazione, per esempio, ci si imbatterebbe in un ostacolo formalmente non superabile come quello rappresentato dalla norma che delimita l'ambito di applicazione alla somministrazione di cose e non di servizi²¹.

Se così ragionassimo, però, il vero limite risiederebbe nel metodo e nel merito dell'interpretazione giuridica. Quest'ultima richiede di procedere, davanti a fattispecie nuove e non note al legislatore, alla ricerca di risposte che la realtà pone e che la legge, sin qui, non aveva conosciuto e che, occorre ammettere, non è in grado di ricomprendere adoperando categorie che devono essere messe in discussione.

Tuttavia, dall'interprete si attendono risposte. Il difficile compito che si prospetta è, allora, quello di ripensare il sistema, ad iniziare dalla citata nozione di "cosa" (*rectius* "bene") o quantomeno di "prodotto", da intendersi in senso ampio come comprensivo (nei limiti, ad esempio, della nozione di somministrazione) tanto del concetto di *opus* quanto di servizio o, meglio, nel senso di bene materiale e immateriale.

Con riguardo alla prestazione caratterizzante la fattispecie negoziale in esame ci si pone il problema se sul piano della realtà sociale e, di conseguenza, sul piano giuridico, il contratto di accesso alla rete ed il contratto c.d. di fornitura di servizi telematici siano di fatto un solo contratto, stante l'impossibilità (di fatto) di distinguere nella realtà un accesso cui non consegua automaticamente la trasmissione delle informazioni.

Invero, la stessa direttiva sul commercio elettronico 2000/31/CE, sul piano del diritto positivo, ha distinto tra servizio di trasmissione dati e servizio di accesso ai dati. Ciò anche se, occorre ricordarlo, finalità della disciplina era quella innanzitutto di dettare delle regole in tema di responsabilità (extracontrattuale) dei "prestatori" e dei "prestatori intermediari"²² nei rapporti con gli utenti finali²³.

Si precisa, sul punto, che sono "intermediari della rete Internet" anche i motori di ricerca, i quali permettono all'utente di trovare le informazioni che ricercano in modo

²¹ Gli stessi lavori preparatori del Codice civile in tema di somministrazione chiariscono come la disciplina dettata dal codice in tema di somministrazione fu redatta pensando ad una figura di somministrazione bivalente e, cioè, avente ad oggetto la prestazione continuativa sia di cose, sia di servizi. Il testo dell'art. 398 del Progetto preliminare del Codice di commercio, sotto il titolo "Contratto di somministrazione", così recita: «In virtù del contratto di somministrazione uno dei contraenti si obbliga verso l'altro per un prezzo determinato o variabile, ad una serie di prestazioni periodiche o ad una prestazione continuativa di cose o servizi». La ricerca più recente ha, evidenziato che la mutilazione dell'espressione "servizi", nella definizione dell'art. 1559 c.c., non trova nei lavori preparatori, giustificazione alcuna e, quel che più conta, lascia del tutto inalterate le singole norme sulla somministrazione che, pensate originariamente con riferimento sia alle cose, sia ai servizi, rimangono bivalenti nel testo definitivo del codice e, cioè, perfettamente applicabili in massima parte sia ai contratti aventi ad oggetto la prestazione di cose, sia ai contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi. Cfr. R. Bocchini, voce *Somministrazione di servizi*, in *Enc. dir.*, IV, Agg., Milano, 2000, 1110 ss.

²² Il prestatore intermediario, che è colui il quale fornisce all'utente finale (a) l'accesso alla rete Internet, ha quindi due tipi di rapporti: l'uno con il gestore della rete che è (dovrebbe essere ma non sempre) il proprietario dei supporti materiali (cavi, antenne, ripetitori, ecc.) per l'accesso alla rete Internet; l'altro con l'autorità preposta al rilascio dei numeri IP, che, in Italia, è il Network Information Service del Gruppo di Armonizzazioni Reti Ricerca. Attraverso questi due rapporti il prestatore intermediario si pone nella condizione tecnica e giuridica di fornire l'accesso alla rete Internet agli utenti finali.

²³ R. Bocchini, *Il contratto di accesso ad Internet*, in R. Bocchini – A.M. Gambino (a cura di), *I contratti di somministrazione e distribuzione*, cit., 170.

rapido ed efficiente e, in generale, tutti i soggetti che forniscono servizi nella rete, ponendosi al servizio degli utenti²⁴. Tramite i motori di ricerca, una volta entrato in rete, l'utente può trasmettere informazioni che egli stesso ha immesso, oppure ricercare informazioni inserite in rete da terzi. Entrambe queste attività possono essere realizzate dall'utente in quanto il *provider* ha permesso l'accesso ad Internet²⁵.

I soggetti dei contratti sono, quindi, da un lato il *provider* e dall'altro l'utente che può essere chiunque, imprenditore o no, professionista (nel caso si parla di servizi di accesso *business* o professionale, aziendale, *wholesale*, etc.) o meno (c.d. utente-consumatore per il quale a seconda dei casi si parla di servizio “ad uso privato”, *family*, *retail* e simili)²⁶.

Colui che offre l'accesso alla rete sarà, *ex art.* 2195 c.c., normalmente un imprenditore commerciale, come l'*Internet Service Provider* (o ISP o più semplicemente *provider*), ma talora anche enti non commerciali, come gli enti locali, comuni, province o università, che si legano contrattualmente ai primi²⁷.

Come è noto, attraverso un modem, il computer (o un cellulare) si collega alla rete di telefonia e tramite il *provider* entra nella rete Internet. Al fine di entrare nella Rete è necessaria l'assegnazione di un numero I.P. con il quale il *device* è identificabile²⁸.

Con riguardo all'oggetto specifico del contratto di accesso ad Internet si deve osservare che, oltre all'accesso alla rete, il *provider* affianca generalmente ulteriori prestazioni²⁹, nonché mette a disposizione uno spazio sul disco fisso del proprio server che conterrà la memoria fissa della casella di posta elettronica (e-mail) dell'utente. Così facendo quest'ultimo non dovrà tenere continuamente in funzione, per esempio, il proprio computer, ma potrà collegarsi periodicamente con il *provider* per accedere alla casella di posta e scaricare sul proprio *device* i messaggi ricevuti quando non era collegato (c.d.

²⁴ I prestatori intermediari del cyberspazio sono stati, con completezza, individuati da M. Stecco, in W.G. Scott – M. Murtula – M. Stecco (a cura di), *Il commercio elettronico. Verso nuovi rapporti tra imprese e mercati*, Milano, 1999, 101 ss.

²⁵ Cfr. A. Glorioso – V. Viktor, *Accesso ad Internet e contratti di connettività business to consumer di quattordici fornitori italiani*, in *Dir. inf.*, 1, 2009, 101 ss., i quali sottolineano quanto nella prassi, nell'odierna realtà economica, i principali operatori di telecomunicazione stabiliscono sostanzialmente le regole caratterizzanti la disciplina dei contratti di accesso ad Internet a livello internazionale con solo minimi adattamenti ai singoli ordinamenti nazionali in cui operano.

²⁶ In generale, alcuni contratti prevedono che «l'Abbonato si impegna a utilizzare i Servizi esclusivamente con le modalità e con le eventuali limitazioni relative alla formula di abbonamento scelta» e che la violazione di questa clausola sia motivo di risoluzione. Nei contratti *de quibus* si pongono frequentemente i casi del contraente mosso da finalità promiscue (professionali ed extraprofessionali), su cui tra i primi studi si veda F. Di Marzio, *Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore*, in *Giust. civ.*, 2, 1996, 519 ss.

²⁷ Come è noto, la differenza tra i diversi fornitori di accesso alla rete può così essere sintetizzata: gli *access provider* sono coloro i quali offrono semplicemente agli utenti l'accesso alla rete Internet; i *service provider* c.d. fornitori di servizi sono coloro i quali offrono servizi di comunicazione e/o trattamento delle informazioni destinati al pubblico oppure ad utenti abbonati; i *content provider* c.d. fornitori di contenuti sono coloro i quali offrono al pubblico informazioni che transitano sulla rete telematica e destinate al pubblico oppure ad utenti abbonati. Tra i primi studi si veda quello condotto da F. Tommasi, *Protocolli TCP/IP e problematiche contrattuali di accesso alla rete Internet*, in A. Sirotti Gaudenzi (diretto da), *Trattato breve di diritto della rete. Le regole di Internet*, Rimini, 2001, 127 ss.

²⁸ R. Bocchini, *Il contratto di accesso ad Internet*, in R. Bocchini – A.M. Gambino (a cura di), *I contratti di somministrazione e distribuzione*, cit., 178, vedasi anche nota 33.

²⁹ Cfr. già G. De Nova, *I contratti di accesso ad Internet*, cit., 40-41 e di recente G. Resta – V. Zeno Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 411 ss. e 413 ss.

servizio di posta elettronica)³⁰.

In taluni casi il *provider* fornisce anche ulteriori servizi: come siti di archiviazione (generalmente di materiali visivi o audiovisivi) per uso personale³¹ o per condivisione con una cerchia più o meno ristretta o per la pubblica fruizione; ulteriori servizi propri o di terze parti diversi da quelli sin qui elencati, dalla creazione di siti³² all'installazione di dispositivi di sicurezza, fino alle più ricercate attività di supporto³³.

Preliminarmente si rileva che mettere a disposizione uno "spazio" (sebbene su un disco fisso di proprietà del *provider*) per la posta elettronica, per depositare (conservare file) oppure per creare il sito, etc... non può non richiamare il contratto di locazione³⁴. L'importanza di questo elemento è tale che il *provider*, nell'offerta contrattuale, talora, specifica la porzione di "spazio" del proprio server riservata all'e-mail del contraente ed anche il prezzo può risultare variabile (come d'uso specialmente nei servizi professionali di posta elettronica certificata o PEC) in relazione all'aumentare dello "spazio" riservato al cliente³⁵. Peraltro, nel diverso caso in cui siffatta specificazione manchi, deve intendersi dedotto in obbligazione un servizio di casella postale senza limiti di capacità, salva la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta chiesta dal *provider* in caso di volumi vertiginosi di posta gestita dal server.

Maggiormente diffuse sono, però, le ricostruzioni teoriche di chi³⁶, nelle prestazioni di accesso alla rete Internet e del servizio di casella postale (c.d. e-mail), coglie quale elemento qualificante, per un verso, il carattere della continuità³⁷ proprio della somministrazione *ex art. 1559 c.c.* (e cioè la messa a disposizione del cliente una più o meno costante possibilità di connessione alla rete)³⁸ e, per altro verso, il carattere della realizzazione di un servizio e dell'organizzazione dei mezzi necessari propri dell'appalto. In ogni caso l'attività del *provider* costituisce, comunque, un servizio³⁹.

³⁰ N. Visalli, *Contratto di accesso ad Internet e tutela della privacy*, cit., 125 ss.

³¹ Servizio c.d. di *hosting*. Se invece la macchina è presso il provider ma appartiene al cliente (la maggiore differenza pratica sta nel fatto che viene utilizzata solo da quest'ultimo), si ha il c.d. servizio di affidamento in *outsourcing* del server, chiamato *housing*: il server è ospitato dal provider, ma viene telegestito dall'utente dalla propria sede.

³² G. Bonelli, *Il sito web quale opera dell'ingegno*, in *Dir. inf.*, 2002, 199 ss.

³³ I *providers* svolgono spesso anche altre attività di assistenza e consulenza inerenti all'uso delle reti (ad es. per l'installazione di reti interne alle aziende).

³⁴ G. De Nova, *I contratti di accesso ad Internet*, cit., 42 ss, pone, poi, un ultimo problema in relazione all'assegnazione dell'indirizzo I.P. ed afferma che l'assegnazione di detto indirizzo I.P. rappresenta la cessione di un «diritto di privativa di una *new property*».

³⁵ Talora si trova anche l'espressione «ad ogni utente viene assegnata una quota hard disk pari a 2Mb» (o altro quantitativo) oppure - per la posta elettronica - «la soc. X mette a disposizione dell'abbonato una casella postale della capacità massima di 1 Mb di memoria su disco che l'utente potrà utilizzare a propria discrezione».

³⁶ Vedi L. Albertini, *I contratti di accesso ad Internet*, in *Giust. Civ.*, II, 1997, 102 ss., spec. 114 ss. e, poi, N. Visalli, *Contratto di accesso ad Internet e tutela della privacy*, cit., 128 ss.

³⁷ La continuità implica «la durata di certe prestazioni per un certo periodo di tempo senza interruzione». Cfr. R. Corrado, *Somministrazione (contratto di)*, cit., 890 ss.

³⁸ Alcuni contratti si limitano a specificare che il *provider* si impegna «a mantenere i Servizi in condizioni di efficienza e disponibilità per l'Abbonato, compatibilmente con il corrispondente diritto di utilizzo dei Servizi da parte degli altri Abbonati».

³⁹ L. Albertini, *I contratti di accesso ad Internet*, cit., 102.

A tale scopo l'operatore attribuisce al cliente un login e una password per consentirne il riconoscimento dal suo *device*.

Dalla prassi contrattuale emergono anche una serie di obblighi accessori, ossia oltre al *kit* di installazione anche le istruzioni (c.d. guida all'installazione o configurazione guidata) nonché un vero e proprio servizio di assistenza.

Nella prospettiva delineata, l'obbligazione principale dell'utente è quella di pagare un corrispettivo in cambio dei servizi che riceve⁴⁰. Ecco perché l'accesso ad Internet si configura come prestazione di servizi. Ciò, tuttavia, non scioglie i dubbi se lo schema di riferimento sia quello della somministrazione di servizi, o dell'appalto di servizi⁴¹.

3. Le tesi contrapposte: appalto vs somministrazione

Premesso che l'attività del *provider* costituisce un servizio telematico che ha la caratteristica di essere offerto e fruito attraverso una rete di comunicazioni⁴², occorre sommariamente ribadire che nel contratto di accesso alla rete è presente il carattere della continuità proprio della somministrazione *ex art.* 1559 c.c., mentre dell'appalto si ravvisa il carattere della realizzazione di un servizio e dell'organizzazione dei mezzi a ciò necessari (art. 1655 c.c.)⁴³.

Orbene, per “servizio” giuridicamente si intende la prestazione consistente in un *facere* volto a soddisfare il bisogno della controparte, non mediante la consegna di un bene (materiale o immateriale), ma attraverso lo svolgimento di un'attività.

Ripercorrendo le tesi principali elaborate dalla dottrina, occorre partire da quella che ha qualificato il contratto *de quo* come somministrazione⁴⁴.

Secondo tale ricostruzione, fondamentale è evidenziare che la prestazione del fornitore non si esaurisce in un'unica prestazione, ma presuppone un rapporto di durata⁴⁵. Ricorre, quindi, lo schema della somministrazione quando la periodicità delle prestazioni è in funzione di un fabbisogno periodico del somministrato⁴⁶.

⁴⁰ G. De Nova, *I contratti di accesso ad Internet*, cit., 42.

⁴¹ A sostegno della tesi secondo cui trattasi di un contratto di appalto di servizi si veda G. De Nova, *I contratti di accesso ad Internet*, in *AIDA*, 1996, 39 ss. Segue tale impostazione anche M. Franzoni, *La responsabilità del provider*, in *AIDA*, 1997, 248, il quale afferma che l'obbligazione del *provider* è l'esecuzione di una prestazione derivante dal contratto d'opera o di appalto di servizi.

⁴² Così V. Roppo, *I contratti per la fornitura di servizi telematici*, in G. Alpa – V. Zeno Zencovich (a cura di), *I contratti di informatica*, Milano, 1987, 298 ss. Si veda tra i primi interventi il d.lgs. 17 marzo 1995 n. 103, recante “Recepimento della direttiva n. 90/388/CEE relativa alla concorrenza nei mercati dei servizi di telecomunicazioni”, che usa la diversa espressione «servizi di telecomunicazioni» (art. 1, lett. *d*), la quale comprende molti dei servizi telematici e comunque certamente l'attività del *provider*.

⁴³ Sulla differenza tra somministrazione ed appalto, v. App. Milano, 16 gennaio 1981, in *Giust. civ. Rep.*, 1983, v. Appalto, n. 16.

⁴⁴ Cfr. G.B. Ferri – A. Nervi, *Il contratto di somministrazione*, in N. Lipari – P. Rescigno (a cura di), *Diritto civile*, Milano, 2009, 86 ss.; G. Zuddas, *Somministrazione, concessione di vendita, franchising*, in V. Buonocore (diretto da) *Trattato di diritto commerciale*, sez. II.3, II, Torino, 2003, 9, 22 e 92; S. Monticelli – G. Porcelli, *I contratti d'impresa*, Torino, 2006, 440 ss. Per uno studio sulla prassi commerciale si vedano: S. Tripodi – L. Morello, *Formulario dei contratti della distribuzione con schemi di dottrina*, Milano, 2009, 280 ss.

⁴⁵ Per tutti si veda F. Longobucco, *Rapporti di durata e divisibilità del regolamento contrattuale*, Napoli, 2012.

⁴⁶ C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, in F. Vassalli (diretto da), *Trattato di diritto civile*, XXX, Torino

Con riguardo alla sussunzione del contratto di accesso ad Internet in quello di somministrazione, deve considerarsi che la somministrazione può essere sia “di consumo”, quando il somministrato acquista la proprietà delle cose ricevute, sia “d’uso”, quando il somministrato ne acquista solamente il godimento⁴⁷. Tuttavia, è pur vero che si tratta di una distinzione che presuppone sempre la consegna di “cose”⁴⁸, laddove con il termine “cosa” la legge individua quella parte dei beni caratterizzata dalla corporalità⁴⁹ o, meglio, dalla materialità⁵⁰, ivi comprese naturalmente le energie⁵¹.

Ovviamente, ove si focalizzasse l’attenzione sul concetto di consegna di “cose” materiali, non essendovi in senso stretto una “cosa” oggetto di consumo o di uso, lo schema della somministrazione risulterebbe escluso, o quanto meno insoddisfacente⁵². Proprio tale perplessità ha indotto ad esaminare l’ipotesi della sussunzione nella somministrazione (fornitura) di gas o di energia elettrica⁵³. Nel caso del contratto di accesso alla rete Internet non c’è però alcuna consegna di cose, nemmeno di energie⁵⁴: il *provider* non dà nulla all’utente, ma costituisce solo un’organizzazione affinché questo

1972, 380 ss.

⁴⁷ Distinzione concordemente ammessa: G. Mirabelli, *Somministrazione (contratto di somministrazione)*, cit., 3; M. Nuzzo, *Somministrazione (contratto di)*, cit., 1272 ss.; R. Corrado, *Somministrazione (contratto di)*, cit., 883.

⁴⁸ R. Corrado, *Somministrazione (contratto di)*, cit., 882.

⁴⁹ Si veda V. Zeno Zencovich, *Cosa*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, Torino 1989, 444, secondo il quale, per la precisione, la nozione di cosa è pregiudiziale, sicché non è esatto che tutte le cose siano per ciò stesso beni.

⁵⁰ S. Pugliatti, *Cosa (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, *passim*, spec. 27 e 34.

⁵¹ Ivi, 31; si veda già F. Carnelutti, *Studi sulle energie come oggetti di rapporti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1, 1913, 374 e 380. I servizi non costituiscono beni giuridici per M. Barcellona, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quadrimestre*, 1987, 667 ss. (nell’ambito di un’ampia e complessa argomentazione). Interessante sul punto è anche la lettura di A. Masi, *L’energia elettrica come cosa nella dottrina italiana degli inizi del secolo*, in *Rass. giur. Enel*, 1994, 1 ss.

⁵² Cfr. L. Albertini, *I contratti di accesso ad Internet*, cit., 103; P. Boero, *La somministrazione*, cit., 240 e 247. Si segnala poi Cass. civ., sez. II, 30 giugno 1982 n. 3936, in *Giust. civ. Rep.*, 1982, v. *Somministrazione (contratto di)*, 1, che adopera l’espressione «somministrazione di beni o servizi».

⁵³ Per la fornitura di gas ed elettricità la giurisprudenza ha dato per scontata la qualificazione di “contratto di somministrazione”; tra le decisioni più recenti v. Cass. civ., sez. II, 29 agosto 1994, n. 7575, in *Rass. giur. Enel*, 1995, 848 ss.; Cass. civ., sez. II, 18 maggio 1993, n. 5642, in *Foro it.*, 1, 1993, 1821 ss.; Cass. civ., sez. II, 6 maggio 1991, n. 5002, in *Giur. comm.*, 2, 1992, 580. La dottrina è meno univoca: taluno ritiene debba trattarsi di appalto, stante la preponderanza che vi assumerebbe il momento organizzativo a monte di quello erogativo (G. Iudica – D. Rubino, *Dell’appalto*, cit., 52; D. Rubino-Sammartano, *Appalti di opere e contratti di servizi*, cit., 662 ss.); altri ritengono invece debba trattarsi proprio di somministrazione (G. Cottino, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, cit., 118 ss.; P. Boero, *La somministrazione*, cit., 249). Ritiene che il dibattito sulla natura giuridica del rapporto di fornitura di energia elettrica abbia ora la sua «definitiva sistemazione» nel contratto di somministrazione F. Macario – N. Mazzia, *Energia (somministrazione di)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 454 ss.

⁵⁴ R. Catalano, *I contratti per la prestazione di servizi di telecomunicazioni e la tutela di consumatori e utenti*, in *Dir. e giur.*, 3, 2004, 414 ss., in particolare, argomenta in favore della tesi che si tratterebbe semplicemente di contratti di somministrazioni di cose, essendo i servizi di telecomunicazioni tutti accomunati dal fatto di impegnare il fornitore, in modo esclusivo o prevalente, a trasmettere dei segnali siano essi elettrici, magnetici, elettromagnetici o ottici, che si sostanziano in un flusso di energia da qualificarsi in ogni caso come “cosa”. Tuttavia, si tenga presente, che il Codice delle comunicazioni elettroniche consente di identificare (cfr. l’art. 1, lett. b) l’oggetto della prestazione nella “trasmissione di segnale” (e non nel segnale *tout court*).

possa, quando lo voglia, accedere alla linea telefonica⁵⁵.

Molteplici possono essere le linee utilizzate che vengono usualmente specificate nel contratto insieme con le modalità di collegamento. Nulla cambierebbe se il collegamento avvenisse tramite i satelliti o altro mezzo. Anche in questi casi, come d'altronde avviene, il *provider* fornirebbe sempre e comunque una mera possibilità di instaurare il collegamento, senza necessariamente fornire alcun bene⁵⁶.

È peraltro vero che lo stesso contratto di abbonamento telefonico viene qualificato per lo più come somministrazione⁵⁷. In questo senso, si osserva, infatti, che la “cosa” oggetto della pretesa dazione “in uso” sarebbe rappresentata dall'intera rete telefonica, anche se la prassi conosce (come si dirà meglio di seguito) le tipologie “a consumo”. Così ragionando, lo schema della somministrazione parrebbe escluso, dovendosi piuttosto preferire quello dell'appalto⁵⁸.

Tuttavia, restando sul punto, non può negarsi come il negozio *de quo* presenti forti analogie proprio con il contratto di abbonamento telefonico. Basti considerare che anche in questo caso l'obbligazione del gestore della rete consiste nel permettere l'accesso ad essa per intraprendere le comunicazioni con i terzi, sicché in entrambi i casi si ha un appalto di servizi. Peraltro, se è vero che non vi è alcuna consegna (elemento necessario nella somministrazione), parimenti deve evidenziarsi come il contratto di “abbonamento telefonico” *tout court* oggi, usualmente, comprenda oltre al servizio voce anche il servizio di connessione dati, consentendo nella stragrande maggioranza dei casi anche l'accesso a Internet⁵⁹.

Rispetto alla figura generale dell'appalto si nota che il rapporto in esame si caratterizza per la continuità del servizio (di collegamento alla rete) svolto, mettendo a disposizione dell'utente finale le infrastrutture necessarie, nonché la sua manutenzione e l'aggiornamento tecnologico, oltre all'organizzazione efficiente del servizio⁶⁰.

Infatti, il *provider* si obbliga a rendere possibile un collegamento costante alla rete⁶¹, sicché l'appalto *ex art.* 1655 c.c. non rientra nella categoria dei contratti di servizi ad esecuzione continuata o periodica⁶², ma semmai in quella dei contratti ad esecuzione

⁵⁵ L. Albertini, *I contratti di accesso ad Internet*, cit., 103.

⁵⁶ R. Bocchini, *Il contratto di accesso ad Internet*, in *Dir. inf.*, cit., 479.

⁵⁷ P. Sullo, *Il contratto di abbonamento al servizio telefonico urbano*, in *Nuova rass. legislazione, dottrina, giurisprudenza*, 1987, 26-27, ove breve rassegna anche di altre teorie decisamente non accoglibili; si è discusso, ad esempio, anche della natura contrattuale o meno dei rapporti di utenza telefonica (v. P. Sullo, *Il rapporto di utenza telefonica*, in *Nuova rass. legislazione, dottrina, giurisprudenza*, 1986, 2261 ss.).

⁵⁸ L. Albertini, *I contratti di accesso ad Internet*, cit., 104.

⁵⁹ A proposito dell'abbonamento telefonico v.: G. Cottino, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, cit., 121 (l'A. però non aderisce né alla tesi della somministrazione né a quella dell'appalto di servizi, bensì a quella della locazione).

⁶⁰ R. D'Orazio – V. Zeno Zencovich, *Profili di responsabilità contrattuale*, cit., 428, evidenziano come il contratto di accesso ad Internet determina l'instaurarsi di un rapporto duraturo avente ad oggetto prestazione periodiche e continuative di servizi.

⁶¹ Cfr. in tal senso già E. Giannantonio, *Manuale di diritto dell'informatica*, Padova 1997, 238-239.

⁶² Tranne gli appalti di manutenzione, rilevano G. Iudica – D. Rubino, *Dell'appalto*, cit., 407.

prolungata⁶³ (contratti di durata)⁶⁴ in cui l'obbligazione si estingue con il decorso del tempo⁶⁵. Dunque, il contenuto del rapporto è la soddisfazione continuativa e costante del bisogno dell'utente di usufruire dell'utilità concessa⁶⁶.

A sostegno della qualificazione del contratto in esame come appalto di servizi si pone, dunque, l'attenzione sulla prestazione configurandola come un *facere* del *provider* (e non un *dare*)⁶⁷ diretto a soddisfare il bisogno dell'utente di accedere in ogni momento alla rete. Ciò comporta che la prestazione del *provider* consiste in un servizio inteso a predisporre le infrastrutture tecniche e le apparecchiature necessarie ad appagare quel bisogno, da intendersi quali mezzi all'uopo indispensabili al *provider* per la gestione del servizio assunto da costui a proprio rischio (art. 1655 c.c.) per l'intera durata del negozio, talché la prestazione sarebbe da qualificarsi come di mezzi e non di risultato⁶⁸.

Da qui l'inquadramento⁶⁹ nella fattispecie, di cui all'art. 1677 c.c., dell'appalto di servizi («Prestazione continuativa o periodica di servizi»), che riconosce come norme di riferimento quelle dell'appalto e, in subordine, quelle della somministrazione, entrambe col limite della compatibilità col caso concreto⁷⁰; in quest'ottica, le regole pattizie assumono un'importanza notevolissima⁷¹, e ciò reca il forte rischio di lasciare irrisolta la questione della disciplina normativa di riferimento.

Per quanto attiene al metodo di individuazione della normativa non sembra condivisibile l'opinione di chi⁷² ritiene che sia l'autonomia delle parti a decidere quali norme

⁶³ G. Iudica – D. Rubino, *Dell'appalto*, cit., 182-185; M. Stolfi, *Appalto*, cit., 637.

⁶⁴ G. Oppo, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1, 1943, 154. V. anche G. Iudica – D. Rubino, *Dell'appalto*, cit., 182-185. Più di recente G. Ciacci, *I contratti per la fornitura di servizi telematici*, in *Econ. dir. terziario*, 1990, 98-99 e 114, 116-117.

⁶⁵ G. Oppo, *I contratti di durata*, cit., 148, secondo cui è precisamente caratteristica delle obbligazioni di durata l'estinzione non tramite l'adempimento, ma tramite il decorso del tempo.

⁶⁶ Cfr. G. De Nova, *I contratti per l'accesso ad Internet*, in *AIDA*, 1996, 42-43 e V. Roppo, *I contratti per la fornitura di servizi telematici*, cit., 305 ss. e 310 ss.

⁶⁷ N. Visalli, *Contratto di accesso ad Internet*, cit., 129-131.

⁶⁸ Così L. Albertini, *I contratti di accesso ad Internet*, cit., 103. Con riguardo alla questione se l'obbligazione del *provider* sia un'obbligazione di mezzi o di risultato, R. Bocchini, *La somministrazione di servizi*, Padova, 1999, 49, osserva come nei contratti aventi per oggetto servizi c.d. meccanizzati o automatizzati l'erogatore del servizio si limita a mettere a disposizione dell'altra parte una macchina che deve erogare in modo continuativo o periodico il servizio, senza nessuna attività da parte propria, se non quella di mantenere in condizioni di efficienza la macchina erogatrice del servizio. L'attività dovuta dall'erogatore del servizio si esaurisce nella messa a disposizione della macchina che successivamente produce l'attuazione dell'interesse del debitore. Ne deriva secondo la dottrina maggioritaria che si tratta di un'obbligazione di mezzi nel senso che: eventuali deficit che possono riguardare la rete e non direttamente il *provider* non configurano in quanto tali inadempimenti a carico di quest'ultimo (cfr. F. Tommasi, *Protocolli TCP/IP*, cit., 136-137).

⁶⁹ L. Albertini, *I contratti di accesso ad Internet*, cit., 106.

⁷⁰ In fondo, la differenza tra quest'ultima forma di appalto di servizi *ex art. 1677 c.c.* e l'appalto normale di servizio *ex art. 1655 c.c.* può ravvisarsi nel fatto che, nel primo caso, il servizio viene fruito man mano che viene erogato (da qui l'importanza autonoma del fattore tempo), mentre, nel secondo caso, la fruizione è possibile solo col completamento della prestazione (in tale ipotesi l'importanza del fattore tempo è invece accessoria).

⁷¹ L. Albertini, *I contratti di accesso ad Internet*, cit., 106.

⁷² C. Giannattasio, *La permuta. Il contratto estimatorio. La somministrazione*, in A. Cicu – F. Messineo (diretta), *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. XXIV, t. 1, Milano, 1960, 314-315.

debbano trovare applicazione nel singolo contratto e, quindi, «sarà in ogni caso il giudice che deciderà quali siano tra le due categorie di norme (appalto e somministrazione) quelle più idonee a regolare il rapporto»⁷³.

In concreto, poi, le parti difficilmente stabiliscono nel contratto le singole norme dell'appalto o della somministrazione che ritengono applicabili⁷⁴, in quanto nella prassi corrente i contratti (di matrice nordamericana), quando sono scritti, presentano un contenuto minimo quasi sempre imposto dal *provider* al cliente, onde il contratto rimesso all'autonomia delle parti è in realtà una finzione perché prevale la parte economicamente più forte⁷⁵.

4. Dal contratto di accesso “ad Internet” ai “servizi in Internet”

L'individuazione della qualificazione giuridica del contratto in esame, è bene chiarirlo, non è un esercizio dogmatico fine a se stesso ma serve ad individuare la disciplina applicabile.

Si è sul punto sostenuta la tesi dell'irrilevanza della qualificazione giuridica della fattispecie del contratto di accesso ad Internet affermando che i principali servizi forniti dal *service provider* – come l'accesso alla rete e la trasmissione in forma digitale dei dati e delle informazioni (distinguendo l'una prestazione dall'altra) – andrebbero considerati nell'ambito della più complessa e unitaria struttura negoziale corrispondente all'operazione di loro raccolta, consultazione e veicolazione. In tale ottica l'attività del *provider* di consentire l'accesso ad Internet risulta strumentale a contratti dal contenuto più ampio e in quanto tale, da solo, privo di autonoma rilevanza⁷⁶.

L'art. 1677 c.c., peraltro, solo in apparenza detta una disciplina del contratto, limitandosi ad affermare che al contratto in esame sono applicabili: «in quanto compatibili le norme di questo capo (appalto) e quelle compatibili con il contratto di somministrazione». È doveroso evidenziare che rispetto al passato, quando i contratti aventi ad oggetto “servizi di durata” rappresentavano una eccezione, l'affermarsi di una economia dei servizi e del terziario prima e l'impatto delle nuove tecnologie poi hanno portato ad una maggiore applicazione della regola di cui all'art. 1677 c.c. Ed è alla luce di tale norma che più adeguatamente occorre individuare una disciplina idonea a regolare un contratto di durata avente ad oggetto la prestazione di servizi dell'informazione in

⁷³ Così R. Bocchini, *Il contratto di accesso ad Internet*, in R. Bocchini – A.M. Gambino (a cura di), *I contratti di somministrazione e distribuzione*, cit., 181, che riporta criticamente il pensiero di Giannattasio.

⁷⁴ Volendo invece ravvisare due distinti contratti, essi sarebbero da ritenere invece collegati. Tuttavia, per la tesi di una causa mista si rinvia a T. Pasquino, *I contratti di fornitura di servizi telematici*, in R. Clarizia (a cura di), *I contratti informatici*, in P. Rescigno – E. Gabrielli (diretto da), *Trattato dei contratti*, VI, Torino, 2007, 522 ss. Cfr. altresì R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, 10, Torino 1995, 538 e 554; C.M. Bianca, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1987, 450-452.

⁷⁵ S.F. Bonetti, *La tutela dei consumatori nei contratti gratuiti di accesso ad Internet: i contratti dei consumatori e la privacy tra fattispecie giuridiche e modelli contrattuali statunitensi*, in *Dir. inf.*, 6, 2002, 1099 ss.

⁷⁶ M.L. Gambini, *Colpa e responsabilità nella fornitura di servizi Internet*, in R. Clarizia (a cura di), *I contratti informatici*, cit., 559 ss.

generale e l'accesso ad Internet in particolare⁷⁷.

Più in generale, la riconduzione o meno del contratto in esame ad un tipo contrattuale comporta conseguenze sul piano della disciplina in caso di lacune pattizie, assai probabili in assenza di una fattispecie astratta espressamente dedicata a regolare tale specifico rapporto negoziale⁷⁸.

Vi è l'esigenza di una normativa coerente che supporti l'interprete (così come l'esercente l'attività d'impresa) nel dare un ordine alle singole norme applicabili oltre che ad individuare e valutare, anche in sede di controllo (del giudice) e vigilanza (dell'autorità indipendenti), quelle clausole presenti e diffuse nei contratti e tuttavia inique e/o in contrasto con la normativa inderogabile del tipo⁷⁹.

Delimitare la disciplina applicabile consente di meglio esaminare, ad esempio, la qualità delle parti contraenti, l'oggetto dei rapporti, oltre all'interesse concretamente perseguito. Si pensi alla valutazione dell'esatto adempimento da parte del *provider*, che consiste nel rispetto della qualità del servizio di connessione alla rete sulla base, per un verso, delle regole dettate dall'Autorità di settore e, dall'altro, dello specifico abbonamento contrattualmente stipulato tra operatore e utente finale⁸⁰.

È di tutta evidenza come un tale discorso sottintenda la tipologia di attività e di prestazione, a tacer della novità rappresentata dall'accesso alla rete quale prodotto (*rectius* bene) intangibile, nitidamente percepibile sul piano economico prima ancora che giuridico, come oggetto del contratto⁸¹.

Peraltro, parlare ancora di atipicità con riguardo ad un contratto di così larga diffusione come quello di accesso ad Internet, che rappresenta il fondamento stesso della moderna economia, rischia di far apparire la disciplina dei contratti speciali particolarmente arretrata.

Ci si deve chiedere, peraltro, se debba semplicemente parlarsi ancora di un contratto di accesso "ad Internet" o invece, come appare oggi più corretto, di un contratto di accesso "ai servizi in Internet".

5. Il modello di riferimento: il contratto di somministrazione di servizi

Gli studiosi e gli operatori, impegnati da tempo nello sforzo ermeneutico e sistematico di dare una veste giuridica al fenomeno studiato, hanno ricostruito l'inquadramento del fenomeno tanto sotto l'aspetto teorico quanto dal punto di vista pratico e operativo, ricorrendo, come sopra esposto, o al contratto di appalto oppure a quello di somministrazione.

⁷⁷ R. Bocchini, *Il contratto di accesso ad Internet*, in R. Bocchini – A.M. Gambino (a cura di), *I contratti di somministrazione e distribuzione*, cit., 175.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ E. Battelli, *Il controllo amministrativo delle clausole inique*, in *Eur. Dir. Priv.*, 4, 2012, 1093 ss.

⁸⁰ in R. Bocchini – A.M. Gambino (a cura di), *I contratti di somministrazione e distribuzione*, cit., 174.

⁸¹ Cfr. E. Battelli, *Spigolature sulla categoria giuridica dei beni immateriali, alla ricerca di una ricostruzione dogmatica*, in corso di pubblicazione.

La tesi favorevole alla ricostruzione della fattispecie come contratto di appalto, sopra accennata, muove dalla considerazione che il contratto di somministrazione, per il Codice civile, ha ad oggetto la prestazione duratura o periodica di cose *ex art.* 1559 c.c. e non di servizi. Da tale premessa si fa derivare, non solo la sussunzione nello schema dell'appalto, ma più precisamente di appalto di servizi duraturi *ex art.* 1677 c.c.⁸².

Tuttavia, «l'art. 1677 c.c. è una mera norma di rinvio, che richiama e le norme sull'appalto e le norme sulla somministrazione»⁸³ cosicché non si vede per quale ragione il contratto *de quo* dovrebbe essere qualificato come appalto e non come somministrazione, posto che tale articolo richiama, senza distinzione, sia la disciplina dell'uno che dell'altro.

La mera collocazione dell'art. 1677 c.c. tra le norme sull'appalto costituisce un argomento non dirimente, tanto più ove si abbia presente la sostanza della questione che pone al centro dell'individuazione «prima la disciplina applicabile e, poi, la qualificazione del contratto»⁸⁴. La vera portata applicativa dell'art. 1677 c.c. riguarda, di fatto, non tanto la sua valenza qualificatoria quanto quella ermeneutica, indicando il metodo interpretativo da seguire nell'applicazione ad un contratto di appalto della normativa sulla somministrazione che, ai sensi dell'art. 1559 c.c., riguarderebbe la prestazione di cose e non di servizi⁸⁵.

Pare, allora, indubbio il necessario coordinamento con l'art. 1570 c.c. che detta un criterio gerarchico in base al quale «si applicano alla somministrazione, in quanto compatibili con le disposizioni che precedono, anche le regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni». È l'art. 1570 c.c. a dettare, quindi, un criterio di gerarchia tra le norme richiamate sul contratto di appalto e di somministrazione. Infatti, l'art. 1570 c.c. afferma che le norme dei contratti a cui corrispondono le singole prestazioni (e, pertanto, le norme sull'appalto) si applicano soltanto se siano compatibili con le norme sulla somministrazione, con ciò intendendo fornire una gerarchia tra le norme a favore di quelle sulla somministrazione⁸⁶.

Al contratto d'accesso “ai servizi in Internet” trovano, quindi, applicazione, in primo luogo, le norme sulla somministrazione e, poi, quelle sole norme sull'appalto compatibili con le norme sulla somministrazione. Ossia quelle dettate dagli artt.: 1560, 1561 (1657), 1562, 1563, 1564, 1565, 1566, 1567, 1568, 1569 (quanto alla somministrazione) e negli artt. 1656, 1658, 1659, 1660, 1661, 1662, 1665, 1667, 1669, 1670, 1674, 1675, 1676 c.c. (quanto all'appalto)⁸⁷.

Sono fuori da tale elencazione, in quanto si ritengono non applicabili al contratto *de*

⁸² L. Albertini, *I contratti di accesso ad Internet*, cit., 106; F. Tommasi, *I contratti di accesso*, cit., 138; N. Visalli, *Contratto di accesso ad Internet*, cit., 133.

⁸³ R. Bocchini, *Il contratto di accesso ad Internet*, in R. Bocchini – A.M. Gambino (a cura di), *I contratti di somministrazione e distribuzione*, cit., 186.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ R. Bocchini, *Il contratto di accesso ad Internet*, cit., 475.

⁸⁶ B. Fiammella, *Il contratto di accesso ad Internet*, in A. Lisi (a cura di), *I contratti di Internet*, Torino, 2006, 337.

⁸⁷ L'elencazione è in R. Bocchini, *Il contratto di accesso ad Internet*, in *Dir. inf.*, cit., 486.

quo, gli artt. 1560, 1561, 1563, 1568 c.c.⁸⁸.

L'inapplicabilità dell'art. 1560 c.c. al contratto di accesso ad Internet viene così motivata: «la norma presuppone la dazione di cose o comunque un *facere* quantitativamente graduabile, mentre nel caso *de quo* il *provider* deve solo permettere la connettività, sicché non vedo come si possa determinare una quantità di prestazioni corrispondente al normale fabbisogno. Non è infatti pensabile una limitazione oraria o giornaliera di connettività [...]. Non si può nemmeno pensare ad una limitazione della velocità di connessione, la quale è di interesse nella misura massima per qualunque utente»⁸⁹. Una critica come questa appena riportata, che poteva avere un senso alla fine degli anni Novanta del secolo scorso, appare oggi superata ai fini della moderna configurazione del contratto.

In effetti, tale impostazione assume quale ipotesi di riferimento un contratto con pagamento del prezzo *a forfait*, che prescinde dal fabbisogno della parte, consentendo un accesso illimitato nel tempo, a fronte del pagamento di un determinato prezzo fisso. Sebbene certamente si tratti di una fattispecie negoziale tuttora diffusa e socialmente tipizzata, essa non può ritenersi l'unica essendo frequenti nella prassi contratti con accesso giornaliero, oppure c.d. "orario" (o "ad ore"), per i quali il costo è parametrato all'unità di tempo (ora, giorno, settimana, mese) di collegamento alla rete e, di conseguenza, risulta strettamente collegato al fabbisogno dell'utente.

Ne deriva che l'art. 1560 c.c. risulta persino indispensabile alla corretta determinazione dell'entità della prestazione del somministrante. Proprio ai sensi dell'art. 1560 c.c., la regola generale è rappresentata dall'accesso ai servizi in Internet con un costo commisurato all'effettivo fabbisogno dell'utente, mentre l'ipotesi forfetaria, quantunque per certo ben radicata nel mercato e rilevante sul piano giuridico, si configura come speciale.

Quanto all'art. 1561 c.c., in tema di determinazione del prezzo si osserva che: «la norma concerne la periodicità, mentre, nel nostro caso, si ha una continuità di prestazione» cosicché si applicherebbe semmai l'art. 1657 sull'appalto⁹⁰.

Della somministrazione si applicheranno⁹¹, invece: - l'art. 1562 (pagamento del prezzo), c. 2, nell'improbabile ipotesi che non vi sia pattuizione sulla scadenza del canone e, in tale caso, l'uso richiamato dalla norma sarebbe quello della scadenza annuale anticipata, ipotesi presente nei contratti in abbonamento; - l'art. 1564 (risoluzione del contratto)⁹² in base al quale il venire meno della fiducia verso il *provider* si avrà per lo più quando la connessione è assai lenta o incostante, quando la connessione è spesso

⁸⁸ L. Albertini, *I contratti di accesso ad Internet*, cit., 107.

⁸⁹ Ivi, 111.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ Si applicheranno le norme della somministrazione «in ragione delle modalità della prestazione» secondo F. Rescigno, *Appalto (diritto privato)*, in *Enc. giur.* Treccani, II, Roma 1988, 2. Afferma invece l'applicabilità all'appalto *ex art.* 1677 c.c. dell'intera disciplina sulla somministrazione G. Cottino, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, cit., 220; mentre per G. Iudica – D. Rubino, *Dell'appalto*, cit., 499, criterio residuale in caso di incompatibilità tra discipline è l'applicazione delle norme sulla somministrazione.

⁹² Applicabile all'appalto di servizi anche per Trib. Catania, 28 settembre 1990, in *Giur. it. Rep.*, 1992, v. Appalto privato, 64 (appalto di servizio mensa).

impossibile perché le linee sono occupate, quando la posta non può essere scaricata (o solo con difficoltà), etc.⁹³. La norma è applicabile anche se parla di «singole prestazioni» quando nel caso *de quo* si tratta invece di servizio ad esecuzione continuata⁹⁴; - l'art. 1565 (sospensione della somministrazione), per il quale un lieve ritardo nel pagamento del canone può legittimare la sospensione della connessione alla rete (o di altro servizio) solo previo congruo preavviso; - l'art. 1566 (patto di preferenza), che non è incompatibile col rapporto *de quo* in cui il *provider* può avere interesse ad una prelazione⁹⁵ nel caso di un utente che intenda avere in futuro ulteriori connettività ad Internet, soprattutto se il *provider* è in una posizione di notevole forza contrattuale oppure se si moltiplicheranno i servizi fruibili sulla rete, ipotesi che dipenderà anche da un aumento della velocità di collegamento⁹⁶; - l'art. 1567 (esclusiva a favore del somministrante); - l'art. 1569 (contratto a tempo indeterminato), nell'improbabile ipotesi che non vi sia durata prestabilita⁹⁷.

6. Cenni sulla “forma del contratto” di accesso

Con riguardo alla forma del contratto, per quanto qui rileva, gli ostacoli giuridici alla completa digitalizzazione dei processi di conclusione del contratto sono stati da tempo rimossi. Si tratta di contratti a forma libera ai quali si applicano le norme sul documento informatico⁹⁸ e sulle firme elettroniche⁹⁹ che consentono di compiere con mezzi di-

⁹³ Nell'applicare l'art. 1564 c.c. si deve tenere conto di tutta la condotta delle parti rispetto all'osservanza dei patti (App. Bari, 9 marzo 1962, in *Giust. civ. Rep.*, 1963, v. Somministrazione, 7). Se è vero che in generale la disciplina delineata dalla norma *de qua* va integrata dall'art. 1458 c.c. («l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite»), detta considerazione potrebbe non valere nel caso in esame: se infatti gli inadempimenti (cioè le disfunzioni nelle connessioni) si protraggono da tempo, magari dall'inizio del rapporto, non può parlarsi di «prestazioni già eseguite» e il *provider* dovrà restituire il canone ricevuto (cfr. G. Iudica – D. Rubino, *Dell'appalto*, cit., 410).

⁹⁴ G. Cottino, *Del contratto estimatorio, della somministrazione*, cit., 146, nota 1.

⁹⁵ Sulla portata dell'espressione «si obbliga a dare la preferenza [...] nella stipula di un successivo contratto» v. G. Cottino, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, cit., 176-179. Si veda altresì O. Cagnasso, *La somministrazione*, cit., 416 ss.

⁹⁶ Per un'applicazione dell'art. 1566 c.c. ad un appalto di servizi di trasporto v. Cass. civ., sez. III, 26 luglio 1974, n. 2269.

⁹⁷ Queste le norme individuate come applicabili da L. Albertini, *I contratti di accesso ad Internet*, cit., 112.

⁹⁸ Già F. Carnelutti, voce *Documento (Teoria moderna)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1964, 86 ss., evidenziava l'irrelevanza della materia, affermando che «qualunque materia, atta a formare una cosa rappresentativa, può entrare nel documento: tela, cera, metallo, pietra e via dicendo». Dunque, anche un documento costituito da soli *byte* sarebbe stato già all'epoca documento, essendo, pure in questo caso, la materia irrilevante. Come è noto, la normativa italiana non prevedeva la definizione di documento o, meglio, non l'ha prevista fino alla revisione del già citato d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (C.A.D.), dettata dal d.lgs. 30 dicembre 2010, n. 235. Per tutti sia consentito il rinvio a E. Battelli, *Il valore legale dei documenti informatici*, Napoli, 2012, ivi ampia bibliografia sui temi di seguito richiamati.

⁹⁹ Il termine “firma” va oggi assunto come metaforico ed evocativo di un sistema di conoscenze. Sebbene il termine utilizzato sia “firma”, è l'aggettivo (digitale, elettronica, elettronica qualificata, elettronica avanzata) che l'accompagna a designarne la diversa natura. Tra i primi studi G. Finocchiaro, *La firma digitale*, in F. Galgano (diretto da), *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2000. Sulla sottoscrizione dei contratti *online* anche con riguardo alle clausole vessatorie si veda E. Battelli, *Riflessioni sui procedimenti di formazione dei contratti telematici e sulla sottoscrizione on line delle clausole*

gitali, sostanzialmente, tutti gli atti giuridici che possono essere compiuti con strumenti cartacei e che sono da applicarsi alla fattispecie in esame.

Semmai, non va sottovalutata l'importanza che, ai fini della conclusione di un contratto di accesso, può rivestire l'identità del contraente utente finale. Come noto, in effetti, su Internet non è frequente che l'identità sia celata, con meccanismi di pseudonimizzazione o di anonimizzazione¹⁰⁰.

Per dare risposta alle crescenti esigenze di certezza, il legislatore europeo ha cercato di promuovere meccanismi di identificazione delle parti, anche per accrescere la fiducia e, dunque, favorire la conclusione di contratti online e conseguentemente lo sviluppo del commercio elettronico. E proprio sotto questo profilo, l'introduzione di una disciplina in materia di firma elettronica consente agli operatori di raggiungere una ragionevole certezza sull'identità del contraente, contribuendo a rafforzare la fiducia nell'utilizzo delle tecnologie informatiche.

La normativa in materia di firme informatiche, occorre ricordarlo, non è nata solo per soddisfare esigenze tecnico-giuridiche di forma o di prova, ma soprattutto per creare fiducia nelle relazioni online, rafforzando di conseguenza la sicurezza delle transazioni e degli scambi nel mercato digitale¹⁰¹. Ecco perché può affermarsi che le tecniche di

vessatorie, in *Rass. di Dir. Civ.*, 4, 2014, 1035 ss.

¹⁰⁰ La pseudonimizzazione è definita dal regolamento (UE) 679/2016 (Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati) come «il trattamento dei dati personali in modo tale che i dati personali non possano più essere attribuiti a un interessato specifico senza l'utilizzo di informazioni aggiuntive, a condizione che tali informazioni aggiuntive siano conservate separatamente e soggette a misure tecniche e organizzative intese a garantire che tali dati personali non siano attribuiti a una persona fisica identificata o identificabile» (art. 4, n. 5). I dati pseudonimizzati rimangono dati personali.

Per una rassegna delle principali novità introdotte dalla nuova disciplina *privacy* si veda G. Finocchiaro (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017; L. Califano – C. Colapietro, *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017 e F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, Torino, 2016; più di recente A. Barba – S. Pagliantini (a cura di), *Commentario del Codice Civile. Delle Persone, Leggi Collegate - «Regolamento Parlamento Europeo 27 aprile 2016, n. 2016/679/UE»*, Torino, 2019.

¹⁰¹ Nell'ordinamento italiano, il sistema di identificazione elettronica è SPID (Sistema Pubblico per la gestione dell'Identità Digitale di cittadini e imprese), disciplinato dall'art. 64 del C.A.D. Le modifiche apportate al C.A.D. con il regolamento e-IDAS hanno attribuito centralità al sistema di identificazione, dando nuovo impulso alla sua celere implementazione. Lo SPID è disciplinato dal d.p.c.m. 24 ottobre 2014 recante: «Definizione delle caratteristiche del Sistema Pubblico per la gestione dell'Identità Digitale di cittadini e imprese (SPID), nonché dei tempi e delle modalità di adozione del sistema SPID da parte delle pubbliche amministrazioni e delle imprese», pubblicato in Gazz. Uff., n. 285 del 9 dicembre 2014 e da una serie di regolamenti attuativi.

L'art. 1, c. 1, CAD, armonizzato come ricordato alla disciplina europea del regolamento e-IDAS, prevede le seguenti definizioni di documento: «*p*) documento informatico: il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti» e «*p-bis*) documento analogico: la rappresentazione non informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti». In relazione all'idoneità del documento di integrare la forma scritta, l'art. 21, c. 2-*bis*, CAD stabilisce che il documento informatico a cui è apposta una firma elettronica qualificata, digitale, è idoneo a soddisfare il requisito di forma scritta *ad substantiam*, previsto per le scritture private di cui all'art. 1350, c. 1, nn. da 1 a 12, c.c. Gli atti di cui all'art. 1350, c. 1, n. 13), c.c., invece, possono essere sottoscritti a pena di nullità non solo con firma elettronica qualificata o digitale, ma anche con firma elettronica avanzata ovvero sono formati con le ulteriori modalità di cui all'art. 20, c. 1-*bis*, in precedenza menzionate. In tutti gli altri casi, l'art. 20, c. 1-*bis*, prevede che l'idoneità del documento ad integrare la forma scritta sia liberamente valutabile in giudizio, tenendo conto delle caratteristiche di sicurezza, integrità e immutabilità (così pressoché testualmente G. Finocchiaro, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 441

imputazione della volontà nei contratti online sono, ormai, consolidate¹⁰².

Si tenga infine presente che le clausole del contratto sottoscritto andranno integrate da quelle ulteriori presenti nel sito Internet del *provider*¹⁰³, laddove concernenti aspetti non regolati dalle prime (*ex art. 1340 c.c.*), poiché le seconde si possono infatti qualificare come usi contrattuali del *provider*¹⁰⁴.

7. L'evoluzione dell'offerta e l'asserita gratuità dell'accesso ad Internet e ai servizi digitali connessi

I contratti di accesso ad Internet risultano caratterizzati, come noto, da una sostanziale mancanza di trattative, essendo esclusivamente legata alla legge della domanda e dell'offerta del mercato, nella modalità di conclusione tipica dell'accettazione dei contratti “per adesione” rispetto ai quali il singolo contraente si trova davanti al c.d. “prendere o lasciare”¹⁰⁵.

Immaginare una sola tipologia di accesso caratterizzato dalla continuità ininterrotta della connessione ad Internet non risponde però alla realtà perché esistono diversi contratti aventi ad oggetto la prestazione di accessi “a tempo”, per “giorni di navigazione”, etc. In questi casi la norma che ha ad oggetto la disciplina del termine stabilito per le singole prestazioni appare pienamente applicabile¹⁰⁶.

Sono altresì diffuse offerte commerciali e contratti di abbonamento limitate ad alcune stagioni (ma anche promozioni “vacanze” o “di Natale”, etc.) che si caratterizzano per una durata limitata ad alcuni mesi dell'anno (si pensi ai consumatori/viaggiatori/vacanzieri o alle c.d. imprese stagionali).

La differenziazione delle fattispecie negoziali, d'altronde, rappresenta il riflesso delle offerte in questo settore legato all'innovazione della tecnologia ed alla presenza sul territorio delle infrastrutture che determinano una navigazione sempre più rapida.

Si aggiunga che i contratti di accesso alla rete Internet possono essere gratuiti o a pagamento, registrandosi, peraltro, periodi di andamento del mercato in cui l'offerta commerciale si arricchisce di servizi gratuiti o opzioni a pagamento ad ampio raggio, mentre al contrario si alternano dei *trend* di stabilizzazione del contenuto del contratto con appiattimento dell'offerta tra gli operatori.

Non tutte le offerte commerciali prevedono, poi, l'entità della somma che l'utente

ss. Per un approfondimento sul regolamento *e-IDAS*, si veda F. Delfini – G. Finocchiaro (a cura di), *Identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno, commento al regolamento UE 910/2014*, Torino, 2017.

¹⁰² Assertivamente si esprime G. Finocchiaro, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, cit., 450, che aggiunge: «Con le cosiddette “firme” elettroniche o digitali si è passati da un modello basato sull'autorialità (paternità della firma) ad un modello basato sulla responsabilità “per la firma”».

¹⁰³ Nei siti dei *providers* sono frequentemente riportate condizioni contrattuali dettagliate.

¹⁰⁴ Nel caso, invece, di contrasto tra le clausole pubblicate in rete e quelle contenute nel contratto, saranno ovviamente queste ultime a prevalere. Le clausole contrattuali dei *providers* spesso presenti su Internet possono configurare un'offerta al pubblico *ex art. 1336 c.c.*

¹⁰⁵ B. Fiammella, *Il contratto di accesso ad Internet*, cit., 338.

¹⁰⁶ R. Bocchini, *Il contratto di accesso ad Internet*, in *Dir. inf.*, cit., 489.

dovrà pagare per l'accesso alla rete, variando la stessa a secondo del bisogno e delle esigenze o in base alla qualità del servizio richiesto¹⁰⁷.

Se il contratto in esame può avere ad oggetto semplicemente il servizio di accesso ad Internet tramite la rete telefonica tradizionale o attraverso altre strutture tecnologiche, è altrettanto vero che, come sin qui esposto, può essere integrato con servizi digitali connessi che l'utente paga. Sebbene a volte il corrispettivo sia occulto, perché rappresentato da attività di profilazione dei dati, studi di marketing, invio di comunicazioni commerciali tramite e-mail, raccolta dati e informazioni in genere (anche a meri fini statistici in forma anonima)¹⁰⁸. Si pensi alla frequenza con cui un indirizzo e-mail¹⁰⁹ o un numero telefonico diventa destinatario di contatti da parte di terzi fornitori di beni e di servizi per le loro campagne pubblicitarie¹¹⁰.

Ecco perché risulta pure importante distinguere fra offerte di accesso ad Internet e/o di servizi connessi effettivamente gratuiti e attività poste in essere per finalità che di per se stesse non hanno un immediato ritorno monetario ma che portano ad un incremento di valore, foss'anche reputazionale o indiretto.

D'altronde, non a caso, gli studiosi di economia parlano di «mercati a due versanti», in cui un intermediario opera su entrambi i lati generando utilità per se stesso e per le altre parti¹¹¹. L'esempio classico è quello delle radio e delle televisioni commerciali che consentono l'accesso gratuito ai telespettatori, offrendo loro programmi sempre nuovi e di interesse per ampliare il pubblico da un lato e, simmetricamente, il valore del prodotto dall'altro allo scopo di accrescere il costo degli spazi pubblicitari ma anche il valore di mercato dell'eventuale *format* prodotto¹¹².

Se quanto detto risulta chiaro, dovrebbe essere ben comprensibile che il ricorso alla apparente gratuità è uno strumento indirettamente finalizzato ad incrementare il reale *core business* dell'operatore di rete o dell'intermediario¹¹³. Esemplificativo ma assai significativo, tra i servizi connessi all'accesso Internet, è il caso del servizio offerto da

¹⁰⁷ B. Fiammella, *Il contratto di accesso ad Internet*, cit., 335.

¹⁰⁸ Cfr. S. Lohsse – R. Schulze – D. Staudenmayer (eds.), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, Oxford-Baden Baden, 2017, 271 ss.

¹⁰⁹ Per la sua attualità vedi A. Levi – F. Zanichelli, *L'utilizzo dell'e-mail a fini pubblicitari: dallo "spamming" al "permission marketing"*, in *Riv. dir. ind.*, 4-5, 2001, 194 ss.; S. Melchionna, *La tutela dei dati personali nell'ambito delle comunicazioni elettroniche*, in V. Cuffaro – R. D'Orazio – V. Ricciuto (a cura di), *Il codice del trattamento dei dati personali*, Torino, 2007, 577 ss.

¹¹⁰ In giurisprudenza, per tutti, si richiama la pronuncia del Trib. Roma, 26 luglio 2007, in *Dir. inf.*, 2007, 859 ss., che ha ritenuto l'attività di contatto a scopo commerciali o promozionale effettuata da imprese di telefonia nei confronti dei clienti di un'impresa concorrente (o clienti che figurano negli elenchi dei quali non sia stato previamente acquisito il consenso al trattamento dei dati personali secondo le modalità prescritte dalla legge) idonea ad integrare un atto di concorrenza sleale per scorrettezza, oltre che lesione della *privacy* e violazione del Codice del consumo.

¹¹¹ La tipologia di mercato sarebbe "a due versanti" in quanto caratterizzata dalla presenza di una piattaforma che mette in comunicazione due diversi gruppi di soggetti i quali traggono entrambi beneficio da tale rapporto intermediato. Cfr. J.C. Rochet - J. Tirole, *Platform competition in two-sided markets*, in *Journal of the European Economic Association*, 1(4), 2003, 990 ss., che mettono ben in luce i vantaggi che i gestori delle piattaforme ottengono dal fornire servizi apparentemente gratuiti.

¹¹² E. Battelli, *Le opere televisive*, in Id., *Diritto privato dello spettacolo – Opere, contratti, tutele*, Torino, 2020, 167 ss. e spec. 169 ss.

¹¹³ G. Resta – V. Zeno Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., 414 ss.

Google e denominato AdWords (oggi Google Ads) che, nel consentire l’inserimento nel motore di ricerca delle parole chiave da parte degli utenti, insieme ai risultati c.d. “naturali” visualizza annunci consistenti in un breve messaggio commerciale con un collegamento al sito dell’inserzionista¹¹⁴. Tali annunci «vengono mantenuti distinti dai risultati naturali attraverso la loro collocazione [...] in cima alla pagina, su sfondo giallo, o sul lato destro»¹¹⁵. Il servizio AdWords consente agli inserzionisti la selezione di parole chiave «di modo che i loro annunci vengano visualizzati dagli utenti di Internet in risposta all’inserimento di tali parole chiave nel motore di ricerca Google. Ogni volta che un utente di Internet seleziona successivamente il collegamento dell’annuncio, Google viene remunerata con il pagamento di un prezzo concordato in anticipo (“prezzo per click”)¹¹⁶. AdWords costituisce, pertanto, la fonte di finanziamento del motore di ricerca e delle applicazioni fornite da Google “gratuitamente”¹¹⁷.

A conferma basti pensare che il valore di borsa delle stesse società di *social network* deriva anche dalle opportunità di marketing che offrono¹¹⁸. Benché i servizi siano prestati agli utenti gratuitamente (ancora una volta è bene evidenziarlo), grandi introiti sono prodotti dalle inserzioni pubblicitarie presenti sulle piattaforme, alle quali i *provider* spesso cedono informazioni personali dei propri utenti al fine di consentire messaggi mirati in base alle preferenze degli appartenenti alla comunità virtuale¹¹⁹.

¹¹⁴ Cfr. CGUE, cause riunite da C-236/08 a C-238/08, *Google France SARL, Google Inc./Louis Vuitton Malletier SA* (C-236/08), *Viaticum SA, Luteciel SARL* (C-237/08), *Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL, Pierre-Alexis Thonet, Bruno Raboin, Tiger SARL* (C-238/08) (2010) in *Giur. it.*, 2010, 1603 ss. con nota di M. Ricolfi, *Motori di ricerca, link sponsorizzati e diritto dei marchi: il caso Google di fronte alla Corte di giustizia*; in *Dir. inf.*, 4, 2010, 707 ss. con nota di G. Spedicato, *La sottile linea di confine tra esclusiva sul segno e usi leciti: prime riflessioni sulla giurisprudenza comunitaria in materia di keyword advertising*; in *Il dir. ind.*, 2010, 429 ss. con commento di M. Tavella - S. Bonavita, *La Corte di Giustizia sul caso “AdWords”: tra normativa marchi e commercio elettronico*.

¹¹⁵ Conclusioni dell’Avv. Generale Poiras Maduro del 22 settembre 2009, cause riunite da C-236/08 a C-238/08, *Google France Google Inc./Louis Vuitton Malletier, Viaticum Luteciel e CNRRH Pierre-Alexis Thonet Bruno Raboin Tiger*, una concessionaria della Unicis, punto 10.

¹¹⁶ Conclusioni dell’Avv. Generale Poiras Maduro del 22 settembre 2009, cause riunite da C-236/08 a C-238/08, *Google France Google Inc. /Louis Vuitton Malletier*, cit., punto 11.

¹¹⁷ AdWords costituisce il servizio tramite cui Google effettua attività pubblicitaria. Nasce nell’ottobre del 2000 e rappresenta la fonte principale di finanziamento del motore di ricerca, consentendo agli utenti di pubblicizzare la propria attività facendo apparire i loro annunci nella sezione “Link sponsorizzati”. Per l’analisi dell’esempio riportato nel testo si rinvia, anche per ulteriori riflessioni, a: A. Montanari, *Contratto di AdWords e profili di responsabilità. Osservazioni a margine di Corte di giustizia 23 marzo 2010, cause riunite da C-236/08 a C-238/08*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2, 2011, 524 ss. Si segnalano *ex multis*: J. Batelle, *Google e gli altri. Come hanno trasformato la nostra cultura e riscritto le regole del business*, ed. it. a cura di S. Gorassini, Milano, 2006, spec. 145 ss., il quale sottolinea come di fatto l’introduzione del servizio AdWords abbia segnato il momento chiave della crescita dei profitti di Google; nonché I.H. Witten - M. Gori - T. Numerico, *Web Dragons: Inside the Myths of Search Engine Technology*, San Francisco, 2007, 104 ss. Sulle caratteristiche della ricerca tramite algoritmo utilizzata da Google cfr. R. Stross, *Planet Google. One Company’s Audacious Plan to Organize Everything We Know*, New York, 2008, 63 ss.

¹¹⁸ S. Scalzini, *I servizi di online social network tra privacy, regole di utilizzo e violazione dei diritti dei terzi*, in *Giur. merito*, 2012, 2569.

¹¹⁹ Secondo S. Sica – V. Zeno Zencovich, *Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell’Internet*, in *Dir. inf.*, 3, 2010, 377, il modello di tali servizi «si basa sull’utilizzo dei dati degli utenti per finanziare il sistema [...]». Per i meno ingenui dovrebbe essere chiaro che i dati personali sono una *commodity* – una delle principali *commodities* – che si scambia quotidianamente sulla rete. La maggior parte degli utenti trova questo normale e non trova nulla di male nello scambio privacy contro servizi.

Da ultimo, proprio con riferimento alle comunità di persone ampiamente intese, sussistono, come è noto, diverse modalità di accesso alla rete non fondate su un rapporto negoziale a pagamento con un operatore di rete/*provider* ma basate su un'appartenenza stabile o temporanea ad una comunità di persone, identificabile o meno in un luogo fisico. Il riferimento è ai numerosi enti territoriali (comunità montane, comuni, province) che offrono possibilità di connessione senza la necessità di stipulare un contratto con l'utente che intende avvalersi del servizio.

Oggi ciò accade, nella comune esperienza, anche quando, ad esempio, ci trova in luoghi pubblici o aperti al pubblico: un negozio (per lo più grandi magazzini e centri commerciali), un locale (bar, ristorante), una stazione o aeroporto, anche in un mezzo di trasporto a lunga percorrenza (treni, navi, bus), in un luogo di svago (discoteca, cinema, teatro, albergo, stabilimento balneare o villaggio turistico, etc.), in Scuole e Università (alle quali si appartiene stabilmente quale studente, docente, o anche occasionalmente in eventi, etc.).

In tutti questi casi è l'ente (non rileva che si tratti di persona giuridica pubblica o privata) che mette a disposizione dei propri utenti/clienti il servizio di accesso Internet tramite le moderne tecnologie (reti wi-fi), sulla base di un accordo a monte con un operatore di rete.

8. La gestione dei dati personali come elementi alla base dei contratti di accesso ai servizi “in Internet”

A fronte del servizio di cui fruisce, l'utente fornisce i propri dati (anagrafici, indirizzo IP, localizzazione, tempo di utilizzo, pagine visitate, etc.), i quali, unitamente ai metadati ad essi associati, costituiscono un bene oggetto di relazioni economiche e giuridiche¹²⁰. Quel che conta è che un soggetto, per ottenerli, è disposto a fornire servizi che comportano un costo. D'altronde, le più grandi (in termini di capitalizzazione di borsa) società al mondo sono *data companies* e sarebbe difficile sostenere che la loro capitalizzazione si regga su attività prive di rilievo giuridico-economico perché “gratuite”. Semmai, si potrebbe dire che sono proprio gli utenti a fornire un servizio (e cioè la disponibilità dei propri dati) a determinate imprese e vengono da queste remunerati con dei servizi digitali¹²¹.

L'attenzione a questo punto deve spostarsi sul singolo utente che è divenuto sempre più soggetto attivo (e non più solo passivo) della rete, ben potendo immettere e rielaborare informazioni (non più solo utilizzatore di contenuti ma anche produttore degli stessi)¹²².

La risorsa fondamentale dell'ambiente digitale è proprio l'informazione che le tecno-

¹²⁰ G. Resta - V. Zeno Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., 416.

¹²¹ Non è questa la sede, ma vale la pena segnalare la questione assai delicata dei *cookies*; cfr. M. Oppenheimer, *Internet Cookies: When is Permission Consent?*, in *Nebraska L. Rev.*, 85, 2006, 383, nota 23.

¹²² Ampi riferimenti in G. d'Ippolito, *L'esigenza di un nuovo bilanciamento per il diritto d'autore: gli “user generated content” e l'ipotesi di un'eccezione per le opere creative e trasformative*, in *Cyberspazio e diritto*, 3, 2017, 513 ss.

logie interattive trasformano in una nuova merce di scambio. Lo stesso concetto di privacy si evolve da esclusivo “diritto ad essere lasciati soli”, a “diritto di mantenere il controllo sulle proprie informazioni”¹²³, a dominare la circolazione del flusso di informazioni personali che insieme costituiscono l’identità dell’individuo, la sua posizione sociale, il suo corpo elettronico¹²⁴.

Da più parti, anzi, viene avanzata l’ipotesi della possibilità di sfruttamento commerciale delle informazioni personali come beni immateriali disponibili e negoziabili¹²⁵. Al punto che non erra chi sostiene che le nuove tecnologie interattive sembrerebbero configurare un principio di negoziabilità della stessa privacy¹²⁶.

Sul punto, tornando al profilo dei soggetti dei contratti di accesso non può non tenersi conto che si tratta di un mercato distorto dalla disparità di potere negoziale tra gli utenti e i fornitori dei servizi.

Nei rapporti contrattuali vengono, quindi, disciplinati: la privacy, l’onore e la reputazione, l’immagine, il nome, l’identità personale, il diritto morale d’autore, nonché aspetti a contenuto patrimoniale come i diritti di sfruttamento economico legati alla proprietà intellettuale.

Una volta colto l’aspetto elementare della strutturazione dei contratti di accesso “ad Internet” e ancor più, per quanto sin qui esposto, ai servizi digitali “in Internet”, sarebbe opportuno indagare ulteriormente, sempre più in ottica comparata e con uno sguardo sovranazionale, le regole ed i termini d’uso¹²⁷ che i fornitori chiedono agli utenti di sottoscrivere ai fini dell’accesso “al” (o meglio dire “all’utilizzo” del) servizio¹²⁸.

D’altronde, tra i contratti che prevedono il consenso dell’utente al trattamento dei dati personali, sono di gran lunga di più proprio i contratti per l’accesso ai servizi digitali

¹²³ Per una lucida riflessione sull’evoluzione del concetto di privacy legato alle nuove tecnologie si veda S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995; in tema si vedano, inoltre, R. Pardolesi, *Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali. Una storia di evoluzione e discontinuità*, in Id., *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, 2003; F.D. Busnelli, *Spunti per un inquadramento sistematico*, in *Tutela della privacy*, Commentario a cura di Bianca-Busnelli, in *Nuove leggi civili comm.*, 1999, 228 ss.

¹²⁴ Si richiama S. Rodotà, *La persona*, in C. Castronovo – S. Mazzamuto (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, I, Milano, 2007, 198 ss. che definisce il «corpo elettronico» come «l’insieme delle informazioni riguardanti la persona, ormai contemplata non solo nelle dimensioni fisica e psichica, ma pure in quella virtuale».

¹²⁵ A. Ottolia, *Privacy e social networks: profili evolutivi della tutela dei dati personali*, in *AIDA*, 2011, 371 ss.

¹²⁶ Cfr. V. Ricciuto, *Comunicazione e diffusione dei dati personali e trattamento dei dati particolari*, in *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Torino, 1997, 267 ss.; V. Zeno-Zencovich, *I diritti della personalità dopo la legge sulla tutela dei dati personali*, in *Studium Iuris*, 1997, 469 ss.

¹²⁷ I “termini d’uso” dei servizi sono corredati da una informativa sulla privacy, la quale annovera i modi in cui le informazioni degli utenti saranno trattate e a cui, contestualmente alla sottoscrizione del contratto, l’utente presta il proprio consenso. I grandi operatori della rete adottano dei modelli di termini di uso per i servizi offerti che contengono delle clausole generali sostanzialmente simili tra loro e che differiscono per la natura del servizio utilizzato. In genere accade che l’utente, per poter avvalersi dei servizi offerti, debba accettare i termini di uso e che tale accettazione si perfezioni semplicemente fruendo i servizi, senza necessità di ulteriori adempimenti.

¹²⁸ Si vedano F.D. Busnelli, *Spunti per un inquadramento sistematico*, cit., 228; E. Navarretta, *Commento all’art. 9*, in *Tutela della privacy*, Commentario a cura di Bianca-Busnelli, cit., 318 ss., secondo cui «il dato personale è veicolo di un’informazione sull’individuo che può, a seconda del suo concreto contenuto, coinvolgere o meno differenti profili della personalità e può riguardare un grado di intensità valoriale che può o meno toccare il nucleo dell’inviolabilità» (p. 321).

(“in Internet”) che all’accesso “a Internet”. E proprio per la rilevanza economica e “social-e” assunta dai molteplici servizi usufruibili su Internet non deve stupire che siano questi ultimi i contratti in cui si rinviene una commercializzazione dei dati, ai quali pure fa riferimento l’art. 7, par. 4, GDPR; basti pensare alle piattaforme *social* ma non solo. A tal riguardo occorre rilevare come l’utente che “acconsente” o usufruisce di un servizio “gratuito” online non si ponga minimamente il problema se stia entrando in una relazione giuridica¹²⁹. Del resto chi entra in una libreria e sfoglia un libro per capire di cosa parla non è certamente tenuto ad acquistarlo¹³⁰.

Per contro non vi è dubbio che le condizioni generali di contratto in uso nei servizi digitali più diffusi siano invalide ai sensi della disciplina europea di protezione del consumatore¹³¹, trattandosi di traduzioni di clausole di matrice statunitense, di dubbia validità anche in quell’ordinamento¹³², e non essendo neanche possibile prendere in ipotesi la sussistenza di una trattativa individuale attraverso cui l’utente ne abbia compreso, accettandolo, il contenuto. La questione che sorge è proprio quella della consapevolezza dell’utente/consumatore nell’usufruire di servizi “a titolo gratuito”¹³³.

Non sorprenda, ancora, che la complessità di una disciplina in continua evoluzione come quella relativa ad Internet abbia pure la peculiarità di porsi al confine tra la tutela del consumatore (o meglio dell’e-consumer) e la disciplina sulla privacy¹³⁴, con specifico riguardo proprio alla questione relativa alla gratuità o onerosità del contratto¹³⁵.

Il diffondersi della prassi di offrire servizi digitali, senza richiedere in cambio un corrispettivo in denaro, ma subordinando l’erogazione del servizio alla prestazione del consenso al trattamento dei dati personali degli utenti, impone di verificare la liceità di tali operazioni e, dunque, della possibilità di usare i dati personali come moneta corrente per accedere a beni o servizi¹³⁶.

¹²⁹ D.A. Hoffman, *From Promise to Form: How contracting Online Changes Consumers*, in *N.Y.U.L. Rev.*, 91, 2016, 1595, evidenzia come l’utente digitale sia ormai abituato a dichiarare il falso quando gli viene chiesto di confermare di aver letto o preso visione delle condizioni generali di contratto.

¹³⁰ G. Resta – V. Zeno Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., 420.

¹³¹ Il riferimento è al caso “WhatsApp II” (CV154, del 12 maggio 2017) oggetto di procedimento sanzionatorio da parte dell’AGCM.

¹³² V. Preston, *«Please Note: You Have Waived Everything»: Can Notice Redeem Online Contracts?*, in *Am. U.L. Rev.*, 64, 2015, 535 ss.

¹³³ F. Agnino, *Fino a che punto è possibile disporre contrattualmente dei propri diritti? (vedi contratto FB)*, in *Giur. merito*, 12, 2012, 2555.

¹³⁴ Per tutti si veda S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, cit., 62. In questo senso, tra i primi ad evidenziare tale connessione, anche V. Ricciuto, *Comunicazione e diffusione dei dati personali e trattamento dei dati particolari*, in V. Cuffaro – V. Ricciuto (a cura di), *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Torino, 1997, 292 ss.

¹³⁵ S.F. Bonetti, *La tutela dei consumatori nei contratti gratuiti di accesso ad Internet*, cit., 1099 ss.

¹³⁶ Afferma S. Thobani, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell’interessato e tutela dell’utente*, in questa Rivista, 3, 2019, 131 ss., spec. 132: «Da un lato, l’uso dei servizi da parte degli utenti genera di per sé dati (sulle preferenze e i comportamenti degli utenti, quali, ad esempio, le abitudini di consumo) il cui sfruttamento dà luogo a utilità economiche, dall’altro l’offerta di un bene o servizio rappresenta l’occasione per chiedere agli utenti di comunicare essi stessi alcune informazioni che li riguardano. È dunque frequente che, in sede di accesso a un servizio, sia richiesto all’utente di prestare il consenso al trattamento dei dati personali per fini ulteriori (non necessari all’erogazione del servizio) e che tale consenso sia posto come condizione necessaria per accedere al servizio: si tratta delle operazioni c.d. di *tying*. Ha così luogo uno scambio tra il servizio e i dati personali, che costituiscono, almeno di fatto, il corrispettivo per accedere alla controprestazione».

Chi accede ad Internet è innanzitutto un utente. Lo sviluppo, di fatto, di un mercato dei *Big Data* impone dunque di prendere in considerazione gli interessi legati alla tutela dei dati personali¹³⁷.

Il consenso al trattamento viene pertanto non solo ad affiancare un parallelo rapporto contrattuale, ma ad essere inserito esso stesso in una apparente logica di scambio (specie qualora si tratti di persona “nota”)¹³⁸.

Ciò posto, per quanto qui rileva, se la logica è quella dello scambio, la *ratio* sottesa fra la asserita “gratuità” delle prestazioni sinallagmaticamente offerte da parte di un’impresa di servizi telematici e l’autorizzazione dell’utente ad utilizzare i propri dati a fini di profilazione e promozione commerciale, conferisce all’operazione un indubbio carattere negoziale¹³⁹ a spiccato contenuto patrimoniale¹⁴⁰.

Così ragionando, allora, il problema non è più semplicemente una questione di trasparenza dell’offerta di beni o servizi pubblicizzati come gratuiti ma in realtà prestati in cambio del consenso al trattamento dei dati personali¹⁴¹. Si è davanti ad un meccanismo in base al quale l’utente è forzato, per accedere ad Internet o a un servizio connesso, ad acconsentire al trattamento dei propri dati che si configura alla stregua di una pratica commerciale scorretta rappresentata da una modalità di pagamento vera e propria, a fronte di un servizio solo asseritamente “gratuito”¹⁴². Spettano, quindi, in

¹³⁷ Non è superfluo ricordare che la possibilità di sfruttamento economico di alcuni attributi della personalità è fenomeno ben noto alla pratica degli affari. Emblematica, ad esempio, la progressiva valorizzazione economica del diritto all’immagine, non dubitandosi ormai che il soggetto possa trarre utilità economica dallo sfruttamento della propria effigie, mediante specifici rapporti contrattuali. Con riguardo ai profili dello sfruttamento commerciale dell’immagine: C. Scognamiglio, *Il diritto all’utilizzazione economica del nome e dell’immagine delle persone celebri*, in *Dir. inf.*, 1, 1988, 1 ss. D’altronde l’interesse commerciale per i dati personali anche delle persone comuni, come elemento cognitivo importante nella società dei consumi di massa, è da tempo presente nella riflessione della dottrina; per tutti: V. Zeno Zencovich, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, in *Dir. inf.*, 3, 1993, 545 ss.; Id., *I diritti della personalità dopo la legge sulla tutela dei dati personali*, in *Studium iuris*, 1997, 466 ss.

¹³⁸ E. Battelli, *Contratti commerciali e sfruttamento dell’immagine*, in *Diritto Privato dello Sport*, Torino, 2019, 51 ss.

¹³⁹ F. Delfini, *I contratti dei consumatori e Internet*, in C. Vaccà (a cura di), *Consumatori, contratti, conflittualità. Diritti individuali, interessi diffusi e mezzi di tutela*, Milano, 2000, 337 ss.; S.F. Bonetti, *La tutela dei consumatori nei contratti gratuiti di accesso ad Internet*, cit., 1129 ss.; P. Sammarco, *Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d’uso dei servizi del web 2.0*, in *Dir. inf.*, 4, 2010, 640 ss.; F. Agnino, *Fino a che punto è possibile disporre contrattualmente dei propri diritti?*, cit., 2559 ss.

¹⁴⁰ Pur non essendo questa la sede si rinvia ad alcuni significativi studi sul tema: G. Comandè, *Consenso. Casi di esclusione del consenso*, in E. Giannantonio – M.G. Losano – V. Zeno Zencovich (a cura di), *La tutela dei dati personali. Commentario alla legge n. 675/1996*, Padova, 1997, 98 ss.; V. Carbone, *Il consenso, anzi i consensi nel trattamento informatico dei dati personali*, in *Danno e resp.*, 1, 1998, 23 ss.; F. Bilotta, *Consenso e condizioni generali di contratto*, in V. Cuffaro – V. Ricciuto (a cura di), *La disciplina del trattamento dei dati personali*, II, cit., 87 ss.; V. Cuffaro, *A proposito del ruolo del consenso*, in V. Cuffaro – V. Ricciuto – V. Zeno Zencovich (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1999, 201 ss. Sull’ipotesi di configurare il consenso al trattamento come dichiarazione contrattuale e, conseguentemente, la revoca del medesimo come recesso, si vedano i rilievi di G. Oppo, *Sul consenso dell’interessato*, in V. Cuffaro – V. Ricciuto – V. Zeno Zencovich (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, cit., 126 ss.

¹⁴¹ M. Graziadei, *Collusioni transatlantiche: consenso e contratto nel trattamento dei dati personali*, in F. Di Ciommo – O. Troiano (a cura di), *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell’epoca del diritto liquido. Studi in onore di Roberto Pardolesi*, Piacenza, 2018, 367, segnala come si tratti della prospettiva emersa nell’ordinamento statunitense.

¹⁴² Così S. Thobani, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell’interessato e tutela dell’utente*, cit., 135, che sulla

capo all'utente tutte le tutele previste ai sensi della disciplina del Codice del consumo e di quelli di settore¹⁴³.

Passaggio successivo al riconoscimento di una struttura negoziale sinallagmatica qui descritta è, peraltro, non solo una estensione delle tutele normativamente previste in favore dell'utente finale (contraente debole rispetto al *provider*), ma anche il sorgere in capo a quest'ultimo di una serie di obblighi di veridicità, ad iniziare dalla correttezza dei dati personali forniti, con impegno a comunicare eventuali variazioni¹⁴⁴.

Appare difatti evidente che, nel quadro dell'attività economica posta in essere a monte del contratto di accesso ai servizi Internet, i dati acquisiti risultino formalmente necessari per la conclusione del contratto e il suo adempimento (con particolare riguardo alla fase precontrattuale), ma successivamente assumano specifico valore, ad esempio, nell'orientare le politiche commerciali¹⁴⁵. Anzi, proprio tenuto conto del valore assunto dai dati personali nel contesto dell'economia moderna, essi devono essere considerati quali corrispettivo per l'accesso al servizio medesimo¹⁴⁶.

Sul punto, per quanto qui si rileva è, quindi, da escludere ogni lettura rigida dell'art. 7, par. 4, GDPR – Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (regolamento (UE) 2016/679), laddove si afferma che «nel valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, si tiene nella massima considerazione l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto».

Se così fosse, difatti, si finirebbe per sancire l'invalidità non tanto del consenso even-

possibilità di considerare i dati personali (*rectius* il consenso al trattamento dei dati personali) come oggetto di una prestazione e sul conseguente nesso di corrispettività tra tale consenso e l'accesso al bene o servizio per cui il consenso è richiesto, richiama: C. Langhanke – M. Schmidt-Kessel, *Consumer data as consideration*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 6, 2015, 218 ss.; A. De Franceschi, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017, 67 ss.; A. Metzger, *Data as Counter-Performance: What Rights and Duties do Parties Have?*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 8, 2017, 1 ss.; G. Resta - V. Zeno-Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., 436 ss.; S. Thobani, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Milano, 2018, 160 ss.

¹⁴³ E. Battelli, *Codice del consumo, codice civile e codici di settore*, cit., 425-454. Il rinvio alla disciplina specialistica di settore, nel caso in esame, è da ultimo alla direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 «relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali», la cui finalità perseguita, tra le altre, è proprio quella di tutelare i consumatori a prescindere da come il servizio sia stato «pagato» (se in denaro o in dati personali). Si veda ai fini che qui rilevano il considerando n. 24, che così recita «[o]ltre a riconoscere appieno che la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale e che tali dati non possono dunque essere considerati una merce, la presente direttiva dovrebbe garantire che i consumatori abbiano diritto a rimedi contrattuali, nell'ambito di tali modelli commerciali».

¹⁴⁴ G. Resta – V. Zeno Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., 439.

¹⁴⁵ Su questo tema già da tempo acute riflessioni in: V. Zeno Zencovich, *Cosa*, in *Dig. civ.*, IV, Torino, 1989, 453 ss.; Id., voce *Informazione (profili civilistici)*, in *Digesto priv.*, IX, Torino, 1993, 420 ss.; P. Perlingieri, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 326 ss.; A. Nervi, *La nozione giuridica di informazione e la disciplina di mercato. Argomenti di discussione*, in *Riv. dir. comm.*, 2, 1998, 843 ss.

¹⁴⁶ In tema v.: C. Berger, *Property Rights to Personal Data? An Exploration of Commercial Data Law*, in *Zeitschrift für geistiges Eigentum*, 2017, 340 ss.; nonché S. Lohsse – R. Schulze – D. Staudenmayer (eds.), *Trading Data in the Digital Economy*, cit., e in particolare F. Mezzanotte, *Access to Data: The Role of Consent and the Licensing Scheme*, ivi, 159.

tualmente prestato quanto, invece, dell'intera intesa negoziale che su di esso si sorregge¹⁴⁷. Non è dunque vietato subordinare l'esecuzione di un contratto alla prestazione del consenso al trattamento dei dati, ma si tratta di valutare con attenzione l'effettiva libertà del consenso¹⁴⁸.

Deve superarsi l'idea che un consenso remunerato sia per ciò stesso “non libero”. Ciò per due ordini di ragioni¹⁴⁹. La prima è da rintracciarsi nel testo dell'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea laddove il consenso è ritenuto idoneo a giustificare il trattamento dei dati personali. La seconda si rinviene nello stesso citato art. 7, allorché si consideri che nel caso del contratto di accesso al servizio il consenso rappresenta un elemento strutturale dell'accordo negoziale che diversamente neanche sorgerebbe, connotandosi il consenso come necessario non all'esecuzione ma al perfezionamento del contratto stesso¹⁵⁰.

Non sussiste, quindi, un divieto di porre in essere, in astratto, la regolazione pattizia dello scambio di servizi “contro dati”¹⁵¹ che contenga la previsione di acquisire un consenso consapevole all'utilizzo (“monetizzazione”) dei propri dati personali. Troverebbero così ampio spazio schemi negoziali che prevedano di offrire agli utenti l'accesso ad Internet e ai servizi connessi sia dietro versamento di un prezzo sia “contro dati”, considerando questi ultimi alla stregua di un corrispettivo monetario¹⁵².

Se, poi, anche la tutela dei dati personali debba considerarsi strumentale alla tutela di altri interessi¹⁵³, ciò non farebbe, in ogni caso, venire meno l'esigenza di una disciplina idonea a tutela dello scambio comunque astrattamente ammissibile tra dati personali e accesso al(ai) servizio(i), sotto il profilo della trasparenza e necessaria consapevolezza, con la possibilità di ricorrere a tutti i rimedi di carattere consumeristico presenti nel

¹⁴⁷ C. Wendehorst, *Of Elephants in the Room and Paper Tigers: How to Reconcile Data Protection and the Data Economy*, in S. Lohsse – R. Schulze – D. Staudenmayer (eds.), *Trading Data in the Digital Economy*, cit., 327 ss.

¹⁴⁸ Cass. civ., sez. I, 2 luglio 2018, n. 17278, in *Giur. it.*, 2019, 530 ss. In tale sentenza la Cassazione ha statuito «a determinate condizioni» la liceità di subordinare l'accesso a un bene o servizio alla prestazione del consenso al trattamento. La vicenda, nello specifico, aveva ad oggetto un servizio di *newsletter* su tematiche in materia fiscale, di diritto e di finanza, informazioni agevolmente acquisibili pure con altre modalità, non solo telematiche (si pensi a siti specializzati) ma anche tramite consultazione di (ad esempio) acquisto di prodotti editoriali tradizionali, senza dover necessariamente cedere i propri “dati personali”. Secondo il ragionamento proposto dalla Cassazione le operazioni di *tying* sono pertanto vietate solo allorché il bene oggetto della prestazione è «ad un tempo infungibile ed irrinunciabile per l'interessato» e soprattutto quando non vi sia un equivalente facilmente accessibile; ebbene in questi ultimi casi richiamati dalla Corte di Cassazione non residuano dubbi sul fatto che non sarà lecito condizionarne l'erogazione al consenso al trattamento dei dati (cfr. S. Thobani, *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 55; A. Metzger, *Data as Counter-Performance: What Rights and Duties do Parties Have?*, cit., 5 ss.; E. Lucchini Guastalla, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contratto e impresa*, 2018, 113; G. Resta - V. Zeno-Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., 432).

¹⁴⁹ G. Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2002, 801 ss.

¹⁵⁰ Cfr. S. Thobani, *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, cit., 71 ss.

¹⁵¹ Cfr. A. Metzger, *Data as Counter-Performance. What Rights and Duties do Parties Have?*, cit., 2.

¹⁵² G. Resta – V. Zeno Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, cit., 430.

¹⁵³ F. Piraino, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Nuove leggi civili comm.*, 40(2), 2017, 401-402.

nostro ordinamento¹⁵⁴.

9. Riflessioni finali

Mentre la disciplina del GDPR regola in via sostanziale il mercato dei dati personali¹⁵⁵, stabilendo se e quando il loro scambio è ammesso, la disciplina a tutela dei consumatori regola le modalità di tale scambio, garantendone la trasparenza e accordando agli utenti determinati rimedi, a prescindere dalla sua liceità¹⁵⁶.

D'altronde non sussistono dubbi che possa essere qualificato professionista chi predispone e distribuisce stabilmente un servizio senza chiedere corrispettivo alcuno. Basti richiamare il dettato dell'art. 3 del Codice del consumo (d.lgs. 206/2005) che ricomprende nella nozione di prodotto «qualsiasi prodotto destinato al consumatore, anche nel quadro di una prestazione di servizi [...] fornito o reso disponibile a titolo oneroso o gratuito nell'ambito di una attività commerciale». A risultare determinante non è, dunque, l'elemento del corrispettivo, ma il contesto in cui il bene o il servizio viene fornito al consumatore e se tale ambito è di natura commerciale¹⁵⁷.

A conclusione non va dimenticato che il diritto, di fronte alla diffusione di nuove tecnologie, ha la delicata funzione di governarne gli sviluppi per prevenire i conflitti. Compito non facile perché, comunque la si pensi, lo studio del fenomeno risulta

¹⁵⁴ «La stessa AGCM, premessa la sussistenza di un rapporto di consumo in ragione del valore economico dei dati raccolti dal gestore del social network, ha sanzionato come pratica commerciale ingannevole la condotta di non informare chiaramente gli utenti in fase di registrazione al servizio delle finalità remunerative dello stesso e, anzi, di pubblicizzarne la “gratuità”; e come pratica commerciale aggressiva quella di preselezionare l'opzione di condivisione dei dati prospettando agli utenti in caso di deselection rilevanti limitazioni nella fruizione del servizio, maggiori rispetto a quelle effettivamente applicate»; così S. Thobani, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, cit., 134, che richiama: Autorità garante della concorrenza e del mercato, provv. *WhatsApp – Trasferimento dati a Facebook*, 11 maggio 2017, n. 26597, su cui v. G. Giannone Codiglione, *I dati personali come corrispettivo della fruizione di un servizio di comunicazione elettronica e la “consumerizzazione della privacy”*, in *Dir. inf.*, 2, 2017, 418 ss. Sulla rilevanza della necessità di fornire un'informazione completa e trasparente in merito al trattamento dei dati personali anche ai fini della valutazione sulla correttezza delle pratiche commerciali, v. anche Tar Lazio, sez. I, 11 aprile 2018, n. 5043.

¹⁵⁵ Sul valore economico dei dati personali si vedano: G. d'Ippolito, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, in *Dir. inf.*, 3, 2020, 635 ss.; G. Malgieri - B. Custers, *Pricing privacy – the right to know the value of your personal data*, in *Computer Law & Security Review*, 34, 2017, 294-297. Cfr. F.G. Viterbo, *Freedom of contract and the commercial value of personal data*, in *Contratto e impresa Europa*, 2, 2016, 606 ss.

¹⁵⁶ Perspicuamente S. Thobani, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, cit., 147, la quale, nell'evidenziare le difficoltà di raggiungere soluzioni soddisfacenti attraverso una regolamentazione contrattuale del flusso dei dati personali, richiama i dubbi espressi con diverse argomentazioni da: S. Rodotà, *Protezione dei dati e circolazione delle informazioni*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1984, 732-733; S. Simitis, *Il contesto giuridico e politico della tutela della privacy*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1997, 567 ss.; C. Camardi, *Mercato delle informazioni e privacy – riflessioni generali sulla L. n. 675/1996*, in *Eur. dir. priv.*, 4, 1998, 1049 ss., spec. 1061. Sui limiti cognitivi degli utenti con riguardo alle scelte in materia di *privacy*: L. Gatt – R. Montanari – I.A. Caggiano, *Consenso al trattamento dei dati personali e analisi giuridico comportamentale. Spunti di una riflessione sull'effettività della tutela dei dati personali*, in *Politica del diritto*, 2, 2017, 363 ss.

¹⁵⁷ Non a caso, si assiste ad un intensificarsi di attività illecite volte a carpire abusivamente i dati personali altrui, a riprova dell'interesse sviluppatosi intorno a questa “risorsa”: R. Flor, *Phishing, identity theft e identity abuse. Le prospettive applicative del diritto penale vigente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2007, 899 ss.

trasversale ai singoli saperi giuridici (e quindi multidisciplinare e interdisciplinare), ma anche perché i confini dello stesso, come nel caso della tipologia di contratto qui esaminato, non sono né nazionali né europei, ma globali.