Cianci AG, *Informazioni strumentali, norme sulla pubblicità e rapporto di consumo* (2024) Special Issue EJPLT.
DOI:

EJPLT
ISSN 2704-8012

Informazioni strumentali, norme sulla pubblicità e rapporto di consumo

Instrumental information, advertising regulation and consumer relation

ALBERTO GIULIO CIANCI
Professore associato di Istituzioni di Diritto privato e Comunicazione pubblicitaria e tutela dei consumatori
Università di Perugia

Abstract
Lo studio ricostruisce la normativa in tema di informazioni strumentali nell'ambito del Codice del consumo, descrivendo la struttura della norma che vieta le comunicazioni non richieste (art. 67-sexdecies D. lgs. 206/2005), la sua funzione, il suo rapporto con le altre principali tutele del consumatore, il confronto con le altre strutture tipiche delle norme in tema di pubblicità, il rapporto con le previsioni reciproche in tema di pubblicità nel Codice della privacy (art. 130 D. lgs. 196/2003).
Vengono considerate le altre norme del Codice del consumo in materia di protezione dei dati personali.
Il concetto di informazioni strumentali è oggetto di analisi secondo la categoria dei Relational Contracts (Ian Macneil, Rosenthal Lectures, 1979).

The essay reconstructs the rules about instrumental information in the Consumer Code, describing the structure of the rule that prohibits unsolicited communications (art. 67-sexdecies Legislative Decree 206/2005), its function, its relationship with the other main consumer protections, comparing and contrasting this rule with advertising rules, included also in the Privacy code (art. 130 Legislative Decree 196/2003).
The essay considers also the other provisions of the Consumer Code regarding the protection of personal data.
The concept of instrumental information is considered according to the principles of the Relational Contracts theory (Ian Macneil, Rosenthal Lectures, 1979).

© The author(s) 2024, published by Suor Orsola Benincasa Università Editrice.
This contribution is licensed under a Creative Common Attribution 4.0 International Licence CC-BY-NC-ND, all the details on the license are available at: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Keywords: dati personali; relazione di consumo; privacy; consumer relation.

Summary: Introduzione. – 1. Tipologie di norme in tema di pubblicità. Struttura. – 2. Tipologie di norme in tema di tutela del consumatore. Struttura. – 3. La norma sulle comunicazioni non richieste (art. 67-*sexdecies* D. lgs. n. 206/2005). Il rapporto con la norma reciproca nel Codice della privacy (art. 130 D. lgs. n. 196/2003). – 4. Altre norme del Codice del consumo in materia di tutela dei dati personali. – 5. Informazioni strumentali e *Relational contracts* (Ian Macneil, Rosenthal Lectures, 1979). – Conclusioni.

Introduzione.

L'oggetto del presente studio è costituito dalla normativa in tema di informazioni strumentali nell'ambito del Codice del consumo (art. 67-*sexdecies* D. lgs. 6 settembre 2005, n. 206)[1].

L'articolo, rubricato "*comunicazioni non richieste*", presenta il seguente testo:

"*1. L'utilizzazione da parte di un fornitore delle seguenti tecniche di comunicazione a distanza richiede il previo consenso del consumatore:*

a) sistemi di chiamata senza intervento di un operatore mediante dispositivo automatico;

b) telefax.

2. Le tecniche di comunicazione a distanza diverse da quelle indicate al comma 1, quando consentono una comunicazione individuale, non sono autorizzate se non è stato ottenuto il consenso del consumatore interessato.

3. Le misure di cui ai commi 1 e 2 non comportano costi per i consumatori.

3-bis. È fatta salva la disciplina prevista dall'articolo 130, comma 3-bis, del codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e successive modificazioni, per i trattamenti dei dati inclusi negli elenchi di abbonati a disposizione del pubblico".

Risulta immediatamente evidente che si tratta di una norma in tema di tutela dei dati personali, inserita organicamente nel Codice del consumo e quindi diretta, al contempo, alla tutela del medesimo soggetto, sia quale consumatore (art. 3, 1° co., lettera a) D. lgs. 206/2005), sia quale interessato (art. 4, 1° co., n. 1, Regolamento 2016/67/UE)[2].

Tutela del consumatore, nel contesto della relazione pubblicitaria, e protezione dei dati personali costituiscono quindi due profili connessi: il dato personale rappresenta un'informazione strumentale per la diffusione della pubblicità. In difetto di essa, la comunicazione informativa al consumatore non potrebbe essere realizzata. Vi è quindi un rapporto di strumentalità tra il dato

[1] M. Albano, *sub* art. 67-*sexiesdecies* D. lgs. n. 206/2005, in Aa. Vv., *Codice del consumo e norme collegate*, 6ª ed., a cura di V. Cuffaro, A. Barba, A. Barenghi, Milano, 2023, 717 ss.; G. Falcone, *sub* art. 67-*sexiesdecies* D. lgs. n. 206/2005, in Aa. Vv., *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, 2ª ed., a cura di E. Capobianco, L. Mezzasoma, G. Perlingieri, Napoli, 2018, 484 ss.

[2] F. Guerrieri e M. Coppola, *sub* art. 4 GDPR, in Aa. Vv., *GDPR e normativa privacy - Commentario*, a cura di G.M. Riccio, G. Scorza, E. Belisario, 2ª ed., Milano, 2022, 51; E. Pelino, *I diritti dell'interessato*, in L. Bolognini, E. Pelino, C. Bistolfi, *Il regolamento privacy europeo*, Milano, 2016, 169 s.

personale, l'esplicazione della relazione pubblicitaria, più in generale il rapporto di consumo.

1. Tipologie di norme in tema di pubblicità. Struttura.

Le norme in tema di pubblicità possono essere inquadrate in distinte categorie, a seconda della loro struttura.

La prima categoria è quella delle norme di divieto, in cui viene prescritto da astenersi da una determinata attività di comunicazione; in questa struttura, il divieto può afferire all'oggetto del messaggio pubblicitario (ad es., nel divieto della pubblicità dei farmaci etici, soggetti a prescrizione: art. 115, 2° co., D. lgs. 24 aprile 2006, n. 219[3]; o dei prodotti da fumo: art. 1 l. 10 aprile 1962, n. 165[4]); nel contenuto del messaggio, come nel divieto di messaggi pubblicitari idonei ad incentivare l'uso dei farmaci (art. 115, 5° co., D. lgs. n. 219/2006[5]), dove la norma di divieto è legata al mezzo e al contesto della diffusione; nell'uso di una determinata tecnica, quale la pubblicità subliminale (art. 5, 3° co., D. lgs. 2 agosto 2007, n. 145[6]).

La seconda categoria consiste nelle norme autorizzative, che assoggettano una determinata pubblicità, in funzione del suo contenuto, all'approvazione di un'autorità amministrativa. In questa categoria, rientra ad esempio la disciplina sulla pubblicità dei farmaci (art. 118 D. lgs. n. 219/2006), di competenza del Ministero della Salute.

La terza categoria è quella delle norme che prescrivono la comunicazione preventiva dei messaggi pubblicitari, come avveniva, in termini generali, per i prodotti finanziari (art. 101, 1° co., D. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, nel testo vigente prima della sua modificazione disposta dall'art. 3, 10° co., D. lgs. 2 febbraio 2021, n. 17)[7], o, "*in via non sistematica*", per la pubblicità dei prodotti assicurativi, come disposto – antecedentemente all'abrogazione della norma (D. lgs. 30 dicembre 2020, n. 187) – da una specifica previsione del Codice delle assicurazioni private (art. 182, 3° co., D. lgs. 7 settembre 2005, n. 209).

Si tratta, come qui indicato, di una categoria in desuetudine, a fronte di nuovi interventi legislativi favorevoli a diverse forme di controllo, non generalizzato e non caratterizzato dalla struttura dell'obbligo di comunicazione.

La quarta categoria afferisce alla regolamentazione del mezzo; in quest'ambito sussistono varie tipologie strutturali: il divieto di televendita di cure mediche (art. 44, 8° co., D. lgs. 8 novembre 2021, n. 208), dove si configura un divieto di realizzare una specifica forma di pubblicità (la televendita) in

---

[3] "*È vietata la pubblicità presso il pubblico dei medicinali che possono essere forniti soltanto dietro presentazione di ricetta medica o che contengono sostanze psicotrope o stupefacenti; in deroga a tale divieto il Ministero della salute può autorizzare campagne di vaccinazione promosse da imprese farmaceutiche*".

[4] "*La propaganda pubblicitaria di qualsiasi prodotto da fumo, nazionale od estero, è vietata*". Il testo è stato introdotto con il D.l. 10 gennaio 1983, n. 4, art. 8, 1° co., l. 22 febbraio 1983, n. 52.

[5] "*In pubblicazioni a stampa, trasmissioni radio-televisive e in messaggi non a carattere pubblicitario comunque diffusi al pubblico, è vietato mostrare in immagini un medicinale o la sua denominazione in un contesto che può favorire il consumo del prodotto*".

[6] "*È vietata ogni forma di pubblicità subliminale*".

[7] V. il commento di M. PALMIERI, *sub* art. 101 D. lgs. n. 58/1998, in AA. VV., *Commentario TUF*, a cura di F. VELLA, I, artt. 1-101, Torino, 2012, 992 ss.

relazione ad un particolare oggetto; la regolamentazione del contesto della pubblicità, vietata "*durante la trasmissione di funzioni religiose*" (art. 44, 5° co., D. lgs. n. 208/2021).

Una quinta struttura consiste nella previsione di un contenuto necessario del messaggio pubblicitario, come avviene per l'ipotesi di credito al consumo, la cui pubblicità deve contenere obbligatoriamente il riferimento a TAN e TAEG, elementi caratteristici delle condizioni economiche del rapporto (art. 123 D. lgs. 1° settembre 1993, n. 385[8]); in questo caso, la norma pubblicitaria prevede un contenuto vincolato, che impone di includere nel messaggio diffuso degli elementi indicati dalla legge.

Questa panoramica delle varie possibili strutture della norma pubblicitaria evidenzia una sua marcata eterogeneità, tale da prevedere multiformi tipologie strutturali, fatte di divieti, obblighi positivi, autorizzazioni, previsioni specifiche legate a mezzi e contesti di diffusione.

La norma del Codice del consumo che vieta le comunicazioni non richieste (art. 67-*sexdecies* D. lgs. n. 206/2005) presenta una struttura particolare, diversa dalle previsioni qui considerate, afferendo piuttosto ad una regola di comportamento, gravante sul soggetto che desideri promuovere un'attività di comunicazione pubblicitaria. Essa consiste nel divieto di utilizzo delle informazioni ad essa strumentali, come il numero di telefono dell'interessato, per la realizzazione di "*tecniche di comunicazione a distanza*" mediante "*sistemi di chiamata senza intervento di un operatore mediante dispositivo automatico*" o "*telefax*" (art. 67-*sexdecies*, 1° co., D. lgs. n. 206/2005).

In quest'ottica, se il dato personale è utilizzabile dal soggetto che procede alla diffusione del messaggio commerciale, la relazione pubblicitaria può esplicarsi con un invio diretto all'interessato; diversamente, qualora tale informazione strumentale non possa essere utilizzata, si avrebbe l'impossibilità di realizzare la comunicazione desiderata dal professionista. Ne consegue che la relazione pubblicitaria non potrà esplicarsi, impedendo nel suo nascere la costituzione della relazione di consumo.

Analoga previsione afferisce alle "*tecniche di comunicazione a distanza diverse da quelle indicate al comma 1, quando consentono una comunicazione individuale*". È previsto che anche esse "*non sono autorizzate se non è stato ottenuto il consenso del consumatore interessato*" (art. 67-*sexdecies*, 2° co., D. lgs. n. 206/2005).

Il divieto viene così generalizzato anche per le ulteriori tecniche, diverse dalla chiamata automatica e dall'invio di fax, purché la comunicazione sia individuale (ad es., una chiamata telefonica realizzata da un operatore di *call center*) e non diretta ad una collettività indeterminata di soggetti (ad. es., la pubblicità tabellare).

Viene quindi previsto che "*Le misure di cui ai commi 1 e 2 non comportano costi per i consumatori*" (art. 67-*sexdecies*, 3° co., D. lgs. n. 206/2005): si tratta di

---

[8] "*Gli annunci pubblicitari che riportano il tasso d'interesse o altre cifre concernenti il costo del credito indicano le seguenti informazioni di base, in forma chiara, concisa e graficamente evidenziata con l'impiego di un esempio rappresentativo:*
a) il tasso d'interesse, specificando se fisso o variabile, e le spese comprese nel costo totale del credito;
b) l'importo totale del credito;
c) il TAEG […]"

una norma, di natura imperativa, che limita l'autonomia privata vietando l'applicazione di costi a carico del consumatore per la realizzazione del processo di comunicazione caratteristico della relazione pubblicitaria.

Infine, la disposizione per la quale "*È fatta salva la disciplina prevista dall'articolo 130, comma 3-bis, del codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e successive modificazioni, per i trattamenti dei dati inclusi negli elenchi di abbonati a disposizione del pubblico*" rende necessario valutare il rapporto con le reciproche norme contenute nel Codice della *privacy*.

2. Tipologie di norme in tema di tutela del consumatore. Struttura.

Anche le norme in tema di tutela del consumatore, prevalentemente inserite nel complesso del Codice del consumo (D. lgs. n. 206/2005), presentano strutture profondamente differenti tra loro.

La prima tutela, coeva all'elaborazione del Codice civile (1942), consiste nella norma – di applicazione generale alla contrattazione mediante condizioni generali e non limitata al rapporto tra consumatore e professionista – che prevede l'obbligo di sottoscrizione specifica di alcune clausole, ritenute vessatorie, inserite nel contratto (artt. 1341 s. c.c.). Si tratta di una soluzione la cui effettività dipende dalla capacità dell'onere della doppia sottoscrizione ad assolvere una delle funzioni classiche della forma, la responsabilizzazione del consenso del contraente.

La seconda tutela è quella delle clausole abusive (artt. 33 ss. D. lgs. n. 206/2005). Viene prevista la nullità di clausole che rappresentino il frutto dell'"*eccessivo squilibrio*" tra le reciproche posizioni dei due contraenti. In questo caso, la struttura della norma è quella della previsione di un divieto dell'uso di determinate clausole, nei rapporti tra consumatore e professionista, sanzionato con la dichiarazione di nullità.

La terza tutela (art. 129 D. lgs. n. 206/2005) opera mediante la conversione in contenuto del contratto delle dichiarazioni pubblicitarie, ai fini del giudizio di conformità del bene che ne costituisce l'oggetto. La struttura della norma è quella di includere nel contenuto negoziale la dichiarazione pubblicitaria, strutturalmente estranea al contratto, ad essa antecedente, in modo da considerare il processo di determinazione di volontà all'acquisto ai fini del giudizio di conformità nell'ambito della compravendita di beni di consumo.

La quarta tutela è quella delle pratiche commerciali sleali (artt. 20 ss. D. lgs. n. 206/2005): vengono vietati determinati comportamenti, suscettibili di alterare il "*comportamento economico del consumatore*", portandolo ad una determinazione di volontà che non vi sarebbe stata, qualora le relative condotte non fossero state tenute.

La quinta tutela è quella del diritto di recesso (artt. 52 ss. D. lgs. n. 206/2005): in base al contesto nel quale è maturata la determinazione di volontà all'acquisto, nel contratto concluso a distanza, fuori dai locali commerciali, o con delle tecniche di vendita porta a porta, viene attribuito al consumatore un diritto di recesso, come rimedio per l'acquisto compiuto in un contesto idoneo ad alterare il normale processo di determinazione all'acquisto, in relazione

all'elemento della sorpresa o all'impossibilità di valutare materialmente il bene oggetto della compravendita.

In quest'ottica, la norma del Codice del consumo (art. 67-*sexdecies* D. lgs. n. 206/2005) oggetto del presente studio, presenta una struttura particolare se considerata nell'ottica della tutela consumeristica.

In relazione alla posizione del consumatore, la norma è chiaramente diretta a tutelare il suo interesse a non subire comunicazioni commerciali indesiderate, nell'ottica di un *right to be let alone* utile alla protezione della sua tranquillità[9].

Esso è tipicamente riconducibile alla nozione classica di *privacy*[10], ma assume qui una particolare declinazione nell'ambito del rapporto di consumo.

3. La norma sulle comunicazioni non richieste (art. 67-*sexdecies* D. lgs. n. 206/2005). Il rapporto con le corrispondenti norme del Codice della privacy (art. 130 D. lgs. n. 196/2003).

Lo scopo della norma è precisamente quello di vietare una comunicazione commerciale – secondo la struttura della norma di divieto, sia di realizzazione della pubblicità (v. par. 1), sia di tecnica di comunicazione finalizzata alla vendita – impedendo così il contatto tra professionista e consumatore che costituisce il punto di partenza per l'intera relazione di consumo.

Essa compie il primo passo con la lecita disponibilità di un'informazione (dato personale) utile a indirizzare la pubblicità; prosegue con il processo di determinazione della volontà all'acquisto del consumatore; ulteriormente, con la conclusione del contratto; con la sua esecuzione mediante la consegna del bene o la fruizione del servizio; con il periodo di efficacia della garanzia e l'operatività dei servizi post-vendita, o con l'esplicazione del contratto di durata avente ad oggetto la prestazione dei servizi.

In questo caso, la norma di divieto incide sul primo elemento, e così rende impossibile – salvo che il consumatore realizzi un'autonoma e attiva ricerca della proposta commerciale esistente sul mercato – la realizzazione della relazione di consumo, così descritta.

Precisamente, la norma richiede il consenso del destinatario della comunicazione alla realizzazione della pubblicità, secondo il modello *dell'opt-in*, espressione della prevalenza della tutela della persona a non essere destinataria di comunicazioni commerciali rispetto all'interesse dell'impresa a realizzare quest'ultime[11]. La limitazione della libertà di impresa e – sul piano strumentale – della pubblicità, attività prodromica rispetto alla conclusione di

---

[9] A. RICCI, *I diritti dell'interessato*, in Aa. Vv., *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, a cura di G. FINOCCHIARO, Bologna, 2017, 235: "*si tutela non solo il diritto alla protezione dei dati personali, intesi come controllo sull'uso di detti dati effettuato da terzi, ma anche il diritto alla riservatezza, nella sua accezione tradizionale di essere lasciato in pace, evitando di essere contattato o comunque raggiunto nella dimensione privata da sollecitazioni di natura commerciale*".

[10] S.D. WARREN, L. BRANDEIS, *The right to privacy*, 4 *Harvard L.R.* 193 (1890).

[11] Nel sistema statunitense, la libertà di comunicazione dell'impresa nella promozione dei propri prodotti, afferente all'area del *commercial speech*, viene comunemente riferita all'area tutelata dal Primo Emendamento (*Freedom of Speech*); sulla possibilità di una sua limitazione, v. T.M. MORRIS, *Unsolicited Commercial Telephone Calls and the First Amendment: A Constitutional Hangup*, 11 *Pacific Law Journal* 143 (1979-1980).

atti di autonomia privata, risponde a finalità di utilità sociale (art. 41 Cost.), vista l'elevata dannosità sociale delle comunicazioni indesiderate[12].

Nel Codice della *privacy* sono presenti alcune disposizioni reciproche (art. 130 D. lgs. n. 196/2003) [13], che considerano le informazioni strumentali nell'ottica e nel sistema della tutela dei dati personali.

La norma espressamente richiamata dall'art. 67-*sexdecies* D. lgs. 206/2005 (art. 3-*bis*) è quella dell'art. 130, co. 3-*bis*, D. lgs. n. 196/2003; l'intero art. 130 D. lgs. n. 196/2003 prevede però una serie di norme, alcune delle quali hanno un contenuto precettivo sostanzialmente identico a quelle corrispondenti dell'art. 67-*sexdecies* D. lgs. n. 206/2005.

Innanzitutto, l'art. 130, 1° co., D. lgs. n. 196/2003 assoggetta al *"consenso del contraente o utente*" "*l'uso di sistemi automatizzati di chiamata o di comunicazione di chiamata senza l'intervento di un operatore per l'invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale*"; questa norma, a differenza dall'art. 67-*sexdecies*, 1° co., D. lgs. n. 206/2005, menziona espressamente la finalità di utilizzo del dato personale, afferente sia alla pubblicità, sia alla vendita diretta, sia in generale a qualsiasi comunicazione commerciale o ricerca di mercato.

La corrispondente norma consumeristica (67-*sexdecies*, 1° co., D. lgs. n. 206/2005) adotta la nozione di "*tecniche di comunicazione a distanza*". L'ambito di applicazione oggettivo è tuttavia identico – nella sostanza – in quanto ciò risulta coerente con il fatto che la comunicazione commerciale regolata nell'ambito del Codice del consumo può ritenersi senza dubbio afferente alle tematiche specificamente indicate dall'art. 130, 1° co., D. lgs. n. 196/2003, in quanto tipiche attività pubblicitarie.

Quanto alla tipologia di comunicazione, rispetto alla soluzione adottata dall'art. 67-*sexdecies*, 1° co., D. lgs. n. 206/2005, che contempla "*sistemi di chiamata senza intervento di un operatore mediante dispositivo automatico*" e "*telefax*", la norma del Codice della *privacy* è più ampia, riferendosi in genere "*alle comunicazioni elettroniche, effettuate per le finalità ivi indicate, mediante posta elettronica, telefax, messaggi del tipo Mms (Multimedia Messaging Service) o Sms (Short Message Service) o di altro tipo*" (art. 130, 2° co., D. lgs. n. 196/2003). Trattandosi di due norme di divieto che presentano un distinto ambito di applicazione oggettiva, con la seconda estesa a più forme di comunicazione, alcune attività che secondo la prima disposizione sarebbero lecite risulteranno interessate dal divieto stabilito da quest'ultima.

Con un'ulteriore simmetria rispetto all'art. 67-*sexdecies*, 1° co., D. lgs. n. 206/2005, la normativa in tema di *privacy* (art. 130, 3° co., D. lgs. n. 196/2003) assoggetta ai principi generali di cui agli artt. 6 s. GDPR le ulteriori forme di

---

[12] Sulla disciplina del fenomeno negli Stati Uniti d'America, v. S.A. KELIN, *State Regulation of Unsolicited Commercial E-Mail*, 16 *Berkeley Technology Law Journal* 435 (2001); A.P. MITCHELL, *Vendor Liability for Advertising in Unsolicited Commercial E-Mail*, 22 *John Marshall Journal of Computer and Information Law* 137 (2003-2004). V. anche J. MAGEE, *The Law Regulating Unsolicited Commercial E-Mail: An International Perspective*, 19 *Santa Clara Computer and High Technology Law Journal* 333 (2002-2003).

[13] F. DI CIOMMO, *sub* art. 130 D. Lgs. n. 196/2003, in AA. VV., *La protezione dei dati personali - Commentario al D. Lgs. 30 giugno 2003*, n. 196, a cura di C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI, Padova, Cedam, 2007, 1570 ss.

comunicazione – diverse da quelle precedentemente indicate (art. 130, 1°, 2° co. D. lgs. n. 196/2003).

La comunicazione con i mezzi specifici "*del telefono e della posta cartacea*" e finalizzata a "*invio di materiale pubblicitario*", "*vendita diretta*" o "*compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale*" (art. 130, co. 3-*bis*, D. lgs. n. 196/2003) è assoggettata al principio di liceità laddove il dato personale sia presente negli "*elenchi cartacei o elettronici a disposizione del pubblico*" (art. 129, 1° co., D. lgs. n. 196/2003) e non sia stato esercitato il diritto di iscrizione nel registro pubblico delle opposizioni[14].

I due settori normativi considerati presentano evidenti interazioni e simmetrie, in quanto diretti a tutelare il medesimo bene giuridico, rappresentato dall'interesse del consumatore e dell'interessato (a seconda delle prospettive di analisi) a non essere destinatario di comunicazioni commerciali non desiderate. Le due tutele, così orientate, risultano entrambe funzionali alla protezione della persona, sia come parte della relazione di consumo, sia come interessato in ordine al dato personale[15].

Sotto questo profilo, la nozione di informazione strumentale esprime la rilevanza del dato personale ai fini dell'esplicazione della relazione di consumo: il professionista può svolgere l'attività di comunicazione pubblicitaria, prodromica rispetto alla determinazione di volontà di acquisto, da parte del consumatore, di beni o servizi, in quanto abbia la materiale disponibilità del dato personale che gli consente di raggiungere il destinatario, e ciò in funzione del consenso dell'interessato[16].

Ne deriva che è l'interessato, potenziale consumatore, ad avere il diritto di escludere dalla sua sfera di percezione una comunicazione indesiderata e – al contempo – privare il professionista della possibilità di svolgere lecitamente l'attività di promozione dei propri prodotti.

4. Altre norme del Codice del consumo in materia di tutela dei dati personali.

Nell'ambito del Codice del consumo sono presenti ulteriori disposizioni in materia di dati personali, di sicuro interesse ai fini di un'analisi sistematica.

La definizione di "*dato personale*" è richiamata, con riferimento all'art. 4, punto 1, GDPR, nelle previsioni in tema di diritti dei consumatori nei contratti (art. 45, lettera d-*bis*), D. lgs. n. 206/2005).

Un ulteriore richiamo alla normativa in tema di *privacy* è contenuto nella disciplina relativa ai contratti di fornitura di servizi digitali (artt. 46, co. 1-*bis*, art.

---

[14] Sul diritto all'opposizione, v. M. FRAIOLI, *Il diritto all'opposizione e la revoca del consenso*, in AA. VV., *Circolazione e protezione dei dati personali tra libertà e regole del mercato*, *Scritti in memoria di Stefano Rodotà*, a cura di R. PANETTA, Milano, 2019, 242 s.

[15] Anche nel sistema statunitense, le prime forme di intervento legislativo si sono basate sulla regolamentazione dell'uso del telefono, in relazione alle finalità di contatto con il consumatore, secondo il modello di disciplina dei mezzi per la realizzazione di pubblicità commerciale: v. sul punto D.E. SORKIN, *Unsolicited Commercial E-Mail and the Telephone Consumer Protection Act of 1991*, 45 *Buffalo Law Review* 1001 (1997).

[16] Sul consenso al trattamento, v. F. CAGGIA, *Libertà ed espressione del consenso*, in AA. VV., *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO, Torino, 2019, 249 ss.

135-*octies*[3], art. 135-*novies*, 6° co., D. lgs. n. 206/2005), anche specificamente in tema di risoluzione del contratto (art. 135-*undevicies*, co. 3°, 4°, 5° D. lgs. n. 206/2005); in generale per la disciplina in tema di diritto di recesso (artt. 56, co. 3-*bis*, 135-*octies*, co. 3°, art. 135-*novies*, co. 6°, D. lgs. n. 206/2005); di attività di organismi ADR (artt. 141-*bis*, 1° co., lettera f), 141-*septies*, 4° co., D. lgs. n. 206/2005).

Il rapporto tra la disciplina in tema di *privacy* e regolamentazione del rapporto di consumo può delinearsi in questi termini. Le norme qui richiamate prevedono espressamente l'applicazione di varie previsioni in tema di tutela dei dati personali in relazione a specifici aspetti del rapporto di consumo.

Nessuna di queste disposizioni, tuttavia, tende alla regolamentazione delle informazioni strumentali, utili per la diffusione pubblicitarie e quindi per stabilire la relazione di consumo.

Tale rilievo consente di valorizzare il carattere specifico del rapporto tra la norma del Codice del consumo in tema di comunicazioni non richieste (art. 67-*sexdecies* D. lgs. n. 206/2005) e la corrispondente previsione in tema di *privacy* (art. 130 D. lgs. n. 196/2003); mentre le norme appena richiamate sono collocate, dal punto di vista sistematico, nella disciplina di partizioni specifiche del Codice del consumo, per materie (servizi digitali), istituti (diritto di recesso), sistemi di risoluzione delle controversie (organismi ADR), la norma in tema di comunicazioni non richieste pone in correlazione diretta la disciplina consumeristica con quella in tema di *privacy*.

5. Informazioni strumentali e *Relational contracts* (Ian Macneil, Rosenthal Lectures, 1979).

Ian MacNeil, nelle sue *Rosenthal Lectures* (*Yale Law School*, 1979)[17], ha elaborato una teoria del contratto che distingue tra *discrete contract* e *relational contract*.

La prima categoria è quella che presuppone un rapporto tra i contraenti limitato al mero scambio di beni o servizi (intendendo con ciò anche il pagamento del prezzo), dove non si stabiliscono ulteriori relazioni, come avviene ad esempio nell'acquisto di un prodotto di consumo presso un distributore automatico.

Nella seconda categoria, il rapporto tra i contraenti prevede l'esplicazione di una relazione, che può afferire sia alla fase antecedente alla conclusione del contratto, mediante la realizzazione di trattative, sia alla fase successiva, come avviene nei rapporti di durata.

La principale tesi di MacNeil consiste nel fatto che queste due strutture devono necessariamente avere una disciplina giuridica differente, in quanto espressione di una diversa modalità esplicativa del regolamento di interessi tra i contraenti, che non ne consente l'assimilazione sotto un unico modello di disciplina.

[17] I. MacNeil, *The new social contract*, New Haven-London, 1980, 10 ss., 36 ss.

I contratti con il consumatore, nei quali la determinazione di volontà all'acquisto di beni o servizi è di norma preceduta dall'attività pubblicitaria, devono essere inquadrati nei *relational contract*[18].

Nel senso di tale qualificazione risultano univocamente orientate tutte le forme di tutela del consumatore (v. par. II).

La necessità di doppia sottoscrizione delle clausole vessatorie (artt. 1341 s. c.c.) presenta la funzione della responsabilizzazione del consenso, incidendo così sull'area della determinazione della volontà del contraente, che è espressione di un processo di dialogo tra le parti; ciò esclude la possibilità di ricostruire l'interazione tra esse in termini di mero scambio, e conferma la qualificazione del contratto per adesione nella categoria dei *relational contract*.

La disciplina in tema di clausole abusive (artt. 33 ss. D. lgs. n. 206/2005) prevede la nullità di determinate clausole che risultino espressione di un eccessivo squilibrio giuridico tra le due posizioni del professionista e del consumatore, nell'ambito di una relazione intersoggettiva caratteristica dei *relational contract*.

Analoghi rilievi valgono per la terza tutela (art. 129 D. lgs. n. 206/2005): la conversione in contenuto del contratto delle dichiarazioni pubblicitarie supera la tradizionale barriera tra il processo di determinazione di volontà all'acquisto di beni e servizi – influenzato dalla pubblicità – ed il contratto, con il fenomeno della sua integrazione per effetto delle dichiarazioni pubblicitarie. In ciò, essa è senz'altro espressione di un rapporto contrattuale che preveda una relazione diversa dal mero scambio di beni e servizi, risultando così afferente alla categoria dei *relational contract*.

La quarta tutela, relativa alle pratiche commerciali sleali (artt. 20 ss. D. lgs. n. 206/2005 si basa su regole di comportamento principalmente relative alla fase delle tecniche di vendita, come tali rilevanti nel processo di determinazione di volontà all'acquisto, e quindi pienamente idonee a ricondurre il rapporto negoziale ai *relational contract*.

Analoghi rilievi valgono per il diritto di recesso (artt. 52 ss. D. lgs. n. 206/2005), dove la tutela viene attribuita proprio in funzione del contesto relazionale in cui matura l'acquisto.

Il tema delle informazioni strumentali (art. 67-*sexdecies* D. lgs. n. 206/2005), con una forma di tutela negativa che protegge il consumatore da contatti indesiderati, può confermare la natura dei contratti del consumatore come *relational contract*: nel momento in cui un settore di disciplina del Codice del consumo prende in considerazione il primo momento di contatto tra consumatore e professionista (il contatto a scopo pubblicitario), è agevole concludere che questa disciplina ha un senso in quanto il contratto costituisce un fenomeno diverso dal mero scambio di beni e servizi. Una parte, infatti, desidera dialogare con l'altra con la promozione pubblicitaria, e la regola giuridica attribuisce a quest'ultima il potere di controllo sull'informazione che consentirebbe alla prima di stabilire il contatto.

La categoria dei *relational contract* può quindi fornire una base teorica per la comprensione unitaria dell'intero processo di determinazione di volontà

[18] Sull'applicazione della teoria dei *relational contract* ai contratti con il consumatore, con specifico riferimento alla relazione pubblicitaria, v. A.G. CIANCI, *Comunicazione pubblicitaria e contratti del consumatore*, Milano, 2016, 64 ss.

all'acquisto di beni e servizi da parte del consumatore, e del processo di comunicazione pubblicitaria realizzato dal professionista. Ciò vale, come qui esposto, anche per la disciplina delle informazioni strumentali che rendono possibile il primo contatto tra professionista e consumatore, come inizio della relazione pubblicitaria.

Conclusioni.

Il concetto di informazioni strumentali può risultare utile a descrivere l'utilizzo del dato personale come elemento prodromico alla relazione di consumo, in quanto necessario per l'esplicazione della relazione pubblicitaria.

La possibilità di stabilire il contatto tra professionista e consumatore mediante la pubblicità, considerata come sua fase iniziale, costituisce un ulteriore aspetto rilevante della relazione di consumo, nell'ottica della teoria dei *relational contract*.

A fronte della scelta del legislatore per il modello dell'*opt-in*, norme consumeristiche e di tutela della *privacy* svolgono funzioni complementari, con la necessità di un reciproco coordinamento sistematico in relazione a specifici profili.