

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 04/01/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37685-posta-elettronica-nel-contratto-d-accesso-servizio-accessorio-e-profil-di-inadempimento>

Autore: Montuoro Niccolò

Posta elettronica nel contratto d'accesso: servizio accessorio e profili di inadempimento.

Posta elettronica nel contratto d'accesso: servizio accessorio e profili di inadempimento.

di Niccolò Montuoro

SOMMARIO: 1) Fase propositiva ed esecutiva dell'accordo. Obblighi primari dell'operatore e responsabilità nel contratto d'accesso: cenni introduttivi alla questione da trattare. 2) Rilevanza degli interessi protetti e onere probatorio *ex art. 2697 cod.civ.*; oneri informativi e cooperazione minima dell'utente-creditore. 3) Valore giuridico delle caselle. Danno emergente e danno sul contenuto in caso di indebito recesso dell'operatore. 4) *Segue*. Danno per lucro cessante e danno d'immagine in caso di sospensione dell'account di posta per esercizio dello *ius variandi*. 5) Ipotesi applicativa dell'art. 2059 come ampio contenitore del danno non patrimoniale. Equità e proporzionalità.

1) Fase propositiva ed esecutiva dell'accordo. Obblighi primari dell'operatore e responsabilità nel contratto d'accesso: cenni introduttivi alla questione da trattare.

Il *contratto d'accesso* prevede la fruizione della rete internet e degli annessi servizi in favore dell'utente *business* o *consumer*, in cambio di un determinato corrispettivo. Nonostante la sua qualificazione giuridica sia a tratti ancora dibattuta, ampia dottrina ritiene applicabili le norme sulla somministrazione nonché quelle sull'appalto compatibili con la disciplina della somministrazione¹.

Il particolare oggetto contrattuale richiede una normativa che investa tanto gli elementi costitutivi quanto i diritti e gli obblighi delle parti, sino ai profili estintivi del rapporto. Difatti, a tutela del consumatore, classicamente definito come "parte debole" e perciò bisognevole di garanzie rafforzate, i legislatori comunitario e nazionale² predispongono un nucleo stabile di obblighi per la compagnia fornitrice: sin dalla fase propositiva/precontrattuale, si scorgono i cd. obblighi informativi in virtù dei quali la compagnia deve fornire informazioni chiare, dettagliate e comprensibili al potenziale cliente (fermo restando, però, che il

¹ In L. ALBERTINI, I contratti di accesso ad internet, Giust.civ. 1997, l'autore indica tre diverse prestazioni che il provider fornisce: accesso alla rete internet, servizio di posta elettronica tramite caselle/email, pagine elettroniche web con il loro mantenimento in rete (ovviamente il contesto qui introdotto tocca la prima e la seconda prestazione, non la terza). In R. BOCCHINI e A.M. GAMBINO, I contratti di somministrazione e di distribuzione, Utet Giuridica 2011, Bocchini indica l'assenza di un criterio certo di selezione delle norme e critica lo sforzo ermeneutico ricostruttivo poco convinto degli studiosi per delineare una disciplina chiara ed organica.

² Il Codice del Consumo, introdotto con Decreto Legislativo n. 206 del 6/9/2005, recepisce la Direttiva 2011/83/UE, la quale modificò le Direttive 93/13/CEE e 1999/44/CE abrogando, tra l'altro, le Direttive 1985/577/CEE e 1997/7/CE. Naturalmente, il legislatore comunitario cura tale disciplina sì da consentire poi il recepimento degli aggiornamenti normativi ai legislatori nazionali. Nel nostro ordinamento giuridico, il Codice civile ha goduto di importanti aggiornamenti, vista l'introduzione del Codice del consumo. Difatti, come si legge all'art. 142 del Cod.Consumo, gli artt. 1469-bis/ter/quater/quinqies/sexies del Codice civile sono stati sostituiti dal seguente art. 1469-bis: "le disposizioni del presente titolo si applicano ai contratti del consumatore, ove non derogate dal Codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli per il consumatore". Particolarmente rilevante è, poi, il ruolo dell'AgCom (Autorità per le garanzie nelle comunicazioni) la quale, da un lato, formula delle delibere ufficiali per integrare la disciplina vigente o per risolvere controversie e, dall'altro, delega i Co.Re.Com (Comitato regionale per le comunicazioni) delle singole Regioni nella trattazione dei contenziosi nascenti tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti.

principio di trasparenza, richiamato *in primis* dall'art. 1341 co.1 cod.civ., permane per l'intera durata dell'accordo). Tali informazioni riguardano le caratteristiche e le condizioni economiche del servizio, la portata delle clausole inserite, la disciplina del recesso, i tempi di disdetta³; nella fase esecutiva, i cd. obblighi di protezione ampliano la tutela dell'utente e impongono alle parti di non causare un danno alla sfera personale o patrimoniale della controparte: l'operatore, cioè, deve sia garantire una fruizione piena e continua dei servizi stabiliti, sia ovviare ad impedimenti tecnici iniziali o sopravvenuti in modo celere e senza alcun costo aggiuntivo per l'utente.

In ossequio alla disciplina vigente, la violazione degli obblighi testé evidenziati determina la responsabilità contrattuale dell'operatore, definibile ex art. 1218 cod.civ. come imputazione giuridica in caso di inadempimento, inesatto adempimento o adempimento tardivo delle obbligazioni nascenti dal contratto d'accesso stipulato tra operatore ed utente, interessando sia il profilo informativo sia il profilo esecutivo.

Orbene, la presente indagine si propone di verificare se, nel contesto contrattuale qui introdotto, al malfunzionamento del servizio di posta elettronica (concepito come eventuale ed integrativo dell'oggetto ex art. 1325 n.3 cod.civ.) risulti applicabile il meccanismo (sostanziale e rimediale) della responsabilità contrattuale e quali profili risarcitori possano richiamarsi, badando al tipo di interesse che il sistema garantisce ed al di là della integrità o meno della linea internet su cui la prestazione poggia.

2) Rilevanza degli interessi protetti e onere probatorio ex art. 2697 cod.civ.; oneri informativi e cooperazione minima dell'utente-creditore.

L'obiettivo indicato in premessa coinvolge il rango degli interessi protetti e non può prescindere dal controllo giudiziale sul rispetto dei canoni generali di buona fede e correttezza ex artt. 1175 e 1375 cod.civ.⁴; essi impongono comportamenti che, pur non previsti da apposite clausole negoziali, non arrecano pregiudizio ma, anzi, salvaguardano e realizzano l'interesse del partner negoziale. Di conseguenza, la protezione dell'utente s'intreccia saldamente con il dovere inderogabile di solidarietà affermato dall'art. 2 Cost., ma il tentativo di richiamare diritti costituzionalmente sanciti esige cautela ed una approfondita valutazione del caso concreto. Ossia, potrebbe scorgersi la lesione di interessi costituzionali che attengono alla dimensione individuale, familiare o sociale della persona⁵.

Accennato il contesto contrattuale di riferimento ed ipotizzata la *ratio* della tutela vigente, preme comprendere se, in caso di linea internet funzionante ma contestuale disservizio sull'account di posta fornito nell'ambito del medesimo contratto, l'utente possa far valere il suo diritto alla prestazione concordata applicando il disposto dell'art. 2697 cod.civ. per ottenere l'adempimento, la risoluzione del

³ La vessatorietà delle clausole nei rapporti tra professionisti e consumatori è trattata negli artt. 33-38 e 139-141 del Cod.Consumo, il quale novellò l'art. 1469-bis cod.civ. abrogando le disposizioni subito seguenti.

⁴ Nel contesto che qui interessa, i citati canoni riguardano la fruizione di un servizio per fini personali o professionali, la cui attivazione viene garantita dallo stesso operatore con cui si stipula il contratto di accesso ad internet. Accade, cioè, che alla fornitura della linea telefonica ed internet si accompagnino servizi aggiuntivi, come posta elettronica, fax e Pos.

⁵ Nella sent. n. 65142/2011 del Giudice di Pace di Trieste, parte attrice lamenta che la propria figlia avrebbe dovuto programmare uno scambio culturale con una scuola di Madrid e avrebbe necessitato, come il resto della famiglia, di tecniche di comunicazione alternative per studio, dialogo ed interazione sociale. L'impossibilità di interagire e di comunicare con i soggetti competenti per concretizzare questo scambio culturale e istruttivo genera non solo una obiettiva difficoltà di comunicazione interpersonale (ex art. 21 Cost.) ma anche la violazione del diritto allo studio ex art. 34 Cost. nonché una evidente difficoltà per la madre, parte attrice, di esercitare pienamente il diritto ad istruire i figli ex art. 30 Cost. Per cogliere le possibili conseguenze risarcitorie di tale meccanismo, vedasi *infra* par. 5.

contratto o, ancora, il congruo ristoro del danno subito⁶; in caso di risposta affermativa, a supporto delle sue doglianze, dovrebbe provare la fonte, sia essa negoziale o legale, del suo diritto allegando la circostanza dell'inadempimento della società fornitrice la quale, dal canto suo, dovrebbe dimostrare il fatto estintivo dell'altrui pretesa⁷.

Se si accogliesse tale assunto, ai già indicati obblighi primari della compagnia fornitrice, consistenti tra l'altro nelle configurazioni tecniche di propria spettanza e nella garanzia di fruizione con continuità ed efficienza, si aggiungerebbe una serie ulteriore di oneri informativi: vedasi, come lasciato intendere dalla giurisprudenza di merito⁸, l'omessa comunicazione di dati che permettano di accedere all'account di posta, che potrebbe costituire un *inesatto adempimento* per dedotta impossibilità di avvalersi del servizio.

In risposta alla presunzione di responsabilità *ex art. 1218 cod.civ.*, l'operatore dovrebbe, a questo punto, dimostrare di essersi diligentemente attivato per l'esatta esecuzione, oppure che i fatti oggetto di doglianza siano stati determinati da circostanze a sé non imputabili, o, ancora, che, una volta accertati gli effettivi problemi tecnici, abbia adeguatamente informato l'utente delle difficoltà incontrate nell'adempimento dell'obbligazione. Ne deriva che la mancata prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa da parte dell'operatore o, addirittura, l'ammissione di problemi tecnici, dispenserebbe la controparte dalla relativa prova.

Non è, invece, definibile diligente *ex art. 1176 co.2 cod.civ.* il richiamo meramente "formale" ai motivi tecnici, poiché non rispondente al dovere di rendere congruamente edotta la controparte di quanto accaduto⁹.

⁶ Accanto all'art. 2697 cod.civ. che è disposizione generale in tema di onere della prova, vedasi anche quanto affermato e ribadito dalla giurisprudenza di legittimità: Cass. sent. n. 2387/2004, Cass. sent. n. 9351/2007, Cass. sent. n. 26953/2008, Cass. sent. n. 15677/2009, Cass. sent. n. 936/2010.

⁷ Gli organismi Co.Re.Com richiamano molto spesso, nelle loro pronunce, quanto sancito nella sent. n. 936/2010 della Cass. civile (Sez. II), secondo cui "il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento, deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa.

Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento". Inoltre, per il giudicante sarà agevole riconoscere, in caso di fondata istanza, un adeguato ristoro che concerna tanto il malfunzionamento del servizio aggiuntivo quanto il mancato riscontro al reclamo formalmente presentato. A tal proposito, nella Deliberazione n. 62 del 19 settembre 2012 del Co.Re.Com Umbria, vengono riportate due voci distinte di indennizzo, per confermare da un lato la autonoma voce risarcitoria relativa al servizio accessorio e dall'altro la negligenza rispetto ai solleciti caduti nel vuoto, il tutto maggiorato dell'importo corrispondente agli interessi legali "da calcolarsi dalla data di presentazione dell'istanza di definizione fino al saldo effettivo".

⁸ Il Tribunale di Chiavari, con sent. n. 17/2008, ha condannato la convenuta compagnia Telecom Italia SpA che, nell'ambito di un contratto ADSL Smart, non aveva comunicato username e password al cliente, essenziali alla fruizione del servizio. La convenuta è stata condannata per responsabilità contrattuale al pagamento di 20 euro mensili a partire dal momento della stipula del contratto sino alla consegna delle credenziali. Si profila, analogamente, la responsabilità contrattuale dell'operatore laddove l'utilizzabilità del servizio sia subordinata alla registrazione del dominio (ossia alla configurazione della casella di posta elettronica fornita dalla stessa società) e l'utente riscontri una obiettiva difficoltà tecnica di configurazione a sé non attribuibile in alcun modo. E' il caso trattato nella Determinazione n. 65 del 7 novembre 2013 del Co.Re.Com Lombardia, laddove la società telefonica BT inoltrava all'utente una comunicazione con cui lo informava che "i servizi saranno effettivamente utilizzabili dopo la registrazione del dominio. La preghiamo di voler provvedere alla configurazione delle caselle di posta all'interno del pannello di controllo BT Italia".

⁹ Come è noto, la diligenza assume contorni differenti rispetto a buona fede e correttezza (art. 1175) poiché tocca le modalità esecutive della prestazione (nel caso a noi caro, la fornitura del servizio di posta elettronica nell'ambito del più generale contratto di accesso a internet).

Non pare sufficiente, inoltre, che l'operatore invii un proprio incaricato presso l'abitazione dell'utente per l'installazione delle apparecchiature utili all'erogazione dei servizi concordati se poi, all'atto d'uso, la posta

Tuttavia, l'accertamento dell'inadempimento della società non impedisce l'analisi del comportamento dell'utente-creditore, in capo al quale è ravvisabile una *cooperazione minima* nel momento esecutivo. Ciò permette di cogliere un suo eventuale errato comportamento nell'uso del servizio *de quo*¹⁰.

3) Valore giuridico delle caselle. Danno emergente e danno sul contenuto in caso di indebito recesso dell'operatore.

Se si accetta che la prestazione in oggetto sia meritevole di tutela, visto il richiamo a specifici interessi dell'utente in attività personali o professionali, talvolta di rango costituzionale¹¹, allora va riconosciuto alle singole caselle di posta e ai dati in esse contenuti¹² un rilievo giuridico proprio, giacché la loro protezione diviene espressione della correlata tutela degli interessi dell'utente. In tale ipotesi, la loro cancellazione o alterazione determinerebbe un pregiudizio economico e morale, opportunamente valutabile dall'interprete.

Il punto si riallaccia, a ben vedere, alle conseguenze da illegittimo recesso dell'operatore *ex art. 1373 cod.civ.* che comporti la chiusura o la sospensione dell'account di posta con conseguente perdita (temporanea o definitiva) dei dati in esso compresi¹³. Lo scioglimento del vincolo contrattuale senza congruo preavviso e fondato motivo, determinando la sospensione immediata del servizio, opera in

elettronica e il dominio attribuito non funzionano: nel caso di specie, l'utente è stato costretto a ricorrere ad un suo fiduciario per installare e scaricare la posta elettronica arretrata, ma con un sistema completamente differente. Se il malfunzionamento riguarda servizi accessori appare ragionevole, secondo quanto affermato dal Co.Re.Com lombardo, applicare l'art. 5 co.4 secondo cui in caso di completa interruzione del servizio per motivi tecnici, imputabili all'operatore, ai fini del calcolo dell'indennizzo si applica l'art. co.4 del regolamento, ossia € 1,00 pro die fino ad un massimo di € 300,00. Il criterio indennitario di €. 1,00 pro die diventa di €. 2,00 qualora si tratti di utenza "business".

¹⁰ Spesso infatti la fornitrice include nel contratto la gestione di un account di posta elettronica con limiti di spazio, il che garantisce la fruizione del servizio fintanto che si rimanga nei limiti previsti e definiti. Nel caso della Delibera n. 73/2013 del Co.Re.Com Lazio (Pavimondo Travel c. Telecom Italia), l'istante, titolare di un contratto che comprendeva internet, servizio fax e posta elettronica, lamentava, oltre alla lentezza della linea ADSL, problemi sulla posta elettronica, indispensabile per la propria attività di agenzia viaggi, precisamente "problemi di posta in entrata che perviene con lentezza e perdita di files in essa contenuti"; tuttavia, la lamentata lentezza di linea nonché il disservizio di posta erano dovuti, a dire della convenuta, al profilo contrattuale sottoscritto, che prevedeva una velocità di 7Mbit/s e un limitato spazio disponibile di posta elettronica, pari a 50 MB con antivirus e antispamming incluso, in ossequio alle Condizioni Economiche del Servizio di base, che solitamente viene scelto dal "semplice consumatore per uso familiare" ed evidentemente inadeguato per esigenze aziendali. La Delibera in oggetto riporta l'ammissione dello stesso utente, per cui "spesso il System Administrator invia messaggi di errore evidenziando che la mailbox ha raggiunto limiti di grandezza non sufficienti, con blocco della ricezione di tutto quanto assolutamente indispensabile all'attività commerciale della società istante". La convenuta ha provato la gestione tempestiva dei problemi tecnici inerenti al dominio e all'accesso alla casella di posta, mentre l'utente non ha fornito prova alcuna della perdita di e-mail.

¹¹ Ut supra, paragrafo 2.

¹² Overrosia indirizzi di posta elettronica, scambio di e-mail, files allegati, informazioni contenute nelle e-mail inviate e ricevute.

¹³ Il caso è analizzato nella sentenza n. 388/2002 del Giudice di Pace di Forlì. Pare adeguato citare, in tale sede, l'art. 1373 e non anche la disciplina contenuta nel Codice del consumo, con scontato richiamo alla Direttiva Europea n. 83/2011, giacché la disciplina comunitaria, trasposta nel Codice del consumo, ha lo scopo di tutelare con più rigore la parte debole dell'accordo, ossia il consumatore. Il contesto analizzato, invece, riguarda il recesso dell'operatore che conduce ad alterare il database di informazioni, indirizzi e files contenuti nelle caselle di posta elettronica violate.

violazione del principio di buona fede oggettivo enucleato dall'art. 1375 cod.civ., che presiede all'esecuzione del contratto¹⁴.

Così, l'arbitrario blocco dell'account, ponendosi come distorsione dello *ius poenitendi*, autorizza l'utente a domandare innanzitutto il risarcimento del cd. *danno emergente*, ossia il danno comprensivo dei costi sostenuti per poter accedere nuovamente a quei servizi sottoscrivendo altri contratti¹⁵. Può altresì domandare il risarcimento del danno cagionato dalla perdita dei dati contenuti nelle caselle di posta elettronica di cui l'utente disponeva prima del recesso, determinandone la cancellazione definitiva con grave ed evidente pregiudizio¹⁶. Può censurarsi, infine, la modalità di esercizio del recesso qualora irritualmente manifestato, ossia effettuato con mezzi non previsti o non consentiti¹⁷.

A sostegno della scelta di recedere, la società fornitrice potrebbe addurre, ad esempio, un uso inappropriato dei servizi forniti. Qui, in assenza di adeguata prova o, addirittura, in presenza di prova contraria, il recesso della società convenuta va considerato *tamquam non esset*, ancor più se effettuato con modalità inidonea.

In tale contesto, dunque, sarà risarcibile non solo il danno conseguente alla chiusura delle singole caselle di posta, individuate come *beni ex se*, ma anche il danno conseguente alla perdita di informazioni e indirizzi in esse custoditi, poiché suscettibili di autonoma valutazione economico-giuridica¹⁸. Qui, l'art. 1223 cod.civ. su danno emergente e lucro cessante fornisce un parametro che circoscrive i danni risarcibili nella ricostruzione del patrimonio leso dell'utente. Sarà così possibile, in sede giudiziale, rifondere in modo congruo i pregiudizi dallo stesso patiti.

4) *Segue. Danno per lucro cessante e danno d'immagine in caso di sospensione dell'account di posta per esercizio dello ius variandi.*

Riveste preminenza, accanto all'anomalia individuata sin dalla stipula ed al recesso illegittimo del provider fornitore, il caso in cui il disservizio di posta derivi dall'esercizio convenzionale dello *ius variandi*, implicante

¹⁴ Cassazione civile, sent. n. 5348/2009.

¹⁵ In particolare, nel caso analizzato dal Giudice di Pace di Forlì, l'attore adottava come parametro di riferimento il maggior esborso sostenuto per poter godere nuovamente del tipo di servizio precedente, calcolando tale somma in base al lasso di tempo pari alla presunta durata del contratto da cui la società convenuta aveva deciso di recedere.

¹⁶ Nel caso di specie, l'attore chiedeva il ristoro anche in via equitativa, via tra l'altro prescelta dal giudicante, il quale, precisando di voler decidere la causa secondo equità, ha da subito definito "fondata e meritevole" l'istanza giudiziale.

¹⁷ Spesso si indica come unica modalità di recesso la raccomandata R/R, cui non può essere in alcun modo parificato un recesso effettuato tramite e-mail. Il recesso dal contratto ha natura giuridica di atto unilaterale recettizio e, come tale, spiega i propri effetti quando perviene a conoscenza del destinatario. L'invio della raccomandata R/R garantisce l'arrivo della comunicazione di recesso al destinatario mentre l'inoltro on-line "non è altrettanto garantista sotto tale profilo". Dunque se l'esercizio del recesso non rispetta le modalità concordate e inserite nel contratto non produce alcun effetto.

¹⁸ Nella già citata sentenza n. 388/02, il Giudice di Pace di Forlì ha accertato per tabulas - e liquidato, sempre in via equitativa - che la sottoscrizione del nuovo contratto internet con la stessa convenuta, parzialmente sostitutivo del precedente, consentiva di disporre di sole tre caselle di posta elettronica in luogo delle cinque previste dal contratto precedente: ciò può legittimare un ulteriore e autonomo risarcimento a prescindere dall'effettivo e frequente uso degli stessi, giacché sono meritevoli di valutazione autonoma. Il Giudice ha altresì dato attenzione alla necessità per l'utente di comunicare a tutti i suoi corrispondenti (di cui ha fornito apposito elenco in sede testimoniale) i nuovi indirizzi e-mail.

la modifica di alcuni elementi contrattuali¹⁹ che si rivelano poi incompatibili con le caselle di posta già attive: la questione richiede attento esame specie laddove la veste di utente appartenga ad un libero professionista che si avvale della posta elettronica per l'attività professionale propria e del proprio studio²⁰, attesa la peculiarità del danno subito in relazione all'attività esercitata²¹.

Qualora in sede processuale l'utente provi ex art. 2697 cod.civ. i disagi subiti nonché gli altrui tentativi di contattarlo agli indirizzi sospesi²², ne deriverà una autonoma voce di danno risarcibile in quanto *conseguenza diretta e immediata del grave e reiterato inadempimento del convenuto*, quand'anche il professionista si sia attivato con diligenza e attenzione per evitare di incorrere in conseguenze disciplinari e di responsabilità professionale²³.

La responsabilità della compagnia condurrebbe, in questo caso, ad una *interessenza risarcitoria*: da un lato, ricorre ancora il richiamo all'art. 1223 cod.civ. (in particolare, la prova del lucro cessante è desunta anche dal ricorso ai cd. *fatti notori*, ossia nozioni di comune esperienza tale da far apparire quel fatto come indubitabile ed incontestabile, il che allevia in qualche modo il principio del contraddittorio²⁴ pur necessitando sempre di un approccio rigoroso); dall'altro, si profila un *danno d'immagine* che il professionista subisce, poiché "la sua credibilità e affidabilità si misura anche in base alla sua reperibilità e alla facilità con cui lo stesso può essere contattato"²⁵. Infine, il ritardo nella riparazione del danno

¹⁹ L'esperienza civilistica ci consiglia di considerare il rapporto contrattuale come suscettibile di subire modifiche successive, a maggior ragione laddove la società fornitrice innovi alcuni aspetti che giovano alla posizione della controparte.

²⁰ In genere, la proposta modificativa ad esecuzione in corso sopraggiunge per attribuire nuovi vantaggi all'utente (libero professionista o meno), il quale spera di mantenere numeri e recapiti intatti per evitare disguidi nel rapporto con colleghi, clienti e uffici pubblici. Nella sent. n. 707/2011 del Giudice di Pace di Treviso, si analizza il caso emblematico di un libero professionista che accettava di buon grado la nuova proposta contrattuale della stessa controparte, per avere maggiore velocità di navigazione e canone fisso, aderendo ad un nuovo profilo internet; l'utente condizionava la propria accettazione alla conferma delle utenze, degli indirizzi di posta elettronica e del numero di fax, ottenendo le dovute assicurazioni. Nell'ambito dei criteri di tariffazione, può concordarsi una tariffa a tempo o a pacchetto, nel rispetto del principio di trasparenza e della chiarezza informativa.

Tanto il sopraggiunto malfunzionamento delle caselle quanto la loro sospensione, poiché incompatibili col nuovo profilo tariffario attivato, generano la responsabilità dell'operatore perché violano gli accordi sopraggiunti e la promessa di non modificare utenze e indirizzi già attivi. Nonostante le compagnie tentino, nelle proprie tesi difensive, di limitare l'ammontare del danno risarcibile, il giudicante può, come nel caso di specie, richiamare l'art. 1229 cod.civ., che consente di definire nullo ogni patto che limiti la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave.

²¹ Secondo Cass. civ., sent. n. 21140/07, però, spetta comunque al danneggiato fornire la prova dell'esistenza del danno lamentato e della sua riconducibilità al fatto del debitore ossia dell'operatore: l'art. 1218 cod.civ., che pone una presunzione di colpevolezza dell'inadempimento, non modifica l'onere della prova che incombe sulla parte che abbia agito per l'accertamento di tale inadempimento, allorché si tratti di accertare l'esistenza del danno.

²² Specie, nel contesto qui indicato perché più plausibile, per pratiche inerenti alla propria professione.

²³ Infatti, nel caso indicato in nota 22, si evidenzia come l'impossibilità di raggiungere il professionista ad uno o più dei suoi indirizzi e-mail, a causa della sospensione degli account, determini una situazione di grave difficoltà per lo stesso e il suo studio, attesa la conseguente necessità di creare, con l'intervento di tecnici specializzati, nuovi indirizzi di posta cui essere reperito.

²⁴ Così la Cassazione civile, sez. III, nella sent. n. 23304/2007.

²⁵ In tema di agevole reperibilità del professionista, la Suprema Corte di Cassazione, con sent. n. 20808/2010, ha evidenziato che uno studio legale dotato effettivamente solo di una linea fax offre una immagine poco consona, specialmente in materia penale, dove l'efficienza e l'affidabilità si misurano anche sulla facile reperibilità in ragione delle emergenze e delle urgenze proprie di quel settore di affari. Inoltre, il professionista la cui reputazione professionale viene minata ha diritto al risarcimento del danno poiché la violazione della sua dignità sociale e professionale diviene lesione di un valore costituzionalmente protetto (cioè la reputazione).

(consistente nella riattivazione delle caselle) andrebbe ad aggiungersi alla sospensione colpevole, rappresentandone una sorta di aggravamento, in ossequio alle Condizioni generali di contratto e ai parametri di calcolo risarcitori indicati per ogni giorno di ritardo.

Analisi *a latere* merita il caso in cui la società fornitrice garantisca il servizio in base al funzionamento di due server, di cui uno nazionale e uno straniero: qui, il riscontro dell'anomalia potrebbe non determinare una piena responsabilità contrattuale per la società fornitrice. Preme domandarsi, cioè, se in tale ipotesi siano ad essa imputabili i disservizi lamentati alla luce dei principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento delle obbligazioni (art. 1218 cod.civ.)²⁶. Il provider italiano, qualora dimostri la diligenza del proprio operato, richiamando in ipotesi fattori esterni al proprio doveroso adempimento contrattuale, è esonerato da qualsiasi incombenza risarcitoria, ma si pone un invalicabile problema di competenza "territoriale" che riguarda l'accertamento sul server straniero²⁷.

5) Ipotesi applicativa dell'art. 2059 come ampio contenitore del danno non patrimoniale. Equità e proporzionalità.

L'indagine sin qui sviluppata evidenzia, su un versante, i presupposti che consentono di estendere la responsabilità contrattuale al disservizio di posta elettronica anche in ipotesi di corretto funzionamento della linea internet e, su altro versante, le voci di danno che il giudice considera applicando le norme vigenti. Proprio in riferimento a queste, sulla scia di quanto già detto nei paragrafi precedenti, all'applicazione dell'art. 1223 cod.civ. riguardante la perdita subita e il mancato guadagno²⁸ fa da

²⁶ Nel caso della Determinazione del Co.Re.Com Lombardia n. 4/2014, il problema investiva rispettivamente server italiano Telecom Italia SpA e server americano OLM. L'utente-istante, naturalmente, è portatore dell'interesse all'accertamento di inadempienze addebitabili alla fornitrice, sia in riferimento alla Carta dei Servizi della singola società sia alla luce di un generale corretto rapporto tra utente di un servizio e società che fornisce il servizio stesso, con le dovute conseguenze risarcitorie che l'organismo riterrà congrue, nei limiti delle proprie competenze. Il ruolo dei Co.Re.Com nella risoluzione delle dispute inerenti alle telecomunicazioni è oggi cresciuto in modo esponenziale: una volta esaurita la fase istruttoria, esso emette un provvedimento che definisce la controversia e, laddove si riscontri la fondatezza dell'istanza, "può condannare l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità. Resta salva la possibilità per le parti di far valere in sede giurisdizionale il maggior danno".

²⁷ Se la fornitrice assicura un servizio di posta che per funzionare transita su un server straniero, il quale costituisce il *trait d'union* per l'invio e la ricezione dei messaggi di posta elettronica, e la fornitrice effettua le verifiche di propria spettanza (ossia, sul server nazionale) non riscontrando anomalie, l'insuperabile problema di competenza "territoriale" si pone per impossibilità di effettuare analisi e accertamenti sul server straniero, pregiudicando un pieno ristoro del danno per l'utente. Nella Determinazione citata in nota precedente, la convenuta Telecom Italia poneva alla base dei problemi dell'istante "fattori esterni derivanti da problemi sulla tratta internazionale". Infatti, i protocolli che garantiscono la maggior parte degli attuali servizi di posta elettronica sono l'SMTP, il POP3 e l'IMAP e prevedono il coinvolgimento dei cd. Internet Service Provider (o più semplicemente Provider) che ricevono i messaggi in arrivo ed in partenza, smistandoli. I protocolli per invio e ricezione di messaggi di posta elettronica prevedono quindi il coinvolgimento di almeno due providers.

²⁸ Specie, come precedentemente detto, in riferimento alla posizione del professionista che si avvale del servizio di posta per sé e il proprio studio e in capo al quale è più agevolmente individuabile un pregiudizio economico che riguarda le sue pratiche nonché i suoi rapporti con clienti, colleghi e altri soggetti.

contraltare il richiamo frequente all'art. 2059 cod.civ., recante il cd. *danno esistenziale*²⁹, nonostante il ripetuto tentativo della Corte di Cassazione di porvi un freno. Esso, connotando spesso il *thema decidendum* del contenzioso, racchiude tutti i pregiudizi che "si caratterizzano per l'assenza di risvolti reddituali, incidendo sulla persona in quanto tale"³⁰.

Se si pretende di richiamare il danno esistenziale con riferimento al disservizio di cui si tratta, occorre vi sia l'incidenza su interessi costituzionalmente rilevanti o per espressa menzione o per copertura interpretativa, la cui ingiusta lesione è risarcibile anche nelle sue conseguenze non patrimoniali. In più, al soggetto cui è preclusa la prestazione deve ricondursi un *concreto cambiamento della qualità di vita in senso peggiorativo*³¹.

V'è da chiedersi, dunque, se il malf funzionamento del servizio di posta nonché la sospensione degli account e dei dati in essi contenuti siano in grado di generare conseguenze di tale portata³².

In merito alla liquidazione del danno, il ricorso al criterio equitativo ex art. 1226 cod.civ. è opportuno ogniqualvolta il danno (patrimoniale o non patrimoniale) *non possa essere provato nel suo preciso ammontare*. Qui, la dazione di una somma di denaro in funzione risarcitoria può anche non reintegrare una diminuzione patrimoniale ben precisa ma compensare un pregiudizio non economico³³.

Qualora, però, la liquidazione equitativa riguardi, specificamente, il *lucro cessante*, secondo il combinato disposto degli artt. 2056 e 1226 cod.civ., è richiesta la prova, anche presuntiva, circa la certezza della sua reale esistenza, senza cui non v'è spazio per alcuna forma di attribuzione patrimoniale; ciò si tradurrà in un pregiudizio economicamente valutabile ed apprezzabile, non meramente potenziale ma connesso al comportamento illegittimo, con certezza o con grado di elevata probabilità, considerando *l'id quod plerumque accidit*³⁴.

Ebbene, a chiusura e sintesi del percorso sin qui costruito, si è partiti dal nucleo di obblighi informativi ed esecutivi gravanti sull'operatore nel contratto d'accesso, la cui violazione genera responsabilità contrattuale. Si è tentato, poi, di verificare l'applicabilità di tale meccanismo non all'oggetto nella sua interezza ma ad una sua parte eventuale ed accessoria, ovvero al servizio di posta elettronica connesso alla linea fornita³⁵. Per far ciò, si è evidenziato, da un lato, l'accertamento del tipo di interesse di volta in

²⁹ Il danno esistenziale non è autonoma categoria di danno e tutti i danni non patrimoniali vanno ricondotti nella previsione dell'art. 2059 cod.civ. (Cass. civ. S.U., n. 557/2009). Esso si definisce come ogni pregiudizio (di natura non meramente emotiva ed interiore ma oggettivamente accertabile) che alteri abitudini e assetti relazionali propri del soggetto, che impediscono la sua realizzazione all'esterno.

³⁰ In tal senso, sentt. n. 26972, 26973, 26974, 26975 del 2008 della Cassazione civile a Sezioni Unite.

³¹ Definizione di danno esistenziale contenuta nella sent. n. 13546/2006 della Cass. civile.

³² In tal senso, si rimanda, per esempio, alle note 6 e 27, che possono assurgere a casi rappresentativi.

³³ Cass. civile, sent. n. 8827 del 31/05/2003. Più in generale, il ricorso alla via equitativa ex art. 1226 cod.civ. si considera preminente ogniqualvolta si debba sopperire alla difficoltà di quantificare in modo preciso l'entità del danno.

³⁴ "Ciò che accade più spesso, nella maggior parte dei casi". Il brocardo si rifà alla comune esperienza con una presunzione relativa: inverte l'onere della prova ma lascia spazio a prova contraria.

³⁵ Simile ragionamento giuridico andrebbe verificato anche in riferimento al servizio POS, stante il suo carattere accessorio al pari della posta elettronica. Ne è un esempio la Delibera n. 3/2012 Co.Re.Com Lazio, in cui si imputa alla compagnia BT ITALIA una fornitura irregolare e discontinua, con il conseguente diritto dell'utente ad un indennizzo proporzionato al disservizio subito, ai sensi dell'art. 11 co.2 Delibera 179/03 (CSP), sebbene la linea telefonica sia di per sé funzionante e il problema riguardi solo il sistema POS (che sulla linea telefonica si innesta). Nel caso di specie, infatti, BT ITALIA è stata condannata ad indennizzare l'istante "per la mancata attivazione dei servizi fax e POS, oltre all'importo degli interessi legali calcolati a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza di risoluzione della controversia".

volta protetto e, dall'altro, l'autonomia giuridica che le singole caselle di posta (ed i dati in esse contenuti) assumono. Tale quadro ha consentito di configurare voci di danno patrimoniale (danno emergente, lucro cessante), non patrimoniale (la presenza di danno esistenziale che, come detto, riporta alla lesione di interessi costituzionalmente garantiti, è da verificare con estremo rigore) e d'immagine (con risvolti sia patrimoniali che non patrimoniali). In tal modo, il giudice o l'organismo competente qualificheranno il danno e provvederanno alla congrua liquidazione del ristoro dovuto³⁶, se necessario in via equitativa.

³⁶ Come ha precisato la Cassazione civile, sez. III, sent. n. 15585/2007, in tema di obbligazioni contrattuali la liquidazione del danno in via equitativa, che può aver luogo soltanto in caso di impossibilità o difficoltà di una precisa prova sull'ammontare e sull'entità del danno subito, non esonera l'interessato dall'obbligo di offrire gli elementi probatori sulla sussistenza del medesimo – la quale costituisce il presupposto indispensabile per una valutazione equitativa – per consentire che l'apprezzamento equitativo sia, per quanto possibile, limitato alla funzione di colmare le inevitabili lacune al fine della precisa liquidazione del danno. Occorrerà inoltre indicare, almeno sommariamente, i criteri seguiti nella determinazione del danno, per scongiurare il rischio che l'equità venga sfruttata per “coprire” il mancato accertamento della prova di responsabilità dell'operatore.