
VINCENZO ZENO-ZENCOVICH

NOTE CRITICHE SULLA NUOVA DISCIPLINA DEL COMMERCIO ELETTRONICO DETTATA DAL D.LGS. 70/03

SOMMARIO: 1. I gravi errori del D.Lgs. 70/03. — 2. Le finalità della disciplina. — 3. L'ambito di applicazione. — 4. Ulteriori limitazioni. — 5. (*segue*) La sovrapposizione con la disciplina dei contratti a distanza con i consumatori. — 6. Le definizioni. — 7. I servizi finanziari. — 8 La libera prestazione dei servizi. — 9. Le deroghe alla libertà di circolazione. — 10. I provvedimenti *ad hoc* di limitazione alla circolazione. — 11. Il principio dell'assenza di autorizzazione preventiva.

1. I GRAVI ERRORI DEL D.LGS. 70/03.

Il decreto legislativo di recepimento della Direttiva 31/00 è uno specchio eloquente del degrado della tecnica legislativa a dispetto delle — evidentemente inutili — prescrizioni emanate dalla presidenza del consiglio per la redazione degli atti normativi. Il testo è sgrammaticato e pieno di grossolani errori sintattici e linguistici *Exempli gratia*: all'articolo 2 il riflessivo « si intende » regge tanto sostantivi al singolare che sostantivi al plurale. Si « soddisfano » « disposizioni » (art. 2, comma 1, lett. h)). Si usa il termine inglese « on line » senza nemmeno prendersi la briga di fornire la definizione. L'espressione « seguenti casi » (di cui all'art. 4, comma 1) comprende istituti giuridici (diritti d'autore), norme puntuali (l'art. 44 Direttiva 85/611), attività materiali, diritti, facoltà e situazioni giuridiche; non si è nemmeno presa la briga di eliminare la preposizione articolata all'inizio della lettera d) dell'art. 4. All'art. 9, comma 2, si utilizza il participio passato per creare il neologismo « carattere sollecitato ». All'articolo 11 non si è articolata la preposizione della prima riga. All'art. 16, terzo comma, il verbo che si riferisce a due soggetti è al singolare. All'art. 15, secondo comma, il participio presente che è riferito esclusivamente all'au-

* Il testo riproduce il commento agli articoli da 1 a 6 del D.Lgs. 70/03 nel volume curato da V. FRANCESCHELLI e E. TOSI, *Le*

regole giuridiche del commercio elettronico, in corso di pubblicazione per i tipi della Giuffrè.

torità amministrativa è al plurale (« aventi »). E si potrebbe continuare ...

La sciatteria linguistica è peraltro sintomatica di una più generale carenza di impostazione giuridica. Non è chiaro ai redattori del testo che le regole giuridiche scritte si fondano su convenzioni linguistiche e dunque che un termine non è generalmente interscambiabile con un altro, che per questo il linguaggio del giurista si sforza di essere il più preciso possibile, e che le incertezze espressive si traducono in diatribe interpretative e controversie.

Molti degli errori linguistici provengono dalla traduzione italiana della Direttiva, ma i giuristi linguisti della Comunità hanno l'attenuante di essere dei semplici funzionari i quali confidano che le autorità nazionali preposte al recepimento si attrezzino per rivedere il testo¹: invece si sono mantenuti (nell'art. 1, comma 2) formulazioni inappropriato quali « le questioni relative al diritto alla riservatezza » (cosa sono le « questioni »? e perché non fare diretto riferimento alla disciplina del trattamento dei dati personali, che è assai più ampia e non comprende solo « questioni » di riservatezza?); francesismi di dubbio contenuto giuridico quali il « nesso diretto e specifico ». E quando si è variato spesso il risultato è stato peggiore: l'esclusione di cui all'art. 1, comma 5 lett. c), che chiaramente si riferisce al diritto della concorrenza, diventa « intese restrittive della concorrenza » che non rientrerebbero « nel campo di applicazione del presente decreto » (ci mancherebbe altro!) All'art. 10 anziché utilizzare l'omnicomprensiva espressione « oneri fiscali » si parla di « tributi applicabili ».

Si aggiunga che, mentre è normale che una Direttiva faccia riferimento ad altre Direttive, una legge dello Stato, soprattutto se deve indicare eccezioni o regole complementari, deve richiamare non quelle direttive ma le leggi dello Stato che le hanno recepite e che, è ragionevole ritenere, non sono la mera riproduzione della norma comunitaria. Certo ci vuole un po' più di fatica ed una certa conoscenza del diritto nazionale, ma forse è anche il minimo di chiarezza che ci si può attendere dal legislatore, giacché se una direttiva è stata recepita senza contrasti è la legge nazionale che vige.

Queste notazioni mirano ad evidenziare i guasti di una legislazione delegata affidata a procedure opache di una pubblica amministrazione che anziché essere consapevole delle proprie specifiche competenze (amministrare è compito diverso dal legiferare) agisce come un apprendista stregone. Se si considera poi che alla Direttiva

¹ Il fenomeno è tutt'altro che infrequente: con riguardo alla prima versione della proposta Direttiva 65/02 si era segnalato come si proponesse la « vendita » a distanza di « servizi finanziari » (anziché la loro « commercializzazione ») V. V. ZENO-

ZENCOVICH, *La tutela del fruitore di servizi finanziari resi attraverso reti telematiche*, in S. SICA-P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Giuffrè, 2002, p. 239.

31/00 erano stati dedicati numerosi commenti e volumi e nessuno dei competenti professori ordinari che li avevano curati (Vincenzo Franceschelli, Pasquale Stanzone, Salvatore Sica, Giovanni Comandè) è stato minimamente coinvolto in quel che è — da qualche secolo — la normale funzione di servizio dell'Università al legislatore, è facile comprendere come il giudizio complessivo sul decreto legislativo non possa essere che c'è del buono e del nuovo: solo che quel che è buono non è nuovo, e quel che è nuovo non è buono.

Il commento al D.Lgs. 70/03 (limitato, qui, ai suoi primi articoli e tralasciando l'importantissima parte dedicata alla responsabilità civile) è costretto ad essere, dunque, un commento alla Direttiva 31/00, cercando di evidenziare le eventuali intersezioni con altre norme esistenti e le (discutibili) scelte operate nella trasposizione quando si è cercato di innovare.

2. LE FINALITÀ DELLA DISCIPLINA.

L'art. 1 del D.Lgs. 70/03 al suo primo comma ha deciso di cambiare e amputare parte dell'omologa disposizione della Direttiva 31/00.

Questa indicava come finalità il « buon funzionamento del mercato » « garantendo » la libertà dell'informazione.

Ora « promuovere » (come dice il D.Lgs. 70/03) è cosa ben diversa dal « garantire »; e senza voler scendere in dispute che rischiano di essere nominalistiche bisogna subito chiarire — per fugare qualsiasi tentativo di interpretazione restrittiva — che ancorché il Decreto Legislativo nulla dica sul punto delle abrogazioni (si trattava evidentemente di operazione troppo complessa) l'attività di « promozione » resterà di competenza del Ministero dell'Industria (ora delle Attività produttive) ai sensi dell'art. 21 della L. 31 marzo 1998, n. 114. Ma per il resto il commercio elettronico esce da quel restrittivo quadro normativo ed è « garantito » dal diritto comunitario. Deve pertanto ritenersi *tamquam non esset*, in quanto implicitamente abrogato per la sua evidente incompatibilità con il sovraordinato diritto comunitario, il tentativo già posto in essere dal Ministero dell'Industria con la sua Circolare 1 giugno 2000, n. 3487/C di assoggettare a previa autorizzazione l'esercizio del commercio elettronico estendendo la portata dell'art. 18 della citata L. 114/98.

Dunque l'unica lettura della disposizione che non porti ad una procedura di infrazione comunitaria è che il commercio elettronico è libero, in conformità a quanto previsto in generale dagli artt. 49 e seguenti del Trattato di Roma e nello specifico dalla Direttiva 31/00.

3. L'AMBITO DI APPLICAZIONE.

Il secondo comma dell'art. 1 vorrebbe riprodurre il comma 5 dell'art. 1 della Direttiva, delimitando il campo di applicazione

della nuova disciplina. E dunque non introduce variazioni — è questo il senso da dare alle varie ipotesi di cui alle lettere a), b), c), e, f) e g) nonostante i segnalati strafalcioni sulle « questioni relative al diritto alla riservatezza » e sulle « intese restrittive della concorrenza ». Il che implica una individuazione — difficile, e certamente non opportuna in questa sede — degli ambiti di competenza di ciascuno dei settori individuati. Ma, più concretamente, avrebbe richiesto che il legislatore delegato tenesse conto di alcuni importanti interventi comunitari successivi alla Direttiva 31/00. In particolare della Direttiva 38/02 e del Regolamento 792/00 del 7.5.2002 relativo al regime dell'IVA nel commercio elettronico: trattandosi in quest'ultimo caso di provvedimento immediatamente efficace all'interno degli ordinamenti degli Stati membri il suo richiamo, almeno nelle note, sarebbe stato opportuno. Ma, vista la generale inconsistenza della riflessione sul decreto, l'omissione non stupisce. Del pari sono ignorate la Direttiva 58/02 sul trattamento dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e la Direttiva 65/02 sulla prestazione a distanza di servizi finanziari.

Ora, non ha molto senso dire che il Decreto legislativo non si applica alle « questioni relative al diritto alla riservatezza » quando poi l'art. 9 (relativo alle comunicazioni commerciali non sollecitate) le tratta e deve necessariamente integrare la disciplina generale. Se poi si considera la vivacità del dibattito sulla scelta fra sistemi *opt-in* e sistemi *opt-out* (se, cioè spetti al singolo iscriversi ad un elenco per ricevere — *opt-in* — o non ricevere — *opt-out* — comunicazioni commerciali) un richiamo alla Direttiva 58/02 sarebbe stato opportuno anche per mettere sull'avviso il destinatario della norma sui prevedibili prossimi scenari normativi².

Tali rilievi sono peraltro dei *peccadillos* in confronto alla previsione di cui alla lettera d) del comma 2. Si afferma ivi che « *non rientrano nel campo di applicazione del presente decreto (...) le prestazioni di servizi della società dell'informazione effettuate da soggetti stabiliti in Paesi non appartenenti allo spazio economico europeo* ».

Si legga cosa dice, invece, il comma 4 della Direttiva: « *La presente direttiva non introduce norme supplementari di diritto internazionale privato, né tratta delle competenze giurisdizionali* ». In altri termini la Direttiva non vuole alterare le generali regole di diritto internazionale privato.

È vero che il 58° considerando della Direttiva afferma che « *la presente direttiva non deve applicarsi ai servizi di prestatori stabiliti in un paese terzo* »; ma è sfuggito ai traspositori che tale affermazione non è stata recepita nell'articolato per la semplice ra-

² Per un primo commento alla Direttiva 58/02 v. S. VIGLIAR, *Privacy e comunica-*

zioni elettroniche: la direttiva 2002/58/CE, in questa Rivista, 2003, 401.

gione che altrimenti si sarebbe trovata in contraddizione con la previsione dell'art. 1, comma 4. Qual è il senso, allora, del considerando? Quello di scindere chiaramente i profili di diritto amministrativo da quelli di diritto privato. Per i primi, ai prestatori extra-comunitari non si applica la direttiva, per i secondi si applicherà laddove le regole generali del diritto internazionale privato portino al diritto di uno Stato membro.

Cosa fa il Decreto delegato? Elimina il richiamo di cui all'art. 1, comma 4 e lo sostituisce (evidentemente pensando che si tratti di un equivalente) con il « considerando ».

Quale il risultato? Che il Decreto in quanto legge speciale, non potrà mai applicarsi, nemmeno nelle sue previsioni più importanti (quelle sugli obblighi di informazione, sulla conclusione del contratto, sulla responsabilità civile), ai prestatori stranieri, neanche quando le regole del diritto internazionale privato dovrebbero portare ad applicare il diritto sostanziale italiano (e cioè il D.Lgs 68/03).

Il che è esattamente l'opposto di quanto chiedeva la direttiva!

Con questo risultato: quando si dovrà applicare il diritto italiano, ci si dovrà affannare a cercare nell'ordinamento delle regole — che non siano quelle del Decreto legislativo — applicabili. Se qualcuno si fosse preso la briga di leggere il 60° considerando si sarebbe posto il dubbio — ammesso che disponesse di elementari nozioni di diritto internazionale privato — se la formulazione introdotta nel Decreto costituisce un quadro giuridico « *chiaro e semplice, prevedibile e coerente con le regole vigenti a livello internazionale, in modo da non pregiudicare la competitività dell'industria europea* »³.

4. ULTERIORI LIMITAZIONI.

Il terzo comma dell'art. 3 introduce, indirettamente, ulteriori limitazioni attraverso la formula « sono fatte salve ». Il che vale a dire che prevale la normativa di settore rispetto a quella del commercio elettronico.

La elencazione comprende una serie di previsioni piuttosto ovvie, se non ridicole (il traffico illecito di stupefacenti oppure il commercio di armi) e dunque prive di interesse concreto. Vi sono tuttavia tre punti che meritano di essere segnalati:

i) le disposizioni « sulla tutela della salute pubblica » prevarranno. Il che per un verso riproduce l'espressa previsione del-

³ Sulle numerose questioni di d.i.p. poste dal commercio elettronico v. P. CERINA, in E. TOSI (a cura di) *I problemi giuridici di Internet*, Giuffrè, 2001, p. 409; A. MANUCCI, in F. MASCHIO (a cura di), *Il diritto della nuova economia*, Cedam, 2002,

pp. 49 e 81; G. FINOCCHIARO, *Diritto di Internet*, Zanichelli, 2001, p. 43; V. ZENOVICH, *La tutela del consumatore nel commercio elettronico*, in questa *Rivista*, 2000, 447.

l'art. 3, comma 4, lett. a) i), ma per altro lascia irrisolto il problema, particolarmente sentito in tutta Europa, dell'acquisto di farmaci *on-line*. Le contrapposte esigenze sono evidenti: da un lato quella di evitare che vengano acquistati medicinali senza evidenza di una prescrizione medica [ma con la formula di cui all'art. 1, comma 2, lett. d), i prestatori extra-comunitari non sono interessati dalla norma], dall'altro quella di evitare pratiche anti-concorrenziali delle case farmaceutiche e politiche di prezzo (talvolta anche concordate) per ciascun paese. Il recepimento della Direttiva era l'occasione per chiarire entro che limiti ciò è possibile. Non la si è voluta cogliere.

ii) Fra salute pubblica, tutela dei consumatori, ordine pubblico, riciclaggio, stupefacenti e armamenti è stato inserito come area « speciale » quella del « *regime autorizzatorio in ordine alle prestazioni di servizi investigativi o di vigilanza privata* ». Già l'inclusione di tali servizi è bizzarra. Nello specifico c'è da domandarsi se essa soddisfi il requisito della proporzionalità: la risposta potranno darla solo gli organismi comunitari se verranno investiti della questione.

5. (segue) LA SOVRAPPOSIZIONE CON LA DISCIPLINA DEI CONTRATTI A DISTANZA CON I CONSUMATORI.

iii) Il « fare salve » le disposizioni sulla tutela dei consumatori non implica affatto che il Decreto non incida sulla disciplina giuridica che li riguarda. Il principio trova fondamento nell'art. 1, comma 3, della Direttiva ed è ribadito più volte nei Considerando (« *La Direttiva deve assicurare un alto livello di protezione dei minori e della dignità umana, la tutela dei consumatori e della salute pubblica* » — Considerando 10) ed in maniera analitica nel Considerando 11 nel quale vengono richiamate tutte le Direttive consumeristiche. Tale Considerando precisa che le Direttive 13/93 sulle clausole vessatorie e 7/97 sui contratti a distanza « *si applicano nella loro interezza ai "servizi della società dell'informazione"* ». Di conseguenza numerose norme del Decreto trattano la posizione del consumatore come l'art. 5, comma 1, lett. d) che consente provvedimenti limitativi della prestazione di un determinato servizio nel caso in cui ciò sia necessario per la protezione dei consumatori, ivi compresi i risparmiatori, al fine di evitare seri e gravi rischi di lesione dei loro interessi. Inoltre le informazioni ed i criteri minimi applicabili al fornitore di servizi e alle comunicazioni commerciali (artt. 7 e 8) prevedono che essi siano « in aggiunta ad altri obblighi fissati dalla normativa comunitaria » e cioè, anche da quelli fissati dalla normativa consumeristica.

La medesima riversa è prevista per le comunicazioni commerciali non richieste dal destinatario (art. 9), peraltro con espresso richiamo al D.Lgs 22 maggio 1999, n. 185 (contratti a distanza) e al D.Lgs. 13 maggio 1998, n. 171 (riservatezza nelle comunica-

zioni). Nella disciplina delle informazioni che devono essere fornite prima della conclusione del contratto (art. 12) si precisa che esse sono in aggiunta « *agli obblighi informativi previsti per specifici beni e servizi, nonché a quelli stabiliti dall'art. 3 del decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185* ».

Infine, nel prevedere che gli obblighi di informazione e le modalità di scambio fra proposta ed accettazione possano essere direttamente determinati con il consenso delle parti (artt. 12 e 13) si precisa espressamente che tale deroga è possibile solo qualora una delle parti non sia un consumatore.

A questo punto l'interrogativo che si pone è: il Decreto sul commercio elettronico rappresenta una *lex generalis* che viene derogata dalla normativa consumeristica, qualificabile come *lex specialis*? Oppure si tratta di normative fra di loro autonome che si integrano solo ove espressamente previsto? La risposta ha, oltre ad un interesse teorico, effetti pratici di grande momento in quanto si tratta di capire se e in che misura il Decreto *aggiunge* rispetto alla normativa consumeristica. Il punto di partenza, infatti è che il Decreto non mira a modificare, riducendola, la portata delle esistenti discipline sulla tutela del consumatore. Si tratta di vedere, dunque, se e quali integrazioni essa vi apporta. Se il Decreto sul commercio elettronico potrà considerarsi legge generale essa avrà una portata più ampia. Se, invece, costituisce una disciplina autonoma, tale portata sarà più ristretta.

A favore della prima tesi si può osservare che il Decreto intende disciplinare in maniera unitaria una precisa realtà economica, della quale fornisce una disciplina completa che va dalla sua costituzione fino all'apparato sanzionatorio, e dunque comprende aspetti di diritto amministrativo, diritto dei contratti, diritto della responsabilità civile, diritto processuale, diritto penale. Inoltre, come si è detto in premessa, per lo sviluppo del settore non è possibile scindere fra *e-commerce* « *business-to-business* » e *e-commerce* « *business-to-consumer* ». I due profili devono dunque essere visti in una prospettiva unitaria.

A favore della seconda tesi si può però osservare che la disciplina consumeristica, ed in particolare quella sui contratti con i consumatori, ha raggiunto ormai dimensioni ragguardevoli, finendo per costituire una branca a parte dell'ordinamento: ne sono indici significativi, a livello comunitario, l'esistenza di una Direzione generale esclusivamente impegnata su quei temi ed una precisa ed ormai consolidata politica di tutela dei consumatori che fa ormai parte dell'« *acquis communautaire* » oltre che trovare espresso e sintomatico riconoscimento nell'art. 153 del Trattato di Roma; e, a livello nazionale, gli esempi del *Code de la consommation* francese e della *Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios* spagnola.

La legge « speciale » sarebbe dunque infinitamente più grande e rilevante di quella « generale » (Decreto sul commercio elettronico) cui

dovrebbe accedere. A ciò si aggiunga la circostanza che la normativa consumeristica che maggiormente interferisce con quella sul commercio elettronico, è il D.Lgs. 185/99 sui contratti a distanza. Questi ultimi, tuttavia, non comprendono solo quelli tipici dell'*e-commerce*, ma anche quelli per telefono, per corrispondenza, per forme elettroniche escluse dal Decreto sull'*e-commerce* (ad es. la posta elettronica)⁴. Le « eccezioni » alla regola generale (Decreto sul commercio elettronico) avrebbero dunque una portata molto più ampia e non si limiterebbero dunque solo a dettare un regime speciale.

In ogni caso, come si è detto, il Decreto sul commercio potrà *aggiungere* delle regole alla disciplina consumeristica, ma non ne toglierà né ne ridurrà la portata. Vediamo alcune questioni:

a) L'art. 7 del D.Lgs. 185/99 stabilisce che gli artt. 3 (informazioni preliminari), 4 (conferma scritta delle informazioni), 5 (diritto di recesso), 6 comma 1 (esecuzione entro 30 giorni), non si applicano

i) ai contratti di fornitura di generi alimentari, di bevande o di altri beni per uso domestico, forniti da distributori che effettuano giri frequenti e regolari

ii) ai contratti di fornitura di servizi relativi all'alloggio, ai trasporti, alla ristorazione, al tempo libero quando il fornitore si obbliga a fornire i servizi entro una data determinata o in un periodo prestabilito.

In questi casi si applicherà il Decreto sul commercio elettronico?

b) Il D.Lgs. 185/99 non prevede che il fornitore dei servizi debba fornire informazioni sulle tecniche per la conclusione del contratto⁵ e su quelle per correggere gli eventuali errori nella formazione del contratto. Nemmeno deve fornire informazioni sulle lingue utilizzate per la conclusione del contratto e sui codici di condotta ai quali aderisce. Tutti questi obblighi sono, invece, contenuti nel Decreto sul commercio elettronico. Varranno anche nei casi di contratti con i consumatori, oppure questi ultimi avranno, sotto questi aspetti, una tutela inferiore rispetto al non-consumatore?

c) Il D.Lgs. 185/99 nulla dice sul momento di conclusione del contratto (un termine assai importante anche perché da quel momento decorrono i termini per il diritto di recesso): si applicherà quanto desumibile dall'art. 13 del Decreto sull'*e-commerce*?

d) L'art. 2 del D.Lgs. 185/99 esclude dall'ambito di sua applicazione una serie di contratti ed in particolare quelli conclusi con operatori di tlc impiegando telefoni pubblici e quelli conclusi in occasione di una vendita all'asta⁶. Si applicherà in tal caso il D.Lgs. 70/03?

⁴ V. M.T. ANNECCA, commento *sub* art. 2, in M. ATELLI, (a cura di), *La disciplina del commercio elettronico e delle altre forme di contrattazione a distanza*, Giapichelli, 2001, p. 83.

⁵ V. A. PIERUCCI, commento *sub* art. 4, in M. ATELLI, *op. cit.*, p. 138.

⁶ V. M.T. ANNECCA, commento *sub* art. 2, in M. ATELLI, *op. cit.*, p. 83.

e) Il Decreto (art. 1, comma 2, lett. g) esclude dal suo campo di applicazione i giochi d'azzardo. Se è vero che non è facile individuare uno scommettitore o un giocatore che non sia un « consumatore » (e dunque dovrebbe applicarsi sempre il D.Lgs. 185/99, si possono comunque immaginare dei casi di interferenze.

f) Ancorché il D.Lgs. 185/99 contenga (art. 3) dettagliate indicazioni sulle informazioni da fornire al consumatore, mancano talune che invece sono contenute nel Decreto (art. 8, lett. c) e d) sulle offerte promozionali ed i giochi a premi). Poiché l'art. 8 del Decreto prevede che si tratta di obblighi aggiuntivi non dovrebbero sorgere dubbi in relazione alla loro applicabilità anche ai consumatori.

Verrebbe da rispondere che in tutti i casi di lacuna della normativa consumeristica debba applicarsi la Direttiva sul commercio elettronico, ma si tratta di una risposta fondata più sull'intuizione che su una stretta logica giuridica.

6. LE DEFINIZIONI.

L'art. 2 del Decreto legislativo ripresenta i vizi che si sono già enunciati. Nel fotocopiare l'art. 2 della Direttiva, infatti, alcuni punti sono rimasti o sono stati sfocati sì da rendere quel che dovrebbe essere la chiave interpretativa di tutto il Decreto difficilmente utilizzabile: cioè delle « definizioni » che non definiscono un bel niente e che, come in un gioco, rimandano ad altre definizioni.

a) Si parla di « attività economiche svolte in linea — *on line* — »; ma, premesso che « in linea » non vuole dire nulla (o tante cose diverse) e che la locuzione più appropriata, perché già entrata nel lessico giuridico, sarebbe stata « in (o su) rete », e che la corretta grafia di *on-line* prevede il trattino fra la preposizione e il sostantivo, viene da chiedersi quale perversa logica vi sia dietro il rinvio a « i servizi definiti dell'articolo 1, comma 1, lettera b) » della L. 317/86 costringendo l'interprete a ricercarsi questa legge di non immediato reperimento. È vero che le note pubblicate in Gazzetta Ufficiale riportano tale definizione, ma esse poi non vengono riprodotte nelle raccolte legislative, cartacee ed elettroniche. Visto che una definizione c'è già, non era più corretto riportarla all'interno del nuovo decreto e cioè « *qualsiasi servizio della società dell'informazione, vale a dire qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi. Ai fini della presente definizione si intende: per "servizio a distanza" un servizio fornito senza la presenza simultanea delle parti; per "servizio per via elettronica" un servizio inviato all'origine e ricevuto a destinazione mediante attrezzature elettroniche di trattamento, compresa la compressione digitale e di memorizzazione di dati e che è interamente trasmesso, inoltrato e ricevuto mediante fili, radio, mezzi*

ottici od altri mezzi elettromagnetici; per “servizio a richiesta individuale di un destinatario di servizi” un servizio fornito mediante trasmissione di dati su richiesta individuale»? La questione non è di mera tecnica legislativa: è essenziale che la definizione di « servizio della società dell'informazione », che è relativamente recente, sia la più chiara possibile, considerando che il Decreto dovrebbe rivolgersi agli operatori economici (e non ai loro legali).

b) La Direttiva conteneva, a sua volta, un punto di notevole incertezza, quello dell'« ambito regolamentato ». Si tratta di una disposizione chiave perché è quella che meglio di ogni altra dovrebbe indicare i confini entro i quali si applica la nuova normativa. Se si scorre la lunga lettera *h*) dell'art. 2 della Direttiva nonché i « considerando » collegati ci si rende conto, tuttavia, che la definizione è, sostanzialmente, tautologica: l'« ambito regolamentato » è quello, appunto, « regolamentato » dalla Direttiva. Dunque non è la definizione che definisce il testo, ma è il testo che definisce la definizione. A questo difetto di origine il Decreto non apporta alcun correttivo: sarebbe stato almeno chiarificatore inserire nella definizione un inciso richiamante anche le disposizioni del decreto medesimo (spostando dunque nella definizione la precisazione contenuta nell'art. 3, comma 1).

c) Sempre con riguardo alla definizione di « ambito regolamentato » il Decreto, nel trasporre l'eccezione di cui al comma 2, dell'art. 2 della Direttiva, non si limita a riportare l'espressione « le merci in quanto tali » ma vi inserisce la seguente chiosa: « *nonché le merci, i beni e i prodotti per le quali disposizioni comunitarie o nazionali nelle materie di cui all'articolo 1, comma 3, prevedono il possesso e l'esibizione di documenti, certificazioni, nulla osta o altri titoli autorizzatori di qualunque specie* ». Ora, a parte la ennesima prova di sciatteria linguistica (cosa sono mai i « *requisiti legali* »)? Si voleva forse dire « requisiti di legge »?), viene da chiedersi quale sia il senso della aggiunta. A voler essere logici, essa non avrebbe senso perché richiama le « materie » di cui all'art. 1, comma 3, che sono quindi escluse dall'ambito di applicazione del Decreto. Ma sorge il dubbio che il senso sia un altro: che si vogliano mantenere in piedi meccanismi di controllo (« *certificazioni, nulla osta o altri titoli autorizzatori di qualunque specie* ») per le attività — e sono infinite — di commercio elettronico che rientrano nel vastissimo campo della « salute pubblica e dei consumatori » (e in quello, diventato oggetto di speciale protezione, dei servizi investigativi e di vigilanza). Se questa fosse la portata della norma essa si potrebbe in contrasto aperto con il principio di cui all'art. 4, comma 1, della Direttiva.

7. I SERVIZI FINANZIARI.

Il terzo comma dell'art. 2 contiene delle ulteriori eccezioni. Non è molto chiara la ragione per la quale esse sono inserite in un ar-

ticolo destinato alle definizioni e non è nemmeno chiaro quale sia il rapporto del comma 3 con le conclusioni di cui al comma 2. Significa che le molteplici disposizioni richiamate non fanno parte dell'«ambito regolamentato»? Oppure che, essendo l'«ambito regolamentato» un insieme di disposizioni, quelle elencate lo integrano? L'espressione «sono fatte salve, ove non espressamente derogate» sembra militare in questa seconda direzione.

Il che ci porta ai rapporti estremamente complessi fra commercio elettronico e servizi finanziari *on-line*⁷. Questi ultimi sono sicuramente la parte più «ricca» dei servizi della società dell'informazione e conoscono già una articolata disciplina da parte delle autorità nazionali di regolazioni (per noi la CONSOB e l'ISVAP)⁸ e dalla recente direttiva 65/02 sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori (che seppure *in fieri* era già richiamata dal 27° considerando della Direttiva)⁹. La materia viene dunque a trovarsi disciplinata da una pluralità di fonti normative, in relazione a fattori sia soggettivi (qualità di consumatore o no del destinatario del servizio), sia oggettivi (tipologia del mezzo utilizzato: ad esempio la direttiva 31/00 esclude la posta elettronica).

In sintesi ci si trova di fronte ad una disciplina nella quale è assai difficile orientarsi per stabilire con ragionevole certezza quale sia il regime applicabile. La complessità è accentuata dalle ulteriori eccezioni contenute nell'art. 4 del decreto (ed in particolare le sue lettere b), c) e d)).

Vi è una sola riposta dal punto di vista sistematico: non vi è una disciplina unitaria del «commercio elettronico», ma tante discipline settoriali le quali contengono anche norme per i casi in cui l'attività venga svolta attraverso strumenti informatici e telematici.

8. LA LIBERA PRESTAZIONE DEI SERVIZI.

La disposizione di cui all'art. 3 della Direttiva è stata, nel decreto, divisa in tre articoli, il 3, il 4 e il 5, i quali, dunque vanno letti congiuntamente.

⁷ Sul tema V. R. LENER, *L'offerta telematica di servizi finanziari*, in S. SICA-P. STANZIONE, *op. cit.*, p. 257; D. LUCARINI ORTOLANI, *L'Internet nella intermediazione finanziaria*, in questa Rivista, 2003, 21; D. CAPRA, *La disciplina giuridica dei servizi di investimento on line*, in V. FRANCESCHELLI (a cura di), *Commercio elettronico*, Giuffrè, 2001, p. 153; M. STELLA RICHTER, *Prime osservazioni su intermediazione finanziaria ed Internet*, in questa Rivista, 2000, 435; M. GOBBATO, *Promozione e colloca-*

mento di servizi finanziari in Internet, in F. MASCHIO, *op. cit.*, p. 263.

⁸ Sui servizi assicurativi *on-line* v. l'ampia ricognizione di F. BRAVO, *Il collocamento dei prodotti assicurativi tramite Internet*, Giuffrè, 2001.

⁹ V. F. BRAVO, *Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori*, IPSOA, 2002; nonché V. ZENO-ZENCOVICH, *La direttiva sui servizi finanziari a distanza resi al risparmiatore*, in NGCC, 2002, II, 517.

Il principio generale sarebbe quello della libera prestazione intracomunitaria dei servizi della società dell'informazione. Tale affermazione richiede, tuttavia, di essere meglio precisata, partendo da quanto previsto dalla Direttiva:

« Gli Stati membri non possono, per motivi che rientrano nell'ambito regolamentato, limitare la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione provenienti da un altro Stato membro ».

La trasposizione nel decreto non ha lo stesso tenore:

« Le disposizioni relative all'ambito regolamentato di cui all'articolo 2, comma 1, lettera h), non possono limitare la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione provenienti da un prestatore stabilito in un altro Stato membro ».

La differenza non è lessicale (« motivi che rientrano nell'ambito regolamentato » contro « disposizioni relative all'ambito regolamentato ») bensì sostanziale, e cioè riguarda l'« ambito regolamentato ».

Di conseguenza i dubbi che si sono evidenziati nei paragrafi precedenti in ordine a che cosa esattamente sia l'« ambito regolamentato », se esso sia stato fedelmente trasposto, in che modo esso sia delimitato dal comma 2 dell'art. 2, se il comma 3 dello stesso articolo lo limiti o lo integri, sono tutti estremamente rilevanti.

In concreto, qual è l'ipotesi più probabile? In uno Stato membro una certa attività di commercio elettronico rientra nell'« ambito regolamentato » mentre in Italia ne è esclusa (ed è regolamentata in maniera restrittiva). A seguire la dizione dell'art. 3, comma 2 sarebbe possibile limitare la libera circolazione di tali servizi. Per questa ragione è particolarmente importante chiarire con esattezza — cosa che il decreto si guarda bene dal fare — l'« ambito regolamentato » perché ciò incide non solo sugli operatori italiani ma anche su quelli comunitari.

La soluzione al problema la si trova nella dichiarata finalità di armonizzazione della Direttiva e nel connesso principio del mutuo riconoscimento, che non potrà non portare l'Italia a riconoscere la libera circolazione di servizi di prestatori esteri conformi all'« ambito regolamentato » del Paese di stabilimento. Ma proprio per questo la formulazione del secondo comma dell'art. 3 non appare felice e non si vorrebbe che fosse la Corte di Giustizia a dovercelo segnalare.

L'art. 3 si conclude con un richiamo al Regolamento 44/01 che « comunitarizza » la convenzione di Bruxelles del 1968. Del che non si dubitava, anche per via della previsione di cui all'art. 1, comma 4, della Direttiva.

9. LE DEROGHE ALLA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE.

L'art. 4 del Decreto fotocopie l'Allegato alla Direttiva indicando le ipotesi in cui non si applica il principio della libertà di circolazione dei servizi della società dell'informazione.

I « considerando » della Direttiva nulla dicono sulla *ratio* di tali deroghe, il che è sintomatico di una significativa divergenza sul punto fra gli Stati membri e sul conseguente silenzio.

In ogni caso, una volta avvenuta la trasposizione, il problema è ormai quello di interpretazione del decreto. Il che non è semplice per il gioco di concatenazioni logiche: l'art. 4 fissa le eccezioni alla regola di libertà di circolazione contenuta nell'art. 3, che a sua volta rimanda sicuramente all'art. 2, comma 1, lettera *h*), all'art. 2 comma 2 e (forse) anche al comma 3.

In concreto, operando con logica algebrica, il comma 2 dell'art. 2 e l'art. 4 dovrebbero sommarsi per essere poi sottratti dall'universo rappresentato dall'art. 2, comma 1, lettera *h*).

Non è chiaro tuttavia il senso finale della disposizione. Se ne prospettano due, non collimanti:

a) gli Stati membri, e dunque anche l'Italia, possono limitare la libera circolazione di servizi che rientrano nei « settori » (è la formula utilizzata nell'Allegato alla Direttiva) o nei « casi » (è la formula del Decreto) elencati.

b) il commercio elettronico nei « casi » di cui all'art. 4 — sia che sia prestato da un operatore italiano o da uno comunitario — deve rispettare la disciplina speciale, che potrebbe, in ipotesi divergere da quella generale. La scelta fra le due opzioni è complicata dal fatto che il legislatore italiano non ha « tradotto » normativamente i richiami a Direttive contenuti nelle lettere *b*), *c*) e *d*) dell'art. 4 (e dunque questo farebbe propendere per la prima scelta). Nel contempo, però, è da escludersi che la « facoltà delle parti di scegliere la legge applicabile », « la validità dei contratti » aventi ad oggetto diritti reali, la « ammissibilità delle comunicazioni commerciali non sollecitate » siano « settori » e che si possa escludere, con riguardo ad esse, la libera circolazione. Per chiarire il punto si immagini il caso che le norme di d.i.p. (richiamate al terzo comma dell'art. 3) portino all'applicazione del diritto di uno Stato membro che consente alle parti di scegliere il diritto applicabile o prevede requisiti attenuati per i contratti di trasferimento di diritti reali sugli immobili.

10. I PROVVEDIMENTI AD HOC DI LIMITAZIONE ALLA CIRCOLAZIONE.

L'art. 5 del Decreto riproduce i commi 4 e 5 dell'art. 3 della Direttiva prevedendo i casi in cui la libertà di circolazione può essere limitata con riferimento ad uno specifico servizio della società dell'informazione.

Scontate essendo le previsioni di cui alle lettere *a*) e *c*) del primo comma, la questione si porrà, in concreto, con riguardo alle ipotesi di cui alle lettere *b*) e *d*), cioè « tutela della salute pubblica » e « tutela dei consumatori » e con quale ampiezza verrà interpretata la disposizione.

Piuttosto interessa approfondire la titolarità del potere di limitare la circolazione. Il primo comma parla di i) autorità giudiziaria; ii) organi amministrativi di vigilanza; iii) autorità indipendenti di settore. La potestà in capo alla prima è ovvia; le altre due richiedono un maggiore approfondimento.

In prima approssimazione si possono immaginare competenze della CONSOB sul c.d. *trading on-line*, dell'ISVAP sui servizi assicurativi offerti per via telematica. Meno chiara sembra la posizione dell'Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato: può intervenire ai sensi dell'art. 5 in forza della sua competenza in materia di pubblicità ingannevole? Da tempo si auspica un ampliamento ed una maggiore incisività dei poteri in materia di tale Autorità. Il D.Lgs. 70/03 potrebbe essere l'occasione, ma in ogni caso occorrerà tenere conto del principio di proporzionalità di cui alla lettera b) del comma 2 dell'art. 5.

Altro soggetto che potrebbe essere coinvolto è l'Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni in relazione alle varie competenze in materia di servizi di radiodiffusione e di telecomunicazione. In particolare si potrebbe ritenere — anche utilizzando l'art. 20 della nuova Direttiva 22/02 sul servizio universale — che spetti a tale Autorità controllare le diffuse forme di commercio elettronico di servizi di tlc disponibili in rete. Ma in generale il riferimento agli « organi amministrativi di vigilanza » chiama in causa una molteplicità di soggetti (gli ordini professionali? o i ministeri di riferimento?) ponendo in primo luogo questioni di legittimazione nella non improbabile ipotesi di contenzioso a seguito soprattutto di provvedimenti adottati con la procedura d'urgenza di cui al comma 4.

Si deve peraltro considerare che la questione della titolarità al provvedimento limitativo sorge anche con riguardo al caso in cui sia uno Stato membro a chiedere (con la procedura di cui all'art. 3, comma 4, lett. b) della Direttiva) all'Italia di intervenire per bloccare un determinato servizio.

11. IL PRINCIPIO DELL'ASSENZA DI AUTORIZZAZIONE PREVENTIVA.

L'art. 6 del Decreto riproduce, quasi alla lettera, la previsione di cui all'art. 4 della Direttiva. È bene ricordare che essa afferma un principio rivoluzionario nella storia della attività economiche e del commercio in particolare, e cioè il divieto per gli Stati di imporre forme di autorizzazione preventiva all'esercizio dell'attività di commercio elettronico. Si è quindi spezzato un secolare patto fra amministrazione ed esercenti una professione o un commercio: la prima li regolamentava per far pesare la propria presenza, i secondi accettavano l'interferenza perché era un modo per disciplinare gli accessi al settore e dunque ottenere variegate forme di protezionismo.

Beninteso la disposizione non è una graziosa concessione delle Autorità comunitarie, bensì dipende in primo luogo dall'assenza di corporazioni costituite nel settore, in secondo luogo dalla necessità di competere adeguatamente con gli Stati Uniti d'America evitando che il peso di regolamentazioni amministrative provocasse una « fuga » di operatori verso paesi del regime giuridico più favorevole.

L'art. 6 contiene dunque l'elemento più innovativo (assieme all'art. 17 sull'assenza di un obbligo generale di sorveglianza) di tutto il Decreto. Poiché tuttavia nel suo stesso testo (ed in particolare nel secondo comma) si apre la strada a regimi di deroga, la sua interpretazione non può essere disgiunta da quella degli articoli precedenti e, in particolare, da quello sull'« ambito regolamentato ».

In sostanza la portata innovativa dell'assenza di previa autorizzazione dipende in larga misura se prevarrà una lettura — che qui si è adombrata e criticata — restrittiva, ovvero una che si ritiene più compatibile con il dettato comunitario.