
VINCENZO ZENO-ZENCOVICH

LA TUTELA DEL FRUITORE DI SERVIZI FINANZIARI RESI ATTRAVERSO RETI TELEMATICHE

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Il quadro normativo. — 3. Alcuni problemi linguistici. — 4. Obiettivi della disciplina comunitaria. — 5. La nozione di « servizi finanziari ». — 6. Gli obblighi di informativa. — 7. Il diritto di recesso. — 8. Recesso e pagamento del servizio: corrispettivo, penale o caparra? — 9. Le comunicazioni non richieste. — 10. Diritto applicabile e regole processuali. — 11. Conclusioni.

1. INTRODUZIONE.

Uno dei settori nei quali le tecniche di comunicazione e contrattazione a distanza hanno avuto maggiore diffusione è quello dei c.d. « servizi finanziari ». Il termine richiederà alcune precisazioni; tuttavia anche in via di approssimazione si coglie facilmente la connaturata vocazione di tali servizi ad essere resi per via telematica.

In primo luogo si tratta, appunto, di servizi che non richiedono la prestazione di una cosa, ma in genere attività a contenuto giuridico-intellettuale e con una forma scritta.

In secondo luogo, la « catena produttiva » di tali servizi è già in gran parte svolta attraverso reti telematiche da parte — e all'interno — dei singoli operatori: si pensi banalmente a tutte le operazioni bancarie all'interno dell'istituto e fra i suoi addetti; oppure ancora alle varie fasi, sempre interne, di gestione di un fondo comune di investimento mobiliare.

In terzo luogo l'utilizzo di tali tecnologie ha portato lentamente, ma in taluni casi irreversibilmente, alla eliminazione dei supporti materiali che pure stanno alla base di ogni « servizio finanziario »: la c.d. dematerializzazione dei titoli di credito, come la c.d. moneta scritturale », ovvero quella « elettronica » sono gli esempi più conosciuti della « paperless society » e della « cashless society ».

Si capisce dunque perché il fenomeno dei servizi finanziari abbia una così vasta diffusione.

A tali rilievi « tecnici » vanno tuttavia aggiunte alcune considerazioni economiche.

I « servizi finanziari » hanno solitamente un valore significativo che, in ogni caso, è comparativamente ben più elevato delle operazioni di « commercio elettronico » che hanno per oggetto la compravendita di beni mobili (solitamente di consumo).

Ed importi elevati consentono correlativi guadagni elevati.

Inoltre si deve considerare che, anche per tale valore ingente, nel mercato finanziario prosperano, da sempre, soggetti intermediari che lucrano sui passaggi ed il cui costo è sommerso oppure inglobato nell'operazione. Con gli strumenti telematici o questi intermediari vengono scavalcati (si pensi alla figura dell'agente di borsa) oppure sostituiti da altri soggetti che si avvalgono delle nuove tecnologie per ridurre i costi (si pensi al crescente numero di « banche on-line », prive di sportelli e con organici ridotti all'essenziale).

L'importanza del fenomeno non poteva, oggettivamente, sfuggire ai soggetti regolatori, anche per una ragione istituzionale.

Il settore dei servizi finanziari è da sempre ed ovunque assoggettato a penetranti controlli pubblicistici giustificati dall'esigenza di governare la moneta ed il risparmio, in considerazione degli intuitivi riflessi sull'economia e sulla finanza nazionale.

Banche, borse, assicurazioni, intermediari sono destinatari di una dettagliatissima disciplina la quale dovrebbe assicurare il rispetto di interessi collettivi.

Di qui la giustificazione di interventi da parte delle autorità a ciò preposte con riguardo alla negoziazione sulla rete Internet di valori mobiliari quotati in Borsa o al c.d. risparmio assicurativo¹. Essi, pur chiari nelle loro finalità, presentano due significativi limiti, il primo soggettivo l'altro territoriale.

Per un verso le autorità di controllo e di regolazione del mercato finanziario hanno poteri nei confronti di categorie di soggetti — imprese e perone fisiche — ben individuate e rientranti in tipologie normativamente definite. Nel momento in cui si presentano soggetti nuovi si pone il problema della applicabilità ad essi delle stesse regole.

L'altro problema è legato alla — da tutti rimarcata — transnazionalità delle reti telematiche con conseguente attenuazione o addirittura scomparsa dei poteri di controllo propri del diritto nazionale.

Ne deriva una diffusamente sentita esigenza di interventi più generali con l'obiettivo di evitare anomali funzionamenti dei mercati fi-

¹ Sul punto v. G. ALPA, *Servizi finanziari e tutela del consumatore*, in *Dir. econ. terz.*, 2000, 241; M. STELLA RICHTER, *Prime osservazioni su intermediazione finanziaria ed Internet*, in questa *Rivista* 2000, 435; M. DE LORENZO-S. FABRIZIO, *Le recenti evoluzioni della disciplina sullo svolgimento dei servizi di intermediazione*

finanziaria on-line tramite Internet: una prima analisi, *ivi*, 1999, 473; P. SAMMARCO, *Promozione e negoziazione dei prodotti finanziari tramite Internet*, *ivi* 1999, 1067; F. BRAVO, *Il collocamento dei prodotti assicurativi tramite Internet*, Milano, 2001. In tali lavori sono indicati ulteriori e specifici contributi in materia.

nanziari e di assicurare la fiducia e la trasparenza in essi, in particolare per quanto riguarda gli utenti individuali che adesso vi possono accedere — e vi accedono — senza l'assistenza di intermediari².

2. IL QUADRO NORMATIVO.

Le problematiche sopra evidenziate sono alla base di una nuova iniziativa dell'Unione Europea sulla prestazione di servizi finanziari ai consumatori, che è sfociata in una proposta di Direttiva dal titolo « Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio concernente la vendita a distanza di servizi finanziari ai consumatori che modifica le direttive 97/7/CE e 98/27/CE ». Su tale intitolazione si tornerà più avanti: conviene però preliminarmente individuare il contesto normativo nel quale la proposta si inserisce.

Attualmente le attività negoziali su Internet hanno due punti di riferimento comunitario: la Direttiva 7/97/CE del 20 maggio 1997 riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza e la Direttiva 31/00/CE dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione³. In particolare il commercio elettronico, nel mercato interno³. Si sono indagate altrove le — non sempre nitide — intersezioni fra le due direttive⁴. Quel che preme evidenziare subito è che la Direttiva 7/97 espressamente (art. 3, comma 1) non si applica ai « servizi finanziari » di cui fornisce, in allegato, un lungo elenco che comprende i servizi d'investimento, le operazioni di assicurazione e riassicurazione, i servizi bancari, le operazioni riguardanti fondi pensione, le operazioni a termine o di opzione. Tale esclusione fa ritenere che per tali servizi, ancorché prestati da un « professionista » ad un « consumatore », siano disciplinati, attualmente, dalla generale Direttiva 31/00 sul commercio elettronico.

E, come si vedrà, la proposta di Direttiva, se approvata, non costituirebbe una semplice estensione della Direttiva 7/97 ma verrebbe ad occupare un terreno intermedio fra questa e quella 31/00.

A completare il quadro normativo conviene poi rammentare la Direttiva 46/95/CE sul trattamento dei dati personali e la proposta di sua modifica per adattarla alle comunicazioni elettroniche. Tali disposizioni interessano particolarmente le operazioni on-line dei consumatori ai quali, in quanto persone fisiche, si applicano tutte le disposizioni sulla tutela della *privacy* informatica. Esse compor-

² Esigenze chiaramente messe in luce da G. ALPA, *Decreto Eurosim: la tutela dei consumatori*, in *Società* 1996, I, 1062.

³ Su quest'ultima v. G. COMANDÈ-S. SICA, *Il commercio elettronico*, Torino 2001, in part. p. 37 ss.; nonché E. TOSI, *I proble-*

*mi giuridici di Internet*², Milano 2001, p. 11 ss.

⁴ Sia consentito il rinvio a *La tutela del consumatore nel commercio elettronico*, in questa *Rivista* 2000, 447.

tano oneri di vario genere che rileveranno nelle diverse fasi prodromiche e di formazione della prestazione di servizi finanziari.

3. ALCUNI PROBLEMI LINGUISTICI.

La proposta di direttiva ha come titolo « la vendita a distanza di servizi finanziari ai consumatori ».

Non v'è bisogno di essere fini giuristi per rendersi conto della sua improprietà linguistica. La prestazione di servizi finanziari potrà essere fatta rientrare in diversi schemi giuridici, ma non certamente in quello della vendita che presuppone, nella sua tipologia, il trasferimento della proprietà o di altro diritto.

I « servizi finanziari » — nella loro vasta configurazione — non vengono in alcun modo « trasferiti », vengono semplicemente « prestati » come avviene, d'altronde, per tutti i servizi. E nemmeno possono configurarsi in una forma mista, come avviene quando ad un *facere* si associa un *dare* (tipicamente, al ristorante vi è la prestazione di servizi — dal coperto alla cucina, all'ovvio servizio — ma anche la dazione di cibi e bevande che vengono fatti propri dal contraente).

Non si può « vendere » un « servizio finanziario » più di quanto non si possa « vendere » la prestazione del parrucchiere o la consulenza del medico, il trasporto su una nave, la locazione di una casa, il deposito in un magazzino e via scorrendo. Né varrebbe sostenere che saremmo di fronte alla « vendita » di un diritto (dunque rientrate nel tipo di cui all'art. 1470 c.c.), perché in primo luogo una prestazione non è un « diritto » (si ha diritto *alla* prestazione), in secondo luogo perché, nel caso dei servizi finanziari, i diritti in capo al fruitore sorgono *a seguito* della prestazione.

Si potrebbe pensare che siamo di fronte ad una circolazione di modelli giuridici, agevolata da una letterale traduzione di terminologie straniere. Ma invano si cerca un riscontro della tesi: il testo inglese parla di « *distance marketing of financial services* », quello tedesco di « *Fernabsatz von Finanzdienstleistungen* », quello francese di « *commercialisation à distance de services financiers* »; quello spagnolo di « *commercialization a distancia de servicios financieros* ».

Che si tratti d'una evidente sciatteria del servizio traduzioni della Comunità è confermato dalla semplice lettura del testo che parla ripetutamente (v. i considerando 2, 5, 7) di « commercializzazione a distanza », anche se poi torna a parlare di « vendita a distanza » (art. 1, lett a).

Perché diffondersi tanto su un problema di traduzione⁵? Per tre ragioni:

⁵ Si rinvia sul punto alle osservazioni più ampie svolte in *Il modo di formazione*

della legislazione europea di diritto privato: un laboratorio comparatistico, in R.

La prima è che da taluno autorevolmente si è sostenuto che si tratterebbe di un non-problema ovvero addirittura di un fatto positivo. Sul che sia consentito dissentire osservando che il diritto si regge, in maniera considerevole, su convenzioni linguistiche, infrangendo le quali — senza adeguate ragioni — si crea soltanto incertezza e confusione.

La seconda, conseguente, ragione è che l'esperienza insegna come errori di traduzione diano la stura ad intermediabili elucubrazioni le quali cercano di raddrizzare gli strafalcioni del legislatore anziché ricorrere ad un semplice *errata corrige* sulla Gazzetta Ufficiale. Ne sappiamo qualcosa a riguardo della vicenda del « malgrado la buona fede » (art. 1469 *bis* c.c.) traduzione manifestamente errata di « *en dépit de l'exigence de bonne foi* », ovvero di « *entgegen dem Gebot von Treu und Glauben* ».

In quel caso l'errore del traduttore è stato addirittura fatto proprio dal legislatore nazionale.

La terza, e più importante, ragione è che, come ha messo in luce la migliore dottrina comparatistica, l'attività di traduzione costituisce una importantissima operazione di circolazione di concetti e di modelli e per questo richiede competenza e grande attenzione. E mentre sono sicuramente legittime « importazioni » consapevoli, sono deleterie quelle fondate sull'ignoranza o, peggio, sull'indifferenza: come nell'uso ormai invalso di chiamare le operazioni economiche « transazioni », le clausole « abusive » (anziché vessatorie), le imprese « professionisti » e via scorrendo. Il che oltretutto, denota uno spaventoso impoverimento linguistico e l'incapacità di soffermarsi un attimo per cercare di trovare l'equivalente in un vocabolario sicuramente ricco qual è quello della lingua italiana.

Si constata qui un significativo iato fra dottrina giuridica — ampia, sapiente ma spesso auto-referenziale — e ceto politico-burocratico, al quale è attribuita o viene demandata l'attività di legiferazione e che parlano spesso due lingue (giuridiche) diverse.

Esso è particolarmente vistoso nelle attività di normazione delegata, come avviene di solito per il recepimento delle direttive comunitarie, dalle quali sono stati tratti gli esempi appena fatti.

Tornando dunque al titolo della proposta di direttiva sui servizi finanziari, c'è solo da sperare che qualcuno in sede comunitaria o diplomatica intervenga per apportare quella semplice correzione (*dele* « vendita », *adde* « commercializzazione » o meglio ancora « prestazione ») che eviterà infiniti equivoci e discussioni.

4. OBIETTIVI DELLA DISCIPLINA COMUNITARIA.

Un ventennio di normativa comunitaria di diritto privato consente di affermare con ragionevole sicurezza che il criterio più affidabile di interpretazione non è quello logico-formale o quello logico-sistematico, bensì uno che potremmo definire economico-teologico. È la dimensione economica che governa ed indirizza gli atti della Comunità ed essi si comprendono inquadrandoli negli obiettivi di politica economica perseguiti. Questi ultimi vengono solitamente esplicitati nei « considerando » iniziali i quali, pur estranei alla nostra tradizione legislativa, progressivamente vi si stanno radicando, come è facile constatare leggendo gli atti delle autorità che hanno più diretto contatto con il governo dell'economia, le c.d. autorità amministrative indipendenti.

D'altra parte i « considerando » — pur non scevri da aspetti problematici — appaiono coerenti con il generale impianto della Comunità, la quale nasce — è bene sempre ricordarlo — come organismo sovranazionale deputato alla concorde regolazione dell'economia (o di alcuni suoi importanti aspetti) degli Stati membri. Ed il trasferimento di competenze da questi ultimi alla Comunità si giustifica solo (o quasi esclusivamente) in chiave economica.

Anche qui lo schema del giurista formalista e neo-positivista appare turbato da elementi che appaiono estranei alla sua visione tradizionale: la *mens legis* o *legislatoris* interessano più lo storico e comunque costituiscono un criterio solo sussidiario di interpretazione. Possono spiegare il senso di una norma, ma non costituiscono l'impronta, la « personalità » della legge. Quanto poi al fenomeno economico è ancora assai diffuso il convincimento — connotato di egocentrismo — che esso costituisce un *posterius* rispetto alla regola giuridica.

Ovviamente le cose non stanno così: è solo nella patologia che il diritto tiene in vita i fenomeni economici; in un sistema sano l'economia promuove nuove attività le quali poi vanno alla ricerca di regole giuridiche.

Il ruolo dei « considerando » assume poi una importanza notevole nelle occasioni di conflitto sulle norme comunitarie portate avanti alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee e le cui decisioni sono coerenti con una lettura economico-fattuale della fattispecie.

Tutto ciò ovviamente non significa che l'uso dei « considerando » si sottragga a critiche: in taluni casi essi assumono una dimensione elefantiaca (ad esempio nella Direttiva sul commercio elettronico sono ben 65!). Altre volte esse anziché « spiegare » l'articolato fanno sorgere fondati dubbi sulla compatibilità fra i due testi ed adombrando una neanche tanto nascosta contrattazione fra i vari interessi che raggiungono un compromesso attraverso sfumature o attenuazioni dell'articolato inserite nei considerando.

Ancora, si avverte la non colmata (e forse incolmabile) diversità fra formulazione legislativa continentale (proposizioni generali ed astratte cui seguono corollari ed eccezioni) e metodo inglese basato sulla analitica previsione delle fattispecie e la rigida predeterminazione dei termini utilizzati, sì da ridurre al massimo la discrezionalità dell'interprete. I « considerando » svolgono dunque anche questa funzione di mediazione fra *civil law* e *common law*, agevolando la trasposizione in quest'ultimo ordinamento, ma ponendo speculari difficoltà nel primo.

Ne costituisce esempio palese il 7° considerando ove si riconosce « la necessità di rafforzare la protezione dei consumatori in questo settore ». I dubbi sorgono in ordine alla nozione di « rafforzare » giacché essa è in funzione del regime pre-esistente. Ove si consideri che la Direttiva 7/97 escludeva espressamente dal proprio ambito i servizi finanziari, il raffronto deve essere effettuato — in ambito comunitario — con la Direttiva 31/00.

In ambito nazionale, tuttavia, non è affatto detto che la proposta sia concretamente migliorativa di quella già esistente, sia pure spesso di rango sub-legislativo.

Il rilievo non è marginale ove accostato all'enunciato del 9° considerando secondo cui « gli Stati membri non possono prevedere disposizioni diverse da quelle stabilite dalla presente direttiva ». Vi sarebbe dunque una deviazione da quel principio — contenuto in numerose altre Direttive — in base al quale gli Stati membri avrebbero potuto introdurre o conservare discipline migliorative per il consumatore.

Si constaterà, poi, che la direttiva proposta in realtà introduce un sistema *sui generis* che si allontana, in alcuni punti, assai sensibilmente dal tradizionale regime dei contratti con i consumatori.

5. LA NOZIONE DI « SERVIZI FINANZIARI ».

L'art. 2, lett b) della proposta qualifica come « servizio finanziario » « qualunque servizio bancario, assicurativo, d'investimento e di pagamento ». Si tratta di una definizione vastissima che non viene precisata da elenchi allegati.

Nella Direttiva 7/97 per chiarire quali fossero i contratti esclusi si era provveduto a redigere un allegato che conteneva le specificazioni che si sono dianzi riportate⁶. Viene subito da chiedersi se esso sia utilizzabile *a contrario* per individuare i servizi compresi. La risposta è estremamente importante, come si vedrà

⁶ Sul punto v. M. ATELLI (a cura di), *Commentario al D. Lgs. 185/99*, Napoli 2001.

subito: la Direttiva 7/97 indicava come fonti di esclusione dei servizi assicurativi numerose operazioni di assicurazione « di cui all'art. 1 della direttiva 73/239/CEE; all'allegato della direttiva 79/239/CEE; alla direttiva 64/225/CEE; alle direttive 92/49/CEE e 92/96/CEE ». L'allegato alla Direttiva 239/73, richiamato dal suo art. 1, sembra coprire tutti i possibili rami e dunque ogni sorta di contratto di assicurazione.

Se però così non fosse si potrebbe anche opinare ed argomentare che l'assicurazione per la responsabilità civile automobilistica — peraltro uno dei settori nei quali la contrattazione on-line sta prendendo sempre più piede — sia esclusa dalla divisata direttiva in considerazione della sua natura non « finanziaria ».

Se, infatti, associamo il termine « finanziario » a quello « risparmiatore » ci rendiamo facilmente conto che taluni contratti di assicurazione svolgono funzioni analoghe alle tradizionali forme di investimento (si pensi alle svariate forme del c.d. risparmio assicurativo).

Ma l'assicurazione contro i danni ha finalità assai diverse, in particolare in quei casi (e sono molti, oltre alla r.c.a.) in cui la legge impone ad un soggetto di munirsi di copertura assicurativa.

Per quale motivo dunque fissare una disciplina uniforme?

Se per i servizi assicurativi disponiamo almeno di una traccia definitiva contenuta in altra direttiva, nessun spunto ci viene offerto sulla nozione di « servizio di pagamento ». Ove si consideri che quasi ogni operazione economica implica un pagamento e che le reti telematiche prestano abitualmente ed in numero impressionante di servizi con tali finalità, sorgono numerosi interrogativi.

Il pagamento con la carta di credito rientra nella propugnata direttiva? Ed il pagamento con carte di debito? Il bonifico effettuato tramite home-banking?

Se così fosse è facile immaginare le conseguenze in ordine pratico, e le interferenze con altre norme consumeristiche.

Taluni dubbi sembrerebbero fugati dall'art. 1 lett. b) della proposta direttiva secondo cui « per i contratti riguardanti servizi finanziari ad esecuzione continuata o che comportano distinti atti di esecuzione differita » si considera unicamente il primo atto di esecuzione.

E tuttavia la tranquillità la si potrà ottenere solo analizzando servizio per servizio. Va infatti osservato che i servizi di pagamento telematici⁷ comportano generalmente atti giuridici plurilaterali in cui il pagatore ha un rapporto di provvista con un sog-

⁷ Sul punto v. ampiamente E. GIAN-
NANTONIO, *Manuale di diritto dell'informa-
tica*², Padova 1997, p. 269 ss.; nonché G.
COMANDÈ-S. SICA, *Il commercio elettronico*,
Torino 2001, p. 119 ss.; G. FINOCCHIARO, *Il
problema dei mezzi di pagamento*, in E.
TOSI, *I problemi giuridici di Internet*², Mi-

lano 2001, p. 147 ss.; O. TROIANO, *I servizi
elettronici di pagamento*, Milano 1996; X.
THUNIS, *Responsabilité du banquier et
automatisation des paiements*, Namur
1996; V. ZAMBRANO, *Trasferimento elettro-
nico di fondi: una nuova modalità di
adempimento?* Salerno 1997.

getto diverso dal pagato; si tratta dunque di comprendere se quest'ultimo, che attiva concretamente il servizio di pagamento (cioè consente che lo si paghi attraverso debito/accredito elettronico), sia tenuto al rispetto della Direttiva.

Perplessità simili sorgono con riferimento alla nozione di « servizio bancario », di cui sono chiari i contorni tradizionali, ma che possono includere figure la cui ricomprensione nell'ambito della direttiva non appare giustificata: si pensi ad esempio al servizio di cassette di sicurezza.

La proposta di direttiva si indirizza non soltanto ai soggetti che istituzionalmente prestano servizi bancari, d'investimento, assicurativi e di pagamento, ma anche agli eventuali intermediari di cui essi si avvalgono. In tal senso si esprime tanto la definizione di « fornitore » (art. 2, lett. c)) che il 15° considerando.

L'espressione « intermediario » pare doversi interpretare in senso lato, al fine di evitare che procedure — assai frequenti nel settore delle comunicazioni elettroniche — di frammentazione delle varie fasi privino l'utente della protezione che si vuole accordargli.

6. GLI OBBLIGHI DI INFORMAZIONE.

Dal punto di vista contenutistico la proposta di direttiva articola una serie di previsioni ricorrenti nella normativa consumeristica ma che questa volta sono formulate in maniera diversa. Esse sono schematicamente:

- gli obblighi di informazione
- il diritto di recesso
- il pagamento dei servizi
- i servizi non richiesti
- la competenza e l'onere della prova

Essa inoltre contiene norme di carattere procedurale per il caso di controversie.

Gli elementi informativi richiesti dall'art. 3 sono, ovviamente, adattati alle diverse tipologie di servizio, il che spiega la molteplicità di eccezioni settoriali.

Più che soffermarsi sul dettaglio, conviene evidenziare che l'articolo in questione inizia con le parole « In tempo utile prima della stipula del contratto ». Il significato dell'espressione « tempo utile » è esplicitato dal 16° considerando secondo cui « *il consumatore deve ricevere, prima della conclusione di un contratto, le informazioni preliminari necessarie al fine di poter valutare opportunamente il servizio finanziario propostogli e quindi di scegliere con cognizione di causa* ».

Sembra dunque necessario che al « consumatore » venga concesso un adeguato *spatium deliberandi*. Il che, ovviamente, crea non pochi problemi con la tecnologia informatica che mira a rendere più veloci tutte le operazioni, anche quelle economico-giuridi-

che. In concreto viene da chiedersi se il requisito del « tempo utile » sia soddisfatto qualora le informazioni indicate dall'art. 3 vengono fornite immediatamente prima al conclusione del contratto, ovvero se vi sia bisogno di un ben più congruo margine di tempo. A tal proposito si possono fare alcune osservazioni: la maggiore durata del collegamento on-line generalmente si traduce in maggiori costi di telecomunicazioni per l'utente e potrebbe avere una forte efficacia dissuasiva. Peraltro mentre con riguardo alla generalità dei contratti a distanza con i consumatori l'eventuale carenza o insufficienza di informazioni al momento della conclusione è bilanciata dall'esistenza del diritto di recesso, che sostituisce — si perdoni il bisticcio di parole — al « pensiero » anticipato, il « ripensamento » successivo.

Nei contratti di servizi finanziari — tuttavia — tale diritto di recesso talvolta non è accordato e dunque la fase preliminare assume una importanza ancora maggiore.

L'articolo sugli obblighi di informazione affronta anche due questioni relative alla loro forma. Il secondo comma richiede un « modo chiaro e comprensibile tramite qualunque mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza utilizzata » richiamando i « principi di lealtà » nelle operazioni commerciali.

Si tratta di una disposizione riproduttiva di quanto già previsto all'art. 4, comma 2, della Direttiva sui contratti a distanza.

Parimenti iterativa è la disposizione sulla « protezione delle persone in condizione di incapacità giuridica secondo la loro legislazione nazionale, quali i minori ». La identificazione del soggetto contraente su una rete telematica costituisce uno dei principali problemi della sicurezza delle operazioni commerciali. Solitamente, ed in attesa dell'introduzione di strumenti tecnologicamente più sofisticati, essa viene accertata attraverso la comunicazione dei dati identificativi contenuti sulla carta di credito. Essi, peraltro, servono essenzialmente a dimostrare la solvibilità del soggetto e, indirettamente, la sua identità.

Con riguardo ai servizi finanziari occorre osservare che, fatte salve le ipotesi di sottrazione abusiva della carta, le ipotesi in cui dover invocare l'art. 3, comma 2, appaiono marginali. Tali servizi infatti non sono particolarmente « appetibili », non danno soddisfazioni immediate (come avviene invece per l'acquisto di prodotti di consumo) e non potrebbero, comunque, che essere prestati a favore del titolare di una carta di credito.

Di nuovo confermativo di un principio già contenuto nella Direttiva 7/97 è quello dell'obbligo di comunicazione delle condizioni contrattuali « su un supporto cartaceo o su altro supporto durevole » (art. 3-*bis*). La proposta di direttiva aggiunge tuttavia — e si tratta di un utile chiarimento — la definizione di « supporto durevole » (art. 1, lett. f)) individuandolo anche « nel disco fisso del computer del consumatore che tiene in memoria messaggi di posta elettronica ».

7. IL DIRITTO DI RECESSO.

Sono due i punti più innovativi — rispetto alla generale disciplina consumeristica — della proposta di direttiva. Il primo riguarda il c.d. diritto di recesso: questo è divenuto uno dei tratti più caratteristici del sistema comunitario che, deviando dal generale principio *pacta sunt servanda*, consente generalmente al consumatore di sciogliersi unilateralmente, entro un determinato termine, da un contratto che, applicando le regole comuni del diritto civile, potrebbe essere risolto solo con il mutuo consenso delle parti. Va aggiunto che la regola, contenuta in molte direttive (contratti conclusi fuori dai locali commerciali, assicurazioni sulla vita, multiproprietà, contratti a distanza) è completata da altre ipotesi, sempre unilaterali, di risoluzione del contratto (credito al consumo, viaggi tutto compreso).

Nella proposta di direttiva sui servizi finanziari il principio viene modificato e, in numerosi casi, escluso o ristretto.

L'art. 4 necessita di una dettagliata analisi:

a) Il termine per il recesso viene indicato in un tempo variabile fra i 14 ed i 30 giorni (nella Direttiva 7/97 è di sette giorni lavorativi). Il termine decorre, variamente, da quando le informazioni di cui all'art. 3 sono state fornite al consumatore.

b) Il diritto di recesso, tuttavia non si applica ad un consistente elenco di contratti (commi 1-bis e 1-ter) quali le operazioni di cambio, gli strumenti del mercato monetario, i titoli negoziabili, i fondi comuni, contratti a termine, assicurazioni non vita inferiori a 2 mesi, contratti la cui esecuzione è conclusa prima che il consumatore eserciti il diritto di recesso, credito immobiliare. L'esclusione si giustifica in relazione alle particolarità di tali contratti che implicano in genere ulteriori contratti con terzi non suscettibili di essere modificati.

c) L'art. 4 comma 2 prevede una particolare ipotesi di « rescissione » (ma sembra più corretto usare l'espressione « risoluzione ») « quando il consumatore è stato incitato in modo sleale dal fornitore a stipulare un contratto ». La proposta non chiarisce cosa si intenda per « incitato in maniera sleale », limitandosi ad escludere che il fatto sia integrato quando « il fornitore comunichi al consumatore informazioni oggettive relative a variazioni del prezzo ». Cercando di applicare il principio alla realtà dei servizi oggetto di futura disciplina, si possono immaginare i casi in cui vengono promessi al consumatore interessi particolarmente attraenti, ovvero rendimenti elevati, o vantaggi di altro genere che poi si rivelano fallaci. Il problema che immediatamente si pone è quello del rapporto che viene a crearsi fra comunicazione promo-pubblicitaria (ingannevole) e testo del contratto (presumibilmente irto di clausole ed eccezioni che, nella sostanza, vanificano la promessa che ha attratto il consumatore).

Ancorché la proposta di direttiva non contenga una disposizione analoga a quella delle direttive sui viaggi tutto compreso e sulle garanzie nella vendita, che integrano nel regolamento contrattuale, e rendono prevalenti, le comunicazioni pubblicitarie, deve ritenersi che la nozione di « slealtà » comprenda anche tali ipotesi, formalmente inesprese. Ad esse possono aggiungersi, sempre in via di ipotesi, quei casi in cui il consumatore venga indotto alla conclusione di un contratto di servizi finanziari, sulla scia di un contratto, principale, con il fornitore il quale approfitta della condizione di « prigioniero » del cliente.

È il caso di segnalare però una notevole differenza: mentre le direttive sui viaggi tutto compreso e sulle garanzie nella vendita attribuiscono alle affermazioni promo-pubblicitarie dell'impresa una funzione integrativa (e dunque di conservazione del contratto), nella proposta di direttiva esse hanno invece effetti risolutivi. Ancora va messo in luce che il nuovo caso di risoluzione opera senza limiti di tempo, e dunque in qualunque momento di vigenza del contratto.

8. RECESSO E PAGAMENTO DEL SERVIZIO: CORRISPETTIVO, PENALE O CAPARRA?

L'art. 4, primo comma, come s'è visto, prevede — in linea con tutti i precedenti — che il consumatore possa recedere « senza penali e senza doverne indicare il motivo ».

Tale enunciazione, tuttavia, rischia di collidere con la disposizione contenuta nell'art. 5 che, logicamente, si articola in questo modo:

i. l'esecuzione del contratto, prima del termine per il ripensamento, è consentita solo se il consumatore vi abbia acconsentito esplicitamente;

ii. tale consenso non fa venire meno il diritto di recesso (salvo che, *ex art. 4, comma 1-bis, lett. d*), la prestazione sia stata interamente eseguita), ma se lo esercita è tenuto a pagare:

— o « un importo forfettario corrispondente al prezzo del servizio finanziario effettivamente prestato »

— o « un importo che consenta al consumatore di calcolare il prezzo da pagare commisurato al periodo » in cui la prestazione è stata fornita.

A parte la scarsa chiarezza lessicale della seconda ipotesi, la previsione pone una serie di questioni, quantomeno nel nostro ordinamento.

All'apparenza siamo di fronte alla determinazione di un corrispettivo parziale, frazionato per il termine di fruizione del servizio finanziario.

Ovviamente nulla impedisce alle parti di pattuire — in qualsiasi contratto — clausole a contenuto analogo, che nella prassi trovano ampia applicazione nella somministrazione. Tuttavia in quest'ul-

tima solitamente la prestazione ha per oggetto beni o servizi misurati a quantità (acqua, energia elettrica, « scatti » telefonici ecc.).

Nel nostro caso, la varietà dei servizi finanziari non rende trasponibile *sic et simpliciter* il ragionamento giuridico-economico. Si pensi ad esempio ad una copertura assicurativa di 60 giorni, ovvero all'apertura di un conto corrente di pari durata. In altre parole la proposta chiede che si renda frazionabile un servizio che nella realtà economica solitamente non lo è, o comunque non si misura sulla base di fattori temporali così brevi.

Tale constatazione rende meno agevole la qualificazione dell'importo da pagare come semplice corrispettivo.

Ancorché espressamente l'art. 5, comma 1, affermi che esso « non può essere tale da poter costituire una penale », sembra che si tratti di una formula utilizzata per esorcizzare un istituto notoriamente ripudiato in ambiente di *common law*.

Ove poi si consideri che solitamente il consumatore avrà già pagato parte o tutto il corrispettivo del servizio all'atto della stipula, e dunque occorrerà disciplinare pattiziamente il diritto di ritenzione dell'« importo forfetario » o di quell'altro importo determinato su base temporale, potrebbe anche ipotizzarsi l'esistenza di una caparra penitenziale a carico del consumatore.

In ogni caso, al di là delle qualificazioni e senza in alcun modo attizzare dispute (tutto sommato improduttive) che abbiamo già visto con riguardo all'istituto del « recesso », quel che giova rilevare è che la proposta va incontro ad una diffusa prassi del settore di rendere oneroso lo scioglimento dal contratto da parte del consumatore ed esclude che essa possa in qualche modo considerarsi vessatoria (ai sensi dell'art. 1469-bis, c.c., comma 3, n. 5) perché riproduttiva di disposizione di legge (art. 1469-ter, comma 3).

9. LE COMUNICAZIONI NON RICHIESTE.

L'art. 10 della proposta disciplina le comunicazioni a distanza non richieste, stabilendo che esse non sono ammesse, senza il previo consenso del consumatore.

Tuttavia la formulazione dell'art. 10 contiene una vistosa lacuna e presenta quindi delle incongruenze. Esso infatti si riferisce solo ai dispositivi automatici di chiamata e al fax, mentre ignora del tutto il reale motore del sistema che è rappresentato da Internet. L'omissione non è frutto del caso, ma riflette le divergenze di opinioni emerse con evidenza in occasione del dibattito, anche in Parlamento Europeo, sulla proposta di direttiva sulla tutela della riservatezza nelle comunicazioni elettroniche⁸. Da un lato si è so-

⁸ Si tratta della proposta n. 385/00.

stenuto che fosse da adottarsi un meccanismo di c.d. *opt-in*, in base al quale le comunicazioni commerciali non richieste possono essere inviate solo ai soggetti che si siano iscritti in un apposito, e pubblico, registro. Dall'altro, e al contrario, si è proposto un meccanismo di c.d. *opt-out*: le comunicazioni possono essere inviate a tutti tranne a quelli che si siano iscritti in un registro.

Il silenzio della proposta tradisce l'imbarazzo, ma, a questo punto, costringe l'interprete a rivolgersi altrove per individuare una disciplina: la direttiva 7/97 che contiene all'art. 9 e 10 una disciplina complessiva non si applica espressamente ai servizi finanziari.

Deve dunque applicarsi l'art. 7 della Direttiva sul commercio elettronico, che prevede un sistema di *opt-out*? Oppure dovranno richiamarsi le disposizioni della Direttiva 46/95 sul trattamento dei dati personali che richiede implicitamente il consenso dell'interessato per l'invio di messaggi di posta elettronica non richiesti?

10. DIRITTO APPLICABILE E REGOLE PROCESSUALI.

Ulteriori novità sono contenute nella proposta con riguardo al diritto sostanziale applicabile e al foro competente⁹.

L'art. 11 ammette — e si tratta di un'inevitabile conseguenza della portata uniformante delle direttive — che i servizi finanziari possano essere disciplinati da un diritto sostanziale diverso da quello del paese ove risiede il consumatore.

Aggiungendo la consueta cautela della « tutela equivalente », qualora il consumatore risieda in uno Stato membro ed il contratto « presenti uno stretto collegamento con la Comunità » (art. 11, comma 3).

La divergenza si manifesta con riguardo alla giurisdizione ammettendosi, contrariamente alle generale impostazione consumeristica, che il fornitore possa indicare un foro competente diverso da quello di residenza del consumatore (arg. ex art. 3, comma 1, lett. n)).

Altre modalità, questa volta a favore del consumatore, sono introdotte dall'art. 13 il quale espressamente pone a carico del fornitore l'onere di provare il rispetto degli obblighi di informazione e l'eventuale consenso all'esecuzione del contratto, e qualifica di conseguenza come vessatoria la clausola che inverte tale *onus probandi*.

⁹ Si rinvia, per una disamina più specialistica degli aspetti processuali a V. VIGORITI, *E-commerce e tutela giurisdizionale*, retro p. 667; e per quelli internazionali

privatistici P. CERINA, *Il problema della legge applicabile e della giurisdizione*, in E. TOSI, *I problemi giuridici di Internet*², Milano 2001, p. 409 ss.

11. CONCLUSIONI.

La proposta di direttiva sui servizi finanziari, se approvata, segnerà una nuova tappa nel diritto privato europeo sia per l'importanza e l'ampiezza del settore regolamentato sia per la particolarità di alcune disposizioni.

Essa, oltre a creare — inevitabili — problemi di trasposizione, richiederà un attento esame delle intersezioni con la restante normativa consumeristica, soprattutto in vista di una auspicata sistematizzazione in un unico *corpus* della molteplicità di atti esistenti.

Ma richiederà anche un confronto con il diritto comune dei contratti. Per un verso infatti molti dei « servizi finanziari » ricompresi nell'ambito della proposta conoscono una tipizzazione legislativa ed una penetrante disciplina pubblicistica. Per altro verso la stessa proposta rinvia al « le norme diritto civile degli Stati membri relative alla mancata esecuzione dei contratti » (art. 8), con una espressione assolutamente nuova nella pur ampia produzione comunitaria.

Si apre così il capitolo dei rapporti fra diritto privato generale e diritto dei consumatori, e sulla eventuale autonomia di quest'ultimo, nella ormai plurisecolare dialettica fra sistematicità e particolarismo.