

**Università
degli Studi
di Ferrara**

DOTTORATO DI RICERCA IN
“DIRITTO DELL’UNIONE EUROPEA E ORDINAMENTI NAZIONALI”

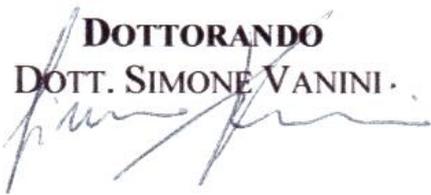
CICLO XXXII

COORDINATORE
PROF. GIOVANNI DE CRISTOFARO

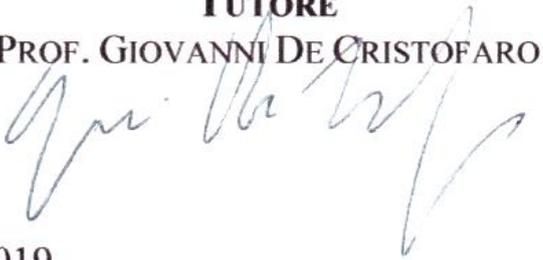
**SERVIZI DI PAGAMENTO E REGOLE
DI RESPONSABILITÀ NELLE OPERAZIONI
NON AUTORIZZATE ALLA LUCE DELLA
DIRETTIVA 2015/2366/UE**

SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE IUS/01

DOTTORANDO
DOTT. SIMONE VANINI.



TUTORE
PROF. GIOVANNI DE CRISTOFARO



AA.AA. 2016/2019

A Luca

*«[...] non senza cagione il denaro si stampa rotondo,
perché non istà fermo, e da una in altra mano,
poco meno che da se stesso, trascorre»*

(Daniello Bartoli, Opere religiose e morali, XIX, La povertà contenta, 1838)

– INDICE SOMMARIO –

Abstract della ricerca in lingua italiana e in lingua inglese.	» XI
Elenco degli acronimi più ricorrenti.	» XV

– CAPITOLO PRIMO –

DEFINIZIONE DELL’OGGETTO DELLA RICERCA. IL RUOLO DEL DIRITTO
DELL’UNIONE EUROPEA NELLA DISCIPLINA PRIVATISTICA DEI
SERVIZI DI PAGAMENTO AL DETTAGLIO

1. Introduzione. La disciplina privatistica della prestazione di servizi di pagamento nel mercato interno. La centralità delle direttive 2007/64/CE e 2015/2366/UE.	» 3
2. La rilevanza privatistica “riflessa” della normativa in materia di moneta elettronica;	» 8
3. (<i>Segue</i>) La disciplina dei conti di pagamento alla luce della direttiva 2014/92/UE.	» 12
4. L’oggetto della ricerca: le regole di attribuzione e ripartizione di responsabilità e i rimedi esperibili dall’utente-pagatore al ricorrere di operazioni di pagamento non autorizzate. Normativa eurounitaria e recepimento nell’ordinamento italiano.	» 16

– CAPITOLO SECONDO –

LA PRESTAZIONE DI SERVIZI DI PAGAMENTO DOPO
L’ATTUAZIONE IN ITALIA DELLA DIR. 2015/2366/UE:
SOGGETTI, ATTI E RAPPORTI COINVOLTI

1. Introduzione. Le innovazioni apportate dalla regolamentazione delle attività svolte dai cc.dd. <i>third-party providers</i>	» 26
2. I servizi di disposizione di ordine di pagamento.	» 29

2.1. La struttura dell'operazione di trasferimento di fondi effettuata per il tramite di un prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento. Sul concetto di «disposizione» di un ordine di pagamento;	» 37
2.2. (Segue) Una «gimkana normativa»: digressione (necessaria) sulla bipartizione fra operazioni di pagamento eseguite su iniziativa del pagatore e operazioni di pagamento eseguite su iniziativa del beneficiario.	» 43
2.2.1. Le operazioni di pagamento avviate su iniziativa del pagatore (<i>credit transfers</i>). In particolare: il bonifico ordinario SEPA. La recente introduzione del bonifico istantaneo: conseguenze giuridiche e prospettive per il mercato dei servizi di pagamento.	» 48
2.2.2. Le operazioni di pagamento avviate su iniziativa del beneficiario (<i>debit transfers</i>). Il quadro previgente: la procedura italiana relativa ai Rapporti Interbancari Diretti (RID) e il modello germanico del <i>Lastschrift</i>	» 56
2.2.3. (Segue) La definitiva migrazione verso la SEPA e il ruolo imprescindibile dell'autoregolamentazione di settore promossa dallo <i>European Payments Council</i>	» 62
2.2.4. (Segue) Gli schemi dell'addebito diretto SEPA «core» e dell'addebito diretto SEPA fra imprese. La posizione del pagatore consumatore o microimpresa che abbia subito un addebito in esecuzione di un servizio «B2B» e l'ipotesi di antinomia fra schema e contratto "individuale".	» 70
2.2.5. Struttura e varietà delle operazioni di trasferimento e di ritiro di fondi disposte mediante carte di pagamento: <i>tertium genus</i> ? I servizi <i>non card-based</i> e il principio di atipicità degli strumenti di pagamento (o di neutralità tecnologica).	» 87
2.3. Considerazioni conclusive sul servizio di disposizione di ordine di pagamento: ancora sul concetto di «disposizione». Il prestatore del servizio dispositivo come <i>nuncius</i> dell'utente e la polivalenza della nozione di «ordine di pagamento».	» 111
2.4. Proposta per una classificazione alternativa delle operazioni di pagamento: operazioni avviate e interamente gestite dal beneficiario, operazioni autenticate dal pagatore e operazioni interamente gestite dal pagatore.	» 116
3. I servizi di emissione di strumenti di pagamento basati su carta di cui all'art. 5-bis d.lgs. n. 11 del 2010. L'inammissibilità delle pratiche che comportano un eccesso di intermediazione.	» 120

4. I servizi che forniscono informazioni aggregate sui conti di pagamento.	» 132
5. Il contratto di prestazione di servizi di pagamento quale contratto tipico a oggetto eterogeneo. Il principio di neutralità dell'intermediazione nei pagamenti e la natura meramente materiale dell'attività dedotta in obbligazione.	» 135

– CAPITOLO TERZO –

AUTORIZZAZIONE E CONSENSO NELLE OPERAZIONI ELETTRONICHE
DI TRASFERIMENTO DI FONDI

1. Introduzione. L'essenziale individuazione del discrimine fra «operazione di pagamento autorizzata» e «operazione di pagamento non autorizzata».	» 150
2. L'ampliamento dell'ambito di applicazione della disciplina sui servizi di pagamento nel mercato interno ad opera della PSD2. La tendenziale irrilevanza della valuta e le regole applicabili alle operazioni che coinvolgono almeno un prestatore di servizi di pagamento stabilito all'interno dell'Unione europea. Considerazioni critiche e proposte ricostruttive;	» 151
3. (<i>Segue</i>) La rimodulazione delle fattispecie escluse: agenti commerciali, strumenti di pagamento a spendibilità limitata, fornitori di servizi di comunicazione elettronica e ATM indipendenti.	» 162
4. I diversi margini di derogabilità della disciplina sui diritti e gli obblighi delle parti sulla base della qualifica soggettiva dell'utente di servizi di pagamento: clienti-consumatori, microimprese e professionisti diversi dalle microimprese. Ridimensionamento del problema relativo alla disciplina applicabile in ipotesi di uso promiscuo del servizio di pagamento.	» 165
5. Consenso, autorizzazione, autenticazione: fra indeterminatezza semantica e portata normativa dei presupposti. L'impostazione del problema.	» 175
6. Negozio ordinatorio e negozio autorizzativo (in senso tecnico) al vaglio delle procedure elettroniche di pagamento: a) le operazioni di <i>credit transfer</i> , con particolare riferimento alle operazioni di bonifico. Critica alla tesi che nega la natura negoziale dell'ordine di pagamento (e dell'autorizzazione);	» 181
7. (<i>Segue</i>) b) le operazioni di <i>debit transfer</i> : fra salvaguardia dell'interesse del pagatore alla legittimità dell'addebito e tutela della legittima pretesa del beneficiario alla riscossione.	» 188

7.1. La prestazione del consenso del pagatore «tramite il beneficiario» nelle procedure di addebito diretto. Ovvero: <i>semper in obscuris quod minimum est sequimur</i>	» 190
7.1.1. La convezione con la quale pagatore-debitore e beneficiario-creditore scelgono l'addebito diretto come modalità di adempimento dell'obbligazione pecuniaria sottostante. Critica alla tesi che configura tale convezione alla stregua di un mandato <i>in rem propriam</i>	» 195
7.1.2. L'autorizzazione come negozio che attribuisce al beneficiario la facoltà di ordinare la riscossione nonché la legittimazione a disporre l'addebito sul conto del pagatore;	» 200
7.1.3. (<i>Segue</i>) Peculiarità delle ipotesi in cui manca il rapporto obbligatorio sottostante per coincidenza di pagatore e beneficiario o per nullità (o inefficacia) del titolo.	» 205
7.2. Le operazioni ordinate mediante carta di pagamento (o strumento analogo) e quelle ordinate attraverso un servizio di disposizione di ordine di pagamento.	» 206
8. Rilievi conclusivi e rinvii.	» 208

– CAPITOLO QUARTO –

DIRITTI DEL PAGATORE E REGOLE DI
«RESPONSABILITÀ» NELLE OPERAZIONI ELETTRONICHE
DI PAGAMENTO «NON AUTORIZZATE»

1. Premessa teorica e metodologica: fra «diritto primo» e «diritti secondi». Inoltre: la doverosa distinzione fra operazioni di pagamento non autorizzate <i>a causa dell'inadempimento del prestatore (e/o del pagatore)</i> e operazioni di pagamento non autorizzate <i>nonostante la diligente protezione del prestatore (e/o la diligente condotta del pagatore)</i>	» 211
2. L'inefficienza dei rimedi generali predisposti dal codice civile per reagire a un addebito non autorizzato: l'ordine di pagamento emesso sotto nome altrui (nei <i>credit transfers</i>). Il (debole) soccorso della tutela aquiliana;	» 215
3. (<i>Segue</i>) l'ordine di riscossione emesso in difetto di legittimazione (nei <i>debit transfers</i>).	» 226

4. La disciplina delle operazioni di pagamento non autorizzate nel d.lgs. n. 11 del 2010, così come modificato dal d.lgs. n. 218 del 2017: inquadramento generale. Ancora sulle criticità che derivano dalla mancata differenziazione fra i diversi servizi di pagamento. »	230
5. Gli oneri incombenti sul pagatore e i doveri in capo al prestatore in relazione agli strumenti di pagamento e alle credenziali di sicurezza personalizzate. Le particolari ipotesi degli strumenti emessi ma non richiesti e delle operazioni non autorizzate disposte con uno strumento in transito. »	236
5.1. L'autenticazione «forte» del cliente quale onere in capo al prestatore di servizi di pagamento del pagatore e la posizione del beneficiario che non la accetta. Le «misure di sicurezza» dettate dal reg. dlgs. (UE) n. 389/2018. »	243
6. La responsabilità del prestatore per le operazioni di pagamento non autorizzate. La tutela bifasica predisposta dall'art. 11 d.lgs. n. 11 del 2010. »	250
7. La «responsabilità» del pagatore per l'utilizzo non autorizzato di strumenti o servizi di pagamento. »	254
8. Rilievi conclusivi. »	256
Bibliografia. »	259

– ABSTRACT DELLA RICERCA –

Versione italiana

L'indagine ha ad oggetto la disciplina sui servizi di pagamento elettronici introdotta nell'ordinamento italiano in attuazione della dir. 2007/64/CE (PSD), da ultimo modificata in sede di recepimento della dir. 2015/2366/UE (PSD2), entrambe di piena armonizzazione. In particolare, la ricerca si propone di analizzare il regime speciale di responsabilità del prestatore di servizi di pagamento e del pagatore contenuto nel d.lgs. n. 11 del 2010, così come modificato e integrato dal d.lgs. n. 218 del 2017.

La struttura dell'elaborato è quadripartita. Il primo capitolo è volto principalmente a illustrare la rilevanza privatistica della disciplina contenuta nelle due direttive sui servizi di pagamento nel mercato interno. Le argomentazioni svolte hanno anche il ruolo di delineare l'articolato quadro delle fonti Ue e interne regolatrici della materia.

Il secondo capitolo ha ad oggetto lo studio delle diverse tipologie di servizi di pagamento, con particolare attenzione a quelli innovativi offerti dai *third-party providers*, ovverosia da quei fornitori di servizi di pagamento soggettivamente distinti dall'istituto di radicamento del conto dell'utente, e che, cionondimeno, hanno il diritto di accedervi per disporre un trasferimento di fondi o semplicemente per offrire all'utente delle informazioni aggregate sulla sua situazione finanziaria. Oggetto di specifica trattazione, poi, sono le differenti tipologie di operazioni di movimentazione di fondi, suddivise in *credit transfers* (quando sono disposte dal pagatore) e in *debit transfers* (quando sono disposte dal beneficiario). Il capitolo si conclude con una riflessione sul contratto di prestazione di servizi di pagamento, ivi qualificato come contratto tipico ad oggetto eteroge-

neo, e sulla neutralità dell'operazione di pagamento rispetto all'eventuale obbligazione sottostante.

Nel terzo capitolo, dopo aver definito l'ambito di applicazione materiale e territoriale della disciplina oggetto della ricerca, e dopo aver altresì analizzato i margini di derogabilità delle norme in essa contenute sulla base della qualifica soggettiva dell'utente (consumatore, microimpresa, professionista diverso dalla microimpresa), la trattazione è volta a marcare il sottile discrimine fra operazione di pagamento autorizzata e operazione di pagamento non autorizzata, il che costituisce il presupposto logico (prima ancora che giuridico) perché possa trovare applicazione la disciplina sulle operazioni eseguite senza il consenso del pagatore di cui agli artt. 11 e 12 d.lgs. n. 11 del 2010.

L'ultimo capitolo dell'elaborato si apre con lo studio dei rimedi di diritto comune esperibili al ricorrere di un'operazione non autorizzata. Ciò, in primo luogo, è finalizzato a dimostrare l'inefficienza di detti rimedi *in subiecta materia*, e, in secondo luogo, ha la funzione di individuare il contesto con cui deve inevitabilmente dialogare la disciplina speciale. Quest'ultima reca regole particolarmente favorevoli all'utente che abbia subito perdite in conseguenza della sottrazione abusiva di fondi. In particolare, anche quando siano stati adottati dall'istituto tutti gli accorgimenti necessari per proteggere il cliente, e anche laddove un'operazione (non autorizzata) sia stata disposta da una terza parte (ed esempio, un prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento) è comunque dovere del prestatore di radicamento del conto rimborsare il pagatore delle somme perdute.

English version

The investigation concerns the rules on electronic payment services introduced in Italian law in implementation of the dir. 2007/64/EC (PSD), recently amended to implement the dir. 2015/2366/EU (PSD2), both of full harmoniza-

tion. In particular, the research intends to analyse the special regime of liability of the payment service provider and the payer contained in Legislative Decree no. 11/2010, as amended and interpolated by Legislative Decree no. 218/2017.

The paper has four sections. The first chapter is aimed primarily at illustrating the private law importance of the discipline contained in the two directives on payment services in the internal market. The arguments carried out also have the role of outlining the articulated framework of EU and internal sources that regulate the subject.

The second chapter deals with the study of the different types of payment services, with particular attention to the innovative ones offered by third-party providers, that are diverse from the bank account routing institution, and, nevertheless, they have the right to access the account of the user in order to initiate a transfer of funds or simply to offer the user aggregated information on its financial situation. Object of specific treatment, then, are the different types of fund handling operations, divided into credit transfers (when they are initiated by the payer) and debit transfers (when they are initiated by the beneficiary). The chapter concludes with a meditation on the payment services contract, qualified as a typical contract with a heterogeneous object, and on the neutrality of the payment transaction with respect to any underlying obligation.

In the third chapter, after having defined the material and territorial scope of the subject matter of the research, and after having also analysed the margins of derogability of the rules contained in it on the base of the subjective qualification of the user (consumer, micro-enterprise, professional different from a micro-enterprise), the discussion is aimed at marking the thin distinction between authorized payment transactions and unauthorized payment transactions, which constitutes the logical and juridical assumption for the application of the rules laid down for transactions carried out without the payer's consent pursuant to articles 11 and 12 of the Legislative Decree no. 11/2010.

The last chapter of the paper opens with the study of common private law remedies that can be used when an unauthorized transaction occurs. This, as first, is aimed at demonstrating the inefficiency of said remedies in this subject, and, secondly, has the function to identify the context the special discipline must inevitably dialogue with. The latter contains rules that are particularly in favour of the user who has suffered losses as a result of abusive disposal of funds. In particular, even when all the measures necessary to protect the customer have been adopted by the institute, and also where an (unauthorized) transaction has been ordered by a third party (for example, a payment initiation service provider) it is in any case the duty of the account servicing provider to reimburse the payer of the lost amounts.

– ELENCO DEGLI ACRONIMI PIÙ RICORRENTI –

PSD	Dir. 2007/64/CE - <i>Payment Services Directive</i>
PSD2	Dir. 2015/2366/UE - <i>Payment Services Directive 2</i>
PAD	Dir. 2014/92/UE - <i>Payment Accounts Directive</i>
IFR	Reg. (UE) n. 751/2015 - <i>Interchange Fess Regulation</i>
IMEL	Istituti di moneta elettronica
PSP	<i>Payment Services Provider</i> - Prestatore di servizi di pagamento
PISP	<i>Payment Initiation Services Provider</i> - Prestatore di servizi di disposizione di ordini di pagamento
CISP	<i>Card Issuer Service Provider</i>
CBPII	<i>Card-based Payment Instrument Issuers</i>
AISP	<i>Account Information Services Provider</i> - Prestatore di servizi di informazioni sui conti
ASPSP	<i>Account Servicing Payment Services Provider</i> - Prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto
USP	Utente di servizi di pagamento
TPP	<i>Third-party provider</i>
EPC	<i>European Payments Council</i>
SEBC	Sistema Europeo delle Banche Centrali
CSM	<i>Clearing and Settlement Mechanism</i>
POS	<i>Point of Sale</i>

**SERVIZI DI PAGAMENTO E REGOLE
DI RESPONSABILITÀ NELLE OPERAZIONI NON
AUTORIZZATE ALLA LUCE DELLA
DIRETTIVA 2015/2366/UE**

DEFINIZIONE DELL’OGGETTO DELLA RICERCA. IL RUOLO DEL
DIRITTO DELL’UNIONE EUROPEA NELLA DISCIPLINA PRIVATISTICA
DEI SERVIZI DI PAGAMENTO AL DETTAGLIO

SOMMARIO: 1. Introduzione. La disciplina privatistica della prestazione di servizi di pagamento nel mercato interno. La centralità delle direttive 2007/64/CE e 2015/2366/UE. - 2. La rilevanza privatistica “riflessa” della normativa in materia di moneta elettronica; - 3. (*Segue*) La disciplina dei conti di pagamento alla luce della direttiva 2014/92/UE. - 4. L’oggetto della ricerca: le regole di attribuzione e ripartizione di responsabilità e i rimedi esperibili dall’utente-pagatore al ricorrere di operazioni di pagamento non autorizzate. Normativa eurounitaria e recepimento nell’ordinamento italiano.

1. *INTRODUZIONE. LA DISCIPLINA PRIVATISTICA DELLA PRESTAZIONE DI SERVIZI DI PAGAMENTO NEL MERCATO INTERNO. LA CENTRALITÀ DELLE DIRETTIVE 2007/64/CE E 2015/2366/UE.*

Assumendo, quale angolo prospettico privilegiato dello studio che ci si appresta a svolgere, il punto di vista del diritto privato, può affermarsi senza azzardo che l’adozione da parte dell’Unione europea della dir. 2015/2366/UE ⁽¹⁾ – più nota come «*Payment Services Directive 2*» ⁽²⁾ – ha costituito uno dei due

⁽¹⁾ Dir. 2015/2366/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che modifica le dirr. 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e il reg. (UE) n. 1093/2010, e abroga la dir. 2007/64/CE.

⁽²⁾ Nell’elaborato, per brevità, si utilizzerà frequentemente l’acronimo «PSD2», così come, nel fare riferimento alla prima direttiva comunitaria sui servizi di pagamento nel mercato interno, si abbrevierà con l’acronimo «PSD».

momenti fondamentali del processo di armonizzazione dei diritti degli Stati membri in materia di prestazione di servizi di pagamento al dettaglio ⁽³⁾.

Invero, dei molteplici atti normativi adottati nel tempo a livello dapprima comunitario e successivamente unionale al fine di realizzare il mercato unico dei pagamenti intermediati elettronici e digitali ⁽⁴⁾, soltanto le direttive

⁽³⁾ Per vero, prima dell'attuazione delle normative europee relative ai servizi di pagamento, gli ordinamenti nazionali degli Stati membri non presentavano una disciplina specifica e organica in tale ambito, specialmente con riguardo ai profili privatistici del fenomeno. L'operazione di recepimento delle fonti derivate della Comunità europea e successivamente dell'Unione ha, quindi, perlopiù operato in senso integrativo dei diritti nazionali, non già meramente sostitutivo. Emblematico, a tal riguardo, è il caso dell'ordinamento italiano, nel quale, prima dell'entrata in vigore del decreto di recepimento della PSD (d.lgs. n. 11 del 2010), le sole norme che regolavano l'esecuzione delle operazioni di pagamento erano quelle di cui agli artt. 1852-1857 contenuti nella sezione V del capo XVII del codice civile, intitolata «Delle operazioni bancarie in conto corrente» (sul punto, però, v. *amplius* cap. I).

Coglie nel segno, allora, l'affermazione secondo la quale «il Titolo II dello schema di decreto di recepimento della PSD, riguardante i diritti e gli obblighi delle parti nell'esecuzione di operazioni di pagamento, rappresenta un rilevante elemento di novità per il nostro ordinamento in quanto disciplina per la prima volta in modo compiuto e con normativa di rango primario il rapporto, di natura civilistica, tra un prestatore e il suo cliente relativamente alla fornitura di servizi di pagamento» (così A. ENRIA, *Il recepimento della direttiva sui servizi di pagamento. Audizione del Capo del Servizio normativa e politiche di vigilanza della Banca d'Italia*, in *Documenti della Commissione VI della Camera dei Deputati (Finanze)*, p. 12, (in *Bancaditalia.it*); *contra*, invece, ma solo apparentemente, V. SANTORO, *I servizi di pagamento*, in *IANUS*, VI, 2012, p. 8 ss., secondo il quale «in Italia non mancava, già in precedenza [rispetto all'adozione della PSD, *n.d.a.*], una disciplina dei servizi di pagamento, infatti, la previgente versione degli artt.106 e 107 t.u.b. consentivano agli intermediari, ivi menzionati, la facoltà di prestare servizi di pagamento»: con tale affermazione, invero, se non ci s'inganna, l'A. non si contrappone alla tesi qui sostenuta con la quale si sostiene l'innovatività dell'apporto normativo comunitario, ma si limita a rammentare che la prestazione di servizi di pagamento non era materia completamente sconosciuta all'ordinamento italiano).

⁽⁴⁾ Negli studi giuridici che si occupano degli strumenti e dei servizi di pagamento ad alta operatività tecnologica, è comune la tendenza a discorrere alternativamente e con valenza sinonimica di “pagamenti elettronici” e “pagamenti digitali”. Siffatta tendenza, tuttavia, dal

approvate rispettivamente negli anni 2007 e 2015 recano una fitta serie di disposizioni di interesse squisitamente privatistico volte a disciplinare, in maniera pressoché completa e organica, l'articolata trama di atti e rapporti coinvolti ad ampio raggio nelle attività di erogazione di servizi di pagamento.

Con tale premessa, beninteso, non si pretende affatto d'assegnare alle due direttive poc'anzi menzionate, rispetto alle altre fonti di diritto derivato ad esse affini *ratione materiæ*, una posizione di preminenza gerarchica, né di asso-

punto di vista tecnico-scientifico, risulta alquanto imprecisa: il termine “elettronico\i”, infatti, è assai vago, giacché esso è potenzialmente atto ad indicare ogni circuito o dispositivo il cui funzionamento è basato su un flusso di elettroni, sia esso in grado di generare un segnale di tipo analogico (che si compone, cioè, di un insieme continuo di valori), oppure di tipo digitale (che, invece, è generato da un insieme discreto di valori, tipicamente binario); sul punto cfr., senza pretesa di specificità, la voce «Digitale», in *Enc. Treccani della matematica*, 2013 (in *Treccani.it*).

Per verità, il termine “digitale\i”, è altresì sovente utilizzato, nel lessico consumeristico, per designare i molti dispositivi informatici dotati di schermo che interagisce con l'utente mediante digitazione; sicché, nell'accezione comune, l'espressione “pagamenti digitali” finisce per designare tutte le operazioni iniziate mediante siffatti dispositivi (perlopiù mobili), e finisce addirittura per ricomprendere, con accezione più ampia, ogni operazione intermediata che si serva di infrastrutture informatiche.

Sul piano giuridico, ad ogni modo, la questione va sdrammatizzata, dal momento che: a) la PSD2 ben individua il proprio ambito di applicazione oggettivo anche mediante un'elencazione dei servizi di pagamento attratti nel relativo quadro regolatorio (art. 4, n. 3, dir. 2015/2366/UE, il quale richiama l'allegato I alla direttiva); b) l'aggettivo “elettronica”, quando volutamente utilizzato in un'accezione tecnico-giuridica, è riferito agli specifici strumenti di pagamento – gli strumenti, appunto, di «moneta elettronica» – definiti dall'art. 2, n. 2, dir. 2009/110/CE, i quali, peraltro, ricadono nel campo di applicazione della PSD2, ancorché destinatari di alcune deroghe di non poco momento.

Nel presente elaborato, pertanto, si discorrerà in maniera alternativa e sinonimica di “pagamenti elettronici” e di “pagamenti digitali”, così ricomprendendo in maniera ampia il fenomeno dei pagamenti tecnologicamente avanzati nel suo complesso, specificando, però, laddove necessario, se la trattazione sia specificamente indirizzata agli strumenti di moneta elettronica.

luta centralità normativa. Al contrario, va rilevato come gli elevati livelli di efficienza e dinamismo che oggi si registrano nel mercato *retail* dei pagamenti ⁽⁵⁾ siano l'effetto del concorso sinergico dei diversi regolamenti e delle più direttive nel tempo avvicendatisi, fra i quali rivestono un ruolo essenziale proprio quegli atti adottati, a séguito della messa in circolazione della valuta comune europea, allo scopo precipuo di dettare regole tecniche per il concreto funzionamento dei servizi di trasferimento e prelievo dei fondi ⁽⁶⁾ nell'ambito della realizzazione dell'Area Unica dei Pagamenti in Euro (SEPA - *Single Euro Payments Area*) ⁽⁷⁾; atti che, giusta la loro portata segnatamente operativa ⁽⁸⁾,

⁽⁵⁾ Cfr., sul punto, il *report* statistico della Banca d'Italia del 26 ottobre 2018, *Sistema dei pagamenti, passim* (in *Bancaditalia.it*); v. anche, per uno sguardo complessivo sull'eurozona e, più in generale, sull'Unione europea, il *Payment Statistics (full report)* della Banca Centrale Europea del settembre 2018, *passim* (in *Ecb.europa.eu*). Per una analisi storica ed economica dell'evoluzione della moneta sino alla sua (quasi) totale smaterializzazione, cfr., fra i molti, M. BAGELLA, *Note sulla evoluzione della moneta nell'economia contemporanea*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2015, p. 7 ss.; G. BONAIUTI, *Le nuove forme di pagamento: una sintesi degli aspetti economici*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2015, p. 17 ss.

⁽⁶⁾ Il riferimento, com'è del resto intuibile, è ai seguenti regolamenti: a) reg. (CE) n. 2560/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 dicembre 2001 relativo ai pagamenti transfrontalieri in euro; b) reg. (CE) n. 924/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 settembre 2009 relativo ai pagamenti transfrontalieri nella Comunità e che abroga il reg. (CE) n. 250/2001; c) reg. (UE) n. 260/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 marzo 2012 che stabilisce i requisiti tecnici e commerciali per i bonifici e gli addebiti diretti in euro e che modifica il reg. (CE) n. n. 924/2009; d) reg. (UE) n. 751/2015 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2015 relativo alle commissioni interbancarie sulle operazioni di pagamento basate su carta; e) reg. (UE) n. 518/2019 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 marzo 2019 che modifica il reg. (CE) n. 924/2009 per quanto riguarda talune commissioni applicate sui pagamenti transfrontalieri nell'Unione e le commissioni di conversione valutaria.

⁽⁷⁾ Sull'Area unica dei pagamenti in euro, sulla sua creazione, sugli obiettivi, sui Paesi che ne fanno parte e sui relativi aspetti tecnici, cfr. la *brochure* della Banca centrale europea intitolata *The Single Euro Payments Area (SEPA). An integrated retail payments market* (in *Ecb.europa.eu*). V. anche P. GAGGI, *L'apporto dell'autoregolamentazione alla realizzazione della Sepa*, in M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura

non possono che presentare una rilevanza alquanto marginale per la speculazione privatistica.

Tale ultima affermazione, invero, soffre soltanto alcune tenui eccezioni, fra le quali meritano di essere menzionate, in quanto di interesse anche privatistico:

a) la regola che pone il divieto di discriminazione fra operazioni nazionali e operazioni di pagamento transfrontaliere di importo corrispondente ai fini dell'applicazione delle commissioni imposte da un prestatore di servizi di pagamento al suo utilizzatore, comprese quelle di conversione valutaria ⁽⁹⁾;

b) la complessa normativa recata dal reg. (UE) n. 751/2015 in materia di commissioni interbancarie multilaterali (MIF- *Multilateral Interchange Fees*), idonea a limitare notevolmente l'autonomia contrattuale di emittenti (o *issuer*) e convenzionatori (o *acquirer*), specialmente in relazione alle operazioni di pagamento effettuate mediante carte ad uso di consumatori ⁽¹⁰⁾.

di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, p. 243 ss.

⁽⁸⁾ Si pensi, a titolo esemplificativo, alle regole sull'interoperabilità fra gli schemi di pagamento, sull'utilizzo del codice identificativo unico dei conti bancari (IBAN - *International Banking Account Number*) e sul codice di identificazione della banca (BIC - *Bank Identifier Code*), sulla raggiungibilità dei conti di pagamento, sui formati di messaggistica da adottare, e, in generale, a tutte le misure volte a facilitare l'automazione dei pagamenti.

⁽⁹⁾ Cfr. art. 3 reg. (CE) n. 924/2009, così come da ultimo modificato ad opera dell'art. 1, par. 3, reg. (UE) n. 518/2019.

⁽¹⁰⁾ Per approfondimenti in materia di commissione multilaterali interbancarie, cfr., *inter alia*, S. MEZZACAPO, *La nuova disciplina UE dei limiti alle interchange fees e delle business rules in materia di "pagamenti basati su carte", tra regolamentazione strutturale del mercato interno e promozione della concorrenza*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2017, p. 455 ss.; ID., *Gli obblighi di «separazione» tra schemi di «carte di pagamento» e processing delle operazioni eseguite nell'U.E., tra regolazione del mercato e nuove responsabilità nell'esercizio delle relative imprese*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, p. 1052 ss.; M. LIBERTINI, *Brevi note su concorrenza e mercato*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, I, p. 188 ss.; V. FALCE, *Cooperazione e regolazione nell'area unica dei sistemi di pagamento al dettaglio: note in materia di commissioni interbancarie*, in *Banca, bor-*

2. *LA RILEVANZA PRIVATISTICA “RIFLESSA” DELLA NORMATIVA IN MATERIA DI MONETA ELETTRONICA;*

A sconfessare quanto sostenuto in tesi – ovverosia, giova ribadirlo, la preminenza (intesa, come chiarito, in senso strettamente relativo) delle due direttive sui servizi di pagamento – nemmeno varrebbe addurre, d’altro canto, l’avvenuta adozione da parte delle Istituzioni europee di atti di diritto derivato rispettivamente in materia di moneta elettronica e di conti di pagamento. Pre-scindendo, infatti, dalla loro indubbia portata innovatrice e armonizzatrice, va ancora una volta rilevato come, sul piano contenutistico, gli evocati provvedimenti normativi siano in grado di suscitare questioni privatistiche le quali, tutt’altro che di sistema, potrebbero dirsi tuttalpiù sporadiche, oppure, ancora, questioni il cui rilievo privatistico è frutto del riverbero prodotto proprio dalle propagazioni che originano dalla PSD ⁽¹¹⁾ e dalla PSD2.

Al riguardo, però, qualche succinto chiarimento pare opportuno.

In primo luogo, per quanto attiene alla moneta elettronica ⁽¹²⁾, v’è che la dir. 2009/110/CE ⁽¹³⁾ – adottata in sostituzione della dir. 2000/46/CE ⁽¹⁴⁾ per

sa, tit. cred., 2009, p. 695 ss.; ID., *Dalla self regulation al payment package. Storia delle commissioni interbancarie*, in *Analisi giuridica dell’economia*, 2015, p. 49 ss.; G. OLIVERI, *Prezzi dei servizi bancari e concorrenza (a proposito di commissioni bancarie e interbancarie)*, in *Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da M. CAMPOBASSO, III, *Banche, mercati finanziari, crisi d’impresa*, Torino, 2014, p. 2383 ss.; v. anche, per i profili di impatto sul mercato italiano dei pagamenti, G. ARDIZZI - M. SAVINI ZANGRANDI, *The impact of the interchange fee regulation on merchants: evidence from Italy*, in *Questioni di economia e finanza*, Banca d’Italia, 2018, p. 5 ss.

⁽¹¹⁾ Dir. 2007/64/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 novembre 2007 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle dirr. 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE e 2006/48/CE, che abroga la dir. 97/5/CE.

⁽¹²⁾ La “nuova” definizione normativa di «moneta elettronica» è data dall’art. 2, n. 2, dir. 2009/110/CE (v. anche, del tutto congruente, l’art. 1, comma 2°, lett. *h-ter*), t.u.b.). Essa si differenzia da quella contenuta nell’abrogato art. 1, par. 3, lett. *b*), dir. 2000/46/CE, giacché non richiede più strettamente che il credito sia memorizzato su un dispositivo elettronico, così soppeso il dibattito sorto in precedenza in ordine alla compatibilità fra la vecchia definizione e

adeguarla al nuovo quadro normativo, mutato a séguito dell'entrata in vigore della dir. 2007/64/CE ⁽¹⁵⁾ – si limita a disciplinare i profili di carattere *lato sensu* pubblicistico della materia (*rectius*: i profili c.d. di regolazione di quello specifi-

i supporti meramente virtuali, quali, ad esempio, i c.d. borsellini elettronici, noti anche come «*stored-value accounts*» (al riguardo, però, va detto che in dottrina era pressoché unanime l'opinione secondo la quale anche i borsellini elettronici fossero ricompresi: cfr., fra gli altri, M. SELLA, *La moneta elettronica nel sistema bancario italiano*, in *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, a cura di S. SICA - P. STANZIONE - V. ZENO ZENOVICH, Milano, 2006, p. 3 ss.; P. PACILEO, *La moneta elettronica: profili civilistici e disciplina comunitaria*, Salerno, 2001, p. 49 ss.; D. VALENTINO, *Moneta elettronica e tutela del consumatore*, in *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, cit., p. 130, la quale, dopo aver trattato dei dispositivi materiali, in particolare di quelli che l'A. chiama «*smart card*», afferma esplicitamente che «lo stesso meccanismo può essere utilizzato direttamente sulla memoria del computer senza l'utilizzo di alcun supporto fisico»).

In definitiva, «la moneta elettronica – questa la sua assoluta peculiarità – è un valore rappresentato da un credito, vantato dal detentore nei confronti del soggetto emittente, derivante dalla previa corresponsione, allo stesso emittente, di somme di denaro, mediante addebito in conto o pagamento in contanti di un importo corrispondente. La stessa si identifica, dunque, in un valore monetario prepagato, memorizzato elettronicamente in un dispositivo materiale, o nella memoria di un computer» (così G. GUERRIERI, *La moneta elettronica. Profili giuridici dei nuovi strumenti di pagamento*, Bologna, 2015, p. 63 ss.).

In concreto, con la moneta elettronica, l'utente carica lo strumento (carta prepagata o borsellino elettronico) mediante un bonifico bancario da un conto corrente oppure mediante un versamento in contanti e successivamente spende il denaro caricato su tale strumento presso gli esercenti convenzionati con i circuiti di appartenenza (oppure trasferisce il denaro a terzi).

⁽¹³⁾ Dir. 2009/110/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 settembre 2009 concernente l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica, che modifica le dirr. 2005/60/CE e 2006/48/CE e abroga la dir. 2000/46/CE.

Detta direttiva è stata recepita in Italia con il d.lgs. n. 45 del 2012, il quale ha novellato il t.u.b. sostituendo gli artt. 114-*bis* ss.

⁽¹⁴⁾ Dir. 2000/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 settembre 2000 riguardante l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica.

⁽¹⁵⁾ Cfr., sul punto, il 2° e il 3° *considerando* della dir. 2009/110/CE.

co settore finanziario) ⁽¹⁶⁾, relativamente ai quali meritano particolare menzione le norme sulle condizioni per l'avvio, l'esercizio e sulla vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica (IMEL).

In siffatto contesto, allora, le uniche disposizioni aventi un immediato colore civilistico – ovverosia quella sul diritto dell'utente (o «detentore») al rimborso del valore monetario memorizzato (art. 11) ⁽¹⁷⁾ e sul divieto di imposizione di interessi (art. 12) ⁽¹⁸⁾ – sono inevitabilmente destinate a rimanere isolate ⁽¹⁹⁾.

Senonché, a ben vedere, la moneta elettronica è suscettibile di riacquistare vigore civilistico proprio per il tramite dei diffusissimi richiami che ad es-

⁽¹⁶⁾ Ciò, del resto, trova esplicito riscontro nell'art. 1 dir. 2009/110/CE, laddove si esplicita che oggetto del provvedimento è propriamente la fissazione delle «norme in materia di esercizio dell'attività di emissione di moneta elettronica» (par. 1), nonché delle «norme in materia di avvio, esercizio e vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica» (par. 2).

⁽¹⁷⁾ La *ratio* del diritto al rimborso è ben evidenziata dal 18° *considerando* della dir. 2009/110/CE: «Occorre che la moneta elettronica sia rimborsabile per salvaguardare la fiducia del detentore di detta moneta. [...] Il rimborso dovrebbe essere sempre possibile, in ogni momento, al valore nominale senza che sia possibile stabilire una soglia minima per il rimborso. In generale il rimborso dovrebbe essere concesso gratuitamente. Tuttavia, in casi debitamente specificati nella presente direttiva, dovrebbe essere possibile richiedere una commissione proporzionata e basata sui costi [...]». Sul punto cfr. anche V. TROIANO, *Gli istituti di moneta elettronica*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 53 - luglio 2001, p. 14 ss. (in *Bancaditalia.it*).

⁽¹⁸⁾ V. anche, per la normativa di attuazione interna, rispettivamente gli artt. 114-*ter* e 114-*bis*.1, comma 3°, t.u.b.

⁽¹⁹⁾ Si veda, però, G. GUERRIERI, *La moneta elettronica: profili di diritto privato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 777 ss.; l'A., in tale sede, muovendo dall'art. 114-*quater*, comma 2°, t.u.b. (a mente del quale «Gli istituti di moneta elettronica trasformano immediatamente in moneta elettronica i fondi ricevuti dal richiedente») e dalle disposizioni relative alla rimborsabilità della moneta elettronica, ricostruisce i caratteri propri (ad esempio, la consensualità) e il contenuto essenziale del contratto di emissione (o di rilascio) della moneta elettronica, sino addirittura ad affermarne la tipicità.

sa effettua, a più riprese, la PSD2 (e che ad essa effettuava, anteriormente alla sua abrogazione, la PSD). Difatti, tale «surrogato di monete metalliche e banconote»⁽²⁰⁾, essendo incorporato in un supporto elettronico (materiale o immateriale) qualificabile alla stregua di uno «strumento di pagamento» ai sensi dell'art. 4, n. 14, dir. 2015/2366/UE⁽²¹⁾ e, come tale, idoneo a disporre un'operazione di pagamento nei termini di cui al n. 5 della norma poc'anzi richiamata⁽²²⁾, finisce per essere attratto nella disciplina generale sulla prestazione di servizi di pagamento dettata dalla PSD2, dando luogo – peraltro non di rado – a regole derogatorie che si giustificano proprio alla luce delle specificità che caratterizzano lo strumento in oggetto.

Al riguardo, seppur a titolo esemplificativo⁽²³⁾, basti pensare all'art. 42, par. 2, dir. 2015/2366/UE, il quale concede agli Stati membri la facoltà di adottare parzialmente, in sede di attuazione, norme derogatorie rispetto ai doveri informativi cui deve far fronte il prestatore di servizi di pagamento, allorquando l'operazione sia disposta mediante uno strumento prepagato (*i.e.* uno stru-

⁽²⁰⁾ Così, testualmente, il 3° e il 7° *considerando* della dir. 2000/46/CE.

⁽²¹⁾ Ai sensi dell'art. 4, n. 14, dir. 2015/2366/UE, uno «strumento di pagamento» è definito come «un dispositivo personalizzato e/o insieme di procedure concordate tra l'utente di servizi di pagamento e il prestatore di servizi di pagamento e utilizzate per disporre un ordine di pagamento».

⁽²²⁾ Ai sensi dell'art. 4, n. 5, dir. 2015/2366/UE, una «operazione di pagamento» è definita come «l'atto, disposto dal pagatore o per suo conto o dal beneficiario, di collocare, trasferire o ritirare fondi, indipendentemente da eventuali obblighi sottostanti tra il pagatore e il beneficiario».

Specularmente, il successivo n. 25 della disposizione citata ricomprende fra i «fondi» oggetto di trasferimento mediante l'operazione di pagamento non solo le banconote, la moneta divisionale e la moneta scritturale, ma anche, in senso tecnico, la moneta elettronica quale definita all'art 2, n. 2, dir. 2009/110/CE.

⁽²³⁾ Il punto sarà naturalmente ripreso e approfondito lungo il corpo della trattazione, in particolare nell'ambito dei capitoli terzo e quarto.

mento di moneta elettronica) e l'importo della medesima sia ridotto ⁽²⁴⁾: tale disposizione, così facendo, indirettamente conferma la regola generale per la quale anche il rapporto contrattuale fra l'emittente e il detentore di moneta elettronica è soggetto alla richiamata disciplina.

Lo stesso vale, *mutatis mutandis*, per l'art. 63, parr. 2 e 3, e l'art. 65, par. 6, dir. 2015/2366/UE, i quali, nell'atteggiarsi a guisa di deroghe ⁽²⁵⁾, di riflesso attestano che i «rischi connessi alla circolazione della moneta elettronica» ⁽²⁶⁾, nonché, in generale, i diritti e gli obblighi reciproci dell'emittente e del detentore di moneta elettronica trovano, di regola, la propria disciplina proprio nel titolo IV della PSD2.

3. (SEGUE) LA DISCIPLINA DEI CONTI DI PAGAMENTO ALLA LUCE DELLA DIRETTIVA 2014/92/UE.

Considerazioni differenti vanno invece svolte, in secondo luogo, con riguardo alla *Payment Accounts Directive* – più nota con l'acronimo «PAD» –, la quale detiene l'indubbio merito di aver ulteriormente ⁽²⁷⁾ agevolato l'accesso

⁽²⁴⁾ Tale facoltà è stata esercitata in Italia con il §7 della sez. VI del provvedimento della Banca d'Italia del 29 luglio 2009, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti* (in *Bancaditalia.it*) – da qui in poi denominato “provvedimento trasparenza” –, recentemente modificato con provvedimento datato 19 marzo 2019 (in *Bancaditalia.it*), proprio al fine di dare completa attuazione alla PSD2.

⁽²⁵⁾ Va, peraltro, precisato che, segnatamente con riguardo all'art. 65, par. 6, dir. 2015/2366/UE, il valore derogatorio di detta disposizione risiede proprio nell'esclusione degli strumenti di moneta elettronica dall'applicazione delle regole concernenti il dovere per l'emittente di conferma della disponibilità dei fondi; non si tratta, dunque, di una norma attributiva di discrezionalità agli Stati membri.

⁽²⁶⁾ L'efficace espressione è di G. GUERRIERI, *La moneta elettronica. Profili giuridici dei nuovi strumenti di pagamento*, cit., p. 153; ID., *I rischi connessi alla circolazione della moneta elettronica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 1043 ss.

⁽²⁷⁾ Invero, secondo un'opinione, «l'ordinamento italiano era già sostanzialmente allineato e conforme, con largo anticipo, alle disposizioni di cui al nucleo essenziale della disciplina

alla «prestazione universale di servizi di pagamento»⁽²⁸⁾, in particolar modo ai consumatori⁽²⁹⁾.

La dir. 2014/92/UE⁽³⁰⁾, appunto, a differenza delle direttive in materia di moneta elettronica cui s'è più sopra fatto riferimento, reca, fra le altre⁽³¹⁾,

recata dalla PAD» (in questi termini, S. MEZZACAPO, *La nuova disciplina nazionale dei “conti di pagamento” alla luce dell’armonizzazione attuata con la Payment Accounts Directive*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, I, p. 792, argomentando in ordine all’inopportunità dell’avvio, da parte della Commissione europea, di una procedura d’infrazione ai sensi dell’art. 258 TFUE – procedura n. 2016/0774 – nei confronti dell’Italia.

(28) Così, testualmente, il 3° *considerando* della dir. 2014/92/UE, il quale sottolinea l’importanza rivestita dall’accesso universale alla prestazione dei servizi di pagamento ai fini del «corretto funzionamento del mercato interno» e dello «sviluppo di un’economia moderna e socialmente inclusiva».

(29) Ai sensi dell’art. 126-*decies*, comma 2°, t.u.b., le norme contenute nel capo II-*ter* trovano applicazione «ai conti di pagamento offerti a o sottoscritti da consumatori, che consentono almeno l’esecuzione di tutte le seguenti operazioni: versamento di fondi; prelievo di contanti; esecuzione e ricezione di operazioni di pagamento». Pertanto, il legislatore italiano, sul piano soggettivo, ha optato per limitare l’ambito di applicazione della normativa di derivazione eurounitaria ai soli contratti offerti ai consumatori e da essi stipulati, e non si è dunque avvalso della facoltà accordatagli dall’art. 1, par. 6, ult. per., dir. 2014/92/UE; sul punto cfr. S. MEZZACAPO, *La nuova disciplina nazionale dei “conti di pagamento” alla luce dell’armonizzazione attuata con la Payment Accounts Directive*, cit., p. 800 (in particolare, nt. 34); R. FERRETTI, *sub art. 126-decies*, in *Comm. al t.u.b.* diretto da F. CAPRIGLIONE, III, Milano, 2018, p. 2298; v. anche C.G. CORVESE, *Commento al d.l. 24 gennaio 2015, n. 3. Parte seconda: L’attuazione “parziale” della Payment Accounts Directive*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2016, p. 33 ss.; A. GOURIO - M. GILLOUARD, *Payment account directive*, in *Droit Bancaire et Financier*, 2015, 2, p. 39 ss.

(30) Dir. 2014/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 2014 sulla comparabilità delle spese relative al conto di pagamento, sul trasferimento del conto di pagamento e sull’accesso al conto di pagamento con caratteristiche di base.

Il legislatore italiano ha dato attuazione alla PAD con il d.lgs. n. 37 del 2017, il quale ha inserito nel titolo VI del t.u.b. il capo II-*ter* denominato «Disposizioni particolari relative ai conti di pagamento» (artt. da 126-*decies* a 126-*vicies sexies*). Per dare attuazione agli artt. 126-*quinquiesdecies*, comma 10°, e 126-*vicies quinquies* t.u.b. la Banca d’Italia, con provvedimento

molteplici disposizioni di foggia privatistica, segnatamente in punto di trasparenza contrattuale, di obblighi informativi, di presupposti e modalità di esercizio del diritto di recesso in capo all'«ente creditizio», nonché, soprattutto, in tema di prestazione del servizio di trasferimento del conto di pagamento (c.d. servizio di *switching*)⁽³²⁾.

Eppure, ciò nonostante, da una lettura più attenta dall'articolato normativo della PAD, subito emerge com'essa graviti perlopiù al di sopra di un'orbita di tipo satellitare, la quale ha il proprio fulcro esattamente nella disciplina (generale) sui servizi di pagamento nel mercato interno, a riprova dell'attrattività sistematica della PSD2 (e, prima, della PSD) nella materia in analisi.

A ben vedere, infatti, come è stato opportunamente osservato in dottrina⁽³³⁾, la PAD si limita a disciplinare taluni aspetti dei conti di pagamento, integrando – o, all'occorrenza, derogando – il regime della trasparenza contenuto nel titolo III della dir. 2015/2366/UE.

del 3 agosto 2017 (in *Bancaditalia.it*), ha modificato il “Provvedimento trasparenza”. Giova rammentare che la PAD, a differenza della PSD e della PSD2, non è uno strumento di piena armonizzazione ma è volta a realizzare un «*minimum level playing field*» a tutela degli utenti, in particolare quelli più vulnerabili. Cfr., in particolare, l'11° *considerando* della PAD, a mente del quale tale direttiva «non dovrebbe impedire agli Stati membri di mantenere o adottare disposizioni più severe per tutelare i consumatori, a condizione che tali disposizioni siano coerenti con i loro obblighi ai sensi del diritto dell'Unione e della presente direttiva».

⁽³¹⁾ La PAD, invero, al fine di stimolare la concorrenza a conseguente beneficio degli utenti, riserva ampio spazio alle norme che impongono agli Stati membri di adottare misure per agevolare la comparabilità delle spese collegate al conto di pagamento, anche attraverso la standardizzazione dei servizi collegati al conto (capo II, artt. da 3 a 8 dir. 2014/92/UE).

⁽³²⁾ In tema, cfr. G. BARILLÀ, *Il trasferimento dei servizi di pagamento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 1031 ss.; S. MEZZACAPO, *La nuova disciplina nazionale dei “conti di pagamento” alla luce dell'armonizzazione attuata con la Payment Accounts Directive*, cit., p. 816 ss.

⁽³³⁾ Il riferimento è, in particolare, a R. FERRETTI, *sub art. 126-decies*, in *Comm. al t.u.b.* diretto da F. CAPRIGLIONE, III, cit., p. 2298 ss.

D'altra parte, l'ambito di applicazione della PAD è più ristretto di quello della PSD2. Sotto il profilo soggettivo, difatti, oltre ad alcune peculiarità che riguardano la figura del prestatore ⁽³⁴⁾, s'è già avuto modo d'accennare ⁽³⁵⁾ che le norme della PAD, così come attuate nell'ordinamento italiano, trovano applicazione soltanto ai contratti offerti a (o sottoscritti da) correntisti-consumatori, diversamente da quanto accade per la normativa di attuazione della PSD e della PSD2, la quale – come si dirà più diffusamente nel prosieguo della trattazione – si applica a prescindere dalla qualifica soggettiva dell'utente di servizi di pagamento, pur essendo concessi margini di derogabilità di non poco conto allorché il servizio sia offerto a un utente-professionista diverso da una microimpresa ⁽³⁶⁾.

⁽³⁴⁾ Infatti, non tutte le norme della PAD si applicano a tutti i prestatori di servizi di pagamento, bensì soltanto quelle che riguardano specificamente la comparabilità delle spese e il servizio c.d. di *switching*; invece, le norme relative all'accesso ai conti di pagamento con caratteristiche di base si applicano soltanto allorché il prestatore sia un «ente creditizio» ai sensi dell'art. 4, par. 1, n. 1, reg. (UE) n. 575/2013. Sul punto cfr. S. MEZZACAPO, *La nuova disciplina nazionale dei "conti di pagamento" alla luce dell'armonizzazione attuata con la Payment Accounts Directive*, cit., p. 800 ss.: «[...] la nozione di prestatore di servizi di pagamento avuta presente all'art. 126-*decies*, comma 3°, lett. f), t.u.b., non è invece coincidente con quella utilizzata nel d.lgs. 11/2010 che è segnatamente più ampia, ricomprendendo in sintesi anche autorità e amministrazioni pubbliche nella misura in cui queste agiscono *iure privatorum*. Il risultante quadro giuridico sembra trovare però una sua coerenza nel fatto che tali soggetti pubblici, anche laddove prestino servizi di pagamento, comunque tipicamente non operano direttamente nei confronti di consumatori (*i.e.* di norma non offrono conti di pagamento intestati a consumatori), risultando così *in nuce* estranei all'ambito della PAD. Fra l'altro anche la stessa PAD non si applica nella sua interezza a tutti i PSP: mentre infatti le disposizioni sulla comparabilità delle spese e sullo *switching* [cioè il servizio di trasferimento del conto, *nda.*] hanno applicazione generalizzata, quelle riferite all'accesso al conto di base si applicano invece solo alle banche (*rectius* agli «enti creditizi» [...])».

⁽³⁵⁾ V. *supra*, in questa introduzione, nt. 29.

⁽³⁶⁾ Sul punto, che invero costituirà uno degli snodi fondamentali dell'intera indagine, sia concesso segnalare S. VANINI, *L'attuazione in Italia della seconda direttiva sui servizi di pa-*

Sotto il profilo oggettivo, poi, è possibile apprezzare ancor più nitidamente quella natura che s'è poc' anzi definita “satellitare” della PAD e della relativa normativa italiana di recepimento, giacché esse sono idonee ad incidere soltanto taluni specifici aspetti dei conti di pagamento (quelli, appunto, ivi regolati: comparabilità delle spese, servizio c.d. di *switching*, accesso ai conti con caratteristiche di base), laddove, al contrario, le due direttive sui servizi di pagamento nel mercato interno hanno una vocazione più generalista, e cioè «mirano a regolare in modo pressoché completo tali conti, nel quadro della più vasta disciplina dei servizi di pagamento e dei relativi prestatori» ⁽³⁷⁾.

4. *L'OGGETTO DELLA RICERCA: LE REGOLE DI ATTRIBUZIONE E RIPARTIZIONE DI RESPONSABILITÀ E I RIMEDI ESPERIBILI DALL'UTENTE-PAGATORE AL RICORRERE DI OPERAZIONI DI PAGAMENTO NON AUTORIZZATE. NORMATIVA EUROUNITARIA E RECEPIMENTO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO.*

Dopo aver tentato di mettere in evidenza la rilevanza e la centralità della disciplina sui servizi di pagamento correntemente contenuta nella PSD2 per la riflessione giusprivatistica, e dopo aver anche effettuato un primo tratteggio, seppur “*incidenter tantum*”, dell' articolato quadro delle fonti normative regolatrici della materia in analisi ⁽³⁸⁾, appare ora opportuno chiarire più esplicitamente l' oggetto della presente indagine.

gamento nel mercato interno: le innovazioni introdotte dal d.lgs. 15 dicembre 2017, n. 218, in Nuove leggi civ. comm., 2018, p. 839 ss.

⁽³⁷⁾ Così R. FERRETTI, *sub art. 126-decies*, in *Comm. al t.u.b.* diretto da F. CAPRIGLIONE, III, cit., p. 2298.

⁽³⁸⁾ Per una sintetica ma più puntuale illustrazione del quadro normativo in materia di servizi di pagamento, cfr. M. GIULIANO, *L' adempimento delle obbligazioni pecuniarie nell' era digitale. Dalla moneta legale alla moneta scritturale e digitale “legalmente” imposta*, Torino, 2018, p. 9 ss.

Con l'odierna ricerca, dunque, ci si propone di analizzare il complesso apparato rimediabile predisposto dalla normativa interna attuativa della dir. 2015/2366/UE (e, prima di essa, dell'abrogata dir. 2007/64/CE) a tutela dell'utente di servizi di pagamento che abbia subito perdite a causa dell'avvenuta esecuzione di operazioni di pagamento da lui non autorizzate, oppure a causa dell'inadempimento, nell'ambito di un'attività di erogazione di un servizio di trasferimento di fondi da un conto corrente ad un altro ⁽³⁹⁾, di una qualsiasi obbligazione di fonte legale o negoziale posta a carico del prestatore (o dei più prestatori coinvolti) e avente ad oggetto l'adozione di *standard* di tutela finalizzati a prevenire illeciti – o anche solo indebiti? ⁽⁴⁰⁾ – spostamenti di denaro scritturale, fra i quali un ruolo primario è ricoperto dalle «misure di sicurezza» dettagliatamente disciplinate nel reg. dlg. (UE) n. 389/2018 ⁽⁴¹⁾.

Il d.lgs. n. 11 del 2010 ⁽⁴²⁾, in particolare, nel dare attuazione alla PSD, ha introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento ⁽⁴³⁾, *inter alia* ⁽⁴⁴⁾, un

⁽³⁹⁾ La precisazione si rende, invero, necessaria per tratteggiare i confini dell'indagine, giacché, come s'avrà modo di illustrare più diffusamente *sub* cap. II, il novero dei servizi di pagamento contemplati e disciplinati dalla normativa di derivazione eurounitaria è particolarmente ampio e variegato, atto cioè a ricomprendere attività professionali dal contenuto marcatamente disomogeneo.

⁽⁴⁰⁾ Con il termine «indebiti» si vuol qui, più correttamente, far riferimento a ogni spostamento patrimoniale privo di un supporto causale, privo – come si dice – di giustificazione. Com'è ovvio, però, l'interrogativo avrà modo di essere chiarito via via che si porranno le basi per l'intera riflessione.

⁽⁴¹⁾ Reg. dlg. (UE) n. 389/2018 della Commissione del 27 novembre 2017 che integra la dir. 2015/2366/UE del Parlamento europeo e del consiglio per quanto riguarda le norme tecniche di regolamentazione per l'autenticazione forte del cliente e gli *standard* aperti di comunicazione comuni e sicuri.

⁽⁴²⁾ D.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, denominato «Attuazione della direttiva 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle direttive 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE, 2006/48/CE, e che abroga la direttiva 97/5/CE».

⁽⁴³⁾ V. *supra*, in questa introduzione, nt. 3.

complesso articolato normativo di indole visibilmente civilistica che, oltre a dettare numerose norme in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali e dei requisiti informativi, mira a regolamentare «diritti ed obblighi delle parti»⁽⁴⁵⁾ che abbiano stipulato un contratto di prestazione di servizi di pagamento, ovverosia da un lato l'utente (o USP) e dall'altro lato il prestatore (o PSP).

Ampio spazio è ivi riservato proprio alle disposizioni che ripartiscono la «responsabilità» fra utente e prestatore di servizi di pagamento (ma, a séguito del recepimento della PSD²», come si sta per dire, dovrà più correttamente discorrersi di “prestatori di servizi di pagamento”, al plurale) al ricorrere di operazioni di trasferimento di fondi non autorizzate o, ancora, al ricorrere di operazioni correttamente ordinate ma rimaste inesequite o la cui esecuzione sia risultata inesatta, definendosi di tale responsabilità i presupposti, i limiti e il contenuto.

L'assetto normativo così realizzato per mezzo dell'originario d.lgs. n. 11 del 2010 – peraltro già di non facile ricostruzione sistematica – è stato successivamente integrato, ulteriormente sviluppato e – com'era del resto inevitabile – reso di ancor più ardua lettura ad opera del recente d.lgs. n. 218 del 2017⁽⁴⁶⁾,

⁽⁴⁴⁾ Infatti, nel titolo III del d.lgs. n. 11 del 2010 è contenuta la disciplina (di indole perlopiù pubblicistica) degli istituti di pagamento, peraltro totalmente riversata all'interno del titolo V-ter del t.u.b.

⁽⁴⁵⁾ Così è denominato il titolo II del d.lgs. n. 11 del 2010, il quale richiama il titolo IV della dir. 2015/2366/UE denominato «diritti e obblighi in relazione alla prestazione e all'uso di servizi di pagamento», in maniera del tutto congruente al titolo IV della dir. 2007/64/CE.

⁽⁴⁶⁾ D.lgs. 15 dicembre 2017, n. 218 (in G.U. n. 10, 13 gennaio 2018) recante «Recepimento della Direttiva (UE) 2015/2366 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che modifica le direttive 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e il regolamento (UE) n. 1093/2010, e abroga la Direttiva 2007/64/CE, nonché adeguamento delle disposizioni interne al regolamento (UE) n. 751/2015 relativo alle commissioni interbancarie sulle operazioni di pagamento basate su carta». Il Decreto attua la delega contenuta negli artt. 11 e 12, l. 12 agosto 2016, n. 170 (c.d. legge di delegazione europea 2015).

adottato dal Governo italiano, seppure *in extremis* ⁽⁴⁷⁾, per attuare la PSD2, direttiva con la quale il Parlamento ed il Consiglio dell'Unione europea hanno inteso ammodernare la previgente disciplina europea sulla prestazione di servizi di pagamento nel mercato interno, adeguandola al mutato quadro tecnologico di riferimento ⁽⁴⁸⁾.

Invero, la dir. 2007/64/CE era apparsa pressoché obsoleta già al momento della sua attuazione negli Stati membri, tanto da indurre la Commissione europea, nel 2012, ad adottare il Libro verde intitolato «Verso un mercato europeo integrato dei pagamenti tramite carte, Internet e telefono mobile» ⁽⁴⁹⁾, nel quale, fra gli altri punti, si sottolineava la necessità di intervenire nuova-

⁽⁴⁷⁾ In forza dell'art. 115, parr. 1 e 2, dir. 2015/2366/UE, tutti gli Stati membri avrebbero dovuto adottare, pubblicare ed «applicare» le «misure necessarie» per la trasposizione della PSD2 nei rispettivi ordinamenti nazionali entro e non oltre il 13 gennaio 2018. Pertanto, al fine di rispettare tale prescrizione temporale, il Decreto è entrato in vigore il giorno stesso della sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, senza alcun periodo di *vacatio legis*, così come disposto dall'art. 5, comma 1°, d.lgs. n. 218 del 2017 (con riguardo ai tempi dell'attuazione, però, v. anche quanto precisato nel prosieguo del testo). Invece, fra i Paesi che hanno adottato con largo anticipo i necessari strumenti di trasposizione si segnalano il Regno Unito, con lo *Statutory Instrument* n. 752/17, denominato «*The Payment Services Regulations*», la Germania, con il *Gesetz zur Umsetzung der Zweiten Zahlungsdiensterichtlinie* (in *Bundesgesetzblatt Jahrgang 2017, Teil I*, nr. 48) che ha novellato l'*Untertitel 3, Titel 12, Abschnitt 8, Buch 2, BGB* (§§ 675c ss.), nonché la Francia con l'*Ordonnance* 9 août 2017, n. 1252, con la quale è stato ampiamente modificato il *Chapitre III, Titre III, Livre I, Partie législative* (Artt. L. 133-1 ss.) e il *Chapitre IV, Titre I, Livre III, Partie législative* (Artt. L. 314-1 ss.) del *Code monétaire et financier*.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. M. RABITTI - A. SCIARRONE ALIBRANDI, *I servizi di pagamento tra PSD2 e GDPR: open banking e conseguenze per la clientela*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Liber amicorum Guido Alpa*, Milano-Padova, 2019, p. 711 ss.; S. MEZZACAPO, *Competition policy issues in EU retail payment business: the new PSD 2 regulatory principle of open on-line access to information from “payment accounts” and associated “payment transactions”*, in *European Competition Law Review*, 2018, p. 534 ss.

⁽⁴⁹⁾ Libro verde della Commissione, 11 gennaio 2012, COM (2011) 941 def. Si veda anche la risoluzione adottata al riguardo dal Parlamento europeo il 20 novembre 2012 [2012/2040 (INI)].

mente *in subiecta materia*, al fine di regolamentare i più innovativi servizi di pagamento, offerti soprattutto dagli sviluppatori di applicazioni per dispositivi mobili (*smartphone, smartwatch, tablet, ecc.*), nella prospettiva, da un lato, della riduzione dei costi per l'accesso ai servizi attraverso l'incentivo alla concorrenza fra i prestatori, e, dall'altro lato, di una più efficace tutela della sicurezza dei dati personali e del denaro degli utenti, primi fra tutti i consumatori.

Con maggior precisione, il d.lgs. n. 218 del 2017 ha recepito la PSD2 apportando consistenti modifiche e integrazioni ad atti normativi già esistenti e vigenti, e in particolare:

a) al titolo VI del t.u.b. – come noto, denominato «Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti» –, e segnatamente al Capo II-*bis*, specificamente dedicato ai servizi di pagamento ⁽⁵⁰⁾;

b) al già menzionato d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, recante, appunto, fra le altre, norme concernenti i diritti e gli obblighi del prestatore e dell'utente di servizi di pagamento relativi alle spese applicabili, all'autorizzazione e all'esecuzione delle operazioni di pagamento ⁽⁵¹⁾;

c) al d.lgs. n. 135 del 2015 ⁽⁵²⁾, contenente la disciplina sanzionatoria per le violazioni delle disposizioni contenute nel reg. CE 924/2009 ⁽⁵³⁾ e nel reg.

⁽⁵⁰⁾ Il citato Capo II-*bis* era stato introdotto dal legislatore proprio con il d.lgs. n. 11 del 2010, attuativo della PSD. Gli attuali artt. 126-*bis* ss. t.u.b. attuano il titolo III della PSD2, recante norme in materia di «Trasparenza delle condizioni e requisiti informativi per i servizi di pagamento». Essi, però, vanno largamente integrati con le disposizioni contenute nel Provvedimento della Banca d'Italia del 29 luglio 2009 (e successive modificazioni), denominato «Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti» (in *Bancaditalia.it*), recentemente modificato e integrato dal Provvedimento della Banca d'Italia del 19 marzo 2019 (in *Bancaditalia.it*) attuativo (anche) della PSD2.

⁽⁵¹⁾ Il d.lgs. n. 11 del 2010 contiene altresì la disciplina degli istituti di pagamento che, insieme alle banche e agli istituti di moneta elettronica, costituiscono i principali soggetti abilitati a prestare servizi di pagamento nel mercato (art. 114-*sexies* t.u.b.).

⁽⁵²⁾ D.lgs. 18 agosto 2015, n. 135, recante «Attuazione dell'articolo 11 del Regolamento (UE) n. 260/2012 del 14 marzo 2012 che stabilisce i requisiti tecnici e commerciali per i bonifici

(UE) n. 260/2012 ⁽⁵⁴⁾, recanti, rispettivamente, norme sui pagamenti transfrontalieri nelle (allora) Comunità europee e sui requisiti tecnici e commerciali dei bonifici e degli addebiti diretti in euro.

A completamento di questa breve digressione con la quale s'è inteso mettere in luce la *sedes materiæ* dell'argomento qui analizzato – o, per meglio dire, i diversi “luoghi” normativi cui si dovrà rivolgere attenzione lungo la trattazione –, occorre infine dar conto del fatto che il titolo II del d.lgs. n. 11 del 2010 era stato integrato dal provvedimento della Banca d'Italia del 5 luglio 2011 ⁽⁵⁵⁾, adottato in virtù dell'art. 31 del citato decreto, a mente del quale la Banca d'Italia avrebbe dovuto emanare disposizioni di carattere generale o particolare volte a recepire le «ulteriori misure di attuazione eventualmente adottate dalla Commissione europea» in base a quanto disposto dall'art. 84, lett. a) e c), dir. 2007/64/CE, e, più in generale, volte a completare la normativa complessivamente dettata dal titolo II sui diritti e gli obblighi delle parti del contratto di prestazione di servizi di pagamento.

Senonché, il citato art. 31 è stato da ultimo abrogato dall'art. 2, comma 36°, d.lgs. n. 218 del 17, in ragione del (solo) fatto che la PSD2 – a differenza della direttiva antecedente – non prevede più che la Commissione europea possa adottare misure attuative cui gli Stati membri debbono adeguarsi. Conseguentemente, il citato provvedimento del 5 luglio 2011, essendo venuta meno

e gli addebiti diretti in euro e disposizioni sanzionatorie per le violazioni del Regolamento (CE) n. 924/2009 relativo ai pagamenti transfrontalieri nella Comunità».

⁽⁵³⁾ Reg. (CE) n. 2009/924 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 settembre 2009 relativo ai pagamenti transfrontalieri nella Comunità e che abroga il reg. (CE) n. 2001/2560.

⁽⁵⁴⁾ Reg. (UE) n. 2012/260 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 marzo 2012 che stabilisce i requisiti tecnici e commerciali per i bonifici e gli addebiti diretti in euro e che modifica il reg. (CE) n. 2009/924

⁽⁵⁵⁾ Provvedimento della Banca d'Italia del 5 luglio 2011, denominato «Attuazione del Titolo II del Decreto legislativo n. 11 del 27 gennaio 2010 relativo ai servizi di pagamento» (in *Bancaditalia.it*).

la norma che contemplava la delega nell'esercizio della quale era stato emanato ⁽⁵⁶⁾, è stato abrogato ad opera dell'art. 1 del provvedimento della Banca d'Italia dell'11 ottobre 2018 ⁽⁵⁷⁾, sicché correntemente, con riguardo alla disciplina sui diritti e gli obblighi delle parti del contratto di prestazione di servizi di pagamento, non vige alcuna normativa di rango diverso da quello primario.

Infine, merita qui di essere osservato che il legislatore nazionale, in sede di attuazione della PSD2, ha voluto mantenere separati – così come nel regime previgente – i due blocchi normativi che insieme concorrono a disciplinare il contratto di prestazione di servizi di pagamento, ovverosia, da un lato, il regime della trasparenza e degli obblighi informativi, e, dall'altro lato, il regime concernente i diritti e gli obblighi delle parti; separazione che, invero, non può giustificarsi adducendo una netta diversità di funzione, e, cioè, asserendo che le norme contenute nel t.u.b. riguarderebbero la fase di formazione del contratto (compresi gli obblighi precontrattuali), mentre le norme contenute nel d.lgs. n. 11 del 2010 atterrebbero al rapporto che si instaura dopo la conclusione del contratto. Infatti, è noto come fra le prime ve ne siano numerose che, pur lambendo il tema – per vero, generalissimo – della trasparenza, concernono precipuamente la fase post-negoziale (basti pensare, *ex multis*, agli obblighi sulle

⁽⁵⁶⁾ Resta in ogni caso fermo quanto disposto dall'art. 146, comma 1° e comma 2°, lett. b), n. 3, t.u.b., in virtù del quale la Banca d'Italia adotta, nell'ambito dell'esercizio del potere di sorveglianza sui sistemi di pagamento, disposizioni di carattere generale sul funzionamento, sulle caratteristiche e sulle modalità dei servizi di pagamento offerti, al fine di regolarne il funzionamento e l'affidabilità, nonché al fine di tutelare gli utenti. Sul punto, cfr. N. DE GIORGI - M.I. VANGELISTI, *La funzione di sorveglianza sul sistema dei pagamenti in Italia. Il provvedimento della Banca d'Italia del 18.9.2012 sui sistemi di pagamento al dettaglio*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 77 del settembre 2017, p. 34 ss. (in *Bancaditalia.it*).

⁽⁵⁷⁾ Provvedimento della Banca d'Italia dell'11 ottobre 2018, denominato «Abrogazione del provvedimento 5 luglio 2011, recante: “Attuazione del Titolo II del decreto legislativo n. 11 del 27 gennaio 2010 relativo ai servizi di pagamento (Diritti ed obblighi delle parti)”» (in G.U. n. 252, 29 ottobre 2018).

comunicazioni periodiche alla clientela, allo *ius variandi* del prestatore, al diritto di recesso dell'utente, ecc.).

Ad ogni modo, se da un lato tale tecnica attuativa risulta certamente criticabile, giacché, sul piano metodologico, un fenomeno unitario meriterebbe di essere regolato da una normativa altrettanto unitaria ed organica – per non dire, poi, delle difficoltà che una siffatta tecnica comporta sotto il profilo sistematico-ricostruttivo ⁽⁵⁸⁾ –, dall'altro lato è pur vero che un'allocatione diversa da quella realizzata con il d.lgs. n. 218 del 2017 si sarebbe rivelata inspiegabilmente sfuggente all'attrattività alluvionale dell'attuale disorganico impianto legislativo in materia di legislazione bancaria e finanziaria.

⁽⁵⁸⁾ A titolo esemplificativo, basti pensare che nel capo II-*bis* del t.u.b. non viene riprodotto il contenuto dell'art. 2 d.lgs. n. 11 del 2010 che specifica l'ambito di applicazione territoriale e materiale della disciplina (anche) sulla trasparenza contrattuale. Ciò, invero, costringe l'interprete, ed in particolare l'operatore, ad un accostamento costante del testo dei due atti normativi citati, onde evitare l'erronea applicazione della disciplina.

LA PRESTAZIONE DI SERVIZI DI PAGAMENTO DOPO
L'ATTUAZIONE IN ITALIA DELLA DIR. 2015/2366/UE:
SOGGETTI, ATTI E RAPPORTI COINVOLTI

SOMMARIO: 1. Introduzione. Le innovazioni apportate dalla regolamentazione delle attività svolte dai cc.dd. *third-party providers*. - 2. I servizi di disposizione di ordine di pagamento. - 2.1. La struttura dell'operazione di trasferimento di fondi effettuata per il tramite di un prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento. Sul concetto di «disposizione» di un ordine di pagamento; - 2.2. (*Segue*) Una «*gimkana* normativa»: digressione (necessaria) sulla bipartizione fra operazioni di pagamento eseguite su iniziativa del pagatore e operazioni di pagamento eseguite su iniziativa del beneficiario. - 2.2.1. Le operazioni di pagamento avviate su iniziativa del pagatore (*credit transfers*). In particolare: il bonifico ordinario SEPA. La recente introduzione del bonifico istantaneo: conseguenze giuridiche e prospettive per il mercato dei servizi di pagamento. - 2.2.2. Le operazioni di pagamento avviate su iniziativa del beneficiario (*debit transfers*). Il quadro previgente: la procedura italiana relativa ai Rapporti Interbancari Diretti (RID) e il modello germanico del *Lastschrift*. - 2.2.3. (*Segue*) La definitiva migrazione verso la SEPA e il ruolo imprescindibile dell'autoregolamentazione di settore promossa dallo *European Payments Council*. - 2.2.4. (*Segue*) Gli schemi dell'addebito diretto SEPA «*core*» e dell'addebito diretto SEPA fra imprese. La posizione del pagatore consumatore o microimpresa che abbia subito un addebito in esecuzione di un servizio «B2B» e l'ipotesi di antinomia fra schema e contratto “individuale”. - 2.2.5. Struttura e varietà delle operazioni di trasferimento e di ritiro di fondi di-sposte mediante carte di pagamento: *tertium genus*? I servizi *non card-based* e il principio di atipicità degli strumenti di pagamento (o di neutralità tecnologica). - 2.3. Considerazioni conclusive sul servizio di disposizione di ordine di pagamento: ancora sul concetto di «disposizione». Il prestatore del servizio dispositivo come *nuncius* dell'utente e la polivalenza della nozione di «ordine di pagamento». - 2.4. Proposta per una classificazione alternativa delle operazioni di pagamento: operazioni avviate e interamente gestite dal beneficiario, operazioni autenticate dal pagatore e operazioni interamente gestite dal pagatore. - 3. I servizi di emissione di strumenti di pagamento basati su carta di cui all'art. 5-*bis* d.lgs. n. 11 del 2010. L'inammissibilità delle pratiche che comportano un eccesso di interme-

diatazione. - 4. I servizi che forniscono informazioni aggregate sui conti di pagamento. -
 5. Il contratto di prestazione di servizi di pagamento quale contratto tipico a oggetto eterogeneo. Il principio di neutralità dell'intermediazione nei pagamenti e la natura meramente materiale dell'attività dedotta in obbligazione.

1. *INTRODUZIONE. LE INNOVAZIONI APPORTATE DALLA REGOLAMENTAZIONE DELLE ATTIVITÀ SVOLTE DAI CC.DD. THIRD-PARTY PROVIDERS.*

Il d.lgs. n. 218 del 2017, come s'è accennato, nel recepire la seconda direttiva sui servizi di pagamento nell'ordinamento italiano, ha apportato sostanziali modifiche e integrazioni al d.lgs n. 11 del 2010 e, specialmente, per quanto qui interessa, al titolo II dedicato ai «diritti ed obblighi delle parti».

Il mutamento che appare più significativo – e che, invero, ha dato l'abbrivio al presente studio – discende indirettamente dall'ampliamento, avvenuto ad opera della PSD2, della lista relativa alle tipologie di servizi di pagamento erogabili dai prestatori all'uopo abilitati.

Difatti, nell'elenco di cui all'allegato I alla dir. 2015/2366/UE ⁽¹⁾ – il quale ha sostituito l'allegato collocato in calce all'abrogata dir. 2007/64/CE – oggi figurano anche i «servizi di disposizione di ordine di pagamento» (o PISPs, *Payment Initiation Service Providers*) e i «servizi di informazione sui conti» (o AISPs, *Account information Service Providers*) ⁽²⁾, ambedue caratterizzati per il

⁽¹⁾ Il citato allegato I è testualmente richiamato dall'art. 4, n. 3, dir. 2015/2366/UE, ove i «servizi di pagamento» sono, appunto, definiti come «una o più attività commerciali di cui all'allegato I».

⁽²⁾ Va, peraltro, rilevato che la nuova lista di cui all'allegato I della PSD2, non annovera più, fra i servizi di pagamento, quelli di cui al n. 7 dell'allegato previgente e relativi alla «esecuzione di operazioni di pagamento ove il consenso del pagatore ad eseguire l'operazione di pagamento sia dato mediante un dispositivo di telecomunicazione, digitale o informatico e il pagamento sia effettuato all'operatore del sistema o della rete di telecomunicazioni o digitale o

fatto di essere erogati dai c.d. *third-party providers* (TPP), così chiamati per essere essi soggettivamente distinti dagli istituti ove è radicato il conto corrente (*rectius*: il conto di pagamento) dell'utente (i prestatori di servizi di pagamento di radicamento del conto sono anche noti con l'acronimo «ASPSPs», *Account Servicing Payment Service Providers*).

Specularmente, con l'attuazione della PSD2 nell'ordinamento municipale ad opera del d.lgs. n. 218 del 2017, dette tipologie di servizi di pagamento sono state inserite nell'elenco di cui all'art. 1, comma 2°, lett. *h-septies.1*), t.u.b., al quale fa espresso rinvio l'art. 1, comma 1°, lett. *b*), d.lgs. n. 11 del 2010.

Con la misura in parola, l'Unione europea, nell'ambito della realizzazione del c.d. *digital single market* ⁽³⁾, ha inteso sviluppare ulteriormente le condizioni per l'incremento della concorrenza nel mercato *retail* dei servizi di pagamento elettronici, valorizzando e stimolando l'innovazione tecnologica e diversificando l'offerta a vantaggio degli utenti.

Siffatto obiettivo, per verità, era già stato coltivato mediante l'incremento del numero di soggetti autorizzati a fornire servizi di pagamento,

informatica che agisce esclusivamente come intermediario tra l'utente di servizi di pagamento e il fornitore di beni e servizi». Al riguardo, cfr. P. MARULLO REEDTZ, *sub* art. 1, comma 1°, lett. *b*), *l*) e *n*), d.lgs. n. 11 del 2010, in M. MANCINI - M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento. Commentario al d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11*, Torino, 2011, p. 12 ss.

⁽³⁾ Cfr. la comunicazione del 6 maggio 2015 della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, denominata «Strategia per il mercato unico digitale in Europa» [COM(2015) 192 final], in particolare, il par. 4.2 («Aumentare la competitività grazie all'interoperabilità e alla standardizzazione»), p. 16 ss. Sulla realizzazione del mercato comune digitale, v. anche, *ex multis*, D. WALLIS, *Digital agenda: the role of the legal community in helping the EU legislator*, in *Journal of European consumer and market law (EuCML)*, 2016, 5, p. 1 ss.; R. SCHULZE - D. STAUDENMAYR, *Digital revolution. Challenges for Contract Law*, in *Digital revolution. Challenges for Contract Law in practice*, a cura di R. SCHULZE - D. STAUDENMAYR, Baden-Baden - Oxford, 2016, p. 19 ss.

avvenuto, in prima battuta, a séguito dell'attuazione della dir. 2000/46/CE (successivamente abrogata e sostituita dalla dir. 2009/110/CE), allorché s'erano introdotti gli istituti di moneta elettronica (IMEL), e, in seconda battuta, a séguito dell'attuazione della PSD, la quale aveva previsto che la prestazione di servizi di pagamento potesse essere effettuata, oltre che dai soggetti già esistenti e appositamente autorizzati – primi fra tutti le banche –, anche dagli istituti di pagamento, la cui definizione è contenuta nell'art. 1, comma 2°, lett. *h-sexies*), t.u.b., ove si adotta un criterio definitorio di tipo residuale: si legge, infatti, che sono istituti di pagamento «le imprese, diverse dalle banche e dagli istituti di moneta elettronica, autorizzate a prestare i servizi di pagamento» ⁽⁴⁾. All'esito di tale processo, allora, il vigente art. 114-*sexies* t.u.b., inserito dall'art. 33, comma 1°, d.lgs. n. 11 del 2010 e non modificato in sede di attuazione della PSD2, oggi dispone che «la prestazione di servizi di pagamento è riservata alle banche, agli istituti di moneta elettronica e agli istituti di pagamento» ⁽⁵⁾.

⁽⁴⁾ In materia di istituti di pagamento cfr., *ex multis*, V. SANTORO, *Gli istituti di pagamento*, in M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, cit., p. 49 ss.; ID., *Gli istituti di pagamento*, in M. MANCINI - M. PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 63 - dicembre 2008, p. 25 ss. (in *Bancaditalia.it*); A. TROISI, *sub art. 114-septies*, in *Comm. al t.u.b.* diretto da F. CAPRIGLIONE, II, Milano, 2018, p. 1765 ss.

⁽⁵⁾ La citata disposizione aggiunge, altresì, che «possono prestare servizi di pagamento, nel rispetto delle disposizioni ad essi applicabili, la Banca centrale europea, le banche centrali comunitarie, lo Stato italiano e gli altri Stati comunitari, le pubbliche amministrazioni statali, regionali e locali, nonché Poste Italiane». Ad ogni modo, «la lista di cui all'art. 114-*sexies* consiste [...] in un elenco tassativo dei soggetti abilitati alla prestazione di servizi di pagamento rispetto al quale non sono ammesse deroghe o integrazioni»; ciò, peraltro, «parrebbe riconducibile ad una precisa scelta del legislatore nazionale, nonostante la Direttiva PSD [ma lo stesso può ancora sostenersi con riguardo alla PSD2, *nda.*] avrebbe offerto la possibilità, a certe condizioni, di consentire alla Banca d'Italia di integrare tale elenco con altri prestatori di servizi di

La PSD2, dunque, pur non ampliando il novero dei prestatori, mira ugualmente ad accrescere il livello di competizione sul mercato, attraverso la previsione e la regolamentazione delle due nuove tipologie di servizi di pagamento di cui s'è dato conto; servizi che, invero, preesistevano all'entrata in vigore della PSD2, ma che, sfuggendo all'ambito di applicazione della previgente disciplina, scontavano la difformità di regole fra i diversi Stati membri, o finanche la radicale assenza – così come in Italia – di una regolamentazione *ad hoc*.

2.. I SERVIZI DI DISPOSIZIONE DI ORDINE DI PAGAMENTO.

Tanto premesso, converrà ora accennare con un poco più di precisione a cosa si faccia riferimento allorché si discorra di «servizi di disposizione di ordine di pagamento» oppure di «servizi di informazione sui conti», pur dovendosi in questa sede limitare ad una sintetica introduzione delle indirizzate questioni, giacché esse saranno naturalmente oggetto di specifici approfondimenti e sviluppi nel corso dell'indagine.

La disposizione di ordine di pagamento, a mente dell'art. 4, n. 15, dir. 2015/2366/UE – testualmente ripreso dall'art. 1, comma 1°, lett. *b-bis*), d.lgs. n. 11 del 2010 – consiste in «un servizio che dispone l'ordine di pagamento su richiesta dell'utente di servizi di pagamento relativamente a un conto di pagamento detenuto presso un altro prestatore di servizi di pagamento» ⁽⁶⁾.

pagamento – perfino persone fisiche – nel caso di intermediari ad operatività limitata» (così, testualmente, A. MARTELLONI, *sub art. 114-sexies*, in *Comm. al t.u.b.* diretto da F. CAPRIGLIONE, II, cit., p. 1761).

⁽⁶⁾ Al riguardo, v. anche il 27° *considerando* della dir. 2015/2366/UE: «Successivamente all'adozione della direttiva 2007/64/CE si sono diffusi nuovi tipi di servizi di pagamento, specialmente nel settore dei pagamenti tramite Internet. In particolare si sono evoluti i servizi di disposizione di ordine di pagamento nel settore del commercio elettronico. Tali servizi di pagamento svolgono un ruolo nei pagamenti in detto settore mediante un *software* che fa da ponte

Si tratta, in buona sostanza, di servizi a tecnologia digitale che permettono all'utente di ordinare un pagamento per il tramite di un prestatore che, pur non avendo radicato presso di sé il conto corrente *online* dell'utente, ha cionondimeno diritto di accedervi (*rectius*: di accedere alle informazioni riguardanti il conto e rilevanti ai fini del pagamento), così potendo verificare l'esistenza dei fondi necessari per l'esecuzione dell'operazione programmata ⁽⁷⁾; di conseguenza, il PISP, per conto dell'utente, ordina alla banca che detiene il conto di eseguire l'operazione di deportazione di fondi a favore del beneficiario ⁽⁸⁾. Quest'ultimo, in particolare, s'identifica il più delle volte con un esercente, di talché, in tali ipotesi, l'ordine di pagamento sarà per l'appunto emanato allo scopo di adempiere all'obbligazione pecuniaria sorta da una transazione conclusa generalmente sul *web* oppure – sebbene con minor frequenza – stipulata all'interno dei locali commerciali dell'esercente medesimo, benché non possa escludersi in principio che il trasferimento di denaro possa essere comandato

tra il sito *web* del commerciante e la piattaforma di *online banking* della banca del pagatore per disporre pagamenti via Internet sulla base di bonifici».

⁽⁷⁾ Al riguardo, può citarsi qualche esempio di successo: *Google Wallet*, *PayPal*, *Apple Pay*, *Samsung Pay*, *Amazon Pay*; in Norvegia, poi, è diffusa l'applicazione *Vipps*, così come in Svezia è diffusa *Swish* e in Danimarca *MobilPay*. Differente, invece, è il servizio *Satispay*, di recente diffusione, giacché esso non consente di disporre ordini di pagamento, ma si sostanzia in un borsellino elettronico – e, dunque, in uno strumento di moneta elettronica –, che viene ricaricato settimanalmente in automatico mediante un addebito diretto sul conto dell'utente, in base a un «*budget*» che quest'ultimo ha previamente impostato; laddove, al termine del periodo concordato, invece, il valore monetario presente sul borsellino elettronico sia superiore alla soglia impostata, il servizio accrediterà con un bonifico l'eccedenza sul conto dell'utente abbinato.

⁽⁸⁾ Con riguardo alla struttura dell'operazione di pagamento realizzata allorquando ci si avvalga di un servizio di disposizione di ordine di pagamento, si veda, però, quanto si sta per precisare nel prosieguo del testo.

anche al di fuori di una fornitura professionale di beni o servizi, conformemente alle funzionalità offerte dal servizio dispositivo nella specie utilizzato ⁽⁹⁾.

In particolare, poi, va evidenziato come la prestazione di tale servizio non sia subordinata all'esistenza di un rapporto contrattuale tra il prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento e il prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto (art. 5-ter, comma 1°, d.lgs. n. 11 del 2010; art. 66, par. 5, dir. 2015/2366/UE), sussistendo un vero e proprio dovere di fonte legislativa in capo al secondo di permettere al primo di accedere alle informazioni riguardanti il conto e rilevanti ai fini del pagamento ⁽¹⁰⁾.

Ciò acclarato, va altresì precisato che – com'è del resto documentato dalla prassi – il servizio di disposizione di ordine di pagamento, onde inoltrare lo *iussum* al prestatore che deve eseguire l'operazione, anziché servirsi delle coordinate bancarie (*rectius*: delle coordinate relative al conto gestito da un istituto bancario o aperto presso qualsiasi altro PSP di radicamento del conto di pagamento) – è cioè, in buona sostanza, dell'*International Bank Account Number* (IBAN) ⁽¹¹⁾ – ben potrebbe funzionare sulla base di una carta di pa-

⁽⁹⁾ Sicché, nell'ipotesi da ultimo indirizzata – quella, cioè, relativa ad un trasferimento di denaro disposto al di fuori di una fornitura professionale di beni o servizi –, le parti dell'operazione di pagamento potranno essere finanche due consumatori.

⁽¹⁰⁾ Il punto sarà, peraltro, approfondito nei paragrafi successivi, e ripreso lungo il cap. II. Ad ogni modo, la circostanza per la quale non si rende necessaria una relazione contrattuale fra PISP e istituto di radicamento del conto per potersi individuare una precisa obbligazione nel senso chiarito in capo quest'ultimo non esclude che – come sempre accade nella prassi – non vengano sottoscritti specifici protocolli volti a dettare le regole tecniche per consentire l'accesso; protocolli che non possono per principio dirsi incompatibili con la natura giuridica di contratto.

⁽¹¹⁾ L'IBAN è il codice sintetico utilizzato nelle transazioni sia domestiche sia internazionali per effettuare il trasferimento di fondi tra due conti di pagamento; esso è composto, a sua volta, dal codice relativo alla identificazione del Paese ove è radicato il conto, dal codice di identificazione della banca, nonché del numero del conto di pagamento. In Italia esso si compone di ventisette caratteri. Dall'IBAN deve tenersi distinto il codice BIC (*Bank Identifier Code*) o SWIFT (*Worldwide Interbank Financial Telecommunication*), utilizzato, nei trasferimenti

gamento e, tipicamente, sulla base di una carta di debito che, come tale, permette di attingere i danari direttamente dal conto cui è associata ⁽¹²⁾: l'utente, in quest'ipotesi, anziché comunicare al PISP gli estremi del conto, fornisce al medesimo i dati relativi allo «strumento di pagamento basato su carta» utilizzato, ovverosia il numero della carta, la data di scadenza e il codice di sicurezza ⁽¹³⁾, quest'ultimo generalmente composto di tre cifre e posto nella barra della firma sul retro della scheda ⁽¹⁴⁾.

di denaro con bonifico internazionale, per identificare l'istituto bancario del beneficiario e generalmente composto da otto a undici caratteri alfanumerici. Va, peraltro, precisato, che la PSD e la PSD2, così come peraltro le relative norme interne di recepimento, non fanno mai esplicito riferimento al codice IBAN, ma utilizzano la generica espressione «identificativo unico», per tale intendendosi la combinazione di lettere, numeri o simboli che l'ASPSP indica al proprio correntista e che quest'ultimo, nell'ordinare un pagamento o un prelievo, deve fornire per identificare con chiarezza un altro utente e/o il conto di pagamento di questi (v. art. 4, n. 33, dir. 2015/2366/UE e art. 1, comma 1°, lett. r), d.lgs. n. 11 del 2010). Per approfondimenti al riguardo, cfr. M. MANCINI, *sub art. 1, comma 1°, lett. r)*, d.lgs. n. 11 del 2010, in M. MANCINI - M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento. Commentario al d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11*, Torino, 2011, p. 28 ss.

⁽¹²⁾ Sull'opportunità che il servizio di disposizione di ordine di pagamento possa essere collegato al conto detenuto presso l'ASPSP soltanto mediante una carta di debito emessa da quest'ultimo e non da un *third-party provider*, v. *infra*, in questo capitolo, §3.

⁽¹³⁾ Il *Card Security Code* – o *Card Verification Value* (CVV, o CVV2), la cui versione italiana è “Codice di verifica della carta” (CVC) – è, appunto, il codice di sicurezza impresso sulle carte di pagamento al fine di ridurre i rischi di uso fraudolento allorché le si impieghi per effettuare acquisti *online*; si distingue, pertanto, dal codice PIN, la cui digitazione è richiesta allorché la carta venga utilizzata per un pagamento mediante un terminale POS (*Point of Sale*) messo a disposizione dall'esercente. La vera peculiarità del CVV/CVC è quella di essere stampato ad inchiostro sulla carta di pagamento, a differenza delle altre informazioni che sono generalmente stampigliate in rilievo; inoltre, esso non viene mai riportato nei documenti di addebito, di talché ne risulta decisamente più difficile la diffusione. Va, inoltre, precisato che la richiesta del codice di sicurezza dipende dal sito *web* sul quale si effettua la transazione, essendo, appunto, ancora molto diffusi siti – si pensi al noto *Amazon* – ove detto codice non è richiesto (in tali ipotesi l'esercente si limita a richiedere il numero della carta, la relativa data di sca-

Dunque, all'esito delle considerazioni sin qui svolte, è evidente come il PISP non si limiti ad agevolare l'interscambio di informazioni commerciali fra pagatore e beneficiario ma come, diversamente, si sostituisca all'utente nell'ordinazione alla banca (*rectius*: al prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto) di eseguire un'operazione di pagamento.

Il PISP, in definitiva, non ha un ruolo suscettibile di essere annoverato fra le attività in senso proprio e stretto di intermediazione nel pagamento, giacché non viene mai in possesso dei fondi che sono oggetto del trasferimento e nemmeno può controllarli nella fase delle scritturazioni a debito e a credito, essendo quest'ultima gestita unicamente e dalla banca del pagatore e da quella del beneficiario ⁽¹⁵⁾.

I principali vantaggi che derivano all'utente dall'avvalersi del servizio in analisi si apprezzano anzitutto in termini di sicurezza e di affidabilità (*accountability*).

Per un verso, infatti, il pagatore che si serve del servizio di disposizione di ordine di pagamento, all'atto di acquisto del bene o del servizio desiderati, non comunica direttamente all'esercente le coordinate del proprio conto, né gli estremi identificativi della carta sulla base della quale eventualmente opera

denza, il prenome e il cognome del titolare). Sulle conseguenze che potrebbero discendere da una siffatta decisione del gestore del sito *web* nell'ipotesi in cui si realizzi un utilizzo fraudolento della carta di pagamento (soprattutto laddove il venditore del bene o il fornitore del servizio acquistati siano soggetti distinti dalla piattaforma d'intermediazione), v. *infra* cap. IV.

⁽¹⁴⁾ Per verità, non tutti i marchi di carte collocano il codice sulla banda della firma del titolare posta sul retro della scheda (si pensi, ad esempio, alle carte *American Express* che, a differenza di quelle marchiate *Visa* e *MasterCard*, riportano il menzionato codice di sicurezza sul fronte). Né, peraltro, tutte le carte riportano un codice a tre cifre: le carte emesse da *American Express* riportano, ad esempio, ne adottano generalmente uno a quattro cifre.

⁽¹⁵⁾ Invero, la circostanza per cui il prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento non entra mai in possesso dei fondi del cliente non è solo di carattere fattuale, ma costituisce il contenuto di un vero e proprio divieto disposto dall'art. 66, par. 3, lett. a), dir. 2015/2366/UE.

detto servizio ⁽¹⁶⁾, con conseguente riduzione dei rischi di indebita appropriazione e di frode derivanti dalla diffusione dei dati poc' anzi menzionati (si pensi, ad esempio, al rischio di clonazione dello strumento di pagamento basato su carta, o, più semplicemente, all'illecito utilizzo dei dati della carta di pagamento da parte dell'esercente, dei suoi collaboratori o di terzi che ne siano *aliunde* venuti a conoscenza).

Per altro verso, l'esercente-beneficiario, ricevendo la conferma dal PISP circa l'effettivo (e definitivo) inoltro dello *iussum* da parte dell'utente – con ciò offrendosi, quindi, la garanzia ⁽¹⁷⁾ in ordine all'esistenza dei fondi necessari per far fronte al debito pecuniario, nonché in ordine al regolare avviamento del procedimento di trasmissione del denaro ⁽¹⁸⁾ –, sarà incentivato ad eseguire la prestazione sorta a suo carico senza esitazione alcuna e senza inefficienti differimenti temporali (ad esempio, consegna della merce, erogazione del servizio).

A ciò, peraltro, possono aggiungersi talune funzionalità o amenità accessorie, offerte dai PISP allo scopo di rendere i loro servizi più accattivanti e competitivi sul mercato, le quali generalmente sono volte a incrementare la soglia di sicurezza dell'operazione di pagamento o financo della transazione (si pensi, rispettivamente, alla clausola contenuta nel contratto intercorrente fra il PISP e l'utente, con la quale il primo si obblighi nei confronti del secondo a tenerlo indenne dalle eventuali frodi – *i.e.*, dagli eventuali trasferimenti di denaro

⁽¹⁶⁾ Dei dati del conto – sicuramente non quelli della carta – non dovrebbe esservi traccia nemmeno nell'estratto conto bancario (o, in alternativa, dovrebbero esservi riportati solo parzialmente, onde prevenirne la spendita illecita). Per l'identificazione delle parti della transazione, infatti, oltre alle circostanze di tempo e di luogo del pagamento, viene riportato il nome dell'intestatario del conto di asportazione o di quello di destinazione.

⁽¹⁷⁾ Il termine «garanzia» va qui inteso in senso atecnico, quale sinonimo di «assicurazione».

⁽¹⁸⁾ È, infatti, esclusa – similmente a quanto accade per le operazioni disposte mediante carte di pagamento – la facoltà di revoca del consenso all'operazione da parte del pagatore, accordatagli invece, pur entro precisi limiti temporali, nel caso del bonifico e nel caso dell'addebito diretto: cfr. l'art. 17, comma 2°, d.lgs. n. 11 del 2010.

non autorizzati – ⁽¹⁹⁾), oppure si collocano nell’ambito delle promozioni di fidelizzazione del cliente (si pensi al servizio di *cashback* ⁽²⁰⁾, all’accumulo di punti spendibili per accedere a scontistiche praticate da esercenti terzi convenzionati con il PISP, ecc.).

L’art. 5-ter d.lgs. n. 11 del 2010¹, inserito ad opera dell’art. 2, comma 6°, d.lgs. n. 218 del 2017, riproducendo pressoché testualmente l’art. 66 dir. 2015/2366/UE, detta i presupposti e le regole per l’accesso ai conti da parte dei prestatori di servizi di disposizione di ordini di pagamento:

a) il conto di pagamento deve essere accessibile *online*, senza, peraltro, che il prestatore di radicamento del conto possa negare l’accesso in mancanza di un rapporto contrattuale con il PISP richiedente, e del quale l’utente ha liberamente deciso di avvalersi;

b) il PISP – come accennato – non può in alcun momento detenere i fondi del pagatore e non può modificare l’importo dell’operazione;

c) il PISP ha il dovere di provvedere (obbligo di protezione) affinché le credenziali di sicurezza personalizzate del pagatore non siano accessibili ad altri fuorché al pagatore stesso e all’emittente delle credenziali; provvede altresì a

⁽¹⁹⁾ Sul punto si tornerà più diffusamente *infra*, cap. IV, allorquando si indagheranno le regole di attribuzione e ripartizione della responsabilità al ricorrere di operazioni di pagamento non autorizzate, ove s’avrà anche modo e occasione di riflettere sulla posizione del PISP che si sia obbligato nel senso sopra chiarito (lo stesso, peraltro, vale anche per il servizio c.d. di *fund-checking* basato su carta).

⁽²⁰⁾ Il servizio di ritorno di denaro (maggiormente noto come «*cashback*» o «*money-back*»: il nome varia al variare del fornitore) consiste nel rimborso immediato di una percentuale dell’importo dell’operazione ad opera del PISP; rimborso che, però, generalmente viene accreditato non sul conto corrente detenuto presso l’ASPSP dal quale derivano i fondi utilizzati per il pagamento, bensì sul conto di pagamento attivo sull’area riservata *online* gestita per l’appunto dal prestatore che, fra gli altri, fornisce anche il servizio di disposizione di ordine di pagamento. Sicché – giova evidenziarlo, ancorché ovvio – l’unico soggetto obbligato al “ritorno” di denaro è il PISP e non l’istituto ove è radicato il conto dell’utente utilizzato per il pagamento. Nell’ipotesi qui considerata è evidente che al servizio di disposizione di ordine di pagamento si affianca un servizio tipicamente di moneta elettronica (borsellino elettronico).

che qualunque altra informazione sul pagatore, ottenuta nella prestazione del servizio di disposizione di ordine di pagamento, sia fornita esclusivamente al beneficiario e solo con il consenso esplicito del pagatore;

d) il PISP non è legittimato a pretendere dal pagatore dati diversi da quelli necessari per prestare il servizio, e non usa né conserva dati né vi accede per fini diversi da quelli cui è volta la propria attività di intermediario, né non conserva dati sensibili relativi ai pagamenti del pagatore;

e) non modifica l'importo, il beneficiario o qualsiasi altro dato dell'operazione;

L'art. 5-ter d.lgs. n. 11 del 2010¹ detta anche disposizioni rivolte al prestatore di radicamento del conto coinvolto in un'operazione disposta attraverso un PISP. In sintesi:

a) l'istituto di radicamento del conto, immediatamente dopo aver ricevuto l'ordine di pagamento, fornisce a quest'ultimo tutte le informazioni sull'ordine di pagamento e sulla relativa esecuzione che egli ha a disposizione;

b) il medesimo, infine, è tenuto a trattare in maniera eguale – cioè a tenere in eguale considerazione, dandovi esecuzione – gli ordini pervenutigli attraverso un PISP e gli ordini pervenutigli direttamente dal «pagatore» ⁽²¹⁾, «fatte salve ragioni obiettive riferibili, in particolare, ai tempi, alla priorità o alle spese applicabili».

⁽²¹⁾ Mal si comprende il motivo per il quale la disposizione – che, peraltro, ricalca testualmente quella contenuta nella PDS2 – utilizzi il termine «pagatore» anziché quello di «utente». Come si dirà al termine dello studio sui servizi di pagamento, infatti, del servizio offerto dai PISPs ben potrebbe avvalersi anche il beneficiario nella veste di ordinante; sicché, quando lo *iussum*, per il tipo di operazione, fosse emesso dal beneficiario non si vede perché il relativo PSP di radicamento del conto non dovrebbe anch'esso essere tenuto al rispetto della regola di pari dignità fra gli ordini pervenutigli direttamente dal cliente e gli ordini pervenutigli per il medio del PISP.

2.1. *LA STRUTTURA DELL'OPERAZIONE DI TRASFERIMENTO DI FONDI EFFETTUATA PER IL TRAMITE DI UN PRESTATORE DI SERVIZI DI DISPOSIZIONE DI ORDINE DI PAGAMENTO. SUL CONCETTO DI «DISPOSIZIONE» DI UN ORDINE DI PAGAMENTO;*

Per quanto attiene alla sua articolazione strutturale, non è affatto pacifico che l'operazione di deportazione dei fondi eseguita con l'intermediazione di un prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento si configuri alla stregua di una procedura c.d. di *credit transfer*, e che cioè, come tale, sia eseguita su iniziativa del pagatore. Difatti, secondo una ricostruzione recentemente proposta, «tramite il “servizio di disposizione di ordini” [...] il pagatore può [...] disporre un pagamento *online* mediante addebito diretto sul proprio conto corrente»⁽²²⁾.

Ora, per verità, una definizione di tal fatta appare idonea a suscitare già da principio qualche considerazione e, più precisamente, costringe a fare chiarezza sul linguaggio – spesso non del tutto condiviso – che ricorre nelle trattazioni in materia di diritto dei pagamenti elettronici.

Nel dettaglio, con specifico riguardo all'enunciato poc'anzi richiamato, mal si comprende come possa essere il «pagatore» a «disporre un pagamento *online* mediante addebito diretto sul proprio conto corrente», dal momento che – come si dirà diffusamente più innanzi – l'addebito diretto è l'archetipo delle operazioni di pagamento eseguite su iniziativa (non del pagatore ma) del beneficiario (c.d. *debit transfer*).

In altri termini, delle due l'una: mediante il servizio dispositivo, o è il pagatore ad assumere l'iniziativa volta ad attivare la procedura per il trasferimento dei fondi – e, in tale ipotesi, l'operazione si configurerà piuttosto come un *credit transfer*, ancorché non vi sia stato alcun contatto diretto fra utente-

⁽²²⁾ Così, testualmente, M. GIULIANO, *L'adempimento delle obbligazioni pecuniarie nell'era digitale. Dalla moneta legale alla moneta scritturale e digitale “legalmente” imposta*, cit., p. 32.

pagatore e PSP di radicamento del conto in ragione dell'intermediazione operata dal terzo prestatore –, oppure a «disporre» l'operazione sarà, benché sempre attraverso il PISP, il creditore-beneficiario, trovando applicazione, in quest'ultima ipotesi, lo schema (non già dell'addebito diretto ma) del *debit transfer*.

A ben vedere, però, l'elemento spendibile per la composizione di tale controversa questione interpretativa risiede nel significato che si intende attribuire al termine «disporre», assodato che esso evidentemente nulla ha a che fare con la tradizionale – sebbene, invero, nient'affatto piana e univoca – nozione di «atto dispositivo» adottata dal diritto civile interno ⁽²³⁾.

⁽²³⁾ Pur non essendo questa la sede opportuna per ripercorrere l'avvicinata trama delle speculazioni vertenti sul concetto civilistico di «atto di disposizione», appare però opportuno compendiarne gli snodi essenziali, se non altro per giustificare l'assunto – sposato nell'impostazione qui proposta – in base al quale detto concetto s'atteggia come del tutto estraneo a quello utilizzato dalla normativa di derivazione europea sui servizi di pagamento.

Allo scopo, sarà sufficiente dar conto del fatto che la nozione di «dispositività» non ha la ventura di essere pacifica nelle trattazioni di diritto privato e, così, il significante «dispositivo» è utilizzato nei significati più diversi. L'accezione probabilmente più ampia di «disposizione» discende dalla distinzione fra atti giuridici dichiarativi (ad esempio, la promessa di pagamento, la ricognizione di debito, il contratto di accertamento, ecc.) e atti giuridici dispositivi: «quest'ultimi costituiscono, regolano o estinguono rapporti giuridici patrimoniali; i primi si limitano a dichiarare o ad accertare [...] un preesistente rapporto giuridico patrimoniale, già prodotto da altra fonte, oppure a dichiarare l'inesistenza, come nel caso dell'accordo di simulazione, di un rapporto apparentemente costituito» (così F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. comm.* già diretto da A. CICU e F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI e P. SCHLESINGER, Milano, 2002, p. 118).

Fecondi sono, poi, gli studi sulla dispositività del negozio giuridico mutuati dalla dottrina tedesca: «Appena accennato nella dottrina pandettistica, il concetto di (atto di) disposizione (*Verfügung*) è stato elaborato dalla dottrina del codice civile germanico per designare una categoria di negozi giuridici (*Verfügungsgeschäfte*) contrapposta ai negozi obbligatori (*Verpflichtungsgeschäfte*). Col termine «*Verfügung*» la dottrina germanica [...] intende qualunque negozio giuridico che produce immediatamente il trasferimento, la modificazione o l'estinzione di un preesistente diritto soggettivo patrimoniale. [...] Il loro effetto si traduce direttamente in una

Dunque, in prima battuta, con il termine «disposizione» potrebbe designarsi l'attività di avvio (o di innesco) della complessa procedura elettronica di trasferimento della moneta scritturale, consistente, cioè, in quello che viene comunemente definito «*iussum*», ovverosia l'atto dell'utente-pagatore o dell'utente-beneficiario con il quale si ordina – si «dispone», per l'appunto – al proprio PSP rispettivamente il trasferimento di denaro o la riscossione del medesimo.

A favore di questa prima soluzione, invero, parrebbe militare la maggior parte delle versioni linguistiche della dir. 2015/2366/UE, le quali, almeno sul piano della scelta lessicale, evidenzerebbero così l'attitudine del servizio di disposizione di ordine di pagamento a dare l'abbrivio all'operazione: basti pensare, a titolo esemplificativo, all'espressione «*payment initiation service*» della versione inglese; al «*service d'initiation de paiement*» di quella francese; al «*servicio*

perdita di attivo [...]; per contro i negozi obbligatori, quando sono destinati a determinare una diminuzione patrimoniale (il che non sempre accade: si pensi ai contratti che obbligano una delle parti a una mera attività, come il contratto di lavoro), producono questo risultato non immediatamente, ma attraverso lo strumento dell'obbligo e la corrispondente (ulteriore) attività di adempimento [...], sì che il loro effetto immediato (di natura strumentale, non finale) non implica una perdita di attivo patrimoniale, ma piuttosto l'assunzione di un passivo» (così L. MENGONI - F. REALMONTE, voce *Disposizione (atto di)*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 189 ss.; ma in termini non troppo dissimili s'esprimeva anche F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 134 ss.: «La volontà, che va intesa non nel senso generico di volontà atta a tradursi, ma nel senso specifico di volontà già tradotta in una disposizione o in un comando, costituisce la sostanza o, come anche si dice, il contenuto del negozio. È questo elemento che fa del negozio una categoria distinta, e più precisamente la massima categoria degli atti giuridici privati, perché [...] qui non solo l'atto, ma gli effetti dell'atto sono voluti dal privato e si producono in quanto voluti. Trattasi [...] di una volontà concreta, consistente in una disposizione in senso stretto, quando è immediatamente operativa sulla situazione giuridica esistente, oppure in un comando, cioè in una regola obbligatoria di comportamento, che l'autore o gli autori del negozio pongono a se stessi: ciò che è espresso appunto dalla parola autonomia»; v. anche G. GORLA, *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, *Riv. dir. comm.*, 1956, I, p. 18 ss.).

de iniciación del pago» della versione spagnola; oppure, in maniera ancora più significativa, alla variante tedesca «*Zahlungsauslösedienst*», ove l'utilizzo del verbo *Auslöser* rende compiutamente l'idea dell'«innesco» del procedimento.

Tuttavia, va osservato che, prediligendo questa prima soluzione ermeneutica – quella, cioè, per la quale «disporre» un'operazione significherebbe tecnicamente (e solamente) «iniziare» o «innescare» la procedura di movimentazione dei fondi –, il paradosso poco più sopra messo in luce rimarrebbe inevitabilmente insoluto ⁽²⁴⁾, giacché – converrà ribadirlo – se l'operazione eseguita per il tramite del PISP è «disposta» (*i.e.* è «iniziata») dal pagatore, essa non può di certo concretarsi in una procedura di addebito diretto, e ciò per via della stessa definizione che di esso dà la PSD2 ⁽²⁵⁾, ove si mette incontrovertibilmente in luce l'appartenenza dell'addebito diretto alle operazioni di pagamento eseguite su iniziativa del beneficiario.

Secondo l'art. 4, n. 23, dir. 2015/2366/UE, infatti, l'«addebito diretto» consiste in «un servizio di pagamento per l'addebito di un conto di pagamento del pagatore in cui un'operazione di pagamento è disposta dal beneficiario in base al consenso dato dal pagatore al beneficiario, al prestatore di servizi di pagamento del beneficiario o al prestatore di servizi di pagamento del pagatore stesso» ⁽²⁶⁾; del pari, sebbene in maniera più sintetica, il reg. (UE) n. 260/2012,

⁽²⁴⁾ Per chiarezza, gioverà rammentare che il paradosso cui qui si fa riferimento è quello che origina dalla ricostruzione proposta in dottrina (v. *supra*, in questo capitolo, nt. 20) secondo la quale «tramite il “servizio di disposizione di ordini” [...] il pagatore può [...] disporre un pagamento *online* mediante addebito diretto sul proprio conto corrente».

⁽²⁵⁾ La definizione di «addebito diretto» contenuta nella PSD2 è perfettamente coincidente con quella recata dall'art. 4, n. 23, dell'abrogata dir. 2007/64/CE (PSD).

⁽²⁶⁾ Di poco differente è la trasposizione italiana della definizione di «addebito diretto», definito dall'art. 1, comma 1°, d.lgs. n. 11 del 2010 come «un servizio di pagamento per l'addebito del conto di pagamento di un pagatore in base al quale un'operazione di pagamento è disposta dal beneficiario *in conformità* [e non «in base», *nda.*] al consenso dato dal pagatore al beneficiario, al prestatore di servizi di pagamento del beneficiario o al prestatore di servizi di pagamento del pagatore medesimo».

il quale disciplina i requisiti tecnici e commerciali per i bonifici e gli addebiti diretti in euro, all'art. 2, n. 2 definisce l'«addebito diretto» come «un servizio di pagamento nazionale o transfrontaliero per l'addebito di un conto di pagamento del pagatore in cui un'operazione di pagamento è iniziata dal beneficiario in base al consenso del pagatore».

In seconda battuta, in qualità di opzione ermeneutica alternativa, con il termine «disposizione» potrebbe designarsi l'atto con il quale il pagatore effettua la propria autenticazione, accreditandosi presso il prestatore del servizio dispositivo, nel rispetto delle procedure informatiche con esso concordate (*rectius*: unilateralmente predisposte dallo stesso fornitore del servizio).

In tal modo, il pagatore – qui da intendersi propriamente come la persona fisica che nel caso di specie conclude la transazione *online* per l'acquisto di beni o servizi – dà prova di essere legittimato a sovrintendere alle movimentazioni dei fondi detenuti nel conto collegato al servizio dispositivo ⁽²⁷⁾, e cioè dà prova che la sua persona corrisponde – utilizzando l'espressione adottata dalla Commissione europea nel reg. dlg. (UE) n. 389 del 2018 – all'«utente legittimo» ⁽²⁸⁾.

⁽²⁷⁾ Giova rammentare che la maggior parte dei PISP offre la possibilità all'utente di collegare il servizio dispositivo al conto di pagamento radicato presso l'ASPSP non solo mediante la comunicazione del codice IBAN, ma anche attraverso l'inserimento degli estremi della carta di debito (sul punto v. *supra*, in questo capitolo, § 1.1, e in particolare la nt. x). Tuttavia, al riguardo va precisato che la modalità con la quale viene associato il conto al servizio erogato dal PISP non incide sulle modalità di autenticazione dell'utente nell'ambito di una procedura di trasferimento di fondi, giacché tali modalità dovranno essere sempre e comunque conformi alle norme sull'autenticazione forte dettate dalla PSD2, nonché dal reg. dlg. (UE) n. 389 del 2018 (in tema v. *infra*, cap. II, § x).

⁽²⁸⁾ Cfr. il 1° *considerando* del reg. delg. (UE) n. 389 del 2018: «La procedura di autenticazione [...] dovrebbe altresì garantire che l'utente dei servizi di pagamento sia l'utente legittimo, che pertanto acconsente al trasferimento di fondi e all'accesso alle informazioni sul suo conto attraverso un utilizzo normale delle credenziali di sicurezza personalizzate». Il punto sarà naturalmente approfondito lungo il secondo capitolo.

Sicché, in definitiva, ove si adottasse l'esposta soluzione interpretativa, «disporre» varrebbe «autorizzare», e l'autenticazione dell'utente sarebbe perciò la via per giungere allo svelato fine di acconsentire alla procedura di riscossione dei fondi; procedura che, in quest'ordine di idee, non potrà che essere stata iniziata, intrapresa, innescata, dall' esercente-beneficiario. Solo in tal maniera, allora, sembra possibile superare il corto circuito più volte decritto e, quindi, coniugare lo schema dell'addebito diretto, come tale «disposto» dal beneficiario, con la «disposizione» (*i.e.* la «autorizzazione») dell'operazione ad opera del pagatore.

Va detto, tuttavia, in parziale anticipazione delle conclusioni cui si perverrà, che non è questa la soluzione interpretativa preferibile, e ciò sia per ragioni di carattere formale – non ultime quelle, già esposte, connesse alla portata semantica del testo di legge –, sia per ragioni di caratura sostanziale, quest'ultime connesse all'oggetto precipuo del servizio dispositivo, inteso, in senso tecnico, come la prestazione concretamente svolta dal soggetto che lo eroga, e che, per il medio della definizione e della disciplina di legge, assurge a elemento paradigmatico e distintivo della fattispecie.

Occorre, però, procedere con ordine e cautela, giacché la problematica in analisi, lungi dal rivestire mera valenza speculativa, presenta all'opposto ricadute pratiche di grave momento. Infatti, è noto come la disciplina di derivazione eurounitaria sui diritti e gli obblighi delle parti, le quali abbiano stipulato un contratto di prestazione di servizi di pagamento, faccia dipendere l'applicazione di interi aggregati regolamentari dalla circostanza che l'operazione di trasferimento di fondi sia stata innescata dall'utente-pagatore o dall'utente-beneficiario; basti pensare, a titolo esemplificativo, agli artt. 13 e 14 d.lgs. n. 11 del 2010, che disegnano il sistema dei rimborsi esigibili dal pagatore nel caso in cui possa utilmente contestare l'avvenuta esecuzione di una operazione (autorizzata) di prelievo di fondi intrapresa dal beneficiario.

2.2. (SEGUE) *UNA «GIMKANA NORMATIVA»: DIGRESSIONE (NECESSARIA) SULLA BIPARTIZIONE FRA OPERAZIONI DI PAGAMENTO ESEGUITE SU INIZIATIVA DEL PAGATORE E OPERAZIONI DI PAGAMENTO ESEGUITE SU INIZIATIVA DEL BENEFICIARIO.*

Impostata nei termini suddetti – ed evidentemente non ancora risolta – la controversa questione avente ad oggetto la struttura dell’operazione di pagamento effettuata per il tramite di un servizio dispositivo, converrà ora volger lo sguardo al dato positivo, nel tentativo di individuare il verso cui dirigere la corrente riflessione.

Come s’è già avuto modo di riferire, l’art. 4, n. 15, dir. 2015/2366/UE, integralmente mutuato, sul piano interno, dall’ art. 1, comma 1°, lett. *b-bis*), d.lgs. n. 11 del 2010, definisce il «servizio di disposizione di ordine di pagamento» come «un servizio che dispone l’ordine di pagamento su richiesta dell’utente di servizi di pagamento relativamente a un conto di pagamento detenuto presso un altro prestatore di servizi di pagamento».

Dunque, a ben vedere, l’esegesi suggerita dal testo di legge – per verità, non prestamente intelligibile – parrebbe idonea, quanto meno *prima facie*, ad offrire copertura a una duplice soluzione; duplicità che si giustifica in ragione del fatto che la veste di «utente di servizi di pagamento» ⁽²⁹⁾ ben può essere assunta dal pagatore – qui inteso come la persona fisica o giuridica titolare del conto di pagamento dal quale i fondi vengono elettronicamente asportati –, così come dal beneficiario – ovverosia la persona fisica o giuridica titolare del conto di pagamento nel quale i fondi vengono elettronicamente riversati.

Difatti, per un verso, del servizio dispositivo parrebbe potersi servire il beneficiario per innescare una procedura di riscossione, la quale, coerentemen-

⁽²⁹⁾ Cfr., per l’appunto, l’art. 4, n. 10, dir. 2015/2366/UE (nella sostanza congruente all’art. 1, comma 1°, lett. *h*), d.lgs. n. 11 del 2010), che definisce l’«utente di servizi di pagamento» come la «persona fisica o giuridica che si avvale di un servizio di pagamento in qualità di pagatore, di beneficiario o di entrambi».

te, non potrà che assumere la struttura di un *debit transfer*; ma, per altro verso, il testo di legge non osta – e anzi, verrebbe da dire che, in maniera pressoché esplicita, *acconsente* – a che l’operazione di movimentazione dei fondi indotta dal PISP possa assumere le fattezze di un *credit transfer*, e che, quindi, possa essere direttamente e originariamente lo stesso pagatore a imprimerne l’avviamento.

Ciò detto, dopo avervi fatto più volte riferimento, gioverà adesso chiarire con maggiore precisione – seppur sinteticamente – cosa si debba intendere allorquando, nell’ambito delle operazioni di pagamento, si faccia riferimento alla categoria del «*credit transfer*» e a quella del «*debit transfer*».

Come accennato, la disciplina di derivazione europea in materia di servizi di pagamento al dettaglio ⁽³⁰⁾ distingue le operazioni di trasferimento di fondi in due macrocategorie, a seconda che l’iniziativa sia adottata dal pagatore (allorché si discorrerà, appunto, di *credit transfer*, che ha il suo archetipo nel

⁽³⁰⁾ Gioverà cogliere occasione per chiarire che a differenza dei sistemi di pagamento all’ingrosso (cc.dd. *wholesale* o *large-value*), quelli al dettaglio (cc.dd. *retail*) «consentono lo scambio, la compensazione e/o il regolamento di operazioni di pagamento disposte dalle famiglie, dalle imprese e dalla pubblica amministrazione, generalmente di importo contenuto, con regolamento in più cicli giornalieri» (così, testualmente, M. GIULIANO, *L’adempimento delle obbligazioni pecuniarie nell’era digitale. Dalla moneta legale alla moneta scritturale e digitale “legalmente” imposta*, cit., p. 41, al quale si fa integrale rinvio per ulteriori approfondimenti). V. anche, in materia di sistemi di pagamento all’ingrosso e sistemi di pagamento al dettaglio, *ex multis*, M. PERASSI, *Il sistema dei pagamenti e la banca centrale*, in M. MANCINI - M. PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, cit., p. 195 ss. (in *Bancaditalia.it*); E. PAPA, *Da TARGET a TARGET 2: sistemi di pagamento a confronto*, in M. MANCINI - M. PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, cit., p. 205 ss. (in *Bancaditalia.it*); M. MANCINI, *I sistemi di pagamento retail verso la Single Euro Payments Area (SEPA)*, in M. MANCINI - M. PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, cit., p. 243 ss. (in *Bancaditalia.it*).

bonifico) oppure dal beneficiario (ove ricorrerà un *debit transfer*, che ha il suo archetipo nell'addebito diretto) ⁽³¹⁾.

La dicotomia fra le due citate tipologie di operazioni, in particolare, trova riscontro positivo (anche) nella PSD2, laddove, fra i molti indici ⁽³²⁾, emergono:

a) la definizione di «bonifico», inteso come il «servizio di pagamento per l'accredito sul conto di pagamento del beneficiario tramite un'operazione di pagamento o una serie di operazioni di pagamento dal conto di pagamento del pagatore eseguite dal prestatore di servizi di pagamento detentore del conto di pagamento del pagatore, sulla base di un'istruzione impartita dal pagatore» (art. 4, n. 24, dir. 2015/2366/UE) ⁽³³⁾;

⁽³¹⁾ Sul punto cfr., fra i molti, O. TROIANO, *La disciplina uniforme dei servizi di pagamento: aspetti critici e proposte ricostruttive*, in M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, cit., p. 15 ss.; ID., *La nuova disciplina privatistica comunitaria dei servizi di pagamento: realizzazioni e problemi della Single Euro Payments Area (SEPA)*, in M. MANCINI - M. PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, cit., p. 45 ss.; M. GIULIANO, *L'adempimento delle obbligazioni pecuniarie nell'era digitale. Dalla moneta legale alla moneta scritturale e digitale "legalmente" imposta*, cit., p. 71 ss.; G. MARINO, *Dalla traditio pecuniæ ai pagamenti digitali*, Torino, 2018, p. 63 ss.; V. DE STASIO, *Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta*, Milano, 2016, p. 147 ss.

⁽³²⁾ S'è già dato conto, infatti, di come la disciplina di derivazione eurounitaria sui diritti e gli obblighi delle parti, le quali abbiano stipulato un contratto di prestazione di servizi di pagamento, faccia dipendere l'applicazione di interi aggregati regolamentari dalla circostanza che l'operazione di trasferimento di fondi sia stata innescata dall'utente-pagatore o dall'utente-beneficiario.

⁽³³⁾ Con parole parzialmente diverse rispetto alla disposizione contenuta nella PSD2 ma senza che nulla muti nella sostanza, l'art. 1, comma 1°, lett. o-bis), d.lgs. n. 11 del 2010 definisce il «bonifico» come «l'accredito sul conto di pagamento del beneficiario tramite un'operazione di pagamento o una serie di operazioni di pagamento effettuate a valere sul conto di pagamento del pagatore ed eseguite dal prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto del pagatore, sulla base di un'istruzione impartita da quest'ultimo».

b) e quella di «addebito diretto», designato come il «servizio di pagamento per l'addebito di un conto di pagamento del pagatore *in cui un'operazione di pagamento è disposta dal beneficiario in base al consenso dato dal pagatore* al beneficiario, al prestatore di servizi di pagamento del beneficiario o al prestatore di servizi di pagamento del pagatore stesso» (art. 4, n. 23, dir. 2015/2366/UE) ⁽³⁴⁾.

Coerentemente, poi, l'art. 4, n. 5, dir. 2015/2366/UE ⁽³⁵⁾ definisce l'«operazione di pagamento» come «l'atto, *disposto dal pagatore o per suo conto o dal beneficiario*, di collocare, trasferire o ritirare fondi, [...] indipendentemente da eventuali obblighi sottostanti tra il pagatore e il beneficiario» ⁽³⁶⁾.

Va, peraltro, rilevato che la disciplina contenuta nella dir. 2015/2366/UE – e così anche, naturalmente, la relativa normativa italiana di recepimento – non è strutturata in maniera tale da rendere inequivoco a quale servizio di pagamento (addebito diretto, bonifico, pagamento con carta, ecc.) debba trovare applicazione una determinata regola. In altri termini, la scelta operata dal legislatore della Comunità (prima) e dell'Unione (poi) di non scandire tante discipline quanti sono i servizi di pagamento offerti sul mercato –

⁽³⁴⁾ L'art. 1, comma 1°, lett. v), d.lgs. n. 11 del 2010 definisce l'«addebito diretto» come «un servizio di pagamento per l'addebito del conto di pagamento di un pagatore in base al quale un'operazione di pagamento è disposta dal beneficiario in conformità al consenso dato dal pagatore al beneficiario, al prestatore di servizi di pagamento del beneficiario o al prestatore di servizi di pagamento del pagatore medesimo». Anche in questo caso l'utilizzo di parole parzialmente diverse rispetto a quelle della disposizione contenuta nella PSD2 non pare possa dare àdito a discrepanze contenutistiche.

⁽³⁵⁾ In maniera pressoché analoga – le pochissime divergenze fra le due versioni e le lacune lessicali della fonte interna non meritano, invero, alcun particolare rilievo –, l'art. 1, comma 1°, lett. c), d.lgs. n. 11 del 2010 definisce l'«operazione di pagamento» come «l'attività, posta in essere dal pagatore o dal beneficiario, di versare, trasferire o prelevare fondi, indipendentemente da eventuali obblighi sottostanti tra pagatore e beneficiario».

⁽³⁶⁾ Naturalmente, le parti delle disposizioni normative riportate in corsivo sono frutto di una nostra scelta.

come, invece, era stato fatto in passato ⁽³⁷⁾ –, ma, diversamente, di dettare, all'insegna dell'uniformità, una disciplina unitaria – invero, ispirata, nel suo impianto primario e generale, al trasferimento di fondi operato mediante *credit transfer* – la quale raggruppa detti servizi in due macrocategorie dipendenti dal soggetto che attiva la procedura, detta scelta del legislatore, si diceva, rende particolarmente arduo il lavoro ricostruttivo, tanto che, in dottrina è stato detto – in maniera sì pittoresca, ma quanto mai opportuna – che «ciò costringe l'interprete ad un'attenta, quanto faticosa, esegesi delle fattispecie» il cui esito si risolve in una vera e propria «*gimkana* normativa» ⁽³⁸⁾.

Inoltre, che il trasferimento elettronico di fondi disciplinato dalla normativa sui servizi di pagamento si attui attraverso le due modalità in analisi si evince limpidamente anche dall'art. 1, comma 2°, lett. *h-septies.1*), n. 3, t.u.b. (cui fa espresso rinvio l'art. 1, comma 1°, lett. *b*), d.lgs. n. 11 del 2010), il quale riprende testualmente il n. 3 dell'allegato I alla dir. 2015/2366/UE.

La norma del t.u.b. poc'anzi citata, in particolare, nell'enumerare i servizi di pagamento erogabili in conformità alla PSD2, include – per l'appunto al n. 3 – la «esecuzione di operazioni di pagamento, incluso il trasferimento di fondi su un conto di pagamento presso il prestatore di servizi di pagamento dell'utilizzatore o presso un altro prestatore di servizi di pagamento», e specifica che tale movimentazione di fondi può avvenire mediante la «esecuzione di addebiti diretti, inclusi gli addebiti diretti *una tantum*» (n. 3.1) e la «esecuzione di bonifici, inclusi gli ordini permanenti» (n. 3.3).

Parimenti, il n. 4 dell'art. 1, comma 2°, lett. *h-septies.1*), t.u.b., recependo il n. 4 dell'allegato I alla PSD2, individua le tipologie di operazioni di trasferimento di fondi – invero congruenti a quelle di cui al n. 3 – allorché per la transazione venga sfruttata una linea di credito accordata al pagatore

⁽³⁷⁾ Basti pensare al reg. (UE) n. 260/2012, appunto, sui bonifici e sugli addebiti diretti in euro.

⁽³⁸⁾ Così O. TROIANO, *La disciplina uniforme dei servizi di pagamento: aspetti critici e proposte ricostruttive*, cit., p. 25.

(³⁹); il che conferma in modo univoco che i «fondi» oggetto di trasferimento possono derivare sia da una disponibilità propria del pagatore (allorché il suo PSP procederà ad effettuare un addebito sul conto intestato al medesimo), sia da una linea di credito accordata al pagatore dal proprio PSP. I fondi, infine – ma l'ipotesi è per ricorrenza residuale – potrebbero derivare da un versamento in denaro contante effettuato dal pagatore al PSP perché questi effettui il trasferimento (⁴⁰).

2.2.1. *LE OPERAZIONI DI PAGAMENTO AVVIATE SU INIZIATIVA DEL PAGATORE (CREDIT TRANSFERS). IN PARTICOLARE: IL BONIFICO ORDINARIO SEPA. LA RECENTE INTRODUZIONE DEL BONIFICO ISTANTANEO: CONSEGUENZE GIURIDICHE E PROSPETTIVE PER IL MERCATO DEI SERVIZI DI PAGAMENTO.*

Ebbene, venendo al *credit transfer*, esso consiste, come anticipato, in un'operazione ordinata dal pagatore (⁴¹), attraverso la quale quest'ultimo dispone al proprio PSP, qualora sia comune al beneficiario (schema “a tre parti”), di accreditare una somma sul conto del beneficiario; qualora, invece, pagatore e beneficiario si affidino a diversi PSP, e, cioè, quando, il conto “di parten-

(³⁹) La norma citata, infatti, recita come segue: «4. Esecuzione di operazioni di pagamento quando i fondi rientrano in una linea di credito accordata ad un utilizzatore di servizi di pagamento: 4.1. esecuzione di addebiti diretti, inclusi gli addebiti diretti *una tantum*; 4.2. esecuzione di operazioni di pagamento mediante carte di pagamento o dispositivi analoghi; 4.3. esecuzione di bonifici, inclusi gli ordini permanenti».

(⁴⁰) Ciò avviene perlopiù al ricorrere di una operazione di pagamento singola, estranea, come tale, ad un contratto-quadro per la prestazione seriale di servizi di pagamento. L'ipotesi, peraltro, non va confusa con il servizio di rimessa di denaro, giacché essa non consiste nel trasporto spaziale di denaro contante, bensì in un vero e proprio servizio di trasferimento elettronico di fondi che muove da una previa “trasformazione”, ad opera del PSP destinatario dello *iussum*, del denaro contante in denaro scritturale.

(⁴¹) Cfr. G. MARINO, *Dalla traditio pecuniæ ai pagamenti digitali*, cit., p. 63 ss.

za” e quello “di destinazione” sono collocati presso differenti istituti di radicamento (schema “a quattro parti), allora l’obbligazione che assume il PSP del pagatore nell’operazione di *credit transfer* è quella di trasferire i fondi al PSP del beneficiario, con il quale è tenuto a collaborare nell’interesse delle parti del rapporto di valuta, se esiste (o nell’interesse dell’unico soggetto che, essendo titolare di entrambi i conti, assume la veste sia di pagatore sia di beneficiario); sicché, sarà poi il PSP del beneficiario ad essere obbligato ad accreditare la somma sul conto del proprio cliente.

La procedura di *credit transfer* coincide, in sostanza, con la procedura di bonifico e, del resto, nel Regno Unito il termine «*credit transfer*» è utilizzato proprio per designare l’analogo dell’operazione italiana di bonifico. Il bonifico, anzi, è l’archetipo, per il legislatore dell’Unione europea, della disciplina relativa alle operazioni di pagamento avviate dal pagatore ⁽⁴²⁾ e, in virtù della sua ampia diffusione e della sua (forse, primaria) importanza per il mercato dei servizi di pagamento, esso trova puntuale (auto)regolamentazione anche a livello SEPA ⁽⁴³⁾.

Per verità, tuttavia, la procedura di bonifico non esaurisce la categoria del *credit transfer*, anche se indubbiamente essa rimane la più significativa, soprattutto nei pagamenti transfrontalieri. Invero, fra le operazioni di trasferimento di denaro scritturale avviate dal pagatore vanno annoverate anche quelle effettuate mediante i bollettini bancari e mediante i bollettini postali sia premarcati che in bianco; rimangono però escluse, quantomeno dall’ambito di applicazione della disciplina di derivazione europea, le c.d. rimesse di denaro contante, giacché, per quanto anche in tali ipotesi si renda necessaria

⁽⁴²⁾ Cfr., al riguardo, gli artt. 20 e 23 del d.lgs. n. 11 del 2010.

⁽⁴³⁾ Cfr., infatti, il *SEPA Credit Transfer Scheme Rulebook (2019 - versione 1.0)*, in vigore dal 17 novembre 2019, nonché le relative *Implementation guidelines* (in *Europeanpayments-council.eu*). Sulla natura giuridica e, quindi, sulla vincolatività dei *Rulebooks* SEPA adottati dallo *European Payment Council*, cfr. quanto considerato *infra*, in questo capitolo, sub §2.2.2.

l'intermediazione di un prestatore, non si realizza però alcuna movimentazione elettronica di fondi.

Dunque, tornando ai profili procedurali, dal momento della ricezione da parte del PSP dell'ordine di pagamento, quest'ultimo diviene irrevocabile ai sensi dell'art. 17 d.lgs. n. 11 del 2010, non essendo ammessa la revoca dell'autorizzazione oltre la fine della giornata operativa precedente il giorno concordato per l'inizio dell'esecuzione, salvo il mutuo consenso (o dissenso) dell'utilizzatore e del suo prestatore ⁽⁴⁴⁾.

Ricevuto l'ordine, il PSP, in virtù del combinato disposto degli artt. 20, commi 1° e 2°, e 23 d.lgs. n. 11 del 2010, deve provvedere ad effettuare l'annotazione contabile a debito sul conto del pagatore, e altresì deve provvedere ad accreditare entro «la stessa giornata operativa di ricezione dell'ordine» l'importo oggetto dell'operazione mediante un'eguale e contraria scritturazione contabile (questa volta a credito) sul conto del beneficiario ⁽⁴⁵⁾, purché detto conto sia detenuto presso il medesimo prestatore del pagatore, secondo la logica dello schema “a tre parti”. Se, invece, l'operazione è quadripartita e, quindi, i prestatori coinvolti sono soggettivamente diversi, l'obbligazione in capo al PSP del pagatore sarà quella di mettere a disposizione del PSP del beneficiario, questa volta al massimo «entro la fine della giornata operativa successiva», l'importo monetario della transazione; e, conseguentemente, il PSP del benefi-

⁽⁴⁴⁾ Per approfondimenti sui sistemi di inoltro dei bonifici v. M. GIULIANO, *L'adempimento delle obbligazioni pecuniarie nell'era digitale. Dalla moneta legale alla moneta scritturale e digitale “legalmente” imposta*, cit., p. 74.

⁽⁴⁵⁾ Si badi che per «beneficiario» si intende puramente e tecnicamente l'intestatario del conto di pagamento cui sono destinati i fondi oggetto di movimentazione; sicché, ai fini dell'applicazione della disciplina oggetto della presente indagine, dovrà continuar a parlarsi di «beneficiario» anche quando, al ricorrere di un rapporto di valuta fra due soggetti, il titolare del conto di destinazione fosse solo un mero indicatario di pagamento, ovverosia un soggetto legittimato a ricevere il pagamento ai sensi dell'art. 1188 c.c. Lo stesso dicasi, *mutatis mutandis*, per l'ipotesi in cui il pagatore sia un mero mandatario, delegato o rappresentante del debitore.

ciario, ex art. 23, comma 2°, d.lgs. n. 11 del 2010, sarà tenuto ad assicurare che l'importo dell'operazione di pagamento sia a disposizione del suo cliente «non appena tale importo è accreditato sul conto del prestatore medesimo»⁽⁴⁶⁾.

In ogni caso, la data di valuta su conto di pagamento del beneficiario non può essere successiva alla giornata operativa in cui l'importo dell'operazione di pagamento viene accreditato sul conto del prestatore di servizi di pagamento del beneficiario (art. 23, comma 1°, d.lgs. n. 11 del 2010).

Alla luce di siffatta struttura, risulta allora evidente che l'operazione di *credit transfer* “a quattro parti” è caratterizzata da due macro-fasi indispensabili, ciascuna delle quali vede la sovrintendenza di un soggetto-prestatore responsabile:

a) la prima fase prende le mosse con l'avvenuta ricezione dell'ordine di pagamento da parte del PSP del pagatore, il quale sarà responsabile, ex art. 25 d.lgs. n. 11 del 2010, per violazione del comma 1° dell'art. 20, comma 1°, del citato decreto, qualora non accrediti l'importo dell'operazione entro la fine della successiva giornata operativa sul conto del prestatore del beneficiario;

b) la seconda fase si apre con l'accredito dell'importo dell'operazione sul conto del PSP del beneficiario, ed essa vedrà responsabile quest'ultimo qualora, appena ricevuti i fondi, non li metta immediatamente a disposizione del proprio utente.

Da ultimo, per completare l'esposizione in tema di operazioni di pagamento iniziate dal pagatore, va dato conto del fatto che il mondo dei servizi di pagamento è stato di recente interessato dalla diffusione del c.d. bonifico istantaneo, regolamentato nel dettaglio a livello SEPA⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁶⁾ Al ricorrere di uno schema “a quattro parti”, l'effettivo trasferimento dei fondi da un conto ad un altro sarà poi reso possibile grazie ai meccanismi o sistemi c.d. di *clearing and settlement*, gestiti dai PSP partecipanti al sistema dei pagamenti.

⁽⁴⁷⁾ Può consultarsi, al riguardo, il recentissimo *SEPA Instant Credit Transfer Scheme Rulebook (2019 - versione 1.0)*, in vigore dal 17 novembre 2019, nonché le relative *Implementation guidelines* (in Europeanpaymentscouncil.eu). Anche in questo caso, con riguardo alla natura

Si tratta, in particolare, di un servizio che, sotto il profilo del suo concreto funzionamento, è del tutto affine all'operazione tradizionale di bonifico, con la rilevante differenza, però, che le fasi di cui si compone sono tutte eseguite (*rectius*: da eseguire) in un brevissimo intervallo temporale, corrispondente a una decina di secondi al massimo. Vale a dire, in sostanza, che, non appena viene inoltrato l'ordine di bonifico, i fondi vengono trasferiti (quasi) istantaneamente, e ciò attraverso una rapidissima scritturazione a debito nel conto del pagatore ad opera del suo prestatore di servizi di pagamento, cui segue un altrettanto rapido accredito sul conto del beneficiario effettuato dal PSP di questi (o dal medesimo PSP, se comune al pagatore).

Dunque, come è stato efficacemente osservato, il meccanismo tecnologico proprio dell'*instant credit transfer* «è capace di rendere subitanea l'attribuzione della disponibilità del valore monetario del beneficiario, dal momento che tutti i [...] passaggi si perfezionano in un tempo non superiore a dieci secondi e che il servizio viene prestato tutti i giorni, a qualsiasi ora», non essendo, quindi, limitato alle giornate «operative». Di talché, per quanto siano sempre «distinguibili *in vitro*», le tappe della procedura di trasferimento di fondi finiscono per essere compendiate in un unitario momento temporale, con la conseguenza che, con riferimento al servizio in analisi, «è sostanzialmente eliminata ogni distinzione temporale tra la disposizione dell'ordine di pagamento da parte del debitore, l'addebitamento delle somme sul conto e la messa a disposizione del valore monetario dovuto al creditore»⁽⁴⁸⁾.

La progressiva diffusione del bonifico istantaneo – va osservato – è destinata a cambiare nuovamente il mondo dei pagamenti, potendolo finanche rivoluzionare.

giuridica e, quindi, alla vincolatività dei *Rulebooks* SEPA adottati dallo *European Payment Council*, si rinvia integralmente alle considerazioni svolte *infra*, in questo capitolo, sub §2.2.2.

⁽⁴⁸⁾ Le parole riportate nel testo sono di G. MARINO, *Dalla traditio pecuniæ ai pagamenti digitali*, cit., p. 115, al quale si rinvia per ulteriori approfondimenti in tema di bonifico istantaneo (p. 112 ss.).

Per un verso, infatti, se attualmente tale servizio è utilizzato dagli utenti tendenzialmente in via eccezionale (ad esempio, quando il pagatore ha premura di rispettare un termine di adempimento prossimo alla scadenza), esso è verosimilmente destinato in breve tempo a divenire la regola; e ciò perché il bonifico istantaneo mentre oggi è offerto dai PSP perlopiù dietro corrispettivo (a differenza dei bonifici ordinari che sono generalmente esenti da commissioni), in breve tempo, per effetto della concorrenza, esso vedrà sempre più ridotte le tariffe di erogazione richieste dai prestatori.

Per altro verso – e soprattutto –, è evidente come la rapidità con la quale vengono movimentati i fondi attraverso l'*instant credit transfer* sia in grado di rimuovere l'incertezza sull'esito dell'operazione, e perciò di rimuovere anche i costi economici ad essa connessi. Invero, l' esercente, al quale viene richiesta dal cliente la presta fornitura del bene o servizio, non è oggi quasi mai disposto ad accettare, quale modalità di pagamento, il bonifico ordinario, giacché, da un lato, egli dovrebbe attendere la giornata operativa successiva per verificare l'effettivo accredito dell'importo e, dall'altro lato, l'ordine di bonifico è normalmente esposto al rischio che l'ordinante eserciti il potere di revoca⁽⁴⁹⁾. Al contrario, con il bonifico istantaneo, il cliente potrebbe esibire immediatamente la prova relativa all'avvenuta (e definitiva) esecuzione dell'ordine di bonifico, così come, alternativamente, il beneficiario sarebbe immediatamente in grado di verificare in prima persona l'avvenuto accredito, mediante la ricezione di una notifica inviata dal proprio PSP o accedendo alla propria area riservata, ovvero, ancora, attraverso appositi sistemi di rilevazione automatica, essenziali per le vendite *online*.

Ebbene, per le ragioni anzi esposte, non è difficile prevedere come il bonifico istantaneo sia prossimo ad affiancare o addirittura a sostituire i paga-

⁽⁴⁹⁾ Ove, cioè, l' esercente decidesse di erogare il servizio o di fornire il bene all'atto di conclusione del contratto, potrebbe al più richiedere al cliente la prova dell'avvenuto inoltro dell'ordine di bonifico e non la ricevuta bancaria con la quale l'istituto certifica l'avvenuta esecuzione dell'ordine.

menti mediante strumenti basati su carta ⁽⁵⁰⁾ e anche gli addebiti diretti *una tantum*, metodi di soluzione che oggi, come chiarito, trovano la netta preferenza degli esercenti. E – si badi – ciò non varrà solo (e, forse, non tanto) per le vendite *online* ⁽⁵¹⁾, ma anche (e, forse, soprattutto) per le vendite concluse nei locali commerciali “in presenza”, laddove non è difficile immaginare che il cliente, libero da carte, potrà ordinare il trasferimento di fondi con il proprio dispositivo mobile (su tutti, lo *smartphone*), casomai servendosi, ad esempio, di un codice «QR» ⁽⁵²⁾ generato dall’esercente in grado di effettuare una preimpostazione (o *presetting*) dell’interfaccia grafica con cui il pagatore imprime l’ordine di pagamento.

In sostanza, mediante il sistema così brevemente descritto, sarebbe l’esercente e non il cliente a predisporre tutte le informazioni necessarie per la corretta formulazione dell’ordine di bonifico (causale, conto di destinazione e relativa intestazione, ecc.), le quali sarebbero semplicemente acquisite dal pagatore mediante il proprio dispositivo mobile. Ad ogni modo, una pratica siffatta non avrebbe alcuna conseguenza sulla qualificazione giuridica dell’operazione di bonifico, che tale resterebbe, e cioè un’operazione avviata su iniziativa del pagatore (e da lui interamente gestita ad eccezione dell’inserimento materiale dei dati).

Il bonifico istantaneo, invece, non parrebbe idoneo a prendere il posto degli addebiti diretti programmati su base periodica, quelli cioè autorizzati a

⁽⁵⁰⁾ Il riferimento è sia alle carte di debito sia a quelle di credito, anche perché, come più volte chiarito, è ben possibile che i fondi oggetto della movimentazione siano quelli derivanti da una linea di credito accordata al pagatore dal proprio PSP.

⁽⁵¹⁾ Le transazioni *online*, infatti, per le peculiarità dell’ambiente informatico in cui si collocano, ben si prestano, almeno allo stato attuale, al pagamento mediante un servizio di disposizione di ordini.

⁽⁵²⁾ Il codice «QR» (*Quick Response*) è la versione a due dimensioni del codice a barre, composto da riquadri neri disposti all’interno di uno schema bianco di forma quadrata. Esso viene impiegato per memorizzare informazioni generalmente destinate a essere lette tramite uno *smartphone* o altro dispositivo dotato di fotocamera.

monte per adempiere alla controprestazione di una fornitura prolungata di beni o servizi ⁽⁵³⁾. E ciò non tanto a causa della cadenza periodica dell'operazione: i prestatori, infatti, sempre più diffusamente mettono a disposizione degli utenti il servizio di bonifico periodico che, come tale, non necessita della contestualità dello *iussum*; piuttosto, lo schema del bonifico (ancorché periodico) mal si concilia con le somministrazioni continue o periodiche perché, in tali ipotesi, generalmente il debito sorge in capo al cliente alla fine del periodo di computo contrattualmente definito (di solito mensile o bimestrale), o comunque sorge, sebbene anteriormente all'erogazione del bene o del servizio, in un momento successivo rispetto alla stipulazione del contratto. Pertanto, sarebbe svantaggioso per il creditore dover attendere l'iniziativa di controparte per l'avvio del pagamento. Al contrario, l'ordine di riscossione permette all' esercente di iniziare autonomamente il prelievo di fondi, ponendosi così rimedio a dimenticanze o indolenze del pagatore (salvo buon esito).

In definitiva, sul piano più strettamente giuridico, emerge come le particolari modalità con cui si realizza la deportazione del denaro scritturale attraverso l'impiego del bonifico istantaneo sia *de facto* idonea a obliterare la rilevanza della disciplina relativa alla esecuzione degli ordini di pagamento emessi dal pagatore; disciplina che, com'è noto, è quasi interamente imperniata sulla regolamentazione dei tempi di adempimento dell'ordine (quivi soppressi) e sulla limitazione della facoltà di revoca dell'ordinante ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵³⁾ Sul punto v. *amplius infra*, in questo capitolo, §2.2.2.

⁽⁵⁴⁾ Infatti, ai sensi dell'art. 17, comma 1°, d.lgs. n. 11 del 2010, modificato solo lessicalmente dal d.lgs. n. 218 del 2017, «una volta ricevuto dal prestatore di servizi di pagamento del pagatore, l'ordine di pagamento non può più essere revocato». Al riguardo, cfr. M.C. LUPACCHINO, *sub* art. 17 d.lgs. n. 11 del 2010, in M. MANCINI - M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento. Commentario al d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11*, cit., p. 189 ss., ove si osserva che «la disposizione è pienamente coerente con la natura recettizia degli ordini di pagamento: se questi producono i loro effetti a partire dal momento della ricezione [...], è corretto il principio per cui i medesimi non possano essere revocati successivamente». E aggiunge: «Per quanto riguarda,

2.2.2. *LE OPERAZIONI DI PAGAMENTO AVVIATE SU INIZIATIVA DEL BENEFICIARIO (DEBIT TRANSFERS). IL QUADRO PREVIGENTE: LA PROCEDURA ITALIANA RELATIVA AI RAPPORTI INTERBANCARI DIRETTI (RID) E IL MODELLO GERMANICO DEL LASTSCHRIFT.*

Come s'è più volte accennato, la disciplina sui servizi di pagamento introdotta dalla dir. 2007/64/CE e riproposta dalla successiva dir. 2015/2366/UE detta norme uniformi e trasversali sull'autorizzazione e sull'esecuzione delle operazioni di trasferimento di fondi, le quali perciò prescindono – almeno in linea di principio – dalla specifica tipologia di servizio utilizzato. Detta disciplina – giova ribadirlo – è plasmata sul modello del *credit transfer*, tant'è vero che il legislatore sempre s'esprime in termini di «ordine di pagamento» – sintagma propriamente da utilizzare soltanto con riferimento alle operazioni avviate su iniziativa del pagatore – e mai invece, relativamente alle operazioni ordinate dal beneficiario, in termini di «ordine di riscossione» o di «prelievo di fondi».

Nel d.lgs. n. 11 del 2010, cioè, così come nelle corrispondenti fonti dell'Unione europea, non si rinviene un regime particolare per le operazioni di *debit transfer*, a eccezione di alcune specifiche disposizioni ad esse dichiaratamente dedicate, ovvero addirittura applicabili, per espressa previsione di legge, al solo servizio di addebito diretto (*direct debit*), il quale costituisce l'archetipo delle operazioni di pagamento (*recte*: di riscossione) innescate con un ordine emesso dal beneficiario ⁽⁵⁵⁾.

in particolare, le ricadute applicative sulla disciplina dei bonifici, ciò comporta che l'ordine disposto allo sportello sia di per sé irrevocabile, essendo la ricezione immediata. Discorso analogo vale per l'ordine disposto elettronicamente in una giornata o un orario operativo, poiché questo si considera ricevuto immediatamente. Invece, qualora l'ordine venisse disposto elettronicamente in una giornata e un orario non operativo, allora la revoca dell'ordine sarebbe – astrattamente – ammissibile, non essendo la ricezione immediata».

⁽⁵⁵⁾ Cfr., fra gli altri, G. BARILLÀ, *Dal Rid al nuovo addebito diretto Sepa*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2015, p. 79 ss.; ID., *L'addebito diretto*, in *Quaderni di Giur. comm.*, Milano, 2014, *passim*; ID., *L'addebito diretto come servizio di pagamento tra disciplina comunitaria ed*

Invero, nel quadro giuridico europeo antecedente alla realizzazione dell'Area Unica dei Pagamenti in Euro, proprio le operazioni di *debit transfer* scontavano la frammentazione normativa più marcata. Nell'esperienza italiana, ad esempio, molteplici sono (o, meglio: erano) i servizi che avrebbero potuto farsi rientrare – volendo utilizzare il lessico postumo introdotto con le direttive sui servizi di pagamento – nel novero delle operazioni da eseguirsi *su iniziativa del beneficiario*, e che, dunque, potrebbero essere ritenuti gli “antesignani” dell'attuale *direct debit*.

Al riguardo, va primariamente menzionato – quantomeno in ragione della sua ampia diffusione – il servizio c.d. di RID (l'acronimo sta per «Servizi Interbancari Diretti»), predisposto dagli istituti bancari per la gestione di disposizioni di incasso impartite dal creditore-beneficiario da eseguirsi mediante addebiti fondati su una previa autorizzazione permanente rilasciata dal debitore-pagatore al fine di adempiere alle obbligazioni pecuniarie sorte perlopiù – non diversamente da quanto accade oggigiorno per gli addebiti diretti – quali corrispettivi per la somministrazione continuata o periodica di beni o servizi o quali rimborsi rateali delle somme ricevute a titolo di mutuo.

Nella prassi bancaria, poi, si distingueva ulteriormente il servizio «RID-utenze» dal servizio «RID-commerciale»: rispetto ad entrambi, in sostanza, la banca del pagatore, dopo aver ricevuto l'ordine di riscossione impartito dal creditore e trasmessole dall'istituto di questi, prima di procedere all'addebito era tenuta a verificare (soltanto) l'esistenza del «mandato», quest'ultimo da in-

esperienza tedesca, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, p. 678 ss.; ID., *L'addebito diretto*, Milano, 2013, *passim* (reperibile in *Educatt.it*); G. MARINO, *Dalla traditio pecuniæ ai pagamenti digitali*, cit., p. 94 ss.; M. GIULIANO, *L'adempimento delle obbligazioni pecuniarie nell'era digitale. Dalla moneta legale alla moneta scritturale e digitale “legalmente” imposta*, cit., p. 78 ss.; V.V. CUOCCI, *Direct debit e armonizzazione dei servizi di pagamento: regole e profili di responsabilità nelle operazioni di pagamento non autorizzate alla luce della Direttiva comunitaria 2007/64/Ce*, in M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, cit., p. 417 ss.

tendersi quale autorizzazione al “rilascio” dei fondi detenuti dal debitore nel proprio conto corrente e conferita dal medesimo alla propria banca in via diretta o per il medio del suo creditore con la piattaforma interbancaria di Allineamento Elettronico Archivi (AEA).

La principale differenza fra il RID-utenze e il RID-commerciale stava nel fatto che soltanto al ricorrere del primo di tali schemi il pagatore (avente generalmente veste di consumatore) avrebbe potuto contestare l’addebito alla propria banca, entro al più cinque giornate operative, con conseguente diritto allo storno (*i.e.* al riaccredito) dell’importo dell’operazione; nel RID-commerciale, viceversa, il pagatore avrebbe potuto esercitare tale diritto soltanto ove espressamente riconosciutogli da parte del creditore – essendo a tal fine necessario, pertanto, un apposito patto – al momento del materiale rilascio dell’autorizzazione all’addebito (autorizzazione generalmente designata nella prassi con il termine «delega») ⁽⁵⁶⁾.

La circostanza per la quale la banca del debitore, per poter effettuare la scritturazione a debito sul conto del debitore, avrebbe dovuto procedere unicamente alla verifica circa la sussistenza di una (generica) autorizzazione all’incasso rilasciata dal proprio cliente rendeva il RID – segnatamente quello commerciale, laddove di regola rimaneva esclusa la facoltà di contestazione e di richiesta di storno in capo al debitore – una procedura dai risvolti problematici, giacché non di rado venivano ordinate di creditori delle riscossioni di importi superiori a quelli risultanti nel titolo o comunque tali da superare le ragionevoli previsioni del pagatore ⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁶⁾ Al riguardo, si veda V.V. CUOCCI, *Direct debit e armonizzazione dei servizi di pagamento: regole e profili di responsabilità nelle operazioni di pagamento non autorizzate alla luce della Direttiva comunitaria 2007/64/Ce*, cit., p. 420 ss.

⁽⁵⁷⁾ Invero, «il sistema bancario, per limitare i rischi connessi ad operazioni non autorizzate nelle procedure di incasso RID, ha creato il sistema di Allineamento elettronico dei mandati, che consente il continuo allineamento dei dati sui mandati contenuti negli archivi delle banche e dei dati forniti dai creditori prima dell’invio delle richieste di addebito. Il servizio di

Va dato conto, infine, che il RID-utenze e il RID-commerciale, sono stati in seguito accorpati, a far data dal 5 luglio 2010, in quello che veniva denominato «RID ordinario», il quale si distingueva, per via dei tempi di esecuzione più lunghi, dal c.d. «RID veloce».

In aggiunta al servizio poc'anzi descritto, e pur sempre con riguardo all'esperienza italiana, ne vanno menzionati altri due, per un verso offrendo maggiori garanzie per il debitore-pagatore, ma caratterizzati, per altro verso, in virtù del loro pratico funzionamento, da un minor grado di praticità. Il riferimento, in primo luogo, è al servizio di pagamento basato sulla c.d. Ricevuta Bancaria Elettronica (RI.BA), consistente in una procedura interbancaria volta alla gestione automatica degli incassi di somme dovute in forza di rapporti commerciali mediante l'invio di una ricevuta elettronica emessa dal creditore. In secondo luogo, il pensiero va al servizio di pagamento mediante avviso e bollettino bancario (MAV) – invero ancora in uso specialmente presso talune Pubbliche Amministrazioni –, il quale consente l'incasso mediante invito al debitore di pagare presso qualunque sportello bancario (si discorre, infatti, al riguardo, di pagamenti non preventivamente domiciliati), utilizzando un apposito modulo recapitatogli dalla banca del creditore ⁽⁵⁸⁾.

Allineamento Elettronico Archivi (AEA) permette alla banca di gestire l'allineamento delle richieste di addebito, dei mandati e delle revocche, tramite lo scambio di flussi elettronici con la banca allineante (la banca allineante è quella che veicola le informazioni e trasferisce i dati alle varie banche di addebito) (così, testualmente, V.V. CUOCCI, *Direct debit e armonizzazione dei servizi di pagamento: regole e profili di responsabilità nelle operazioni di pagamento non autorizzate alla luce della Direttiva comunitaria 2007/64/Ce*, cit., p. 421).

⁽⁵⁸⁾ *Contra*, però, A. SANTORO, *sub* art. 20 d.lgs. n. 11 del 2010, in M. MANCINI - M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento. Commentario al d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11*, cit., p. 209, nt. 1, secondo la quale rientrerebbero nelle operazioni disposte su iniziativa del pagatore «i seguenti servizi: bonifici, Ri.Ba., Mav, bollettini bancari, rimesse di denaro in contanti (bonifici senza l'utilizzo di conti di pagamento), bollettini postali (sia premarcati, es. utenze, sia in bianco)».

Ebbene, a partire dal 1° agosto 2014 ⁽⁵⁹⁾, i prestatori di servizi di pagamento dei diversi Stati membri hanno dovuto rimodulare le procedure nazionali sino ad allora utilizzate e riconducibili a quelle di bonifico (*credit transfer*) e a quelle (bancarie e postali) di addebito diretto (*direct debit*), onde conformarsi alla normativa dettata dal reg. (UE) n. 260/2012, recante, per l'appunto, i «requisiti tecnici e commerciali per i bonifici e gli addebiti diretti in euro». Tale fenomeno di transizione – o, come s'è soliti dire, di *migrazione* – ha dunque consentito di raggiungere quell'uniformità regolamentare necessaria per continuare l'opera di realizzazione del mercato unico dei pagamenti intermediari ⁽⁶⁰⁾, per vero già vigorosamente intrapresa con l'adozione nel 2007 della prima direttiva sui servizi di pagamento ⁽⁶¹⁾.

Una considerevole influenza sulla delineazione della disciplina del servizio di riscossione è stata esercitata dalla legislazione tedesca, laddove l'addebito diretto (*Lastschrift*) già esisteva prima che fosse introdotto a livello comunitario. In particolare, nell'ordinamento tedesco, prima della menzionata migra-

⁽⁵⁹⁾ Cfr. l'art. 16, par. 1, reg. (UE) n. 260/2012 (rubricato, appunto, «Disposizioni transitorie»), così come modificato dall'art. 1 reg. (UE) n. 248/2014.

⁽⁶⁰⁾ Chiarissimo, al riguardo, il 1° *considerando* del reg. (UE) n. 260/2012: «La creazione di un mercato integrato per i pagamenti elettronici in euro, senza distinzione tra pagamenti nazionali e transfrontalieri, è necessaria per il corretto funzionamento del mercato interno. A tal fine, il progetto dell'area unica dei pagamenti in euro («SEPA») mira a sviluppare servizi di pagamento comuni a tutta l'Unione in sostituzione degli attuali servizi di pagamento nazionali. Quale conseguenza dell'introduzione di standard, norme e prassi di pagamento aperti e comuni e mediante il trattamento integrato dei pagamenti, la SEPA dovrebbe offrire ai cittadini e alle imprese dell'Unione dei servizi di pagamento in euro sicuri, a prezzi concorrenziali, facili da usare e affidabili. Ciò si dovrebbe applicare ai pagamenti SEPA a livello nazionale e transfrontaliero, alle stesse condizioni di base e conformemente agli stessi diritti e obblighi, indipendentemente dal luogo all'interno dell'Unione [...]».

⁽⁶¹⁾ Per completezza, però, va comunque ricordato che un primo apporto alla realizzazione del mercato unico dei pagamenti è da attribuire al reg. (CE) n. 2560/2001 recante norme in materia di commissioni interbancarie multilaterali per le operazioni di trasferimento fondi, successivamente abrogato ad opera del reg. (CE) n. 924/2009.

zione all'addebito diretto SEPA, due erano le tipologie di addebito diretto conosciute e largamente impiegate: l'*Abbuchungsauftragsverfahren* (letteralmente: procedura di ordine di addebito) e l'*Einzugsermächtigungsverfahren* (letteralmente: procedura di autorizzazione dell'addebito) ⁽⁶²⁾.

La differenza fra i due modelli è di grande rilievo.

Il primo di essi (*Abbuchungsauftragsverfahren*), almeno sul piano della progressione degli atti e degli adempimenti necessari, è decisamente affine alla procedura italiana di RID più sopra descritta, e difatti si basa su un ordine di riscossione impartito, attraverso la sua banca, dal creditore-beneficiario e trasmesso alla banca del debitore-pagatore, la quale procede ad effettuare la scritturazione a debito dell'importo dell'operazione dopo aver verificato che il proprio cliente – il pagatore, cioè – le avesse previamente rilasciato l'autorizzazione (*i.e.* il mandato) al “rilascio” dei fondi.

Tale servizio, in particolare, veniva utilizzato per la movimentazione di denaro scritturale fra professionisti e perlopiù per operazioni di importo rilevante, rispetto alle quali ragionevolmente s'avvertiva la necessità di offrire maggiori garanzie al pagatore. Tuttavia, benché vi fosse tale garanzia, permaneva il rischio derivante dal fatto che l'autorizzazione rilasciata dal pagatore alla banca fosse permanente e che, dunque, come tale, non specificasse per quali importi dovessero essere eseguiti gli ordini di riscossioni promanati dal creditore; e ciò, ancora, non diversamente da quanto rilevato con riguardo alla procedura di RID adottata nella prassi bancaria italiana.

Il secondo modello germanico di addebito diretto (*Einzugsermächtigungsverfahren*), al contrario, veniva utilizzato per l'esecuzione di ordini di riscos-

⁽⁶²⁾ Al riguardo, cfr., fra i molti, G. BARILLÀ, *L'addebito diretto come servizio di pagamento tra disciplina comunitaria ed esperienza tedesca*, cit., p. 678 ss.; O. TROIANO, *I servizi elettronici di pagamento. Addebiti in conto non autorizzati: un'analisi comparata*, Milano, 1996, p. 280 ss. Per l'esperienza tedesca cfr., fra i più autorevoli, W. CANARIS, *Bankvertragsrecht*, Berlino, 2004, p. 528 ss.; W. GÖSSMANN, *Rechts des Zahlungsverkehrs*, Berlino, 2004, p. 159 ss.; S. KÜMPEL, *Bank und Kapitalmarktrecht*, Colonia, 2004, p. 565 ss.

sione di importo tendenzialmente ridotto ed era caratterizzato dalla totale mancanza di un mandato (o autorizzazione) rilasciato dal pagatore al proprio istituto bancario ⁽⁶³⁾; sicché quest'ultimo procedeva alla scritturazione a debito nel conto corrente intestato al proprio cliente (il debitore) soltanto in forza dell'ordine di riscossione impartitogli dal creditore, confidando perciò nel fatto che quest'ultimo avesse previamente ed effettivamente ottenuto l'autorizzazione dalla controparte debitrice ⁽⁶⁴⁾.

2.2.3. (SEGUE) *LA DEFINITIVA MIGRAZIONE VERSO LA SEPA E IL RUOLO IMPRESCINDIBILE DELL'AUTOREGOLAMENTAZIONE DI SETTORE PROMOSSA DALLO EUROPEAN PAYMENTS COUNCIL.*

Tanto premesso, occorre a questo punto chiarire la struttura e il funzionamento delle operazioni di *debit transfer* e, in particolare, dell'operazione di addebito diretto, alla luce del d.lgs. n. 11 del 2010, attuativo della dir. 2015/2366/UE, e del reg. (UE) n. 260/2012.

In breve, può dirsi che, sul piano strutturale, l'elemento che differenzia il *debit transfer* dal *credit transfer* consiste nella circostanza che a dare l'impulso

⁽⁶³⁾ In sostanza, anche nell'*Einzugsermächtigungsverfahren* è previsto che il debitore rilasci un'autorizzazione, ma essa viene "consegnata" al creditore senza che la banca del debitore ne abbia mai conoscenza dal proprio cliente.

⁽⁶⁴⁾ Cfr., ancora, V.V. CUOCCI, *Direct debit e armonizzazione dei servizi di pagamento: regole e profili di responsabilità nelle operazioni di pagamento non autorizzate alla luce della Direttiva comunitaria 2007/64/Ce*, cit., p. 423 ss. (si vedano, in particolare, le conclusioni cui l'A. giunge a p. 24: «L'analisi comparativa dell'esperienza tedesca e italiana mostra un mercato degli addebiti diretti particolarmente frammentato e disomogeneo sul piano delle regole: questo rappresenta un ostacolo al corretto funzionamento del mercato unico. Infatti, non esiste un'operazione di addebito diretto che possa essere utilizzata, senza discriminazioni, nel mercato nazionale ed in quello comunitario e, se si vuole che gli utenti, sia consumatori che imprese, fruiscono appieno del mercato interno, bisogna che i servizi di pagamento transfrontalieri siano altrettanto efficienti rispetto a quelli nazionali»).

all'operazione di trasferimento dei fondi non provvede il pagatore, bensì il beneficiario attraverso il prestatore di servizi di pagamento con il quale intrattiene il rapporto di conto ⁽⁶⁵⁾. Quest'ultimo è tenuto a propria volta a trasmettere l'ordine di pagamento (*rectius*: l'ordine di incasso) al PSP di radicamento del conto del pagatore, sempre che, naturalmente, non ricorra uno schema di pagamento "a tre parti", laddove non vi sarebbe alcun bisogno di trasmettere l'ordine dal momento che l'unico prestatore coinvolto agisce quale intermediario sia per conto del pagatore che del beneficiario.

Ove necessaria, ad ogni modo, la trasmissione dell'ordine di riscossione deve avvenire nei tempi stabiliti dall'art. 20, comma 3°, d.lgs. n. 11 del 2010, ovvero sia entro il termine massimo convenuto nel contratto-quadro (o nel contratto stipulato per l'esecuzione di un'operazione di pagamento singola) e, al ricorrere di un'operazione di *debit transfer* che si sostanzia propriamente in un addebito diretto, detta trasmissione deve avvenire «l'ordine viene trasmesso entro limiti di tempo che consentano il regolamento dell'operazione alla data di scadenza convenuta» ⁽⁶⁶⁾.

Una volta ricevuto l'ordine di riscossione, il PSP di radicamento del conto del pagatore è tenuto a verificare che la riscossione sia stata da questi previamente autorizzata; e tale autorizzazione – come si dirà più chiaramente nel prosieguo – può essere rilasciata dal pagatore direttamente al suo PSP oppure al PSP del beneficiario, oppure ancora al beneficiario stesso. Tutto ciò è confermato dal già menzionato art. 1, comma 1°, lett. v), d.lgs. n. 11 del 2010, il quale definisce l'«addebito diretto» come «un servizio di pagamento per l'addebito del conto di pagamento di un pagatore in base al quale un'operazione di pagamento è disposta dal beneficiario in conformità al con-

⁽⁶⁵⁾ Oppure, come si dirà a suo tempo, l'impulso dell'operazione potrebbe essere dato dal beneficiario attraverso il servizio di disposizione di ordini di pagamento (v. *infra*, in questo capitolo, §2.4).

⁽⁶⁶⁾ Cfr., al riguardo, A. SANTORO, *sub* art. 20 d.lgs. n. 11 del 2010, cit., p. 208 ss.

senso dato dal pagatore al beneficiario, al prestatore di servizi di pagamento del beneficiario o al prestatore di servizi di pagamento del pagatore medesimo».

Anche in relazione alle operazioni di *debit transfer*, poi, troverà applicazione l'art. 23 d.lgs. n. 11 del 2010 in virtù del quale il PSP del beneficiario, una volta ricevuti i fondi sul proprio conto, assicura che detti fondi entrino immediatamente nella disponibilità del beneficiario.

Occorre, inoltre, evidenziare che l'inversione del verso procedurale che caratterizza le operazioni di *debit transfer* non ha alcuna conseguenza sulla qualificazione dei ruoli assunti dai soggetti che a vario titolo partecipano all'operazione; benché infatti l'«ordine di pagamento» sia emesso dal beneficiario, ai fini dell'applicazione delle norme di legge il titolare del conto di pagamento i cui fondi sono oggetto di riscossione mantiene la qualità di «pagatore» e il titolare del conto di pagamento su cui devono essere accreditati i fondi mantiene la qualità di «beneficiario» ⁽⁶⁷⁾.

Nel caso in cui, poi, la riscossione sia resa impossibile per la mancanza di fondi sul conto del pagatore (o per via dell'esaurimento della linea di credito accordatagli dal proprio PSP), il prestatore del beneficiario sarà tenuto ad effettuare il c.d. storno dell'operazione, ovvero la materiale obliterazione (o rimozione scritturale) dell'accredito, necessaria ancorché la previa scritturazione a credito non fosse stata ancora contabilizzata, e non risultasse, quindi, dal saldo disponibile. Qualora, poi, l'ordine di riscossione fosse stato emanato dal beneficiario in virtù di un rapporto obbligatorio sottostante con il pagatore – il che costituisce la regola, certo, ma mai assurge a elemento necessario della fattispecie –, la mancanza di sufficienti fondi da riscuotere darà inevitabilmente luogo all'inadempimento (relativo) del debitore.

Ora, acclarata la struttura di fondo delle operazioni ordinate dal debitore, può osservarsi che né il reg. (UE) n. 260/2012 né le due direttive sui servizi

⁽⁶⁷⁾ Cfr., in tal senso, G. MARINO, *Dalla traditio pecuniæ ai pagamenti digitali*, cit., p. 96; M. GIULIANO, *L'adempimento delle obbligazioni pecuniarie nell'era digitale. Dalla moneta legale alla moneta scritturale e digitale "legalmente" imposta*, cit., p. 80.

di pagamento nel mercato interno – e, così, di riflesso, nemmeno il decreto legislativo di recepimento – dettano una disciplina dettagliata dell’addebito diretto, specialmente sotto il profilo della sua autorizzazione.

E, anzi, emerge sia dal regime complessivo dell’esecuzione degli ordini di pagamento sia dalla generica definizione di «addebito diretto» recata dai testi normativi poc’anzi citati ⁽⁶⁸⁾ – la quale, invero, rischia addirittura d’indurre l’interprete in errore, suggerendogli cioè una scorretta sovrapposizione fra la *species* costituita dall’operazione di addebito diretto e il *genus* costituito dalle operazioni avviate dal beneficiario – emerge, si diceva, come il legislatore dell’Unione europea non abbia affatto optato per uno specifico modello di addebito diretto (o, comunque, per un modello ad esso riconducibile) fra quelli già in uso nei diversi Stati membri.

Detto più apertamente: il legislatore dell’Unione, con riferimento agli addebiti diretti, si è limitato a sancire il principio per il quale l’iniziativa del beneficiario (*i.e.* il negozio ordinatorio) presuppone sempre e indefettibilmente un atto del pagatore, vale a dire il suo «consenso» ⁽⁶⁹⁾, e invece non ha anche stabilito che tale consenso debba essere «dato» dal pagatore a un soggetto le-

⁽⁶⁸⁾ Cfr. art. 2, n. 2, reg. (UE) n. 260/2012; art. 4, n. 3, dr. 2015/2366/UE; art. 1, comma 1°, lett. v), d.lgs. n. 11 del 2010.

⁽⁶⁹⁾ Tale consenso, stando alla lettera dell’art. 2 n. 21 del reg. 260 del 2012, è veicolato attraverso il «mandato», quest’ultimo definito, appunto, come «l’espressione del consenso e dell’autorizzazione prestati dal pagatore al beneficiario e (direttamente o indirettamente tramite il beneficiario) al PSP del pagatore, per consentire al beneficiario di disporre l’incasso addebitando il conto di pagamento indicato dal pagatore e per consentire al PSP di quest’ultimo di attenersi alle istruzioni impartite». E, ancora, il precedente n. 20 della disposizione citata, definisce l’«incasso» come «la parte di un’operazione di addebito diretto che va dal suo inizio da parte del beneficiario sino al suo completamento con il normale addebito sul conto di pagamento del pagatore». Sicché può già osservarsi – ma il punto sarà oggetto di una più ampia riflessione *sub cap.* III – che l’operazione di addebito diretto si compone (almeno) di due fasi: la prestazione del consenso del pagatore e l’esecuzione dell’incasso che muove da un ordine del beneficiario.

galmente predeterminato, ovverosia, in brusca alternativa, al proprio prestatore di servizi di pagamento, al beneficiario o al prestatore di questi; ragion per cui può osservarsi al riguardo che, sebbene alle parti non sia concesso un autentico spazio di autonomia, ad esse, per espressa volontà del legislatore, è lasciato però un considerevole margine di *discrezionalità* nella “costruzione” degli schemi delle operazioni di incasso mediante addebito diretto.

Invero, discorrere di *discrezionalità*, anziché di *autonomia*, pare adeguato non solo perché – come chiarito – la vincolatività dell’ordine d’incasso è condizionata al previo consenso del pagatore manifestato a uno dei soggetti espressamente previsti dalla legge, ma anche perché le iniziative volte alla realizzazione di schemi di pagamento devono rispettare gli ulteriori limiti derivanti dalle regole c.d. di «interoperabilità» dettate dall’art. 4 reg. (UE) n. 260/2012, le quali, a ben vedere, si concretano in vere e proprie condizioni di validità e di efficacia dell’atto recante lo schema di addebito diretto ⁽⁷⁰⁾.

In particolare, l’art. 4, par. 1, reg. (UE) n. 260/2012 dispone che gli schemi di pagamento utilizzati dai PSP, per effettuare bonifici e addebiti diretti, devono rispettare le seguenti condizioni:

a) le loro norme devono essere le stesse per operazioni nazionali o transfrontaliere di bonifico all'interno dell'Ue e, analogamente, per operazioni nazionali o transfrontaliere di addebito diretto all'interno dell'Unione (principio di pari trattamento delle operazioni transfrontaliere rispetto a quelle nazionali);

⁽⁷⁰⁾ Cfr., al riguardo, il 12° *considerando* del reg. (UE) n. 260/2012: «Per assicurare l'interoperabilità tra i sistemi di pagamento, è essenziale fissare requisiti tecnici che stabiliscano chiaramente le caratteristiche degli schemi di pagamento a livello di Unione, da sviluppare nell'ambito di appropriate strutture di *governance*. È opportuno che tali requisiti tecnici non limitino la flessibilità e l'innovazione, ma che siano aperti e neutri verso potenziali nuovi sviluppi e miglioramenti nel mercato dei pagamenti. I requisiti tecnici dovrebbero essere concepiti tenendo conto delle particolarità dei bonifici e degli addebiti diretti, in particolare per quanto riguarda i dati contenuti nel messaggio di pagamento».

b) i partecipanti allo schema devono comporsi in maniera tale da rappresentare la maggioranza dei PSP nella maggior parte degli Stati membri e da costituire la maggioranza dei PSP all'interno dell'Unione, prendendo in considerazione unicamente i PSP che effettuano, rispettivamente, bonifici o addebiti diretti (ma, al riguardo, viene specificato che quando né il pagatore né il beneficiario sono consumatori, sono presi in considerazione unicamente gli Stati membri in cui detti servizi sono messi a disposizione dai PSP e solo i PSP che li prestano ⁽⁷¹⁾).

Da quanto chiarito emerge che gli schemi relativi alle operazioni di addebito diretto – ancor più di quelli propri dei bonifici, scontando quest'ultimi un minor grado di disomogeneità normativa fra gli Stati membri – giocano un ruolo cruciale nel completamento del minimo e alquanto lacunoso quadro regolatorio offerto dalla normativa di matrice europea sui servizi di pagamento. Del resto, il rilievo pratico di siffatto apporto integrativo è testimoniato anche dalla stessa definizione di «schema» di cui all'art. 2, n. 7, reg. (UE) n. 260/2012, ove lo si designa come «un insieme unico di norme, prassi, standard e/o linee guida di attuazione concordato tra i PSP per l'esecuzione di operazioni di pagamento nell'Unione e negli Stati membri, separato da qualsiasi infrastruttura o sistema di pagamento che ne sostenga le operazioni».

A livello SEPA, gli schemi di pagamento sono sviluppati dal Consiglio europeo per i pagamenti (*European Payments Council - EPC*), che all'uopo promuove il coordinamento fra le Istituzioni dell'Unione europea e i prestatori di servizi di pagamento, e inoltre rappresenta l'industria bancaria nelle relazioni con il Sistema Europeo delle Banche Centrali (SEBC). Esso, in particolare, ha sede in Bruxelles e fu fondato nel 2002 con un'iniziativa di autoregolamentazione settoriale sostenuta da alcune associazioni bancarie degli Stati membri

⁽⁷¹⁾ Cfr., al riguardo, il 11° *considerando* del reg. (UE) n. 260/2012.

e da molti istituti bancari europei, fra i quali s'annoverano banche commerciali, banche di credito cooperativo e casse di risparmio ⁽⁷²⁾.

È, dunque, evidente che il Consiglio europeo per i pagamenti non fa parte del quadro istituzionale dell'Unione europea, e, anzi, esso ha la qualifica di associazione internazionale *non profit* che conta settantacinque membri effettivi (fra PSP e associazioni di PSP) e due ulteriori «membri associati» ⁽⁷³⁾. Di conseguenza, gli atti regolamentari che esso adotta – i c.d. *Rulebooks* ⁽⁷⁴⁾ – non sono fonti del diritto ed essi, quindi, non possono che avere natura pattizia ⁽⁷⁵⁾,

⁽⁷²⁾ Cfr. O. TROIANO, *La nuova disciplina privatistica comunitaria dei servizi di pagamento: realizzazioni e problemi della Single Euro Payments Area (SEPA)*, cit., p. 41: «Le iniziative tese a superare il gap nazionalistico nel settore retail sono state fondate sulla collaborazione tra le istituzioni comunitarie e l'industria bancaria europea. Nel giugno 2002 – con il pieno appoggio della Banca Centrale Europea, delle Banche Centrali Nazionali (Eurosistema) e della Commissione, che hanno condiviso di seguire un *self regulatory approach* – è stato creato lo *European Payments Council* (EPC), organo decisionale e di coordinamento dell'industria bancaria europea nel settore dei pagamenti, con il compito di sviluppare ed attuare il progetto di costituire una *Single Euro Payments Area* (SEPA)».

⁽⁷³⁾ La lista completa dei membri del Consiglio europeo dei pagamenti è consultabile in *Europeanpaymentscouncil.eu*.

⁽⁷⁴⁾ Per la definizione dell'oggetto e degli scopi propri degli schemi accolti nei *Rulebooks* predisposti dallo *European Payment Council*, cfr. il *SEPA Direct Debit Core Scheme Rulebook (2019 - versione 1.0)*, §2.2, p. 16 (in *Europeanpaymentscouncil.eu*), benché, invero, disposizioni del medesimo tenore si rinvenivano in tutti i *Rulebooks*: «*The following key elements are included within the scope of the Scheme: a set of inter-bank rules, practices and standards for the execution of direct debit payments in euro within SEPA by Participants. The objective is to provide full electronic end-to-end STP [Straight-Through Processing, nda.] processing of transactions. This will also apply to the various processes for exception handling like Rejects, Returns, Reversals, Refunds, Refusals and Revocations. Only electronic handling of Mandate information is permitted between Participants. Between Debtor and Creditor, a Mandate can be exchanged in either paper or electronic form*».

⁽⁷⁵⁾ Sul punto, cfr. F. MAIMERI, *I Rulebook della SEPA: natura e funzioni*, in M. MANCINI - M. PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, cit., p. 123 ss.; P. GAGGI, *L'apporto dell'autoregolamentazione alla rea-*

per quanto – come s’è più sopra osservato – la loro adozione sia vincolata a precise regole procedurali (*rectius*: regole sulla composizione e sulla varietà della compagine dei contraenti) che assurgono a canoni di validità ⁽⁷⁶⁾. La legge che governa i *Rulebooks* della SEPA e le relative convenzioni di adesione è individuata in quella belga mediante un’esplicita *professio iuris* ⁽⁷⁷⁾; essi sono redatti in inglese e, ove tradotti, la versione in lingua britannica prevale.

lizzazione della Sepa, in M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, cit., p. 243 ss.; E. GRANATA, *L’impatto delle nuove regole comunitarie e dei Rulebooks SEPA sulla realtà italiana*, in M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, cit., p. 253 ss.

⁽⁷⁶⁾ La natura contrattuale dei *Rulebooks* si evince anche, fra gli altri, dal §1.3 del *SEPA Direct Debit Core Scheme Rulebook (2019 - versione 1.0)*, p. 12 (in *Europeanpaymentscouncil.eu*): «*Becoming a Participant in the Scheme involves signing the Adherence Agreement. By signing the Adherence Agreement, Participants agree to respect the rules described in the Rulebook. The Rulebook describes the liabilities and responsibilities of each Participant in the Scheme. Participants are free to choose between operating processes themselves, or using intermediaries or outsourcing (partially or completely) to third parties. However, outsourcing or the use of intermediaries does not relieve Participants of the responsibilities defined in the Rulebook. The Rulebook covers in depth the main aspects of the inter-bank relationships linked to the Scheme. For the relationships between a Participant and its customer, the Rulebook specifies the minimum requirements imposed by the Scheme. For the relationships between a Creditor and a Debtor, the Rulebook also specifies the minimum requirements of the Scheme*»; nonché dal §1.7 del medesimo, p. 15: «*It is a prerequisite for the launch of the Scheme that the Payment Services Directive (or provisions or binding practice substantially equivalent to those set out in Titles III and IV of the Payment Services Directive) is implemented or otherwise in force in the national law of SEPA countries. This Scheme is a ‘payment scheme’ within the meaning of the SEPA Regulation; it is equally relevant for Participants from countries or territories which are listed in the EPC List of SEPA Scheme Countries*».

⁽⁷⁷⁾ Cfr., ad esempio, il *SEPA Direct Debit Core Scheme Rulebook (2019 - versione 1.0)*, §3.5, p. 21 (in *Europeanpaymentscouncil.eu*): «*The governing laws of the agreements in the four-corner model are as follows: the Rulebook is governed by Belgian law; the Adherence Agreements are governed by Belgian law; the Mandate must be governed by the law of a SEPA country*».

Ad ogni modo, a dispetto della loro natura contrattuale, è innegabile che i *Rulebooks* predisposti dal Consiglio europeo per i pagamenti, sul piano operativo, rivestano un'importanza senz'altro primaria, e in ogni caso non secondaria a quella delle fonti di rango legislativo o dei regolamenti eurounitari; con la doverosa precisazione, però, che gli schemi in parola, in virtù della loro formale natura negoziale, non potranno mai dettare regole contrastanti con quelle contenute nelle competenti fonti normative, se non nella misura in cui queste lo prevedano espressamente in ragione della qualifica soggettiva (ovverosia quella di professionista diverso dalla microimpresa) rivestita dall'utente di servizi di pagamento ⁽⁷⁸⁾.

Sicché, ai fini della presente ricerca, non può prescindersi dallo studio, pur breve e selettivo, dei due schemi di addebito diretto – quello c.d. «*core*» e quello c.d. «*B2B*» – predisposti dal Consiglio europeo per i pagamenti, soprattutto alla luce della circostanza – cui s'è più sopra fatto cenno – per la quale detti modelli regolano anche (benché, naturalmente, non soltanto) il momento autorizzativo dell'operazione di riscossione dei fondi, che costituisce l'angolatura prospettica d'elezione dell'intera analisi quivi condotta ⁽⁷⁹⁾.

2.2.4. (SEGUE) *GLI SCHEMI DELL'ADDEBITO DIRETTO SEPA «CORE» E DELL'ADDEBITO DIRETTO SEPA FRA IMPRESE. LA POSIZIONE DEL PAGATORE CONSUMATORE O MICROIMPRESA CHE ABBLA SUBÌTO UN ADDEBITO IN ESECUZIONE DI UN SERVIZIO «B2B» E L'IPOTESI DI ANTINOMIA FRA SCHEMA E CONTRATTO “INDIVIDUALE”*.

Per quanto concerne, in primo luogo, lo schema dell'addebito diretto SEPA «*core*», va detto che esso rappresenta il modello più diffuso in ragione del

⁽⁷⁸⁾ Sul tema cfr. *amplius*, cap. III, §4.

⁽⁷⁹⁾ In questa sede, però, ci si limiterà ad illustrare i tratti identitari e strutturali essenziali dei due modelli di addebito diretto SEPA. Per ulteriori approfondimenti e precisazioni, con particolare riguardo all'autorizzazione delle operazioni di incasso, cfr. il successivo cap. III.

fatto che il relativo servizio di riscossione può essere offerto a (e utilizzato da) qualsiasi utente di servizi di pagamento, a prescindere dalla sua qualifica soggettiva (consumatore o professionista), sia per operazioni singole (cc.dd. *one-off*), sia per operazioni ricorrenti.

La peculiarità principale dello schema in analisi risiede nel fatto che l'autorizzazione all'incasso è conferita dal pagatore direttamente e unicamente al beneficiario, senza che del relativo rilascio sia informato il prestatore di servizi di pagamento del pagatore. Peraltro, va sin d'ora segnalato che nelle disposizioni contenute nei *Rulebooks* il pagatore è sempre designato quale *debitore*, così come, del pari, il beneficiario è sempre indicato con il termine *creditore*: si tratta evidentemente di una inesattezza – per verità, tralatizia – proprio perché, come s'è più volte avvertito, l'addebito diretto potrebbe essere ordinato anche in assenza di un'obbligazione pecuniaria sottostante, come nel caso di titolo nullo o nel caso di coincidenza fra la persona del pagatore e quella del beneficiario; basti pensare, con riguardo all'ipotesi da ultimo contemplata, al caso in cui un utente, all'atto dell'apertura di un nuovo conto di pagamento presso un PSP, conferisca al contempo l'incarico a questi di riscuotere i fondi residui presenti sul conto di pagamento fino a quel momento utilizzato e, dunque, ormai in via di dismissione.

Tornando, però, all'analisi dello schema «*core*», può osservarsi che il rilascio dell'autorizzazione da parte del pagatore si sostanzia – stando alla lettera del relativo *Rulebook* – in un «mandato», definito come «l'espressione del consenso e dell'autorizzazione dati dal debitore al creditore per consentire al creditore di avviare riscossioni per l'addebito sul conto del debitore specificato e di consentire alla banca debitrice di conformarsi a tali istruzioni conformemente al *Rulebook*» ⁽⁸⁰⁾; definizione che, a ben vedere, conferma quanto sopra affer-

⁽⁸⁰⁾ Traduzione del §4.1 del *SEPA Direct Debit Core Scheme Rulebook (2019 - versione 1.0)*, p. 22 (in *Europeanpaymentscouncil.eu*); di seguito la versione originale in lingua inglese: «*The Mandate is the expression of consent and authorisation given by the Debtor to the Creditor to*

mato, ovverosia che nell'addebito diretto «core», ai fini del buon esito della procedura di riscossione, non v'è necessità di alcun ulteriore “contatto” o “interazione” fra il pagatore e il proprio PSP, ulteriore rispetto al mero contratto di conto in forza del quale il medesimo PSP, fra le altre prestazioni, è obbligato a dar corso alle operazioni di pagamento, e così, quindi, anche a rilasciare i fondi regolarmente pretesi dal PSP del beneficiario ordinante.

Rinviandosi al successivo capitolo per una più approfondita riflessione in ordine al momento autorizzativo, converrà ora brevemente illustrare i diversi passaggi procedurali dell'addebito diretto «core».

Nel dettaglio, l'operazione di riscossione prende l'abbrivio dall'ordine emesso del beneficiario e rivolto al proprio PSP, il quale deve contenere i dati necessari per iniziare la procedura. Tale ordine, in particolare, tanto nelle operazioni isolate, quanto in quelle ricorrenti, è sempre emesso una volta soltanto, con la conseguenza che, nelle predette operazioni ricorrenti, la fase strettamente ordinatoria manca a partire dalla seconda procedura d'incasso, dovendosi attivare il prestatore del beneficiario, in tal caso, senza ulteriori iniziative o solleciti del proprio cliente.

Il PSP del beneficiario, quindi, inizia la procedura di incasso mediante il prescelto meccanismo di compensazione e regolamento (*Clearing and Settlement Mechanism* - CSM), il quale consente la trasmissione interbancaria dei mandati, e in generale il trattamento della «transazione», in maniera del tutto elettronica e automatizzata ⁽⁸¹⁾. Una volta ricevuto il mandato trasmessogli, l'istituto

allow such Creditor to initiate Collections for debiting the specified Debtor's account and to allow the Debtor Bank to comply with such instructions in accordance with the Rulebook».

⁽⁸¹⁾ Cfr. *SEPA Direct Debit Core Scheme Rulebook (2019 - versione 1.0)*, §3.3, p. 21 (in *Europeanpaymentscouncil.eu*): «CSMs are responsible to the Creditor Banks and Debtor Banks that use their services. As a matter of normal practice, these mechanisms: receive direct debit transactions for Clearing from the Creditor Bank who participates in the relevant CSM; clear and forward them to the Debtor Bank who participates in the relevant CSM, ensuring that all data intended by the Creditor and the Creditor Bank to reach the Debtor Bank and the Debtor is forwarded in full and without alteration; handle exceptions such as Rejects, Returns and Refunds; make arrangements

di radicamento del conto del pagatore è tenuto ad effettuare la scritturazione a debito dell'importo dell'operazione a valere sul conto del pagatore e, di riflesso, l'istituto del beneficiario, non appena ottenuti i fondi sul proprio conto, dovrà scritturarli a credito sul conto del proprio cliente.

Nell'ambito della procedura di addebito diretto «*core*» un ruolo importante è svolto dalla previa notificazione («*prenotification*») cui è tenuto il beneficiario – non già il suo prestatore – nel tempo antecedente all'inizio dell'operazione di riscossione ⁽⁸²⁾.

Trattasi, in particolare, di una precisa obbligazione a carico del beneficiario, avente fonte nello schema in analisi, di comunicare alla controparte – sempre che questa non coincida con il medesimo beneficiario – l'importo della futura (ma imminente) operazione di addebito e le coordinate temporali entro le quali avverrà la riscossione (che nella gran parte dei casi coincidono con la data in cui il credito diviene esigibile: c.d. *due-date*), con un anticipo minimo di quattordici giorni (anche non operativi) ⁽⁸³⁾, salvo che non sia stato pattuito un termine diverso fra pagatore e beneficiario.

Nessuna particolare prescrizione di forma è dettata per l'atto con cui si effettua la prenotifica; l'unica statuizione rilevante al riguardo dispone che essa può – si noti che il verbo utilizzato è *can*, e non *shall* – può, si diceva, essere fornita «*as a separate piece of information, or via inclusion in a regular statement,*

such that Settlement can be achieved between the Creditor Bank and Debtor Bank; provide any required risk management procedures and other related services».

⁽⁸²⁾ La «*prenotification*» è definita come «*the notification provided by the Creditor to the Debtor of the amount and time schedule prior to the date on which the debits are to be collected*». Cfr., al riguardo, il *SEPA Direct Debit Core Scheme Rulebook (2019 - versione 1.0)*, p. 115 (in *Europeanpaymentscouncil.eu*).

⁽⁸³⁾ Nei *Rulebooks* SEPA, le giornate operative sono indicate con il sintagma «*inter-Bank Business Days*», mentre le giornate non operative vengono designate come «*calendar days*».

bill, or invoice» ⁽⁸⁴⁾. Sicché, ha da ritenersi che essa, per quanto non risulti in maniera inequivoca dalla disposizione del *Rulebook*, debba essere fornita mediante un supporto durevole (sms, messaggio di posta elettronica, messaggio in applicazione, recapito della fattura o della ricevuta con i mezzi appena menzionati o mediante posta ordinaria, ecc.).

L'ipotesi della totale mancanza della prenotificazione e quella del mancato rispetto dei termini previsti dallo schema per emetterla non sono contemplate dal *Rulebook*.

Al riguardo può, per un verso, osservarsi che l'inadempimento dell'obbligazione avente ad oggetto la previa notificazione è indubbiamente suscettibile di arrecare un pregiudizio al pagatore, giacché questi, in difetto dell'informazione preventiva o in ipotesi di sua ritardata recapitazione, finisce per essere *de facto* ostacolato nell'esercizio del potere di revoca dell'autorizzazione che gli riserva – peraltro, inderogabilmente, nel caso dei pagatori che siano consumatori o microimprese, principali fruitori del servizio «core» – l'art. 17, comma 3°, d.lgs. n. 11 del 2010, a mente del quale «nel caso di addebito diretto e fatti salvi i diritti di rimborso, il pagatore può revocare l'ordine di pagamento [*sic!*, *nda.*] non oltre la fine della giornata operativa precedente il giorno concordato per l'addebito dei fondi», dovendo anche, in tal caso, il PSP del pagatore dare «tempestiva comunicazione della revoca al prestatore di servizi di pagamento del beneficiario, ove le modalità e i tempi di effettuazione della revoca lo consentano» ⁽⁸⁵⁾.

⁽⁸⁴⁾ Così il §4.3.4, relativo al «*time-cycle*», del *SEPA Direct Debit Core Scheme Rulebook (2019 - versione 1.0)*, p. 27 (in *Europeanpaymentscouncil.eu*).

⁽⁸⁵⁾ È oltremodo evidente che il legislatore abbia commesso un clamoroso errore laddove la norma citata, riferendosi esplicitamente al servizio di addebito diretto, discorre di revoca dell'ordine di pagamento da parte del pagatore: nell'addebito diretto, infatti, l'unico ordine emesso è quello del beneficiario che dà avvio alla procedura di riscossione sulla base dell'autorizzazione ricevuto dal pagatore. Sul punto, cfr. per tutti, M.C. LUPACCHINO, *sub art.* 17 d.lgs. n. 11 del 2010, cit., p. 190: «Al riguardo, si evidenzia come la locuzione «revoca» dell'«ordine di pagamento», utilizzata dall'art. 17, sia impropria. Infatti, quando l'operazione

Invero, per quanto al pagatore – come si dirà a tempo debito ⁽⁸⁶⁾ – sia sempre offerta, ove trovi applicazione lo schema dell’addebito diretto «*core*» ⁽⁸⁷⁾, la facoltà di opporsi ad un addebito (anche) autorizzato ai sensi degli artt. 13 e 14 d.lgs. n. 11 del 2010, è però innegabile che sia per il medesimo ben più vantaggiosa la radicale prevenzione dell’esecuzione dell’operazione, conseguibile con la rimozione dell’elemento sulla base del quale essa imprescindibilmente si basa – il consenso del pagatore, appunto –, rispetto alla opposizione successiva che, peraltro, ancorché non sia condizionata al sussistere delle condizioni di cui alle condizioni di cui all’art. 13, comma 1° , lett. *a*) e *b*), d.lgs. n. 11 del 2010 ⁽⁸⁸⁾, deve però essere proposta entro precisi limiti temporali, ovverosia entro ot-

di pagamento viene disposta dal beneficiario, è quest’ultimo che impartisce l’ordine di pagamento [...], non il pagatore. Pertanto, non si vede come il debitore possa “revocare” un ordine che non ha impartito, se si considera che la revoca è, tecnicamente, quell’atto diretto a rendere privo di effetti un atto precedentemente compiuto dal medesimo soggetto. Se quanto sopra è corretto, allora l’espressione «revoca» dell’«ordine di pagamento» [...] va intesa, più propriamente, come revoca dell’autorizzazione, cioè del consenso all’esecuzione: è questo, invero, l’atto che compie il debitore nel caso di incarichi di riscossione e che, pertanto, potrebbe essere dallo stesso revocato».

⁽⁸⁶⁾ Sul punto si fa integrale rinvio ai successivi capitoli III e IV.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. però l’art. 13, comma 4°, d.lgs. n. 11 del 2010 il quale consente che il contratto quadro tra il pagatore (anche consumatore e microimpresa) e il prestatore di servizi di pagamento possa escludere il diritto al rimborso se ricorrono cumulativamente le seguenti condizioni: *a*) il pagatore deve aver dato l’autorizzazione direttamente al proprio prestatore di servizi di pagamento; *b*) ove possibile, le informazioni sulla futura operazione di pagamento, limitatamente al caso in cui l’autorizzazione del pagatore è stata data prima dell’esecuzione dell’operazione di pagamento, devono essere state fornite o messe a disposizione del pagatore dal prestatore di servizi di pagamento o dal beneficiario almeno quattro settimane prima della sua esecuzione, secondo quanto concordato nel contratto quadro.

⁽⁸⁸⁾ Infatti, come si dirà più diffusamente lungo il cap. IV, lo schema dell’addebito diretto «*core*» deroga all’art. 13, comma 1°, d.lgs. n. 11 del 2010, benché in senso decisamente favorevole per il cliente. La disposizione citata, infatti, subordina il diritto al rimborso nel caso di operazioni di *debit transfer* autorizzate a due condizioni che devono sussistere cumulativamente: *a*) al momento del suo rilascio, l’autorizzazione non specificava l’importo dell’operazione di

to settimane a decorrere dalla data in cui è avvenuto l'addebito (art. 14, comma 1°, d.lgs. cit., confermato dal *Rulebook*).

Ciò acclarato, deve però rilevarsi che l'unica – invero, angusta – conseguenza privatistica che deriva dalla violazione ad opera del beneficiario del dovere di previa notificazione non può che essere di natura meramente ri-

riscossione; b) l'importo dell'operazione deve essere superiore a quello che il pagatore avrebbe potuto ragionevolmente aspettarsi avuti presenti il suo precedente modello di spesa, le condizioni del suo contratto quadro e le circostanze del caso. Siffatta deroga è, invero, espressamente consentita dalla legge: il citato art. 13, comma 2°, ult. per., infatti, stabilisce che «Nel caso di addebiti diretti il pagatore e il prestatore di servizi di pagamento possono convenire nel contratto quadro che il pagatore ha diritto al rimborso anche a prescindere dalla sussistenza». Ebbene, il §4.3.4 del *SEPA Direct Debit Core Scheme Rulebook (2019 - versione 1.0)*, p. 28 (in *Europeanpaymentscouncil.eu*) sancisce quanto segue: «Debtors are entitled to request a Refund for any SEPA Direct Debit within eight weeks from the date on which the amount of the SEPA Direct Debit was debited from the account of the Debtor. Within this eight-week period, Refunds will be provided to the Debtor by the Debtor Bank on a no-questions-asked basis». Quindi, in definitiva, ove trovi applicazione lo schema attualmente in analisi, sia al ricorrere di un'operazione autorizzata, che di un'operazione non autorizzata, entro le prime otto settimane dall'addebito il pagatore ha diritto al rimborso dal proprio PSP di radicamento del conto senza che sia tenuto a fornire alcuna spiegazione al riguardo. A sua volta, il PSP del pagatore, naturalmente, potrà avviare una procedura diametralmente inversa per riottenere, questa sul proprio conto, il rimborso dell'importo dal PSP del beneficiario, al quale sarà, a sua volta, rettificato l'accredito. Lo schema SEPA trova applicazione anche per la procedura di rimborso, la quale si identifica come un addebito diretto “a verso invertito”, ordinata dal pagatore che, però, in questa sede, assume la nuova veste di beneficiario (al riguardo, cfr. il §4.4, p. 30, del citato *Rulebook*: «Refunds are claims by the Debtor for reimbursement of a direct debit. A Refund is available for authorised as well as for unauthorised direct debit payments in accordance with the rules and procedures set out in the Rulebook. A request for a Refund must be sent to the Debtor Bank after Settlement and within the period specified in section 4.3. The Debtor Bank has the right to receive compensation, called the Refund compensation, from the Creditor Bank for the related interest loss incurred by the Debtor Bank. [...] Rejects, Returns and Refunds of Collections must be cleared and settled via the CSM used for the Clearing and Settlement of the initial Collection, unless otherwise agreed between Participants. A process for Reject, Return and Refund must be offered by any CSM which is to offer services relating to the Scheme»).

sarcitoria (art. 1218 ss. c.c.), non potendosi in alcun modo qualificare la notificazione in parola quale elemento compartecipe della fattispecie autorizzativa. Infatti, se è vero – com'è vero – che lo scopo della prenotazione è precipuamente quello di mettere il pagatore in una più agevole condizione per decidere tempestivamente se esercitare o meno il potere di revoca dell'autorizzazione all'incasso, è evidente che tale autorizzazione preesiste alla prenotazione, rimanendo incontrovertibilmente provata l'estraneità strutturale della seconda rispetto alla prima.

A ben vedere, inoltre, nemmeno allo schema SEPA sarebbe concesso stabilire un *fictio*, e cioè non potrebbe disporre, in ipotesi, che laddove sussista un difetto della prenotazione, allora l'operazione di addebito dovrebbe di conseguenza considerarsi alla stregua di un'operazione non autorizzata: in tal guisa, infatti, peraltro in totale assenza di copertura legislativa, si addosserebbe all'istituto di radicamento del conto del pagatore, tenuto al rimborso ex art. 11 d.lgs. n. 11 del 2010, un ulteriore rischio totalmente dipendente dalla condotta del beneficiario, il quale, come tale, è soggetto portatore di interessi diametralmente opposti a quelli del cliente del prestatore obbligato.

Gioverà, infine, evidenziare che l'obbligo di prenotazione in discorso è totalmente estraneo alle «informazioni relative alla operazione di pagamento» di cui all'art. 9, comma 2°, d.lgs. n. 11 del 2010, e cioè a quelle informazioni che, ove non fornite dal PSP, rilevano ai fini della caducazione del limite di tredici mesi per domandare la rettifica al ricorrere di un'operazione di pagamento non autorizzata ⁽⁸⁹⁾. Dette informazioni, infatti, sono esattamente quelle che, prima dell'avvio della procedura, è tenuto a fornire all'ordinante il suo

⁽⁸⁹⁾ Le informazioni cui si fa riferimento sono quelle relative ai tempi di esecuzione e alle spese dell'operazione di movimentazione di fondi previste dall'art. 56 dir. 2015/2366/UE e, sul versante interno, dal §4.1.3 (rubricato «Singole operazioni di pagamento rientranti in un contratto quadro») della sez. VI del provvedimento della Banca d'Italia del 29 luglio 2009, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti* (in *Bancaditalia.it*).

prestatore di servizi di pagamento, e non il beneficiario, come invece nel caso della prenotificazione.

Dalla breve descrizione appena svolta della struttura dell'operazione di addebito diretto SEPA «core» emerge in maniera alquanto nitida la affinità di tale schema con l'*Einzugsermächtigungsverfahren*, il secondo modello germanico di incasso del quale s'è più sopra dato conto. In dottrina, invero, è stato osservato che la scelta effettuata dallo *European Payments Council* per un modello di addebito diretto “di base” senza il mandato al PSP del pagatore non è affatto casuale, ma è al contrario motivata dal dato empirico che in Germania lo schema dell'*Einzugsermächtigungsverfahren* si è rivelato particolarmente di successo, avendo dato prova di efficienza, funzionalità e sicurezza; si tratta, in sostanza, dello schema «che meglio riusciva a gestire i rischi nell'ambito dei rapporti *Business to Consumer*» ⁽⁹⁰⁾.

Quando l'operazione di addebito diretto deve essere eseguita per la movimentazione di denaro scritturale fra conti di pagamento intestati a due professionisti, le parti (pagatore e beneficiario), in alternativa al servizio di riscossione «core» appena descritto, possono servirsi dello schema di addebito diretto SEPA «B2B», le cui peculiarità si apprezzano proprio dal raffronto con il predetto schema “di base”.

Ebbene, prima di tutto gioverà specificare – per quanto possa apparire perspicuo –, che lo schema «B2B» può essere utilizzato soltanto quando tanto il pagatore quanto il beneficiario rivestano la qualifica soggettiva di professionista, peraltro diverso dalla microimpresa: il relativo *Rulebook* SEPA, infatti, si mostra sensibile alle legislazioni dei diversi Stati membri dell'Unione europea, i quali – come già accennato e come si dirà più diffusamente nel prosieguo della ricerca ⁽⁹¹⁾ –, hanno la facoltà, loro accordata dalla PSD2, di equiparare i con-

⁽⁹⁰⁾ Il riferimento è a V.V. CUOCCI, *Direct debit e armonizzazione dei servizi di pagamento: regole e profili di responsabilità nelle operazioni di pagamento non autorizzate alla luce della Direttiva comunitaria 2007/64/Ce*, cit., p. 432 ss.

⁽⁹¹⁾ V. *infra*, cap. III, §4.

sumatori alle microimprese affinché anche quest'ultime possano ricevere tutela dalla inderogabilità *in pejus* delle norme recanti i diritti e gli obblighi delle parti di un contratto per la prestazione di servizi di pagamento.

E, invero, che lo schema «B2B» sia sensibile anche alle scelte operate da taluni Stati membri – fra i quali v'è l'Italia – di equiparare le microimprese ai consumatori lo si intende dal relativo *Rulebook* e, in particolare, dalla lista dei doveri incombenti sul PSP del pagatore, fra i quali risulta, appunto, il seguente: «*In respect of each of its Debtors, a Debtor Bank shall: [...] 4) ensure that the Debtor is not a 'consumer' and is authorised by national law to opt out from the refund right for authorised transactions contained in Articles 61 and 76 of the Payments Services Directive as some national laws may associate 'micro-enterprises' with consumers*»⁽⁹²⁾.

Con la citata disposizione, deve ritenersi che il *Rulebook* attribuisca al prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto del pagatore il potere-dovere, da esercitare allorché gli pervenga un ordine di riscossione, di verificare che il proprio cliente – e non anche il beneficiario-ordinante – rivesta la qualifica soggettiva richiesta dalla legge dallo schema per l'utilizzo del servizio «B2B» («*a Debtor Bank shall [...] ensure that the Debtor is not a 'consumer' and is authorised by national law to opt out from the refund right for authorised transactions*»). Con la conseguenza che, laddove detto controllo dia esito negativo, e cioè laddove il PSP del pagatore accerti la qualità di consumatore (o, se del caso, di microimpresa) in capo al pagatore⁽⁹³⁾, detto PSP sarà tenuto a ri-

⁽⁹²⁾ Così, testualmente, il *SEPA Direct Debit Business to Business Scheme Rulebook (2019 - versione 1.0)*, §5.8, p. 94 (in *Europeanpaymentscouncil.eu*).

⁽⁹³⁾ Benché rimanga assodato che il servizio di riscossione «B2B» debba sempre coinvolgere due imprese (non micro, quantomeno in Italia), è evidente che, nell'ambito della procedura di riscossione, non sorge la concreta necessità di verificare che (anche) il beneficiario detenga la menzionata qualifica soggettiva; e ciò perché, diversamente da quanto potrebbe dirsi per il pagatore, le caratteristiche dello schema – come s'avrà modo di chiarire nel prosieguo – sono in gran parte orientate a vantaggio del beneficiario medesimo (ancora, ad esempio, si pen-

fiutare la richiesta di addebito, dando di ciò comunicazione al PSP dell'ordinante.

Qualora, poi, il controllo abbia dato erroneamente esito positivo, e cioè quando il PSP avrebbe dovuto respingere la richiesta d'incasso ma non lo abbia fatto, la conseguenza non potrà che essere la reviviscenza in capo al pagatore di tutte le prerogative tipiche accordate dal decreto di recepimento della dir. 2015/2366/UE, prima fra tutte quella che si concreta nel diritto al rimborso scaturente dalla legittima opposizione a una operazione di riscossione autorizzata, diritto da esercitarsi entro otto settimane dall'avvenuto addebito.

Non deve, tuttavia, sfuggire – la notazione è, invero, tutt'altro che di rilievo marginale – che, prima del recepimento della dir. 2015/2366/UE, il pagatore (consumatore o microimpresa), il cui conto fosse stato per fallacia addebitato in esecuzione di un servizio di riscossione «B2B», si sarebbe ritrovato in una posizione peggiore rispetto a quella in cui l'addebito fosse stato correttamente effettuato in esecuzione di un servizio di riscossione «*core*». Infatti, se è vero che in ipotesi di scorretto utilizzo dello schema «B2B» riprendono vigore – come s'accennava – le prerogative tipiche dell'utente debole, è però altrettanto vero che dette prerogative non si sostanziano in quelle offerte dallo schema «*core*», bensì in quelle offerte dalla legge, secondo lo schema della nullità parziale con sostituzione automatica di clausola di cui al combinato disposto degli artt. 1419, comma 2°, e 1339 c.c. ⁽⁹⁴⁾.

In concreto: se al ricorrere dello schema SEPA “di base”, come s'è più sopra illustrato, l'opposizione ad un'operazione di addebito autorizzata può essere sollevata al PSP senza che per il pagatore sia necessario fornire alcuna motivazione («*Refunds will be provided to the Debtor by the Debtor Bank on a no-questions-asked basis*») ⁽⁹⁵⁾, al contrario, il pagatore che, in costanza della nor-

si alla radicale esclusione del diritto al rimborso per le operazioni di pagamento autorizzate a svantaggio del pagatore).

⁽⁹⁴⁾ V., ancora, quanto si osserverà *infra*, cap. III, §4.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. quanto illustrato *supra*, in questo paragrafo, nt. 85.

mativa previgente, si fosse trovato in una situazione come quella qui presa in analisi, avrebbe potuto utilmente adottare un'iniziativa oppositiva soltanto ove fossero soddisfatti i presupposti di cui all'art. 13, comma 1°, lett. a) e b), d.lgs. n. 11 del 2010, non potendosi fare applicazione analogica (o, comunque, surrettizia) delle più favorevoli disposizioni dettate dal *Rulebook* SEPA «core», giacché quest'ultime, come chiarito, non hanno natura di norme di legge dispositive-suppletive, bensì natura pattizia, pur *sui generis*.

Sennonché, l'art. 2, comma 17°, lett. c), d.lgs. n. 218 del 2017, nel dare attuazione all'art. 76, par. 1, ult. per., dir. 2015/2366/UE, ha interpolato l'art. 13 d.lgs. n. 11 del 2010, aggiungendovi il comma 3°-bis, a tenore del quale «fatto salvo quanto disposto dal comma 4, in aggiunta a quanto disposto dal comma 1, nel caso di addebiti diretti di cui all'articolo 1 del Regolamento (UE) n. 260/2012, il pagatore ha un diritto incondizionato al rimborso nei termini di cui all'articolo 14».

In conseguenza di ciò, dunque, il pagatore (consumatore o microimpresa) che oggi subisca illegittimamente un addebito in esecuzione di un servizio «B2B» vedrà riaffiorare il diritto incondizionato al rimborso, esattamente come se l'addebito fosse stato effettuato in esecuzione del servizio «core».

Tanto acclarato, e venendo ora alla struttura dell'operazione, può dirsi che l'addebito diretto SEPA «B2B» realizza un modello di riscossione elettronica dai tratti ibridi, nato da un lato per porre rimedio ai difetti di sicurezza e affidabilità dei preesistenti servizi di addebito ad autorizzazione permanente (come il RID e l'*Abbuchungsauftragsverfahren*), e dall'altro lato per garantire la stabilità dell'avvenuto incasso mediante l'esclusione per il pagatore del diritto al rimborso (incondizionato) – tipico, invece, dello schema «core» – in ipotesi di operazione autorizzata ⁽⁹⁶⁾.

⁽⁹⁶⁾ Chiarissima, sul punto, V.V. CUOCCI, *Direct debit e armonizzazione dei servizi di pagamento: regole e profili di responsabilità nelle operazioni di pagamento non autorizzate alla luce della Direttiva comunitaria 2007/64/Ce*, cit., p. 434 ss.: «Inizialmente, l'idea dell'EPC era quella di introdurre una procedura di addebito diretto B2B con mandato del debitore alla propria

La peculiarità dello schema in analisi non risiede nella diversità del soggetto destinatario del «mandato» emesso dal pagatore: esso, infatti, in maniera del tutto eguale a quanto accade nello schema “di base”, è conferito direttamente al beneficiario, e anche qui ha la medesima doppia valenza di autorizzare quest’ultimo ad iniziare utilmente la procedura e d’incaricare il PSP dello stesso emittente – sempre per il medio della controparte – a “rilasciare” i fondi presenti sul suo conto o imputabili alla linea di credito di cui gode ⁽⁹⁷⁾.

Nemmeno lo schema in analisi si differenzia da quello più sopra illustrato sotto il profilo dell’onere di prenotificazione: anche in questo caso, infatti, il beneficiario che voglia efficacemente intraprendere l’iniziativa deve comunicare al pagatore, con un anticipo di almeno quattordici giornate (anche non operative), l’imminente esecuzione dell’addebito ⁽⁹⁸⁾; al riguardo, dunque, valgono le stesse considerazioni svolte in sede d’illustrazione del servizio “di base”.

banca replicando, nell’area SEPA, il secondo modello tedesco di addebito diretto: l’*Abbuchungsauftragsverfahren*. È poi prevalsa una soluzione dai tratti abbastanza originali che si discosta, per non pochi profili, dall’*Abbuchungsauftragsverfahren*, e che riesce a superare i rischi connessi a ordini di incasso con autorizzazione permanente (come la procedura *Abbuchungsauftragsverfahren* e RID) attraverso l’introduzione di specifici obblighi a carico della banca del debitore».

⁽⁹⁷⁾ Peraltro, la stessa definizione di «mandate» data dal *SEPA Direct Debit Business to Business Scheme Rulebook (2019 - versione 1.0)*, §4.1, p. 23 (in *Europeanpaymentscouncil.eu*) è la medesima di quella rinvenibile nel *Rulebook* dello schema “di base”: «*The Mandate is the expression of consent and authorisation given by the Debtor to the Creditor to allow such Creditor to initiate Collections for debiting the specified Debtor's account and to allow the Debtor Bank to comply with such instructions in accordance with the Rulebook*».

⁽⁹⁸⁾ Cfr. il §4.3.4 del *SEPA Direct Debit Business to Business Scheme Rulebook (2019 - versione 1.0)*, p. 29 (in *Europeanpaymentscouncil.eu*): «*The Pre-notification must be sent by the Creditor at the latest 14 Calendar Days before the Due Date unless another time-line is agreed between the Debtor and the Creditor. The Creditor is allowed to send the Collection to the Creditor Bank after the Pre-notification is sent to the Debtor, but not earlier than 14 Calendar Days before the Due Date, unless otherwise agreed between the Creditor and the Creditor Bank*».

Invero, a fronte di uno stadio iniziale che – come s’è visto – si presenta come del tutto simile a quella del servizio «core», l’addebito diretto SEPA fra imprese esibisce tutte le sue peculiarità strutturali nella fase successiva della procedura, quella cioè dell’incasso vero e proprio. Essa, in particolare, si caratterizza per la sussistenza in capo al prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto del pagatore di una serie di doveri volti inequivocabilmente alla tutela della posizione e delle prerogative del proprio cliente: trattasi, dunque, di veri e propri obblighi di protezione del pagatore.

E davvero il pagatore, una volta calatosi in un procedimento di riscossione governato dallo schema «B2B», malgrado la sua qualità di impresa (peraltro non micro, quantomeno in Italia), si mostra bisognoso di protezione, giacché il relativo *Rulebook* esclude in radice il diritto per il medesimo di contestare, onde ottenerne il rimborso, le operazioni – spesso di importo non esiguo – per le quali aveva effettivamente rilasciato l’autorizzazione, e ciò in maniera perfettamente compatibile con la dir. 2015/2366/UE: «*The Debtor has no right to obtain a refund for an authorised transaction under the Scheme by request to the Debtor Bank*»⁽⁹⁹⁾.

Il PSP del pagatore, in particolare, una volta che abbia ricevuto il «mandato», trasmessogli dal fornitore di servizi di pagamento del beneficiario mediante il prescelto meccanismo di compensazione e regolamento (CSM), prima di procedere alla scritturazione a debito del conto incardinato presso di sé e di titolarità del proprio cliente, oltre a dover operare un controllo formale circa il fatto che il «mandato» sia stato correttamente emesso e autorizzato dal pagatore, è altresì tenuto⁽¹⁰⁰⁾:

⁽⁹⁹⁾ Così, testualmente, il §4.2 del *SEPA Direct Debit Business to Business Scheme Rulebook (2019 - versione 1.0)*, p. 26 (in *Europeanpaymentscouncil.eu*), ove si aggiunge: «*However, the Scheme provides an inquiry procedure [...] to assist the Debtor Bank and the Creditor Bank to establish whether the transaction was erroneous*».

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. il §4.1 del *SEPA Direct Debit Business to Business Scheme Rulebook (2019 - versione 1.0)*, p. 24 (in *Europeanpaymentscouncil.eu*).

a) a verificare che i dati relativi al menzionato «mandato» siano conformi a quelli riportati in quello che il pagatore gli abbia (eventualmente) trasmesso per conoscenza, oppure, in alternativa, che detti dati siano confermati dal pagatore medesimo, dovendo il PSP all'uopo mettersi con questi in contatto onde ottenerne il nullaosta, non essendo sufficiente una mera notificazione. Peraltro, quando l'autorizzazione sia stata emessa a copertura di un serie definita di addebiti, la conferma del pagatore dovrà essere richiesta soltanto nell'ambito della prima riscossione, mentre per quelle successive sarà lo stesso PSP a dover verificare la corrispondenza della pretesa del beneficiario al «mandato» che, inoltre, nel frattempo deve aver memorizzato e archiviato;

b) il PSP del pagatore è poi tenuto a conformarsi a – e altresì a memorizzare – tutte le istruzioni che eventualmente gli abbia impartito il debitore prima o dopo la richiesta di conferma, con l'avvertenza che dette direttive, in ogni caso, nel rapporto con la propria controparte contrattuale e ai fini della legittimità dell'eventuale negazione della richiesta di addebito, prevalgono su quelle comunicategli dal PSP del beneficiario ⁽¹⁰¹⁾;

c) è infine tenuto a «obbligare» il proprio cliente ad informarlo in merito a qualsiasi sopravvenuta modifica o revoca dell'autorizzazione (*«the Debtor Bank is obliged [...] to oblige Debtors to inform the Debtor Bank on any amendment or cancellation of the Mandate»*): in sostanza, per agire in conformità allo schema, il PSP del pagatore dovrà premurarsi di inserire, all'interno del contratto di prestazione di servizi di pagamento stipulato con il proprio cliente, una clausola con cui quest'ultimo risulti obbligato a comunicare tempestiva-

⁽¹⁰¹⁾ Anche nello schema “di base” è possibile che le parti (PSP del pagatore e relativo cliente) si accordino nel senso che l'istituto sia tenuto a conservare (anche al fine di metterle in atto volta per volta) le istruzioni eventualmente impartite dal pagatore. Ciò, tuttavia, in tale cointesto, anziché costituire un preciso e fondamentale obbligo (pur derogabile, è vero) in capo al PSP, si sostanzia, piuttosto, in una funzionalità supplementare – in termini civilistici: una obbligazione accessoria –, rientrando fra quelli che il *Rulebook* chiama «*Additional Optional Services*» (AOSs).

mente ogni vicenda idonea ad incidere sull'autorizzazione, affinché il prestatore possa aggiornare le informazioni sino a quel momento archiviate ed evitare, di conseguenza, di dar corso a riscossioni non autorizzate.

Alla luce di quanto illustrato, un doppio ordine di ulteriori considerazioni appare quantomai opportuno.

In primo luogo, la circostanza – peraltro, come chiarito, meramente eventuale – che il debitore, una volta conferito il «mandato» al beneficiario, possa trasmetterlo anche al proprio PSP, non è di per sé idonea a mutare la conformazione strutturale dell'operazione di addebito «B2B» sin qui presa in esame. Invero, anche laddove il pagatore avesse inviato “per conoscenza” al proprio fornitore i dati dell'autorizzazione, il procedimento di riscossione manterrebbe inalterata la sua architettura e, ai fini dell'incasso, necessiterebbe indefettibilmente della giustapposizione di tutte le fasi più sopra illustrate, prima fra tutte l'emissione dell'ordine di riscossione ad opera del beneficiario.

Si vuol dire, cioè, che la ricezione del «mandato» da parte del PSP del pagatore non esonera quest'ultimo dal conferire detto «mandato» al beneficiario affinché questi, mediante il proprio PSP, possa immetterlo nel meccanismo di compensazione e regolamento per ottenere dall'altro istituto il “rilascio” del denaro scritturale. Dunque, in definitiva, l'unica conseguenza, l'unico effetto che la circostanza qui presa in analisi può sortire consiste nell'esonero del PSP del pagatore di domandare conferma al proprio cliente, prima di procedere all'addebito, circa i dati del «mandato» ricevuto attraverso la piattaforma interbancaria.

In secondo luogo, va osservato come il dovere – menzionato sopra *sub c)* – in capo al prestatore di servizi di pagamento del pagatore di “costringere” il proprio cliente a comunicargli ogni variazione rilevante inerente al «mandato», lungi dal rivestire un ruolo di importanza marginale, costituisca, piuttosto, un elemento di cardinale rilievo sistematico.

Ove trovi applicazione lo schema di addebito diretto fra imprese, infatti, se il pagatore, al ricorrere di un'operazione non autorizzata, mantiene il di-

ritto di ottenere il rimborso dell'importo perduto dal proprio PSP ⁽¹⁰²⁾, di contro, quest'ultimo – e qui risiede un'ulteriore significativa differenza con lo schema «*core*» – non ha diritto di rivalersi («*to recover*») sul PSP del beneficiario, il quale, a sua volta – e quale ovvia e naturale conseguenza –, non può agire in rivalsa verso il proprio cliente (*rectius*: non ha il potere di rettificare con inversa scritturazione l'accredito in conto).

Sicché, alla luce di quanto chiarito, emerge nitidamente l'interesse del PSP del pagatore a non dar corso ad operazioni non autorizzate: il relativo importo, infatti, dovrebbe in tal caso essere dal medesimo integralmente rimborsato al correntista in virtù delle regole dettate dal d.lgs. n. 11 del 2010 e dello schema SEPA, salvo che – come si indagherà a tempo debito – non possa ravvisarsi nella condotta (omissiva) del pagatore, il quale avrebbe dovuto informare il proprio PSP dell'avvenuta modifica o revoca del «mandato», un preciso addebito retto da colpevolezza, od anche un concorso di colpa, come tali idonei, forse, ad escludere o a limitare il rimborso ⁽¹⁰³⁾.

Da ultimo, chiarita la struttura dei due servizi di addebito diretto SEPA predisposti dal Consiglio europeo per i pagamenti, e chiarite anche le posizioni giuridiche rivestite dalle parti nell'ambito dell'erogazione di detti servizi, gioverà da ultimo notare, in generale, che, al ricorrere di una antinomia fra le regole contenute negli schemi e quelle recate dai contratti “individuali” – stipulati, cioè, fra PSP e utenti – per la prestazione di servizi di pagamento, non possono che prevalere queste ultime.

Siffatta conclusione discende, senza che, invero, vi sia spazio per riserva alcuna, dalla riferita natura negoziale degli schemi disciplinati dai *Rulebooks*, i quali, dunque, come tali, non hanno la potenzialità di incidere in alcun modo sulla validità e sull'efficacia di accordi contenuti in atti stipulati *inter alios*,

⁽¹⁰²⁾ Il diritto di ottenere la rettifica della scritturazione effettuata in esecuzione di un'operazione di riscossione non autorizzata è sempre esercitabile, così come nello schema “di base”, nel termine di tredici mesi a far data dall'avvenuto addebito.

⁽¹⁰³⁾ Per ulteriori approfondimenti si fa integrale rinvio al cap. IV.

salva pur sempre la configurabilità dell'inadempimento del prestatore che, sebbene vincolato allo schema, non abbia offerto servizi conformi ⁽¹⁰⁴⁾.

2.2.5. STRUTTURA E VARIETÀ DELLE OPERAZIONI DI TRASFERIMENTO E DI RITIRO DI FONDI DISPOSTE MEDIANTE CARTE DI PAGAMENTO: TERTIUM GENUS? I SERVIZI NON CARD-BASED E IL PRINCIPIO DI ATIPICITÀ DEGLI STRUMENTI DI PAGAMENTO (O DI NEUTRALITÀ TECNOLOGICA).

Lo studio sin qui svolto sui servizi di bonifico e di addebito diretto, come si ricorderà, ha preso le mosse dalla lettura del n. 3 dell'art. 1, comma 2°, lett. *h-septies.1*), t.u.b. (cui fa espresso rinvio l'art. 1, comma 1°, lett. *b*), d.lgs. n. 11 del 2010), il quale – gioverà rammentarlo –, nell'enumerare i servizi con i quali si possono eseguire operazioni di pagamento, riprende testualmente il n. 3 dell'allegato I alla dir. 2015/2366/UE.

Ebbene, oltre al servizio di bonifico (n. 3.3) e a quello di addebito diretto (n. 3.1), la norma include anche – riproducendo alla lettera il n. 3, lett. *b*), dell'allegato I – la «esecuzione di operazioni di pagamento mediante carte di pagamento o analogo dispositivo» (n. 3.2) ⁽¹⁰⁵⁾, precisazione che il legislatore europeo ha avvertito come necessaria poiché egli, all'interno del citato allegato I alla PSD2, come illustrato più addietro, anziché tracciare una marcata ed esplicita fenditura fra le operazioni di trasferimento di fondi iniziate dal pagatore (*credit transfers*) e quelle intraprese dal beneficiario (*debit transfers*) – il che, però, sarebbe stato più coerente con l'impostazione complessiva della direttiva –, ha invece scelto di menzionare gli archetipi di dette operazioni, ovvero sia rispettivamente il bonifico e l'addebito diretto.

⁽¹⁰⁴⁾ È, poi, ovvio che nemmeno sarà ravvisabile un'autonomia laddove sia esplicitamente (o anche implicitamente) lo schema a lasciare spazio per eventuali deroghe.

⁽¹⁰⁵⁾ Con riguardo alla portata che l'espressione «dispositivo analogo» assume nel contesto dell'allegato I alla dir. 2015/2366/UE, si veda quanto si specificherà nel prosieguo, alla fine del presente paragrafo.

Per verità, anzi, dalla sola lettura dell'allegato I alla PSD2, l'interprete e l'operatore potrebbero essere tratti in inganno, e cioè potrebbero essere portati a pensare che i servizi elettronici di pagamento aventi ad oggetto la movimentazione di denaro scritturale soggetti alla direttiva siano un *numerus clausus* costituito dai servizi di bonifico, dai servizi di addebito diretto e, infine, dai servizi di pagamento funzionanti con carta di pagamento. In realtà, questa tassatività si scontra visibilmente con l'intero impianto della dir. 2015/2366/UE e, come si dirà alla fine del corrente paragrafo, va sconfessata alla luce dell'interpretazione estensiva e sistematica che correttamente va data all'espressione «analogo dispositivo»; occorre, tuttavia, procedere con ordine.

Dunque, detto più chiaramente: nel contesto dell'allegato I alla dir. 2015/2366/UE, l'inclusione delle operazioni di pagamento effettuate con strumenti basati su carta all'interno dell'elenco dei servizi predisposti per la movimentazione di fondi si pone come una ineliminabile necessità, e questo perché le operazioni eseguite mediante gli strumenti in parola sono per struttura del tutto incompatibili sia con il modello di bonifico sia con il modello di addebito diretto.

In particolare, l'inconciliabilità con lo schema di bonifico si apprezza già sotto il profilo tecnico (o "empirico"): non si vede, infatti, come potrebbe il pagatore, servendosi della carta di pagamento, comunicare al proprio prestatore di servizi di pagamento tutte le informazioni che tipicamente compongono (*rectius*: devono comporre) l'ordine di bonifico, e cioè il codice IBAN del conto di destinazione, il prenome e il cognome del beneficiario, l'importo della transazione, la causale, la data di esecuzione dell'operazione ⁽¹⁰⁶⁾; e, parimenti, nemmeno sarebbe materialmente in grado il pagatore, sempre per il medio della

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr., al riguardo, il *SEPA Credit Transfer Scheme Rulebook (2019 - versione 1.0)*, nonché le relative *Implementation guidelines* (in *Europeanpaymentscouncil.eu*), ove costantemente si fa riferimento alle «instructions» date dal pagatore-ordinante («originator») per la corretta esecuzione dell'operazione di bonifico.

carta, di esercitare il potere di revoca dell'ordine di trasferimento di fondi riconosciutogli dalla legge ⁽¹⁰⁷⁾.

Considerazioni non particolarmente dissimili possono essere svolte in ordine alla inconciliabilità fra le operazioni eseguite mediante carte di pagamento e lo schema dell'addebito diretto, quest'ultimo da intendersi in senso proprio e tecnico, e cioè quale *species* archetipica del *genus* costituito dalle operazioni di pagamento eseguite su iniziative del beneficiario (*debit transfers*).

Invero, lo schema dell'addebito diretto, come s'è più sopra chiarito, necessita sempre e indefettibilmente, per espressa previsione di legge, del consenso del pagatore (art. 1, comma 1°, lett. v), d.lgs. n. 11 del 2010), che è conferito attraverso l'atto di «mandato» (art. 2, n. 21, reg. (UE) n. 260/2012). Quest'ultimo in particolare – soprattutto alla luce delle norme e delle linee-guida contenute nei *Rulebooks* SEPA – si risolve materialmente in un modulo (elettronico o cartaceo) piuttosto articolato che necessita, per essere completato, dell'inserimento di una molteplicità di dati aventi a che fare con le parti dell'operazione e con la causa che sta alla base della deportazione dei fondi (si pensi, ad esempio, all'indicazione degli estremi identificativi del contratto dal quale scaturisce la necessità della riscossione) ⁽¹⁰⁸⁾. Ma soprattutto, con il «mandato», specialmente al ricorrere dello schema di addebito diretto SEPA «B2B», il pagatore deve avere la possibilità di impartire istruzioni al proprio prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto. Ebbene, tutto questo, con ogni evidenza, non è compatibile con un'operazione caratterizzata

⁽¹⁰⁷⁾ Nel prosieguo si vedrà, altresì, che le operazioni di pagamento disposte con carta di pagamento dell'«utente» sono incompatibili con l'operazione di bonifico perché, mentre quest'ultimo s'inserisce nella categoria – va da sé – dei *credit transfers*, le prime s'inscrivono nell'opposta categoria dei *debit transfers*.

⁽¹⁰⁸⁾ La complessità e l'articolazione del «mandato» relativo al servizio di addebito diretto è facilmente evincibile dalla consultazione dai modelli predisposti dallo *European Payments Council*, peraltro tradotti in tutte le lingue ufficiali dell'Unione europea. Cfr., quindi, il *SDD Core Mandate* e il *SDD B2B Mandate* (in *Europeanpaymentscouncil.eu*).

da un elevato grado di automazione, com'è quella eseguita con una carta di pagamento, la quale, in definitiva, si risolve in uno strumento “muto”, inidoneo cioè a impartire istruzioni e a comunicare dati.

Va aggiunto infine – ma l'argomento appare dirimente – che tanto l'operazione di bonifico quanto quella di addebito diretto necessitano, per funzionare, di un conto di destinazione (intestato al beneficiario) e di un conto di asportazione (intestato al pagatore), con la precisazione che i fondi oggetto del trasferimento o della riscossione non debbano necessariamente essere su quest'ultimo depositati: si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui il pagatore abbia stipulato con il proprio PSP un contratto di apertura di credito in conto corrente *ex art. 1842 c.c.*, il quale, in fondo, si sostanzia nella concessione al pagatore medesimo di una linea di credito ⁽¹⁰⁹⁾; in tal caso, infatti, i fondi sono resi disponibili dall'istituto creditizio soltanto quando sia esaurita la disponibilità di fondi depositati sul conto ⁽¹¹⁰⁾.

Quanto sostenuto, oltre a discendere dalle rispettive caratteristiche tecniche e infrastrutturali, si ricava direttamente dalle definizioni di «bonifico» e di «addebito diretto» fornite dalla legge, dalle quali emerge la centralità fun-

⁽¹⁰⁹⁾ Ciò trova conferma nel n. 4 dell'art. 1, comma 2°, lett. *h-septies.1*), t.u.b., il quale annovera fra i servizi di pagamento – in maniera speculare al precedente n.3 – anche la «esecuzione di operazioni di pagamento quando i fondi rientrano in una linea di credito accordata ad un utilizzatore di servizi di pagamento: 4.1) esecuzione di addebiti diretti, inclusi gli addebiti diretti *una tantum*; 4.2) esecuzione di operazioni di pagamento mediante carte di pagamento o dispositivi analoghi; 4.3) esecuzione di bonifici, inclusi gli ordini permanenti».

⁽¹¹⁰⁾ Sul contratto di apertura di credito bancario in conto corrente cfr., ad esempio, G. PORCELLI, *L'apertura di credito bancario*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari*, in *Tratt. dei contratti* diretto da P. RESCIGNO e E. GABRIELLI, Torino, 2016, p. 925 ss.; P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, Milano, 2016, p. 367 ss.; G. MOLLE, *I contratti bancari*, in *Tratt. dir. civ. comm.* già diretto da A. CICU e F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI, Milano, 1981, p. 185 ss.; v. anche, per una sintetica ricognizione dell'istituto, C. SANDEI, *sub art. 1842 ss.*, in *Comm. breve al cod. civ. Cian-Trabucchi*, Milano-Padova, 2016, p. 1991 ss.

zionale dei conti di pagamento di pagatore e beneficiario per l'esecuzione delle procedure; definizioni che qui gioverà ancora un volta rammentare:

a) il bonifico consiste, per l'appunto, nell'«accredito *sul conto di pagamento del beneficiario* tramite un'operazione di pagamento o una serie di operazioni di pagamento effettuate *a valere sul conto di pagamento del pagatore* ed eseguite dal prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto del pagatore, sulla base di un'istruzione impartita da quest'ultimo» (art. 1, comma 1°, lett. o-bis), d.lgs. n. 11 del 2010) ⁽¹¹¹⁾;

b) l'addebito diretto, invece, si sostanzia nel «servizio di pagamento *per l'addebito del conto di pagamento di un pagatore* in base al quale un'operazione di pagamento è disposta dal beneficiario in conformità al consenso dato dal pagatore al beneficiario, ecc.» (art. 1, comma 1°, lett. v), d.lgs. n. 11 del 2010) ⁽¹¹²⁾.

La categoria delle operazioni di pagamento basate su carta, invece, non realizza necessariamente una movimentazione di fondi fra il conto del pagatore e il conto del beneficiario, ancorché tale eventualità sia statisticamente assai frequente; e ciò per la semplice ragione che fra le operazioni di pagamento di-

⁽¹¹¹⁾ È pur vero che tale definizione – della quale, però, rimane evidentemente ferma la portata normativa –, incontra un'eccezione laddove è comunemente ammesso dalla prassi, nonché dallo schema SEPA relativo al bonifico ordinario – cfr., al riguardo la definizione di «*funds*» di cui al §7 del *SEPA Credit Transfer Scheme Rulebook (2019 - versione 1.0)*, p. 74 (in *EuropeanpaymentsCouncil.eu*) –, che, ai fini dell'esecuzione dell'operazione di bonifico, i fondi possano anche essere rimessi al prestatore di servizi di pagamento del pagatore sotto forma di banconote e moneta divisionale.

⁽¹¹²⁾ Una (finta) conciliabilità fra il servizio di addebito diretto e le operazioni basate su carta può essere recuperata soltanto ove la carta non funga propriamente da strumento di pagamento – cioè non sia di per sé utilizzata per innescare la procedura – ma funga soltanto da mezzo per individuare il conto dal quale devono essere asportati i fondi. Ciò trova testimonianza nell'art. 1, par. 2, lett. c), reg. (UE) n. 260/2012: «Il presente regolamento non si applica [...] alle operazioni di pagamento tramite carta di pagamento o dispositivo analogo, ivi compresi i prelievi in contanti, salvo che la carta di pagamento o il dispositivo analogo non siano utilizzati unicamente per generare l'informazione necessaria a effettuare direttamente un bonifico o un addebito diretto verso e da un conto di pagamento identificato dal BBAN o dall'IBAN».

sposte mediante una carta di pagamento – giova ribadirlo – s’annoverano a pieno titolo anche quelle di «ritiro di fondi» sotto forma di denaro contante.

Invece, a sostegno dell’affermazione in base alla quale nelle operazioni disposte mediante carta di pagamento non si realizza – contrariamente al bonifico e all’addebito diretto – una traslocazione di fondi fra il conto del pagatore e il conto del beneficiario, non potrebbe farsi leva sul meccanismo operativo tipico della carta di credito ⁽¹¹³⁾. Al riguardo, infatti, si potrebbe essere *prima facie* persuasi che, rispetto ai pagamenti effettuati tramite detto strumento, i fondi oggetto di movimentazione non derivino dal conto di pagamento *del pagatore* – com’è, invece, per i bonifici e per gli addebiti diretti –, ma piuttosto da una linea di credito estranea a detto conto e accordata al titolare della carta dall’emittente, il quale, al termine del periodo pattuito, procederà alla riscossione di quanto dovutogli generalmente mediante un addebito diretto; con la conseguenza che, stando a siffatta ricostruzione, il conto di asportazione, nelle operazioni disposte mediante carta di credito, sarebbe propriamente quello intestato all’emittente, restando strutturalmente estranee all’operazione di pagamento *stricto sensu* intesa le (successive) vicende afferenti alla regolazione del rapporto finanziario intercorrente fra il titolare della carta e l’emittente che ha concesso la linea di credito.

⁽¹¹³⁾ Il riferimento è alle operazioni disposte mediante tutte le tipologie di carte di credito, siano esse carte di credito *charge* o “a saldo” (con addebito differito su conto corrente e tendenzialmente senza l’applicazione di interessi), siano esse carte di credito *revolving* (le quali prevedono la rateizzazione la periodizzazione dell’addebito con applicazione di interessi). Le due tipologie di carte in parola, infatti, pur essendo radicalmente diverse sotto il profilo delle modalità di addebito, non variano per struttura dell’operazione di trasferimento di fondi. Rimane, però, assodato che le carte di credito *revolving* sono soggette, oltre alla normativa sui servizi di pagamento, anche a quella dettata per il credito al consumo di cui agli artt. 121 ss. t.u.b. (cfr., al riguardo, G. LIACE, *sub art. 121 t.u.b.*, in *Comm. breve al t.u.b. Costi-Vella*, Milano-Padova, 2019, p. 803; G. ALPA - P. GAGGERO, *sub art. 121*, in *Comm. al t.u.b.* diretto da F. CAPRIGLIONE, III, Milano, 2018, p. 2120).

Detto altrimenti: ad una prima osservazione – e argomentando ancora su un piano evidentemente dubitativo – parrebbe doversi concludere che nelle operazioni con carta di credito – diversamente da quanto accade con riferimento alle operazioni disposte mediante carta di debito – si realizza sì un trasferimento di denaro scritturale tra conti, ma con la differenza che il conto di provenienza (o di asportazione) è intestato al PSP che ha emesso la carta e che acquista un credito verso il relativo titolare dopo aver estinto al suo posto il debito nutrito verso l'esercente che ha fornito il bene o il servizio acquistato ⁽¹¹⁴⁾. Sicché, in tale ordine di idee – che, però, nell'imminente prosieguo troverà smentita –, parrebbe potersi premere sul meccanismo operativo della carta di credito per dar prova dell'inconciliabilità fra bonifico e addebito diretto, da un lato, e operazioni basate su carta, dall'altro, giacché rispetto ai primi due servizi menzionati ciò che in ipotesi si richiederebbe, sia a livello definitorio sia a livello infrastrutturale, è che il trasferimento intercorra fra il conto del pagatore e quello del beneficiario, rimanendo pertanto estraneo a tale logica l'intreccio trilaterale di rapporti che origina da una operazione di pagamento disposta con carta di credito.

Senonché, a ben vedere, l'impianto ipotetico sin qui edificato non merita di essere condiviso, e ciò almeno per un doppio ordine di ragioni.

In prima battuta, deve replicarsi che, sul piano squisitamente tecnico-procedurale, in tutti i servizi di intermediazione nei pagamenti – e non solo nel

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, cit., p. 153 ss.: «Il rapporto che dà luogo all'emissione ed al funzionamento della carta di credito ha natura trilaterale: esiste una convenzione tra l'emittente ed i singoli fornitori di beni e servizi, secondo la quale questi ultimi si impegnano a concedere credito al titolare della carta di credito, mentre l'emittente di obbliga a corrispondere il prezzo dei beni o dei servizi forniti, a scadenze prefissate e previa deduzione dal prezzo di una commissione convenuta. Esiste poi un accordo tra emittente e titolare della carta di credito, in forza del quale l'emittente addebita periodicamente al titolare l'importo pagato al fornitore, nei cui diritti si trova surrogato ai sensi dell'art. 1203, n. 3, c.c. Emittente e titolare della carta restano obbligati in solido verso il fornitore fino al momento del pagamento, ma il rischio di eventuale insolvenza del titolare incombe solo sull'emittente».

caso della carta di credito – i fondi collocati sul conto del beneficiario all’esito dell’operazione non “provengono” *recta via* dal conto del pagatore, ma, diversamente, essi devono previamente “transitare” ⁽¹¹⁵⁾ – naturalmente *sub specie* di scritturazioni a debito e a credito tra loro perlopiù consecutive ⁽¹¹⁶⁾ – o sul conto del comune prestatore (operazioni “a tre parti”), oppure su quelli facenti capo ai due o tre diversi prestatori coinvolti (operazioni “a quattro parti”, oppure “a cinque parti”, nel caso in cui l’emittente di una carta – di credito ⁽¹¹⁷⁾ – e il prestatore di radicamento del conto del pagatore siano istituti differenti, operazioni) ⁽¹¹⁸⁾.

⁽¹¹⁵⁾ Come si comprenderà, *in subiecta materia* occorre prestare particolare attenzione onde evitare di commettere errori descrittivi o imprecisioni derivanti dall’utilizzo di termini, pur utili, ma tipicamente utilizzati per designare attività materiali di trasporto, quando invece, nella realtà, nessuna concreta traslocazione si realizza nel procedimento di pagamento senza contanti, bensì mere scritturazioni elettroniche.

⁽¹¹⁶⁾ Non è necessario che l’accredito sul conto del beneficiario segue l’addebito sul conto del pagatore, giacché ciò dipende dai sistemi di compensazione e regolamento interbancari e anche dal tipo di strumento utilizzato (ad esempio, quando viene utilizzata la carta di credito, l’accredito a favore del beneficiario è decisamente precedente rispetto alla scritturazione a debito sul conto del beneficiario che avviene a seguito del prelievo disposto dall’emittente). Cfr, sul punto, A. SCIARRONE ALIBRANDI - E. DELLAROSA, *sub art.* 25 d.lgs. n. 11 del 2010, in M. MANCINI - M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento. Commentario al d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11*, cit., p. 267.

⁽¹¹⁷⁾ La specificazione è d’obbligo, giacché, come si vedrà, in questo capitolo, al §3, è oggi possibile che anche una carta di debito sia emessa da un istituto diverso da quello presso il quale è radicato il conto del pagatore-titolare della carta (*third-party provider*). In tali casi, però, all’emittente sarà preclusa l’intermediazione di fondi e, quindi, l’operazione di pagamento sarà comunque sempre riconducibile, a seconda che l’ASPSP sia o meno comune, ad uno schema “a tre parti” o “a quattro parti”. Cfr., sul punto, M. GIULIANO, *L’adempimento delle obbligazioni pecuniarie nell’era digitale. Dalla moneta legale alla moneta scritturale e digitale “legalmente” imposta*, cit., p. 33.

⁽¹¹⁸⁾ Ciò, quindi, vale anche per le operazioni disposte mediante una carta di debito (o una carta prepagata). Si spiega, allora, il testo del 68° *considerando* della PSD2, solo in appa-

In seconda battuta, dall'aver sconfessato la supposta peculiarità dell'operazione di pagamento disposta mediante carta di credito deriva, sempre sul piano tecnico-procedurale – il quale rileva, nel contesto del d.lgs. n. 11 del 2010, per individuare la disciplina giuridica applicabile – deriva, si diceva, che l'unica apprezzabile differenza fra la suddetta operazione e quella attivata per il medio di una carta di debito risiede nel più o meno ampio periodo temporale che deve trascorrere prima che il pagatore subisca l'addebito in conto dell'operazione ⁽¹¹⁹⁾: esso, infatti, è decisamente ridotto nelle procedure disposte con carta di debito, mentre è ben più ampio nelle procedure disposte me-

renza applicabile soltanto alle operazioni basate su carta di credito, e quindi solo in apparenza viziata da un approccio troppo generalizzante: «L'uso di una carta o di uno strumento di pagamento basato su carta per effettuare un pagamento comporta spesso la generazione di un messaggio di conferma della disponibilità di fondi e ne risultano due operazioni di pagamento. La prima avviene tra l'emittente e il prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto del commerciante, mentre la seconda, di solito un addebito diretto, avviene tra il prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto del pagatore e l'emittente. Entrambe le operazioni dovrebbero essere trattate alla stregua di ogni altra operazione equivalente».

⁽¹¹⁹⁾ Sul punto cfr., fra gli altri, M. ONZA, *Carte di credito*, in *Comm. breve Salomone-Spada al diritto delle cambiali, degli assegni e di altri strumenti di credito e mezzi di pagamento*, Padova, 2013, p. 891 ss.; C. DI NANNI, *Pagamento e sostituzione nella carta di credito*, Napoli, 1983, p. 90 ss.; G. NICCOLINI, voce *Carte di credito e carte bancarie*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1995, p. 1 ss. V. anche, da ultimo, per un'utile ricognizione in materia di carta di credito M. GIULIANO, *L'adempimento delle obbligazioni pecuniarie nell'era digitale. Dalla moneta legale alla moneta scritturale e digitale "legalmente" imposta*, cit., p. 114 ss., in particolare p. 117 ss., ove si afferma efficacemente quanto segue: «Invero, appare condivisibile quella ricostruzione della fattispecie che relega la funzione creditizia propria della carta di credito [...] a elemento caratterizzante la fattispecie ma non concettualmente autonomo rispetto alla sua struttura, assicurando il differimento, esclusivamente, la concentrazione nel tempo degli adempimenti. Appare, dunque, strutturalmente irrilevante il differimento temporale del pagamento rispetto alla qualificazione della fattispecie, nel senso di una irrilevanza sulla conformazione del contenuto dell'obbligazione *ex pretio* al cui adempimento la carta di credito è preposta».

dianche carta di credito ⁽¹²⁰⁾. Sicché, in definitiva, la causa di finanziamento eventualmente caratterizzante tale ultimo strumento – ove, peraltro, assuma i tratti di carta *revolving*, con rateizzazione dell’addebito e applicazione di interessi – «resta confinata in un ambito strutturale sterno alla carta, non incidendo sulla qualificazione giuridica del documento e dei rapporti ad esso collegati, ma atteggiandosi come modalità di rimborso» ⁽¹²¹⁾.

In conclusione – e in questo sta l’approdo più rilevante ai presenti fini – nel caso della carta di credito la dissociazione fra il soggetto pagatore (che è l’intestatario dello strumento) e il soggetto titolare del conto dal quale derivano i fondi (quello cioè intestato all’emittente) è soltanto apparente e va smentita alla luce di quanto sin qui chiarito: pagatore è e rimane colui che spende la carta di credito e che ne è titolare, e che, in fondo, è anche il soggetto su cui graverà l’esborso di denaro in virtù del regolamento programmato con l’emittente, ancorché quest’ultimo abbia luogo in un momento anche di molto successivo rispetto all’utilizzo della carta ⁽¹²²⁾.

Per concludere queste brevi considerazioni volte a dimostrare cosa *non* sono le operazioni di pagamento disposte mediante carte di pagamento, e, dunque, prima di passare allo studio relativo a ciò che, invece, esse *sono*, va osservato che la supposta inconciliabilità strutturale fra le operazioni basate su carta, da un lato, e le operazioni di bonifico e di addebito diretto, dell’altro, è con-

⁽¹²⁰⁾ Ancora, sul punto, M. GIULIANO, *L’adempimento delle obbligazioni pecuniarie nell’era digitale. Dalla moneta legale alla moneta scritturale e digitale “legalmente” imposta*, cit., p. 118: «Secondo questa prospettazione, carta di credito e carta di debito non sono né due tipi di carta né due modi di atteggiarsi della stessa, bensì due mere modalità di rimborso all’emittente».

⁽¹²¹⁾ Così, ancora, M. GIULIANO, *L’adempimento delle obbligazioni pecuniarie nell’era digitale. Dalla moneta legale alla moneta scritturale e digitale “legalmente” imposta*, cit., p. 118.

⁽¹²²⁾ La prospettiva suggerita è perfettamente compatibile con l’art. 1, comma 1°, lett. e), d.lgs. n. 11 del 2010, ove si definisce il «pagatore» come «il soggetto titolare di un conto di pagamento a valere sul quale viene impartito un ordine di pagamento ovvero, in mancanza di un conto di pagamento, il soggetto che impartisce un ordine di pagamento».

fermata dai documenti (cc.dd. *Volumes*) elaborati dallo *European Cards Stakeholders Group* ⁽¹²³⁾.

In particolare, detti documenti, senza lasciar spazio a dubbi, definiscono gli «strumenti di pagamento basati su carta» come «qualsiasi strumento di pagamento, compresa una carta, un telefono cellulare, un *computer* o qualsiasi altro dispositivo tecnologico contenente l'applicazione di pagamento appropriata che consenta al pagatore di avviare una transazione di pagamento basata su carta *che non sia un bonifico o un addebito diretto* come definito all'art. 2 della reg. (UE) n. 260/2012»; così come, di riflesso, nei citati *volumes*, si asserisce che «le transazioni di pagamento basate su carta escludono le operazioni basate su altri tipi di servizi di pagamento» ⁽¹²⁴⁾: si rinforza, così, per il tramite delle fonti di autoregolamentazione SEPA, quanto sostenuto in tesi.

Ebbene, se per un verso è vero, come è stato sin qui acclarato, che le carte di pagamento non sono di per se stesse idonee a realizzare operazioni di bonifico o di addebito diretto, è però, per altro verso, altrettanto vero che le

⁽¹²³⁾ Lo *European Cards Stakeholders Group* (ECSG) è un'associazione internazionale *non profit* – esattamente come il Consiglio europeo per i pagamenti – che promuove l'armonizzazione delle discipline nazionali relative alle carte di pagamento all'interno della SEPA. Esso è composto da organizzazioni appartenenti a cinque settori della catena di pagamento delle carte: rivenditori e grossisti, fornitori di strumenti di pagamento (carte, dispositivi di pagamento, sistemi informatici correlati), processori di transazioni con carte, schemi di carte e prestatori di servizi di pagamento. L'obiettivo dichiarato dell'associazione è di contribuire a consentire ai cittadini dell'Unione europea di utilizzare le proprie carte per pagamenti e prelievi presso ATM con la stessa facilità e convenienza del proprio paese in tutta la SEPA e contribuire a rimuovere gli ostacoli tecnici, pratici e commerciali alle carte armonizzazione a vantaggio dei partecipanti al settore. L'ECSG, così come l'EPC, non fa parte del quadro istituzionale dell'Ue; tuttavia, la sua creazione è stata supportata dalle istituzioni dell'Unione europea, le quali partecipano alle sue attività di osservatori.

⁽¹²⁴⁾ Le parole riportate traducono quanto scritto nel *Sepa Cards Standardisation (SCS) "Volume" - Standards' Requirements, Book 1 - General, Payments and Cash Withdrawals with Cards in SEPA. Applicable Standards and Conformance Processes (versione 8.1.00)*, p. 25 (in *E-csg.eu*).

operazioni disposte con dette carte non possono sfuggire alla dicotomia fra *credit transfers* e *debit transfers*; dicotomia sulla quale è plasmato l'intero impianto regolamentare della dir. 2015/2366/UE. Se così non fosse, le transazioni basate su carta di pagamento rimarrebbero paradossalmente escluse dall'ambito di applicazione della direttiva e dalle norme interne che ad essa hanno dato attuazione.

Di talché, non risolvendosi – e, meglio, *non potendosi risolvere* – le operazioni di pagamento basate su carta in un *tertium genus* rispetto alle due categorie delle operazioni di pagamento avviate rispettivamente dal pagatore e dal beneficiario, occorre allora ricondurre tali operazioni all'una o all'altra delle menzionate categorie.

Allo scopo, gioverà osservare che le carte di pagamento, sul piano tecnico-giuridico, costituiscono propriamente degli strumenti di pagamento nell'accezione di cui all'art. 4, n. 14, dir. 2015/2366/UE, a mente del quale, appunto, uno «strumento di pagamento» è «un dispositivo personalizzato e/o insieme di procedure concordate tra l'utente di servizi di pagamento e il prestatore di servizi di pagamento e utilizzate per disporre un ordine di pagamento».

Con la carta di pagamento ⁽¹²⁵⁾, perciò, l'utente *dispone* una operazione di pagamento, nel senso che – come s'è già detto e come si ribadirà nel prosieguo – le dà l'abbrivio, che la impartisce; e tale esegesi, se può risultare opaca dal tenore letterale della disposizione della direttiva poc'anzi richiamata, risulta invece obbligata allorquando ci si approcci alla definizione che di «strumento di pagamento» dà la normativa interna di attuazione, e precisamente l'art. 1, comma 1°, lett. s), d.lgs. n. 11 del 2010, ove lo strumento di pagamento è efficacemente tratteggiato – benché, invero, non senza sgradevole ridondanza e cacofonia – come «qualsiasi dispositivo personalizzato e/o insieme di procedure

⁽¹²⁵⁾ Qui, peraltro, può discorrersi in maniera del tutto generale, di carte di pagamento, senza doversi distinguere fra carte di debito, carte prepagate e carte di credito, le quali, pur essendo radicalmente diverse sotto molteplici profili, sono tutte accomunate dall'essere, appunto, strumenti di pagamento.

concordate tra l'utilizzatore utente e il prestatore di servizi di pagamento e di cui l'utilizzatore utente di servizi di pagamento si avvale *per impartire un ordine di pagamento*».

Posto, dunque, che la carta di pagamento funge da mezzo per avviare un'operazione di movimentazione di denaro scritturale, oppure, in alternativa, per avviare un'operazione di "trasformazione" dei fondi elettronici in denaro contante mediante «prelievo» o «anticipazione», rimane da comprendere se il negozio ordinatorio, rispetto a tali due differenti tipologie di operazioni, venga emesso dal pagatore o dal beneficiario, onde appurare se esse siano da ricondurre al paradigma del *credit transfer* o a quello del *debit transfer*.

Muovendo dalla prima delle due menzionate operazioni – quella, cioè, relativa al trasferimento elettronico di fondi –, va detto che essa si configura alla stregua di un *debit transfer*, e ciò tanto nell'ipotesi in cui venga utilizzata una carta di debito, alla quale deve essere equiparata la carta prepagata ⁽¹²⁶⁾, quanto nel caso in cui venga utilizzata una carta di credito ⁽¹²⁷⁾.

⁽¹²⁶⁾ Alle operazioni di pagamento disposte mediante carta di debito vanno equiparate quelle disposte mediante una carta prepagata perché quando la moneta elettronica viene memorizzata su un c.d. borsellino elettronico – e non direttamente sul dispositivo mediante il magnetismo – i modi di circolazione del valore monetario sono per molti profili identici a quelli con cui circolano i fondi scritturali non costituenti moneta elettronica (v. quanto chiarito *supra*, cap. I, §2, in particolare alla nt. 12). Al riguardo cfr. G. GUERRIERI, *La moneta elettronica. Profili giuridici dei nuovi strumenti di pagamento*, Bologna, 2015, p. 66 ss.: «È noto, peraltro, che nella prassi operativa gli Imel e gli altri emittenti di moneta elettronica, per la circolazione di tale valore monetario, si avvalgono di circuiti di pagamento e di convenzioni inter-bancarie basate su sistemi di *clearing* già sviluppati con riferimento a strumenti di pagamento tradizionali».

⁽¹²⁷⁾ In tema di struttura delle operazioni di movimentazione di fondi mediante carta nel contesto della normativa di matrice eurolunitaria sui diritti e gli obblighi delle parti di un contratto di prestazione di servizi di pagamento, è d'obbligo lo studio di A. SCIARRONE ALIBRANDI - E. DELLAROSA, *sub art. 25 d.lgs. n. 11 del 2010, cit.*, al quale si fa rinvio per ulteriori approfondimenti.

Invero, nonostante le apparenze, quando una carta di pagamento viene utilizzata presso un terminale (il c.d. *Point of Sale*), sia esso fisico ⁽¹²⁸⁾ o virtuale ⁽¹²⁹⁾, in abbinamento a un codice di sicurezza personalizzato ⁽¹³⁰⁾, l'operazione risulta ordinata dal beneficiario-esercente. È quest'ultimo, dunque, e non il pagatore-titolare della carta a servirsi di tale strumento di pagamento per dare l'abbrivio alla procedura di riscossione ⁽¹³¹⁾. Ciò, peraltro, è del

⁽¹²⁸⁾ La tecnologia oggi offre al mercato numerose tipologie di terminali fisici: si pensi al tradizionale POS fisso “da banco” (c.d. *stand alone*), connesso tramite linea telefonica al centro servizi (del medesimo esistono anche le versioni *cordless*, dove l'apparecchio è staccabile dall'unità base, per consentire una portabilità entro qualche decina di metri); si pensi poi, fra gli altri, ai terminali mobili che consentendo di effettuare transazioni anche in assenza di linea telefonica fissa (se ne avvalgono, ad esempio, gli ambulanti o gli esercenti che prestano la propria opera o vendono il bene o il servizio presso il cliente o fuori dai locali commerciali).

⁽¹²⁹⁾ Il POS, infatti, potrebbe anche concretarsi in una interfaccia informatica che appare nell'ambito della procedura di *check-out* nelle vendite *online*, ove è richiesto l'inserimento dei dati della carta e la successiva autenticazione.

⁽¹³⁰⁾ Si pensi al codice PIN abbinato alla carta (di debito o di credito) al momento della sua emissione e comunicato al titolare in maniera sicura; oppure, ancora, si pensi al PIN temporaneo ricevuto (ad esempio sullo *smartphone* o su altro dispositivo) dal titolare che abbia deciso di aderire – e, così, però, anche l'esercente – al servizio “3D *security code*” o a servizio analogo trattasi di servizi che permettono di abbinare la carta di pagamento a un codice numerico di sicurezza di validità temporalmente limitata – *One Time Password*, OTP – il quale viene inviato sul dispositivo del titolare della carta che è stato previamente certificato dal PSP emittente). All'inserimento del codice PIN, poi, deve essere equiparata l'apposizione della firma sulla ricevuta di pagamento, pratica oramai in disuso – perché sostituita dalla digitazione del codice – ma fino a poco tempo fa largamente adottata per le transazioni disposte mediante carta di credito.

⁽¹³¹⁾ Conferma tale impostazione, fra gli altri, M. GIULIANO, *L'adempimento delle obbligazioni pecuniarie nell'era digitale. Dalla moneta legale alla moneta scritturale e digitale “legalmente” imposta*, cit., p. 79: «Tra i *debit transfer* vi sono anche quelle operazioni di pagamento tipiche di alcune carte di pagamento (operazioni disposte per il tramite del beneficiario), dove l'ordine di riscossione inizia con una fase preliminare caratterizzata dall'inserimento nel terminale della carta di pagamento e dei codici di accesso, da parte del titolare (pagatore): tale operazione serve esclusivamente ad accedere al sistema. I dati immessi nel sistema grazie a questa

tutto compatibile con la definizione (*rectius*: con *le* definizioni) di «strumento di pagamento» poco più sopra richiamate, dal momento che esse, ad un attenta lettura, sanciscono in maniera del tutto generica che del dispositivo personalizzato (o dell'insieme di procedure personalizzate), al fine di avviare l'operazione, si avvale l'«utente di servizi di pagamento», non già il «pagatore» o il «titolare dello strumento».

Nella fattispecie considerata, invero, la carta di pagamento viene accettata dall'esercente mediante l'apparecchiatura (o l'interfaccia *web*) messaggi a disposizione generalmente dal proprio PSP, il quale prende qui il nome di convenzionatore (*acquirer*). Quest'ultimo, poi, attraverso i sistemi di compensazione e regolamento trasmetterà l'ordine di incasso generato dal proprio cliente al PSP emittente (*issuer*) ⁽¹³²⁾, il quale procederà al “rilascio dei fondi”.

L'afferenza delle operazioni di pagamento basate su carta alla categoria dei *debit transfers* è oggi testimoniata – benché, come si sta per illustrare, sia al riguardo comunque necessaria una lettura correttiva – dall'art. 12-*bis* d.lgs. n. 11 del 2010, attuativo dell'art. 75 dir. 2015/2366/UE ⁽¹³³⁾, entrambi rubricati

operazione preliminare vengono poi utilizzati dal prestatore di servizi del beneficiario per procedere all'incasso delle somme – inviando i dati al PSP del debitore – seguendo, appunto, la procedura tipica degli ordini di riscossione». Nello stesso senso cfr. anche V. SANTORO, *I servizi di pagamento*, in *IANUS*, VI, 2012, p. 14: «Anche nel caso delle carte di pagamento, vuoi nella forma di carte di credito, vuoi in quelle di carte di debito, l'operazione è originata dal beneficiario, ma si distingue dal *direct debit* in ragione della non “stornabilità” del pagamento per mancanza di fondi e per la particolare attenzione in ordine all'uso fraudolento delle carte».

⁽¹³²⁾ Gioverà rammentare che fra i servizi di pagamento è ricompresa anche l'attività di emissione di strumenti di pagamento e/o convenzionamento di operazioni di pagamento (n. 5 dell'allegato I alla PSD2; art. 1, comma 2°, lett. *h-septies.1*), n. 5, t.u.b.).

⁽¹³³⁾ La disposizione non esisteva sotto il vigore della precedente dir. 2007/64/CE. ed è stata introdotta con l'art. 2, comma 16°, d.lgs. n. 218 del 2017. Al riguardo, v. anche il 75° *considerando* della PSD2: «La presente direttiva si prefigge di aumentare la protezione del consumatore in caso di operazioni di pagamento basate su carta in cui l'esatto importo dell'operazione non è noto al momento in cui il pagatore consente all'esecuzione dell'operazione di pagamento, ad esempio nelle stazioni di rifornimento automatiche, nei contratti di noleggio

«Operazioni di pagamento il cui importo non sia noto in anticipo». In particolare, a mente del comma 1° della disposizione citata, «Se un'operazione di pagamento basata su carta è disposta dal beneficiario o per suo tramite, senza che sia noto l'importo dell'operazione nel momento in cui il pagatore presta il proprio consenso, il prestatore di servizi di pagamento del pagatore può bloccare i fondi sul conto di pagamento del pagatore solo se quest'ultimo ha acconsentito a che sia bloccato un importo predeterminato»⁽¹³⁴⁾.

Così, dal tenore letterale della disposizione risulta chiaramente la piena compatibilità dei servizi di pagamento basati su carta con la struttura delle operazioni avviate su iniziativa del beneficiario, rimanendo pertanto dimostrata la praticabilità della tesi sin qui sostenuta.

Al contempo, però, la disposizione in parola non esclude che l'utilizzo della carta di pagamento possa originare un'operazione di *credit transfer* («Se un'operazione di pagamento basata su carta è disposta dal beneficiario o per suo tramite, ecc.»). Tuttavia, va osservato che la mera ammissibilità legislativa di una determinata pratica non implica che ad essa si conformi la realtà; e, come s'è poc'anzi illustrato, allo stato attuale, le infrastrutture telematiche – nonché gli schemi e i protocolli applicabili in materia – funzionano in maniera tale che la procedura di movimentazione dei fondi assuma le fattezze di una riscossione piuttosto che di un trasferimento. Sicché, sempre *rebus sic stantibus*, deve ritenersi che nella parte in cui la legge contempla la possibilità che

auto o nelle prenotazioni alberghiere. Il prestatore di servizi di pagamento del pagatore dovrebbe poter bloccare fondi sul conto di pagamento del pagatore solo se quest'ultimo ha prestato il suo consenso a che un importo determinato sia bloccato e i fondi, dopo la ricezione dell'informazione sull'esatto importo dell'operazione di pagamento e al più tardi immediatamente dopo la ricezione dell'ordine di pagamento, dovrebbero essere sbloccati senza indebito ritardo».

⁽¹³⁴⁾ Il comma 2° aggiunge, poi, quanto segue: «Il prestatore di servizi di pagamento del pagatore sblocca senza indugio i fondi bloccati ai sensi del comma precedente nel momento della ricezione delle informazioni concernenti l'esatto importo dell'operazione di pagamento e, al più tardi, dopo la ricezione dell'ordine di pagamento».

un'operazione basata su carta possa originare un *credit transfer*, offra in sostanza copertura alle seguenti operazioni, le quali in verità sono il risultato di una ibridazione fra il servizio di bonifico e il servizio di pagamento con carta ⁽¹³⁵⁾:

a) operazioni di bonifico che trasferiscono fondi depositati su una carta prepagata (ancorché, invero, il deposito sia tecnicamente effettuato non sulla carta ma nel c.d. borsellino elettronico ad essa collegato);

b) operazioni di bonifico ordinate dal pagatore per mezzo di un servizio di disposizione di ordini di pagamento collegato al conto mediante una carta di debito;

c) operazioni di bonifico a valere su una carta di credito, laddove consentite dal contratto d'emissione e laddove possibili ⁽¹³⁶⁾.

⁽¹³⁵⁾ Si sta, cioè, tentando di dare un senso alla previsione di cui all'art. 12-*bis*, comma 1°, d.lgs. n. 11 del 2010, nella parte in cui ammette che le operazioni basate su carta possano assumere le forme del *credit transfer*. In realtà, però, è evidente che nelle ipotesi formulate *infra* nel testo principale, l'operazione non è propriamente basata su carta, o, meglio, la carta non è utilizzata in maniera coerente con la sua natura di strumento di pagamento, giacché non è con essa che viene disposta l'operazione, tanto che non si necessita di alcun dispositivo di accettazione della carta fornito dall'*acquirer*: in tali circostanze, invero, il collegamento tra l'operazione di pagamento e la carta è al più tratteggiabile in termini di accidentalità, ancorché per taluni profili (si pensi, ad esempio, ai massimali giornalieri o mensili di spendita, alle norme di cautela nell'utilizzo dello strumento, ecc.), assume comunque rilievo la circostanza che l'operazione abbia alla propria base le condizioni stabilite nel contratto di emissione della carta di pagamento.

⁽¹³⁶⁾ Perché un'operazione di questo tipo sia possibile è necessario che il PSP emittente metta a disposizione del pagatore almeno un servizio di *online banking* con il quale il pagatore-titolare della carta possa materialmente compilare l'ordine di pagamento. È, dunque, verosimile che ciò possa realizzarsi – quantomeno con maggiore praticità – quando l'emittente della carta di credito coincide con l'istituto di radicamento del conto del pagatore-titolare. Peraltro, vale solo la pena di precisare che la praticabilità di una operazione siffatta non smentisce quanto più sopra sostenuto in ordine alla inconciliabilità fra operazione di bonifico e operazione disposta mediante carta. Come s'è avuto cura di specificare, infatti, l'operazione qui presa in analisi ha natura evidentemente ibrida e, a ben vedere, essa è disposta non già mediante la carta,

Ciò posto – e facendo ritorno alle operazioni basate su carta che si inscrivono nell'ambito dei *debit transfers* –, emerge come la carta di pagamento assolva ad una triplice funzione.

a) in primo luogo, di essa, coerentemente con la sua natura di strumento di pagamento, si avvale il beneficiario per individuare il “verso” cui orientare la riscossione: si vuol dire, cioè, che con la carta di pagamento il beneficiario e il rispettivo convenzionatore riescono a identificare l'emittente e, di conseguenza, sono in grado di individuare la fonte (conto o linea di credito) da cui deve essere asportata la provvista;

b) in secondo luogo, la carta serve all' esercente-beneficiario – oltrech  al suo convenzionatore – per verificare che sul conto di asportazione o sulla linea di credito accordata al pagatore vi sia disponibilit  sufficiente di fondi in base all'importo dell'operazione;

c) in terzo e ultimo luogo, almeno con riguardo alle fattispecie sin qui prese in esame, la carta di pagamento serve al suo titolare-pagatore per autorizzare l'operazione disposta da controparte, e ci  si realizza, a seconda dei casi, attraverso la digitazione del codice PIN (*Personal Identification Number*) o del codice temporaneo inviato su un dispositivo del titolare come accade nelle vendite *online* provviste di sistema di autenticazione.

In particolare, proprio la funzione precedentemente riportata *sub b)* – vale a dire la conferma della disponibilit  dei fondi –   in grado di marcare ulteriormente la differenza fra l'operazione disposta mediante carta di pagamento e l'addebito diretto. Infatti, bench  in entrambe le fattispecie l'operazione prenda l'abbrivio da un'iniziativa del beneficiario, soltanto laddove questi si avvalga all'uopo di una carta di pagamento ha la certezza del buon fine della transazione, giacch , in assenza della provvista necessaria alla fonte per soddisfare la pretesa dell'esercente, il sistema negher  la praticabilit  della riscossio-

bens  mediante lo strumento informatico, con il quale si ordina il trasferimento di fondi afferenti a una linea di credito concessa al pagatore in occasione dell'emissione della predetta carta.

ne. All'opposto, l'emissione da parte del beneficiario dell'ordine di incasso in una procedura di addebito diretto avviene "alla cieca", senza cioè la garanzia che sussistano alla fonte fondi sufficienti, tanto che, in caso di esito negativo, il PSP del beneficiario procederà allo storno dell'operazione ⁽¹³⁷⁾.

Va, inoltre, chiarito che la funzionalità descritta precedentemente *sub c)* – vale a dire l'autorizzazione dell'operazione ad opera del titolare dello strumento – è, invece, soltanto eventuale: l'utilizzo della carta senza codici, invero, è una pratica ancora assai ricorrente nelle vendite *online*, e oggi si ripropone in termini assai simili anche per i pagamenti "fisici" basati sulla tecnologia *contactless*, per l'avviamento dei quali è sufficiente lo stretto accostamento dello strumento al terminale. Evidentemente siffatte pratiche suscitano molteplici perplessità, soprattutto alla luce della centralità che la seconda direttiva sui servizi di pagamento nel mercato interno dà all'autenticazione del cliente-pagatore; sul punto, però, deve farsi integrale rinvio a quanto si dirà a tempo debito ⁽¹³⁸⁾.

⁽¹³⁷⁾ Sul punto, cfr. A. SCIARRONE ALIBRANDI - E. DELLAROSA, *sub art.* 25 d.lgs. n. 11 del 2010, cit., p. 267 ss.: «E qui si manifesta la principale differenza rispetto al *direct debit*: pur incardinandosi anche quest'ultimo su una certa qual "presunzione di pagamento", al momento del *clearing* è ammesso lo "storno" per mancanza di fondi qualora, al termine della sequenza, il conto del pagatore risulti incapiente. Nel caso di pagamento con carta, invece, la transazione completata presso l'esercente (sia confermata *on line* dall'emittente che eseguita *off line*), risulta evidentemente irrevocabile ed il rischio di insolvenza del pagatore non può che gravare sull'*issuer* della carta di credito o sulla banca-emittente della carta di credito (giacché è impensabile ipotizzare la restituzione della merce da parte del cliente o la ripetizione del pagamento)».

⁽¹³⁸⁾ Si veda già, però, O. TROIANO, *La disciplina uniforme dei servizi di pagamento: aspetti critici e proposte ricostruttive*, cit., p. 24 ss.: «Nulla è invece disposto per gli incarichi di riscossione non autorizzati, sia che riguardino pagamenti ricorrenti (e quindi, in assoluta prevalenza, addebiti diretti), sia una singola operazione ad iniziativa del beneficiario (pagamento via internet con mera indicazione di dati personali del debitore – quali il numero della carta di credito – utilizzati illecitamente da un terzo impostore). Di conseguenza, per la loro disciplina si dovrà attingere alle norme precedenti [il riferimento è agli artt. 56-61 dir. 2007/64/CE in mate-

Infine, ma sempre con riguardo alle tre enucleate funzioni cui assolve la carta di pagamento, vale la pena di precisare che esse sono svolte anche allorquando lo strumento – segnatamente una carta di debito o strumento analogo – è emesso ad opera di un PSP soggettivamente distinto da quello di radicamento del conto a norma dell'art. 5-*bis* d.lgs. n. 11 del 2010 ⁽¹³⁹⁾.

Ebbene, acclarato nei termini suddetti l'assetto strutturale dei servizi di pagamento basati su carta allorquando essi abbiano ad oggetto la movimentazione elettronica di fondi, deve ora prendersi brevemente in considerazione la diversa fattispecie del ritiro di denaro contante presso gli erogatori automatici (ATM), onde appurarne, anche qui, la riconducibilità al paradigma del *credit* o del *debit transfer*.

Al riguardo, la prima notazione da fare è che nelle operazioni di ritiro di fondi – tanto nella forma del «prelievo», quanto nella forma dell'«anticipo di contanti» ⁽¹⁴⁰⁾ – la persona del pagatore e quella del beneficiario vengono di

ria di responsabilità di prestatore e utente per le operazioni di pagamento non autorizzate, corrispondenti ai vigenti artt. 69-75 dir. 2015/2366/UE, *nda.*] che, però, in quanto pensate per i *credit transfers* e per le carte di pagamento (utilizzate con codici di accesso o associate alla tradizionale sottoscrizione) non sempre possono estendersi ai *debit transfers* non autorizzati, segnatamente agli addebiti diretti (a cui accosterei l'uso di carte di pagamento svincolato dalla sottoscrizione o dall'impiego di codici segreti». Rispetto a quest'ultima ipotesi, l'A. aggiunge (nt. 33): «In questo caso, l'uso della carta di pagamento avviene in modo del tutto svincolato dal dispositivo o procedura personalizzata – che consente l'accesso al circuito di pagamento di quella carta di debito o di credito – e serve solo come strumento mediato per risalire al conto del debitore».

⁽¹³⁹⁾ Il servizio fornito dai cc.dd. *Card Issuer Service Providers* sarà illustrato diffusamente, in questo capitolo, al successivo § 3.

⁽¹⁴⁰⁾ Nella prassi bancaria, e in particolare nel lessico contrattuale, nel fare riferimento alle operazioni di ritiro di fondi (trasformazione di denaro scritturale in denaro contante nella forma delle banconote e, benché più raramente, di monete divisionali) si è soliti discorre di «operazioni di prelievo di contanti» quando la “trasformazione” è ordinata, presso un ATM, mediante una carta di debito; quando invece la “trasformazione” è ordinata con una carta di credito, sempre presso un ATM, si è soliti discorrere di «operazioni di anticipo di contanti».

fatto a coincidere, risultando così ancora più ardua la relativa qualificazione⁽¹⁴¹⁾. Infatti, ancorché il contante, nel tempo successivo al ritiro, sia verosimilmente destinato a circolare *brevi manu*, l'apprensione iniziale è effettuata ad opera della stessa persona cui è al contempo intestato il conto di asportazione dei fondi, e alla quale è intestata la carta di pagamento⁽¹⁴²⁾.

Ciò nonostante, deve rilevarsi quanto segue.

In primo luogo, una situazione come quella poc'anzi illustrata – nella quale, cioè, pagatore e beneficiario vengono a sovrapporsi –, se nel caso delle operazioni di prelievo è senz'altro tipica (nel senso che caratterizza la fattispecie), ciò, tuttavia, non implica che non possa realizzarsi anche al ricorrere di operazioni eseguite in virtù di altri servizi di pagamento, primo fra tutti il bonifico⁽¹⁴³⁾.

In secondo luogo, benché guardando all'esito fattuale dell'operazione la sovrapposizione in parola sia innegabile, sul piano strettamente procedurale è comunque possibile – e, anzi, necessario – distinguere le vesti assunte dall'utilizzatore della carta di pagamento nelle diverse fasi che compongono la procedura di “trasformazione” del denaro scritturale in denaro contante. In particolare, è evidente che egli veste i panni del beneficiario al momento dell'apprensione del contante, mentre veste quelli del pagatore allorché il PSP di radicamento del suo conto procede alla scritturazione a debito della somma prelevata; ma la veste di beneficiario è dal medesimo assunta anche nel momento subito antecedente all'apprensione del contante erogato, ovverosia nella fase di inserimento della carta nel dispositivo ATM e, soprattutto, di

⁽¹⁴¹⁾ Sul punto, cfr., di nuovo, A. SCIARRONE ALIBRANDI - E. DELLAROSA, *sub* art. 25 d.lgs. n. 11 del 2010, cit., p. 268.

⁽¹⁴²⁾ Oppure l'apprensione è effettuata dal soggetto legittimato per contratto nel caso in cui la titolarità del conto sia in capo a un ente collettivo.

⁽¹⁴³⁾ Basti pensare all'ipotesi in cui taluno desideri trasferire, per le ragioni più varie, il proprio denaro su un altro conto di pagamento detenuto presso un diverso prestatore di servizi di pagamento.

compilazione dell'interfaccia informatica con la quale comunica al PSP erogante l'ammontare della somma, eventualmente anche accettando l'addebito del corrispettivo (commissione) per l'esecuzione dell'operazione ⁽¹⁴⁴⁾.

Da quest'ultimo rilievo discende manifestamente che, con riguardo al ritiro di fondi, l'ordine che dà l'abbrivio all'operazione è emesso dal titolare della carta nelle vesti di beneficiario e, difatti, la procedura, sia che si configuri come "a tre parti" sia che si configuri "a quattro parti", assume le fattezze di una riscossione ⁽¹⁴⁵⁾. Del resto, a bene vedere, il servizio in analisi non è poi così dissimile da un ordinario trasferimento immateriale realizzato con un terminale POS e una carta di pagamento: la principale differenza, infatti, sta nella materialità o nella immaterialità dei fondi percepiti dal beneficiario ⁽¹⁴⁶⁾. Residua,

⁽¹⁴⁴⁾ Va osservato che laddove il ritiro sia effettuato presso un ATM (o uno sportello) appartenente a un istituto diverso da quello di radicamento del conto del titolare della carta, fra quest'ultimo e l'istituto erogante non intercorre alcun previo rapporto contrattuale. Deve però ritenersi che un contratto sussista egualmente, ancorché concluso per fatti concludenti mediante l'inserimento della carta nel terminale e la conferma, da parte del titolare, dell'operazione.

⁽¹⁴⁵⁾ Le considerazioni svolte inizialmente con riguardo alle operazioni di ritiro di fondi valgono anche, *mutatis mutandis*, per quelle di deposito di denaro contate. Tuttavia, il capovolgimento del verso della "trasformazione" (da denaro contante a denaro scritturale) comporta anche il mutamento della veste dell'ordinante-titolare della carta (non più beneficiario, bensì pagatore), con la conseguenza che l'operazione dovrà essere ricondotta al paradigma del *credit transfer*. Inoltre, è infrequente – ma non vietato – che l'operazione di deposito di contanti si configuri secondo lo schema "a quattro parti", essendo tale servizio erogato, nella prassi, perlopiù presso ATM predisposti dal medesimo istituto di radicamento del conto.

⁽¹⁴⁶⁾ V., però, al riguardo, O. TROIANO, *Contratti di pagamento e disciplina privatistica comunitaria (proposte ricostruttive con particolare riferimento al linguaggio ed alle generalizzazioni legislative)*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2009, I, p. 543 ss.: «In sostanza, è possibile iscrivere le carte di pagamento nell'ambito degli incarichi di riscossione (*debit transfers*), posto che il pagamento – dopo una fase preliminare caratterizzata dall'impiego di una procedura di sicurezza che consente di autorizzare l'operazione – prende avvio dall'incarico che il creditore (autorizzato) conferisce al suo fornitore di servizi di pagamento, di incassare un importo determinato dal conto del debitore. Questo aspetto rappresenta il tratto comune di tutti gli ordini di riscossione

peraltro, una peculiarità nell'operazione di ritiro di fondi: rispetto ad essa, infatti, in ragione della coincidenza soggettiva fra pagatore e beneficiario, difetta sempre un rapporto obbligatorio fra detti soggetti; diversamente, nelle operazioni di trasferimento fondi, ancorché l'obbligazione possa eventualmente mancare (ad esempio, per nullità del contratto sottostante), essa nella maggior parte delle ipotesi è invece l'elemento precipuo che spinge il beneficiario ad avviare l'incasso.

In coda alla riflessione concernente le operazioni disposte mediante carte di pagamento va sinteticamente affrontato anche un ultimo tema, intimamente connesso alla trattazione si qui svolta.

L'art. 1, comma 2°, lett. *h*-septies.1), nn. 3.2 e 4.2, t.u.b., come si ricorderà, fra gli altri servizi volti all'esecuzione di operazioni di pagamento, include anche quelli funzionanti mediante un dispositivo «analogo» alle carte di pagamento ⁽¹⁴⁷⁾. Il sistema attuale, di matrice europea, infatti, risulta decisamente aperto e mostra, sin dalla stessa definizione di «strumento di pagamento» («qualsiasi dispositivo personalizzato e/o procedura ecc.»), di voler assecondare lo sviluppo tecnologico, senza precludere ai prestatori e agli utenti rispettiva-

e il punto di divergenza rispetto agli ordini di pagamento. Sennonché, è pure possibile concepire un differente funzionamento, e cioè: dopo la fase preliminare di autorizzazione (o contestualmente alla stessa) il titolare della carta di pagamento emana un (vero e proprio) ordine di pagamento, che viene direttamente (quindi senza alcuna movimentazione contabile che passi attraverso il fornitore del beneficiario) inviato al proprio fornitore di servizi di pagamento. Ciò attiva la trasmissione di un ordine di pagamento (*credit transfer*) dal fornitore di servizi del «pagatore» (titolare della carta di pagamento) al fornitore di servizi del beneficiario (creditore) e quindi in favore di quest'ultimo. In questo caso, l'operazione mima quella di *credit transfer* e non quella di *debit transfer* e andrà disciplinata secondo le regole dei primi. Si conferma così la rilevata duplice possibilità, nell'impiego di carte di pagamento, di dar luogo ad un *debit* ovvero ad un *credit transfer*, con relative implicazioni circa la disciplina da applicare».

⁽¹⁴⁷⁾ Lo stesso vale ovviamente per l'allegato I alla dir, 2015/2366/UE, n. 3, lett. *a*) e n. 4, lett. *b*).

mente di offrire e di avvalersi della più vasta gamma di “mezzi” con i quali effettuare operazioni di pagamento.

Può dirsi, insomma, che nell’ordinamento vige il principio di atipicità degli strumenti di pagamento (o di neutralità tecnologica), in base al quale sono ammessi l’emissione (*issuing*) e il convenzionamento (*acquiring*) di tutti gli strumenti di pagamento – ancorché diversi dalle carte di pagamento (strumenti cc.dd. *non card-based*) ⁽¹⁴⁸⁾ – purché abbiano l’attitudine a emanare un ordine di pagamento, e purché vi sia personalizzazione, nel caso di strumenti che si concretano in dispositivi, o purché vi sia accordo fra prestatore e utente, nel caso di strumenti che si concretino in mere procedure di immateriali (*i.e.* informatiche, telematiche) di disposizione dell’ordine ⁽¹⁴⁹⁾.

A dire il vero, però, non tutta la disciplina sulla prestazione di servizi di pagamento appare coerente con siffatto principio: mal si comprende, ad esempio, la scelta del legislatore eurounitario, effettuata nell’art. 65 dir. 2015/2366/UE, di limitare esplicitamente la «conferma della disponibilità di fondi» ai servizi di pagamento basati su carta, giacché non è affatto da escludere che lo sviluppo tecnologico e il mercato possano mettere a disposizione della clientela degli strumenti con funzionalità analoghe alle carte di pagamento, an-

⁽¹⁴⁸⁾ Sul punto, cfr. M. GIULIANO, *L’adempimento delle obbligazioni pecuniarie nell’era digitale. Dalla moneta legale alla moneta scritturale e digitale “legalmente” imposta*, cit., p. 28 ss.

⁽¹⁴⁹⁾ A dire il vero, il principio di atipicità degli strumenti di pagamento è soltanto una delle molteplici manifestazioni del più generale principio di neutralità tecnologica adottato dalla PSD2, così come in molti altri ambiti normativi rivolti al c.d. *FinTech*. Al riguardo, cfr. M. RABITTI - A. SCIARRONE ALIBRANDI, *I servizi di pagamento tra PSD2 e GDPR: open banking e conseguenze per la clientela*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Liber amicorum Guido Alpa*, Milano-Padova, 2019, p. 718 ss.: «A livello di fonti normative il principio viene declinato a diversi livelli. Innanzitutto, il considerando n. 21 della PSD2 richiede ai legislatori nazionali, al preciso scopo di tutelare ed incentivare l’innovazione, che, dal punto di vista della costruzione delle singole normative, non si definiscano con rigidità le modalità tecnologiche con cui i singoli servizi di pagamento devono essere erogati. La definizione dei singoli servizi di pagamento deve mantenersi cioè neutra sotto il profilo tecnologico».

corché materialmente (o immaterialmente) diversi. E, sempre a titolo esemplificativo, stona altresì con il principio di atipicità degli strumenti di pagamento l'art. 75 della medesima direttiva, relativo alle «operazioni di pagamento il cui importo non sia noto in anticipo», e anch'esso dedicato esplicitamente ai servizi basati su carta di pagamento ⁽¹⁵⁰⁾.

Tornando, tuttavia, all'art. 1, comma 2°, lett. *h-septies.1*), nn. 3.2 e 4.2, t.u.b., nella parte in cui contempla l'«analogo dispositivo», deve ritenersi, alla luce di quanto di qui sostenuto, che esso faccia in realtà riferimento a ogni altro «strumento di pagamento» così come definito dall'art. 4, n. 14, dir. 2015/2366/UE. L'analogia, dunque, non risiede nell'idoneità del dispositivo ad originare una procedura di trasferimento di fondi del tutto congruente a quella che si realizzerebbe mediante una carta di pagamento; piuttosto, essa risiede, più semplicemente, nell'attitudine del «dispositivo» ad essere, così come le carte, uno «strumento di pagamento», e perciò nella capacità di disporre un'operazione di movimentazione di fondi.

Siffatta conclusione, invero, appare obbligata, e altresì utile per superare la segnalata discordanza fra l'impostazione complessiva della PSD2 e il suo allegato I.

2.3. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE SUL SERVIZIO DI DISPOSIZIONE DI ORDINE DI PAGAMENTO: ANCORA SUL CONCETTO DI «DISPOSIZIONE». IL PRESTATORE DEL SERVIZIO DISPOSITIVO COME NUNCIUS DELL'UTENTE E LA POLIVALENZA DELLA NOZIONE DI «ORDINE DI PAGAMENTO».

Lo studio sin qui svolto in ordine ai differenti servizi aventi ad oggetto l'esecuzione di operazioni elettroniche di pagamento, oltre ad avere in sé una

⁽¹⁵⁰⁾ Una possibile soluzione potrebbe rinvenirsi nell'applicazione analogica di tali norme anche alle operazioni di pagamento eseguite in virtù di un servizio non basato su carta ma analogo ad un servizio *card-based*: paiono infatti sussistere, in siffatta ipotesi, sia la lacuna legislativa sia l'identità di *ratio*.

imprescindibile portata preparatoria per il prosieguo dell'indagine, consente ora – e per ciò era stato intrapreso – di trarre alcune conclusioni con riguardo alla struttura del procedimento di movimentazione di fondi avviato in forza di un servizio dispositivo.

Ebbene, dall'impianto architettonico della dir. 2015/2366/UE – ereditato dalla direttiva previgente – è emersa chiaramente l'importanza del profilo strutturale delle operazioni di pagamento onde individuare le norme di volta in volta applicabili in ragione dell'appartenenza di dette operazioni al paradigma del *credit transfer* o a quello del *debit transfer*.

Di riflesso, poi, s'è evidenziato come tale attività di riconduzione (*recitius: di qualificazione*) passi attraverso la precisa individuazione del “lato” donde proviene l'incarico al PSP che per primo si muove allo scopo di soddisfare la pretesa del suo cliente. Sicché:

a) qualora l'incarico (di pagamento) sia conferito dal pagatore al suo prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto, allora si sarà in presenza di un *credit transfer*;

b) qualora, invece, l'incarico (di riscossione) sia conferito dal beneficiario al rispettivo prestatore di radicamento del conto, allora l'operazione assumerà le fattezze di un *debit transfer*.

In un siffatto contesto, data la crucialità della provenienza dell'«istruzione» al PSP di «eseguire un'operazione di pagamento»⁽¹⁵¹⁾, laddove la legge discorre di «disposizione» non può che riferirsi all'attività di conferimento dell'incarico dal quale sorge l'obbligo in capo al prestatore di trasferire o di riscuotere i fondi indicati dall'ordinante.

Le medesime considerazioni terminologiche devono valere per il servizio di disposizione di ordine di pagamento; servizio che – deve concludersi – ha quindi come precipuo oggetto l'intermediazione fra utente e prestatore, nel sen-

⁽¹⁵¹⁾ Cfr. l'art. 4, n. 13, dir. 2015/2366/UE e l'art. 1, comma 1°, lett. o), d.lgs. n. 11 del 2010.

so che l'utente s'avvale del PISP per la formulazione (telematica) e per la recapitazione (altrettanto telematica) al proprio prestatore di radicamento del conto dell'atto con cui impartisce l'ordine.

Di conseguenza, il prestatore del servizio dispositivo va qualificato alla stregua di *nuncius* dell'utente, giacché egli si obbliga in via contrattuale (*i.e.* mediante la stipulazione del contratto tipico di prestazione di servizi di pagamento) a compiere un'attività di carattere materiale, come tale pienamente compatibile con l'alto grado di automazione della procedura, consistente nella trasmissione di una dichiarazione di volontà emessa da controparte ⁽¹⁵²⁾.

Ciò posto, ben si comprende come l'interrogativo che originariamente s'era formulato concernente la struttura dell'operazione di pagamento disposta mediante un PISP – interrogativo che ha provocato la più ampia parte della riflessione sin qui svolta – fosse mal posto: siffatto servizio, infatti, non ha alcuna incidenza sulla struttura dell'operazione di pagamento ordinata, la quale, per questo motivo, a seconda della parte (pagatore o beneficiario) che abbia impartito l'istruzione, assumerà i connotati del *credit transfer* oppure del *debit transfer*.

⁽¹⁵²⁾ Sulla figura del nuncio, cfr., *ex multis*, V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudicazatti*, Milano, 2011, p. 248, il quale, perché possa predicarsi di un soggetto la qualità di nuncio, ritiene che sia «sufficiente l'efficienza materiale della sua attività trasmissiva»; W. D'AVANZO, voce *Nuncius (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 515 ss.; ID., voce *Rappresentanza (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 802, il quale precisa che «non è meramente materiale l'operato del *nuncius*, dovendo, e decisamente, respingersi ogni equiparazione di questo ad un mezzo meccanico o ad una lettera»: non pare, tuttavia, che siffatta puntualizzazione, peraltro condivisibile, possa essere spesa per confutare la tesi sostenuta nel testo, giacché l'attività posta in essere dal prestatore del servizio dispositivo, ancorché basata su mezzi meccanici (o meglio, telematici), non si estrinseca nel materiale “trasporto” di una dichiarazione documentale emessa dall'utente, bensì in una vera e propria interposizione (*rectius*: intermediazione) fra il medesimo e il PSP di radicamento del conto. In giurisprudenza, sulla figura del nuncio, cfr., ad esempio, Cass. civ., sez. III, 14 febbraio 2014 (in *Pluris*), n. 3433, (in *Pluris*); Cass. civ., sez. III, 30 ottobre 1997, n. 10720, (in *Pluris*).

Ciò, a ben vedere, è perfettamente in linea con la definizione stessa di «servizio di disposizione di ordine di pagamento» di cui all'art. 1, comma 1°, lett. *b-bis*), d.lgs. n. 11 del 2010, a mente del quale – giova riportarlo alla mente – esso è «un servizio che dispone l'ordine di pagamento su richiesta dell'*utente* di servizi di pagamento relativamente a un conto di pagamento detenuto presso un altro prestatore di servizi di pagamento»: infatti, così come s'è più sopra rilevato con riguardo agli strumenti di pagamento – con i quali il servizio dispositivo ha evidenti profili di affinità ⁽¹⁵³⁾ –, facendo la definizione di legge genericamente riferimento all'«*utente*», essa conferma la “neutralità” dell'attività svolta dal PISP, e ammette che di quest'ultimo possa avvalersi, al fine di formulare e di trasmettere l'ordine, tanto il pagatore quanto il beneficiario.

Di più: va osservato che, mentre nelle procedure di *credit transfer* il prestatore del servizio dispositivo sarà portatore della volontà del solo pagatore, cosicché solo di questi si farà *nuncius* ⁽¹⁵⁴⁾, diversamente, nel caso delle procedure di *debit transfer* – le quali, come s'è visto, necessitano indefettibilmente di istruzioni anche da parte del titolare dei fondi oggetto d'asportazione –, il PISP si farà anche portatore della volontà del pagatore, facendosi in tal modo *nuncius* anche di questi. Detta volontà, in particolare, sarà verosimilmente “raccolta” dal prestatore del servizio dispositivo in esito alla procedura di autenticazione, da ciò emergendo chiaramente come per il funzionamento di un servizio dispositivo da cui origina un *debit transfer* sia necessario che con il PISP abbia contrattato non solo il beneficiario-ordinante ma anche il pagatore ⁽¹⁵⁵⁾.

⁽¹⁵³⁾ Ciò è inevitabile giacché entrambi, sin dalla definizione, si caratterizzano per la loro funzionalità rispetto alla disposizione di un ordine di pagamento. Si veda, però, quanto specificato nel prosieguo del testo.

⁽¹⁵⁴⁾ Rispetto ai *credit transfers*, infatti, non si rende necessaria alcuna istruzione del beneficiario, il cui ASPSP eseguirà la scritturazione a credito in forza del contratto di conto che aveva previamente stipulato, appunto, con il suo cliente.

⁽¹⁵⁵⁾ Occorre, peraltro, precisare, che il contratto fra PISP e pagatore è necessario soltanto quando la “raccolta” delle istruzioni avviene davvero in seguito ad un'autenticazione, potendo altrimenti il pagatore, in effetti, autorizzare l'operazione anche solo mediante un co-

La volontà del pagatore sarà rivolta tanto al beneficiario, al fine di autorizzarlo a procedere alla riscossione, quanto al proprio PSP di radicamento del conto – con il quale, però, interagisce soltanto per il medio del PISP – al fine di conferirgli l’incarico al “rilascio” dei fondi corrispondenti all’importo della transazione.

Inoltre, a ben vedere, sempre con riguardo ai *debit transfers*, il contratto intercorrente fra PISP e pagatore, con il quale il primo si obbliga a raccogliere le istruzioni impartite dal secondo, tiene il luogo del servizio di *acquiring* necessario, invece, per i pagamenti disposti mediante una carta di pagamento o altro strumento analogo; così come, dall’altro lato, questa volta anche relativamente ai *credit transfers*, il contratto intercorrente fra utente-ordinante e PISP, con il quale quest’ultimo si obbliga a recepire le istruzioni del primo, tiene il luogo del servizio di *issuing*.

Infine, pare opportuno effettuare un’ultima notazione: nel lessico della PSD2 e, di conseguenza, anche della normativa interna di recepimento, tutte le «istruzioni» delle quali sin qui s’è dato conto finiscono per confluire nell’unitaria nozione di «ordine di pagamento», definito dall’art. 4, n. 13, dir. 2015/2366/UE come «un’istruzione da parte di un pagatore o beneficiario al suo prestatore di servizi di pagamento di eseguire un’operazione di pagamento»⁽¹⁵⁶⁾. Sicché, in definitiva, saranno da qualificare alla stregua di «ordine» non solo – per quanto sarebbe più appropriato – gli incarichi di pagamento e gli incarichi di riscossione, ma anche le istruzioni impartite dal pagatore nell’ambito

mando elettronico impartito mediante interfaccia informatica fornita dal PISP nell’ambito della procedura di *check-out* (ad esempio, con il semplice *click* del *mouse*, o, a seconda del dispositivo, con la digitazione dello schermo).

⁽¹⁵⁶⁾ Con parole in parte diverse – ma che appaiono un poco più idonee a marcare la finalità cui l’ordine è teso – l’art. 1, comma 1°, lett. o), d.lgs. n. 11 del 2010, definisce l’«ordine di pagamento» come «qualsiasi istruzione data da un pagatore o da un beneficiario al proprio prestatore di servizi di pagamento con la quale viene chiesta l’esecuzione di un’operazione di pagamento».

di una procedura iniziata dal beneficiario e rivolte ad autorizzare la controparte a intraprendere l'incasso e ad incaricare il proprio PSP al rilascio dei fondi.

Dunque, sulla scorta di quanto chiarito nel presente paragrafo, la polivalenza della definizione di «ordine di pagamento», oltre a trovare riscontro in generale nella disciplina sui diritti e gli obblighi delle parti che abbiano stipulato un contratto di prestazione di servizi di pagamento, trova altresì coerente applicazione nell'ambito del servizio offerto dai PISPs, laddove la «disposizione di ordine di pagamento», sì come s'è visto, consiste nella raccolta e nella trasmissione di «istruzioni» recanti contenuto eterogeneo.

Così, ad esempio, nell'art. 17, comma 2°, d.lgs. n. 11 del 2010 ⁽¹⁵⁷⁾, laddove si afferma che «se l'operazione di pagamento è disposta da un prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento o su iniziativa del beneficiario o per il suo tramite, *il pagatore non può revocare l'ordine di pagamento dopo aver prestato il proprio consenso a disporre o ad eseguire l'operazione di pagamento al prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento o beneficiario*»: con ogni evidenza, quando tale disposizione contempla la revocabilità dell'ordine emesso dal pagatore nell'ambito di una procedura avviata su iniziativa del beneficiario, non può che fare riferimento all'istruzione data dal pagatore volta ad autorizzare la controparte alla riscossione e a incaricare il proprio ASPSP al rilascio della provvista.

2.4. *PROPOSTA PER UNA CLASSIFICAZIONE ALTERNATIVA DELLE OPERAZIONI DI PAGAMENTO: OPERAZIONI AVVIATE E INTERAMENTE GESTITE DAL BENEFICIARIO, OPERAZIONI AUTENTICATE DAL PAGATORE E OPERAZIONI INTERAMENTE GESTITE DAL PAGATORE.*

Alla rammentata polarizzazione di matrice normativa, che contrappone le operazioni di trasferimento di denaro scritturale su iniziativa del pagatore

⁽¹⁵⁷⁾ La norma recepisce l'art. 80, par. 2, dir. 2015/2366/UE.

agli addebiti di fondi disposti su iniziativa del beneficiario, può accostarsi una diversa classificazione delle operazioni di pagamento, questa volta tripartita, e utile – si crede – per apprezzare i diversi gradi di sicurezza o “blindatura” di una operazione di pagamento effettuata sul *web* o al di fuori di esso, e quindi, di conseguenza, adatta per riflettere sui possibili criteri di imputazione e articolazione della responsabilità al ricorrere di un utilizzo fraudolento di uno strumento di pagamento o delle credenziali del conto.

In ragione delle concrete modalità con cui il pagamento viene effettuato, dunque, possono essere individuate e distinte le tre seguenti tipologie di operazioni di pagamento.

In primo luogo, vi sono le operazioni di pagamento avviate dall’ercente-creditore, ove il cliente fornisce (*rectius*: si limita a fornire) i dati utili per il pagamento all’ercente, il quale avvia le procedure di incasso tramite il proprio PSP di norma quando la prestazione pecuniaria diviene esigibile, il che può avvenire sia in maniera contestuale rispetto alla conclusione della transazione, sia in un momento successivo, come quando ricorrono pagamenti a cadenza periodica.

Questo è lo “schema” che viene utilizzato, ad esempio, per gli addebiti diretti, oppure per i pagamenti effettuati mediante una carta allorché il sito *web* dell’ercente richieda soltanto l’inserimento dei dati di detto strumento di pagamento, in particolare quelli impressi sul medesimo (*i.e.*, il numero della carta, la data di scadenza della medesima e il codice di sicurezza) ⁽¹⁵⁸⁾; ma ancora, questo “schema” ricorre, a ben vedere, anche quando il pagamento sia effettuato presso i locali dell’ercente, per importi ridotti, con una carta dotata di tecnologia di prossimità (*contactless*) senza che sia digitato alcun codice PIN ⁽¹⁵⁹⁾.

⁽¹⁵⁸⁾ Al riguardo, v. anche quanto osservato *supra*, in questo capitolo, §2.2.5.

⁽¹⁵⁹⁾ Al riguardo cfr. l’art. 11 reg. dl. (UE) n. 389/2018 (rubricato « Pagamenti senza contatto fisico al punto vendita »): « I prestatori di servizi di pagamento sono autorizzati a non applicare l’autenticazione forte del cliente, a condizione di rispettare gli obblighi di cui all’arti-

In queste ipotesi – conviene evidenziarlo sin d’ora – l’ esercente generalmente non è in grado di verificare che ad acconsentire al trasferimento di fondi sia effettivamente il soggetto a ciò legittimato (e cioè, con riferimento ai due casi sopra menzionati, rispettivamente il titolare dello strumento di pagamento, o il soggetto effettivamente titolare del conto d’asportazione indicato nel «mandato» di addebito diretto), oppure se, in alternativa, l’istruzione provenga da un soggetto privo di legittimazione o addirittura agente con intenti illeciti. In ragione di ciò, è evidente che, a fronte di una siffatta modalità di pagamento, il rischio d’illecito è particolarmente elevato, e pertanto essa si presta, a posteriori, a più agevoli contestazioni o a rifiuti ad opera del titolare dei fondi che sono stati oggetto di disposizione.

Vi sono poi, in secondo luogo, le operazioni di pagamento che, sebbene prendano anch’esse abbrivio dall’iniziativa dell’ esercente, devono però essere specificamente autorizzate mediante autenticazione dal cliente-debitore. Più precisamente, al ricorrere di questo schema procedimentale, il cliente è chiamato dapprima a fornire alla controparte – in maniera non dissimile da quanto descritto per la prima categoria proposta – i dati necessari per effettuare il trasferimento dei fondi ⁽¹⁶⁰⁾; tuttavia, una volta che il PSP dell’ esercente, su richie-

colo 2, se il pagatore dispone un'operazione di pagamento elettronico senza contatto, purché siano soddisfatte le seguenti condizioni: a) l'importo individuale dell'operazione di pagamento elettronico senza contatto non supera i 50 EUR; e b) l'importo cumulativo delle precedenti operazioni di pagamento elettronico senza contatto disposte per mezzo di uno strumento di pagamento con una funzionalità senza contatto a partire dalla data dell'ultima applicazione dell'autenticazione forte del cliente non supera i 150 EUR; oppure c) il numero di operazioni consecutive di pagamento elettronico senza contatto disposte per mezzo di uno strumento di pagamento con una funzionalità senza contatto a partire dalla data dell'ultima applicazione dell'autenticazione forte del cliente non è superiore a cinque».

⁽¹⁶⁰⁾ Tuttavia, la circostanza per la quale il cliente-debitore in un primo momento è chiamato a comunicare all’ esercente i dati essenziali dello strumento di pagamento per il trasferimento dei fondi (*i.e.*, quelli relativi alla carta di pagamento) non è essenziale, e rimane esclusa, ad esempio, allorché la prescelta procedura di *check-out* preveda l’accesso all’*account* del

sta di questi ⁽¹⁶¹⁾, ha avviato la procedura di riscossione, lo stesso cliente-debitore è altresì chiamato a “convalidare” puntualmente tale singola e specifica operazione.

Ciò avviene, ad esempio, quando, nelle vendite *online*, il sistema prevede che il cliente riceva e digiti una *password* temporanea (c.d. *password* “usa e getta”), oppure un codice numerico o alfanumerico, generati automaticamente dalle infrastrutture informatiche del proprio prestatore di servizi di pagamento – non, ovviamente, del PSP del beneficiario – e generalmente recapitati all’utente con un messaggio telefonico o di posta elettronica ⁽¹⁶²⁾. Similmente accade quando l’utente, per “convalidare” il pagamento, accede al proprio *account* da un’applicazione o da una pagina *web* separata ⁽¹⁶³⁾; ma ciò vale anche, più semplicemente, quando presso il punto vendita punto vendita dell’esercente (*Point of Sale*) il cliente spenda una carta di pagamento – o analogo strumento di pagamento – e, una volta inserita o accostata al terminale, proceda alla digitazione del codice segreto (PIN).

Di talché, nell’ambito di uno schema di pagamento come quello descritto, è evidente che la necessità di un aggiuntivo intervento umano, ulteriore rispetto a quello dell’inserimento (o della comunicazione) dei dati identificativi

pagatore mediante una diversa pagina *web*. In tale ipotesi, infatti, la procedura di *check-out* è pressoché interamente gestita dall’intermediario, il quale, appunto, perlopiù assume le vesti di prestatore di servizi di disposizione di ordini di pagamento (si pensi al caso di *PayPal*).

⁽¹⁶¹⁾ In questi casi, naturalmente, l’iniziativa dell’esercente-creditore non è frutto di una scelta umana “a valle”, contestuale cioè alle operazioni di *check-out*, giacché essa è piuttosto originata mediante un automatismo informatico, rispetto al quale l’unica condotta umana rilevante si colloca evidentemente “a monte”, ovvero nella fase di predisposizione del sistema di vendita *online*.

⁽¹⁶²⁾ Così accade, ad esempio, nei pagamenti basati su carta autenticati con il sistema “*3D security code*” o sistema analogo (v. *supra*, in questo capitolo, nt. 130).

⁽¹⁶³⁾ Così accade, ad esempio, nei pagamenti intermediati da un prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento

essenziali per l'avvio della procedura, costituisce un vero e proprio *ostacolo* da rimuovere necessariamente affinché la transazione abbia buon esito.

In terzo e ultimo luogo, vanno menzionate le operazioni di pagamento avviate (e interamente gestite) dal pagatore, le quali, in sostanza, vengono a coincidere con le operazioni di bonifico (*rectius*: di *credit transfer*), che hanno in comune con la seconda categoria poc'anzi proposta un rischio di frode tendenzialmente ridotto, giacché, anche in quest'ipotesi, il pagatore deve autenticarsi, sebbene al fine di emettere l'istruzione iniziale (l'ordine di pagamento strettamente inteso) e non al fine di “rimuovere l'ostacolo” che si frappone tra il beneficiario-creditore e i fondi che intende riscuotere.

3. *I SERVIZI DI EMISSIONE DI STRUMENTI DI PAGAMENTO BASATI SU CARTA DI CUI ALL'ART. 5-BIS D.LGS. N. 11 DEL 2010. L'INAMMISSIBILITÀ DELLE PRATICHE CHE COMPORTANO UN ECCESSO DI INTERMEDIAZIONE.*

Affine all'attività di prestazione di servizi di disposizione di ordine di pagamento, benché con essa non congruente, è quella svolta dai c.d. *Card Issuer Service Providers* (CISPs, o *Card-based Payment Instrument Issuers*, CBPII; il servizio è spesso anche designato come «servizio di verifica della disponibilità di fondi», o «*fund-checking service*»).

Trattasi, invero, di servizi di pagamento per così dire “innominati”, giacché, diversamente da quanto accade per i servizi di disposizione di ordine di pagamento e per i servizi di informazione sui conti ⁽¹⁶⁴⁾, essi non sono espressamente censiti dalla PSD2 ed ivi non trovano esplicita definizione.

Ciò nonostante, i servizi di emissione di carte di pagamento, in primo luogo, trovano puntuale avallo e disciplina nell'art. 65 dir. 2015/2366/UE e, sul versante interno, nell'art. 5-*bis* d.lgs. n. 11 del 2010 (entrambi rubricati «Con-

⁽¹⁶⁴⁾ Per quanto riguarda i servizi di informazione sui conti di pagamento, v. *infra*, in questo capitolo, il successivo §3.

ferma della disponibilità di fondi»); in secondo luogo, essi sono annoverabili fra i servizi di pagamento che hanno ad oggetto l'emissione di strumenti di pagamento a norma del n. 5 dell'allegato I alla dir. 2015/2366/UE.

Il servizio in analisi rientra fra quelli erogati dai *third-party providers* e, come tale, concorre a pieno titolo a delineare l'attuale quadro normativo che il legislatore europeo, attraverso l'adozione della PSD2, ha voluto porre alla base del nuovo (e fortemente innovativo) mercato dei pagamenti digitali. L'attributo della "terzietà", in particolare, risiede ancora una volta – si vuol dire: similmente a quanto accade per i servizi di disposizione di ordini e, come si vedrà, per i servizi di informazione sui conti – risiede, si diceva, nella dissociazione soggettiva fra il PSP che eroga il servizio di *fund-checking* e l'istituto presso il quale è radicato il conto di pagamento, conto nel quale sono depositati i fondi la cui sussistenza (o esistenza) è oggetto di «verifica»⁽¹⁶⁵⁾.

Più nel dettaglio, il servizio prestato dal CISP si basa su un contratto che intercorre fra quest'ultimo e l'utente⁽¹⁶⁶⁾, in forza del quale il primo si obbliga essenzialmente a emettere e a consegnare al secondo una carta di pagamento – in particolare, una carta di debito –, la quale consentirà all'utente di disporre (*i.e.* di «iniziare», nei termini già chiariti⁽¹⁶⁷⁾) un'operazione di pagamento il cui importo, una volta eseguita, verrà scritturato a debito nel conto

⁽¹⁶⁵⁾ Così come già chiarito con riguardo al servizio di disposizione di ordini, molteplici sono le ragioni che potrebbero determinare l'utente a richiedere l'emissione di una carta di debito ad opera di un istituto diverso da quello di radicamento del conto: accumulo di punti promozionali, godimento di servizi e vantaggi accessori presso esercenti convenzionati, servizio di ritorno di denaro, ecc.

⁽¹⁶⁶⁾ Gioverà rammentare che, nella disciplina sui servizi di pagamento al dettaglio, l'utente di un servizio di pagamento, e quindi anche la controparte del CISP, potrebbe essere un consumatore, una microimpresa, così come un professionista diverso da una microimpresa (sul punto, però, v. *amplius sub cap. II*).

⁽¹⁶⁷⁾ Si veda, al riguardo, quanto già ampiamente chiarito *supra*, in questo capitolo, in particolare ai §§1.1 e 1.3.

collegato alla carta suddetta, quest'ultimo radicato presso un istituto diverso dall'emittente ⁽¹⁶⁸⁾.

Si dice, cioè, in altri termini, che con il servizio in commento viene emessa una carta di pagamento *a valere* su un conto del titolare della carta in essere presso un altro PSP ⁽¹⁶⁹⁾.

Non può, peraltro, escludersi in radice, in assenza di espliciti limiti normativi in tal senso, che la carta possa essere addirittura collegata a più conti collocati presso differenti istituti, purché naturalmente essi facciano capo ad un unico correntista. Più difficile, invece, è dire – ma l'approfondimento può essere qui soltanto abbozzato – se la carta emessa da un CISP possa essere finanche collegata ad un servizio di disposizione di ordine di pagamento erogato da un prestatore ancora diverso, il che in astratto parrebbe praticabile perché – come

⁽¹⁶⁸⁾ Cfr. il 67° e il 68° *considerando* della dir. 2015/2366/UE. In particolare nel 68° *considerando* si afferma quanto segue: «[...] I prestatori di servizi di pagamento emittenti strumenti di pagamento basati su carta dovrebbero godere degli stessi diritti ed essere soggetti agli stessi obblighi ai sensi della presente direttiva, a prescindere dal fatto che siano o meno i prestatori di servizi di pagamento di radicamento del conto del pagatore, in particolare in termini di responsabilità (ad esempio autenticazione) nei confronti dei diversi soggetti della catena di pagamento».

⁽¹⁶⁹⁾ Cfr., al riguardo, M. GIULIANO, *L'adempimento delle obbligazioni pecuniarie nell'era digitale. Dalla moneta legale alla moneta scritturale e digitale "legalmente" imposta*, cit., p. 33: «Con tale nuovo servizio prende, dunque, avvio, in un contesto regolamentato, la possibilità di utilizzare carte di debito a valere su un conto radicato presso un altro PSP, gestendo, allo stesso tempo, il rischio di credito determinato dalla possibile mancanza di fondi sul conto sul quale opera la carta. Infatti, attualmente i fornitori di servizi di pagamento hanno trovato difficoltà a fornire tale servizio in relazione ai conti non da essi detenuti, stante l'impossibilità di avere accesso all'informazione riguardante la disponibilità di fondi sul conto di pagamento acceso presso altro PSP. L'attività di tali nuovi soggetti (c.d. *Card Based Payment Instrument Issuer*) consisterà, dunque, nell'emettere strumenti di pagamento basati su carta [...] per la cui utilizzazione da parte dei titolari i CBPII potranno ricevere conferma della disponibilità di fondi a fronte di un'operazione di pagamento richiesta dal pagatore attraverso piattaforme *online*».

chiarito ⁽¹⁷⁰⁾ – il servizio dispositivo, come dimostrato dalla prassi commerciale, è in grado di operare sia mediante il collegamento al conto effettuato comunicando al PISP il codice IBAN, sia mediante la comunicazione al PISP degli estremi della carta di debito emessa dal medesimo prestatore presso cui è radicato il conto.

La questione, tuttavia, può risolversi osservando che, in tal guisa, ove un siffatto impianto – verrebbe da dire, forse fondatamente, *artificio* – fosse ritenuto ammissibile, la catena delle intermediazioni si arricchirebbe di un ulteriore anello, che però, come tale, contribuirebbe ad allentare ulteriormente la leva del controllo esercitabile sull'operazione di movimentazione dei fondi.

Detto più chiaramente, l'intrusione nella procedura di emissione, ricezione e trasmissione dell'ordine di pagamento di un ulteriore soggetto-prestatore, al quale sarebbe demandata la gestione della fase (supplementare) ad esso attinente, benché appaia realizzabile sul piano tecnologico-infrastrutturale – piano, per verità, rispetto al quale lo stesso concetto di «limite», almeno nell'ambito dei pagamenti digitali, si pone in maniera sempre più stonata –, e benché sul piano economico ciò possa costituire un ultroneo elemento di stimolo al mercato, diversamente, sul piano giuridico, un tale eccesso di intermediazione renderebbe ancora più complessa l'individuazione delle attribuzioni e, di conseguenza, dei profili di responsabilità fra i diversi prestatori.

E, invero, in un sistema come quello delineato dal diritto dell'Unione europea ove, come si vedrà ⁽¹⁷¹⁾, al prestatore di radicamento del conto è affidato (anche a suo discapito) un ruolo di garanzia per l'utente al ricorrere di un addebito di fondi non autorizzato, parrebbe eccessivo e perciò iniquo addossare al predetto istituto di radicamento del conto l'obbligo di tenere indenne l'utente a fronte di una procedura (non autorizzata) composta di atti ad esso sempre più lontani e, perciò, sfuggenti ad ogni controllo esigibile secondo ra-

⁽¹⁷⁰⁾ V. quanto esposto *supra*, in questo capitolo, il §1.1.

⁽¹⁷¹⁾ Il punto sarà diffusamente trattato lungo il capitolo III.

gione. Sicché, la soluzione negativa al quesito formulato appare per tali ragioni preferibile ed oltretutto parrebbe avallata da una rigorosa interpretazione del precetto dettato dall'art. 5-*bis*, comma 2°, lett. *b*), d.lgs. n. 11 del 2010, sul quale si indugerà fra poco ⁽¹⁷²⁾.

Tornando con ordine allo studio del servizio di *fund-checking*, va detto che esso è oggi reso possibile dal fatto che, una volta disposto l'ordine di pagamento da parte del pagatore tramite la carta emessa dal CISP, quest'ultimo potrà (e dovrà) richiedere la conferma della disponibilità dei fondi direttamente all'istituto che detiene il conto al quale la carta è allacciata. Infatti, a mente dell'art. 5-*bis* d.lgs. n. 11 del 2010 – introdotto ad opera dell'art. 2, comma 6°, d.lgs. n. 218 del 2017, attuativo, com'è noto, della dir. 2015/2366/UE – «su richiesta del prestatore di servizi di pagamento emittente strumenti di pagamento basati su carta, il prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto conferma senza indugio se sul conto del pagatore vi è la disponibilità dell'importo richiesto per l'esecuzione dell'operazione di pagamento» ⁽¹⁷³⁾.

La disposizione citata pone evidentemente in capo al prestatore di radicamento del conto il puntuale dovere (*i.e.* l'obbligazione), di fonte legale, di collaborare con il soggetto emittente lo strumento di pagamento, in particolare comunicandogli, quando da questi sia richiesto, se sul conto dell'utente-

⁽¹⁷²⁾ Adottando l'interpretazione rigida dell'art. 5-*bis*, comma 2°, lett. *b*), d.lgs. n. 11 del 2010 che si proporrà nel prosieguo del testo, la questione analizzata deve risolversi in senso negativo anche quando il servizio di emissione della carta di debito e il servizio di disposizione di ordini di pagamento ad essa associato siano erogati da un'unica impresa, ancorché naturalmente a fronte di diversi contratti stipulati con l'utente.

⁽¹⁷³⁾ Inoltre, ai sensi dell'art. 5-*bis*, comma 4°, d.lgs. n. 11 del 2010, «Il pagatore può chiedere al prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto di comunicargli l'avvenuta identificazione del prestatore di servizi di pagamento che ha chiesto la conferma e la risposta che è stata fornita».

pagatore v'è sufficiente denaro per eseguire l'operazione desiderata ⁽¹⁷⁴⁾, la quale ben potrebbe concretarsi in un trasferimento di moneta scritturale sul conto del beneficiario, così come in una operazione di prelievo di denaro contante presso uno sportello automatico (ATM) ⁽¹⁷⁵⁾.

L'obbligazione di comunicare se sul conto dell'utente v'è sufficiente denaro per eseguire l'operazione – comunicazione che, peraltro, può consistere soltanto in una secca conferma o in un secco diniego, non potendo corredarsi di altre indicazioni di carattere quantitativo o qualitativo ⁽¹⁷⁶⁾ – trova la sua fonte, come s'accennava, nella legge; sicché – esattamente come accade con riguardo al diritto di accesso al conto per il servizio di disposizione di ordini e per il servizio di informazione sui conti – essa sussiste a prescindere che fra la terza parte emittente la carta e l'istituto di radicamento del conto sussista un rapporto contrattuale, ancorché tale specificazione, contrariamente a quanto accade per i servizi di disposizione di ordini e per i servizi di informazione sui conti, non trovi esplicita formulazione né nella dir. 2015/2366/UE, né all'interno della normativa italiana di recepimento ⁽¹⁷⁷⁾.

⁽¹⁷⁴⁾ Deve ritenersi che il giudizio circa la sussistenza dei fondi necessari per eseguire l'operazione richiesta dall'utente vada parametrato sulla base del saldo disponibile e non sulla base del saldo meramente contabile.

⁽¹⁷⁵⁾ Va rammentato, che, ai sensi dell'art. 5-*bis*, comma 5°, d.lgs. n. 11 del 2010, la regola in analisi non si applica a operazioni di pagamento disposte tramite strumenti di pagamento basati su carta su cui è caricata moneta elettronica, in ragione delle peculiarità proprie di tali strumenti di pagamento (v. *supra*, cap. I, §2).

⁽¹⁷⁶⁾ A mente dell'art. 5-*bis*, comma 3°, d.lgs. n. 11 del 2010, infatti, «La conferma [...] consiste esclusivamente nella risposta positiva o negativa e non può essere memorizzata o utilizzata per scopi diversi dall'esecuzione dell'operazione di pagamento per cui è stata chiesta. La conferma non può consistere nell'estratto del saldo del conto e non può consentire al prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto di bloccare i fondi sul conto di pagamento del pagatore».

⁽¹⁷⁷⁾ È però evidente che siffatta conclusione risulta davvero obbligata, giacché contrariamente opinando, rimarrebbe vana la stessa portata “di mercato” dell'art. 65 dir. 2015/2366/UE, e incompiuto lo stesso obiettivo dell'istituto.

In ogni caso, non può escludersi che l'obbligazione in parola possa essere riprodotta anche all'interno di un contratto, che – seppure con accezione atecnica – potrebbe indicarsi come contratto di “convenzionamento” intercorrente fra il CISP e l'ASPSP (o più ASPSPs), il quale, però, nella prassi, perlopiù assume la denominazione di «protocollo». E, invero, i contratti di “convenzionamento”, prima che entrasse in vigore l'innovativo quadro normativo introdotto con la PSD2, costituivano l'unico strumento in grado di garantire ai prestatori-emittenti soggettivamente distinti dai prestatori di radicamento del conto di ottenere da quest'ultimi – obbligati in tal senso *ex contractu*, non già *ex lege* – la conferma della disponibilità dei fondi ⁽¹⁷⁸⁾.

⁽¹⁷⁸⁾ Invero, la conferma della (effettiva e comprovata) disponibilità dei fondi è sempre stata alla base della decisione per l'esercente di evadere o meno un ordine (*i.e.* di fornire o meno il bene o il servizio acquistato dal cliente). Tale decisione, appunto, viene generalmente intrapresa nel momento in cui l'impresa riceve una conferma che indica con sufficiente affidabilità che il cliente ha completato il pagamento e che i fondi della transazione verranno (prima o poi) accreditati sul conto di destinazione. In particolare, la conferma può essere di due tipologie: *a*) conferma immediata, la quale viene ricevuta dall'esercente, nelle vendite *online*, al momento del *check-out* (ciò avviene, ad esempio, quando il cliente paga con carta di credito, laddove è lo stesso circuito su cui si “appoggia” la carta ad emettere una comunicazione ove si certifica che il pagamento è avvenuto con successo, il che però non implica che i fondi sono già stati ricevuti dal PSP del beneficiario, potendo essere all'uopo necessari alcuni giorni; trattasi, quindi, di un messaggio ufficiale e “accreditato” – nel senso di “credibile” – da parte del gestore del circuito che conferma che la transazione verrà portata a termine); *b*) conferma posticipata, laddove l'avvenuto pagamento viene comunicato all'esercente dopo diverse ore, giorni e talvolta settimane, di talché egli è tenuto a decidere se fornire “preventivamente” il bene o il servizio al termine della procedura di *check-out* oppure se attendere la conferma prima di procedere in tal senso, in quanto il pagamento potrebbe anche non avere, alla fine, esito positivo (quando, ad esempio, la modalità di pagamento prescelta consiste in un addebito diretto, una volta avviato il pagamento, trascorrono diversi giorni prima che l'ASPSP del cliente accetti o rifiuti la richiesta di addebito; analogamente, nel caso del bonifici bancario, la procedura di trasferimento dei fondi in senso stretto – la quale si avvia con l'addebito del conto del pagatore – è posticipata alla fine della giornata di inserimento dell'ordine o alla giornata operativa successiva).

Tali accordi, nondimeno, ancora oggi si rendono sovente necessari al (solo) scopo di coordinare gli aspetti telematici-infrastrutturali che stanno alla base del funzionamento del servizio di verifica della disponibilità dei fondi. Tuttavia, laddove un contratto riproduca detta obbligazione, la relativa disposizione dovrà essere qualificata alla stregua di una clausola meramente ricognitiva, e recante un contenuto non disponibile alle parti.

Come pure, di riflesso, al ricorrere di un'esclusione convenzionale del dovere di comunicazione posto dalla legge a carico dell'istituto presso il quale è in essere il conto ⁽¹⁷⁹⁾, il relativo patto non potrà che essere affetto da radicale nullità; nullità il cui regime deve essere individuato in quello ordinario disciplinato dagli artt. 1418 ss. c.c., e, in particolare in quello della nullità parziale di cui all'art. 1419, comma 1°, c.c., giacché è del tutto verosimile (o altamente probabile) che tale pattuizione non assuma valore determinante per il consenso prestato dalle parti ⁽¹⁸⁰⁾.

Tale conclusione, per verità, appare obbligata sia al ricorrere di un contratto del consumatore (o della microimpresa), sia al ricorrere di un contratto fra (macro) imprenditori, giacché l'interesse tutelato dalla disciplina in analisi è evidentemente quello (generale) alla fluidità del mercato dei pagamenti digitali, e non già quello (particolare) dell'utente ad avvalersi del servizio di *fund-checking*, dovendosi pertanto giudicare infondata ogni proposta di ricondurre l'invalidità in parola allo schema e alla logica della nullità di protezione.

⁽¹⁷⁹⁾ Naturalmente, il patto cui si fa riferimento sarà verosimilmente quello di apertura del conto di pagamento, come tale intercorrente fra l'istituto di radicamento del conto e l'utente di servizi di pagamento, potendo, peraltro, quest'ultimo – com'è stato più volte chiarito – assumere le fattezze sia di un consumatore che di un professionista (micro o macro impresa).

⁽¹⁸⁰⁾ Sul regime applicabile alla (o *alle*) nullità derivante dalla deroga alle disposizioni del t.u.b. e del d.lgs. n. 11 del 2010 aventi carattere imperativo, si rinvia alle riflessioni svolte *infra*, cap. II, §4.

Tanto acclarato, va detto che l'art. 5-*bis* d.lgs. n. 11 del 2010, in conformità a quanto previsto dalla PSD2, detta una rigida serie di condizioni che devono sussistere affinché possa dirsi sorta in capo al PSP di radicamento del conto l'obbligazione avente ad oggetto il rilascio della conferma della disponibilità di fondi al PSP emittente la carta di pagamento. In particolare:

a) al momento della richiesta, il conto del pagatore deve essere accessibile *online*, il che è perfettamente in linea con il principio dell'automatismo sposato dalla normativa di conio eurounitario: se il conto del pagatore non fosse accessibile *online*, la necessità dell'intervento umano renderebbe intollerabile il sacrificio imposto all'ASPSP;

b) il pagatore deve aver prestato il suo consenso esplicito al PSP di radicamento del conto a rispondere a richieste di conferma da parte di uno specifico prestatore di servizi di pagamento in merito alla disponibilità sul conto di pagamento del pagatore dell'importo corrispondente a una determinata operazione di pagamento basata su carta;

c) il consenso di cui alla precedente lettera b) deve essere prestato anteriormente alla prima richiesta di conferma.

Inoltre, anche il diritto-dovere del PSP emittente la carta di pagamento di richiedere all'ASPSP la conferma della disponibilità dei fondi è subordinato a che siano soddisfatte delle condizioni, e precisamente:

a) l'utente-pagatore deve aver prestato il consenso esplicito al PSP emittente la carta a richiedere detta conferma;

b) il pagatore deve aver disposto l'operazione di pagamento utilizzando uno strumento di pagamento basato su carta emesso dallo stesso PSP richiedente;

c) prima di ciascuna richiesta di conferma, il PSP emittente lo strumento di pagamento basato su carta deve autenticarsi presso l'ASPSP e deve con esso comunicare in maniera sicura ⁽¹⁸¹⁾.

Merita, fra tutte, di essere enfatizzata la prescrizione da ultimo riportata *sub b*) ⁽¹⁸²⁾, la quale, per quanto possa *prima facie* apparire pleonastica o dal sapore meramente tecnico-operativo (e perciò di scarsa importanza giuridica), all'opposto, ad una lettura più attenta, essa schiude una portata che può dirsi di caratura sistematica.

Difatti, nell'affermare che il pagatore deve aver disposto l'operazione utilizzando uno strumento di pagamento basato su carta emesso dallo stesso PSP richiedente la conferma, il legislatore eurounitario – lo stesso legislatore, cioè, che, all'insegna dello stimolo alla concorrenza, ha fatto assurgere la naturale tendenza del mercato all'intermediazione a paradigma normativo dell'intera materia –, il legislatore dell'Unione, si diceva, ha deciso di apporre un limite severo onde scongiurare i rischi che potrebbero derivare dall'eccesso di intermediazione.

Se, infatti, «il pagatore», affinché il CISP sia tenuto a procedere nella richiesta della conferma circa la sussistenza dei fondi, deve aver «disposto l'operazione di pagamento utilizzando uno strumento di pagamento basato su carta emesso dal prestatore di servizi di pagamento [ovverosia, lo stesso CISP, *nda.*]», ciò non può che significare, alla luce delle ragioni sistematiche e di cautela più sopra evidenziate, che l'operazione deve essere innescata dall'intestatario della carta di pagamento mediante l'esclusivo utilizzo di – appunto – *quella* carta, intesa come strumento di disposizione dell'ordine e di autenticazione.

⁽¹⁸¹⁾ La comunicazione fra i prestatori, cioè, deve avvenire nel rispetto degli *standard* previsti dall'articolo 98, par. 1, lettera *d*), dir. 2015/2366/UE e dalle relative norme tecniche di regolamentazione adottate dalla Commissione europea con il reg. dl. (UE) n. 389 del 2018.

⁽¹⁸²⁾ Cfr. art. 5-*bis*, comma 2°, lett. *b*), d.lgs. n. 11 del 2010.

Di conseguenza – e ciò qui lo si esplicita a conforto delle posizioni più sopra assunte in ordine all’interrogativo concernente la possibilità di “collegare” una carta emessa da un CISP ad un servizio dispositivo di ordini –, la prescrizione in commento non potrà dirsi rispettata (dovendosi, così, giudicare la pratica inammissibile), qualora la carta emessa ai sensi dell’art. 5-*bis* d.lgs. n. 11 del 2010 venga utilizzata da un’ulteriore terza parte (*i.e.* un PISP) come mero strumento utile alla identificazione del conto di pagamento, e non già come strumento materialmente (e direttamente) utilizzato, nei termini poc’anzi chiariti, per disporre e autorizzare il trasferimento di fondi ⁽¹⁸³⁾.

Circa le conseguenze, poi, che, in termini civilistici, la realizzazione di una siffatta pratica potrebbe comportare, due sono i piani sui quali astrattamente potrebbe svolgersi la riflessione.

In primo luogo, sul piano statico-contrattuale, sarebbe tanto legittimo – quanto però scarsamente utile e pragmatico – interrogarsi sulla sorte (*i.e.* sulla validità) della clausola con la quale il prestatore del servizio dispositivo, anche implicitamente, si obbligasse a predisporre un sistema informatico in grado di accettare una carta di pagamento rilasciata da un emittente diverso dall’istituto di radicamento del conto del pagatore ⁽¹⁸⁴⁾.

Invece, sul piano dinamico-operativo – il quale, invero, appare quello qui più consono e raccomandabile –, la conseguenza (civilistica) più significativa consisterebbe nella fondatezza del rifiuto eventualmente opposto dal prestatore di radicamento del conto alla richiesta di accesso pervenutagli dal PISP

⁽¹⁸³⁾ Va, tuttavia, rilevato, come la pratica così descritta non paia essere osteggiata, ma anzi avallata, dal testo del 68° *considerando* della dir. 2015/2366/UE, laddove afferma che i prestatori di servizi di pagamento emittenti strumenti di pagamento basati su carta «dovrebbero godere degli stessi diritti ed essere soggetti agli stessi obblighi ai sensi della presente direttiva, a prescindere dal fatto che siano o meno i prestatori di servizi di pagamento di radicamento del conto del pagatore». A discapito di ciò, nell’impostazione qui proposta s’è deciso – come appare corretto – di conferire maggiore importanza al testo di legge vincolante e ad argomenti basati sul criterio sistematico.

⁽¹⁸⁴⁾ Si veda, però, quanto precisato, in questo capitolo, alla successiva nt. 64.

per il medio della carta rilasciata dall'emittente terzo; così come, parallelamente, dovrebbe giudicarsi altrettanto *iure datum* il rifiuto opposto dal medesimo ASPSP alla richiesta di rimborso avanzata dall'utente *ex art. 11, comma 2°-bis, d.lgs. n. 11 del 2010* al ricorrere di un'operazione non autorizzata ⁽¹⁸⁵⁾, con la conseguenza che il pagatore, al fine di ottenere tutela, sarà costretto a rivolgere le proprie doglianze al prestatore del servizio dispositivo per avere questi contravvenuto alla prescrizione legislativa ricostruita secondo la proposta opzione ermeneutica ⁽¹⁸⁶⁾.

Da ultimo, va specificato che, a differenza del servizio di disposizione di ordine di pagamento – il quale, come chiarito, realizza una vera e propria intermediazione nella trasmissione delle istruzioni di pagamento, tanto che il PISP viene ad assumere le vesti di *nuncius* dell'utente ⁽¹⁸⁷⁾ –, il servizio sin qui analizzato non si risolve in una intermediazione di tal fatta; e, anzi, lo strumento consegnato all'utilizzatore dal terzo emittente, non diversamente da quanto accade in generale per ogni altra procedura di pagamento basata su carta ⁽¹⁸⁸⁾, servirà direttamente al beneficiario e al pagatore per impartire le istruzioni di volta in volta necessarie per eseguire l'operazione di pagamento (ad esempio, l'istruzione di incasso e l'istruzione autorizzativa).

⁽¹⁸⁵⁾ Sul diritto al rimborso e, in generale, sulla responsabilità del PSP di radicamento del conto allorquando l'operazione sia stata eseguita per il tramite di un prestatore di servizi di disposizione di ordini di pagamento, *cfr. amplius sub cap. III.*

⁽¹⁸⁶⁾ In questa prospettiva, allora, potrebbe addirittura recuperarsi il profilo dell'invalidità della clausola contrattuale con la quale il prestatore del servizio dispositivo, anche implicitamente, si obbligasse a predisporre un sistema informatico in grado di accettare una carta di pagamento rilasciata da un emittente diverso dall'istituto di radicamento del conto del pagatore. Infatti, in tale ipotesi, l'utente potrebbe – seppur astrattamente – rivolgere al PISP (anche) una pretesa risarcitoria a titolo di illecito precontrattuale, essendo il prestatore tenuto, in ragione della sua professionalità, a conoscere una causa di invalidità contrattuale (art. 1338 c.c.).

⁽¹⁸⁷⁾ V. *supra*, in questo capitolo, §2.3.

⁽¹⁸⁸⁾ V. quanto argomentato *supra*, in questo capitolo, §2.2.5.

4. *I SERVIZI CHE FORNISCONO INFORMAZIONI AGGREGATE SUI CONTI DI PAGAMENTO.*

L'art. 1, comma 1°, lett. *b-ter*), d.lgs. n. 11 del 2010 all'art. 4, n. 16, dir. 2015/2366/UE ⁽¹⁸⁹⁾, definisce il «servizio di informazione sui conti» come «un servizio *online* che fornisce informazioni relativamente a uno o più conti di pagamento detenuti dall'utente di servizi di pagamento presso un altro prestatore di servizi di pagamento o presso più prestatori di servizi di pagamento».

In buona sostanza, trattasi anche in questo caso di un servizio digitale offerto da un *third-party provider* in base al quale l'utente si avvale di un'unica interfaccia grafica, generalmente fruibile (anche) tramite un'applicazione *mobile*, la quale è in grado di sintetizzare o addirittura di rielaborare i dati relativi alle situazioni finanziarie esistenti presso i più istituti (o l'unico istituto) di radicamento dei conti (o del conto) di pagamento intestati\o all'utente.

Anche nel caso del servizio fornito da un *Account Information Service Provider* (AISP), poi, sono sovente offerti vantaggi collaterali idonei a rendere il *software* ancora più accattivante sul piano commerciale; e, anzi, è verosimile che la competizione fra i diversi AISPs sarà sempre più imperniata su quella che correntemente viene definita “*customer experience*”, ovvero sia sul grado di facilità d'uso e sulla completezza dei dati forniti ⁽¹⁹⁰⁾.

⁽¹⁸⁹⁾ La definizione è interamente e letteralmente mutuata da quella data dall'art. 4, n. 16, dir. 2015/2366/UE.

⁽¹⁹⁰⁾ Sui servizi di informazione sui conti e, più in generale, sulle potenzialità e sulle criticità offerte dalla aggregazione di dati finanziari, cfr., *ex multis*, A. BURCHI - S. MEZZACAPO - P. MUSILE TANZI - V. TROIANO, *Financial Data Aggregation e Account Information Services. Questioni regolamentari e profili di business*, in *Quaderni FinTech della Commissione nazionale per le società e la borsa*, 4, 2019, p. 15 ss. (in *Consob.it*); B.J. HURH - A.D. MAAREC - C.M.A. CHAMNESS, *Consumer financial data aggregation and the potential for regulatory intervention*, 2017, p. 4 ss. (in *Paymentlawadvisor.com*); U.M. APTE - U. KARMARKAR, *Business process outsourcing and “off-shoring”: the globalisation of information-intensive services*, in U. APTE - U.

L'art. 5-*quater* d.lgs. n. 11 del 2010⁽¹⁹¹⁾, rubricato «Disposizioni per l'accesso alle informazioni sui conti di pagamento e all'utilizzo delle stesse in caso di servizi di informazioni sui conti», detta una lunga serie di condizioni che devono essere necessariamente rispettate dal prestatore del servizio informativo che intenda accedere al conto del pagatore al fine di reperire i dati necessari per l'erogazione del servizio⁽¹⁹²⁾.

Di riflesso, sussistenti tali condizioni, dette norme dispongono in capo all'istituto di radicamento del conto – similmente a quanto accade per i servizi dispositivi e per i servizi di *fund-checking* – un vero e proprio obbligo di permet-

KARMARKAR (a cura di), *Managing in the information economy. Current research issues*, Berlin-Heidelberg, 2007, p. 59 ss.; A.H. SPIOTTO, *Financial account aggregation: the liability perspective*, in *Federal Reserve Bank of Chicago. Policy studies. Emerging Payments Occasional Paper Series*, 2002 (in *Chicagofed.org*); A.L. NEGRONI - P.S. MUGAVERO, *Opportunities in account aggregation*, in *Mortgage Banking*, LXI, 3, 2000, p. 64 ss.; v. anche V. GURBAXANI, *Information systems outsourcing contracts: theory and evidence*, in U. APTE - U. KARMARKAR (a cura di), *Managing in the information economy. Current research issues*, cit., p. 83 ss.

⁽¹⁹¹⁾ La citata disposizione è stata inserita nel d.lgs. n. 11 del 2010 ad opera dell'art. 2, comma 6°, d.lgs. n. 218 del 2017, e riprende quasi testualmente l'art. 67 dir. 2015/2366/UE.

⁽¹⁹²⁾ In buona sostanza, se il conto di pagamento è accessibile *online*, l'utente ha il diritto (indisponibile e irrinunciabile) di avvalersi di un prestatore di servizi di informazione sui conti. Quest'ultimo: *a)* presta il servizio «unicamente sulla base del consenso esplicito dell'utente»; *b)* provvede affinché le credenziali di sicurezza dell'utente non siano accessibili ad altri fuorché all'utente stesso e all'emittente delle credenziali medesime; *c)* si identifica presso il prestatore di radicamento del conto, comunicando con questi e con l'utente in maniera sicura; *d)* accede soltanto alle informazioni sui conti di pagamento designati e sulle operazioni di pagamento effettuate, non richiedendo dati sensibili relativi ai pagamenti; *e)* non usa, né conserva dati, né vi accede per fini diversi dalla prestazione del servizio di informazione sui conti, conformemente alle norme sulla protezione dei dati. Parallelamente, il prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto, il quale ha il dovere di permettere all'AISP l'accesso alle informazioni del conto: *a)* anch'esso comunica in maniera sicura con i prestatori di servizi di informazione sui conti; *b)* assicura parità di trattamento alle richieste di dati trasmesse dal prestatore di servizi di informazione sui conti rispetto a quelle trasmesse direttamente dall'utente, «fatte salve ragioni obiettive».

tere all'AISP l'accesso alle informazioni del conto ⁽¹⁹³⁾, con la precisazione che ciò costituisce una legittima pretesa che sussiste a prescindere dall'esistenza di un rapporto contrattuale tra i prestatori di servizi di disposizione di ordine di pagamento e i prestatori di servizi di pagamento di radicamento del conto ⁽¹⁹⁴⁾.

Come emerge chiaramente da questa, pur succinta, descrizione del servizio informativo, l'attività che l'AISP, stipulando il relativo contratto con l'utente, si obbliga a compiere, non si compone affatto, nella sua estrinsecazione materiale, di atti diretti (né tantomeno idonei) a realizzare trasferimenti elettronici di moneta scritturale o prelievi di denaro contante; e, invero, più in generale, il servizio di informazione sui conti nulla ha a che vedere con le operazioni di pagamento strettamente intese. Sicché, il servizio in analisi trova ospitalità nella PSD2, e così nella normativa italiana di recepimento, per la sola circostanza che le tipologie di informazioni cui il servizio accede sono contenute entro conti di pagamento reperibili in via telematica ⁽¹⁹⁵⁾.

⁽¹⁹³⁾ Al riguardo, cfr. il 93° *considerando* della PSD2: «È necessario stabilire un quadro giuridico chiaro che definisca le condizioni alle quali i prestatori di servizi di disposizione di ordine di pagamento e i prestatori di servizi di informazione sui conti possono prestare i propri servizi con il consenso del detentore del conto, senza che il prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto imponga loro di usare un particolare modello commerciale - basato sull'accesso diretto o indiretto - per la prestazione di detti tipi di servizi. I prestatori di servizi di disposizione di ordine di pagamento e i prestatori di servizi di informazione sui conti, da una parte, e il prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto, dall'altra, dovrebbero soddisfare i necessari requisiti in materia di protezione e sicurezza dei dati stabiliti o citati nella presente direttiva o indicati nei progetti di norme tecniche di regolamentazione. Tali norme tecniche di regolamentazione dovrebbero essere compatibili con le diverse soluzioni tecnologiche disponibili».

⁽¹⁹⁴⁾ Cfr. l'art. 67, par. 4, dir. 2015/2366/UE.

⁽¹⁹⁵⁾ Nello stesso senso, A. BURCHI - S. MEZZACAPO - P. MUSILE TANZI - V. TROIANO, *Financial Data Aggregation e Account Information Services. Questioni regolamentari e profili di business*, cit., p. 17, ove si aggiunge quanto segue: «Di qui, talune implicazioni in termini di identificazione della *ratio* sottostante all'emersione di regole speciali per l'attività di informazione sui conti. Questa non si rinviene immediatamente [...] nella garanzia di certezza giuridica

In ragione delle esposte peculiarità, il servizio in analisi rimane decisamente isolato rispetto a quello dispositivo e a quello di conferma della disponibilità dei fondi; e, soprattutto, essendo totalmente sottratto alle logiche relative alla disposizione o all'autorizzazione di un'operazione di pagamento, risulta di conseguenza irrilevante ai fini dello studio delle regole sul riparto di responsabilità fra prestatori (e utenti) al ricorrere di una operazione di movimentazione di fondi non acconsentita. Ciò nonostante, oltre che per ragioni di completezza espositiva, la disamina dell'istituto consentirà di svolgere alcune considerazioni di sistema in chiusura del presente capitolo.

5. IL CONTRATTO DI PRESTAZIONE DI SERVIZI DI PAGAMENTO QUALE CONTRATTO TIPICO A OGGETTO ETEROGENEO. IL PRINCIPIO DI NEUTRALITÀ DELL'INTERMEDIAZIONE NEI PAGAMENTI E LA NATURA MERAMENTE MATERIALE DELL'ATTIVITÀ DEDOTTA IN OBBLIGAZIONE.

Sulla scorta dello studio sin qui svolto, è ora possibile – e opportuno – trarre brevi conclusioni in merito alla dimensione (perlopiù) contrattuale nella quale si iscrive la prestazione di servizi di pagamento.

Ebbene, in primo luogo, il contratto per la prestazione di servizi di pagamento è da qualificarsi come contratto tipico giusta la mole di norme ad esso esplicitamente dedicate dal legislatore dell'Unione europea e recepite – pur sparsamente – nell'ordinamento italiano, le quali coprono tendenzialmente tutte le fasi in cui si estrinseca il rapporto, da quella precedente alla stipulazione del contratto (si pensi ai requisiti informativi precontrattuali), alla fase costitutiva (requisiti di forma e di contenuto dell'accordo), nonché alla fase esecutiva

e protezione degli utenti nella catena dei pagamenti, e ciò per la assorbente considerazione che nella specie, il servizio non dà luogo né attiva operazioni di pagamento. Piuttosto, sembra riconoscibile nella specie l'esigenza di offrire, mediante regole sul soggetto e sulle regole di interazione, un'equilibrata costruzione relazionale tra utenti, prestatori di tale servizio e di quelli di radicamento del conto».

(si pensi alla disciplina analitica sull'autorizzazione e sull'esecuzione delle operazioni di pagamento) e, infine, alla fase estintiva del rapporto (si pensi all'esercizio del diritto di recesso da parte dell'utente) ⁽¹⁹⁶⁾.

Il «contratto di pagamento» ⁽¹⁹⁷⁾, però, nonostante la sua trattazione unitaria sul piano regolamentare, non si caratterizza per avere un oggetto altrettanto unitario, e ciò in ragione dell'evidente eterogeneità dei servizi di pagamento erogabili a norma dell'allegato I della dir. 2015/2366/UE.

In effetti, con il contratto in analisi, la prestazione che il PSP si obbliga a svolgere in via principale può consistere sia nella stretta esecuzione di operazioni di pagamento (trasferimento, riscossione, ritiro di fondi), sia in attività «connesse» ma non consistenti nell'esecuzione di operazioni di pagamento (si pensi alla mera emissione di strumenti di pagamento); ma, segnatamente in esito al recepimento della PSD2, non è escluso – e, anzi è esplicitamente contemplato –, che oggetto del contratto possa essere un'attività totalmente estranea all'esecuzione di operazioni di pagamento, o comunque, se si preferisce, ad essa riferibile solo (molto) lontanamente, ed è il caso della fornitura di dati aggregati sulla situazione finanziaria dell'utente, attività che, invero, più che ai servizi

⁽¹⁹⁶⁾ Cfr. O. TROIANO, voce *Contratto di pagamento*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, p. 402 ss.: «Già sul piano verbale, il legislatore europeo con la presente direttiva comincia insistentemente a parlare di contratto, e lo sforzo concettuale di elaborare una disciplina il più possibile unitaria di tutti i servizi di pagamento si canalizza proprio sul piano contrattuale: il contratto di pagamento, espressione con cui è possibile intendere qualsivoglia contratto, singolo o quadro, finalizzato alla fornitura di servizi di pagamento (bonifico, addebiti diretti, uso di una carta di pagamento)»; ID., *Contratti di pagamento e disciplina privatistica comunitaria (proposte ricostruttive con particolare riferimento al linguaggio ed alle generalizzazioni legislative)*, cit., p. 520 ss. Sulla tipicità dei contratti bancari cfr., fra gli altri, F. CAPRIGLIONE, *Operazioni bancarie e tipologia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 29 ss.; si consiglia altresì la lettura del recente contributo di G. ALPA E P. GAGGERO, *Appunti sui contratti bancari tipici*, in *Contratto e impresa*, 2019, p. 450 ss.

⁽¹⁹⁷⁾ L'espressione è coniata, appunto, da Onofrio Troiano (cfr. nt. precedente).

di pagamento, parrebbe per contenuto riconducibile in generale ai servizi di informazione digitale.

Sicché, sebbene debba a rigore pur sempre discorrersi, al singolare, di «contratto», l'eterogeneità dei servizi erogabili giustifica la prassi commerciale che “frantuma” l'offerta in tanti accordi – talvolta documentalmente cumulati – quanti sono i servizi erogabili, i quali mantengono una loro intrinseca e indelebile individualità, sovente negletta dal legislatore, ma bussola per l'interprete e l'operatore che siano chiamati ad attingere, nel disordine di una disciplina che tutto vuol comprendere, le norme di volta in volta applicabili in ragione del servizio fornito ⁽¹⁹⁸⁾.

A dispetto della frammentazione di cui s'è dato conto, sussiste comunque un fondamentale tratto comune a tutte le prestazioni svolte dai PSP, a prescindere dalla specie di servizio di pagamento erogato: esso risiede nella natura, non già giuridica, bensì esclusivamente materiale dell'attività svolta. Il PSP, in altre parole, stipulando il contratto di pagamento, non assume su di sé l'obbligazione di collaborare con il cliente mediante il compimento per suo conto di «atti giuridici» (*i.e.* negozi giuridici e atti giuridici in senso stretto), ma, piuttosto, di cooperare con l'utente mediante il compimento di atti, appunto, materiali – o, forse, sovente *immateriali* ⁽¹⁹⁹⁾ – consistenti, appunto, a titolo esemplificativo, nella consegna di uno strumento di pagamento personalizzato,

⁽¹⁹⁸⁾ Sul punto, cfr., *ex multis*, O. TROIANO, voce *Contratto di pagamento*, cit., p. 396 ss., il quale si interroga su pregi e difetti della disciplina (com)unitaria dei servizi di pagamento; ID., *La disciplina uniforme dei servizi di pagamento: aspetti critici e proposte ricostruttive*, cit., p. 9 ss.; O. TROIANO - V.V. CUOCCI, *sub art. 5 d.lgs. n. 11 del 2010*, in M. MANCINI - M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento. Commentario al d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11*, cit., p. 87 ss.; M. GIULIANO, *L'adempimento delle obbligazioni pecuniarie nell'era digitale. Dalla moneta legale alla moneta scritturale e digitale “legalmente” imposta*, cit., p. 69 ss.

⁽¹⁹⁹⁾ In realtà, però, anche l'attività consistente nella scritturazione a debito e a credito tipica del trasferimento elettronico di fondi ha carattere tecnicamente materiale, seppure effettuata mediante la predisposizione di *software* e infrastrutture telematiche.

nell'eseguire la scritturazione a credito o a debito nel conto di pagamento, nella trasmissione di un'istruzione data dall'utente, nella predisposizione di dati grafici relativi al saldo disponibile sui conti di pagamento del cliente, e così via⁽²⁰⁰⁾.

Tale conclusione – per vero, non pacifica in letteratura⁽²⁰¹⁾ – se per taluni servizi di pagamento (si pensi al servizio di emissione di carte di debito ad opera di terze parti o al servizio di informazione sui conti) può apparire alquanto scontata dacché la relativa attività in sé e per sé non interseca mai il procedimento di trasferimento di fondi, scontata invece non è per quelle tipologie di servizi che hanno come oggetto precipuo l'esecuzione di operazioni di pagamento, rispetto alle quali esercita un forte ascendente il relativo (eventuale) profilo solutorio.

⁽²⁰⁰⁾ Cfr. V. SANTORO, *I servizi di pagamento*, in *IANUS*, VI, 2012, p. 14 ss.: «In definitiva i servizi di pagamento sono precipuamente funzionali ai pagamenti che devono essere adempiuti tra soggetti giuridici, ma ne prescindono. Intendo dire che la disciplina di cui qui ci occupiamo non incide direttamente sulle le obbligazioni pecuniarie; d'altra parte, essa è esattamente la medesima anche se la causa del trasferimento della moneta scritturale dovesse essere una donazione, anziché l'adempimento dell'obbligazione e persino il trasferimento da un conto ad un altro quando le persone dell'ordinante e del beneficiario coincidano. In definitiva ciò che conta è che nel sistema dei pagamenti si consegua il risultato che le scritturazioni contabili a debito e a credito corrispondano su altro conto di pagamento (o anche su un conto provvisorio) all'operazione contabile opposta». La tesi riportata, invero, era già stata intuita dall'A. prima dell'adozione della PSD da parte della Comunità europea: cfr. V. SANTORO, *L'efficacia solutoria dei pagamenti tramite intermediari*, in G. CARRIERO - V. SANTORO (a cura di), *Il diritto del sistema dei pagamenti*, Milano, 2005, p. 97 ss., ove si identifica la banca come «materiale cassiere».

⁽²⁰¹⁾ V., infatti, A. SCIARRONE ALIBRANDI, *L'interposizione della banca nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria*, Milano, 1997, p. 101 ss., ove l'A. inquadra il rapporto, in particolare fra beneficiario e proprio PSP, in uno schema contrattuale riconducibile al mandato. Ricostruiscono in termini di mandato all'incasso l'attività svolta dalla banca in virtù del contratto di conto corrente, fra gli altri, L. FARENGA, *La moneta bancaria*, Torino, 1997, p. 95 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Bancogiro e moneta scritturale*, Bari, 1979, p. 94 ss.

Eppure, anche per i servizi da ultimo considerati trova conferma la tesi prospettata, e ciò può trarsi anzitutto da chiari indici normativi, il primo dei quali è dato dal tenore testuale degli artt. 4, n. 5, dir. 2015/2366/UE e 1, comma 1°, lett. c), d.lgs. n. 11 del 2010 ⁽²⁰²⁾, che, nel definire l'«operazione di pagamento», ne precisano il contenuto «indipendentemente da eventuali obblighi sottostanti tra il pagatore e il beneficiario», così sancendo il principio di neutralità (o astrattezza) della prestazione svolta dal PSP rispetto al rapporto di valuta eventualmente intercorrente fra pagatore e beneficiario ⁽²⁰³⁾.

Tale principio trova limpida manifestazione anche all'interno della disciplina sull'esecuzione delle operazioni di pagamento, e precisamente all'art. 24 d.lgs. n. 11 del 2010 (rubricato «Identificativi unici inesatti») ⁽²⁰⁴⁾, il quale dispone che se un ordine di pagamento (*i.e.* un ordine di trasferimento o di riscossione di fondi) è eseguito dal prestatore incaricato conformemente all'identificativo unico – tendenzialmente l'IBAN ⁽²⁰⁵⁾ – fornitogli dall'utente,

⁽²⁰²⁾ Allo stesso modo, l'art. 2, n. 10, reg. (UE) n. 260/2012 definisce l'«operazione di pagamento» come «l'atto, iniziato dal pagatore o dal beneficiario, di trasferimento di fondi tra conti di pagamento nell'Unione, indipendentemente da eventuali obblighi sottostanti tra il pagatore e il beneficiario».

⁽²⁰³⁾ Sul principio di neutralità (o astrattezza) dell'attività svolta dall'intermediario nelle operazioni di pagamento cfr. V. DE STASIO, *Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta*, cit., p. 24 ss.; v., in particolare, quanto sostenuto a p. 26: «Coinvolgere l'intermediario in questioni interpretative riguardanti i rapporti tra pagatore e beneficiario, non desumibili dall'ordine di pagamento, significherebbe ritardare lo svolgimento del *Barzahlungverkehr* [cioè, del trasferimento dei fondi, *nda.*] e rendere sostanzialmente impossibile – o soggetto a continuo controllo umano – il trasferimento elettronico di fondi». L'A., tuttavia, aggiunge quanto segue: «Ciò non toglie che, in servizi di pagamento più complessi, ove i rapporti fra le parti siano tutti contrattualmente regolati secondo modalità di esplicito collegamento negoziale, allora l'intermediario possa perdere la sua neutralità e diventare parte di rapporti obbligatori».

⁽²⁰⁴⁾ V. art. 88 dir. 2015/2366/UE.

⁽²⁰⁵⁾ La definizione di «identificativo unico» è data dall'art. 1, comma 1°, lett. r), d.lgs. n. 11 del 2010: «la combinazione di lettere, numeri o simboli che il prestatore di servizi di pa-

«esso si ritiene eseguito correttamente per quanto concerne il beneficiario e/o il conto indicato dall'identificativo unico»; al comma 3°, poi, la disposizione in parola, a scampo di equivoci, chiarisce ulteriormente che il PSP incaricato «è responsabile solo dell'esecuzione dell'operazione di pagamento in conformità con l'identificativo unico fornito dall'utente anche qualora quest'ultimo abbia fornito al suo prestatore di servizi di pagamento informazioni ulteriori rispetto all'identificativo unico» ⁽²⁰⁶⁾.

La disposizione poc'anzi citata, benché – deve ritenersi – sia disponibile alle parti che abbiano stipulato il contratto di pagamento ⁽²⁰⁷⁾, lungi dall'aver

gamento indica all'utente di servizi di pagamento e che l'utente deve fornire al proprio prestatore di servizi di pagamento per identificare con chiarezza l'altro utente del servizio di pagamento e/o il suo conto di pagamento per l'esecuzione di un'operazione di pagamento; ove non vi sia un conto di pagamento, l'identificativo unico identifica solo l'utente del servizio di pagamento».

⁽²⁰⁶⁾ V., però, l'88° *considerando* della PSD2: «Tuttavia, ciò non dovrebbe impedire agli Stati membri di richiedere al prestatore di servizi di pagamento del pagatore di agire con la dovuta diligenza e di verificare, ove tecnicamente possibile e senza che sia necessario un intervento manuale, la coerenza dell'identificativo unico e, qualora si rilevi l'incoerenza dell'identificativo unico, di rifiutare l'ordine di pagamento ed informarne il pagatore. È opportuno che la responsabilità del prestatore di servizi di pagamento sia limitata all'esecuzione corretta dell'operazione di pagamento conformemente all'ordine di pagamento dell'utente di servizi di pagamento».

⁽²⁰⁷⁾ Nessuna ragione di ordine pubblico pare impedire alle parti del contratto di pagamento di accordarsi nel senso di dedurre in obbligazione l'adempimento cui sarebbe tenuto il pagatore (o un terzo) in forza del rapporto di valuta sotteso all'ordine di pagamento, con la conseguenza che, in tali ipotesi, il trasferimento di fondi attuato dal PSP sarebbe legato a doppio filo alle vicende relative a detto rapporto obbligatorio (e sarebbe così reso instabile, o “stornabile”). Il regime applicabile sarebbe, poi, quello relativo allo schema in concreto scelto dalle parti o comunque riconducibile alla volontà da esse manifestata (delegazione di debito, delegazione di pagamento, collegamento negoziale fra ordine di pagamento e contratto sottostante per la fornitura di beni o servizi, ecc.). Va, peraltro, osservato che se una deroga alla regola della neutralità pare praticabile senza particolari difficoltà allorquando pagatore e beneficiario si avvalgono del medesimo prestatore di radicamento del conto (schemi “a tre parti”),

una valenza meramente operativa, ha invece una portata di cardinale rilevanza sistematica. Infatti, nel sancire che l'identificativo unico – che però, per ovvie ragioni, deve essere accompagnato dalla specificazione della tipologia di operazione che deve eseguirsi e dalla indicazione della quantità di fondi da movimentare ⁽²⁰⁸⁾ – nel sancire che l'identificativo unico, si diceva, è il solo elemento rilevante per misurare la corrispondenza della prestazione svolta dal PSP al contenuto dell'obbligazione assunta, la norma in analisi, in realtà, incide direttamente sull'obbligazione plasmandone *recta via* lo stesso contenuto, impedendo che esso possa subire contaminazioni ad opera di quegli elementi che tipicamente connotano l'atto di adempimento dell'obbligazione pecuniaria, ovvero sia il nome o la ragione sociale del creditore e del debitore e, soprattutto, la causale del trasferimento.

Siffatti elementi, ove introdotti – e così, del resto accade nella prassi, sempre che effettivamente esista un sottostante rapporto di valuta ⁽²⁰⁹⁾ –, potranno al più servire per regolare, benché nel tempo postumo all'avvenuto trasferimento, i rapporti fra pagatore e beneficiario, e segnatamente potranno essere utilizzati dal primo di questi per dimostrare che l'attribuzione pecuniaria fatta al secondo difettava di qualsivoglia supporto causale, potendone di con-

siffatta scelta pare meno praticabile laddove i prestatori coinvolti siano diversi (schemi “a quattro parti”), giacché, ai fini dello storno dell'operazione in conseguenza all'avvenuto accertamento della mancanza di causa sottostante allo spostamento o al venir meno della medesima a seguito di sopravvenienze, occorre che la neutralità venga meno sia rispetto al PSP del pagatore, sia al PSP del beneficiario.

⁽²⁰⁸⁾ Cfr. V. DE STASIO, *Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta*, cit., p. 134 ss.

⁽²⁰⁹⁾ L'eventuale rapporto di valuta non per forza deve intercorrere fra pagatore e beneficiario; potrebbe anche intercorrere fra soggetti diversi da quelli che partecipano all'operazione, potendo, ad esempio, il pagatore intendere, per le più varie ragioni, estinguere un debito al posto del debitore, e potendo essere il beneficiario un mero indicatario di pagamento ai sensi dell'art. 1188 c.c.

sequenza pretendere la ripetizione sulla base delle norme dettate per il pagamento dell'indebitato.

Ciò, peraltro, trova indirettamente conferma nel comma 2° dell'art. 24 d.lgs. n. 11 del 2010, il quale, con riferimento all'ipotesi in cui l'utente abbia errato nel comunicare al PSP l'identificativo unico del conto di asportazione, dopo aver ribadito l'estraneità del prestatore ad ogni responsabilità, sancisce che il PSP del pagatore «compie tuttavia sforzi ragionevoli per recuperare i fondi oggetto dell'operazione di pagamento, collaborando anche con il PSP del beneficiario che anche tenuto a comunicare al prestatore di servizi di pagamento del pagatore «ogni informazione utile»⁽²¹⁰⁾.

In definitiva, in virtù del principio di neutralità (o astrattezza) dell'attività svolta dall'intermediario, e salvo che le parti non abbiano diversamente stabilito, l'attitudine solutoria del trasferimento di fondi – peraltro meramente eventuale, come s'è più volte illustrato – non è dedotta *in obligatione*, con la conseguenza che la prestazione eseguita dal PSP ha la propria ragione giustificativa unicamente nel contratto stipulato per la fornitura di servizi di pagamento e soltanto da esso trae la sua qualifica di adempimento⁽²¹¹⁾. Che,

⁽²¹⁰⁾ Di seguito il testo completo dell'art. 24, comma 2°, d.lgs. n. 11 del 2010: «Se l'identificativo unico fornito dall'utente è inesatto, il prestatore di servizi di pagamento non è responsabile, ai sensi dell'articolo 25, della mancata o inesatta esecuzione dell'operazione di pagamento. Il prestatore di servizi di pagamento del pagatore compie tuttavia sforzi ragionevoli per recuperare i fondi oggetto dell'operazione di pagamento. Il prestatore di servizi di pagamento del beneficiario è tenuto a collaborare, anche comunicando al prestatore di servizi di pagamento del pagatore ogni informazione utile. Se non è possibile il recupero dei fondi, il prestatore di servizi di pagamento del pagatore, su richiesta scritta del pagatore, è tenuto a fornirgli ogni informazione disponibile che sia utile ai fini di un'azione di tutela. Ove previsto nel contratto quadro, il prestatore di servizi di pagamento addebita all'utente le spese sostenute per il recupero dei fondi».

⁽²¹¹⁾ Limpido, al riguardo, V. DE STASIO, *Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta*, cit., p. 107, nt. 5: «Proprio la circostanza che il trasferimento di fondi sia un *procedimento* rende avvertiti che il suo rapporto con il pagamento e l'estinzione dell'obbligazione *non* è una questione intrinseca al procedimento». Nello stesso senso, cfr. M.

poi, il trasferimento di fondi, nella singola fattispecie considerata, assuma altresì valore solutorio rispetto al sotteso rapporto di valuta, ciò sarà frutto di una luce *aliunde* emanata, come tale inidonea a mutare la sostanza della prestazione irradiata ⁽²¹²⁾. Vale a dire che qualora il pagatore abbia impartito un ordine di pagamento allo scopo di estinguere un debito pecuniario nutrito verso il beneficiario, tale intenzione non potrà che essere relegata nell'ambito dei motivi rispetto al rapporto intercorrente fra il medesimo e il PSP.

Il prestatore, in altri termini, non si obbliga a pagare al posto del debitore, non si obbliga a sostituirlo nell'esecuzione della prestazione cui egli è tenuto, non è suo delegato: il prestatore, piuttosto, si obbliga, più semplicemente – o, forse, verrebbe da dire *asetticamente* – a cooperare nella movimentazione dei fondi in ossequio alle istruzioni ricevute dal cliente e alle regole all'uopo dettate dalla legge.

Le conseguenze che discendono dalla tesi sostenuta – che in questa sede possono soltanto essere sommariamente abbozzate, giacché la relativa trattazione non è strettamente propedeutica all'oggetto dell'indagine – sono a tal punto di grande rilievo, che non pare azzardato sostenere che la disciplina di matrice europea in tema di pagamenti elettronici sia paragonabile ad una scossa tellurica che si propaga sulle norme che concorrono ad ampio raggio nella formazione dello statuto dell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria ⁽²¹³⁾.

GIULIANO, *L'adempimento delle obbligazioni pecuniarie nell'era digitale. Dalla moneta legale alla moneta scritturale e digitale “legalmente” imposta*, cit., p. 35, il quale parla di «efficacia “indiretta” della disciplina sui servizi di pagamento nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria».

⁽²¹²⁾ Del resto, tale impostazione è perfettamente coerente con l'intenzione del legislatore dell'Unione di far assurgere a valore centrale l'automatismo nelle procedure elettroniche di pagamento; ed è evidente che qualsivoglia influenza del rapporto di valuta sulla catena di scritturazioni costituirebbe una vera e propria breccia nel sistema. Al riguardo cfr. il 65° e 78° considerando PSD2.

⁽²¹³⁾ Al riguardo, cfr., fra gli altri, G. MARINO, *Dalla traditio pecuniæ ai pagamenti digitali*, cit., p. 117 ss.; ID., *Il pagamento “necessariamente intermediato” dell'obbligazione pecuniaria nella legislazione di derivazione europea: verso il superamento dell'unicità del modello codicisti-*

Sia, al riguardo, sufficiente considerare che la negazione della natura giuridica dell'attività svolta dal prestatore di servizi di pagamento comporta la fuga dallo schema del mandato e rende maggiormente affine il contratto (tipico) di pagamento allo schema dell'appalto di servizi ⁽²¹⁴⁾ – o addirittura, secondo una persuasiva lettura, al contratto di trasporto di cose ⁽²¹⁵⁾ – con conse-

co della traditio pecuniæ?, 19.03.2015, in *Giustiziacivile.com*; M. GIULIANO, *L'adempimento delle obbligazioni pecuniarie nell'era digitale. Dalla moneta legale alla moneta scritturale e digitale "legalmente" imposta*, cit., p. 83 ss.; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *L'interposizione della banca nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria*, cit., *passim*; ID., *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria alla luce della Payment Services Directive 2007/64/CE*, in AA.VV., *Hominum causa constitutum. Scritti degli allievi in ricordo di Francesco Realmonte*, Milano, 2009, p. 161 ss.; B. INZITARI, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria nella società contemporanea: tramonto della carta moneta e attribuzione pecuniaria per trasferimento della moneta scritturale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, I, p. 133 ss.

⁽²¹⁴⁾ Sulla distinzione fra cooperazione giuridica e cooperazione materiale cfr., fra gli altri, G. DI ROSA, *Il mandato*, I, in *Comm. Schlesinger*, Artt. 1703-1709, Milano, 2012, p. 18 ss.; A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. dir. civ. comm.* già diretto da A. CICU e F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI, Milano, 1984, p. 118 ss. (in giurisprudenza, cfr. Cass. civ., sez.V., 18 maggio 2012, n.7876, in *Pluris*; Cass. civ., sez. II, 5 settembre 1989, n. 3853, in *Pluris*). *Contra*, però, C. SANTAGATA, *Del mandato. Disposizioni generali*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Artt. 1703-1709, Bologna-Roma, 1965, p. 60 ss., secondo il quale la nozione di atto giuridico dovrebbe essere intesa in senso ampio, ovvero sia come «attività giuridicamente rilevante», affidata al mandatario in vista del suo risultato giuridico, con la conseguenza che a tale nozione sarebbero riconducibili anche atti materiali inseriti all'interno di un «ciclo negoziale».

⁽²¹⁵⁾ Il riferimento è a V. DE STASIO, *Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta*, cit., p. 34 ss., secondo il quale «si potrebbe proporre una lettura del rapporto fra trasferimento della moneta scritturale e vicende sottostanti in termini, per quanto possibili, analoghi a quelli del rapporto fra trasporto della merce venduta e obbligo di consegna derivante da una compravendita: con il sistema bancario nel ruolo di vettore-spedizioniere, e le parti nel ruolo di mittente (od obbligato alla consegna) e di destinatario». In particolare, secondo l'A., «L'immagine rende avvertiti [...] della possibilità di separazione concettuale dei rapporti, e del frequente intreccio degli stessi. Essa, soprattutto, mette in luce l'autonomia imprenditoriale dello spedizioniere-vettore, nella scelta del mezzo più idoneo al trasporto, e si presta a una

guente necessità, quantomeno laddove la normativa in analisi eserciti la sua attrazione, di disapplicare – non già in ragione del primato del diritto dell’Unione, bensì, più semplicemente, in applicazione del criterio di specialità – la norma di cui all’art. 1856, comma 1°, c.c. ⁽²¹⁶⁾ dettata per le «operazioni bancarie in conto corrente», a mente del quale «La banca risponde secondo le regole del mandato per l’esecuzione d’incarichi ricevuti dal correntista o da altro cliente» ⁽²¹⁷⁾.

Ancora, sempre a titolo esemplificativo – ma la questione riveste un’importanza primaria –, può osservarsi che l’affermata neutralità del trasferimento elettronico dei fondi rende l’esecuzione di incarichi di pagamento ontologicamente incompatibile con lo schema delegatorio, e ciò anche al ricorrere della delegazione pura, come tale insensibile al rapporto di valuta ⁽²¹⁸⁾.

considerazione della vicenda del trasferimento nei termini procedurali che paiono i più consoni alla moderna dimensione imprenditoriale del pagamento».

⁽²¹⁶⁾ Cfr., al riguardo, V. SANTORO, *Il conto corrente bancario*, in *Comm. Schlesinger*, Artt. 1852-1857, Milano, 1992, p. 159 ss.; G. MOLLE, *I contratti bancari*, in *Tratt. dir. civ. comm.* già diretto da A. CICU e F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI, Milano, 1981, p. 70 ss.; A. FIORENTINO, *Del conto corrente. Dei contratti bancari*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Artt. 1823-1860, Bologna-Roma, 1965, p. 148 ss.

⁽²¹⁷⁾ In questo senso conclude anche, se non ci s’inganna, O. TROIANO, voce *Contratto di pagamento*, cit., p. 404, secondo il quale l’espressione «contratto di pagamento» non indica il contratto di conto corrente «con il quale non coincide perché questo può dar adito a operazioni più ampie e diverse, ma con la precisazione che, nella misura in cui detto contratto – come accade per lo più – disciplina anche servizi di pagamento, le sue regole non potranno non soggiacere alle regole legislative previste per il contratto di pagamento».

⁽²¹⁸⁾ Ritiene opportunamente necessario un superamento delle letture tradizionali in materia di bonifico G. MARINO, *Dalla traditio pecuniæ ai pagamenti digitali*, cit., p. 72 ss., secondo il quale, «L’introduzione di una normativa *ad hoc* delle operazioni intermedie di pagamento induce a ritenere che si sia pervenuti infine alla *tipizzazione* legislativa della figura del bonifico, già da tempo socialmente tipica. Ciò persuade della possibilità di reputare ormai superata la necessaria immedesimazione negli istituti finitimi del diritto comune, come la delegazione di pagamento accompagnata dall’indicazione attiva, seppur non valga a privare *tout court* di senso l’opera di accostamento a queste figure; alla cui disciplina approdare, tuttavia, solo in

Il contratto per la prestazione di servizi di pagamento, in conclusione, non realizza alcuna modificazione dell'eventuale rapporto obbligatorio sottostante, né interna né esterna, né in senso sostitutivo né in senso cumulativo, ma dà luogo ad una cooperazione fra cliente – pagatore o beneficiario, appunto, e non creditore o debitore – e il prestatore di servizi di pagamento con cui egli ha stipulato.

Tanto acclarato in ordine a quella che s'è definita la *dimensione contrattuale* della prestazione di servizi di pagamento, giova in conclusione ribadire che l'attività di intermediazione nella movimentazione dei fondi passa anche attraverso rapporti obbligatori che hanno fonte direttamente nella legge. Il riferimento è precisamente agli obblighi posti in capo agli istituti di radicamento del conto (*online*) di permettere l'accesso ai *third-party providers* (prestatori di servizi di disposizione di ordini di pagamento, terze parti emittenti carte di debito, prestatori di servizi di informazione sui conti) e di cooperare con i medesimi nella predisposizione di infrastrutture all'uopo necessarie e nella fornitura dei dati di volta in volta utili per l'erogazione del servizio.

In tali ipotesi, fra i diversi servizi si realizza evidentemente interconnessione che, tuttavia, non assurge mai a collegamento negoziale, essendo piuttosto configurabile alla stregua di un "allacciamento" meramente tecnico, telematico ⁽²¹⁹⁾: nessun senso avrebbe, infatti, applicare in tali fattispecie la regola *simul stabunt simul cadent* che tipicamente si fa discendere dal collegamento

via di integrazione analogica degli interstizi lasciati dalla disciplina particolare dei servizi di pagamento». Con riguardo all'operazione di bonifico, v. anche M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento*, in *Comm. Schlesinger*, Artt. 1188-1192, Milano, 2018, p. 76 ss.

⁽²¹⁹⁾ Rilevano, invece, un collegamento negoziale fra contratto per la prestazione di servizi di pagamento e contratto di conto corrente bancario S. PAGLIANTINI - F. BARTOLINI, *Il conto corrente bancario*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari*, cit., p. 1587: «Tra il conto corrente bancario e i contratti relativi ai servizi di pagamento si instaura un collegamento genetico e funzionale, ma non biunivoco. Se il primo viene meno, anche i secondi cessano per impossibilità di funzionare, perché l'utilizzo degli strumenti di pagamento implica una disponibilità attiva garantita proprio dal contratto di conto corrente».

negoziale ⁽²²⁰⁾, giacché, venuto meno il conto di pagamento del cliente è sempre possibile fornire alla terza parte l'identificativo o di un altro conto o di quello di nuova attivazione ⁽²²¹⁾.

⁽²²⁰⁾ Sul collegamento negoziale si segnalano, *ex multis*, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 368 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2019, p. 437 ss.

⁽²²¹⁾ *Contra* A. BURCHI - S. MEZZACAPO - P. MUSILE TANZI - V. TROIANO, *Financial Data Aggregation e Account Information Services. Questioni regolamentari e profili di business*, cit., p. 16: «Tornando ai nuovi servizi, è dato rilevare che questi si caratterizzano per l'intrinseco e necessario collegamento (non tanto materiale, quanto piuttosto, e soprattutto, sotto il profilo negoziale e "causale") a dei conti di pagamento detenuti presso (uno o più) PSPs diversi da quelli che forniscono i servizi in parola».

CAPITOLO SECONDO

AUTORIZZAZIONE E CONSENSO NELLE OPERAZIONI
ELETTRONICHE DI TRASFERIMENTO DI FONDI

SOMMARIO: 1. Introduzione. L'essenziale individuazione del discrimine fra «operazione di pagamento autorizzata» e «operazione di pagamento non autorizzata». - 2. L'ampliamento dell'ambito di applicazione della disciplina sui servizi di pagamento nel mercato interno ad opera della PSD2. La tendenziale irrilevanza della valuta e le regole applicabili alle operazioni che coinvolgono almeno un prestatore di servizi di pagamento stabilito all'interno dell'Unione europea. Considerazioni critiche e proposte ricostruttive; - 3. (*Segue*) La rimodulazione delle fattispecie escluse: agenti commerciali, strumenti di pagamento a spendibilità limitata, fornitori di servizi di comunicazione elettronica e ATM indipendenti. - 4. I diversi margini di derogabilità della disciplina sui diritti e gli obblighi delle parti sulla base della qualifica soggettiva dell'utente di servizi di pagamento: clienti-consumatori, microimprese e professionisti. Ridimensionamento del problema relativo alla disciplina applicabile in ipotesi di uso promiscuo del servizio di pagamento - 5. Consenso, autorizzazione, autenticazione: fra indeterminazione semantica e portata normativa dei presupposti. L'impostazione del problema. - 6. Negozio ordinatorio e negozio autorizzativo (in senso tecnico) al vaglio delle procedure elettroniche di pagamento: a) le operazioni di *credit transfer*, con particolare riferimento alle operazioni di bonifico. Critica alla tesi che nega la natura negoziale dell'ordine di pagamento (e dell'autorizzazione); - 7. (*Segue*) b) le operazioni di *debit transfer*: fra salvaguardia dell'interesse del pagatore alla legittimità dell'addebito e tutela della legittima pretesa del beneficiario alla riscossione. - 7.1. La prestazione del consenso del pagatore «tramite il beneficiario» nelle procedure di addebito diretto. Ovvero: *semper in obscuris quod minimum est sequimur*. - 7.1.1. La convezione con la quale pagatore-debitore e beneficiario-creditore scelgono l'addebito diretto come modalità di adempimento dell'obbligazione pecuniaria sottostante. Critica alla tesi che configura tale convezione alla stregua di un mandato *in rem propriam*. - 7.1.2. L'autorizzazione come negozio che attribuisce al beneficiario la facoltà di ordinare la riscossione nonché la legittimazione a disporre l'addebito sul conto del pagatore; - 7.1.3. (*Segue*) Peculiarità delle ipotesi in cui manca il rapporto obbligatorio sottostante

per coincidenza di pagatore e beneficiario o per nullità (o inefficacia) del titolo. - 7.2. Le operazioni ordinate mediante carta di pagamento (o strumento analogo) e quelle ordinate attraverso un servizio di disposizione di ordine di pagamento. - 8. Rilievi conclusivi e rinvii.

1. *INTRODUZIONE. L'ESSENZIALE INDIVIDUAZIONE DEL DISCRIMINE FRA «OPERAZIONE DI PAGAMENTO AUTORIZZATA» E «OPERAZIONE DI PAGAMENTO NON AUTORIZZATA».*

All'esito della proposta ricostruzione concernente l'articolata trama di rapporti che intercorrono fra i diversi soggetti coinvolti nelle attività di erogazione di servizi di pagamento elettronici, e, altresì, dopo aver giuridicamente qualificato gli atti dei quali si compongono le operazioni di trasferimento e di riscossione dei fondi depositati su un conto di pagamento, deve ora indagare *funditus* il tema – anch'esso alquanto spinoso – concernente l'autorizzazione delle menzionate operazioni, allo scopo di determinare l'esatta portata che rispetto ad esse assume il consenso del «pagatore».

In altri termini, il risultato perseguito consiste nella marcatura del discrimine fra un'operazione di pagamento «autorizzata» e un'operazione di pagamento «non autorizzata», dal momento che da esso dipende integralmente l'applicazione della disciplina sulla attribuzione e ripartizione della responsabilità (e dei rischi) fra prestatori e utente al ricorrere di movimentazioni non acconsentite.

Al riguardo, può osservarsi che dal dato positivo emerge con chiarezza un (primo) caposaldo, dal quale occorrerà prendere le mosse per lo sviluppo della riflessione: esso consiste nell'indubbio intento del legislatore di assegnare al consenso del pagatore – sia concesso, in quest'apertura, l'utilizzo di espressioni tecnicamente imprecise, giuridicamente cioè insoddisfacenti, ma utili, si crede,

per approcciare il tema – di assegnare al consenso del pagatore, si diceva, una valenza assolutamente essenziale per le sorti dell’operazione di pagamento.

A mente dell’art. 64, par. 2, cpv. 2°, dir. 2015/2366/UE, infatti, «In mancanza di consenso, un’operazione di pagamento è considerata non autorizzata» ⁽¹⁾. Parimenti, l’art. 5, comma 1°, d.lgs. n. 11 del 2010, sancisce che «Il consenso del pagatore è un elemento necessario per la corretta esecuzione di un’operazione di pagamento. In assenza del consenso, un’operazione di pagamento non può considerarsi autorizzata» ⁽²⁾.

Come s’avrà modo di evidenziare nel prosieguo, siffatte formulazioni sono in grado di suscitare perplessità e questioni di non poco momento, soprattutto alla luce della dimensione procedurale nella quale s’inscrive, per espressa disposizione di legge, la prestazione del consenso ⁽³⁾. Alla relativa disamina, però, converrà anteporre lo studio dell’ambito di applicazione della disciplina sui diritti e gli obblighi delle parti, all’interno della quale trova piena ospitalità il regime dell’autorizzazione delle operazioni pagamento; così come, del pari, sarà opportuno premettere una riflessione sui margini di derogabilità della menzionata disciplina, in considerazione della variabile qualificazione soggettiva che può assumere il fruitore di servizi di pagamento.

2. L’AMPLIAMENTO DELL’AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA SUI SERVIZI DI PAGAMENTO NEL MERCATO INTERNO AD OPERA DELLA PSD2. LA TENDENZIALE IRRILEVANZA DELLA VALUTA E LE REGOLE APPLICABILI ALLE OPERAZIONI CHE COINVOLGONO ALMENO UN PRESTATORE DI SERVIZI DI PAGAMENTO STABILITO ALL’INTERNO DELL’UNIONE EUROPEA. CONSIDERAZIONI CRITICHE E PROPOSTE RICOSTRUTTIVE;

⁽¹⁾ Quasi congruente il testo dell’art. 54, par. 2, cpv. 2°, dir. 2007/64/CE: «In mancanza di tale consenso, un’operazione di pagamento è considerata come non autorizzata».

⁽²⁾ La disposizione citata non è stata interessata dalla revisione operata dal d.lgs. n. 218 del 2017.

⁽³⁾ V. *amplius*, in questo capitolo, §5 ss.

Per quanto concerne l'ambito di applicazione soggettivo delle norme relative alla trasparenza contrattuale e, in particolare – per quanto qui interessa – ai diritti e agli obblighi delle parti, nessuna differenza si registra fra la nuova disciplina introdotta con l'attuazione della PSD2 e quella vigente sotto l'abrogata dir. 2007/64/CE, giacché il contratto di prestazione di servizi di pagamento non è considerato dal legislatore dell'Unione europea quale contratto del consumatore, bensì come contratto comune, che, come tale, può essere stipulato fra l'istituto-prestatore, da un lato, e, dall'altro lato, da un qualsiasi privato, sia esso una persona fisica o giuridica, consumatore o professionista.

Infatti, come già più volte chiarito, tanto la dir. 2015/2366/UE, quanto il d.lgs. n. 11 del 2010 (così come modificato dal d.lgs. n. 218 del 2017) adottano una nozione ampia di cliente (o utente), distinguendo fra i diversi profili soggettivi soltanto al fine di delineare i margini di derogabilità della disciplina ⁽⁴⁾.

Fra i più significativi elementi di novità apportati dalla PSD2, invece, v'è senz'altro l'ampliamento dell'ambito di applicazione materiale e territoriale della disciplina in parola. Sotto l'abrogato regime, infatti, l'art. 2, par. 1, dir. 2007/64/CE, dopo aver disposto che le norme dettate dalla direttiva medesima trovavano applicazione ai servizi di pagamento «prestati nella Comunità», subito precisava che i titoli III e IV, rispettivamente recanti le discipline in materia di trasparenza contrattuale e di diritti e obblighi delle parti, trovavano applicazione soltanto «laddove» –ma si legga: «a quelle operazioni per le quali» ⁽⁵⁾ – il prestatore di servizi di pagamento del pagatore e quello del beneficiario (o l'unico prestatore coinvolto, in quanto comune ad ambedue le parti) fossero entrambi stabiliti nel territorio dell'Unione, con la sola eccezione dell'art. 73, recante norme in materia di accreditamento dei fondi in conto corrente e

⁽⁴⁾ Sul punto si tornerà più diffusamente *infra*, in questo capitolo, *sub* §4.

⁽⁵⁾ Per comprendere la ragione e la portata della precisazione si veda quanto specificato nel prosieguo del testo.

data valuta ⁽⁶⁾. Il successivo par. 2, altresì, specificava che, in ogni caso, i medesimi titoli trovavano applicazione soltanto laddove la transazione fosse effettuata in euro o in un'altra valuta ufficiale di uno Stato membro non appartenente all'eurozona ⁽⁷⁾.

All'opposto, il vigente art. 2 dir. 2015/2366/UE, anziché porre condizioni applicative via via più restrittive, presenta, all'opposto, una struttura progressivamente più inclusiva ⁽⁸⁾. Esso, infatti, dopo la consueta apertura in base alla quale le norme dettate dalla PSD2 si applicano «ai servizi prestati nell'Unione» (par. 1), dispone, in buona sintesi, quanto segue:

⁽⁶⁾ Dunque, già sotto la vigenza della prima PSD, le regole dettate per la data valuta e la disponibilità dei fondi sul conto corrente del beneficiario trovavano applicazione anche alle transazioni c.d. *one-leg-out* (v. *infra*), purché, in ogni caso, esse fossero effettuate in euro o in altra valuta di uno Stato membro. Sul punto, cfr. V. BELLO, *sub art.* 23 d.lgs. n. 11 del 2010, in M. MANCINI - M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento. Commentario al d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11*, Torino, 2011, p. 41 ss.

⁽⁷⁾ Cfr., altresì, la versione previgente dell'art. 2, comma 1°, d.lgs. n. 11 del 2010, secondo il quale «il presente decreto [e, dunque, anche le norme sulla trasparenza trasfuse nel t.u.b., *nda.*] si applica ai servizi di pagamento prestati in euro o nella valuta ufficiale di uno Stato membro non appartenente all'area dell'euro o di uno Stato appartenente allo Spazio economico europeo». Al riguardo, cfr. V. SANTORO, *sub art.* 2, commi 1° e 2°, d.lgs. n. 11 del 2010, in M. MANCINI - M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento. Commentario al d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11*, cit., p. 228 ss.

⁽⁸⁾ Occorre, peraltro, precisare che il legislatore italiano, nell'attuare in Italia l'abrogata PSD, aveva limitato l'approccio “*two legs*” al solo titolo II del d.lgs. n. 11 del 2010 (corrispondente al Titolo IV della PSD sui diritti e gli obblighi delle parti), escludendo invece il titolo III (corrispondente all'analogo titolo II della direttiva in materia di trasparenza). In merito, v. D. GAMMALDI, commento *sub art.* 2, comma 3°, d.lgs. n. 11 del 2010, in M. MANCINI - M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento. Commentario al d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11*, cit., p. 54 ss.

a) in linea di principio, non diversamente da quanto accadeva sotto il vigore dell'abrogato regime, i titoli III e IV della dir. 2015/2366/UE, recanti – giova rammentarlo nuovamente – rispettivamente norme in materia di trasparenza contrattuale e di diritti e obblighi delle parti, trovano applicazione alle operazioni di pagamento in euro o in altra valuta di uno Stato membro, laddove sia il prestatore del pagatore sia quello del beneficiario (o l'unico prestatore coinvolto, comune ad entrambe le parti) siano *stabiliti* ⁽⁹⁾ nel territorio dell'Unione europea (par. 2) ⁽¹⁰⁾;

b) i citati titoli III e IV della PSD2, con alcune – invero, marginali – eccezioni ⁽¹¹⁾, trovano applicazione anche alle operazioni di pagamento effettuate in una valuta diversa dall'euro o, comunque, in una valuta diversa da quelle aventi corso legale in uno dei Paesi membri (principio c.d. “*all currencies*”), a

⁽⁹⁾ Invero, il termine «stabiliti», consapevolmente scelto per designare la non transitorietà nell'offerta dei servizi di pagamento ed il solido radicamento territoriale del soggetto prestatore, è diverso sia da quello effettivamente utilizzato dalla dir. 2015/2366/UE, ovverosia «situati» (nella versione inglese, «*located*»), sia da quello adottato dal d.lgs. n. 218 del 17, ove si rinviene la variante – preferibile – «insediati».

⁽¹⁰⁾ Cfr. l'art. 2, comma 3°, d.lgs. n. 11 del 2010.

⁽¹¹⁾ Le eccezioni riguardano gli artt. 45, par. 1, lett. b), 52, par. 2, lett. e), 56, lett. a), dir. 2015/2366/UE, disponenti l'obbligo per il prestatore di fornire (o, talvolta, di rendere disponibile) all'utente l'informazione relativa ai tempi massimi di esecuzione dell'operazione o, in generale, del servizio di pagamento offerto; riguardano, altresì, gli artt. da 81 a 86 dir. 2015/2366/UE (corrispondenti, pressoché testualmente, agli artt. da 18 a 22 d.lgs. n. 11 del 2010), recanti, fra le altre, norme sul diritto degli intermediari (loro attribuibile solo pattizamente) di trattenere somme a titolo di spese sui fondi oggetto del trasferimento, nonché norme sui tempi massimi di esecuzione delle operazioni di pagamento. Peraltro, sia consentito di far notare come nella versione italiana della PSD2 le eccezioni in parola sono introdotte con la preposizione «salvo», la quale potrebbe *prima facie* lasciar spazio a dubbi interpretativi; soccorre, tuttavia la versione in lingua inglese che, molto chiaramente, riporta la formula «*except for*».

condizione che tutti i prestatori di servizi di pagamento (o l'unico coinvolto) siano stabiliti nel territorio dell'Unione (par. 3) ⁽¹²⁾;

c) infine – pur a fronte di eccezioni più rilevanti, concernenti, fra le altre, norme in materia di diritto del pagatore al rimborso per operazioni di addebito diretto e per l'inadempimento dell'ordine di pagamento ⁽¹³⁾ –, i titoli III e IV della PSD2 si applicano anche alle operazioni che, a prescindere dalla valuta, siano effettuate coinvolgendo due o più prestatori non tutti stabiliti nell'Unione europea, a condizione che almeno uno sia stabilito nel territorio della medesima Unione ⁽¹⁴⁾, secondo lo schema delle transazioni cc.dd. *one-leg-out* (par. 4) ⁽¹⁵⁾.

Va, tuttavia, precisato che l'applicazione dei titoli III e IV della PSD2 – e, quindi, delle corrispondenti norme nazionali di recepimento – alle operazioni menzionate *sub b)* e *c)* è limitata alle «parti» di tali operazioni che siano eseguite «nell'Unione».

La formula utilizzata dal legislatore europeo – mal riprodotta da quello italiano che ha sostituito l'espressione «operazioni di pagamento» (nella ver-

⁽¹²⁾ Cfr. l'art. 2, comma 3°-*bis*, d.lgs. n. 11 del 2010.

¹³ Oltre alle già menzionate eccezioni degli artt. 45, par. 1, lett. *b*, 52, par. 2, lett. *e*, 56, lett. *a*, dir. 2015/2366/UE (v. *supra*, in questo capitolo, nt. 33), si aggiunge quella relativa all'art. 52, par. 5, lett. *g*, il quale dispone l'obbligo per il prestatore di fornire all'utente le informazioni sulle condizioni che devono necessariamente sussistere per poter pretendere il rimborso, previsto dagli artt. 76 e 77, a seguito di un prelevamento di fondi sul proprio conto corrente in esecuzione di un'operazione di addebito diretto (*rectius*: di un'operazione di pagamento disposta dal beneficiario o per il suo tramite). L'esclusione è perfettamente coerente con le ulteriori eccezioni richiamate dall'art. 2, par. 4, dir. 2015/2366/UE, fra le quali, appunto, figurano quelle relative agli artt. 76 e 77 – trasposti, pressoché testualmente, negli artt. 13 e 14 d.lgs. n. 11 del 2010 – recanti la disciplina relativa al suddetto diritto al rimborso; figurano, altresì, quali ulteriori eccezioni, gli artt. 62, parr. 2 e 4, 81, 83, par. 1, 89 e 92 dir. 2015/2366/UE.

⁽¹⁴⁾ Non, dunque, se l'operazione coinvolge un solo prestatore di servizi di pagamento, ove quest'ultimo sia stabilito in un Paese esterno all'Unione europea.

⁽¹⁵⁾ Cfr. l'art. 2, comma 3°-*ter*, d.lgs. n. 11 del 2010.

sione inglese, «*transactions*») con «servizi di pagamento» ⁽¹⁶⁾ – appare, a ben vedere, alquanto infelice, giacché, se è vero che il complessivo procedimento di pagamento è in astratto suscettibile di essere frazionato in sotto-operazioni (ad esempio, emissione dell'ordine, rilascio dell'autorizzazione, scritturazione a debito, deferimento dell'ordine all'altro prestatore, scritturazione a credito, ecc.) – che, com'è noto, variano al mutare del mezzo di pagamento prescelto (bonifico, addebito diretto, pagamento mediante carta, ecc.) ⁽¹⁷⁾ –, è però altrettanto vero che molte norme contenute nei titoli III e IV della PSD2 (si pensi, in particolare, alle norme dettate per l'autenticazione dell'utente ai fini dell'autorizzazione dell'operazione, alle norme sulla responsabilità del pagatore e del prestatore per le operazioni non autorizzate, ecc.), paiono essere state con-

⁽¹⁶⁾ Di nuovo, per comprendere la portata della precisazione, si rinvia a quanto specificato nel prosieguo del testo.

⁽¹⁷⁾ Invero, gioiva rammentare che fra gli obiettivi della PSD2 – ma lo stesso poteva dirsi anche per la direttiva abrogata – v'è la predisposizione di una disciplina unitaria per tutti i servizi di pagamento elettronici. Ora, se tale approccio, da un lato, costituisce un tratto senz'altro innovativo e dal rilievo positivo (almeno sotto il profilo dell'armonizzazione), dall'altro lato, «è evidente come tale impostazione non tenga in debita considerazione le peculiarità di ciascun servizio di pagamento, con il rischio di scontare, proprio in relazione alle discipline più tecniche e delicate, relative ai rapporti tra utente e prestatore dei servizi di pagamento (...), un chiaro *deficit* di concretezza ed efficacia in relazione alle scelte effettuate» (così, testualmente, A. PIRONTI, *La nuova disciplina degli ordini di pagamento non autorizzati (credit transfers) tra Direttiva 2007/64/CE e regolamentazione SEPA*, in M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della Direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, p. 383). Peraltro, «l'innegabile esigenza di regole europee non comportava pure che si ponesse mano ad una disciplina unitaria di tutti i servizi di pagamento. Questa scelta ulteriore – non necessaria ai fini del mercato interno – è stata fatta dal legislatore quasi in sordina, ma rappresenta un punto qualificante della Direttiva e, soprattutto, il punto di rottura rispetto alla tradizione delle discipline nazionali» (lo nota autorevolmente, pur con riferimento alla direttiva abrogata, O. TROIANO, *La disciplina uniforme dei servizi di pagamento: aspetti critici e proposte ricostruttive*, in M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della Direttiva 2007/64/CE*, cit., p. 15).

cepite e redatte per disciplinare le procedure di trasferimento di fondi nella loro interezza, e, dunque, prescindendo dalla contingente collocazione territoriale dell'attività in cui si concreta la sotto-operazione atomisticamente considerata.

Gioverà, per maggiore chiarezza, porre mente al seguente esempio: se Tizio, cittadino italiano detentore di un conto corrente presso una banca italiana, è debitore di Caio, cittadino tedesco avente un conto presso una banca tedesca, e allo scadere dell'obbligazione Tizio, che si trova momentaneamente in un paese esterno all'Unione europea per motivi di lavoro, dispone un bonifico a favore di Caio con il proprio dispositivo mobile, può argomentarsi che, per il solo fatto che l'emissione dell'ordine e la relativa autorizzazione – quali «parti» dell'operazione di pagamento – non sono state effettuate ⁽¹⁸⁾ sul territorio dell'Unione allora non sono soggette alla normativa di recepimento della PSD2? E ancora: se la medesima operazione fosse stata effettuata a seguito del furto del dispositivo di Tizio e delle credenziali di accesso all'applicazione di pagamento (senza che, ovviamente vi fosse alcuna obbligazione sottostante fra Tizio e Caio), potrebbe sostenersi che, non trovando applicazione le norme sull'autenticazione, allora, come naturale conseguenza, non si debba applicare nemmeno la disciplina sulla speciale responsabilità del prestatore per le operazioni non autorizzate?

Trattasi, com'è evidente, di un problema ermeneutico di rilievo pratico assolutamente fondamentale, per la soluzione del quale può in questa sede soltanto delinearsi qualche coordinata orientativa ⁽¹⁹⁾.

A tal proposito, occorre dapprima precisare che «l'operazione di pagamento va tenuta distinta dal concetto di prestazione di servizi di pagamento in

⁽¹⁸⁾ Nella versione inglese si utilizza l'espressione «*carried out*», ancora più esplicitiva in proposito, giacché designa la materiale perpetrazione di una attività necessaria al trasferimento dei fondi.

⁽¹⁹⁾ A ben vedere, la risposta ai prospettati interrogativi non viene fornita nemmeno dal documento “FAQ” della Commissione europea, *Payment Services Directive: frequently asked questions*, 12 gennaio 2018 (in *Europa.eu*).

quanto rappresenta l'attività, posta in essere dal pagatore o dal beneficiario, di versare, trasferire o prelevare fondi, indipendentemente da eventuali obblighi sottostanti tra pagatore e beneficiario ⁽²⁰⁾; mentre la prestazione attiene al momento in cui si instaura il rapporto contrattuale tra utente e PSP» ⁽²¹⁾.

Alla luce di tale distinzione, dunque, l'art. 2, par. 1, dir. 2015/2366/UE, a mente del quale detta direttiva «si applica ai servizi di pagamento prestati nell'Unione» ⁽²²⁾ –, andrà interpretato nel senso che le norme della PSD2 (e quelle nazionali di recepimento) che disciplinano la fase *lato sensu* dell'instaurazione del rapporto contrattuale fra prestatore ed utente – in particolare, quelle contenute nel titolo III aventi tale funzione –, dovranno trovare sempre (e solo) applicazione alle attività di offerta e di contrattazione che siano fisicamente poste in essere sul territorio dell'Unione europea ⁽²³⁾. Laddove, peraltro, siano utilizzate procedure a distanza (ad esempio, telematiche) ⁽²⁴⁾, con le quali mal si concilia ogni rilievo di carattere territoriale, l'alternativa ermeneutica è duplice:

a) o s'ha da ritenere che la disciplina in parola si applichi sulla base del solo insediamento del prestatore sul territorio dell'Unione, con il paradosso per cui detto prestatore dovrebbe rispettare la disciplina eurounitaria anche qualo-

⁽²⁰⁾ Cfr. l'art. 4, n. 5, dir. 2015/2366/UE.

⁽²¹⁾ Così si legge nell'Atto del governo n. 458 dell'ottobre 2017, *Servizi di pagamento nel mercato interno*, p. 31 (in *Senato.it*).

⁽²²⁾ L'art. 2, comma 1°, d.lgs. n. 11 del 2010 converte naturalmente l'espressione «nell'Unione» in «nel territorio della Repubblica», sicché, *mutatis mutandis*, riflessioni analoghe a quelle proposte nel testo potrebbero svolgersi anche con riferimento alla disciplina italiana di recepimento della dir. 2015/2366/UE.

⁽²³⁾ La *Relazione illustrativa* relativa allo schema proposto per il d.lgs. n. 11 del 2010, p. 12 (in *Camera.it*), discorre, al riguardo, di «principio di territorialità».

⁽²⁴⁾ L'ipotesi della contrattazione a distanza, segnatamente della contrattazione telematica, come è ampiamente testimoniato dall'evolversi della prassi commerciale, è destinata a perdere la propria qualità di eccezione per divenire la regola.

ra stipuli con un utente collocato in un Paese terzo al fine di eseguire un'operazione da eseguire interamente all'esterno dell'Unione europea;

b) oppure – com'è ragionevole e preferibile – si deve ritenere che le suddette norme trovino applicazione quando il servizio di pagamento offerto dal prestatore all'utente ⁽²⁵⁾, a prescindere dalla nazionalità o dalla collocazione geografica (permanente o transitoria) di quest'ultimo, sia idoneo, anche solo in potenza, ad essere utilizzato per l'esecuzione di operazioni (interamente o parzialmente ⁽²⁶⁾) interne al territorio dell'Unione ⁽²⁷⁾.

Tutto ciò posto, ancora più articolata risulta l'analisi dell'art. 2, parr. 2, 3 e 4, dir. 2015/2366/UE, accomunati – giova ricordarlo – dal riferimento alle «operazioni di pagamento», e non ai «servizi prestati». Al riguardo, è da ritenere che essi riguardino precipuamente le norme che regolano la fase post-contrattuale e, segnatamente, l'esecuzione della materiale operazione di trasferimento dei fondi ordinata, a seconda dei casi, o dal pagatore o dal beneficiario.

Invero, se non altro *prima facie*, nessun dubbio interpretativo parrebbe scaturire dalla lettura del par. 2, giacché esso presuppone sia che la transazione sia effettuata in una valuta di uno Stato membro, sia che l'operazione coinvolga due prestatori (o l'unico comune) stabiliti all'interno dell'Unione. Nell'ottica del legislatore europeo, dunque, in tale ipotesi non vi sarebbe alcuna possibilità che anche soltanto una «fase» dell'operazione sia effettuata al di fuori dei confini dell'Unione. A ben vedere, tuttavia, così non è, dal momento che una singola

⁽²⁵⁾ Prestatore che deve essere all'uopo autorizzato secondo le norme dettate dalla stessa dir. 2015/2366/UE (v., in particolare, le norme contenute nel titolo II, artt. 5 ss.).

⁽²⁶⁾ Su cosa debba intendersi per «parte» di un'operazione di pagamento, si veda quanto specificato nel prosieguo del testo.

⁽²⁷⁾ In tale ordine di idee, le ipotesi sottratte all'applicazione delle norme di matrice eurounitaria dettate per la fase *lato sensu* genetica del negozio saranno davvero marginali: si pensi al contratto stipulato in via telematica da un utente con un prestatore di servizi di pagamento insediato in uno Stato membro per l'esecuzione di una operazione di pagamento singola (non dipendente, cioè, da un retrostante contratto quadro) le cui «fasi» sono tutte destinate ad avvenire al di fuori del territorio dell'Unione europea.

«fase» dell'intera operazione (es. l'emissione dell'ordine e la contestuale autorizzazione) ben potrebbe localizzarsi all'esterno dell'Unione. Per tale ragione mal si comprende, nell'economia generale del summenzionato art. 2 dir. 2015/2366/UE, la ragione per la quale il legislatore europeo – e, parallelamente, quello nazionale – abbia ritenuto superflua, a differenza dei paragrafi successivi, la delimitazione applicativa ai segmenti di operazioni compiuti nell'Unione.

Il par. 3, che, invece, presuppone la collocazione di entrambi i prestatori (o dell'unico coinvolto) all'interno dell'Unione, ma non anche che la transazione sia necessariamente effettuata in una valuta di uno Stato membro, giusta l'inciso «per ciò che riguarda le parti dell'operazione di pagamento effettuate nell'Unione» sembrerebbe lasciar spazio all'ipotesi per la quale una (anche piccola) fase dell'operazione possa completarsi nello spazio geografico di uno Stato terzo; di talché, interpretando in maniera conservativa la norma, parrebbe realizzabile la fattispecie paradossale per la quale – come nell'esempio più sopra formulato – un'operazione quasi interamente realizzata nell'Unione, per il solo fatto che sia stata ordinata all'estero a seguito della sottrazione delle credenziali, non potendosi ritenere autorizzata in applicazione delle norme delle PSD2, allora non potrebbe nemmeno dare adito alla speciale responsabilità favorevole all'utente introdotta e regolata dalla direttiva medesima. Del resto, non v'è chi non veda come la responsabilità del prestatore per l'esecuzione di operazione non autorizzate non sia affatto qualificabile come «fase» dell'operazione medesima; onde per cui, non potrebbe darsi responsabilità laddove non trovino applicazione le norme che formalmente fondano i presupposti applicativi per l'attribuzione di detta responsabilità.

Per superare tale paradosso, si vuol qui proporre – ancorché *in nuce* – una diversa interpretazione del sintagma «parti dell'operazione»: ebbene, anziché intendere per «parti» tutti i singoli segmenti – verrebbe da dire *frammenti* – dell'intero procedimento di pagamento, con tale termine par più corretto (e sistematicamente coerente) designare la porzione di operazione globalmente as-

soggettata alla gestione di uno dei più prestatori coinvolti ⁽²⁸⁾; prestatori, che, nelle fattispecie contemplate dall'art. 2, par. 3, dir. 2015/2366/UE, sono *ex se* stabiliti nell'Unione.

In tal guisa, sulla scia dell'esempio più volte ripreso, l'autenticazione fraudolenta avvenuta sul territorio di un Paese terzo non sarebbe di per sé elemento sufficiente per escludere l'applicazione delle norme di matrice eurounitaria utili a qualificare quell'operazione come "non autorizzata" e, pertanto, continuerebbe a trovare vigore la disciplina sulla responsabilità speciale del prestatore.

Non può nascondersi, per vero, come una siffatta opzione ermeneutica finisca di fatto per operare un'interpretazione abrogante dell'ultimo inciso dell'art. 2, par. 3, dir. 2015/2366/UE («per ciò che riguarda le parti dell'operazione ecc.»), ma, oltre ad essere senz'altro più ragionevole, la prospettata esegesi è anche in grado di spiegare il silenzio del legislatore rispetto al par. 2. E delle due l'una: o il legislatore europeo nel secondo paragrafo *minus dixit quam voluit*, oppure, più verosimilmente, in quello successivo, *plus dixit quam voluit*.

Infine, tanto chiarito, ben si comprenderà come la specificazione conclusiva dell'art. 2, par. 4, dir. 2015/2366/UE sia, all'opposto, perfettamente coerente con l'ipotesi ivi contemplata, la quale riguarda le operazioni di pagamento che, a prescindere dalla valuta, coinvolgono più prestatori, dei quali almeno uno deve essere stabilito nell'Unione. Infatti, in siffatta ipotesi, almeno una porzione dell'operazione di pagamento è globalmente assoggettata alla gestione di un prestatore stabilito in un territorio extra-Ue, non potendosi in tal caso pretendere – nel senso che sarebbe in radice e per ovvie ragioni precluso all'Unione di *imporre* – l'applicazione della normativa eurounitaria.

⁽²⁸⁾ Infatti, potrebbe anche essere coinvolto un prestatore terzo rispetto agli istituti di radicamento dei conti del pagatore e del beneficiario (il pensiero va, com'è ovvio, ai prestatori di servizi di disposizione di ordine di pagamento, così come al servizio di conferma della disponibilità dei fondi).

3. (SEGUE) *LA RIMODULAZIONE DELLE FATTISPECIE ESCLUSE: AGENTI COMMERCIALI, STRUMENTI DI PAGAMENTO A SPENDIBILITÀ LIMITATA, FORNITORI DI SERVIZI DI COMUNICAZIONE ELETTRONICA E ATM INDIPENDENTI.*

Oltre ad aver esteso, nei termini sopra descritti, l'ambito di applicazione oggettivo della disciplina in esame, il legislatore dell'Unione ha altresì operato una rimodulazione del quadro delle esenzioni contemplate nell'attuale art. 3 dir. 2015/2366/UE ⁽²⁹⁾. L'intento perseguito è, a ben vedere, triplice:

a) sciogliere i dubbi interpretativi che erano sorti sotto l'abrogato regime, e che avevano alimentato l'incertezza sull'ambito di applicazione della dir. 2007/64/CE con conseguente disarmonia fra le diverse legislazioni nazionali;

b) offrire una più ampia tutela degli utenti con riguardo ad alcuni servizi esclusi dall'applicazione della direttiva abrogata;

c) stimolare ulteriormente la concorrenza (leale) fra i prestatori ⁽³⁰⁾.

In primo luogo, è stato chiarito ⁽³¹⁾ che non rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva le «operazioni» di pagamento – ma, forse, sarebbe stato più corretto discorrere di *servizi* – poste in essere da un agente commerciale autorizzato in base ad un accordo a negoziare o a concludere la vendita di beni o servizi soltanto per conto del pagatore o soltanto per conto del beneficiario; oppure, ancorché agisca per conto di entrambi, allorquando detto agente

⁽²⁹⁾ Cfr., per l'ordinamento italiano, l'art. 2, comma 2°, d.lgs. n. 11 del 2010.

⁽³⁰⁾ Cfr., al riguardo, il 4° *considerando* della PSD2, ove si legge che «[...] in alcuni casi l'ambito di applicazione della direttiva 2007/64/CE e, in particolare, gli elementi da esso esclusi, come determinate attività connesse ai pagamenti, si sono rivelati in alcuni casi troppo ambigui, troppo generici o semplicemente superati rispetto all'evoluzione del mercato. Tale situazione ha causato incertezza giuridica, potenziali rischi per la sicurezza della catena di pagamento e la mancanza di protezione dei consumatori in alcuni settori».

⁽³¹⁾ Cfr. l'11° *considerando* della PSD2.

non entri mai in possesso dei fondi dei clienti o non li controlli ⁽³²⁾. Del resto, tali condizioni paiono perfettamente coerenti con la *ratio* di fondo della PSD2, volta a regolamentare le operazioni di pagamento che siano, per un verso, intermedie e, per altro verso, siano caratterizzate da un elevato grado di funzionamento tecnologico ⁽³³⁾.

In secondo luogo, è stato meglio definito il novero delle esenzioni concernenti gli strumenti di pagamento a spendibilità limitata ⁽³⁴⁾, ricomprendendovi:

a) gli strumenti che possono essere utilizzati per acquistare beni o servizi solo nei locali dell'emittente o all'interno di una rete limitata di prestatori di servizi (*limited network*) vincolati da un accordo commerciale con l'emittente (es. carte fedeltà, carte autostradali, carte emesse da grandi magazzini, ecc.);

b) strumenti che possono essere utilizzati per acquistare una gamma molto limitata di beni o servizi (laddove la novità è costituita dall'inserimento dell'attributo «molto»): si pensi, ad es., alle carte trasporti, alle carte cinema, ai buoni pasto;

⁽³²⁾ Cfr. l'art. 2, comma 2°, lett. *b*), d.lgs. n. 11 del 2010 che attua l'art. 3, lett. *b*), dir. 2015/2366/UE.

⁽³³⁾ Coerente con tale presupposto di fondo è altresì l'art. 3, lett. *a*), dir. 2015/2366/UE, in base al quale detta direttiva non si applica «alle operazioni di pagamento effettuate esclusivamente in contante direttamente dal pagatore al beneficiario, senza alcuna intermediazione». Per la stessa ragione sono esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva i servizi di rimessa di denaro e quelli c.d. di *cash back* (quei servizi, cioè, «in cui il beneficiario fornisce contante al pagatore nel contesto di un'operazione di pagamento, a seguito di una richiesta esplicita dell'utente immediatamente precedente l'esecuzione dell'operazione di pagamento destinata all'acquisto di beni o servizi»), anche, se, in quest'ultimo caso, la disciplina italiana – tradendo le mire di massima armonizzazione della direttiva – prevede che il Ministero dell'Economia e delle Finanze, sentita la Banca d'Italia, possa eventualmente prevedere dei limiti massimi per l'esenzione; cfr. art. 2, comma 2°, lett. *c*) e *e*), d.lgs. n. 11 del 2010.

⁽³⁴⁾ Cfr. il 13° e il 14° *considerando* della PSD2.

c) strumenti spendibili soltanto all'interno di uno Stato membro, forniti su richiesta di un'impresa o di un ente del settore pubblico e regolamentati da una autorità pubblica nazionale (o regionale) per specifici scopi sociali o fiscali per l'acquisto di beni o servizi specifici da fornitori aventi un accordo commerciale con l'emittente (ad esempio, carta del cittadino, carte relative ai servizi museali o culturali, ecc.) ⁽³⁵⁾.

In terzo luogo, è stata ben specificata (e delimitata) l'esenzione concernente i servizi offerti agli abbonati da un fornitore di reti o servizi di comunicazione elettronica (ad es., i gestori di telefonia mobile), in aggiunta a quest'ultimi, per l'acquisto di contenuti digitali (o servizi a tecnologia vocale), indipendentemente dal dispositivo utilizzato, con addebito sulla fattura relativa ai consueti servizi di comunicazione elettronica. Inoltre, a condizione che sia utilizzato un dispositivo elettronico, e pur sempre con addebito in fattura, sono parimenti esenti dall'ambito di applicazione della PSD2 le operazioni effettuate nel quadro di un'attività di beneficenza o per l'acquisto di biglietti, quest'ultimi soltanto – deve ritenersi – quando siano anch'essi elettronici ⁽³⁶⁾. Nondimeno, sussistono al riguardo due ulteriori condizioni fra loro cumulative:

i) il valore di ogni singola operazione di pagamento non deve superare gli euro 50;

ii) il valore complessivo delle operazioni di pagamento non deve superare, per un singolo abbonato, gli euro 300 mensili, anche allorquando l'abbonato prealimenti il proprio “conto” detenuto presso il suddetto fornitore ⁽³⁷⁾.

⁽³⁵⁾ Cfr. l'art. 2, comma 2°, lett. m), d.lgs. n. 11 del 2010 che attua l'art. 3, lett. k), dir. 2015/2366/UE. Per approfondimenti, anche esemplificativi, sugli strumenti di pagamento c.d. a spendibilità limitata, seppur con riferimento alla versione previgente della norma di legge, cfr. il Provvedimento della Banca d'Italia del 5 luglio 2011, *Attuazione del Titolo II del Decreto legislativo n. 11 del 27 gennaio 2010 relativo ai servizi di pagamento*, p. 13, § 2.2.6 (in *Bancaditalia.it*).

⁽³⁶⁾ Cfr. il 15° e il 16° *considerando* della PSD2.

⁽³⁷⁾ Cfr. l'art. 2, comma 2°, lett. n), d.lgs. n. 11 del 2010 che attua l'art. 3, lett. k), dir. 2015/2366/UE.

Infine, a differenza di quanto originariamente prospettato dalla Commissione ⁽³⁸⁾, è stata mantenuta l'esenzione relativa ai servizi di prelievo di contante offerti dai gestori di sportelli automatici indipendenti (c.d. *Independent ATM deployers*), sempre più diffusi in tutto il territorio dell'Unione europea, e così anche nelle principali e più popolate città italiane ⁽³⁹⁾. L'indipendenza consiste nel fatto che detti prestatori non sono parte del contratto quadro con il cliente; per di più, per poter beneficiare dell'esenzione, essi non devono fornire altri servizi di pagamento fra quelli elencati nell'allegato I della PSD2. Secondo la nuova formulazione dell'esenzione, tuttavia, i gestori degli sportelli devono comunque garantire all'utente le principali informazioni previste dalle norme sulla trasparenza, nonché l'applicazione della data valuta in conformità a quanto previsto dall'art. 59 dir. 2015/2366UE (cfr. art. 32-*quater* d.lgs. n. 11/10).

4. I DIVERSI MARGINI DI DEROGABILITÀ DELLA DISCIPLINA SUI DIRITTI E GLI OBBLIGHI DELLE PARTI SULLA BASE DELLA QUALIFICA

⁽³⁸⁾ Cfr. il 18° *considerando* della PSD2, chiarissimo circa le ragioni che hanno indotto a mantenere l'esenzione di cui si tratta, pur a fronte dell'imposizione di determinati obblighi di trasparenza: «La direttiva 2007/64/CE esclude dal suo ambito di applicazione i servizi di pagamento offerti da gestori di sportelli automatici per il prelievo di contante («ATM») indipendenti dalle banche o da altri prestatori di servizi di pagamento. Tale esclusione ha stimolato la crescita di servizi ATM indipendenti in molti Stati membri, soprattutto nelle zone meno popolate. Escludere completamente quella parte in rapida crescita del mercato degli ATM dall'ambito di applicazione della presente direttiva potrebbe tuttavia creare confusione circa le commissioni sui prelievi. In situazioni transfrontaliere ciò potrebbe sfociare in un doppio addebito per lo stesso prelievo sia da parte del prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto che del gestore dell'ATM. Di conseguenza, al fine di mantenere la prestazione di servizi ATM assicurando nel contempo la chiarezza circa le commissioni sui prelievi, è opportuno mantenere da un lato l'esclusione e, dall'altro, imporre agli operatori ATM di osservare specifiche disposizioni sulla trasparenza previste dalla presente direttiva».

⁽³⁹⁾ Cfr. l'art. 2, comma 2°, lett. g), d.lgs. n. 11 del 2010 che attua l'art. 3, lett. o), dir. 2015/2366/UE.

SOGGETTIVA DELL'UTENTE DI SERVIZI DI PAGAMENTO: CLIENTI-CONSUMATORI, MICROIMPRESE E PROFESSIONISTI DIVERSI DALLE MICROIMPRESE. RIDIMENSIONAMENTO DEL PROBLEMA RELATIVO ALLA DISCIPLINA APPLICABILE IN IPOTESI DI USO PROMISCUO DEL SERVIZIO DI PAGAMENTO.

La parte senz'altro di maggior rilievo privatistico della PSD2 è contenuta nei titoli III e IV, i quali, come più volte chiarito, dispongono norme rispettivamente in tema di trasparenza e di regolamento contrattuale (*rectius*: di diritti e obblighi delle parti con riguardo all'intero rapporto).

La natura spiccatamente privatistica di tale normativa, come s'è già avuto modo di accennare ⁽⁴⁰⁾, ha addirittura indotto autorevole dottrina a sostenere che essa «consolida la tendenza a sottrarre il diritto dei pagamenti alla disciplina specifica del diritto bancario e finanziario e ad affermarne la natura di disciplina generale di diritto privato» ⁽⁴¹⁾. Di talché, gli interrogativi che da siffatte conclusioni discendono sono molti e pregnanti: si pensi, fra le altre, alla questione – invero diffusa nel diritto privato europeo – che riguarda l'opportunità di considerare le norme dettate in materia di trasparenza alla stregua di regole di validità ovvero di condotta; così come – qualora si opti per la seconda alternativa – la questione circa l'idoneità di dette norme ad integrare gli estremi dell'illecito contrattuale.

La PSD2, invero, in piena continuità con la direttiva abrogata, si limita a risolvere l'interrogativo – pur fondamentale – inerente all'imperatività (o dispositività) delle discipline sopra richiamate, all'uopo differenziando sulla base della qualità soggettiva dell'utente, ovvero sia della controparte contrattuale

⁽⁴⁰⁾ Cfr., al riguardo, quanto ampiamente argomentato *supra*, cap. I, §1.

⁽⁴¹⁾ Così O. TROIANO, *La disciplina uniforme dei servizi di pagamento: aspetti critici e proposte ricostruttive*, in M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, cit., p. 14.

del prestatore di servizi di pagamento. Al riguardo, poi, occorre ulteriormente distinguere fra titolo III e titolo IV della PSD2, giacché l'approccio del legislatore dell'Unione risulta differente.

Difatti, per quanto concerne la disciplina della trasparenza e dei requisiti informativi, l'art. 38 dir. 2015/2366/UE, dopo aver chiarito che l'ambito d'applicazione del titolo III si estende alle operazioni di pagamento singole (*i.e.* ai contratti stipulati per l'esecuzione di operazioni di pagamento singole e alle operazioni medesime), nonché ai contratti quadro e alle operazioni da essi contemplate, dispone che tutte le norme ivi contenute, senza alcuna eccezione, sono derogabili interamente o parzialmente ad opera delle parti, purché l'utente non sia un consumatore ⁽⁴²⁾.

Il successivo par. 2 dell'art. 38, poi, lascia agli Stati membri la facoltà di equiparare, ai fini dell'applicazione della disciplina in analisi, le microimprese ai consumatori: l'opzione è stata esercitata dall'Italia – così come sotto il regime pregresso – all'interno dell'art. 126-*bis*, comma 3°, t.u.b., a mente del quale, in deroga all'art. 127, comma 1°, t.u.b. ⁽⁴³⁾, le parti possono accordarsi nel senso che le previsioni del capo II-*bis* non si applicano, interamente o parzialmente, se «l'utilizzatore di servizi di pagamento» (*i.e.* l'utente titolare del contrat-

⁽⁴²⁾ Cfr. il 53° *considerando* della PSD2: «Dato che i consumatori e le imprese non si trovano nella stessa posizione, non necessitano dello stesso livello di protezione. Mentre è importante garantire i diritti dei consumatori con disposizioni a cui non si può derogare per contratto, è ragionevole consentire alle imprese e alle organizzazioni di stabilire diversamente quando non hanno a che fare con i consumatori. Tuttavia, è opportuno che gli Stati membri possano stabilire che le microimprese (...) debbano essere trattate al pari dei consumatori. In ogni caso, è opportuno che alcune disposizioni di base della presente direttiva si applichino sempre, a prescindere dallo *status* dell'utente».

⁽⁴³⁾ Com'è noto, l'art. 127, comma 1°, t.u.b., collocato fra le regole generali relative al titolo VI del t.u.b., dispone che le norme ivi contenute sono derogabili soltanto in senso più favorevole al cliente, senza operare alcuna distinzione di carattere soggettivo.

to, non l'utilizzatore occasionale) non è un consumatore, né una microimpresa⁽⁴⁴⁾.

Invero, la direttiva sui servizi di pagamento nel mercato interno del 2007 fu il primo atto normativo comunitario a contemplare la possibilità per gli Stati membri di trattare in maniera analoga i consumatori alle microimprese, riservando a queste le medesime tutele predisposte per i primi⁽⁴⁵⁾. Trattasi, secondo autorevole dottrina, di una scelta motivata dalla presunzione assoluta di assenza, nelle microimprese, delle competenze e delle conoscenze necessarie per apprezzare e valutare, con la dovuta consapevolezza, i contenuti delle offerte dei servizi di pagamento⁽⁴⁶⁾, o addirittura di una «inettitudine alla trattativa privata»⁽⁴⁷⁾.

Si coglie anche occasione per segnalare che, secondo un indirizzo interpretativo⁽⁴⁸⁾, l'esplicita previsione ad opera del legislatore europeo della possibilità per gli Stati membri di offrire alle microimprese una tutela analoga a quella propria dei consumatori non si rendeva, a ben vedere, necessaria. Per tale orientamento, nello specifico, «nulla impedisce [...] al singolo legislatore na-

⁽⁴⁴⁾ La disposizione specifica, altresì, che, in ogni caso, rimangono ferme le norme del reg. UE 2017/751 che, come tali, si confermano quali interamente indisponibili alle parti. Si ricordi, peraltro, che l'ambito di applicazione dello stesso *Interchange Fees Regulation* è limitato alle commissioni interbancarie multilaterali applicate alle operazioni di pagamento basate su carte ad uso dei consumatori (al riguardo v. anche *supra*, cap. I, §1, nt. 10).

⁽⁴⁵⁾ Sul punto, cfr. G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette e «microimprese»*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 5, il quale elabora altresì un interessante prospetto diacronico della legislazione dell'Unione europea in tema di equiparazione fra consumatori e microimprese ai fini dell'applicazione di misure normative di tutela del contraente debole.

⁽⁴⁶⁾ In tal senso, v. S. PAGLIANTINI, *Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, p. 435.

⁽⁴⁷⁾ Il riferimento è, ancora, a G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette e «microimprese»*, cit., p. 5, nt. 7.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Le regole contrattuali*, in M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della Direttiva 2007/64/CE*, cit., p. 96 ss.

zionale in sede di recepimento di ampliare lo spettro delle norme inderogabili per tutti (purché in coerenza con le finalità delle singole disposizioni): ché ciò non contrasta con la scelta del legislatore comunitario dell'armonizzazione piena, poiché l'uniformità di regole non può basarsi su norme derogabili».

L'opinione, invero, non appare condivisibile, giacché un'estensione soggettiva della previsione di derogabilità – al pari di una contrazione –, si porrebbe in aperto contrasto con le mire di massima armonizzazione perseguite dal legislatore dell'Unione europea. Da tale denegata conclusione, infatti, a fronte delle innumerevoli distinzioni soggettive che in astratto potrebbero operarsi, deriverebbe una inaccettabile asimmetria fra le normative interne agli Stati membri ed una conseguente più difficile conoscibilità delle medesime ad opera dei prestatori potenzialmente interessati ad operare nel mercato. In definitiva, laddove è disposta la massima armonizzazione delle legislazioni, non è dato in alcun modo accontentarsi di un mero ravvicinamento.

Orbene, tanto premesso – lasciando alle spalle la digressione relativa alle microimprese –, occorre notare, però, che se, da un lato, il summenzionato art. 38 dir. 2015/2366/UE lascia chiaramente trasparire la derogabilità sia *in peius* che *in melius* della normativa contenuta nel titolo III allorquando l'utente sia un professionista (eventualmente) diverso da una microimpresa, dall'altro lato, invero, esso non esplicita alcunché circa la derogabilità in senso favorevole al consumatore; derogabilità che, tuttavia, oltre a dover essere affermata in chiave teleologica, discende *a fortiori* dal paradosso, nonché dalla discriminazione inversa e indebita, che discenderebbero dalla poc'anzi asserita derogabilità in favore dei professionisti.

Venendo, ora, al titolo IV della PSD2 sui diritti e gli obblighi delle parti, si registra, in proposito, un approccio del legislatore del tutto opposto rispetto a quello illustrato con riferimento al titolo III, quantomeno sul piano della tecnica legislativa. Infatti, esso dispone che «Se l'utente di servizi di pagamento non è un consumatore, l'utente di servizi di pagamento e il prestatore di servizi di pagamento possono convenire che l'articolo 62, paragrafo 1, l'articolo

64, paragrafo 3, gli articoli 72, 74, 76, 77, 80 e 89 non siano in tutto o in parte applicati. L'utente di servizi di pagamento e il prestatore di servizi di pagamento possono altresì concordare un termine diverso da quello di cui all'articolo 71»⁽⁴⁹⁾. Il che è come dire che tutte le norme contenute nel titolo IV sono inderogabili *in peius* – ma non *in melius*, per le stesse ragioni anzi dette – a prescindere dalla qualificazione soggettiva del cliente, ad eccezione di talune norme per le quali è ammessa che la dispensa o la deroga contrattuale in senso sfavorevole all'utente professionista (eventualmente) diverso dalla microimpresa.

Le disposizioni annoverate fra le eccezioni – corrispondenti, peraltro, a quelle della direttiva abrogata –, lungi dall'aver carattere accessorio, costituiscono, in verità alcune fra le norme più importanti dell'intero titolo IV: fra queste, ad esempio, figurano quelle sulla prova dell'autenticazione del cliente e dell'avvenuta esecuzione delle operazioni di pagamento, sulla responsabilità del pagatore per le operazioni di pagamento non autorizzate, nonché sulle condizioni per il diritto al rimborso per operazioni di addebito diretto e sui termini di irrevocabilità dell'ordine di pagamento; figura, infine, l'intero art. 89, relativo alla responsabilità dei prestatori per l'inadempimento o il ritardo nell'esecuzione delle operazioni di pagamento.

Stando così le cose, e volgendo lo sguardo cumulativamente al regime di derogabilità e del titolo III e del titolo IV della PSD2, pare eccessivo, o quantomeno troppo audace, ravvedere *in subiecta materia* un mutamento direzionale di tutela dal consumatore al cliente (o all'utente)⁽⁵⁰⁾. Rimane, però, senz'altro assodato, che, in fatto di servizi di pagamento – e non avrebbe potuto essere altrimenti per la portata economicamente sistemica della materia – la tutela del

⁽⁴⁹⁾ Per la trasposizione italiana, v. l'art. 2, comma 4°, lett. b) e c), d.lgs. n. 11 del 2010.

⁽⁵⁰⁾ *Contra*, invece, V. ROPPO, *L'utenza dei servizi di pagamento: consumatori? Professionisti? Clienti?*, in M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della Direttiva 2007/64/CE*, cit., p. 287 ss.

consumatore si colloca in secondo piano rispetto all'evidente intento del legislatore di costruire una “*regulatory framework*” uniforme nella quale si collocano, quali attori e interlocutori, il prestatore di servizi di pagamento e l'utente, quest'ultimo in principio affrancato da ogni qualificazione di carattere soggettivo ⁽⁵¹⁾.

Quanto alle conseguenze della violazione del divieto di deroga in senso sfavorevole al consumatore o alla microimpresa, va detto che il d.lgs. n. 218 del 2017 non fornisce al riguardo nessuna risposta esplicita ⁽⁵²⁾.

Invero, qualora la deroga abbia ad oggetto una qualsiasi disposizione contenuta nel capo II-*bis* del titolo VI del t.u.b., la risposta al prospettato interrogativo è data in maniera inequivoca dall'art. 127, commi 1° e 2°, t.u.b., il quale, dopo aver chiarito che le norme contenute nel citato titolo VI del t.u.b. sono derogabili solo in senso più favorevole al cliente – allorché quest'ultimo sia un consumatore o una microimpresa, in virtù del combinato disposto con l'art. 126-*bis*, comma 3°, t.u.b. –, stabilisce che le nullità previste dal medesimo titolo operano soltanto a vantaggio del cliente (consumatore o microimpresa) e possono essere rilevate d'ufficio dal giudice, secondo i caratteri tipici della nullità di protezione.

Invece, allorché la modifica riguardi la disciplina sui diritti e gli obblighi delle parti trasfusa nel titolo II del d.lgs. n. 11 del 2010, il discorso si complica, giacché – come si è poc'anzi chiarito – essa comprende un gruppo di norme inderogabili per tutti i clienti, a prescindere dalla loro qualifica sogget-

⁽⁵¹⁾ Secondo altra opinione, invece, «sembra opportuno rilevare [...] come la direttiva in discorso [il riferimento qui è alla prima PSD, *nda.*], sia pur timidamente, appaia andare oltre la ben nota e radicata tendenza “consumeristica” del legislatore comunitario, inserendosi invece nel filone degli interventi a protezione, più in generale, del contraente debole» (così A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Le regole contrattuali*, cit., p. 97).

⁽⁵²⁾ Giova soltanto esplicitare che il divieto di deroga in senso sfavorevole all'utente consumatore o microimpresa non opera soltanto allorché il contratto sia stipulato mediante moduli (anche telematici) standardizzati, ma anche quando sia il frutto di una eventuale – quanto rara – trattativa individualizzata.

tiva, ed un gruppo di norme inderogabili soltanto se il contratto per la prestazione di servizi di pagamento è stipulato da un consumatore o da una microimpresa (art. 2, comma 4°, lett. *b*) e *c*), d.lgs. n. 11 del 2010) ⁽⁵³⁾. L'equiparazione della microimpresa al consumatore, in particolare, è disposta dall'art. 2, comma 4°, lett. *c*), d.lgs. n. 11 del 2010, il quale sancisce che le microimprese, la cui definizione è contenuta nell'art. 1, comma 1°, lett. *t*) del medesimo decreto ⁽⁵⁴⁾, «sono equiparate ai consumatori», con la precisazione, tuttavia, che in quest'ipotesi, le parti possono accordarsi nel senso che gli artt. 13, 14 e 17, comma 3°, non trovino in tutto o in parte applicazione ⁽⁵⁵⁾.

Ebbene, per evidenti ragioni di carattere sistematico, quando la deroga operi in senso sfavorevole ai clienti “deboli”, è ragionevole ritenere che la conseguenza si costituisca dalla nullità di protezione, come tale operante a solo vantaggio del consumatore (o della microimpresa) e rilevabile d'ufficio dal giudice. Quando, invece, la deroga in senso sfavorevole sia contenuta in un contratto stipulato da un utente di servizi di pagamento qualificabile come professionista

⁽⁵³⁾ Invero, dal dettato dell'art. 2, comma 4°, lett. *b*), d.lgs. n. 11 del 2010 non è nemmeno chiaro se sia consentita una generale facoltà di deroga *in melius*, difettando una esplicita previsione equivalente a quella dell'art. 127, comma 1°, t.u.b. Tuttavia, non v'è ragione per ritenere esclusa detta facoltà, giacché, fra le altre ragioni, collocandosi a livello del singolo rapporto contrattuale, non compromette l'obiettivo di massima armonizzazione della direttiva e, anzi, pare pienamente conforme allo spirito di questa, orientato alla tutela della controparte del prestatore di servizi di pagamento.

⁽⁵⁴⁾ La microimpresa è ivi definita come l'impresa che, al momento della conclusione del contratto per la prestazione di servizi di pagamento, è un'impresa che possiede i requisiti previsti dalla raccomandazione 2003/361/CE della Commissione, vigente alla data di entrata in vigore del presente decreto, ovvero possiede i requisiti individuati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze attuativo delle misure adottate dalla Commissione europea ai sensi dell'articolo 104, lettera *a*), dir. 2015/2366/UE.

⁽⁵⁵⁾ Trattasi, rispettivamente, delle norme relative al diritto al rimborso in capo al pagatore al ricorrere di operazioni di pagamento *autorizzate* disposte dal beneficiario (o per il suo tramite) e della norma disponente i limiti al potere di revoca (del consenso) in capo al pagatore al ricorrere di un'operazione di addebito diretto.

diverso da una microimpresa, non è chiaro se una siffatta violazione debba essere assoggettata al regime delle nullità di protezione, oppure se – come appare preferibile – al regime generale delle nullità di diritto comune, pur sempre comprensivo del meccanismo della nullità relativa con sostituzione automatica di clausola di cui agli artt. 1419, comma 2°, e 1339 c.c.

La risposta, invero, va data non solo (e non tanto) a seguito dell'individuazione dell'interesse protetto (diffuso o particolare) ma anche – e soprattutto – sulla base di una interpretazione conforme al diritto dell'Unione e, nella specie, alla PSD2, la quale, benché individui un nucleo duro di norme comunque inderogabili, non colloca mai sullo stesso piano i consumatori (o le microimprese) e i professionisti, dovendo quest'ultimi essere per quanto più possibile parificati, in termini di posizione contrattuale, alla controparte prestatrice⁽⁵⁶⁾.

V'è infine da domandarsi se, ove consentita, la modifica in senso sfavorevole al professionista sia suscettibile di essere considerata, per il sol fatto della deroga, una clausola onerosa ai sensi degli artt. 1341, comma 2° e 1342, comma 2°, c.c., con conseguente onere per il prestatore di richiedere al cliente la specifica approvazione per iscritto. A rigore, al quesito va data risposta negativa, dal momento che il controllo sull'onerosità prescritto dalle citate disposizioni va effettuato in concreto, anche se, verosimilmente, paiono destinate ad essere ricomprese nel regime c.d. della “doppia firma” tutte le modifiche che incidano sul regime di responsabilità del prestatore per l'esecuzione di operazioni non autorizzate, nonché per l'inattuazione o l'inesatta attuazione di un ordine di pagamento.

Va, infine, rilevato che la (pressoché totale) equiparazione delle microimprese ai consumatori ai fini della (in)derogabilità della disciplina sui diritti e gli obblighi delle parti ridimensiona notevolmente – praticamente esclu-

⁽⁵⁶⁾ Chiaro, in proposito, è il 53° *considerando* della PSD2, laddove stabilisce che «i consumatori e le imprese non si trovano nella stessa posizione [e, dunque] non necessitano dello stesso livello di protezione».

dendolo – il problema relativo all’uso promiscuo dei servizi di pagamento. Il riferimento, cioè, è alle ipotesi in cui una persona fisica, dopo aver stipulato un contratto di prestazione di servizi di pagamento (in particolare un contratto di apertura di un conto di pagamento, o un contratto di emissione di uno strumento basato su carta, oppure ancora un contratto di prestazione di servizi di disposizione di ordini), si avvalga del servizio “acquistato” assumendo, in concreto, talora la veste di consumatore (allorché, ad esempio, disponga un ordine di bonifico per adempiere all’obbligazione di prezzo in una vendita di beni di consumo) e talaltra la veste di professionista (allorquando, ad esempio, disponga il summenzionato bonifico nell’ambito di un rapporto obbligatorio sorto in virtù di una collaborazione professionale).

Ove fosse di concreta rilevanza, il problema indirizzato, a ben vedere, non sarebbe di facile soluzione, almeno con riguardo alle regole relative alla esecuzione di un’operazione di pagamento in adempimento di un ordine impartito dall’utente.

Se, infatti, la questione pare di minor gravità con riguardo alle disposizioni sull’autorizzazione delle operazioni e sulla responsabilità in caso di mancata prestazione del consenso – giacché, in tale ipotesi, dovrebbe sempre rilevare la veste soggettiva con la quale l’utente ha stipulato il contratto –, con riguardo alle disposizioni sull’esecuzione delle operazioni di pagamento, laddove l’utente potrebbe, a seconda dei casi, agire in qualità di consumatore o in qualità di professionista, la risoluzione del quesito necessiterebbe di una presa di posizione sulla prevalenza della veste assunta dalla persona fisica al tempo della stipulazione del contratto, oppure, al contrario, sulla prevalenza della qualità soggettiva assunta dall’utente al tempo dell’emissione del negozio ordinatorio ⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁷⁾ La questione, evidentemente, avrebbe rilievo soltanto nell’ipotesi di operazioni poste in essere nell’ambito di un contratto-quadro, e non al ricorrere di operazioni di pagamento singole.

In particolare, la prima delle indicate soluzioni sarebbe fermamente da preferire, e ciò sia per evidenti ragioni di certezza e prevedibilità delle norme applicabili al rapporto, sia per una ragione di stampo più marcatamente formale. Infatti, prendere posizione in ordine al momento rilevante per la definizione della qualità soggettiva dell'utente di servizi di pagamento significa, in fondo, decidere sulla derogabilità o meno delle disposizioni dettate per l'esecuzione dell'operazione di trasferimento di fondi; il che, a sua volta, significa decidere della validità di una clausola pattizia, valutazione che tipicamente si colloca nel (*rectius*: che va svolta con riferimento al) momento genetico del contratto-quadro.

5. *CONSENSO, AUTORIZZAZIONE, AUTENTICAZIONE: FRA INDETERMINATEZZA SEMANTICA E PORTATA NORMATIVA DEI PRESUPPOSTI. L'IMPOSTAZIONE DEL PROBLEMA.*

Definito l'ambito di applicazione territoriale e materiale della disciplina oggetto dell'indagine – segnatamente quella di cui al titolo II del d.lgs. n. 11 del 2010 relativa ai diritti e agli obblighi delle parti che abbiano stipulato un contratto di pagamento – deve ora essere affrontato *ex professo* il tema relativo alla autorizzazione delle operazioni di pagamento, giacché, come anticipato in apertura del capitolo, dal discrimine fra operazione di pagamento autorizzata e operazione di pagamento non autorizzata dipende integralmente l'applicazione del particolare regime di «responsabilità» dettato, fra gli altri, dagli artt. 11 e 12 d.lgs. n. 11 del 2010.

Da una sommaria lettura dell'articolato normativo recato dal capo II del titolo II del d.lgs. n. 11 del 2010, rubricato «Autorizzazione di operazioni di pagamento», emerge – se non altro, così appare a chi scrive – che l'intera disciplina ivi contenuta poggia su tre termini (o concetti), molto ricorrenti: «consenso», «autorizzazione» e «autenticazione».

In generale, com'è stato unanimemente constatato in dottrina ⁽⁵⁸⁾, la terminologia adoperata dal legislatore – tanto quello dell'Unione, quanto, di riflesso, quello nazionale in sede di recepimento – sconta un elevato grado di indeterminatezza, e così, specialmente con riferimento ai tre termini poc'anzi menzionati, la difficoltà per l'interprete nell'individuare la portata semantica delle parole si traduce inevitabilmente in una maggiore difficoltà nel definire la portata normativa dei presupposti delle fattispecie e dei rimedi, concretizzandosi finanche il rischio che, proprio in ragione di tale asperità ermeneutica, si possa cedere alla tentazione di obliterare il dato positivo.

Per verità, stante l'esigenza di apportare ordine alla disciplina, deve sin da subito evidenziarsi che dei tre termini presi in considerazione – «consenso», «autorizzazione» e «autenticazione» – soltanto i primi due, come anche si vedrà più diffusamente nel prosieguo, integrano i presupposti che devono necessariamente sussistere affinché un'operazione di pagamento possa considerarsi autorizzata.

L'autenticazione del pagatore, invece, lungi dal costituire un requisito nei termini chiariti, costituisce al più uno *standard* di garanzia che consente al prestatore di servizi di pagamento di accertare con maggiore sicurezza che

⁽⁵⁸⁾ Cfr., *ex plurimis*, O. TROIANO - V.V. CUOCCI, *sub* art. 5 d.lgs. n. 11 del 2010, in M. MANCINI - M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento. Commentario al d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11*, cit., p. 87 ss.; O. TROIANO, voce *Contratto di pagamento*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, p. 396 ss.; ID., *Contratti di pagamento e disciplina privatistica comunitaria (proposte ricostruttive con particolare riferimento al linguaggio ed alle generalizzazioni legislative)*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2009, I, p. 543 ss.; ID., *La disciplina uniforme dei servizi di pagamento: aspetti critici e proposte ricostruttive*, cit., p. 9 ss.; ID., *La nuova disciplina privatistica comunitaria dei servizi di pagamento: realizzazioni e problemi della Single Euro Payments Area (SEPA)*, in M. MANCINI - M. PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 63 - dicembre 2008, p. 45 ss. (in *Bancaditalia.it*); V. SANTORO, *I servizi di pagamento*, in *IANUS*, VI, 2012, p. 1 ss.

l'istruzione impartitagli provenga dall'«utente legittimo»⁽⁵⁹⁾, ovvero sia dall'effettivo titolare delle credenziali e dei dispositivi utilizzati nell'ambito di una transazione. La «autenticazione» è, infatti, definita dall'art. 1, comma 1°, lett. q), d.lgs. n. 11 del 2010 come «la procedura che consente al prestatore di servizi di pagamento di verificare l'identità di un utente di servizi di pagamento o la validità dell'uso di uno specifico strumento di pagamento, incluse le relative credenziali di sicurezza personalizzate fornite dal prestatore»⁽⁶⁰⁾.

Dall'affermata estraneità della procedura di autenticazione fra i presupposti della fattispecie discende che un'operazione di pagamento ben potrebbe essere autorizzata (*i.e.* potrebbe essere stata avviata in conformità al consenso dell'utente-pagatore) anche laddove non siano state strettamente rispettate le norme sulla autenticazione, o laddove, addirittura, nessuna autenticazione del pagatore sia stata richiesta. Ciò accade, precisamente, quando l'istruzione di pagamento sia stata effettivamente emanata dall'«utente legittimo», ancorché la sua legittimazione non sia stata oggetto di una verifica rispettosa dei canoni di legge, o addirittura non sia stata oggetto di verifica alcuna.

Eppure l'autenticazione del cliente – in particolare, l'autenticazione «forte» – gioca un ruolo considerevole *in subiecta materia*, specialmente nell'ambito della ripartizione delle perdite subite del pagatore a causa dell'esecuzione di un'operazione da lui non autorizzata, giacché, salvo che non abbia agito con intento fraudolento, egli «non sopporta alcuna perdita se il prestatore di servizi di pagamento non esige un'autenticazione forte del cliente» (art. 12, comma 2°-bis, 1° per., d.lgs. n. 11 del 2010). Tuttavia, tale regola pre-

⁽⁵⁹⁾ L'espressione «utente legittimo» è utilizzato nel 1° *considerando* del reg. dlq. (UE) n. 389/2018: «La procedura di autenticazione dovrebbe [...] garantire che l'utente dei servizi di pagamento sia l'utente legittimo, che pertanto acconsente al trasferimento di fondi e all'accesso alle informazioni sul suo conto attraverso un utilizzo normale delle credenziali di sicurezza personalizzate».

⁽⁶⁰⁾ V. anche, in termini equipollenti, l'art. 4, n. 29, dir. 2015/2366/UE.

suppone che l'operazione di pagamento fosse non autorizzata e, infatti, rimane in ogni caso ferma la possibilità per il PSP di «dimostrare, anche in un momento successivo, che l'operazione di pagamento era stata autorizzata» (art. 11, comma 3°, d.lgs. cit.) ⁽⁶¹⁾.

In definitiva, rimane dimostrato che l'autenticazione rileva nella eventuale fase patologica del rapporto fra pagatore e prestatore, e non nel momento “genetico” dell'operazione di movimentazione dei fondi ⁽⁶²⁾.

Acclarata, dunque, l'estraneità della autenticazione rispetto ai presupposti sussistenti i quali un'operazione di pagamento può considerarsi autorizzata, devesi ora prendere in analisi il rapporto fra i due restanti termini (o concetti) sopra menzionati, ovverosia «consenso» e «autorizzazione».

Essi, a ben vedere, sono fra loro legati a doppio filo dal disposto dell'art. 5, comma 1°, d.lgs. n. 11 del 2010, il cui testo conviene ora riportare integralmente perché da esso muove il ragionamento proposto: «Il consenso del pagatore è un elemento necessario per la corretta esecuzione di un'operazione di pagamento. In assenza del consenso, un'operazione di pagamento non può considerarsi autorizzata» ⁽⁶³⁾.

⁽⁶¹⁾ Per quanto sia notevolmente più arduo, qualora il PSP riesca comunque a dimostrare che l'operazione era stata autorizzata anche in assenza di autenticazione, egli «ha il diritto di chiedere direttamente all'utente e ottenere da quest'ultimo la restituzione dell'importo rimborsato».

⁽⁶²⁾ A ben vedere, che l'adozione, da parte del prestatore, della procedura di legge per l'autenticazione del cliente non costituisca un presupposto per considerare autorizzata un'operazione di pagamento risulta *a fortiori* dalla circostanza in base alla quale, a rigore, una transazione potrebbe considerarsi autorizzata anche in assenza di un consenso originario del pagatore, purché quest'ultimo successivamente proceda alla ratifica della medesima (arg. ex art. 5, comma 3°, d.lgs. n. 11 del 2010).

⁽⁶³⁾ La norma citata dà attuazione all'art. 64, par. 1, 1° per., dir. 2015/2366/UE, il quale dispone, infatti, che gli Stati membri «assicurano che un'operazione di pagamento sia considerata autorizzata solo se il pagatore ha prestato il suo consenso ad eseguire l'operazione di pagamento».

Ebbene, va osservato come tale disposizione stabilisca un legame biunivoco fra i concetti di «consenso» e di «autorizzazione», e altresì come il suo tenore testuale ne suggerisca una lettura circolare, la quale potrebbe essere compendiata nei termini seguenti: dove c'è consenso, allora c'è autorizzazione; dove non c'è consenso, allora non c'è autorizzazione.

Detto con parole più esplicite, l'impressione è che l'art. 5, comma 1°, cit. si limiti a stabilire che laddove l'operazione di pagamento sia stata eseguita sulla base del consenso del pagatore – consenso che, come s'avrà modo di specificare, non deve necessariamente essere dato preventivamente –, di conseguenza non si potrà applicare la disciplina dichiaratamente – e, anzi, verrebbe da dire *nominalmente* – dedicata alle operazioni non autorizzate; all'opposto, laddove l'esecuzione dell'operazione non sia avvenuta sulla base del consenso del pagatore, allora troverà applicazione la disciplina sulle operazioni di pagamento non autorizzate ⁽⁶⁴⁾.

Sulla scorta di tale lettura – suggerita dal dato testuale –, parrebbe doversi concludere nel senso che il concetto di «autorizzazione», nell'economia dell'art. 5, comma 1°, cit., non ha una sua autonoma rilevanza normativa, rivestendo il medesimo un ruolo del tutto servile rispetto al termine «consenso». Due sono i corollari che discendono da una siffatta soluzione:

i) il riferimento al concetto di «autorizzazione» nell'art. 5, comma 1°, d.lgs. n. 11 del 2010 funge esclusivamente come *trait d'union* fra tale disposi-

⁽⁶⁴⁾ Cfr. O. TROIANO - V.V. CUOCCL, *sub* art. 5 d.lgs. n. 11 del 2010, cit., p. 87: «L'art. 5, che apre la disciplina degli ordini non autorizzati, conferma lo scarso tasso di tecnicità giuridica già rilevato con riferimento alla PSD. Carenze riproposte, in sede di recepimento, dal legislatore italiano, che non si è curato». Gli A., altresì, opportunamente rilevano (nt. 10) che i legislatori – comunitario e nazionale –, con la citata disposizione, mostrano di confondere il piano dell'adempimento («corretta esecuzione» dell'operazione di pagamento) con il piano, ben diverso, dell'autorizzazione dell'operazione, che rileva ai fini della disciplina sui rimborsi di cui agli artt. 11 e 12 d.lgs. n. 11 del 2010.

zione e la disciplina sulla ripartizione delle perdite in ipotesi di operazioni di pagamento non autorizzate di cui ai successivi artt. 11 e 12 ⁽⁶⁵⁾;

ii) l'autorizzazione non assurge a presupposto per la stabile emanazione dell'ordine di avvio dell'operazione di pagamento e nemmeno, quindi, per l'applicazione o meno della disciplina sulle operazioni di pagamento non autorizzate: l'unico presupposto è il «consenso» del pagatore.

Allo scopo di verificare l'attendibilità delle conclusioni suggerite dal dato testuale, occorre effettuare un riscontro incrociato con la complessiva impostazione della normativa di recepimento della dir. 2015/2366/UE, nel cui contesto s'inserisce la presente riflessione. Occorre, cioè “calare” le nozioni di «consenso» e «autorizzazione» nei due schemi di trasferimento (*credit transfers*) e di riscossione di fondi (*debit transfers*), onde appurare se le corrispondenti traduzioni procedurali – vale a dire, rispettivamente, il negozio ordinatorio e il negozio autorizzativo – vi trovino o meno cittadinanza.

Va, però, avvertito che l'analisi sarà condotta appellandosi alle accezioni tecniche e ristrette di «negozio ordinatorio» e di «negozio autorizzativo», giacché – si crede – solo un approccio rigoroso può condurre a risultati soddisfacenti e capaci di portare ordine, soprattutto a fronte di una disciplina che, soprattutto sul piano semantico, è tutt'altro che inflessibile.

Così, per «negozio ordinatorio» (o «istruzione dispositiva») si intenderà la manifestazione di volontà emessa dall'utente – pagatore o beneficiario, a seconda dei casi – e diretta al proprio prestatore di servizi di pagamento per far sì che questi sia tenuto ad attivare e a gestire una procedura di trasferimento o di riscossione di fondi.

Con l'espressione «negozio autorizzativo», invece, si intenderà propriamente quella figura, per molto tempo controversa nella dogmatica civilistica,

⁽⁶⁵⁾ Sicché, se così fosse, il legislatore meglio avrebbe fatto ad utilizzare un'espressione quale «responsabilità per le operazioni di pagamento eseguite senza il consenso del pagatore», anziché «responsabilità per le operazioni di pagamento non autorizzate»: in tal maniera, avrebbe scongiurato il disordine normativo che si sta tentando di dipanare.

che va sotto il nome di «autorizzazione con rilevanza esterna» (o «autorizzazione costitutiva») ⁽⁶⁶⁾, ovverosia la manifestazione di volontà dell'autorizzante che determina il sorgere di una situazione giuridica soggettiva in capo all'autorizzato in virtù della quale quest'ultimo è facultato a disporre in nome proprio di un diritto dell'autorizzante nel rapporto con un terzo per la realizzazione di un interesse proprio e/o dell'autorizzante ⁽⁶⁷⁾.

6. *NEGOZIO ORDINATORIO E NEGOZIO AUTORIZZATIVO (IN SENSO TECNICO) AL VAGLIO DELLE PROCEDURE ELETTRONICHE DI PAGAMENTO: A) LE OPERAZIONI DI CREDIT TRANSFER, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLE OPERAZIONI DI BONIFICO. CRITICA ALLA TESI CHE NEGA LA NATURA NEGOZIALE DELL'ORDINE DI PAGAMENTO (E DELL'AUTORIZZAZIONE);*

⁽⁶⁶⁾ Sull'autonoma configurazione, anche nel diritto civile italiano, di un negozio autorizzativo con efficacia legittimante, cfr., *ex plurimis*, V. FARINA, *L'autorizzazione a disporre nel diritto civile italiano*, Napoli, 2001, p. 14 ss.; A. AURICCHIO, voce *Autorizzazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 502 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2019, p. 56 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 266 ss.; A. NATTINI, *Il negozio autorizzativo*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, I, p. 485 ss. Particolarmente apprezzabile è la definizione che, in generale di «autorizzazione» dà L. CARRARO, voce *Autorizzazione (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, I², Torino, 1958, p. 1577 ss.: «Autorizzazione [...], in senso ampio, è l'atto con cui un soggetto attribuisce ad altri la facoltà di intromettersi nella sua sfera giuridica. In questa nozione rientra sia l'autorizzazione a svolgere un'attività materiale sulla cosa dell'autorizzante (passaggio attraverso il fondo, raccolta di frutti, ecc.), sia l'autorizzazione a svolgere attività giuridica con effetti sulla sfera dell'autorizzante [...]. Autorizzazione in senso stretto è l'atto in virtù del quale l'autorizzato acquista il potere di disporre in nome proprio di un diritto dell'autorizzante».

⁽⁶⁷⁾ Va, tuttavia, ricordato che, a fronte della genericità con cui è definito l'«ordine di pagamento» dall'art. 1, comma 1°, lett. o), d.lgs. n. 11 del 2010 – («qualsiasi istruzione data da un pagatore o da un beneficiario al proprio prestatore di servizi di pagamento con la quale viene chiesta l'esecuzione di un'operazione di pagamento» –, anche laddove si addivenisse al riconoscimento di una sua autonoma configurazione nelle procedure di movimentazioni di fondi, esso sarebbe inevitabilmente attratto in tale definizione (al riguardo, v. quanto già considerato *supra*, cap. II, §2.3).

Com'è stato a suo tempo chiarito, le operazioni di *credit transfers* – segnatamente le procedure di bonifico – si caratterizzano per essere avviate dal pagatore e, successivamente, per essere interamente gestite dai prestatori di servizi di pagamento coinvolti (o dall'unico prestatore, se comune a pagatore e a beneficiario) ⁽⁶⁸⁾. Dunque, in tale contesto, il beneficiario “subisce” l'accreditamento dell'importo della transazione senza che da parte sua sia richiesto il compimento di alcuna attività. Egli rimane immobile, se non nella misura in cui – ma questo è ovvio –, per poter ricevere l'accredito dei fondi, occorre che abbia previamente stipulato con un PSP il contratto di apertura e tenuta del conto di pagamento, senza il quale non potrebbe incassare i fondi rivoltigli.

Da ciò discende, dunque, che l'unico «consenso» richiesto nelle procedure di *credit transfer* è quello del pagatore, il quale, determinandosi in autonomia circa l'avvio o meno della procedura, non necessita di rilasciare autorizzazione alcuna. Sul piano procedurale, ciò significa che nelle procedure di *credit transfer* si registra l'emissione ad opera del pagatore del negozio ordinario ma non del negozio autorizzativo, al quale in questa sede, dunque, non va riconosciuta alcuna cittadinanza.

Inoltre, va precisato che, sebbene sin qui si sia fatto riferimento all'ordine di pagamento in termini di «negozio», la sua natura giuridica, così come la sua struttura, sono oggetto di opinioni dottrinali discordanti.

Secondo una recente opinione, infatti, la dimensione procedimentale dell'operazione di pagamento sarebbe di per sé in grado di sopprimere la natura negoziale dell'ordine di pagamento – così come, peraltro, dell'autorizzazione –, il quale dovrebbe più correttamente essere qualificato come atto meramente materiale o procedimentale ⁽⁶⁹⁾: in tale ordine di idee, dunque, il consenso

⁽⁶⁸⁾ V. *supra*, cap. II, §2.2.1 e §2.4.

⁽⁶⁹⁾ Cfr., in merito, V. DE STASIO, *Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta*, Milano, 2016, p. 109 ss., secondo il quale «la dimensione negoziale dell'ordine di pa-

dell'utente, lungi dal costituire una manifestazione di volontà, assumerebbe una essenza inedita per il diritto civile italiano, costituendo propriamente un «consenso procedimentalizzato».

Tale impostazione – è stato sostenuto ⁽⁷⁰⁾ – troverebbe conforto nel nuovo art. 64, par. 4, dir. 2015/2366/UE, il quale ha abrogato il corrispondente art. 54, par. 4, dir. 2007/64/CE. Mentre la disposizione da ultimo citata, cioè, circoscriveva all'accordo fra pagatore e rispettivo PSP la definizione della procedura per la manifestazione (*rectius*: dazione) del consenso («La procedura per dare il consenso è concordata tra il pagatore e il prestatore dei servizi di pagamento»), la nuova formulazione, invece, amplia i soggetti che sono abilitati a prendere parte a tale accordo per la definizione della prestazione del consenso del pagatore («La procedura per dare il consenso è concordata tra il pagatore e il prestatore o i prestatori di servizi di pagamento interessati»).

L'argomento, tuttavia, non pare cogliere nel segno, giacché l'allargamento dei soggetti che concorrono alla definizione dei modi con cui deve essere prestato il consenso (o l'autorizzazione, come si vedrà) ad opera del pagatore trova sufficiente giustificazione nella circostanza per cui il principale apporto innovativo della PSD2 risiede proprio nell'ampliamento del novero dei soggetti partecipanti in senso lato alla procedura di movimentazione del denaro scritturale, primi fra tutti i prestatori di servizi di disposizione di ordine di pagamento, ma anche i terzi emittenti di carte di debito ⁽⁷¹⁾. Ed è oltremodo evidente come tali soggetti-prestatori – secondo una logica molto simile a quella

gamento resta intatta [soltanto] nelle operazioni di pagamento disposte “in presenza”», mentre nelle operazioni disposte a distanza, o comunque disposte mediante uno strumento di pagamento, «il rispetto delle procedure di per sé oblitera la dimensione negoziale dell'ordine di pagamento o dell'autorizzazione dell'operazione di pagamento e consente di dare avvio al trasferimento dei fondi senza necessità di verificare se in concreto l'intento negoziale del pagatore fosse conforme alle risultanze delle procedure dello strumento di pagamento e della sua autenticazione».

⁽⁷⁰⁾ Il riferimento è sempre a V. DE STASIO, *op. loc. ult cit.*

⁽⁷¹⁾ V. *supra*, cap. II, §1.

dell'adagio rivoluzionario «*no taxation without representation*» – abbiano tutto l'interesse a che siano stabilite regole *condivise* in merito alla procedura che consente di acquisire il consenso del pagatore, potendo essere altrettanto *condivisa* la sopportazione delle perdite conseguenti all'esecuzione di un'operazione non autorizzata. Più in generale, poi, non si vede come la *quantità* di soggetti che partecipano alla definizione di un determinato assetto regolamentare possa incidere sulla natura dell'istruzione che si impartisce per il tramite della procedura concordata.

L'argomento prospettato, in verità, non è l'unico addotto a sostegno della tesi che nega la negozialità dell'ordine di pagamento. Infatti – s'è sostenuto –, il dato che farebbe definitivamente propendere per la natura puramente materiale dell'ordine di pagamento risiederebbe nella previsione di cui all'art. 12, comma 3°, d.lgs. n. 11 del 2010, la quale stabilisce che, salvo ipotesi dipendenti da dolo o colpa grave, «il pagatore può sopportare, per un importo comunque non superiore a euro 50, la perdita relativa a operazioni di pagamento non autorizzate derivanti dall'utilizzo indebito dello strumento di pagamento conseguente al suo furto, smarrimento o appropriazione indebita».

In particolare, secondo l'opinione in analisi, la regola per la quale il pagatore è chiamato a partecipare, seppure per una piccola porzione, alle perdite che siano derivate dall'esecuzione di un'operazione *sine consensu* sarebbe ontologicamente incompatibile con la natura negoziale dell'istruzione, giacché se così fosse – si sostiene – l'ordine di pagamento emanato da un terzo «non abilitato» dovrebbe considerarsi «inesistente» relativamente al pagatore e questi non dovrebbe subire alcuna perdita ⁽⁷²⁾.

⁽⁷²⁾ Cfr. V. DE STASIO, *Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta*, cit., p. 111: «Se l'ordine di pagamento assumesse una valenza di dichiarazione negoziale e lo strumento di pagamento assumesse rilievo giuridico unicamente come strumento di trasmissione di tale dichiarazione al PSP, la provenienza della dichiarazione da un terzo, estraneo al contratto-quadro tra PSP e dichiarante (apparente), non abilitato all'utilizzo dello strumento di pagamento, non dovrebbe determinare una perdita per il dichiarante, e ciò in quanto la dichia-

Tuttavia, nemmeno quest'ultimo argomento appare dirimente. Infatti, a prescindere dalla qualificazione – negoziale o materiale – che si voglia conferire all'ordine di pagamento, si registra in ogni caso una perdita obiettiva nella sfera giuridico-patrimoniale del pagatore.

Tale documento, a ben vedere, non discende dagli effetti dell'atto ordinatorio – e ancor meno dalla sua natura giuridica –, bensì dall'attività svolta dal prestatore di servizi di pagamento del pagatore in virtù – si vuol dire *in adempimento* – dell'ordine; attività che consiste precipuamente nell'addebito dei fondi oggetto dell'operazione, il quale si traduce inevitabilmente in una diminuzione della disponibilità monetaria in capo al titolare dei fondi deportati, ovvero in capo al pagatore.

In altre parole, laddove venga svolta una prestazione idonea a sottrarre la materiale disponibilità di un bene in capo al suo “*dominus*” – nella fattispecie trattasi del bene “disponibilità monetaria” ⁽⁷³⁾ –, e laddove, cioè, non si possa risolvere la faccenda con riguardo all'astratta *titolarità* di detto bene – come, invece, sarebbe se si ragionasse di trasferimento o costituzione di situazioni giuridiche soggettive –, la riflessione deve necessariamente spostarsi dal piano degli *effetti* (o, se del caso, dell'*efficacia*) al piano dei *rimedi* esperibili dal “*dominus*” per ricondurre al suo patrimonio la perduta disponibilità del bene di cui si tratta, tenuto anche conto delle peculiarità di quest'ultimo (*i.e.* la sua appartenenza a un *genus*, anziché a una *species*, com'è nel caso del denaro).

In definitiva, già sul piano epistemologico, non può condividersi una soluzione che fa dipendere la natura giuridica di un atto dalle conseguenze che

razione negoziale su cui si regge il successivo svolgimento dell'operazione di pagamento dovrebbe considerarsi inesistente, in quanto non imputabile al falso dichiarante e idonea a produrre l'effetto abilitativo e giustificativo degli accrediti e addebiti che sono il risultato dell'operazione di pagamento stessa».

⁽⁷³⁾ Sul superamento della concezione classica del denaro sino all'approdo alla categoria della «disponibilità monetaria», cfr., per tutti, G. MARINO, *Dalla traditio pecuniæ ai pagamenti digitali*, cit., p. 9 ss. (in particolare, p. 40 ss.).

hanno la propria “fonte” (o *cagione*) in un atto diverso. Di più: nel prosieguo dell’indagine ⁽⁷⁴⁾ s’avrà modo di dimostrare, nel merito, come la questione della provenienza dell’ordine di pagamento da un terzo non legittimato non possa risolversi facendo ricorso alla categoria della inesistenza, ma come, piuttosto, le soluzioni siano differenti, nonché da articolare sulla base delle particolarità della procedura di movimentazione di fondi considerata.

Preferibile, dunque, è la tesi secondo la quale il consenso del pagatore consiste propriamente nella manifestazione di volontà del pagatore volta a far sorgere in capo alla controparte (il prestatore) il dovere di procedere all’addebito e, in generale, di adoperarsi per trasferire la disponibilità monetaria indicata nell’ordine al beneficiario corrispondente all’identificativo unico fornito.

Va, tuttavia, precisato che siffatta obbligazione sorge non dalla dichiarazione unilaterale dell’utente, bensì dall’incontro di questa – da qualificarsi alla stregua di una proposta contrattuale – con la volontà del prestatore, quest’ultima manifestata mediante l’inizio dell’esecuzione secondo lo schema dell’art. 1327 c.c. ⁽⁷⁵⁾.

Inoltre, a nulla varrebbe argomentare, a pretesa dell’unilateralità dell’ordine di pagamento, nel senso che il dovere di eseguire l’ordine di bonifico sorgerebbe in capo al prestatore in virtù del retrostante contratto-quadro stipulato, *inter alia*, per la fornitura del servizio, e non dall’istruzione impartita

⁽⁷⁴⁾ V. *amplius* quanto si dirà lungo il cap. IV.

⁽⁷⁵⁾ Naturalmente, il modello di cui all’art. 1327 c.c. costituisce lo schema minimo di conclusione del contratto in esame, ben potendo il prestatore – come peraltro generalmente accade – manifestare prontamente la propria accettazione alla controparte mediante, ad esempio, una comunicazione data al pagatore sullo schermo del dispositivo oppure con una notifica inviata mediante posta elettronica o messaggio telefonico.

dal pagatore ⁽⁷⁶⁾. Al riguardo, infatti, potrebbero muoversi almeno tre considerazioni critiche:

a) in primo luogo, è dato rilevare che non è sconosciuta all'ordinamento civile italiano – nel cui contesto vive la disciplina frutto della spinta armonizzatrice dell'Unione – una sequenza di atti contrattuali nella quale l'atto susseguente si inserisca nella progressione causale dell'atto antecedente: basti pensare – benché il contesto sia senz'altro differente – al binomio costituito dal contratto preliminare e dal contratto definitivo;

b) in secondo luogo, deve rammentarsi che, ai sensi dell'art. 16 d.lgs. n. 11 del 2010, è conferito al prestatore di servizi di pagamento il potere-dovere di rifiutare gli ordini di pagamento rivoltigli quando ricorrano cause obiettive o ragioni indicate dalla legge ⁽⁷⁷⁾; e non si vede come il prestatore potrebbe opporre tale rifiuto a fronte di una obbligazione (già) sorta a suo carico per l'iniziativa unilaterale di controparte ⁽⁷⁸⁾,

⁽⁷⁶⁾ Va anche rilevato – per quanto l'argomento abbia limitata rilevanza a causa della rilevata scarsa attenzione con cui il legislatore dimostra di scegliere le parole in ambito di servizi di pagamento – che lo stesso termine «consenso», sul piano etimologico, è di per sé idoneo a richiamare una dimensione contrattuale.

⁽⁷⁷⁾ Ai sensi dell'art. 16, comma 4^o-bis, d.lgs. n. 11 del 2010, «Quando tutte le condizioni previste dal contratto quadro sono soddisfatte, il prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto del pagatore non può rifiutare di eseguire un ordine di pagamento autorizzato, indipendentemente dal fatto che tale ordine sia disposto dal pagatore, anche tramite un prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento, o dal beneficiario o per il tramite di quest'ultimo, salvo che ciò risulti contrario a disposizioni di diritto dell'Unione europea o nazionale».

⁽⁷⁸⁾ Nello stesso senso, seppure con riferimento al testo previgente dell'art. 16 cit., cfr. O. TROIANO - V.V. CUOCCI, *sub* art. 5 d.lgs. n. 11 del 2010, cit., p. 91: «Il prestatore del servizio (controparte contrattuale) del pagatore, invece, non esprime il proprio consenso con una dichiarazione espressa: il contratto, relativo al particolare servizio di pagamento richiesto, si conclude con l'inizio dell'esecuzione [...], con la particolarità che, se il prestatore rifiuta perché non intende eseguire il servizio richiesto – rifiuto che, ai sensi dell'art. 16, può darsi solo quando il

c) in terzo e ultimo luogo, occorre altresì ricordare che un'operazione potrebbe essere eseguita tanto in ragione di un contratto-quadro stipulato per la fornitura nel tempo di servizi di pagamento, quanto nell'ambito di un servizio di pagamento erogato *una tantum*; di talché, essendo indiscusso che in quest'ultimo caso l'ordine di pagamento viene ad essere incorporato nel contratto stipulato per l'esecuzione dell'«operazione di pagamento singola», «sarebbe davvero curiosa una soluzione, a cui tenere una stessa “operazione di pagamento” si configuri come contratto quando resa al di fuori del contratto quadro, mentre, nel caso opposto muti la propria configurazione giuridica»⁽⁷⁹⁾.

Tanto acclarato, deve concludersi che nelle procedure di *credit transfer* non c'è spazio per alcun negozio autorizzativo, essendo lo stesso pagatore a disporre il trasferimento dei fondi mediante un ordine di pagamento che ha struttura contrattuale. Sicché l'operazione dovrà giudicarsi non autorizzata allorché il negozio ordinatorio – qui da intendersi come la proposta volta a concludere il contratto di pagamento singolo o che si colloca nell'ambito di un rapporto regolato da un retrostante accordo-quadro – è stato emesso da colui che non è «utente legittimo»⁽⁸⁰⁾.

7. (SEGUE) B) LE OPERAZIONI DI DEBIT TRANSFER: FRA SALVAGUARDIA DELL'INTERESSE DEL PAGATORE ALLA LEGITTIMITÀ DELL'ADDEBITO E TUTELA DELLA LEGITTIMA PRETESA DEL BENEFICIARIO ALLA RISCOSSIONE.

servizio richiesto risulti “contrario a disposizioni di diritto comunitario o nazionale” – deve comunicarlo “con la massima sollecitudine”».

⁽⁷⁹⁾ Al riguardo, cfr. O. TROIANO, voce *Contratto di pagamento*, cit., p. 404.

⁽⁸⁰⁾ Le argomentazioni svolte per i *credit transfers* sono mutuabili anche per le operazioni di pagamento basate su carta per le quali detta carta non è utilizzata in coerenza con la sua natura di strumento di pagamento (bonifici che movimentano fondi su una carta prepagata o, se possibile, bonifici a partire da una carta di credito): al riguardo, v. quando chiarito *supra*, cap. II, §2.2.5.

Se nell'ambito dei *credit transfers*, come s'è poc'anzi illustrato, non c'è spazio per il negozio autorizzativo, nelle procedure iniziate dal beneficiario, al contrario, come si sta per argomentare, l'autorizzazione ricopre un ruolo centrale. È, infatti, evidente che nei *debit transfers* si pone un doppio ordine di interessi da tutelare:

i) in primo luogo, l'interesse del pagatore a che non vengano prelevati fondi dal suo conto di pagamento senza che vi sia il suo consenso e cioè, in altre parole, l'interesse a che il PSP del pagatore non rilasci fondi a terzi che ne facciano richiesta illegittimamente. Anche per le operazioni iniziate dal beneficiario, infatti, vige la regola di cui all'art. 5, comma 1°, d.lgs. n. 11 del 2010, la quale vieta in generale la movimentazione di fondi *sine titulo*;

ii) in secondo luogo, l'interesse del beneficiario a soddisfare la propria pretesa creditoria: il più delle volte, infatti, e purché non ricorrano circostanze patologiche, il beneficiario è anche creditore della disponibilità monetaria richiesta. Il beneficiario, in altre parole, avendo scelto – pur con la concordia del pagatore – una modalità di pagamento che non necessita dell'intervento *in itinere* della controparte, ha quindi la legittima aspettativa a che il PSP di questi non opponga il proprio diniego nell'ambito della procedura di riscossione da lui attivata.

Fatta questa doverosa premessa, si procederà ora alla declinazione di «consenso» e di «autorizzazione» con riferimento alle principali *species* delle operazioni avviate su iniziativa del beneficiario: dapprima si prenderanno in esame le procedure di addebito diretto e in seconda battuta si procederà all'esame delle operazioni ordinate mediante carte di pagamento (o strumento analogo) o mediante un servizio dispositivo, rispetto alle quali – come chiarito a suo tempo ⁽⁸¹⁾ –, pur non essendo escluso che possano assumere la forma di *credit transfer*, danno però luogo perlopiù a operazioni di riscossione.

⁽⁸¹⁾ V. quando chiarito *supra*, cap. II, §2.2.5 e §2.3.

7.1. *LA PRESTAZIONE DEL CONSENSO DEL PAGATORE «TRAMITE IL BENEFICIARIO» NELLE PROCEDURE DI ADDEBITO DIRETTO. OVVERO: SEMPER IN OBSCURIS QUOD MINIMUM EST SEQUIMUR.*

Rispetto alle procedure di addebito diretto, la *vexata quæstio* relativa alla definizione della portata normativa dei termini «consenso» e «autorizzazione» parrebbe *prima facie* perdere rilievo in virtù del diritto incondizionato al rimborso oggi riconosciuto, oltre che dallo schema di addebito diretto SEPA «core», anche all'art. 13, comma 3°-bis, d.lgs. n. 11 del 2010 ⁽⁸²⁾.

In altre parole, ad una lettura superficiale della disciplina sui servizi di pagamento, essendo previsto siffatto diritto incondizionato al rimborso a favore del pagatore anche al ricorrere di operazioni delle quali non si contesti l'autorizzazione, potrebbe cedere alla tentazione di «sdrammatizzare» la problematica relativa alla precisa individuazione della fattispecie di addebito diretto non autorizzato.

Eppure, per quanto il diritto alla contestazione (o all'opposizione) in parola costituisca senz'altro un ampliamento delle garanzie offerte al pagatore anche al ricorrere di un'operazione che questi reputi non autorizzata, l'individuazione della fattispecie di addebito diretto non autorizzato resta ad ogni modo una necessità fondamentale, è ciò per un triplice ordine di ragioni:

a) in primo luogo, l'art. 13, comma 3°-bis, d.lgs. n. 11 del 2010 dispone che il pagatore ha un diritto incondizionato al rimborso, nei termini di cui al successivo art. 14, «nel caso di addebiti diretti di cui all'articolo 1 del Regolamento (UE) n. 260/2012». Sicché il diritto di opposizione è riconosciuto dalla legge solo al ricorrere di addebiti rientranti nell'Area unica dei pagamenti in euro e rientranti nell'ambito di applicazione del reg. (UE) n. 260/2012 ⁽⁸³⁾;

⁽⁸²⁾ V. quando chiarito *supra*, cap. II, §2.2.4.

⁽⁸³⁾ L'ambito di applicazione materiale e territoriale del reg. (UE) n. 260/2012 è più ridotto rispetto all'ambito di applicazione della PSD2. L'art. 1 reg. cit. infatti dispone: «Il presente regolamento stabilisce le norme per le operazioni di bonifico e di addebito diretto deno-

b) in secondo luogo, va rammentato che, nell'ambito SEPA, lo schema degli addebiti diretti fra imprese («B2B») esclude nettamente il diritto al rimborso al ricorrere di un'operazione di pagamento della quale non si contesti l'autorizzazione ⁽⁸⁴⁾. Rispetto ad essi, quindi, v'è tutto l'interesse per il pagatore ad attivare i rimedi di legge specificamente stabiliti per le operazioni di pagamento eseguite *sine consensu*, non potendo egli opporsi all'addebito sulla base dell'art. 13, comma 3°-bis, d.lgs. n. 11 del 2010;

c) in terzo e ultimo luogo, va rilevato che il menzionato diritto al rimborso incondizionato, anche laddove il pagatore, ricorrendone i relativi presupposti, ne sia beneficiario, è comunque soggetto al termine di decadenza di otto settimane (art. 14, comma 1°, d.lgs. n. 11 del 2010) ⁽⁸⁵⁾.

Sulla scorta di tali considerazioni, converrà allora procedere nell'indagine, al dichiarato scopo di far emergere i tratti identitari della fattispecie di addebito diretto non autorizzato. A tal fine, perciò, occorre *ancora una volta* comprendere come vadano declinati i termini «consenso» e «autorizzazione» nelle operazioni qui considerate; e, *ancora una volta*, converrà prendere le mosse dagli indici normativi.

In prima battuta, rievocando il più volte menzionato art. 5 d.lgs. n. 11 del 2010, se al comma 1° esso dispone che senza consenso del pagatore l'operazione non può considerarsi autorizzata, al comma 2°, 2° per., specifica, per quanto qui interessa, che il consenso del pagatore può anche essere prestato per il «tramite» del beneficiario ⁽⁸⁶⁾.

minate in euro nell'ambito dell'Unione nei casi in cui sia il prestatore di servizi di pagamento del pagatore, sia il prestatore di servizi di pagamento del beneficiario siano situati nell'Unione, ovvero nei casi in cui l'unico prestatore di servizi di pagamento [...] interessato dall'operazione di pagamento sia situato nell'Unione».

⁽⁸⁴⁾ Al riguardo, v. quando chiarito *supra*, cap. II, §2.2.4.

⁽⁸⁵⁾ Vale la pena ricordare che il termine di otto settimane per far valere il diritto al rimborso non è oggetto di estensione nello schema di addebito diretto SEPA «core».

⁽⁸⁶⁾ Più precisamente, l'art. 5, comma 2°, d.lgs. n. 11 del 2010 reca la seguente disposizione: «Il consenso ad eseguire un'operazione di pagamento o una serie di operazioni di paga-

Da una regola di tal fatta parrebbe doversi concludere:

a) che, essendo il beneficiario un mero «tramite», il consenso manifestato del pagatore, necessario per la «corretta esecuzione» dell'operazione di pagamento, non è a lui destinato (e, logicamente, del pari non può essere destinato al PSP del beneficiario);

b) che, di conseguenza, il beneficiario trasmette la volontà (*i.e.* il consenso) del pagatore, all'unico soggetto che residua fra quelli coinvolti nella procedura, ovverosia il PSP di questi.

Se così fosse – conviene chiosare sin d'ora – sarebbe difficile individuare il contenuto e la funzione del consenso trasmesso dal beneficiario: astrattamente, potrebbe trattarsi tanto di una proposta contrattuale – «consenso» richiama «contratto» –, così come di un atto unilaterale autorizzativo.

Le cose si complicano quando, volendo chiarire i termini della questione, si prenda in considerazione il secondo dato normativo rilevante, ovverosia la definizione (*rectius*: le definizioni) di addebito diretto date dalle vigenti fonti interne e dell'Unione europea.

Nel reg. (UE) n. 260/2012, l'addebito diretto è indicato, in buona sintesi, come l'operazione di pagamento iniziata dal beneficiario «sulla base del consenso del pagatore» (art. 2, n. 2): la norma, come si vede, è *abulica* rispetto al problema relativo alla identificazione del soggetto destinatario del consenso del pagatore. Invece, un atteggiamento diametralmente opposto – invero eccessivo, *bulimico* – è tenuto dalla PSD2, la quale, nel definire l'addebito diretto,

mento è prestato nella forma e secondo la procedura concordata nel contratto quadro o nel contratto relativo a singole operazioni di pagamento. Il consenso a eseguire operazioni di pagamento può anche essere prestato tramite il beneficiario o il prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento». La disposizione dà attuazione all'art. 64, par. 2, dir. 2015/2366/UE. Vale anche la pena di sottolineare che la previsione in base alla quale il consenso del pagatore può, in sostanza, essere veicolato anche attraverso uno dei soggetti indicati non era presente nella direttiva abrogata, e così nemmeno nella previgente versione dell'art. 5, comma 2°, d.lgs. n 11 del 2010.

specifica che il consenso può essere «dato dal pagatore al beneficiario, al prestatore di servizi di pagamento del beneficiario o al prestatore di servizi di pagamento del pagatore stesso» (art. 4, n. 23) ⁽⁸⁷⁾.

Ad accentuare la difficoltà interpretativa, infine, concorre l'art. 2, n. 21, reg. (UE) n. 260/2012, il quale definisce il «mandato» come «l'espressione del consenso e dell'autorizzazione prestatati dal pagatore al beneficiario e (direttamente o indirettamente tramite il beneficiario) al PSP del pagatore, per consentire al beneficiario di disporre l'incasso addebitando il conto di pagamento indicato dal pagatore e per consentire al PSP di quest'ultimo di attenersi alle istruzioni impartite».

Dunque, dal disordine che emerge dalla giustapposizione dei dati normativi pare possibile isolare un solo comune denominatore: infatti, compatibile con tutte le disposizioni menzionate è la sola regola per cui il consenso del pagatore deve in ogni caso pervenire al suo PSP, anche quando è prestato indirettamente, per mezzo di un altro soggetto.

A ogni buon conto, l'elevata opacità del dato positivo e le reticenze che esso consegna finiscono per obliterarne la portata precettiva e, di conseguenza, si risolvono in una delega all'interprete, in virtù della quale egli risulta abilitato – o finanche *costretto* – a ricostruire *ex novo* il tessuto procedurale dell'addebito diretto.

Sulla scorta di siffatta delega, allora, non potrà giudicarsi *contra legem*, bensì *secundum legem*, la tesi che si vuol qui proporre, la quale può essere così compendiata: nella procedura di addebito diretto il pagatore non rivolge alcun consenso al proprio PSP, e questo perché non v'è alcun bisogno che si instauri fra loro un nuovo e particolare rapporto contrattuale. Invero, al ricorrere di un ordine di incasso emesso *iure* dal beneficiario, il PSP del pagatore è già tenuto al rilascio dei fondi pretesi, e ciò in virtù del contratto per la prestazione di ser-

⁽⁸⁷⁾ Cfr. art. 1, comma 1°, lett. v), d.lgs. n. 11 del 2010.

vizi di pagamento stipulato con il proprio cliente (*i.e.* il contratto di tenuta e gestione del conto di pagamento) ⁽⁸⁸⁾.

Per altro verso, rilevato l'alto grado di approssimazione definitoria da parte del legislatore, nemmeno potrebbe sostenersi che laddove le norme richiedono che il consenso del pagatore sia indefettibilmente rivolto al rispettivo PSP, in realtà esse dispongano che il primo rivolga al secondo una autorizzazione. Infatti, il negozio autorizzativo inteso in senso tecnico, come chiarito, fa sorgere in capo all'autorizzato una facoltà ⁽⁸⁹⁾, come tale incompatibile con il ruolo di *collaboratore* che riveste il PSP nei confronti del suo cliente ⁽⁹⁰⁾.

La verità, quindi, è che nelle procedure di addebito diretto – peraltro, non solo quelle che si inseriscono negli schemi adottati a livello SEPA –, il pagatore e il rispettivo prestatore deputato alla tenuta e alla gestione dei fondi – di regola, il PSP di radicamento del conto di pagamento ⁽⁹¹⁾ – non hanno con-

⁽⁸⁸⁾ Ciò, tuttavia, non significa che il contratto di conto stipulato fra il pagatore e il proprio PSP produca effetti rispetto ai (futuri ed eventuali) beneficiari secondo il modello di cui all'art. 1411 c.c. Infatti, il diritto di pretendere da tale PSP l'esecuzione della prestazione cui s'è obbligato (effettuare la scritturazione a debito) spetta soltanto alla controparte contrattuale, e cioè al cliente-pagatore; che poi il beneficiario sia legittimato, come si dimostrerà nel prosieguo, a far valere tale diritto in nome proprio e per suo conto, ciò dipende dall'autorizzazione rilasciatagli dal pagatore, la quale costituisce l'unica fonte della menzionata legittimazione.

⁽⁸⁹⁾ Cfr., al riguardo, V. FARINA, *L'autorizzazione a disporre nel diritto civile italiano*, cit., p. 320 ss.: «[...] è di palese evidenza come il rapporto in questione, al momento del rilascio dell'autorizzazione da parte dell'autorizzante e prima dell'intrapresa dell'attività di gestione da parte dell'autorizzato, sia connotato, come per la procura, da un profilo di facoltà e non di obbligo. Difatti l'autorizzante non è normalmente tenuto al rilascio dell'autorizzazione e l'autorizzato, dal canto suo, ha il potere non il dovere, di agire per conto dell'autorizzante».

⁽⁹⁰⁾ Il contratto stipulato per la prestazione di servizi di pagamento, infatti, com'è stato a suo tempo chiarito (v. *supra*, cap. II, §5), realizza propriamente un'ipotesi di collaborazione nell'attività (non giuridica) bensì materiale.

⁽⁹¹⁾ La precisazione è necessaria perché, se per un verso è vero che l'archetipo di addebito diretto vuole che i fondi vengano prelevati da un conto di pagamento propriamente inteso,

tatti particolari, nel senso che né concludono contratti ulteriori rispetto a quello originariamente concluso, né il pagatore rivolge al prestatore alcuna dichiarazione unilaterale, a eccezione delle ipotesi in cui egli non intenda impartire particolari istruzioni cui il fornitore dovrà primariamente attenersi, anche laddove il relativo contenuto sia contrastante con l'ordine emesso dal beneficiario sulla base del «mandato» conferitogli dal pagatore ⁽⁹²⁾.

Acclarata, nei termini suddetti, la normale assenza di contatti *in itinere* fra pagatore e relativo PSP, allo scopo di recuperare la portata precettiva dei concetti di «consenso» e «autorizzazione» negli addebiti diretti non rimane che traslare l'analisi su un diverso piano, ovvero sia quello che vede coinvolti il pagatore e il beneficiario.

7.1.1. *LA CONVEZIONE CON LA QUALE PAGATORE-DEBITORE E BENEFICIARIO-CREDITORE SCELGONO L'ADDEBITO DIRETTO COME MODALITÀ DI ADEMPIMENTO DELL'OBBLIGAZIONE PECUNIARIA SOTTOSTANTE. CRITICA ALLA TESI CHE CONFIGURA TALE CONVENZIONE ALLA STREGUA DI UN MANDATO IN REM PROPRIAM.*

Poiché l'addebito diretto rientra fra le procedure avviate su iniziativa del beneficiario, è evidente che il relativo negozio ordinario *stricto sensu* inteso non potrà che provenire da questi, non dal pagatore.

Ciò, tuttavia, non implica che al pagatore non sia richiesto alcun ulteriore *consensus* rispetto a quello prestato al proprio PSP per l'apertura e la tenuta del conto di pagamento. A ben vedere, infatti, il pagatore, nell'ambito del servizio di pagamento in analisi, è chiamato a manifestare un secondo assenso, il quale, però, si limita a confluire nella convenzione con cui pagatore e benefi-

è però altrettanto vero che alle operazioni di addebito diretto, s'è detto, devono essere per plurimi aspetti equiparate le operazioni che attingono fondi da una linea di credito accordata al creditore mediante l'emissione di una carta di credito.

⁽⁹²⁾ Ciò in perfetta coerenza con la sua qualità di collaboratore del pagatore.

ciario – che il più delle volte sono cliente ed esercente, debitore e creditore – scelgono l’addebito diretto quale modalità di adempimento dell’obbligazione pecuniaria sorta dalla stipulazione del contratto per la fornitura di beni o servizi ⁽⁹³⁾.

Secondo un indirizzo interpretativo, il patto poc’anzi menzionato si configurerebbe alla stregua di un vero e proprio mandato *in rem propriam* ⁽⁹⁴⁾. Tale opinione, tuttavia, non pare cogliere nel segno, e ciò per diverse ragioni.

In primo luogo, il mandato *in rem propriam* si concreta in un incarico conferito «anche» nell’interesse del mandatario (cfr. art. 1723, comma 2°, c.c.). L’interesse del mandatario, cioè, si accompagna a quello del mandante, concorrendovi in maniera egualitaria, ovvero – perlomeno secondo un’autorevole opinione ⁽⁹⁵⁾ – potendo financo prevalere su quello del mandante. Giammai, però, può accadere – onde non dar vita a un «*monstrum*» che senz’altro mandato non è ⁽⁹⁶⁾ – che l’interesse del mandatario s’atteggi a unica giustificazione del confe-

⁽⁹³⁾ V., però, quanto specificato in chiusura del paragrafo successivo (7.1.2) con riguardo all’ipotesi in cui la stessa persona riveste i panni sia di pagatore che di beneficiario.

⁽⁹⁴⁾ Il riferimento è a G. MARINO, *Dalla traditio pecuniæ ai pagamenti digitali*, cit., p. 99 ss., il quale, con riferimento a quella che l’A. ritiene essere una delle due varianti di addebito diretto, afferma: «[...] l’”autorizzazione” pare [...] configurare una proposta contrattuale del pagatore/debitore rivolta al beneficiario/mandatario, destinata a dar vita ad un vero e proprio contratto di mandato *in rem propriam*, che attribuisce a quest’ultimo il diritto di “prendersi cura” del soddisfacimento del suo credito pecuniario, attivandosi ai fini del suo esatto adempimento». Secondo l’A., a tale mandato *in rem propriam* si assocerebbe un’indicazione passiva di pagamento.

⁽⁹⁵⁾ Cfr., infatti, G. BAVETTA, voce *Mandato (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 371 ss. (v., in particolare, p. 373: «[...] il mandato conferito anche nell’interesse del mandatario (o di terzi) è quel mandato nel quale all’interesse del mandante si accompagna l’interesse del mandatario [...] di guisa che non c’è una prevalenza dell’interesse dell’uno (mandante) su quello dell’altro (mandatario), ma un concorso di entrambi gli interessi in posizione egualitaria o addirittura in posizione tale che prevalga quello del mandatario»).

⁽⁹⁶⁾ In questi termini, A. NATTINI, *La dottrina generale della procura. La rappresentanza*, Milano, 1910, p.

rimento dell'incarico ⁽⁹⁷⁾. Così come, del pari, l'interesse del mandatario – si vuol qui sostenere – non deve mai essere di portata tale da obliterare l'interesse di colui che conferisce l'incarico.

Sulla scorta di tale premessa, può allora apprezzarsi l'assunta incompatibilità fra lo schema del mandato *in rem propriam* e la convenzione con cui pagatore e beneficiario optano per il soddisfacimento della pretesa creditoria mediante il servizio di addebito diretto.

Detta convenzione, a ben vedere, non dà luogo al conferimento di alcun incarico. L'unico interesse del pagatore giuridicamente rilevante coincide, precisamente, con quello al conseguimento del bene o del servizio acquistato – sempre che, peraltro, egli non adempia in luogo di un terzo –, non assurgendo, invece, nella fattispecie considerata, a interesse giuridicamente rilevante – o, quantomeno, a *interesse idoneo a giustificare il conferimento di un incarico* – quello del medesimo pagatore a liberarsi dal debito pecuniario. L'affrancazione dal vincolo, infatti, è piuttosto oggetto di un preciso dovere, che solo da un'angolatura subiettiva rifrange la “*participatio*” del pagatore ⁽⁹⁸⁾.

Sicché – deve concludersi –, il risultato cui è ordinata la convenzione di addebito diretto – cui s'associa l'autorizzazione della quale si dirà nel prosieguo –, ovvero sia il legittimo innesco della procedura di riscossione, è tutto teso a soddisfare il primario ed esclusivo interesse del beneficiario a entrare in possesso dei fondi spettantigli in virtù del rapporto fondamentale.

⁽⁹⁷⁾ Al riguardo, cfr. specialmente A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. dir. civ. comm.* già diretto da A. CICU e F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI, Milano, 1984, p. 92 ss. V. anche, fra i molti, G. DI ROSA, *Il mandato*, II, in *Comm. Schlesinger*, Artt. 1703-1709, Milano, 2017, p. 139 ss.

⁽⁹⁸⁾ Si interroga sull'interesse alla “liberazione” dall'obbligo, e, specificamente, sulla configurabilità di un diritto all'adempimento in capo al debitore U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1991, p. 456 ss., ove, in particolare, l'A. afferma: «Prima della nascita della situazione di mora del creditore, l'interesse del debitore a liberarsi mediante l'adempimento è riassorbito nel comportamento dovuto».

Del resto, la tesi qui proposta – stando alla quale la convenzione di addebito diretto consiste minimamente nell'accordo sul *quomodo* dell'adempimento, e non ha invece ad oggetto il conferimento di un incarico, così palesandosi la discordanza con lo schema del mandato – trova pieno conforto nell'ulteriore conseguenza che da siffatto patto discende, la quale, per vero, è rilevata anche da chi si esprime a favore della ricostruzione in termini di mandato *in rem propriam* ⁽⁹⁹⁾: ci si riferisce all'attitudine del patto di addebito diretto, in deroga all'art. 1182, comma 3°, c.c., a configurare l'obbligazione pecuniaria che lega il pagatore-debitore e il beneficiario-creditore alla stregua di un'obbligazione *quéable*, la quale, dovendo essere adempiuta presso il domicilio del debitore, necessita come tale dell'iniziativa del soggetto attivo ⁽¹⁰⁰⁾. E, con tutta franchezza, non si vede in qual modo, ricorrendo uno schema siffatto, potrebbe risultare utile al beneficiario – oltreché logicamente ammissibile – il conferimento alla sua persona di un incarico da espletare: egli, piuttosto, abbisogna di un atto permissivo e legittimante – dell'autorizzazione, appunto, come si sta per dire – che gli consenta di ottenere quanto bramato dal PSP del pagatore.

Volendo insistere ulteriormente nell'intento dimostrativo – ma limitando l'argomentazione all'essenziale –, varrà la pena spendere due ulteriori ragioni a sostegno della tesi proposta.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. G. MARINO, *Dalla traditio pecuniæ ai pagamenti digitali*, cit., p. 187 ss.: «Il ruolo spiegato dal creditore nel funzionamento della fattispecie solutoria dell'addebito diretto [...] rievoca la logica e la concreta dinamica dell'adempimento dell'obbligazione *quéable*, nell'ambito della quale questi deve recarsi presso il domicilio del debitore al fine di conseguire la prestazione attesa».

⁽¹⁰⁰⁾ Sul domicilio del debitore quale luogo di adempimento del debitore cfr., *ex multis*, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 2019 (rist. agg.), p. 437 ss.; A. DI MAJO, *Adempimento in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Artt. 1722-1730, Bologna-Roma, 1994, p. 123 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 520 ss.

In primo luogo, v'è che il conferimento dell'incarico *anche* nell'interesse del mandatario (o di un terzo) è circostanza contemplata nella disciplina codicistica del contratto di mandato al solo fine di predicare di quest'ultimo l'irrevocabilità, salvo ricorra una giusta causa ⁽¹⁰¹⁾. Il principio che regola il mandato *in rem propriam*, dunque, è quello della non revocabilità dell'incarico da parte del mandante, ad eccezione che non ricorrano circostanze idonee ad integrare la giusta causa.

Ebbene, detto rapporto fra principio ed eccezione subisce un completo capovolgimento nella disciplina sugli addebiti diretti. Infatti, a mente dell'art. 17, comma 3°, d.lgs. n. 11 del 2010, «Nel caso di addebito diretto e fatti salvi i diritti di rimborso, il pagatore può revocare l'ordine di pagamento [cioè, l'autorizzazione data al pagatore insita, come si dirà, nella convenzione di addebito diretto, *nda.*] non oltre la fine della giornata operativa precedente il giorno concordato per l'addebito dei fondi» ⁽¹⁰²⁾.

La parentesi temporale che il pagatore ha a disposizione per l'esercizio del potere di revoca, dunque, è particolarmente ampia nell'addebito diretto, perdendosi così, in tale contesto, quell'elemento – l'irrevocabilità – che il codice civile pare legare a doppio filo alla figura del mandato *in rem propriam* ⁽¹⁰³⁾.

In secondo e ultimo luogo, va rilevato come, in generale, dalla lettura delle disposizioni dettate agli artt. 1703 ss. c.c. per il contratto di mandato si percepisca una complessiva distonia con il servizio di addebito diretto. Fra tutti gli esempi al riguardo formulabili – non ultima la disciplina sulle spese del

⁽¹⁰¹⁾ In tema di irrevocabilità del mandato *in rem propriam*, cfr., fra gli altri, A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, cit., p. 491 ss.; G. DI ROSA, *Il mandato*, II, in *Comm. Schlesinger*, Artt. 1703-1709, Milano, 2017, p. 139 ss.; L. NANNI, *Estinzione del mandato*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Artt. 1722-1730, Bologna-Roma, 1994, p. 81 ss.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. art. 80, comma 3°, dir. 2015/2366/UE.

⁽¹⁰³⁾ A ciò si aggiunga la disciplina tutta peculiare dei rimborsi per le operazioni di addebito diretto autorizzate, quale ulteriore elemento in grado di marcare l'estraneità della convenzione di addebito diretto fra pagatore e beneficiario e lo schema del contratto di mandato disegnato dal codice civile.

mandato (art. 1720 c.c.), sulla responsabilità del mandatario in ipotesi di gratuità del mandato (art. 1710, comma 1°, 2° per., c.c.), ecc. –, basi pensare al dovere di rendicontazione dell'attività gestoria che grava sul mandatario *ex* art. 1713, comma 1°, c.c. («Il mandatario deve rendere al mandante il conto del suo operato e rimmettergli tutto ciò che ha ricevuto a causa del mandato»); dovere che, a ben vedere, non ha alcuna ragion d'essere nelle procedure di riscossione, dove al più è il collaboratore del pagatore – il suo PSP – ad essere tenuto alla solerte comunicazione al cliente dell'avvenuto addebito ⁽¹⁰⁴⁾

In definitiva, nell'ambito degli addebiti diretti, il «consenso» del pagatore trova concretizzazione nella convenzione con la quale quest'ultimo e il beneficiario optano per l'addebito diretto come modalità di pagamento, convenzione che si inserisce a pieno titolo nella disciplina speciale sui servizi elettronici di pagamento e che lì trova la sua – pur essenziale – regolamentazione, senza necessità di rinvenirne *aliunde* l'identità.

7.1.2. *L'AUTORIZZAZIONE COME NEGOZIO CHE ATTRIBUISCE AL BENEFICIARIO LA FACOLTÀ DI ORDINARE LA RISCOSSIONE NONCHÉ LA LEGITTIMAZIONE A DISPORRE L'ADDEBITO SUL CONTO DEL PAGATORE;*

Nelle procedure di addebito diretto, a differenza dei *credit transfers*, trova spazio il negozio autorizzativo in senso tecnico; ma, come preannunciato, l'autorizzazione non è rivolta dal pagatore al proprio prestatore di servizi di pagamento, bensì al beneficiario.

⁽¹⁰⁴⁾ Sulla scorta di ciò, non v'è chi non veda la differenza fra la fattispecie dell'addebito diretto e un vero e proprio mandato *in rem propriam*, com'è, in ipotesi, il mandato ad incassare, dove, ad esempio, l'incaricato riscuote una somma di denaro dal terzo debitore del mandante e trattiene tutta o parte della soma incassata per compensazione. In un caso come questo appare pienamente logica l'applicazione della disciplina del mandato, a cominciare dal dovere di rendicontazione.

Nella convenzione di addebito diretto fra pagatore e beneficiario, infatti, è insita – nel senso che vi è connaturata e ne è consorte – la autorizzazione concessa dal primo al secondo ⁽¹⁰⁵⁾; e ciò vale ancorché il titolo di legittimazione – quello che il reg. (UE) n. 260/2012 e il *Rulebooks* SEPA identificano nel «mandato» ⁽¹⁰⁶⁾ – sia documentalmente separato rispetto al patto con cui viene scelto l'addebito diretto quale modalità di pagamento, quest'ultimo generalmente contenuto nel contratto che dà origine al rapporto fondamentale.

Il negozio autorizzativo, nello specifico, fa sorgere in capo al beneficiario la facoltà – o, se si vuole il *potere*, benché l'espressione non possa essere intesa in senso tecnico – di svolgere una attività in nome proprio (e per proprio conto) destinata a produrre conseguenze nella sfera giuridica del pagatore-autorizzante. Non si tratta, nello specifico, di una situazione giuridica soggettiva coincidente con il diritto potestativo perché, se così fosse, il destinatario dell'atto di esercizio della potestà – e, cioè, il PSP del pagatore – ne dovrebbe subire direttamente gli effetti. Le cose, in realtà, stanno diversamente: il PSP del pagatore è tenuto a collaborare (*i.e.* a effettuare la scritturazione a debito) con il titolare della facoltà – il beneficiario – secondo la logica tipica del diritto di credito. Si può dunque discorrere, in senso atecnico, di «potere» solo per designare l'attitudine dell'attività svolta dal beneficiario a incidere nella sfera giuridica del pagatore senza che questi debba adoperarsi ulteriormente rispetto alla dazione del consenso preliminare, in piena conformità allo schema del negozio ordinatorio.

L'attività che in cui si sostanzia l'esercizio della facoltà di cui è titolare il beneficiario-autorizzato consiste nell'emissione del negozio ordinatorio

⁽¹⁰⁵⁾ Non è sconosciuta all'ordinamento italiano l'ipotesi di contratto all'interno del quale è incorporata un'autorizzazione a disporre: basti pensare, fra gli altri, al contratto estimatorio (sul punto, cfr. V. FARINA, *L'autorizzazione a disporre nel diritto civile italiano*, cit, p. 42 ss.; L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, Milano, 1975, p. 5).

⁽¹⁰⁶⁾ Sul punto, v. quando chiarito *supra*, cap. II, §2.2.4.

(l'ordine di riscossione), il quale assolve a due diverse funzioni che lo rendono doppiamente recettizio:

a) prima di tutto, l'ordine di riscossione assume il ruolo di istruzione d'inesco dell'intero procedimento di riscossione dei fondi del pagatore, ed è quindi rivolto dal beneficiario al proprio prestatore di servizi di pagamento affinché questi possa immettere l'ordine medesimo – corredato dei riferimenti al relativo titolo autorizzativo – nel sistema interbancario di compensazione e regolamento (*Clearing and Settlement Mechanism*);

b) in secondo luogo, il negozio ordinatorio consiste nell'istruzione impartita dal beneficiario al PSP del pagatore – trasmessagli dal PSP di controparte attraverso il sistema interbancario – con il quale viene disposto il “rilascio” dei fondi richiesti. Al PSP del pagatore, in altre parole, si intima di procedere all'addebito del conto del suo cliente, in ottemperanza al contratto di tenuta e gestione del conto che lo vede partecipe ⁽¹⁰⁷⁾.

Dunque, l'ordine di riscossione si risolve in due diverse dichiarazioni di volontà del beneficiario, le quali devono essere qualificate alla stregua di proposte contrattuali rivolte l'una al PSP del dichiarante e l'altra al PSP del pagatore. Anche in questo caso, poi, i contratti cui tali proposte tendono si concluderanno con l'inizio dell'esecuzione della prestazione ad opera dell'oblato, secondo il modello, già richiamato, dell'art. 1327 c.c. ⁽¹⁰⁸⁾.

In particolare, così come accade per l'ordine di bonifico, anche nella procedura di addebito diretto – e, anzi, a maggior ragione –, lo schema contrat-

⁽¹⁰⁷⁾ Quanto esposto, naturalmente, vale soltanto rispetto agli schemi “a quattro parti”; negli schemi “a tre parti”, invece, essendo coinvolto soltanto un prestatore di servizi di pagamento, comune al pagatore e al beneficiario, l'ordine di pagamento non può che essere rivolto unicamente a quest'ultimo.

⁽¹⁰⁸⁾ In proposito, si rinvia a quanto già illustrato *supra*, in questo capitolo, §6. Anche in questo contesto va precisato che il modello di cui all'art. 1327 c.c. costituisce lo schema minimo di conclusione del contratto in esame, ben potendo il prestatore dichiarare la propria volontà di accettare.

tuale assolve a una funzione di controllo dei presupposti per l'utile avvio della procedura e, soprattutto, per l'adesione alla proposta di incasso. Quando il beneficiario impartisce lo *iussum*, cioè, i prestatori di servizi di pagamento verificano che il medesimo sia stato previamente autorizzato dal pagatore attraverso l'acquisizione e la registrazione dei dati presenti sul mandato da questi sottoscritto. In particolare, il PSP del pagatore sarà tenuto a rifiutare la richiesta di addebito solo al sussistere ragioni obiettive che lo impediscono (ad esempio, la disponibilità sul conto non è sufficiente per eguagliare l'importo pecuniario domandato) oppure quando non gli siano pervenuti i dati sufficienti – seppur minimi –, per poter ritenere autorizzata (dal pagatore) la richiesta dell'ordinante ⁽¹⁰⁹⁾; sarà altresì tenuto a rigettare la richiesta di addebito quando il suo cliente lo abbia specificamente proibito, giacché – giova ribadirlo –, in quanto suo collaboratore, il PSP del pagatore deve sempre far prevalere le istruzioni impartitegli direttamente da questi ⁽¹¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁹⁾ L'art. 16, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 11 del 2010 dispone, infatti, che «Quando tutte le condizioni previste dal contratto quadro sono soddisfatte, il prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto del pagatore non può rifiutare di eseguire un ordine di pagamento autorizzato, indipendentemente dal fatto che tale ordine sia disposto dal pagatore, anche tramite un prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento, o dal beneficiario o per il tramite di quest'ultimo, salvo che ciò risulti contrario a disposizioni di diritto dell'Unione europea o nazionale». V. anche il *SEPA Direct Debit Core Scheme Rulebook (2019 - versione 1.0)*, §4.2, p. 24 (in *Europeanpaymentscouncil.eu*): «*The Debtor Bank may reject a Collection prior to Settlement, either for technical reasons or because the Debtor Bank is unable to accept the Collection for other reasons, e.g. account closed, Customer deceased, account does not accept direct debit, or for reasons pursuant to Article 93 of the Payment Services Directive, or because the Debtor wishes to refuse the debit*».

⁽¹¹⁰⁾ Cfr., infatti, il *SEPA Direct Debit Core Scheme Rulebook (2019 - versione 1.0)*, §4.2, p. 24 (in *Europeanpaymentscouncil.eu*): «*The Debtor Bank may reject a Collection prior to Settlement, either for technical reasons or because the Debtor Bank is unable to accept the Collection for other reasons, e.g. account closed, Customer deceased, account does not accept direct debit, or for reasons pursuant to Article 93 of the Payment Services Directive, or because the Debtor wishes to refuse the debit*». Una previsione analoga è dettata anche dal §4.2 del *SEPA Direct Debit Business to*

Il negozio autorizzativo, in definitiva, è allora davvero un atto – e questo è senz'altro un tratto comune alla procura – che fa sorgere una legittimazione in capo all'autorizzato a porre in essere con un terzo, in proprio nome – e, nel caso degli addebiti diretto, altresì per il proprio conto – un atto dispositivo di un diritto di titolarità dell'autorizzante, il quale, con riferimento al servizio di pagamento in analisi, consiste propriamente nel diritto del pagatore ad ottenere dal proprio PSP l'addebito del conto e, in senso lato, a sovrintendere alla gestione della disponibilità monetaria depositata sul proprio conto ⁽¹¹¹⁾.

In conclusione, negli addebiti diretti, l'operazione di pagamento dovrà qualificarsi come non autorizzata (o *eseguita senza il consenso del pagatore*) quando il PSP del pagatore abbia addebitato il conto di questi senza che il beneficiario fosse legittimato a ordinarne la riscossione; e ciò accade in ipotesi di totale mancanza di autorizzazione (il pagatore non ha mai rivolto all'ordinante alcun «mandato») oppure quando l'autorizzazione è stata rilasciata da un sog-

Business Scheme Rulebook (2019 - versione 1.0), p. 26 (in *Europeanpaymentscouncil.eu*): «*The Debtor Bank may reject a Collection prior to Settlement, either for technical reasons or because the Debtor Bank is unable to accept the Collection for other reasons, e.g. account closed, insufficient Funds, account does not accept direct debit, erroneous Collections (e.g. duplicates), or because the Debtor presented a request for Refusal in time, or for reasons pursuant to Article 93 of the Payment Services Directive*».

⁽¹¹¹⁾ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 55: «Eccezionalmente il soggetto può avere per altro la legittimazione a disporre dell'altrui sfera giuridica. Questa legittimazione può avere titolo negoziale. Precisamente, lo stesso titolare di una posizione giuridica può legittimare altri a disporre di tale posizione. L'atto che legittima il soggetto a disporre dell'altrui sfera giuridica rientra nella categoria dell'autorizzazione privata». Ancora (p. 56 ss.): «L'autorizzazione può attribuire la legittimazione ad agire in nome proprio, cioè a compiere atti giuridici in nome dell'autorizzato con effetto sulla sfera giuridica dell'autorizzante. L'autorizzazione ad agire in nome proprio può essere rilasciata nell'interesse esclusivo dell'autorizzato oppure nell'interesse esclusivo o concorrente dell'autorizzante».

getto diverso dal titolare del conto addebitato, o comunque da un terzo a sua volta non legittimato a rilasciarla ⁽¹¹²⁾.

7.1.3. (SEGUE) *PECULIARITÀ DELLE IPOTESI IN CUI MANCA IL RAPPORTO OBBLIGATORIO SOTTOSTANTE PER COINCIDENZA DI PAGATORE E BENEFICIARIO O PER NULLITÀ (O INEFFICACIA) DEL TITOLO.*

Un'ultima precisazione si rende, tuttavia, necessaria. Dall'impostazione proposta deriva che, quando la stessa persona riveste i panni sia di pagatore che di beneficiario – perché, ad esempio, ella è titolare, sia del conto di asportazione, sia di quello di destinazione –, non v'è spazio per alcun patto di scelta della modalità di adempimento dell'obbligazione pecuniaria, giacché non sussiste alcun rapporto fondamentale che vi dia origine.

Del pari, nemmeno sarà necessario il rilascio di un'autorizzazione, provenendo l'ordine di riscossione dal medesimo soggetto titolare dei fondi domandati (meglio: titolare del diritto a pretendere l'addebito in conto). Ciò non toglie, tuttavia, che un documento assimilabile al «mandato» debba comunque essere consegnato dal cliente, in veste di beneficiario, al PSP deputato ad iniziare la procedura, quantomeno per permettere il regolamento interbancario. In questo caso, l'operazione dovrà considerarsi non autorizzata quando l'ordine di riscossione è stato emesso da un soggetto (non legittimato) diverso dal titolare del conto di destinazione e dal titolare dei fondi asportati.

Al riguardo, per quanto l'ipotesi possa apparire di scarso rilievo pratico – giacché, per quanto non autorizzata, l'operazione in effetti finisce soltanto per dislocare fondi che comunque permangono nella disponibilità del legittimo

⁽¹¹²⁾ L'autorizzazione, infatti, potrebbe anche essere rilasciata dal rappresentante (verosimilmente il rappresentante legale) del pagatore: si pensi al caso del genitore che agisce in sostituzione del figlio minore sia nella stipulazione del contratto che dà luogo al rapporto fondamentale, sia nel rilascio dell'autorizzazione al beneficiario-creditore a disporre ordini di riscossione a valere sul conto di pagamento intestato al figlio.

titolare –, va comunque rilevato che un interesse a far valere la mancanza di consenso potrebbe comunque sussistere sulla base delle concrete circostanze: si pensi, ad esempio, al caso in cui l'addebito su conto di partenza abbia movimentato fondi concessi con un contratto di apertura di credito in conto corrente, con relativa applicazione degli interessi corrispettivi.

Differente, invece, è il caso in cui un'obbligazione pecuniaria non sia sorta, non già a causa del cumulo delle vesti di pagatore e di beneficiario nella medesima persona, bensì a causa della nullità del titolo, o, comunque della sua inefficacia. Non v'è chi non veda, infatti, che in tale circostanza un patto fra creditore e debitore circa la modalità di pagamento del prezzo deve essere per forza intercorso e, qualora in virtù di quest'ultimo siano poi stati effettivamente asportati dei fondi del pagatore senza il di lui consenso, egli potrà ovviamente far valere la mancata autorizzazione dell'operazione, a nulla rilevando la nullità (o l'inefficacia) del contratto, il quale rimane *res inter alios* ⁽¹¹³⁾.

7.2. *LE OPERAZIONI ORDINATE MEDIANTE CARTA DI PAGAMENTO (O STRUMENTO ANALOGO) E QUELLE ORDINATE ATTRAVERSO UN SERVIZIO DI DISPOSIZIONE DI ORDINE DI PAGAMENTO.*

Quando i pagamenti disposti mediante carte (o attraverso uno strumento analogo) danno origine ad una procedura di *debit transfer* – il che, come chiarito a suo tempo, accade nella assoluta maggioranza delle ipotesi ⁽¹¹⁴⁾ –, le considerazioni poc'anzi svolte con riferimento agli addebiti diretti possono essere per larga parte mutate.

⁽¹¹³⁾ Qualora, invece, pur a fronte della nullità (o dell'inefficacia) del titolo, l'operazione fosse stata correttamente autorizzata dal pagatore, questi, al fine di riottenere quanto esborsato, dovrà far valere il pagamento dell'indebito secondo le regole ordinarie (artt. 2033 ss. c.c.).

⁽¹¹⁴⁾ Sul punto, v. quando chiarito *supra*, cap. II, §2.2.5.

Anche in quest'ipotesi, infatti, per un verso, il pagatore-debitore e il beneficiario-creditore dapprima devono accordarsi per identificare nel pagamento tramite carta (o strumento analogo) la modalità di adempimento dell'obbligazione pecuniaria, e, per altro verso, il beneficiario necessita della legittimazione – e, quindi, dell'*autorizzazione* – per disporre al PSP del pagatore l'addebito sul conto intestato al suo cliente. L'unica peculiarità che merita di essere rilevata è che, nella fattispecie in analisi, il consenso del pagatore (*sub specie* di negozio autorizzativo), per quanto sia comunque diretto al beneficiario, è però per suo conto raccolto dal PSP di questi, e cioè dal convenzionatore (o *acquirer*) dell'esercente mediante la digitazione del codice segreto (PIN).

In gran parte analoghe sono le ipotesi di procedure che coinvolgono un prestatore di servizi di disposizione di pagamento. In tale contesto, il beneficiario, per il tramite del prestatore del servizio dispositivo, impartisce al proprio PSP l'ordine di iniziare la riscossione; del pari, il pagatore, sempre attraverso l'intermediario erogatore del servizio dispositivo, autorizza l'operazione⁽¹¹⁵⁾.

Quindi, il PISP – alla stregua del convenzionatore nelle operazioni basate su carta – raccoglie il consenso del pagatore per conto del beneficiario, affinché questi possa spendere presso la banca del pagatore la propria legittimazione. L'emissione del negozio autorizzativo, in particolare, avviene mediante l'autenticazione del pagatore presso il PISP.

In definitiva, le operazioni qui contemplate devono giudicarsi non autorizzate quando in capo al beneficiario non v'è (*rectius*: non v'era) la legittimazione a disporre il rilascio dei fondi del pagatore, ovvero, rispettivamente, quando la carta (o lo strumento analogo) sia stata utilizzata – e il codice PIN sia stato digitato – dal non titolare dello strumento o quando l'autenticazione presso il sistema del prestatore del servizio dispositivo sia stata effettuata da

⁽¹¹⁵⁾ In merito al funzionamento dei servizi di disposizione di ordine di pagamento, v. quando illustrato *supra*, cap. II, §2.3.

un soggetto diverso dal titolare delle credenziali, e di conseguenza da un soggetto diverso dal titolare dei fondi smobilizzati.

8. RILIEVI CONCLUSIVI E RINVII.

Dalla trattazione svolta nei paragrafi precedenti può trarsi una conclusione particolarmente rilevante: affermare che un'operazione di pagamento o di riscossione è stata eseguita senza il preventivo consenso del pagatore non implica necessariamente che il beneficiario non avesse diritto ai fondi ricevuti. Basti pensare, al riguardo, alle ipotesi di uso illecito di una carta di pagamento per l'acquisto di beni o servizi, o, nell'ambito di un addebito diretto, all'abusiva indicazione sul «mandato» di un identificativo unico diverso da quello relativo al conto intestato al debitore; ma si pensi, altresì, all'ordine di bonifico emesso dal ladro delle credenziali per soddisfare la pretesa creditoria del beneficiario.

In queste ipotesi emerge chiaramente come l'intera disciplina sulle operazioni di pagamento eseguite *non iure* si collochi nel centro di tensione generato, da un lato, dall'interesse del pagatore a rientrare quanto prima nella disponibilità dei fondi perduti e, dal lato opposto, dall'interesse del beneficiario a trattenerli.

Ebbene, tale tensione costituirà la lente con la quale, nel prosieguo dell'indagine, si studieranno i rimedi predisposti dal legislatore al ricorrere di un'operazione di pagamento non autorizzata.

Per altro verso, alcuni argomenti che avrebbero trovato naturale collocazione nel presente capitolo s'è deciso di trattarli successivamente, giacché si ha la convinzione che lo studio preventivo della speciale responsabilità di cui agli artt. 11 e 12 d.lgs. n. 11 del 2010 possa giovare a un'esaustiva soluzione delle problematiche a essi connesse.

Fra questi, in primo luogo, v'è l'interessante tema della sanabilità delle operazioni non autorizzate mediante la manifestazione successiva del consenso

del pagatore ⁽¹¹⁶⁾. L'art. 5, comma 3°, d.lgs. cit., infatti, sancisce che il consenso del pagatore, laddove concordato con il PSP, può essere dato anche dopo l'esecuzione di una transazione.

In secondo luogo, dovrà essere compiutamente trattato l'articolato problema relativo ai vizi del consenso del pagatore: sin d'ora, infatti, si sono considerate soltanto fattispecie nelle quali difettesse totalmente il consenso (o l'autorizzazione) del titolare dei fondi deportati ⁽¹¹⁷⁾. Occorrerà, dunque, valutare se la disciplina di recepimento della dir. 2015/2366/UE sia capace di ricomprendere anche le ipotesi di consenso viziato da errore, violenza o dolo, nonché le ipotesi di consenso manifestato da un soggetto che sia stato privato della capacità negoziale o manifestato da un incapace d'intendere e di volere ⁽¹¹⁸⁾.

⁽¹¹⁶⁾ Sul punto si rinvia al cap. IV, §.

⁽¹¹⁷⁾ Alla totale mancanza di consenso va naturalmente equiparata l'ipotesi in cui il pagatore, dopo aver dato il consenso, lo abbia poi revocato entro i limiti temporali previsti dall'art. 5, comma 4°, d.lgs. n. 11 del 2010, il cui ultimo periodo dispone che le operazioni di pagamento eseguite dopo che sia intervenuta la revoca «non sono considerate autorizzate».

⁽¹¹⁸⁾ Al riguardo, v. *infra*, cap. IV, §.

CAPITOLO TERZO

DIRITTI DEL PAGATORE E REGOLE DI RESPONSABILITÀ NELLE
OPERAZIONI ELETTRONICHE DI PAGAMENTO NON AUTORIZZATE

SOMMARIO: 1. Premessa teorica e metodologica: fra «diritto primo» e «diritti secondi». Inoltre: la doverosa distinzione fra operazioni di pagamento non autorizzate *a causa dell'inadempimento del prestatore (e/o del pagatore)* e operazioni di pagamento non autorizzate *nonostante la diligente protezione del prestatore (e/o la diligente condotta del pagatore)*. - 2. 2. L'inefficienza dei rimedi generali predisposti dal codice civile per reagire a un addebito non autorizzato: l'ordine di pagamento emesso sotto nome altrui (nei *credit transfers*). Il (debole) soccorso della tutela aquiliana; - 3. (*Segue*) l'ordine di riscossione emesso in difetto di legittimazione (nei *debit transfers*). - 4. La disciplina delle operazioni di pagamento non autorizzate nel d.lgs. n. 11 del 2010, così come modificato dal d.lgs. n. 218 del 2017: inquadramento generale. Ancora sulle criticità che derivano dalla mancata differenziazione fra i diversi servizi di pagamento. - 5. Gli oneri incombenti sul pagatore e i doveri in capo al prestatore in relazione agli strumenti di pagamento e alle credenziali di sicurezza personalizzate. Le particolari ipotesi degli strumenti emessi ma non richiesti e delle operazioni non autorizzate disposte con uno strumento in transito. - 5.1. L'autenticazione «forte» del cliente quale onere in capo al prestatore di servizi di pagamento del pagatore e la posizione del beneficiario che non la accetta. Le «misure di sicurezza» dettate dal reg. dlgs. (UE) n. 389/2018. - 6. La responsabilità del prestatore per le operazioni di pagamento non autorizzate. La tutela bifasica predisposta dall'art. 11 d.lgs. n. 11 del 2010. - 7. La «responsabilità» del pagatore per l'utilizzo non autorizzato di strumenti o servizi di pagamento. - 8. Rilievi conclusivi.

1. *PREMESSA TEORICA E METODOLOGICA: FRA «DIRITTO PRIMO» E «DIRITTI SECONDI». INOLTRE: LA DOVEROSA DISTINZIONE FRA OPERAZIONI DI PAGAMENTO NON AUTORIZZATE A CAUSA DELL'INADEMPIMENTO DEL PRESTATORE (E/O DEL PAGATORE) E OPERAZIONI DI PAGAMENTO NON*

AUTORIZZATE NONOSTANTE LA DILIGENTE PROTEZIONE DEL PRESTATORE (E/O LA DILIGENTE CONDOTTA DEL PAGATORE).

Definita la fattispecie dell'operazione di pagamento non autorizzata, devono ora prendersi in esame le posizioni giuridiche delle parti coinvolte, così come regolate dalla disciplina interna di attuazione della dir. 2015/2366/UE ⁽¹⁾.

In particolare, lo scopo della trattazione è quello di svelare il fondamento e la natura giuridica della peculiare «responsabilità» dettata, fra gli altri, dagli artt. 11 e 12 d.lgs. n. 11 del 2010, volendo segnatamente mettere in luce, in una prospettiva tanto sistematica quanto dinamica, come la medesima costituisca soltanto una tessera di un più ampio mosaico per la composizione del quale dovrà farsi largo ricorso agli strumenti del diritto civile interno ⁽²⁾.

S'avrà modo di dimostrare come la disciplina di matrice eurounitaria sulla responsabilità del PSP per le operazioni di pagamento non autorizzate non si collochi in un «contesto vuoto», avulso dall'istituto della responsabilità civile. Anzi, configurandosi la disciplina in questione alla stregua di un diritto speciale, «come tale suppone sempre il legame con il diritto generale della responsabilità civile», secondo quella che è stata efficacemente definita la «logica dei rapporti tra diritti secondi e diritto primo». Siffatto legame, invero, «proprio per il sopraggiungere del diritto secondo che disinnesci il diritto primo, si instaura all'interno e nell'ambito fissato dal diritto secondo». Vale a dire, una

⁽¹⁾ Per verità, la PSD2 mutua interamente la struttura della precedente dir. 2007/64/CE, apportandovi soltanto talune modifiche di marginale rilievo, nonché alcune integrazioni necessarie per contemplare, fra i soggetti passibili di sopportazione delle perdite, i nuovi prestatori di servizi di disposizione di ordine di pagamento.

⁽²⁾ Per quanto, infatti, la disciplina sui servizi di pagamento nel mercato interno sia oggetto di una «piena armonizzazione» (art. 107 dir. 2015/2366/UE), essa si inserisce, in ogni caso e inesorabilmente, nel contesto – spesso sedimentato – dell'ordinamento nazionale che la accoglie, senza pregiudizio, beninteso, per il primato del diritto dell'Unione, in particolare nelle forme dell'interpretazione a esso conforme e dell'obbligo di rinvio interpretativo alla Corte di giustizia.

volta adottato il diritto secondo, «i termini e i modi in cui il diritto primo ritorna applicabile sono individuati dal diritto secondo», o comunque da quest'ultimo devono essere ricavati onde assicurarne una conciliazione il più possibile armonica (3).

Ciò posto, in quest'apertura si avverte anche l'esigenza di formulare una ulteriore premessa, indispensabile per aderire all'impostazione complessiva del ragionamento che si intende proporre.

Dunque, nel capitolo precedente si sono individuati i presupposti al sussistere dei quali un'operazione di movimentazione di fondi può dirsi eseguita senza il consenso del pagatore. Spostando l'attenzione sul piano eziologico, però, emerge che l'esecuzione di un ordine di pagamento o di un ordine di riscossione emessi *sine consensu domini* può costituire il risultato tanto di una sequenza causale non governabile dal prestatore di servizi di pagamento, quanto di una negligenza a lui imputabile.

In altre parole, a prescindere – almeno per il momento – dalle intenzioni e dalla posizione del terzo (4), quando, a monte, l'intrusione nel sistema avrebbe potuto e dovuto essere impedita dal prestatore con l'adozione dei presidi di legge, o quando, a valle, la mancanza di consenso del pagatore avrebbe potuto e dovuto essere da lui notata, dovendo negare di conseguenza l'addebito, è evidente che la perdita dei fondi sarà almeno in parte da attribuire all'inadempimento del prestatore medesimo.

(3) I segmenti citati sono tratti da C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 290, il quale, a sua volta, riprende A. ALBANESE, *Trasferimento di dati e responsabilità del prestatore di servizi telematici: dal “diritto secondo” al “diritto primo”*, in *AIDA*, 2010, p. 355. Per quanto riferita, nei contributi menzionati, al contesto (diverso ma affine) della fornitura di servizi della società dell'informazione,

(4) Per «terzo» qui si intende, il soggetto, diverso dal pagatore legittimo e dal beneficiario, che, nelle operazioni *credit transfer*, si identifica con l'ordinante, e nelle procedure di riscossione, si identifica in colui che emette il negozio autorizzativo.

Come si dirà più diffusamente a tempo debito, infatti, il prestatore di servizi di pagamento è destinatario di numerosi obblighi – che potremmo latamente definire *di garanzia o di protezione* ⁽⁵⁾ – che le fonti europee, sulla scorta della relativa spinta armonizzatrice, specificano scrupolosamente, ma che, in verità, almeno nel loro nucleo essenziale, potrebbero già ricavarsi da un'applicazione rigorosa del criterio di diligenza professionale dettato (anche) per il *bonus argentarius* dall'art. 1176, comma 2°, c.c., nonché in applicazione del criterio generale di esecuzione del contratto secondo buona fede *ex art. 1375 c.c.* ⁽⁶⁾.

Sicché, sin da subito merita di essere evidenziata la distinzione fra operazioni eseguite senza consenso (anche) *a causa dell'inadempimento del prestatore*

⁽⁵⁾ La dir. 2015/2366/UE (cfr. art. 98, par. 1, lett. c) e il reg. dlg. (UE) n. 389/2018 (art. 1) discorrono di «misure di sicurezza».

⁽⁶⁾ La stessa giurisprudenza di legittimità ha ormai da molto tempo rilevato che «dalla normativa che regola il sistema bancario, vengono imposti, a tutela del sistema stesso e dei soggetti in esso inseriti, comportamenti in parte tipizzati, in parte enucleabili caso per caso, qualora la relazione logica fra le regole generali di condotta imposte ai soggetti di quel sistema e l'attività in concreto svolta dagli stessi evidenzii quell'assenza di diligenza e di cautele in cui si sostanzia la “*culpa in omettendo*”» (così, testualmente, Cass. civ., sez. I, 13 gennaio 1993, n. 343, in *Pluris*). In buona sostanza, dunque, la violazione dell'obbligo di correttezza nell'adempimento delle obbligazioni e dell'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto comportano responsabilità da inadempimento qualora non vengano adottati comportamenti che, seppure non siano espressamente previsti da alcuna norma specifica, debbano ugualmente ritenersi doverosi in relazione alle peculiarità del caso concreto. V. anche, da ultimo, Cass. civ., sez. un., 21 maggio 2018, n. 12477 (in *Pluris*), la quale ha acclarato che è ravvisabile un contatto sociale qualificato ogniqualvolta l'ordinamento imponga ad un soggetto, secondo i canoni della buona fede oggettiva, di tenere una condotta idonea a preservare e tutelare l'affidamento della controparte sul corretto espletamento, da parte sua, di preesistenti doveri di protezione che egli abbia volontariamente assunto o che – come nel caso della banca – discendano inequivocabilmente dal suo ruolo professionale. Per una sintetica ma complessiva trattazione della responsabilità dell'istituto bancario, cfr. G. ROZZA, *Banca, finanza*, in P. CENDON (a cura di), *Responsabilità civile*, Torino, 2017, p. 1169 ss.

di servizi di pagamento ⁽⁷⁾ e operazioni eseguite senza autorizzazione del pagatore *nonostante la diligente condotta del prestatore.*

Nondimeno, anche in capo all'utente di servizi di pagamento – e, segnatamente, al pagatore – sono ravvisabili obblighi di condotta volti a preservare l'interesse di controparte a non essere coinvolta in una vicenda di responsabilità, con la conseguenza che dovrà ravvisarsi un nesso eziologico – e, dunque, un concorso di responsabilità – fra l'omissione imputabile al titolare dei fondi e le perdite a lui derivate. Tale circostanza causale può aggiungersi a quella riconducibile alla condotta del prestatore coinvolto (o dei prestatori coinvolti) nella procedura, oppure può essere la sola – benché in combinato con l'opera illecita del terzo – ad aver cagionato l'evento.

L'analisi che si svolgerà nel prosieguo, dunque, non potrà prescindere dalle considerazioni sin qui svolte, giacché solo alla luce di queste si sarà in grado di misurare il gradi di divergenza fra il «diritto secondo» dei pagamenti elettronici non autorizzati e il «diritto primo» della responsabilità civile.

2. L'INEFFICIENZA DEI RIMEDI GENERALI PREDISPOSTI DAL CODICE CIVILE PER REAGIRE A UN ADDEBITO NON AUTORIZZATO: L'ORDINE DI PAGAMENTO EMESSO SOTTO NOME ALTRUI (NEI CREDIT TRANSFERS). IL (DEBOLE) SOCCORSO DELLA TUTELA AQUILIANA.

Prima di intraprendere lo studio di quello che in apertura s'è indicato con l'espressione «diritto secondo», è quanto mai opportuno ragionare sui diritti e i doveri che, in applicazione della disciplina generale delle obbligazioni e dei contratti contenuta nel codice civile, nascerebbero in capo ai soggetti coinvolti in una vicenda che culmina in un addebito non autorizzato. All'uopo, si prenderanno le mosse dalle conclusioni cui s'è pervenuti nella seconda parte del ca-

⁽⁷⁾ Ciò nel senso che le perdite derivate dalla esecuzione dell'operazione sono «conseguenza immediata e diretta» dell'inadempimento del prestatore-debitore, secondo la regola della causalità giuridica di cui all'art. 1223 c.c.

pitolo precedente, dovendosi anche *qui* – così come s’era fatto *là* – condurre una disamina bipartita, dapprima sul fronte dei *credit transfers*, e poi su quello dei *debit transfers*.

Siffatta analisi, invero, assolve a due diverse funzioni:

a) in primo luogo, essa costituirà il termine di paragone per giudicare l’efficacia e l’opportunità – almeno con riferimento al quadro normativo italiano – del regime introdotto in attuazione delle direttive europee sui servizi elettronici di pagamento nel mercato interno;

b) in secondo luogo – e soprattutto –, lo studio che ci si appresta a svolgere svela lo sfondo sul quale il summenzionato regime speciale si innesta; e, anzi, dal momento che quest’ultimo, giacché “mutilo”, non è abile alla risoluzione di gran parte delle questioni interpretative che originano dall’esecuzione di un’operazione non autorizzata, proprio al diritto comune delle obbligazioni e dei contratti dovrà farsi ricorso – sebbene in subordine – per dare a tali questioni esaustive risposte, completando, così, il quadro regolatorio.

Ebbene, con riguardo alle operazioni di *credit transfer* – e, volgendo, in particolare, l’attenzione all’archetipo di queste, ovverosia il servizio di bonifico –, si ricorderà che esse originano da un ordine emesso dal pagatore che, unitamente all’accettazione del suo prestatore, confluisce in quello che s’è a suo tempo chiamato *negozio ordinario*. Con esso, il prestatore si obbliga ad addebitare il conto del cliente e, negli schemi “a quattro parti” ⁽⁸⁾, ad attivare la procedura interbancaria finalizzata all’accredito dei fondi sul conto di pagamento del beneficiario. Si ricorderà, altresì, che il pagatore, al fine di ordinare la deportazione dei fondi, si autentica presso il proprio PSP, accedendo alla sua area riservata *online* mediante il dispositivo informatico ⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ Negli schemi “a tre parti”, invece, il PSP comune ad entrambe le parti, oltre ad obbligarsi ad addebitare il conto del pagatore, è altresì tenuto, in virtù del rapporto che lo lega anche al beneficiario, ad accreditare il conto di questi.

⁽⁹⁾ Diversa, invece, è l’ipotesi – ormai marginale – dei bonifici ordinati allo sportello che, tuttavia, per esigenze di ordine espositivo, non sarà qui oggetto di approfondita disamina.

Perché in tale contesto l'operazione possa dirsi non autorizzata, è necessario che l'ordine provenga da un soggetto diverso rispetto al titolare delle credenziali, e perciò, del pari, da un soggetto diverso dal titolare della disponibilità monetaria presente sul conto o comunque messaggi a disposizione dal PSP (ad esempio mediante la concessione di un'apertura di credito). È, cioè, necessario che un soggetto terzo si sia appropriato dei mezzi di accesso all'ambiente informatico messo dal prestatore a esclusiva disposizione suo cliente.

Da questa descrizione emerge come l'intrusione nell'area riservata altrui e, più in generale, l'appropriazione e la spendita di tutte le chiavi di accesso – nonché, se del caso, degli strumenti per generarle – realizzino un'ipotesi di usurpazione dell'altrui identità (o usurpazione del nome altrui) nell'emissione della dichiarazione negoziale volta a concludere un contratto «a rilevanza personale» ⁽¹⁰⁾. Il prestatore di servizi del pagatore, cioè, una volta ricevuto l'ordine di trasferimento dei fondi, sarà spinto ad accettarlo e a darvi esecuzione nell'erronea convinzione che esso sia stato emanato dal proprio cliente ⁽¹¹⁾,

Vanno anche ricordato che taluni istituti bancari danno ancor oggi la possibilità di ordinare i bonifici mediante una chiamata telefonica all'operatore preposto: anche questa ipotesi non sarà trattata nella presente indagine. Tuttavia, quanto si dirà nel prosieguo del testo rispetto ai bonifici ordinati dall'home banking potrà in larga parte applicarsi, fatte le necessarie precisazioni, anche alle due fattispecie appena richiamate.

⁽¹⁰⁾ Di «usurpazione del nome altrui» parla C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2019, p. 52, il quale precisa altresì (p. 51) che «La circostanza che una parte stipula sotto falso nome è priva di importanza nei contratti a soggetto indifferente». E non v'è alcun dubbio che il contratto di pagamento che il negozio ordinatorio (*i.e.* la proposta contrattuale) vuole concludere è un contratto a rilevanza personale (o, addirittura, *personalissima*).

⁽¹¹⁾ Converrà soltanto ribadire che una *voluntas* dal lato del prestatore è ravvisabile nonostante l'elevato grado di automazione che caratterizza i servizi elettronici di pagamento. Essa, invero, si risolve nella predisposizione del sistema telematico in grado di trattare le informazioni e di iniziare e gestire la procedura. Si vuol dire cioè, che anche laddove manchi una volontà formatasi contestualmente alla conclusione del contratto (ma comunque manifestata immantinentemente) non è esclusa la negozialità dell'atto medesimo. Nessuno, infatti, dubiterebbe che l'esposizione di merce sugli scaffali di un negozio valga quale proposta di vendita: eppure,

non essendo peraltro dotato di alcuno strumento – ulteriore rispetto alle procedure di accesso in ipotesi diligentemente implementate – capace di rilevare l'avvenuta usurpazione ⁽¹²⁾.

Siffatta conclusione, invero, appare perfettamente in linea con il significato che il termine «autenticazione» assume nell'ambito dell'*Information and Communication Technology* (ICT), e che il legislatore dell'Unione ha opportunamente *mutato e mutato* in precetto normativo. L'autenticazione, infatti – come è stato più sopra chiarito – è la «la procedura che consente al prestatore di servizi di pagamento di verificare l'identità di un utente di servizi di pagamento o la validità dell'uso di uno specifico strumento di pagamento, incluse le relative credenziali di sicurezza personalizzate fornite dal prestatore» ⁽¹³⁾.

In generale, la dichiarazione emessa a seguito dell'usurpazione del nome altrui – benché in tema siano state espresse opinioni differenti, almeno con riguardo all'ipotesi di contratto «fra assenti» ⁽¹⁴⁾ – produce la annullabilità del

la volontà di generare l'offerta al pubblica non si è formata contestualmente all'apprensione del prodotto (alla conclusione del contratto), ma ciò non toglie che l'atto formatosi abbia comunque natura contrattuale.

⁽¹²⁾ Non è poi così diverso da quel che accade quanto taluno ordini il bonifico per telefono spendendo vocalmente le credenziali altrui, o quando il bonifico sia ordinato allo sportello da soggetto portatore di documenti falsificati.

⁽¹³⁾ Art. 1, comma 1°, lett. q), d.lgs. n. 11 del 2010. Al riguardo, cfr. quanto chiarito *supra*, cap. III, §5.

⁽¹⁴⁾ Il riferimento è a G. PIAZZA, voce *Negoziato sotto nome altrui*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 130 ss.: «Assumono pertanto un valore decisivo nell'interpretazione del dichiarato le circostanze di tempo e di luogo della formazione e conclusione del contratto, se cioè questa sia seguita tra persone presenti ovvero tra assenti. Ora quando il dichiarante si presenta personalmente alla controparte e, spacciandosi per un altro, emette in prima persona la dichiarazione negoziale, il destinatario non può intenderla se non nel senso che il contenuto precettivo di questa, gli effetti di cui essa è capace sono da riferire alla persona che fisicamente gli sta innanzi. [...] Ma allo stesso risultato l'interpretazione secondo buona fede del dichiarato può portare quando le trattative sono state svolte da lontano, per corrispondenza, e la conclusione del contratto è avvenuta tra assenti? Mentre tra presenti è lecito argomentare che se il destina-

contratto concluso in applicazione dell'art. 1429, n. 3, c.c., e cioè in ragione del fatto che la parte ha prestato il proprio consenso dopo essere caduto in errore sulla identità dell'altro contraente, purché, beninteso, tale circostanza si atteggi come determinante per il consenso prestato ⁽¹⁵⁾.

Tuttavia, nell'ipotesi di ordine di pagamento emesso dal terzo che si sia intromesso nell'area riservata altrui, la falsa rappresentazione della realtà maturata dal prestatore è conseguenza di un artificio, con la conseguenza che – sebbene questa doverosa precisazione, nella specie, abbia scarse ricadute pratiche ⁽¹⁶⁾ – il contratto risulterà annullabile non già per errore, bensì per dolo determinante in virtù dell'art. 1439, comma 1°, c.c. ⁽¹⁷⁾. Non trova, invece, applicazione il comma 2° art. cit., giacché il dolo non proviene dal terzo bensì dalla controparte contrattuale, che tale rimane nonostante abbia usurpato l'identità

tario della proposta sotto nome altrui ha accettato, vuol dire che l'impressione personale in lui destata dalla sembianza corporea del dichiarante ha prevalso, sulla rappresentazione suscitata dal nome - sì che egli ha soltanto ricollegato erroneamente a quella persona fisica che aveva di fronte il nome e le qualità personali a lui note *ex auditu* del legittimo portatore di quel nome -, altrettanto non può dirsi quando è mancato ogni contatto personale tra i soggetti del negozio, come è appunto nella formazione e conclusione tra assenti». Ma v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 53, secondo il quale, a tale opinione, può comunque obiettarsi «che neppure tale circostanza (lontananza dei contraenti) vale ad escludere il riferimento alla persona del contraente come colui che emette (comunicandola per posta o con altri mezzi) la dichiarazione contrattuale». V. anche, sul punto, l'opinione più articolata di R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino-Milano, 2016, p. 120 ss.

⁽¹⁵⁾ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 53: «L'uso del falso nome può consistere, più particolarmente nella *usurpazione* del nome altrui. Anche in questa ipotesi la controparte potrà far valere il suo errore sull'identità dell'usurpatore. Occorre comunque che l'errore sia essenziale e cioè che il convincimento di contrattare con la persona di cui l'usurpatore ha usato il nome sia stato determinante del consenso secondo criteri di normalità».

⁽¹⁶⁾ V'è soltanto che, trovando applicazione la disciplina del dolo, non si porrà logicamente la questione della riconoscibilità dell'errore (art. 1428 c.c.).

⁽¹⁷⁾ Ritiene, invece, inesistente l'ordine di pagamento emesso dal terzo V. DE STASIO, *Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta*, Milano, 2016, p. 111 ss. Sul punto, però, v. quanto già illustrato *supra*, cap. III, §6 (in particolare, nt. 72).

altrui. Infatti, «l'usurpatore assume in proprio l'impegno contrattuale mentre il contratto rimane privo di effetti rispetto alla persona di cui è stato usurpato il nome» in base al principio di relatività degli effetti ⁽¹⁸⁾.

Ebbene, proprio alla luce della circostanza da ultimo acclarata è possibile apprezzare tutta l'inadeguatezza dei rimedi generali – primo fra tutti, l'azione di annullamento ⁽¹⁹⁾ – quando si tratta di reagire a un addebito non autorizzato. Com'è noto, infatti, l'azione di annullamento può essere esperita soltanto dalla parte presidiata, ovverosia, nell'ipotesi qui considerata, dal prestatore vittima dell'artificio. Non v'è chi non veda, però, come, nel caso dell'esecuzione di operazioni di pagamento, il prestatore, allorquando gli venga denunciata l'intrusione, non abbia alcun interesse *proprio* a perseguire l'annullamento del contratto ⁽²⁰⁾, dal momento che egli si è limitato a scritturare a debito il conto del proprio cliente, e perciò dall'annullamento non ricaverebbe nessun vantaggio.

Né il prestatore potrebbe effettuare una scritturazione contabile uguale e contraria a quella effettuata a seguito dell'intromissione, e ciò sia a causa del carattere definitivo che le transazioni assumono una volta avviato il regolamento a livello di sistema ⁽²¹⁾, sia perché, a rigore, il contratto annullabile, per quanto invalido, è pur sempre (almeno provvisoriamente) efficace.

⁽¹⁸⁾ Così, testualmente, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 53.

⁽¹⁹⁾ La disciplina degli effetti dell'annullamento, in particolare, è evidentemente pensata dal legislatore con principale riferimento ai contratti traslativi, il che la rende poco adatta ai contratti di prestazione di servizi.

⁽²⁰⁾ Non senza fondamento potrebbe, infatti, sostenersi che egli addirittura difetterebbe dell'interesse ad agire richiesto dall'art. 100 c.p.c.

⁽²¹⁾ Lo stesso legislatore, all'art. 17, comma 6°, d.lgs. n. 11 del 2010, mostra di recepire il principio di definitività delle operazioni di pagamento («In ogni caso, la revoca di un ordine di pagamento ha effetto solo nel rapporto tra il prestatore di servizi di pagamento e l'utilizzatore del servizio, senza pregiudicare il carattere definitivo delle operazioni di pagamento nei sistemi di pagamento»). Invero, il principio era stato introdotto già con il d.lgs. n. 210 del 2001 recante «Attuazione della direttiva 98/26/CE sulla definitività degli ordini immessi in un siste-

La verità è che il contenuto stesso dell'obbligazione che sorge in capo al prestatore a seguito dell'ordine di pagamento rende totalmente inefficiente il rimedio costituito dall'annullamento: con l'esecuzione dell'addebito, infatti, la disponibilità monetaria oggetto dell'operazione esce definitivamente dal conto (*i.e.* dal patrimonio) dell'«utente legittimo», ed è proprio questo – a prescindere da ogni ulteriore considerazione sul versante negoziale – il *fatto generatore* della perdita (il prestatore non movimentava danari suoi propri, bensì i fondi del suo cliente).

A nulla, inoltre, varrebbe argomentare che, producendo il contratto di pagamento i suoi effetti tra le parti che lo hanno effettivamente stipulato (il prestatore e l'usurpatore), allora l'ordinante sotto mentite spoglie sarebbe tenuto a fornire *ex post* la provvista con mezzi suoi propri. Per un verso, infatti, il contratto per l'esecuzione di una operazione di pagamento non si conclude affatto se non è stata previamente predisposta una sufficiente provvista cui attingere, secondo uno schema che ricorda – sia concesso il paragone – quello del contratto reale. Al netto di ciò, per altro verso, si dà il caso che oramai una provvista sia stata profusa, e si dà altresì il caso che fosse esattamente quella di cui poteva disporre soltanto il titolare del conto.

Stando così le cose, allora, si potrebbe esser tentati di risolvere la questione facendo applicazione dell'art. 1192 c.c., il quale regola precisamente il pagamento eseguito con cose altrui⁽²²⁾. Sennonché:

ma di pagamento o di regolamento titoli»: infatti, all'art. 1 (rubricato «Definitività degli ordini di trasferimento e della compensazione»), si stabilisce che «Gli ordini di trasferimento, la compensazione e i conseguenti pagamenti e trasferimenti sono vincolanti tra i partecipanti a un sistema» (comma 1°) e che «Nessuna azione, compresa quella di nullità, può pregiudicare nei confronti del sistema la definitività degli ordini di trasferimento, della compensazione e dei conseguenti pagamenti e trasferimenti» (comma 3°). Al riguardo, cfr., per tutti, V. DE STASIO, *Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta*, cit., p. 181 ss.

⁽²²⁾ L'art. 1192, comma 1° c.c. così recita: «Il debitore non può impugnare il pagamento eseguito con cose di cui non poteva disporre salvo che offra di eseguire la prestazione dovuta

a) in primo luogo non è affatto detto che fra l'effettivo ordinante e il beneficiario dei fondi intercorra un rapporto debito-credito, e, anzi, generalmente l'usurpazione delle credenziali dell'*home banking* è fatta proprio allo scopo di rivolgere i fondi verso conti di destinazione sui quali l'ordinante stesso ha piena signoria;

b) in secondo luogo – e in ogni caso –, anche laddove l'ordine di bonifico venga emesso a scopo solutorio, va rammentato che l'art. 1192 c.c., in coerenza con la sua collocazione topografica, regola soltanto i rapporti fra le parti del rapporto obbligatorio ed ha invece un atteggiamento del tutto indifferente rispetto alle esigenze di tutela del terzo ormai privo della disponibilità sottrattagli⁽²³⁾.

Acclarato, dunque, che facendo leva sull'invalidità del contratto ordinatorio, nonché sulla sua (almeno provvisoria) vincolatività fra le sole parti che lo hanno effettivamente stipulato, non sono individuabili adeguati strumenti di tutela del soggetto che sia stato vittima dell'usurpazione, occorre proseguire nello scrutinio, rivolgendo ora l'attenzione all'istituto del pagamento dell'indebito. Ci si domanda, cioè, se il soggetto che si sia accorto dell'avvenuta esecuzione di un'operazione di bonifico non autorizzata a valere sul proprio conto possa pretendere dal beneficiario la ripetizione di quanto ricevuto.

Nel rispondere al quesito formulato, occorre tenere in considerazione che il beneficiario dei fondi, ovvero sia il titolare del conto di destinazione, tanto potrebbe essere un concorrente nell'attività illecita del disponente-usurpatore (o potrebbero essere la stessa persona), quanto, invece, potrebbe essere un soggetto totalmente estraneo all'illecito, come tale ignaro dell'avvenuta usurpazione. Inoltre: in entrambe le predette ipotesi, il beneficiario, tanto po-

con cose di cui può disporre». Il comma 2° aggiunge: «Il creditore che ha ricevuto il pagamento in buona fede può impugnarlo, salvo il diritto al risarcimento del danno».

⁽²³⁾ Cfr., al riguardo, M.C. VENUTI, *I soggetti del pagamento*, in *Comm. Schlesinger*, Artt. 1188-1192, Milano, 2018, p. 237 ss. In giurisprudenza v. Cass. civ., sez. III, 23 luglio 2012, n. 12795 (in *Pluris*), che ha incidentalmente ribadito quanto affermato nel testo.

trebbe essere svincolato da un rapporto obbligatorio con il disponente-usurpatore, quanto, all'opposto, potrebbe essere il di questi creditore.

È quindi evidente che, in molti di questi casi, l'interesse della vittima dell'usurpazione non concorre con l'interesse del beneficiario a trattenere i fondi ricevuti, e ciò o perché quest'ultimo non è affatto creditore della somma, oppure perché, pur essendolo, la sua posizione non è meritevole di tutela, avendo egli cooperato nell'illecito.

Ad ogni modo, ragionando sul piano dogmatico-formale – e reprimendo, dunque, ogni tentazione orientata a giustizia –, deve osservarsi che in nessuna delle fattispecie prese in esame il trasferimento del denaro scritturale risulta riferibile all'intestatario del conto d'asportazione, nel senso che l'inesco della procedura non è un fatto riconducibile alla *suitas* del medesimo, non potendosi conseguentemente rinvenire nella sua persona la qualifica di *tradens*. L'intervento del soggetto usurpatore, in altre parole, è idoneo a interrompere il nesso di riferibilità tra la movimentazione contabile e la persona del titolare del conto manomesso ⁽²⁴⁾.

È alla *voluntas* dell'usurpatore, insomma, che va imputato il risultato pratico della procedura, e non a quella dell'offeso, la cui volontà non solo non

⁽²⁴⁾ Perché possa parlarsi di *pagamento* – e, quindi, di riflesso, perché possa parlarsi di *pagamento dell'indebito* – occorre la c.d. imputabilità al debitore (o al *tradens*). Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 2019 (rist. agg.), p. 263: «Alla doverosità dell'adempimento è connesso il carattere della *imputabilità al debitore*. Come attuazione della posizione debitoria l'adempimento richiede infatti la sua riferibilità al soggetto che ne è titolare. Non basta quindi che un fatto sia astrattamente corrispondente al contenuto del rapporto obbligatorio, ma per aversi adempimento, occorre che lo svolgimento dell'attività o il realizzarsi del risultato dovuto siano riferibili alla sfera giuridica del debitore. Questo riferimento è dato da un nesso causale o giuridico che collega l'adempimento alla persona dell'obbligato». Di una relazione di causalità che deve intercorrere tra l'attività del debitore ed il risultato che rappresenta la finalità del rapporto parla anche P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 1280. In tema, v. anche quanto specificato, in questo capitolo, alla successiva nt. 28.

s'è mai manifestata, ma addirittura non si è nemmeno formata, dovendo di conseguenza escludersi che in capo alla vittima dell'intrusione, secondo lo schema della *condictio indebiti*, sorga il diritto alla ripetizione di quanto egli non ha mai effettivamente prestato ⁽²⁵⁾.

Peraltro, la questione relativa alla necessaria riferibilità causale della *solutio al tradens* – giova precisarlo, onde evitare equivoci – non deve essere confusa con l'altra annosa faccenda – risolta pressoché unanimemente in senso negativo dalla moderna dottrina – vertente sulla destinazione funzionale dell'atto, e cioè se soltanto la presenza di uno specifico intento solutorio (o *animus solvendi*) consenta di ravvisare nel contegno del *solvens* i caratteri distintivi del pagamento dell'indebito ⁽²⁶⁾.

Ebbene, se, dunque, il titolare del conto manomesso – il *pagatore*, cioè – non può, per le ragioni illustrate, pretendere dal beneficiario la ripetizione dell'indebito ⁽²⁷⁾, a costui non rimane che, sussistendone i presupposti, far vale-

⁽²⁵⁾ A diversa conclusione non potrebbe pervenirsi nemmeno se il servizio di bonifico fosse riconducibile allo schema della delegazione di pagamento (conclusione che s'è negata *supra*, cap. II, §5, alla luce della regola di neutralità delle operazioni di pagamento rispetto all'eventuale rapporto di valuta sottostante). Eppure, secondo U. BRECCIA, *I cosiddetti «rapporti trilaterali» e la ripetizione dell'indebito*, in *Tratt. Rescigno*, IX, *Obbligazioni e contratti*, I, Torino, 1999, p. 945, «Se, per qualsiasi causa, non esiste o viene a cadere il rapporto di provvista, l'azione di ripetizione spetta al delegato nei confronti del delegante; se tale sorte colpisce il rapporto di valuta, l'azione di ripetizione spetta al delegante nei confronti del delegatario». Tuttavia, se non ci si inganna, l'A. non ragiona (anche) con riferimento all'ipotesi – che qui interessa – che si risolve in uno *iussum* inoltrato sotto falso nome.

⁽²⁶⁾ Cfr., al riguardo, *ex multis*, A. SPADAFORA, *Profili dell'atto solutorio non dovuto*, Milano, 1996, p. 73 ss.; U. BRECCIA, voce *Indebito (ripetizione dell')*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989, p. 3; E. MOSCATI, *Pagamento dell'indebito*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Artt. 2028-2042, Bologna-Roma, 1981, p. 214 ss.

⁽²⁷⁾ Non conta che – sebbene la circostanza possa alimentare la tentazione di applicare in via estensiva il rimedio della *condictio* – il beneficiario di una somma di denaro pervenutagli tramite bonifico sia in grado di conoscere senza difficoltà il nome del titolare dei fondi, così come la causa(le) eventualmente indicata nell'ordine.

re la sua pretesa risarcitoria in virtù dell'art. 2043 c.c., laddove, nella specie, il «danno ingiusto» è integrato dalla lesione al potere di disposizione del valore monetario generata dal fatto dannoso costituito dall'emissione abusiva dell'ordine di pagamento ⁽²⁸⁾.

In particolare, a rispondere dei pregiudizi subiti potrà senz'altro essere chiamato l'usurpatore delle credenziali e tutti coloro che abbiano concorso a vario modo nella realizzazione della condotta illecita, compreso, se del caso, il beneficiario dei fondi oggetto dell'atto dispositivo, anche nell'eventualità che questi sia creditore dell'usurpatore, e sempre che anche costui fosse complice dell'azione ⁽²⁹⁾.

Quando, poi, il beneficiario sia estraneo all'azione illecita, ignaro, pertanto, della mancanza del consenso del pagatore, e, al contempo, non sia nemmeno creditore di colui o coloro che hanno manomesso il conto – ipotesi, invero, assai inverosimile ma non per questo irrealizzabile –, il pagatore dovrebbe poter trovare tutela nell'azione sussidiaria di arricchimento senza causa *ex art.* 2041 c.c. ⁽³⁰⁾. In applicazione di tale rimedio, in particolare, l'ammontare dell'indennizzo dovuto dall'arricchito al danneggiato dovrebbe corrispondere all'esatto ammontare della somma di denaro trasferita, sicché, come si vede, il

⁽²⁸⁾ Opportunamente C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 791, con riferimento alla ripetizione dell'indebitto, afferma: «Tale fattispecie è tipicamente distinta rispetto al fatto illecito in quanto anche l'indebitto dà luogo alla lesione di un interesse giuridicamente protetto, ma qui la lesione è causata dallo stesso danneggiato». E aggiunge (nt. 2): «Anche se l'accipiente è in mala fede l'indebitto non costituisce di per sé un illecito perché il pagamento è un atto dell'adempiente o comunque a lui imputato».

⁽²⁹⁾ Deve ritenersi integrato il concorso del beneficiario anche soltanto quando egli abbia preso parte all'azione illecita mediante la mera messa a disposizione del conto di pagamento a lui intestato, ancorché l'usurpazione delle credenziali e l'abusiva immissione nell'*account* siano state materialmente realizzate da altri suoi sodali.

⁽³⁰⁾ Sul punto, cfr. P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, p. 26 ss. V. anche, sui rapporti fra illecito civile extracontrattuale e arricchimento senza causa, C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 707 ss.

risultato pratico – limitatamente a quest’ipotesi – non è poi così diverso da quello che si sarebbe conseguito in applicazione delle regole sulla ripetizione della prestazione indebitamente eseguita.

Il diritto all’indennizzo per ingiustificato arricchimento – si conceda di formulare un’ipotesi ancora più inverosimile ma dogmaticamente interessante – dovrebbe sorgere anche allorquando il beneficiario sia ignaro dell’azione criminosa e creditore del pagatore che sia stato vittima dell’usurpazione, giacché, mancando la riferibilità del trasferimento al debitore, non può predicarsi, rispetto al fatto dell’avvenuto accredito, la qualità di *adempimento*. Dovrebbe, in ogni caso, rimanere salva l’operatività della compensazione che, tuttavia, non potrà assumere le fattezze di una compensazione legale, bensì al più giudiziale, stante la necessaria liquidazione giudiziale dell’indennizzo da ingiustificato arricchimento.

Particolare, infine, è l’ipotesi in cui l’usurpatore abbia manomesso l’*account* del pagatore – eventualmente anche attraverso l’opera di un terzo – al fine di procurarsi da sé la somma che quest’ultimo gli doveva in virtù di un preesistente rapporto obbligatorio. La posizione del beneficiario-creditore, in questo caso, non può essere tutelata: per un verso, infatti, anche qui vale quanto s’è poc’anzi affermato circa l’inattitudine del trasferimento a valere come adempimento; per altro verso, la compensazione deve essere in ogni caso esclusa in applicazione del generale principio *nemini suus dolus prodesse debet* ⁽³¹⁾.

3. (SEGUE) L’ORDINE DI RISCOSSIONE EMESSO IN DIFETTO DI LEGITTIMAZIONE (NEI DEBIT TRANSFERS).

Proseguendo nel proposto esercizio consistente nell’individuare i rimedi esperibili dal pagatore al ricorrere di un’operazione non autorizzata alla luce

⁽³¹⁾ Pare ragionevole concludere, infatti, che nel bilanciamento degli illeciti (contrattuale ed extracontrattuale) prevalga la riprovevolezza del fatto criminoso.

del diritto civile comune, devono ora prendersi in considerazione le operazioni di riscossione (*debit transfers*) eseguite senza il consenso del pagatore.

Come si ricorderà, la fattispecie ricorre quando il beneficiario abbia proficuamente emesso un ordine di riscossione senza che il pagatore abbia rilasciato il negozio autorizzativo ⁽³²⁾, il che, in concreto, accade:

a) quando, con riferimento al servizio di addebito diretto, un terzo abbia compilato e sottoscritto un documento di «mandato» sotto false generalità oppure quando, benché sfoggiando il suo vero nome, abbia tuttavia indicato – con dolo o colpa – gli estremi di un conto d’asportazione a lui non intestato, in particolare il suo identificativo unico;

b) quando taluno si sia impossessato della carta di pagamento altrui e del codice segreto associato;

c) quando taluno si sia impossessato delle credenziali necessarie per autenticarsi presso un prestatore di servizi di disposizione di ordini di pagamento.

In tutti questi casi, l’addebito del conto di pagamento (o, nel caso delle carte di credito, la deduzione della somma movimentata dal *plafond* accordato ⁽³³⁾) è precisamente l’oggetto del contratto intercorrente fra il pagatore (effettivo titolare dei fondi) e il proprio prestatore di servizi di pagamento, nel senso che da tale contratto sorge il dovere per il prestatore di gestire la disponibilità monetaria del cliente in conformità alla volontà di quest’ultimo. Nel caso dei *debit transfers*, però, la volontà del pagatore si risolve nell’emissione del negozio autorizzativo a favore del beneficiario, il quale, dunque, mancando tale negozio, emetterà nei confronti del PSP del pagatore un ordine in totale mancanza di legittimazione.

A rigore, quindi, il contratto tra colui che emette l’ordine di riscossione (il beneficiario) e il PSP del pagatore, dovrebbe essere inefficace per il pagatore.

⁽³²⁾ V. quanto chiarito *supra*, cap. III, §7.

⁽³³⁾ Anche nel caso delle carte di credito, tuttavia, il danno vero e proprio si realizza con l’accredito in conto della somma oggetto dell’operazione. Al riguardo, v. quanto chiarito *supra*, cap. II, §2.2.5.

Ancora una volta, però, sulla scorta di quanto già ampiamente osservato per gli ordini di bonifico non autorizzati, va osservato che i tentativi di ricerca di strumenti di tutela per il pagatore sul versante negoziale appaiono del tutto vani, dal momento che il fatto generatore del danno per il pagatore non è costituito dalla successione degli atti negoziali che compongono la procedura di riscossione, bensì dal fatto stesso dell'addebito del conto (o dalla defalcazione del *plafond*) in combinato con la regola della irreversibilità delle operazioni di pagamento; fatto che si traduce nella perdita del potere di sovrintendere alla gestione della disponibilità monetaria ormai perduta.

Anche rispetto ai *debit transfers* non autorizzati, dunque, l'unico strumento di tutela delle ragioni del pagatore, laddove trovasse applicazione il diritto comune, sarebbe costituito dall'azione di danno *ex art. 2043 c.c.* Sussistendone i presupposti, quindi, la pretesa risarcitoria, al netto di rilievi sulla responsabilità del PSP del pagatore, potrebbe essere da quest'ultimo rivolta rispettivamente verso colui che abbia compilato con dolo o colpa il mandato di addebito diretto, verso colui che si sia impossessato della carta di pagamento (o di altro strumento analogo) e, se del caso, del relativo codice segreto, nonché verso chi si sia impossessato delle credenziali necessaria per l'autenticazione presso il prestatore di servizi di disposizione di ordini di pagamento.

L'azione di danno, poi, potrebbe essere rivolta verso il creditore (il quale generalmente coincide l'esercente fornitore di beni o servizi), qualora abbia concorso con il terzo, a titolo doloso, nella realizzazione del fatto illecito.

Difficile è dire se, invece, possa ravvisarsi una responsabilità in capo all'esercente per aver egli predisposto, fra le modalità di adempimento dell'obbligazione pecuniaria, un c.d. metodo di pagamento particolarmente esposto a rischi di frode, il che tipicamente accade quando nell'area di vendita *online*, nell'ambito della c.d. procedura di *checkout*, viene data la possibilità al pagatore di adempiere all'obbligazione pecuniaria mediante il mero inserimento dei dati della carta di pagamento rinvenibili su di essa (numero identificati-

vo della carta, codice di sicurezza generalmente posto sul retro, data di scadenza della carta) ⁽³⁴⁾.

Dovrebbe, tuttavia, propendersi per una risposta negativa al quesito. Fugando soluzioni alquanto stridenti con la fattispecie considerata – quali la configurabilità di obblighi di protezione da contatto sociale, o l'applicazione di un non meglio precisato principio di precauzione come criterio di imputabilità del danno ⁽³⁵⁾ –, va infatti osservato che per il sorgere di una responsabilità in tal senso deve a rigore potersi ravvisare una colpa in capo all' esercente, la quale, com'è noto, discende dalla violazione di specifiche regole cautelari dettate dalla legge – del tutto assenti in materia, pure a livello eurounitario – oppure dal generico ammanco di diligenza, prudenza e perizia, anch'esso non ravvisabile nel caso considerato ⁽³⁶⁾.

Nemmeno, infine, l' esercente potrebbe essere chiamato a rispondere in base all' art. 2050 c.c., in seguito alla qualificazione come pericolosa dell' attività da lui svolta. Da un lato, infatti, senza che nemmeno vi sia il bisogno di indugiare nell' illustrazione del significato che l' espressione «attività pericolosa» ha assunto nella giurisprudenza, va osservato che l' accettazione di

⁽³⁴⁾ L' ipotesi era già stata presa in considerazione *supra*, cap. II, §2.2.5. Rispetto ad essa, in particolare, giova rammentare che in dottrina è stato opportunamente osservato come l' utilizzo di una carta di pagamento svincolato dall' uso di codici segreti debba far propendere per una assimilazione di questa operazione con quelle di addebito diretto (con conseguente diritto, in applicazione della direttiva europea, al rimborso incondizionato entro otto settimane). Sul punto si fa rinvio a O. TROIANO, *La disciplina uniforme dei servizi di pagamento: aspetti critici e proposte ricostruttive*, in M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, p. 24 ss. (v. anche nt. 3).

⁽³⁵⁾ Respinge con forza l' idea che nella c.d. precauzione possa ravvisarsi un criterio, diverso dalla colpa, di imputazione dell' evento dannoso, C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 434 ss.

⁽³⁶⁾ Salvo che non si voglia introdurre in via surrettizia, attraverso i criteri che specificano la colpa generica, una ipotesi di responsabilità oggettiva.

carte di pagamento non costituisce affatto una *attività*; né, *ad abundantiam*, potrebbe rilevarsi un nesso causale tra l'esercizio di quella attività e il danno derivato al pagatore a seguito dell'utilizzo non autorizzato della carta ⁽³⁷⁾.

S'avrà modo di illustrare, però, come a diverse conclusioni debba giungersi in applicazione della disciplina contenuta nell'art. 12, comma 2°-bis, 2° per., d.lgs. n. 11 del 2010, ai sensi del quale «Il beneficiario o il prestatore di servizi di pagamento del beneficiario rimborsano il danno finanziario causato al prestatore di servizi di pagamento del pagatore se non accettano l'autenticazione forte del cliente» ⁽³⁸⁾.

4. *LA DISCIPLINA DELLE OPERAZIONI DI PAGAMENTO NON AUTORIZZATE NEL D.LGS. N. 11 DEL 2010, COSÌ COME MODIFICATO DAL D.LGS. N. 218 DEL 2017: INQUADRAMENTO GENERALE. ANCORA SULLE CRITICITÀ CHE DERIVANO DALLA MANCATA DIFFERENZIAZIONE FRA I DIVERSI SERVIZI DI PAGAMENTO.*

Dallo studio poc'anzi svolto rimane, dunque, dimostrato che, in mancanza di una disciplina escogitata *ad hoc* per le operazioni di pagamento elettroniche non autorizzate, il pagatore avrebbe a disposizione strumenti decisamente inefficaci per reagire alle perdite subite. In primo luogo, infatti, egli non potrebbe ottenere ristoro dal proprio prestatore, sempre che questi dia prova, in applicazione dell'art. 1218 c.c., che l'evento dannoso non è dovuto al proprio

⁽³⁷⁾ Cfr., fra le altre, Cass. civ., sez. III, 21 ottobre 2005, n. 20359 (in *DeJure*), la quale ha sancito che ai fini del riconoscimento di una responsabilità ai sensi dell'art. 2050 c.c. è necessaria la sussistenza di un nesso eziologico tra l'attività pericolosa stessa e l'evento di danno, riconducibili all' esercente. Tale nesso «deve consistere in una relazione diretta tra danno e rischio specifico dell'attività pericolosa o dei mezzi adoperati, giacché, diversamente, il danno cagionato può essere riconosciuto solo in base al criterio generale dell'art. 2043 c.c., se ne ricorrono i presupposti di applicazione».

⁽³⁸⁾ V. *infra*, in questo capitolo, §5.1.

inadempimento, e dia prova, cioè, di aver adottato tutte le cautele necessarie conformemente alla sua qualità professionale. In secondo luogo, il pagatore non potrebbe utilmente rivolgersi al beneficiario in buona fede per ottenere la restituzione della somma che questi si sia visto accreditare, salvo che, non essendone creditore, non possa essere chiamato a “rispondere” del suo ingiustificato arricchimento.

A disposizione del pagatore, dunque, resterebbe soltanto l'azione di danno *ex art. 2043 c.c.*, da rivolgere verso coloro che abbiano concorso in vario modo nell'opera di sottrazione dei fondi. È del tutto evidente, però, che la disciplina codicistica della responsabilità aquiliana rende particolarmente debole la posizione del danneggiato. Quest'ultimo, infatti, dopo essere riuscito nella difficile impresa di individuare i responsabili della manomissione e i loro eventuali ausiliari, dovrebbe convenire in giudizio tutti i predetti soggetti (o l'unico scoperto), con tutti i costi connessi, anche in termini temporali, e con il noto svantaggio derivante dal dover far fronte al gravoso onere probatorio ⁽³⁹⁾.

Peraltro, anche quando la condotta del danneggiante integri gli estremi del reato e l'azione di danno sia esercitata dal pagatore nel processo penale in qualità di parte offesa, sebbene, per un verso, il carico probatorio ne risulterebbe attenuato in virtù degli oneri cui in quella sede deve tipicamente assolvere l'organo inquirente, per altro verso, non verrebbe comunque meno lo svantaggio, cui s'è poc'anzi fatto cenno, derivante dai tempi processuali e, più in generale, dal coinvolgimento – sempre tutt'altro che gradevole – in una vicenda giudiziaria.

Di conseguenza, anche laddove il pagatore riesca a “scovare” gli autori dell'illecito, sarebbe in ogni caso scarsamente incentivato a intraprendere nei loro confronti un'iniziativa giudiziale, e, nei casi in cui le somme sottratte siano particolarmente esigue, il pagatore potrebbe essere addirittura tentato dal rinunciare a far valere ogni suo diritto.

⁽³⁹⁾ Cfr., per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, cit., p. 573 ss.

Va altresì rimarcato – si crede, invero, che l’osservazione sia particolarmente rilevante – che, laddove si dovesse ricorrere ai rimedi generali, lo svantaggio dipendente dalla compromissione in una vicenda processuale non verrebbe escluso nemmeno dall’imputabilità del danno (anche) alla negligenza del prestatore di servizi di pagamento. Il cliente, infatti, sarebbe comunque costretto a convenire la controparte contrattuale in giudizio, giacché soltanto in quella sede si sarebbe in grado di individuare il difficile discrimine fra danno inevitabile – e quindi non *imputabile* – e danno che, invece, il prestatore avrebbe potuto evitare con l’adozione degli opportuni presidi (o che, all’opposto, avrebbe potuto evitare il pagatore, adottando in prima persona tutte le cautele del caso).

Siffatto quadro ha subito un drastico mutamento a seguito dell’intervento del legislatore dell’Unione – ma, ancora prima, del legislatore comunitario –, il quale ha orientato la propria azione normativa nella consapevolezza che i livelli di integrazione e dinamismo del mercato interno dipendono in larga parte dalla possibilità per professionisti e clienti (non solo consumatori) di poter rispettivamente offrire e acquistare beni e servizi attraverso agili procedure di pagamento elettroniche ⁽⁴⁰⁾, e nel convincimento, altresì, che la diffusione di tali procedure dipende soprattutto dal grado di fiducia che gli operatori del mercato hanno nei confronti di esse in termini di efficienza e sicurezza ⁽⁴¹⁾.

Invero, dopo l’attuazione delle due direttive sui servizi di pagamento nel mercato interno, il pagatore che abbia subito una perdita di fondi a causa

⁽⁴⁰⁾ Cfr., infatti, il 1° *considerando* della der. 2007/64/CE: «Ai fini della creazione del mercato interno è essenziale che tutte le frontiere interne alla Comunità siano smantellate in modo da rendere possibile la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali. Il buon funzionamento del mercato unico dei servizi di pagamento è pertanto fondamentale. Attualmente la mancanza di armonizzazione in questo settore ostacola il funzionamento di tale mercato».

⁽⁴¹⁾ Lo stesso termine «fiducia» è particolarmente ricorrente, soprattutto nella PSD2 (cfr., ad esempio, il 6°, 84° e 87° *considerando*).

dell'esecuzione di un'operazione di pagamento avvenuta senza il suo consenso dispone di uno strumento di tutela estremamente efficace. Egli, infatti, non appena i fondi gli vengono sottratti in esecuzione di un ordine di trasferimento o di riscossione, matura *istantaneamente* il diritto al «rimborso» di detti fondi nei confronti della controparte contrattuale, ovverosia il PSP che ha fornito il servizio in esecuzione del quale è stata effettuata la movimentazione del denaro scritturale; e, se per l'esecuzione dell'operazione è stato addebitato il conto di pagamento del pagatore, il PSP presso cui è radicato «riporta il conto nello stato in cui si sarebbe trovato se l'operazione di pagamento non avesse avuto luogo, assicurando che la data valuta dell'accredito non sia successiva a quella dell'addebito dell'importo» (art. 11, comma 1°, d.lgs. n. 11 del 2010) ⁽⁴²⁾.

Nel suo nucleo essenziale, dunque, il regime di matrice eurounitaria dettato per le operazioni di pagamento non autorizzate rivoluziona la posizione del pagatore. Quest'ultimo, cioè, dalla condizione di netto svantaggio che gli sarebbe derivata se avesse potuto avvalersi soltanto dei rimedi di diritto comune, viene al contrario a trovarsi in una posizione di sicuro vantaggio, giacché può pretendere dalla controparte del contratto di pagamento la reintegrazione nello *status quo ante*, senza perciò dover far fronte agli sforzi necessari per individuare i responsabili (fra i quali, come chiarito, potrebbe anche figurare proprio lo stesso PSP in ragione della sua negligenza), e senza essere costretto a iniziare un giudizio e ad attenderne la relativa definizione ⁽⁴³⁾.

⁽⁴²⁾ Cfr. art. 73, par. 1, dir. 2015/2366/UE.

⁽⁴³⁾ Nello stesso senso, cfr. O. TROIANO - V.V. CUOCCI, *sub* art. 11 d.lgs. n. 11 del 2010, in M. MANCINI - M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento. Commentario al d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11*, Torino, 2011, p. 139: «La portata fortemente innovativa della norma in commento sta proprio nel fatto che esclude la prassi vigente di autotutela del fornitore, il quale, giunto alla conclusione della responsabilità dell'utente, provvede ad addebitargli il conto per l'importo dovuto, ponendolo nella condizione – ove ritenga di aver ragione – di dover effettuare contestazioni, e, in caso negativo, iniziative giudiziali, lungo le quali l'addebito permane».

Il pagatore, in definitiva, per merito della disciplina in analisi – la quale, tuttavia, dovrà essere ben più puntualizzata nei paragrafi successivi –, è incentivato ad avvalersi di servizi elettronici di pagamento, potendo confidare nell'elevato grado di sicurezza che è loro attribuito dalla legge. Anche rispetto ai piccoli importi, infatti, il pagatore conserva, almeno in linea di principio ⁽⁴⁴⁾, il diritto al «rimborso», non dovendo così meditare se rinunciare alle proprie legittime pretese onde non essere coinvolto in una vicenda processuale.

Se dunque, per un verso, la disciplina europea delle operazioni di pagamento eseguite *sine consensu*, per la sua impostazione complessiva e per le finalità cui tende, deve senz'altro accogliersi con benevolenza e giudicarsi quanto mai opportuna – se non addirittura *indispensabile* – tanto sul piano economico-sociale quanto su quello giuridico, per altro verso essa mostra anche diverse carenze, le quali, benché di certo non siano in grado di comprometterne l'efficacia, comportano nondimeno uno sforzo considerevole per l'interprete.

Dette carenze, più nel dettaglio, si concretano in un difetto di chiarezza normativa e in un difetto di completezza regolamentare.

Il difetto di chiarezza normativa – come più volte s'è dovuto rilevare lungo il corso dell'indagine – è dovuto ancora una volta a un doppio ordine di fattori. In primo luogo, esso ha causa nella vaghezza del lessico utilizzato dal legislatore europeo, in gran parte mutato anche dal legislatore interno in sede di recepimento; vaghezza che, tuttavia, è per larga giustificabile, almeno con riferimento alle fonti eurounitarie, sulla base dell'intento di (massima) armonizzatore proprio delle *payment services directives*.

In secondo luogo, il difetto di precisione, anche nell'ambito delle regole di responsabilità dettate per le operazioni non autorizzate, è dovuto alla mancata differenziazione fra le diverse tipologie di servizi di pagamento che, come tali, danno origine a procedure tra loro molto diverse. Come è stato autorevol-

⁽⁴⁴⁾ V., però, quando si dirà, in questo capitolo, al successivo §7 con riguardo alla “franchigia” non superiore a 50 euro che la stessa legge pone a carico del pagatore (art. 12, comma 3°, d.lgs. n. 11 del 2010).

mente osservato, infatti, «La chiarezza normativa è ancora una volta sacrificata in nome di una velleitaria pretesa di uniformità»⁽⁴⁵⁾.

Si avrà modo di rilevare, per l'appunto, come anche in questa sede il legislatore dell'Unione si sia lasciato ispirare dalle peculiarità delle operazioni di pagamento avviate su iniziativa del pagatore (*credit transfers*) e, soprattutto, dalle caratteristiche proprie delle operazioni disposte mediante una carta di pagamento (o strumento analogo), lasciando, quindi, all'interprete il difficile compito di manipolare le norme per adattarle anche alle operazioni di *debit transfer* – in particolare, gli addebiti diretti – cadute nell'indifferenza (o nella dimenticanza) dello stesso legislatore.

Il difetto che appare più grave e di più ardua rimediabilità, però, è quello legato alla scarsa esaustività regolamentare della disciplina contenuta nel d.lgs. n. 11 del 2010 in tema di operazioni di pagamento non autorizzate. Si vuol dire cioè, che le disposizioni del d.lgs. cit. – e, quindi, di riflesso, quelle della direttiva – sono tutte incentrate sui diritti e gli obblighi in capo alle parti del contratto di pagamento, e dunque il cliente (consumatore o meno) e il relativo PSP, o al massimo riguardano la ripartizione delle perdite fra i diversi PSP coinvolti – e nemmeno tutti⁽⁴⁶⁾ – nell'inesecuzione e nell'esecuzione di un'operazione di trasferimento, di riscossione o di ritiro di fondi. Nessuna disposizione, invece, è specificamente dedicata ai rapporti intercorrenti fra il PSP tenuto al «rimborso» e coloro che si siano resi responsabili della sottrazione dei fondi.

⁽⁴⁵⁾ Così, testualmente, O. TROIANO, *Contratti di pagamento e disciplina privatistica comunitaria (proposte ricostruttive con particolare riferimento al linguaggio ed alle generalizzazioni legislative)*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2009, I, p. 533.

⁽⁴⁶⁾ In proposito, gioverà infatti anticipare che l'art. 11 d.lgs. n. 11 del 2010, nel dettare regole per la ripartizione delle perdite fra ASPSPs e *third-party providers* contempla soltanto i prestatori di servizi di disposizione di ordini di pagamento e non anche, come invece avrebbe dovuto fare, i terzi emittenti di carte di debito (sul servizio c.d. di *fund-checking* cfr. quanto chiarito *supra*, cap. II, §3).

5. *GLI ONERI INCOMBENTI SUL PAGATORE E I DOVERI IN CAPO AL PRESTATORE IN RELAZIONE AGLI STRUMENTI DI PAGAMENTO E ALLE CREDENZIALI DI SICUREZZA PERSONALIZZATE. LE PARTICOLARI IPOTESI DEGLI STRUMENTI EMESSI MA NON RICHIESTI E DELLE OPERAZIONI NON AUTORIZZATE DISPOSTE CON UNO STRUMENTO IN TRANSITO.*

Prima di analizzare nel dettaglio le disposizioni specificamente dedicate alla responsabilità del prestatore e del pagatore nelle operazioni non autorizzate, deve darsi conto, seppur brevemente, dei doveri che in questo ambito la legge attribuisce a detti soggetti. Proprio in questa sede, peraltro, risulta evidente come il legislatore abbia pressoché totalmente tralasciato le peculiarità degli addebiti diretti, essendo le disposizioni senza alcun dubbio pensate per le operazioni di bonifico e per quelle disposte mediante una carta di pagamento (o strumento analogo) ⁽⁴⁷⁾.

L'art. 7 d.lgs. n. 11 del 2010 detta i doveri «a carico dell'utente dei servizi di pagamento in relazione agli strumenti di pagamento e alle credenziali di sicurezza personalizzate». Nonostante la disposizione utilizzi il termine generico «utente», è ragionevole ritenere, sulla base del suo contenuto precettivo, che essa, in realtà, intenda riferirsi soltanto al «pagatore». I diversi commi di cui la disposizione si compone, infatti, non si prestano ad essere interpretati in modo da enucleare dei precisi obblighi di condotta anche in capo al beneficiario,

⁽⁴⁷⁾ Va, peraltro, precisato che la circostanza per la quale negli addebiti diretti di cui al reg. (UE) n. 260/2012 il pagatore sia avvantaggiato dal diritto incondizionato al rimborso esercitabile entro otto settimane dall'addebito non può giustificare la totale assenza di regole di condotta applicabili ove le parti si siano avvalse dei servizi menzionati. Sul punto, cfr. quanto chiarito *supra*, cap. III, §7.1.

nemmeno quando costui abbia personalmente e direttamente a che fare con lo strumento di pagamento del proprio cliente-pagatore ⁽⁴⁸⁾.

Il menzionato art. 7 ⁽⁴⁹⁾ si apre con una prescrizione che *prima facie* potrebbe apparire pleonastica. Essa, infatti, stabilisce che l'utente (*recte*: il pagatore) è tenuto a utilizzare lo strumento di pagamento di cui è titolare, o alla spendita del quale sia stato abilitato ⁽⁵⁰⁾, «in conformità con i termini, esplicitati nel contratto quadro, che ne regolano l'emissione e l'uso». Così facendo, la norma afferma evidentemente una ovvietà ⁽⁵¹⁾.

Senonché, v'è un frammento non ridonante della disposizione citata, ed è costituito dalla precisazione – introdotta in attuazione della PSD2 – secondo la quale i termini del contratto che dettano i doveri del pagatore

⁽⁴⁸⁾ La fonte di tali doveri, dunque, dovrà, se possibile e necessario, rinvenirsi *aliunde*, e cioè – si crede –, prima ancora che nel generale principio del *neminem laedere*, va ravvisata nel qualificato contatto sociale che si instaura fra esercente e cliente nel momento del pagamento.

⁽⁴⁹⁾ Cfr., sebbene con riguardo alla formulazione previgente, A. PIRONTI, *sub* art. 7 d.lgs. n. 11 del 2010, in M. MANCINI - M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento. Commentario al d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11*, cit., p. 114.

⁽⁵⁰⁾ L'art. 69, par. 1, dir. 2015/2366/UE utilizza il termine «autorizzato». In ogni caso, la norma parrebbe in contrasto con il principio generale di stretta personalità dello strumento di pagamento. È tuttavia evidente che, allorquando il titolare dello strumento abbia abilitato altri a spenderlo, comunicandogli anche i relativi codici segreti – ipotesi, per verità, assai ricorrente –, tale operazione dovrà comunque considerarsi autorizzata, giacché disposta secondo il consenso del pagatore. E, per altro verso, anche laddove lo strumento sia stato utilizzato in difformità rispetto alle istruzioni impartite dal titolare-pagatore, in capo a quest'ultimo comunque non sorgerà il diritto al «rimborso», sussistendo il suo dolo o, se si preferisce, la sua colpa grave.

⁽⁵¹⁾ La disposizione parrebbe anche dimenticare che un'operazione di pagamento ben potrebbe essere eseguita anche al di fuori di un contratto-quadro (cc.dd. operazioni di pagamento singole). Senonché, il riferimento esclusivo alle condizioni contenute nel contratto-quadro è corretto, essendo pressoché impossibile – o, quantomeno, inverosimile – che uno strumento di pagamento venga emesso per l'esecuzione di una singola operazione di pagamento.

nell'utilizzo dello strumento di pagamento «devono essere obiettivi, non discriminatori e proporzionati».

La precisazione, in verità, non offre un rilevante aiuto per la definizione dei criteri che il giudice deve adottare per valutare la condotta del pagatore, e, quindi, se del caso, il suo grado di colpevolezza e di concorso causale. Senz'altro, però, la disposizione costituisce un parametro di validità della clausola contrattuale che detti condizioni eccessivamente onerose o abusive per l'utilizzo dello strumento di pagamento da parte del pagatore; e, anzi, a ben vedere, proprio in tale attitudine risiede la vera portata innovatrice della medesima. Se, infatti, al ricorrere di un contratto di pagamento qualificabile come contratto del consumatore, un risultato analogo avrebbe potuto conseguirsi, almeno parzialmente, anche sotto il regime previgente in applicazione della disciplina trasversale dettata dal codice del consumo per le clausole vessatorie⁽⁵²⁾, a tanto non avrebbe potuto approdarsi nelle ipotesi di contratto stipulato da un pagatore non qualificabile come consumatore.

La norma in commento, invece, fa parte di quel nucleo duro del d.lgs. n. 11 del 2010 non derogabile dalle parti nemmeno quando il contratto sia inquadrabile fra quelli c.d. "BtoB"⁽⁵³⁾, con la conseguenza che anche il cliente-pagatore non rivestente la qualifica di consumatore (o di microimpresa) beneficia del controllo sulla validità della clausola⁽⁵⁴⁾.

Ciò detto, va ora osservato che l'art. 7, comma 1°, lett. a), d.lgs. n. 11 del 2010 – espressamente dedicato all'«uso» dello strumento di pagamento – trova il suo logico completamento nel comma 2° della medesima disposizione, a mente del quale «l'utente, non appena riceve uno strumento di pagamento,

⁽⁵²⁾ Su tutti, si pensi, benché applicabili soltanto quanto anche al prestatore sia contestato un inadempimento, agli artt. 33, comma 2°, lett. b), e 36, comma 2°, lett. b), c.cons.

⁽⁵³⁾ Cfr., infatti, l'art. 2, comma 4°, lett. c), d.lgs. n. 11 del 2010.

⁽⁵⁴⁾ In merito ai profili di (in)derogabilità della disciplina in analisi si rinvia a quanto chiarito *supra*, cap. III, §4.

adotta tutte le ragionevoli ⁽⁵⁵⁾ misure idonee a proteggere le credenziali di sicurezza personalizzate».

Sicché, anche laddove il contratto non individui specificamente un catalogo di regole di condotta cui deve attenersi l'utente dello strumento o il titolare delle credenziali, il giudice è in ogni caso ammesso a valutare il comportamento di questi nei termini di legge, essendo la norma in analisi ispirata a un criterio aperto di individuazione delle condotte rilevanti («tutte le ragionevoli misure idonee ecc.»).

Un dovere dal contenuto più definito è, invece, dettato dall'art. 7, comma 1°, lett. b), d.lgs. n. 11 del 2010, secondo il quale il pagatore è tenuto a comunicare «senza indugio» al prestatore di servizi di pagamento o al soggetto da questo indicato, nelle modalità previste dal contratto-quadro, «lo smarrimento, il furto, l'appropriazione indebita o l'uso non autorizzato dello strumento non appena ne viene a conoscenza» ⁽⁵⁶⁾. Come si dirà nel prosieguo, questo dovere di comunicazione gioca un ruolo fondamentale nella ripartizione delle perdite derivanti dall'esecuzione di operazioni di pagamento non autorizzate, giacché, una volta effettuata tale comunicazione da parte dell'utente, dette perdite gravano per l'intero sul prestatore di servizi di pagamento (art. 12, comma 1°, d.lgs. n. 11 del 2010).

Chiarito il contenuto precettivo dell'art. 7 d.lgs. n. 11 del 2010, va ora osservato che, per quanto la disposizione discorra di «obblighi» – termine che, in questo contesto, parrebbe *prima facie* richiamare la nozione di «dovere» qua-

⁽⁵⁵⁾ La disposizione previgente non precisava che le misure dovessero essere «ragionevoli». La PSD2, quindi, dà prova di voler accentuare quel *favor* per il pagatore di cui già si dava ampio sfoggio sotto il vigore della direttiva abrogata.

⁽⁵⁶⁾ La norma va interpretata nel senso che l'utente dello strumento di pagamento è tenuto ad avvertire il PSP emittente ogni volta che lo strumento di pagamento, a prescindere dalla causa, sia fisicamente uscito dalla sua sfera di esclusivo controllo o, quando, ancora a prescindere dalla causa, ne sia stata compromessa la sicurezza (si pensi, ad esempio, al caso in cui una fotografia della carta di pagamento, e quindi dei dati su di esso impressi, sia per sbaglio circolata in rete).

le posizione passiva contrapposta al diritto di credito ⁽⁵⁷⁾ –, in realtà essa stabilisce tecnicamente degli *oneri* incombenti sul pagatore. Le condotte che questi è tenuto a osservare, cioè, non sono volte a soddisfare un interesse del prestatore, bensì un interesse proprio ⁽⁵⁸⁾. Infatti, qualora il pagatore non abbia osservato, intenzionalmente o con grave negligenza, le regole di condotta descritte, non potrà pretendere dal proprio PSP il rimborso delle somme perdute (art. 12, comma 4°, d.lgs. n. 11 del 2010).

In quest'ordine di idee, dunque, l'art. 7 d.lgs. n. 11 del 2010 non fa sorgere rapporti debito-credito fra il pagatore e il rispettivo prestatore, con la conseguenza che, in caso, di inosservanza dolosa o gravemente colposa da parte del pagatore, il prestatore non sarà ammesso a pretendere il risarcimento del danno, concretandosi la sua tutela nell'esonero dal dovere di rimborso.

Al contrario, l'art. 8 d.lgs. n. 11 del 2010 pone a carico del PSP delle vere e proprie posizioni debitorie volte alla preservazione dell'interesse della controparte contrattuale – il pagatore – a conservare la piena signoria sulla disponibilità monetaria depositata sul conto o, comunque, messaggi a disposizione dal prestatore stesso.

In particolare, da siffatta qualifica discende che, laddove il prestatore non abbia osservato tali doveri – o, come li chiama il legislatore, «obblighi» – con la massima diligenza chiedibile in ragione della sua qualifica professionale ⁽⁵⁹⁾, egli sarà responsabile secondo le regole ordinarie del danno cagionato al

⁽⁵⁷⁾ Cfr., per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 1 ss.

⁽⁵⁸⁾ Con riguardo all'onere come peculiare situazione giuridica soggettiva, cfr., per tutti, P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 141 ss.

⁽⁵⁹⁾ Soccorre, al riguardo, l'art. 1176, comma 2°, c.c. Invero, a quanto consta, né la PSD2 né il decreto attuativo della medesima, contrariamente a quanto viene fatto relativamente al pagatore, stabiliscono il grado di diligenza con cui devono essere adempiuti i doveri incombenti sul prestatore di servizi di pagamento.

pagatore ⁽⁶⁰⁾, unitamente a colui che abbia (o coloro che abbiano) abusivamente ordinato o autorizzato l'operazione, o che abbiano all'uopo cooperato.

Ebbene, ai sensi del menzionato art. 8, comma 1°, d.lgs. n. 11 del 2010, il prestatore emittente uno strumento di pagamento ha nei confronti del pagatore i seguenti doveri:

a) deve assicurare che le credenziali di sicurezza personalizzate non siano accessibili a soggetti diversi dall'utente abilitato a usare lo strumento di pagamento;

b) deve astenersi dall'inviare strumenti di pagamento non richiesti, salvo che lo strumento di pagamento già consegnato all'utente debba essere sostituito;

c) assicurare che siano sempre disponibili canali adeguati affinché l'utente possa eseguire la comunicazione di cui all'art. 7, comma 1°, lett. b);

d) deve impedire qualsiasi utilizzo dello strumento di pagamento successivo alla comunicazione del pagatore menzionata *sub c*).

Con particolare riguardo al dovere indicato *sub b*), deve ritenersi che il pagatore, qualora sia destinatario di uno strumento di pagamento non richiesto, non sia tenuto a rispettare le prescrizioni di cui all'art. 7 d.lgs. n. 11 del 2010, con la conseguenza che tutte le operazioni non autorizzate disposte mediante detto strumento graveranno interamente sul prestatore.

Tale conclusione, benché sia decisamente rigida, si giustifica sulla base della considerazione per la quale non si può pretendere dal pagatore l'adozione degli accorgimenti necessari per la cura di uno strumento di pagamento mai richiesto e che, pertanto, egli non si aspetta di ricevere. Del resto, la recapitazione di uno strumento di pagamento non richiesto presuppone che mai sia stato

⁽⁶⁰⁾ Come si dirà a tempo debito, ciò non significa che, in tal caso, il pagatore non possa avvalersi della speciale tutela apprestatagli dall'art. 11 d.lgs. n. 11 del 2010; significa, però, che oltre al riaccredito della somma perduta, il pagatore potrà pretendere dal suo prestatore, secondo le regole ordinarie di cui agli artt. 1218 ss. (e in conformità all'art. 11, comma 4°, d.lgs. cit.), anche il risarcimento degli ulteriori pregiudizi subiti.

concluso il relativo contratto di emissione, e la conclusione di detto contratto, per l'appunto, costituisce il logico presupposto perché trovi applicazione l'art. 7 cit.

Difficile, poi, è dire se la disposizione di un'operazione mediante uno strumento non richiesto dia al pagatore il diritto di cui al successivo art. 11 d.lgs. cit. Al, riguardo, potrebbe infatti dubitarsi che siffatto speciale rimedio trovi applicazione allorquando non sia mai stato concluso il contratto di emissione dello strumento. Tuttavia, anche in tal caso, perché possa concretamente realizzarsi una sottrazione di fondi deve pur sempre intercorrere fra pagatore e PSP un contratto per la prestazione di servizi di pagamento (*i.e.* il contratto di tenuta del conto di pagamento). Sicché ha da ritenersi che il diritto del pagatore al rimborso di cui all'art. 11 sorga proprio in virtù di quest'ultimo rapporto contrattuale ⁽⁶¹⁾.

L'art. 8, comma 2°, infine, aggiunge che i rischi derivanti dalla spedizione di uno strumento di pagamento o delle relative credenziali di sicurezza personalizzate sono a carico del prestatore. Quando lo strumento di pagamento è in transito, infatti, non si può richiedere al pagatore l'adozione di alcuna cautela, con la conseguenza che tutte le perdite derivanti da una spendita abusiva del medesimo dovranno essere integralmente sopportate dal prestatore.

A esser sinceri, però, non è chiaro se il PSP, nell'ipotesi da ultimo presa in esame, debba soltanto rimborsare al pagatore i fondi abusivamente sottrattigli in applicazione dell'art. 11, oppure se il medesimo debba rispondere di tutti i pregiudizi patrimoniali subiti dal pagatore. Va tuttavia considerato, in proposito, che l'applicazione al caso considerato dello speciale rimedio in parola finirebbe per comportare uno svantaggio al cliente e non un vantaggio, come invece dovrebbe essere alla luce della *ratio* sottesa all'intervento normativo dell'Unione europea. In aggiunta, va osservato che la fattispecie cui è preci-

⁽⁶¹⁾ Quanto affermato vale anche quando lo strumento di pagamento sia emesso, in virtù dell'art. 5-*bis* d.lgs. cit., da un prestatore diverso da quello di radicamento del conto del pagatore.

puamente rivolto l'art. 11 è differente da quella considerata dall'art. 8, comma 2°. Nel primo caso, infatti, il prestatore è tenuto a rimborsare il pagatore (o a ripristinare il conto di pagamento nel suo *status quo ante*) in virtù di un rischio totalmente estraneo alla sua sfera di controllo – avendo egli adottato tutte le misure del caso – e fatto gravare su di lui dalla legge. Nella seconda ipotesi, invece, il rischio della sottrazione illecita dello strumento in transito rientra pienamente nella sfera di governabilità del prestatore, potendo egli scegliere, ad esempio, di quale spedizioniere avvalersi per la relativa recapitazione o potendo impartire a quest'ultimo, a prescindere dalla sua qualifica di sottoposto o di autonomo spedizioniere, tutte le istruzioni necessarie a garantire una consegna sicura ⁽⁶²⁾. Alla luce della chiarita disomogeneità di rischio, dunque, la norma in commento dovrebbe essere correttamente interpretata nel senso che il PSP emittente è responsabile di tutti i danni derivati all'utente dalla spendita abusiva di uno strumento in transito.

5.1. *L'AUTENTICAZIONE «FORTE» DEL CLIENTE QUALE ONERE IN CAPO AL PRESTATORE DI SERVIZI DI PAGAMENTO DEL PAGATORE E LA POSIZIONE DEL BENEFICIARIO CHE NON LA ACCETTA. LE «MISURE DI SICUREZZA» DETTATE DAL REG. DLG. (UE) N. 389/2018.*

L'art. 10-bis d.lgs. n. 11 del 2010, introdotto ad opera dell'art. 2, comma 13°, d.lgs. n. 218 del 2017 ⁽⁶³⁾, stabilisce al comma 1° che, conformemente

⁽⁶²⁾ Quando, peraltro, lo strumento di pagamento sia stato illecitamente sottratto allo spedizioniere o quest'ultimo lo abbia abusivamente utilizzato in prima persona, è più semplice per il PSP agire in regresso verso quest'ultimo, diversamente da quanto accade nell'ambito delle operazioni disposte con uno strumento che già sia entrato in possesso del pagatore e che gli sia stato sottratto. In quest'ultima ipotesi, infatti, la principale componente del rischio è evidentemente costituita dalla difficile identificazione di colui che si sia appropriato indebitamente dello strumento.

⁽⁶³⁾ La disposizione dà attuazione all'art. 97 dir. 2015/2366/UE.

all'art. 98 dir. 2015/2366/UE e alle relative norme tecniche di regolamentazione adottate dalla Commissione europea – riferimento ora da intendersi al reg. dl. (UE) n. 389/2018 ⁽⁶⁴⁾ –, i prestatori di servizi di pagamento «applicano» (*i.e.* devono applicare) l'autenticazione forte del cliente quando l'utente: *a)* accede al suo conto di pagamento *online*; *b)* dispone un'operazione di pagamento elettronico; *c)* effettua qualsiasi azione, tramite un canale a distanza, che può comportare un rischio di frode nei pagamenti o altri abusi.

Il comma 2° dell'art. 10-*bis* cit., stabilisce ulteriormente che nel caso sopra menzionato sub *b)*, per le operazioni di pagamento elettronico a distanza, «l'autenticazione forte del cliente applicata dai prestatori di servizi di pagamento comprende elementi che colleghino in maniera dinamica l'operazione a uno specifico importo e a un beneficiario specifico» ⁽⁶⁵⁾.

La «autenticazione forte» trova definizione nell'art. 1, comma 1°, lett. *q-bis*), d.lgs. n. 11 del 2010 ⁽⁶⁶⁾: «un'autenticazione basata sull'uso di due o più

⁽⁶⁴⁾ Giova rammentare che il reg. dl. (UE) n. 389/2018 integra la PSD2 «per quanto riguarda le norme tecniche di regolamentazione per l'autenticazione forte del cliente e gli standard aperti di comunicazione comuni e sicuri».

⁽⁶⁵⁾ Con riguardo ai requisiti del c.d. collegamento dinamico, cfr. l'art. 5 reg. dl. (UE) n. 389/2018. Utili sono anche il 3° e il 4° *considerando* del reg. cit. In particolare, così recitano in sequenza: «3. Poiché le operazioni di pagamento elettronico a distanza sono maggiormente esposte al rischio di frode, è necessario introdurre requisiti aggiuntivi per l'autenticazione forte del cliente per tali operazioni, al fine di assicurare che gli elementi colleghino in modo dinamico l'operazione all'importo e al beneficiario specificati dal pagatore al momento di disporre l'operazione. 4. Il collegamento dinamico è possibile attraverso la generazione di codici di autenticazione soggetti a una serie di rigorosi requisiti di sicurezza. Per mantenere un approccio neutro dal punto di vista tecnologico, è opportuno che non venga richiesta una tecnologia specifica per l'attuazione dei codici di autenticazione. Pertanto, tali codici dovrebbero essere basati su soluzioni quali la generazione e la convalida di password monouso, firme elettroniche o altre conferme della validità basate sulla crittografia che utilizzano chiavi o materiale crittografico contenuto negli elementi di autenticazione, purché siano rispettati i requisiti di sicurezza».

⁽⁶⁶⁾ V. anche l'art. 4, n. 30, dir. 2015/2366/UE, ripreso alla lettera dal decreto attuativo.

elementi, classificati nelle categorie della conoscenza (qualcosa che solo l'utente conosce), del possesso (qualcosa che solo l'utente possiede) e dell'inerenza (qualcosa che caratterizza l'utente), che sono indipendenti, in quanto la violazione di uno non compromette l'affidabilità degli altri, e che è concepita in modo tale da tutelare la riservatezza dei dati di autenticazione» ⁽⁶⁷⁾.

Essa, dunque, nel solco della procedimentalizzazione della prestazione del consenso per l'esecuzione di un'operazione di pagamento, costituisce un irrigidimento degli *standard* di autenticazione, ovvero sia di quella procedura che consente al prestatore di verificare l'identità di un utente, o di verificare la validità dell'uso di uno strumento di pagamento, compreso l'uso delle credenziali di sicurezza personalizzate.

In buona sostanza, perché l'autenticazione possa dirsi «forte», l'utente che voglia disporre un'operazione di trasferimento di fondi deve superare almeno due ostacoli; non è ben chiaro, però, se tali ostacoli possano afferire alla medesima categoria (conoscenza, possesso, inerenza), oppure se ve ne debbano essere sempre almeno due distribuiti in almeno due delle predette categorie. La seconda soluzione prospettata appare, tuttavia, preferibile alla luce della regola di indipendenza degli elementi che compongono l'autenticazione forte ⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁷⁾ Anche la disciplina sulla autenticazione forte del cliente risponde al principio di neutralità tecnologica. Al riguardo, v. M. RABITTI - A. SCIARRONE ALIBRANDI, *I servizi di pagamento tra PSD2 e GDPR: open banking e conseguenze per la clientela*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Liber amicorum Guido Alpa*, Milano-Padova, 2019, p. 718 ss.

⁽⁶⁸⁾ Cfr., infatti, l'art. 9 reg. dlgt. (UE) n. 389/2018, in particolare il par. 1, a mente del quale «I prestatori di servizi di pagamento assicurano che l'utilizzo degli elementi di autenticazione forte del cliente [...] sia soggetto a misure volte a garantire che, in termini di tecnologia, algoritmi e parametri, la violazione di uno degli elementi non comprometta l'affidabilità degli altri elementi». V. anche il 6° *considerando* del reg. cit.: «[...] È inoltre necessario stabilire i requisiti volti a garantire che tali elementi siano indipendenti, in modo tale che la violazione di uno di essi non comprometta l'affidabilità degli altri, in particolare quando uno qualsiasi di questi elementi è utilizzato mediante un dispositivo multifunzione, vale a dire un dispositivo

In ogni caso, rimane fermo il potere-dovere per il giudice di accertare il grado di affidabilità della combinazione dei suddetti elementi di autenticazione, ai fini della graduazione della somma che, ai sensi dell'art. 12, comma 3°, d.lgs. n. 11 del 2010, deve sopportare l'utente per le operazioni non autorizzate poste in essere prima della denuncia fatta al prestatore di smarrimento o furto delle credenziali o dello strumento di pagamento, fino alla concorrenza massima di euro 50 (prima del recepimento della nuova direttiva, tale somma ammontava ad euro 150) ⁽⁶⁹⁾.

Ai sensi dell'art. 4, par. 1, reg. (UE) n. 389/2018, l'autenticazione si basa su due o più elementi che sono classificati nelle categorie della conoscenza, del possesso e dell'inerenza e comporta la generazione di un codice di autenticazione, il quale è accettato solo una volta dal PSP (c.d. codice monouso e temporaneo) quando il pagatore lo utilizza per accedere al suo conto di pagamento *online*, per disporre un'operazione di pagamento elettronico o per effettuare qualsiasi azione tramite un canale a distanza che possa comportare un rischio di frode nei pagamenti o altri abusi». I parr. 2,3 e 4, poi, dettano una lunga e dettagliata serie di «misure di sicurezza» volte a rafforzare l'implementazione dell'autenticazione forte dell'utente (si stabilisce, ad es., il numero massimo di tentativi di autenticazione prima del blocco dei fondi, tempo massimo di inattività del pagatore prima del necessario ricaricamento della pagina *web* recante l'area riservata personale, ecc.).

come un *tablet* o un telefono cellulare che può essere utilizzato sia per disporre l'esecuzione del pagamento sia nel processo di autenticazione».

⁽⁶⁹⁾ Come s'avrà modo di approfondire nei paragrafi successivi, non si tratta, infatti, di una vera e propria franchigia, come ha chiarito ABF Roma, 8 maggio 2012, n. 1412 (in *Arbitro-bancariofinanziario.it*): «Il limite di € 150, che la norma dell'art. 12 d.lgs. di recepimento della PSD pone in capo al cliente che non sia in dolo o colpa grave, non costituisce una vera e propria franchigia, ma una misura che va graduata e modulata, entro il limite massimo di 150 euro, a seconda delle circostanze concrete (entità della somma sottratta; misura più lieve o meno della colpa del cliente; grado di negligenza della banca)».

Per quanto concerne le diverse categorie di afferenza degli elementi di autenticazione, può dirsi che rientrano in quella della «conoscenza» tutti i sistemi che richiedano l’inserimento di un dato trattenuto dall’utente all’interno della sua mente e prudentemente da non divulgare (ad es., *username*, *password*, dati relativi alle ultime transazioni effettuate, dati relativi alla residenza e alla nascita dell’utente, ecc.) ⁽⁷⁰⁾.

Rientrano, invece, nella categoria del «possesso», i dati che possano essere reperiti da un oggetto materiale e che siano preferibilmente generati (si pensi, ad es., al codice temporaneo generato dal sistema e recapitato sul telefono cellulare dell’utente) ⁽⁷¹⁾.

Nella categoria dell’«inerenza», infine, rientrano tutti i dati biometrici utilizzabili dall’utente per autenticarsi (voce, *scan* dell’occhio, riconoscimento facciale, lettura dell’impronta digitale, ecc.) ⁽⁷²⁾.

Il capo III del reg. dl. (UE) n. 389/2018 (artt. 10-21) prevede, poi, le esenzioni dall’autenticazione forte del cliente e i limiti entro i quali sono ammessi (pagamenti senza contatto fisico al punto vendita, terminali autostradali, bonifici a beneficiari di fiducia, ecc.),

Ad ogni modo, ciò che va rimarcato è che l’impiego di tecnologie per la *Strong Customer Authentication*, con l’attuazione della PSD2 costituisce per il prestatore di servizi di pagamento un vero e proprio onere. L’art. 12, comma

⁽⁷⁰⁾ Cfr. art. 6 reg. dl. (UE) n. 389/2018.

⁽⁷¹⁾ Cfr. art. 7 reg. dl. (UE) n. 389/2018.

⁽⁷²⁾ Cfr. art. 8 reg. dl. (UE) n. 389/2018. Sulle rilevanti problematiche suscitate dall’utilizzo di dati sensibili per l’accesso ai servizi di pagamento, si rinvia a M. ROMANO, *Considerazioni in tema di rapporto tra sviluppo del mobile payment e tutela della privacy degli utenti*, in *Diritto mercato tecnologia*, 10.01.2017. V. anche M. RABITTI - A. SCIARRONE ALIBRANDI, *I servizi di pagamento tra PSD2 e GDPR: open banking e conseguenze per la clientela*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Liber amicorum Guido Alpa*, Milano-Padova, 2019, p. 722 ss.; I.A. CAGGIANO, *Pagamenti non autorizzati tra responsabilità e restituzioni. Una rilettura del d. legisl. 11/2010 e lo scenario delle nuove tecnologie*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 460 ss.

2°-bis, d.lgs. n. 11 del 2010 ⁽⁷³⁾, infatti, dispone che, salvo il caso in cui il pagatore abbia agito in modo fraudolento, egli «non sopporta alcuna perdita se il prestatore di servizi di pagamento non esige un'autenticazione forte del cliente». Parimenti, il mancato impiego dell'autenticazione forte costituisce la base per una più sfavorevole modulazione della ripartizione di responsabilità per le operazioni non autorizzate, ai fini dell'esercizio del diritto di regresso fra prestatori. Infatti, ai sensi dell'art. 26, comma 1°, 2° per., con una affermazione tanto generica quanto oscura, viene stabilito quanto segue: «È, altresì, prevista una compensazione degli importi qualora i prestatori di servizi di pagamento non si avvalgano dell'autenticazione forte del cliente» ⁽⁷⁴⁾.

La qualificazione dell'autenticazione forte del cliente come onere incumbente sul PSP non discende dal suo contenuto: infatti, essendo tale adempimento finalizzata alla tutela dell'interesse del pagatore, dovrebbe a rigore essere qualificato come un vero e proprio obbligo (*rectius*: un dovere) di protezione di cui il cliente è creditore, con la conseguenza che, in caso di inadempimento, il PSP dovrebbe essere tenuto non soltanto al rimborso della spesa perduta, ma anche al ristoro totale di ogni eventuale e ulteriore pregiudizio subito. È, invece, la stessa legge ad attribuire all'autenticazione forte la natura di onere: il combinato disposto del comma 2°-bis e del comma 3° dell'art. 12 d.lgs n. 11 del 2010, infatti, non lascia spazio a interpretazione diversa da quella per cui l'unica conseguenza che può derivare dalla mancata implementazione, da parte del prestatore, di tutti gli *standard* previsti dalla PSD2 e dalle norme tecniche adottate dalla Commissione, è costituita dall'esclusione della “franchigia” di massimo 50 euro a carico del pagatore; il che significa, di riflesso, che la responsabilità del PSP è però limitata a quanto previsto dal precedente art. 11.

⁽⁷³⁾ Cfr. art. 74, par. 2, dir. 2015/2366/UE.

⁽⁷⁴⁾ Il legislatore italiano si è limitato a copiare il testo contenuto nella PSD2 (cfr. art. 92, par. 1, 2° per.).

Deve, dunque, concludersi, che l'attività dedotta nell'onere costituito dall'autenticazione forte sia volta a preservare l'interesse del PSP a far pesare, almeno in parte, i "costi" dell'operazione non autorizzata in capo al pagatore.

Infine, nelle ipotesi in cui il PSP del pagatore abbia offerto al beneficiario – in particolare all'esercente –, o al suo PSP, la possibilità di adottare una procedura di autenticazione forte del cliente ma questi non abbiano accettato o non abbiano adottato misure di attuazione dei relativi *standard*, l'art. 12, comma 2°-bis, 2° per., d.lgs. n. 11 del 2010, stabilisce che essi «rimborsano il danno finanziario causato al prestatore di servizi di pagamento del pagatore se non accettano l'autenticazione forte del cliente» ⁽⁷⁵⁾.

Sicché, in quest'ordine di idee, deve ritenersi che, laddove l'esercente offra al pagatore, nell'ambito della c.d. procedura di *checkout*, un metodo di pagamento che non contempli l'autenticazione forte del cliente, allora il PSP del pagatore, una volta rimborsato al pagatore l'importo dell'operazione non autorizzata, potrà agire in regresso verso l'esercente medesimo o, se del caso, verso il suo PSP.

Ciò tipicamente accade nell'ipotesi – invero più volte analizzata ⁽⁷⁶⁾ – in cui il pagatore possa adempiere l'obbligazione di prezzo inserendo soltanto i dati della carta di pagamento impressi su di essa, senza fare null'altro ⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. art. 74, par. 2, 2° per., dir. 2015/2366/UE.

⁽⁷⁶⁾ V., in particolare, *supra*, in questo capitolo, §3.

⁽⁷⁷⁾ L'ipotesi rientra senz'altro nella fattispecie di cui all'art. 10-bis, comma 1°, lett. c), d.lgs n. 11 del 2010, ai sensi del quale il PSP deve adottare l'autenticazione forte del cliente quando «effettua qualsiasi azione, tramite un canale a distanza, che può comportare un rischio di frode nei pagamenti o altri abusi»; Non rientra, invece, nella fattispecie di cui alla precedente lett. b), giacché lì vengono contemplate soltanto le operazioni disposte dal pagatore, cui sono estranee le procedure qui prese in esame.

6. *LA RESPONSABILITÀ DEL PRESTATORE PER LE OPERAZIONI DI PAGAMENTO NON AUTORIZZATE. LA TUTELA BIFASICA PREDISPOSTA DALL'ART. 11 D.LGS. N. 11 DEL 2010.*

La regola fondamentale attorno alla quale ruota l'intero regime di responsabilità per i pagamenti non autorizzati di cui al d.lgs. n. 11 del 2010 è quella per cui il pagatore, in linea di principio, ha diritto di ottenere dal suo PSP il rimborso della somma perduta a causa dell'esecuzione dell'operazione.

L'art. 11, comma 1°, d.lgs. cit. ⁽⁷⁸⁾ dispone inderogabilmente ⁽⁷⁹⁾ che, pur nel rispetto dei limiti temporali dettati dal precedente art. 9, ove sia stata eseguita un'operazione di pagamento non autorizzata, «il prestatore di servizi di pagamento rimborsa al pagatore l'importo dell'operazione medesima immediatamente e in ogni caso al più tardi entro la fine della giornata operativa successiva ⁽⁸⁰⁾ a quella in cui prende atto dell'operazione o riceve una comunicazione in merito».

La modalità del rimborso muta allorché per l'esecuzione dell'operazione sia stato addebitato un conto di pagamento. In tal caso il PSP «riporta il conto nello stato in cui si sarebbe trovato se l'operazione di pagamento non avesse avuto luogo, assicurando che la data valuta dell'accredito non sia successiva a quella dell'addebito dell'importo».

Salta all'occhio come la disposizione non individui con precisione il soggetto passivo dell'obbligazione. Tuttavia, mettendo per il momento da parte le operazioni disposte mediante un *third-party provider*, è evidente come il PSP

⁽⁷⁸⁾ Cfr. art. 73, par. 1, dir. 2015/2366/UE.

⁽⁷⁹⁾ La norma è inderogabile (*in peius*) anche quanto l'utente-pagatore non riveste la qualifica di consumatore (né di microimpresa). Cfr. art. 2, comma 4°, lett. b), d.lgs. n. 11 del 2010.

⁽⁸⁰⁾ Deve ritenersi che il termine «successiva», faccia riferimento non già alla giornata in cui l'operazione non autorizzata è stata eseguita, bensì a quella in cui è stata inoltrata la richiesta di rimborso.

obbligato non possa che coincidere con quello che ha prestato il servizio in virtù del quale sono stati movimentati i fondi. Si tratta, in altri termini, del prestatore che ha preso parte direttamente alla procedura di trasferimento, riscossione o ritiro del denaro.

Nel caso dei servizi di bonifico e di addebito diretto, dunque, non v'è dubbio che il PSP tenuto al rimborso sia quello di radicamento del conto di pagamento del pagatore. Nei casi di operazioni disposte con carte di pagamento, invece, occorre distinguere. Quando è utilizzata una carta di debito ⁽⁸¹⁾ emessa dal medesimo istituto presso il quale è radicato il conto del pagatore, è proprio tale PSP ad essere tenuto a riaccreditare la somma mediante una scritturazione uguale e contraria a quella effettuata in esecuzione dell'operazione senza il consenso del cliente, con la precisazione che la data valuta dell'accredito non potrà essere successiva a quella dell'addebito. Quando, invece sia stata utilizzata una carta di credito, sarà l'emittente ad essere tenuto al rimborso della somma esborsata ⁽⁸²⁾.

Il diritto del pagatore è subordinato a determinati limiti temporali e oneri incombenti sul pagatore. L'art. 9 d.lgs. n. 11 del 2010, infatti, pur riferendosi anche alle ipotesi di inadempimento o inesatta esecuzione di un ordine di pagamento, sancisce che l'utente, una volta che sia venuto a conoscenza di un'operazione di pagamento non autorizzata o non correttamente eseguita, ha il diritto di ottenerne la «rettifica» solo se comunica «senza indugio» tale circostanza al proprio prestatore di servizi di pagamento secondo i termini e le modalità previste nel contratto-quadro o nel contratto relativo a singole operazio-

⁽⁸¹⁾ Lo stesso vale per le operazioni disposte mediante una carta di pagamento. Sul punto deve, però, farsi interamente rinvio a G. GUERRIERI, *La moneta elettronica. Profili giuridici dei nuovi strumenti di pagamento*, Bologna, 2015, p. 153 ss.

⁽⁸²⁾ Cfr. O. TROIANO - V.V. CUOCCI, *sub art. 11 d.lgs. n. 11 del 2010*, in M. MANCINI - M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento. Commentario al d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11*, cit., p. 138 ss.

ni di pagamento. Peraltro, la comunicazione deve essere in ogni caso effettuata entro tredici mesi dalla data dell'avvenuto addebito ⁽⁸³⁾.

La principale innovazione introdotta dalla PSD2 al regime della responsabilità del PSP per le operazioni non autorizzate è contenuta nel comma 2°-bis dell'art. 11, ove, in buona sostanza, si sancisce il diritto del pagatore di ottenere il rimborso dal proprio PSP di radicamento del conto anche quando l'operazione sia stata disposta mediante un prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento.

In particolare, ove l'operazione sia disposta mediante un PISP, il prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto è tenuto a rimborsare al pagatore «immediatamente e, in ogni caso, entro la fine della giornata operativa successiva», l'importo dell'operazione non autorizzata, riportando il conto di pagamento addebitato nello stato in cui si sarebbe trovato se l'operazione di pagamento non avesse avuto luogo. Il PISP, poi, è obbligato a rimborsare immediatamente e, in ogni caso, entro la fine della giornata operativa successiva, all'ASPSP, su richiesta di quest'ultimo, gli importi rimborsati al pagatore.

Se il prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento è responsabile dell'operazione di pagamento non autorizzata, deve risarcire immediatamente (e, ancora, in ogni caso, entro la fine della giornata operativa successiva) l'ASPSP, su richiesta di quest'ultimo, anche per le perdite subite ⁽⁸⁴⁾.

⁽⁸³⁾ cfr. A. PIRONTI, *sub* art. 11 d.lgs. n. 11 del 2010, in M. MANCINI - M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento. Commentario al d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11*, cit, p. 127 ss. Il termine di tredici mesi non opera se il prestatore di servizi di pagamento ha ommesso di fornire o mettere a disposizione le informazioni relative all'operazione di pagamento secondo quanto previsto dalle disposizioni in materia di trasparenza delle condizioni e di requisiti informativi per i servizi di pagamento di cui al titolo VI del t.u.b.

⁽⁸⁴⁾ In entrambi i casi è fatta salva la facoltà del PISP di dimostrare che, nell'ambito delle sue competenze, l'operazione di pagamento è stata autenticata, correttamente registrata e non ha subito le conseguenze di guasti tecnici o altri inconvenienti relativi al servizio di paga-

Coerentemente, l'art. 9, comma 2°-bis, d.lgs. n. 11 del 2010, stabilisce che «Se è coinvolto un prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento, l'utente ha il diritto di ottenere la rettifica dal prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto» ⁽⁸⁵⁾.

Il legislatore, però, nulla stabilisce per il caso in cui l'operazione sia disposta mediante una carta di debito emessa da una terza parte ⁽⁸⁶⁾. In tali ipotesi, tuttavia, deve ritenersi applicabile in via analogica la disciplina, appena illustrata, dettata per la regolazione dei rapporti fra PISP e ASPSP, con la conseguenza che il pagatore potrà pretendere il rimborso dal proprio istituto di radicamento del conto e quest'ultimo, sussistenti i requisiti di responsabilità individuati dalla legge per i PISP, potrà agire in regresso verso la terza parte.

La regola generale è quella per cui il PSP tenuto al rimborso non può negare di eseguirlo, una volta che abbia ricevuto la richiesta da parte del pagatore, salvo che, nel minuto *spatium deliberandi* che la legge gli mette a disposizione, non maturi il fondato convincimento che il cliente abbia architettato a suo detrimento una frode. Infatti, l'art. 11, comma 2°, d.lgs. n. 11 del 2010, dispone che «In caso di motivato sospetto di frode, il prestatore di servizi di pagamento può sospendere il rimborso di cui al comma 1 dandone immediata comunicazione per iscritto alla Banca d'Italia».

Tuttavia, anche quando il PSP abbia scoperto tardivamente la frode del proprio cliente, è successivamente ammesso a provare in giudizio che l'operazione, in realtà, era stata eseguita sulla base del consenso del pagatore. Al comma 3° dell'art. 11, infatti, viene chiarito che l'avvenuta esecuzione della prestazione di rimborso non preclude la possibilità per il prestatore di servizi di pagamento di dimostrare, anche in un momento successivo, che l'operazione di

mento da questo prestatore, con conseguente diritto in questi casi alla restituzione delle somme da quest'ultimo versate al PISP.

⁽⁸⁵⁾ Al riguardo, parla di rimedio «quasi possessorio» V. DE STASIO, *Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta*, cit., p. 171.

⁽⁸⁶⁾ Sul servizio c.d. di *fund-checking* v. quanto illustrato *supra*, cap. II, §3.

pagamento era stata autorizzata. In tal caso, il prestatore di servizi di pagamento ha il diritto di chiedere direttamente all'utente e ottenere da quest'ultimo la restituzione dell'importo rimborsato. Al secondo rimborso – quello dovuto dal pagatore al proprio PSP – debbono trovare applicazione le norme dettate per la ripetizione dell'indebito oggettivo e, laddove venisse provato l'*animus nocendi* del pagatore, anche le norme dettate per l'illecito aquiliano.

Anche sul piano probatorio l'utente-pagatore si trova, per disposizione di legge, in una posizione favorevole. Infatti, qualora l'utente di servizi di pagamento neghi di aver autorizzato un'operazione di pagamento già eseguita o sostenga che questa non sia stata correttamente eseguita, è onere del prestatore di servizi di pagamento provare che l'operazione di pagamento è stata autenticata, correttamente registrata e contabilizzata e che non ha subito le conseguenze del malfunzionamento delle procedure necessarie per la sua esecuzione o di altri inconvenienti (art. 10, comma 1°, d.lgs. n. 11 del 2010).

Tuttavia, quando l'utente di servizi di pagamento neghi di aver autorizzato un'operazione di pagamento eseguita, l'utilizzo di uno strumento di pagamento registrato dal prestatore di servizi di pagamento, compreso, se del caso, il prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento, non è di per sé necessariamente sufficiente a dimostrare che l'operazione sia stata autorizzata dall'utente medesimo, né che questi abbia agito in modo fraudolento o non abbia adempiuto con dolo o colpa grave a uno o più degli obblighi di cui all'articolo 7 d.lgs. cit. E' onere del prestatore di servizi di pagamento, compreso, se del caso, il prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento, fornire la prova della frode, del dolo o della colpa grave dell'utente.

7. LA «RESPONSABILITÀ» DEL PAGATORE PER L'UTILIZZO NON AUTORIZZATO DI STRUMENTI O SERVIZI DI PAGAMENTO.

Come s'è chiarito, in applicazione dell'art. 11 d.lgs. n. 11 del 2010, una volta che sia stata eseguita un'operazione di pagamento non autorizzata, il pa-

gatore ha diritto di ottenere il rimborso della somma dal proprio PSP, eventualmente anche attraverso la rettifica in conto della scritturazione. Tuttavia, ai sensi dell'art. 12, comma 3°, «il pagatore può sopportare, per un importo comunque non superiore a euro 50 ⁽⁸⁷⁾, la perdita relativa a operazioni di pagamento non autorizzate derivanti dall'utilizzo indebito dello strumento di pagamento conseguente al suo furto, smarrimento o appropriazione indebita ⁽⁸⁸⁾».

La norma appena citata, quindi, si riferisce soltanto alle ipotesi in cui l'operazione sia stata disposta con lo strumento sottratto alla sfera di controllo del pagatore. La misura, in particolare, si giustifica sulla base della necessità anche il pagatore sia incentivato a custodire responsabilmente lo strumento di pagamento.

Peraltro, come è stato chiarito allorquando s'è illustrata la disciplina dell'autenticazione forte del cliente, non si tratta di una vera e propria franchigia, bensì di una somma che il giudice dovrà regolare sulla base di tutte le circostanze del caso, soggettive e oggettive.

In taluni casi, tuttavia, l'intera perdita grava sul prestatore, non applicandosi nemmeno la “franchigia” di 50 euro, sempre salvo che il pagatore non abbia agito in modo fraudolento e salvo che sia inadempiente con colpa grave ai doveri di cui all'art. 7 d.lgs. n. 11 del 2010. Il pagatore, in particolare, non sopporta nessuna perdita se:

a) l'ordine è pervenuto al PSP dopo la comunicazione eseguita ai sensi dell'articolo 7, comma 1°, lett. *b*);

b) se il prestatore di servizi di pagamento non ha adempiuto all'obbligo di cui all'articolo 8, comma 1°, lett. *c*). (2)

⁽⁸⁷⁾ Sotto il vigore della direttiva abrogata, la somma ammontava a euro 150.

⁽⁸⁸⁾ Il riferimento alle fattispecie di reato qui non deve intendersi in senso stretto, con la conseguenza che il giudice civile, per poter fare applicazione della norma, potrà limitarsi a verificare che lo strumento di pagamento sia uscito dalla sfera di controllo del pagatore.

c) se il prestatore di servizi di pagamento non esige un'autenticazione forte del cliente ⁽⁸⁹⁾;

d) se lo smarrimento, la sottrazione o l'appropriazione indebita dello strumento di pagamento non potevano essere notati dallo stesso prima di un pagamento, salvo il caso in cui abbia agito in modo fraudolento, o se la perdita è stata causata da atti o omissioni di dipendenti, agenti o succursali del prestatore di servizi di pagamento o dell'ente cui sono state esternalizzate le attività.

8. RILIEVI CONCLUSIVI.

[Conclusioni provvisorie e parziali] Gli argomenti proposti hanno voluto provare come il rimedio speciale accordato al pagatore al ricorrere di un'operazione non autorizzata sia soltanto un piccolo tassello di un mosaico ben più ampio per la composizione del quale è imprescindibile il ricorso agli strumenti del diritto civile interno e ai suoi precipitati dogmatici.

Il diritto del pagatore al rimborso delle somme perdute è esercitabile anche laddove il rispettivo prestatore non abbia violato alcun precetto primario e laddove perciò, non si possa tecnicamente attribuire al medesimo una responsabilità in senso tecnico. È stato infatti osservato che l'istituto tenuto al rimborso, sempre che non sia esso stesso responsabile in senso tecnico dell'esecuzione dell'operazione per violazione dei doveri di protezione, non risponda a titolo di responsabilità oggettiva, bensì a titolo di soggetto tenuto a una prestazione para-assicurativa ⁽⁹⁰⁾. Con la conseguenza – deve ritenersi – che il prestatore possa esercitare il regresso nei confronti del vero responsabile (in senso tecnico) dell'illecito perpetrato a danno del pagatore.

⁽⁸⁹⁾ Sul punto si fa interamente rinvio a quanto chiarito nel paragrafo precedente.

⁽⁹⁰⁾ Così anche I.A. CAGGIANO, *Pagamenti non autorizzati tra responsabilità e restituzioni. Una rilettura del d. legisl. 11/2010 e lo scenario delle nuove tecnologie*, cit., p. 488 ss.

Solo così, peraltro, può trovare giustificazione, e, dunque, stabilità, la prestazione di rimborso effettuata dal PSP a favore del pagatore. Essa ha causa, cioè, nel (parziale) risarcimento del danno subito dal cliente, il quale potrà pretendere dal pagatore – seppur con i rimedi ordinari – la riparazione di tutti i pregiudizi subiti in concreto soltanto laddove una previsione in tal senso sia stata inserita nel contratto, oppure laddove lo stesso prestatore abbia contravenuto ai doveri di protezione del danneggiato. Questa, in particolare, è l'interpretazione che occorre dare all'art. 11, comma 4°, d.lgs. n. 11 del 2010, ai sensi del quale «Il risarcimento di danni ulteriori subiti può essere previsto in conformità alla disciplina applicabile al contratto stipulato tra l'utente e il prestatore di servizi di pagamento compreso, se del caso, il prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento».

Certo, non può trattarsi di una vera e propria prestazione assicurativa, non agendo il PSP tecnicamente quale assicuratore, ed essendo comunque esclusa la sua responsabilità al ricorrere di «circostanze anomale e imprevedibili»⁽⁹¹⁾; tuttavia, è evidente che, laddove non possa ravvisarsi alcuna violazione contrattuale o di legge ad opera del PSP, la prestazione di quest'ultimo non potrà che giustificarsi nei termini chiariti, essendo peraltro esclusa quando il danneggiato abbia trovato soddisfacimento per altre vie (come, ad esempio, la restituzione delle somme trasferite ad opera del beneficiario estraneo all'illecito o ravveduto, l'apprensione di un indennizzo ad opera di un terzo assicuratore, ecc.).

⁽⁹¹⁾ Ai sensi dell'art. 28 d.lgs. n. 11 del 2010, infatti «Le responsabilità di cui agli articoli da 5 a 27 non si applicano in caso di caso fortuito o forza maggiore e nei casi in cui il prestatore di servizi di pagamento abbia agito in conformità con i vincoli derivanti da altri obblighi di legge».

CAPITOLO QUARTO

– BIBLIOGRAFIA –

(Ordine alfabetico per autore)

ALPA G. - GAGGERO P., sub *art. 121*, in *Comm. al t.u.b. diretto da F. Caprigliione*, III, Milano, 2018, p. 2120 ss.

ALPA G. - GAGGERO P., *Appunti sui contratti bancari tipici*, in *Contratto e impresa*, 2019, p. 450 ss.

APTE U.M. - KARMARKAR U., *Business process outsourcing and “off-shoring”:
the globalisation of information-intensive services*, in U. APTE - U. KARMARKAR
(a cura di), *Managing in the information economy. Current research issues*, Berlin-Heidelberg, 2007, p. 59 ss.

ARDIZZI G. - SAVINI ZANGRANDI M., *The impact of the interchange fee regulation
on merchants: evidence from Italy*, in *Questioni di economia e finanza*, Banca
d’Italia, 2018, p. 5 ss.

AURICCHIO A., voce *Autorizzazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959,
p. 502 ss.

BAGELLA M., *Note sulla evoluzione della moneta nell’economia contemporanea*, in
Analisi giuridica dell’economia, 2015, p. 7 ss.

BARILLÀ G., *Dal Rid al nuovo addebito diretto Sepa*, in *Analisi giuridica
dell’economia*, 2015, p. 79 ss.

BARILLÀ G., *Il trasferimento dei servizi di pagamento*, in *Nuove leggi civ. comm.*,
2015, p. 1031 ss.

BARILLÀ G., *L'addebito diretto come servizio di pagamento tra disciplina comunitaria ed esperienza tedesca*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, p. 678 ss.

BARILLÀ G., *L'addebito diretto*, in *Quaderni di Giur. comm.*, Milano, 2014

BARILLÀ G., *L'addebito diretto*, Milano, 2013

BAVETTA G., voce *Mandato (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 371 ss.

BELLO V., sub art. 23 d.lgs. n. 11 del 2010, in M. MANCINI - M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento. Commentario al d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11*, Torino, 2011, p. 41 ss.

BIANCA C.M., *Diritto civile, 3, Il contratto*, Milano, 2019

BIANCA C.M., *Diritto civile, 4, L'obbligazione*, Milano, 2019 (rist. agg.)

BONAIUTI G., *Le nuove forme di pagamento: una sintesi degli aspetti economici*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2015, p. 17 ss.

BONTEMPI P., *Diritto bancario e finanziario*, Milano, 2016

BRECCIA U., *I cosiddetti «rapporti trilaterali» e la ripetizione dell'indebito*, in *Tratt. Rescigno, IX, Obbligazioni e contratti, I*, Torino, 1999, p. 945

BRECCIA U., *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1991

BRECCIA U., voce *Indebito (ripetizione dell')*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989, p. 3

BURCHI A. - MEZZACAPO S. - MUSILE TANZI P. - TROIANO V., *Financial Data Aggregation e Account Information Services. Questioni regolamentari e profili di*

business, in *Quaderni FinTech della Commissione nazionale per le società e la borsa*, 4, 2019, p. 15 ss. (in *Consob.it*)

CAMPOBASSO G.F., *Bancogiro e moneta scritturale*, Bari, 1979

CANARIS W., *Bankvertragsrecht*, Berlino, 2004

CAPRIGLIONE F., *Operazioni bancarie e tipologia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 29 ss.

CARRARO L., voce *Autorizzazione (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, I², Torino, 1958, p. 1577 ss.

CASTRONOVO C., *Responsabilità civile*, Milano, 2018

CORVESE C.G., *Commento al d.l. 24 gennaio 2015, n. 3. Parte seconda: L'attuazione "parziale" della Payment Accounts Directive*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2016, p. 33 ss.

CUOCCI V.V., *Direct debit e armonizzazione dei servizi di pagamento: regole e profili di responsabilità nelle operazioni di pagamento non autorizzate alla luce della Direttiva comunitaria 2007/64/Ce*, in M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, p. 417 ss.

D'AVANZO W., voce *Nuncius (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 515 ss.

D'AVANZO W., voce *Rappresentanza (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 802 ss.

DE CRISTOFARO G., *Pratiche commerciali scorrette e «microimprese»*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 5 ss.

DE GIORGI N. - VANGELISTI M.I., *La funzione di sorveglianza sul sistema dei pagamenti in Italia. Il provvedimento della Banca d'Italia del 18.9.2012 sui sistemi di pagamento al dettaglio*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 77 del settembre 2017, p. 34 ss. (in *Bancaditalia.it*)

DE STASIO V., *Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta*, Milano, 2016

DI MAJO A., *Adempimento in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Artt. 1722-1730, Bologna-Roma, 1994

Di Nanni C., *Pagamento e sostituzione nella carta di credito*, Napoli, 1983

DI ROSA G., *Il mandato*, I, in *Comm. Schlesinger*, Artt. 1703-1709, Milano, 2012

DI ROSA G., *Il mandato*, II, in *Comm. Schlesinger*, Artt. 1703-1709, Milano, 2017

ENRIA A., *Il recepimento della direttiva sui servizi di pagamento. Audizione del Capo del Servizio normativa e politiche di vigilanza della Banca d'Italia*, in *Documenti della Commissione VI della Camera dei Deputati (Finanze)*, p. 12, (in *Bancaditalia.it*)

FALCE V., *Cooperazione e regolazione nell'area unica dei sistemi di pagamento al dettaglio: note in materia di commissioni interbancarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, p. 695 ss.

FALCE V., *Dalla self regulation al payment package. Storia delle commissioni interbancarie*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2015, p. 49 ss.

FARENZA L., *La moneta bancaria*, Torino, 1997

FARINA V., *L'autorizzazione a disporre nel diritto civile italiano*, Napoli, 2001

FERRETTI R., sub art. 126-decies, in *Comm. al t.u.b. diretto da F. Capriglione*, III, Milano, 2018, p. 2298

FIorentino A., *Del conto corrente. Dei contratti bancari*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Artt. 1823-1860, Bologna-Roma, 1965, p. 148 ss.

GAGGI P., *L'apporto dell'autoregolamentazione alla realizzazione della Sepa*, in M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, p. 243 ss.

GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. comm. già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni e p. Schlesinger*, Milano, 2002

GAMMALDI D., sub art. 2, comma 3°, d.lgs. n. 11 del 2010, in M. MANCINI - M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento. Commentario al d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11*, Torino, 2011, p. 54 ss.

GIULIANO M., *L'adempimento delle obbligazioni pecuniarie nell'era digitale. Dalla moneta legale alla moneta scritturale e digitale "legalmente" imposta*, Torino, 2018

GORLA G., *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, p. 18 ss.

GÖSSMANN W., *Rechts des Zahlungsverkehrs*, Berlino, 2004

GOURIO A. - GILLOUARD M., *Payment account directive*, in *Droit Bancaire et Financier*, 2015, 2, p. 39 ss.

GRANATA E., *L'impatto delle nuove regole comunitarie e dei Rulebooks SEPA sulla realtà italiana*, in M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, p. 253 ss.

GUERRIERI G., *I rischi connessi alla circolazione della moneta elettronica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 1043 ss.

GUERRIERI G., *La moneta elettronica. Profili giuridici dei nuovi strumenti di pagamento*, Bologna, 2015

GUERRIERI G., *La moneta elettronica: profili di diritto privato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 777 ss.

GURBAXANI V., *Information systems outsourcing contracts: theory and evidence*, in U. APTE - U. KARMARKAR (a cura di), *Managing in the information economy. Current research issues*, Berlin-Heidelberg, 2007, p. 83 ss.

HURH B.J. - MAAREC A.D. - CHAMNESS C.M.A., *Consumer financial data aggregation and the potential for regulatory intervention*, 2017, p. 4 ss. (in *Paymentlawadvisor.com*)

INZITARI B., *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria nella società contemporanea: tramonto della carta moneta e attribuzione pecuniaria per trasferimento della moneta scritturale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, I, p. 133 ss.

KÜMPEL S., *Bank und Kapitalmarktrecht*, Colonia, 2004

LIACE G., sub *art. 121 t.u.b.*, in *Comm. breve al t.u.b. Costi-Vella*, Milano-Padova, 2019, p. 803 ss.

LIBERTINI M., *Brevi note su concorrenza e mercato*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, I, p. 188 ss.

LUMINOSO A., *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. dir. civ. comm. già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni*, Milano, 1984

LUPACCHINO M.C., sub *art. 17 d.lgs. n. 11 del 2010*, in M. MANCINI - M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *La*

nuova disciplina dei servizi di pagamento. Commentario al d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, Torino, 2011, p. 189 ss.

MAIMERI F., *I Rulebook della SEPA: natura e funzioni*, in M. Mancini - M. Perassi (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 63 - dicembre 2008, p. 123 ss. (in *Bancaditalia.it*)

MANCINI M., *I sistemi di pagamento retail verso la Single Euro Payments Area (SEPA)*, in M. MANCINI - M. PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 63 - dicembre 2008, p. 243 ss. (in *Bancaditalia.it*)

MANCINI M., sub art. 1, comma 1°, lett. r), d.lgs. n. 11 del 2010, in M. MANCINI - M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento. Commentario al d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11*, Torino, 2011, p. 28 ss.

MARINO G., *Dalla traditio pecuniæ ai pagamenti digitali*, Torino, 2018

MARINO G., *Il pagamento “necessariamente intermediato” dell’obbligazione pecuniaria nella legislazione di derivazione europea: verso il superamento dell’unicità del modello codicistico della traditio pecuniæ?*, 19.03.2015 (in *Giustiziacivile.com*)

MARTELLONI A., sub art. 114-sexies, in *Comm. al t.u.b. diretto da F. Capriglione*, II, Milano, 2018, p. 1761 ss.

MARULLO REEDTZ P., sub art. 1, comma 1°, lett. b), l) e n), d.lgs. n. 11 del 2010, in M. MANCINI - M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento. Commentario al d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11*, Torino, 2011, p. 12 ss.

MENZIONI L. - REALMONTE F., voce *Disposizione (atto di)*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 189 ss.

MEZZACAPO S., *Competition policy issues in EU retail payment business: the new PSD 2 regulatory principle of open on-line access to information from “payment accounts” and associated “payment transactions”*, in *European Competition Law Review*, 2018, p. 534 ss.

MEZZACAPO S., *Gli obblighi di «separazione» tra schemi di «carte di pagamento» e processing delle operazioni eseguite nell’U.E., tra regolazione del mercato e nuove responsabilità nell’esercizio delle relative imprese*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, p. 1052 ss.

MEZZACAPO S., *La nuova disciplina nazionale dei “conti di pagamento” alla luce dell’armonizzazione attuata con la Payment Accounts Directive*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, I, p. 792 ss.

MEZZACAPO S., *La nuova disciplina UE dei limiti alle interchange fees e delle business rules in materia di “pagamenti basati su carte”, tra regolamentazione strutturale del mercato interno e promozione della concorrenza*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2017, p. 455 ss.

MOLLE G., *I contratti bancari*, in *Tratt. dir. civ. comm. già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni*, Milano, 1981

MOSCATI E., *Pagamento dell’indebitato*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Artt. 2028-2042, Bologna-Roma, 1981

NANNI L., *Estinzione del mandato*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Artt. 1722-1730, Bologna-Roma, 1994

NATTINI A., *Il negozio autorizzativo*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, I, p. 485 ss.

NATTINI A., *La dottrina generale della procura. La rappresentanza*, Milano, 1910

NEGRONI A.L. - MUGAVERO P.S., *Opportunities in account aggregation*, in *Mortgage Banking*, LXI, 3, 2000, p. 64 ss.

NICCOLINI G., voce *Carte di credito e carte bancarie*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1995, p. 1 ss.

OLIVERI G., *Prezzi dei servizi bancari e concorrenza (a proposito di commissioni bancarie e interbancarie)*, in *Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da M. CAMPOBASSO, III, *Banche, mercati finanziari, crisi d'impresa*, Torino, 2014, p. 2383 ss.

ONZA M., *Carte di credito*, in *Comm. breve Salomone-Spada al diritto delle cambiali, degli assegni e di altri strumenti di credito e mezzi di pagamento*, Padova, 2013, p. 891 ss.

PACILEO P., *La moneta elettronica: profili civilistici e disciplina comunitaria*, Salerno, 2001

PAGLIANTINI S. - BARTOLINI F., *Il conto corrente bancario*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari*, in *Tratt. dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2016, p. 1587 ss.

PAGLIANTINI S., *Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, p. 435 ss.

PAPA E., *Da TARGET a TARGET 2: sistemi di pagamento a confronto*, in M. MANCINI - M. PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 63 - dicembre 2008, p. 205 ss. (in *Bancaditalia.it*)

PERASSI M., *Il sistema dei pagamenti e la banca centrale*, in M. MANCINI - M. PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 63 - dicembre 2008, p. 195 ss. (in *Bancaditalia.it*)

PIAZZA G., voce *Negoziato sotto nome altrui*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 130 ss.

PIRONTI A., *La nuova disciplina degli ordini di pagamento non autorizzati (credit transfers) tra Direttiva 2007/64/CE e regolamentazione SEPA*, in M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della Direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, p. 383 ss.

Pironti A., sub *art. 11 d.lgs. n. 11 del 2010*, in M. MANCINI - M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento. Commentario al d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11*, Torino, 2011, p. 127 ss.

PIRONTI A., sub *art. 7 d.lgs. n. 11 del 2010*, in M. MANCINI - M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento. Commentario al d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11*, Torino, 2011, p. 114 ss.

PORCELLI G., *L'apertura di credito bancario*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari*, in *Tratt. dei contratti diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli*, Torino, 2016, p. 925 ss.

RABITTI M - SCIARRONE ALIBRANDI A., *I servizi di pagamento tra PSD2 e GDPR: open banking e conseguenze per la clientela*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Liber amicorum Guido Alpa*, Milano-Padova, 2019, p. 718 ss.

ROPPO V., *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011

ROPPO V., *L'utenza dei servizi di pagamento: consumatori? Professionisti? Clienti?*, in M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della Direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, p. 287 ss.

ROZZA G., *Banca, finanza*, in P. CENDON (a cura di), *Responsabilità civile*, Torino, 2017, p. 1169 ss.

SACCO R. - DE NOVA G., *Il contratto*, Torino-Milano, 2016

SANDEI C., sub art. 1842 ss., in *Comm. breve al cod. civ. Cian-Trabucchi*, Milano-Padova, 2016, p. 1991 ss.

SANTORO A., sub art. 20 d.lgs. n. 11 del 2010, in M. MANCINI - M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento. Commentario al d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11*, Torino, 2011, p. 209 ss.

SANTORO V., *Gli istituti di pagamento*, in M. MANCINI - M. PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 63 - dicembre 2008, p. 25 ss. (in *Bancaditalia.it*)

SANTORO V., *Gli istituti di pagamento*, in M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, p. 49 ss.

SANTORO V., *I servizi di pagamento*, in *IANUS*, VI, 2012, p. 8 ss.

SANTORO V., *Il conto corrente bancario*, in *Comm. Schlesinger*, Artt. 1852-1857, Milano, 1992

SANTORO V., *L'efficacia solutoria dei pagamenti tramite intermediari*, in G. CARRIERO - V. SANTORO (a cura di), *Il diritto del sistema dei pagamenti*, Milano, 2005, p. 97 ss.

SANTORO V., sub art. 2, commi 1° e 2°, d.lgs. n. 11 del 2010, in M. MANCINI - M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento. Commentario al d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11*, Torino, 2011, p. 228 ss.

SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966

SCHLESINGER P., *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 1280

SCHULZE R. - STAUDENMAYR D., *Digital revolution. Challenges for Contract Law*, in *Digital revolution. Challenges for Contract Law in practice*, a cura di R. SCHULZE - D. STAUDENMAYR, Baden-Baden - Oxford, 2016, p. 19 ss.

SCIARRONE ALIBRANDI A. - DELLAROSA E., sub art. 25 d.lgs. n. 11 del 2010, in M. MANCINI - M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento. Commentario al d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11*, Torino, 2011, p. 267.

SCIARRONE ALIBRANDI A., *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria alla luce della Payment Services Directive 2007/64/CE*, in AA.VV., *Hominum causa constitutum. Scritti degli allievi in ricordo di Francesco Realmonte*, Milano, 2009, p. 161 ss.

SCIARRONE ALIBRANDI A., *L'interposizione della banca nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria*, Milano, 1997

SCIARRONE ALIBRANDI A., *Le regole contrattuali*, in M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione*

europa dei servizi di pagamento e attuazione della Direttiva 2007/64/CE, Milano, 2009, p. 96 ss.

Sella M., *La moneta elettronica nel sistema bancario italiano*, in *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, a cura di S. SICA - P. STANZIONE - V. ZENO ZENOVICH, Milano, 2006, p. 3 ss.

SPADAFORA A., *Profili dell'atto solutorio non dovuto*, Milano, 1996

SPIOTTO A.H., *Financial account aggregation: the liability perspective*, in *Federal Reserve Bank of Chicago. Policy studies. Emerging Payments Occasional Paper Series*, 2002 (in *Chicagofed.org*)

TRIMARCHI P., *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962

TROIANO O. - CUOCCI V.V., *sub art. 11 d.lgs. n. 11 del 2010*, in M. MANCINI - M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento. Commentario al d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11*, Torino, 2011, p. 139

TROIANO O. - CUOCCI V.V., *sub art. 5 d.lgs. n. 11 del 2010*, in M. MANCINI - M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento. Commentario al d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11*, Torino, 2011, p. 87 ss.

Troiano O., *Contratti di pagamento e disciplina privatistica comunitaria (proposte ricostruttive con particolare riferimento al linguaggio ed alle generalizzazioni legislative)*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2009, I, p. 543 ss.

TROIANO O., *La disciplina uniforme dei servizi di pagamento: aspetti critici e proposte ricostruttive*, in M. RISPOLI FARINA - V. SANTORO - A. SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, p. 15 ss.

TROIANO O., *La nuova disciplina privatistica comunitaria dei servizi di pagamento: realizzazioni e problemi della Single Euro Payments Area (SEPA)*, in M. MANCINI - M. PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 63 - dicembre 2008, p. 45 ss. (in *Bancaditalia.it*)

TROIANO O., voce *Contratto di pagamento*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, p. 402 ss.

TROIANO V., *Gli istituti di moneta elettronica*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 53 - luglio 2001, p. 14 ss. (in *Bancaditalia.it*)

TROISI A., sub art. 114-septies, in *Comm. al t.u.b. diretto da F. Capriglione*, II, Milano, 2018, p. 1765 ss.

VALENTINO D., *Moneta elettronica e tutela del consumatore*, in *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, a cura di S. SICA - P. STANZIONE - V. ZENO ZENOVICH, Milano, 2006, p. 130 ss.

VANINI S., *L'attuazione in Italia della seconda direttiva sui servizi di pagamento nel mercato interno: le innovazioni introdotte dal d.lgs. 15 dicembre 2017, n. 218*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 839 ss.

VENUTI M.C., *I soggetti del pagamento*, in *Comm. Schlesinger*, Artt. 1188-1192, Milano, 2018

WALLIS D., *Digital agenda: the role of the legal community in helping the EU legislator*, in *Journal of European consumer and market law (EuCML)*, 2016, 5, p. 1 ss.