

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN

Istituzioni e Mercati, Diritti e Tutele

Ciclo XXVI

Settore Concorsuale di afferenza: 12/B1

Settore Scientifico disciplinare: IUS/04

NOVITÀ SUL MERCATO DEI SISTEMI DI PAGAMENTO:

GLI ISTITUTI DI PAGAMENTO E GLI ISTITUTI DI MONETA

ELETTRONICA.

Presentata da: Novella Mancini

Coordinatore Dottorato

Giulio Illuminati

Relatore

Alberto Musso

Esame finale anno 2014

Introduzione	7
---------------------	----------

CAPITOLO I IL NUOVO ASSETTO NORMATIVO DEI SERVIZI DI PAGAMENTO	11
1. L'evoluzione nei sistemi di pagamento.	11
2. La nascita degli Istituti di pagamento.	14
2.1. L'autorizzazione da parte della Banca d'Italia.	19
2.2. Requisiti patrimoniali.	23
2.2.1. Il capitale minimo iniziale.	23
2.2.2. Il patrimonio di vigilanza.	26
3. Gli Istituti di pagamento ad operatività limitata.	29
4. Differenze con i "vecchi" intermediari finanziari.	30
5. L'evoluzione degli Istituti di moneta elettronica e delle rispettive attività.	33
5.1. Requisiti per la costituzione di un Istituto di moneta elettronica.	36
6. La tutela dei fondi degli utenti negli Istituti "ibridi".	38
6.1. Il recepimento della direttiva in Italia.	43
6.2. <i>Segue.</i> Forme di segregazione a confronto.	47
7. L'emissione e il rimborso della moneta elettronica.	52
CAPITOLO II IL CONTO DI PAGAMENTO	58
1. Premessa.	58
2. Il conto di pagamento.	59
3. Gli altri contratti di gestione in conto.	61

4. Ricostruzione del nuovo modello contrattuale.	64
4.1. La forma del contratto	64
4.2. L'oggetto del contratto.	68
4.3. Il trasferimento di fondi.	72
4.4. Formazione della provvista: il collocamento dei fondi sul conto.	75
4.5. <i>Segue.</i> La separazione patrimoniale.	78
4.6. <i>Segue.</i> I finanziamenti erogabili.	82
4.6.1. Differenze rispetto all'apertura di credito.	82
4.6.2. Vincoli alla concessione di finanziamenti.	85
5. La prestazione dei servizi di pagamento: IP, IMEL e Istituti bancari.	87
6. La prestazione di servizi di pagamento e l'attività bancaria.	90
CAPITOLO III GLI STRUMENTI DI PAGAMENTO	95
1. L'avvento della tecnologia tra gli strumenti di pagamento.	95
2. Le "innovazioni" giuridiche.	99
3. L'intervento della PSD e della EMD2.	100
4. Le carte di pagamento.	103
4.1. Carta di debito.	104
4.1.1. La natura giuridica della carta di debito.	108
4.1.2. Il prelievo di denaro dallo sportello automatico.	111
4.1.3. I pagamenti.	114
4.2. Carta di credito.	118
4.2.1. I Pagamenti con carta di credito.	122
4.3. Distinzioni ed analogie.	125
5. Il borsellino elettronico.	128
5.1. La moneta elettronica come valore monetario.	132

5.2. La moneta elettronica nella nozione della EMD2.	136
5.3. Pagamento in moneta elettronica.	138
6. Analogie e differenze tra borsellino elettronico e carte di pagamento.	141
6.1. Configurabilità delle carte di debito come borsellini elettronici.	143
6.1.1. Le carte di debito emettibili dagli IP.	144
6.1.2. Emettibilità delle carte di debito da parte degli IMEL.	145
6.2. Analogie tra il borsellino di moneta elettronica e le carte di credito.	147
7. I borsellini elettronici in prospettiva evolutiva.	149
Bibliografia	151

Introduzione

Acquistare una canzone con un click del mouse; rispondere ad un asta online mediante una email; comprare un biglietto elettronico usando il telefono cellulare. I modi in cui è possibile pagare elettronicamente sono diventati sempre più sofisticati e le opzioni per il trasferimento della moneta sono in continua evoluzione.

Le innovazioni nei pagamenti sono funzionali a soddisfare nuove esigenze e nuovi mercati. Promettono convenienza, flessibilità, velocità nelle transazioni e riduzione dei costi rispetto agli strumenti tradizionali.

Devono, però, fare i conti con l'assetto istituzionale e normativo di ciascun Paese.

La prima generazione di strumenti elettronici, intesi quali mezzi attraverso cui il pagamento è iniziato, trasmesso e ricevuto elettronicamente, è basata sulle carte di pagamento, in particolare sulle carte prepagate. Inizialmente nate come carte fedeltà da utilizzarsi solo presso gli emittenti (c.d. *single purpose cards*), divennero sempre più diffuse sino ad essere utilizzate quali sostitute del contante per l'acquisto di ogni tipo di bene.

Proprio con riferimento alle carte prepagate, in particolare alle *multi-purpose cards*, si parlò per la prima volta di borsellino elettronico, nonché di moneta elettronica per identificare i valori monetari in essa memorizzati.

Negli anni Novanta, con l'avvento di *internet*, si affacciò sulla scena una nuova forma di carta prepagata, chiamata *software based e-money*. Ne derivava una prepagata completamente dematerializzata, il cui funzionamento era basato sull'utilizzo di strumenti già molto diffusi come il *computer* e la connessione *internet*.

Al fine di gestire il crescente fenomeno, il legislatore europeo ha emanato le direttive 2000/46/CE e 2000/28/CE dalle quali sarebbe dovuta derivare una più chiara definizione di moneta elettronica (ME) e delle norme ad essa applicabili.

Al fine di non escludere dal mercato i numerosi operatori non bancari già emittenti di carte prepagate, veniva creato un nuovo operatore, l'Istituto di moneta elettronica (IMEL). La configurazione di quest'ultimo risultò quanto mai problematica poiché, nonostante il divieto di svolgere la raccolta dei depositi, gli IMEL vennero inseriti nella categoria degli enti creditizi ed assoggettati alla corrispondente disciplina.

La norma non ebbe l'effetto chiarificatore desiderato, comportando altresì l'abbandono di molti soggetti non bancari dal mercato dei servizi di pagamento. Questi preferirono, infatti, rivolgere l'attenzione alle sole *single purpose prepaid cards* non sottoposte alla disciplina europea ed evitare così i numerosi oneri burocratici, nonché i connessi costi di gestione, che dall'applicazione della direttiva sarebbero derivati.

Per favorire il reinserimento nel mercato dei servizi di pagamento di operatori non bancari, il legislatore europeo, nel dettare una disciplina unica dei servizi di pagamento in euro con la direttiva 2007/64/CE, ha introdotto un ulteriore operatore non bancario, l'Istituto di pagamento (IP), abilitato alla prestazione di tutti i servizi di pagamento ivi compresi quelli mediante carta. Al nuovo prestatore di servizi di pagamento veniva, tuttavia, interdetta l'emissione di moneta elettronica e di carte prepagate.

In tale assetto normativo, la funzione degli IMEL risultava marginale: abilitati all'emissione di moneta elettronica, non erano autorizzati a prestare servizi di pagamento. L'emissione di ME diveniva appannaggio dei soli Istituti bancari, gli unici a poter eseguire i servizi di pagamento ad essa connessi.

Al fine di realizzare una maggiore diffusione della moneta elettronica e di nuovi operatori non bancari, il legislatore comunitario è intervenuto nuovamente con la direttiva 2009/110/CE, che ridisegna la struttura e le funzioni degli IMEL, mediante un rinvio pressoché completo alla disciplina degli IP.

Dalla stratificazione normativa derivano numerosi problemi interpretativi, inerenti sia le norme che regolano la struttura organizzativa degli Istituti, sia la disciplina degli strumenti di pagamento che tali operatori possono offrire agli utenti.

Ad entrambe le predette categorie di prestatori di servizi di pagamento è interdetta la raccolta del risparmio. Ne è conseguita la previsione di una struttura organizzativa molto simile, finalizzata alla separazione dei fondi degli utenti rispetto al patrimonio dell'Istituto, la quale diviene ancor più marcata nei c.d. "ibridi", svolgenti anche attività di natura commerciale diversa rispetto alla prestazione di servizi di pagamento. L'obbligo di segregazione ad essi imposto si riflette, inoltre, sulle modalità di prestazione dei servizi di pagamento e delle attività accessorie, come la facoltà di concedere finanziamenti.

La grande differenza tra IMEL ed IP è l'impossibilità per quest'ultimo di emettere moneta elettronica; a ciò non corrisponde un'altrettanto chiara differenziazione nella disciplina degli strumenti di pagamento emettibili da ciascun operatore, né tantomeno delle differenze intercorrenti rispetto ai mezzi di pagamento bancari già in uso tra gli utenti. Il raccordo tra le direttive comunitarie non rende affatto immediata la ricostruzione della natura delle carte emettibili dagli IP, né chiarisce quale sia la struttura giuridica dei borsellini elettronici che gli IMEL possono mettere in circolazione alla luce dell'attuale disciplina.

Nate con l'intento di disciplinare il crescente fenomeno dei pagamenti elettronici, progressivamente aggiornate al fine di rispondere alle emergenti esigenze degli utenti, le direttive comunitarie hanno creato un assetto normativo poco chiaro sotto il profilo giuridico, reso ancor più problematico dal necessario raccordo con la preesistente normativa interna.

Al fine di meglio comprendere le novità introdotte nel nostro ordinamento dal legislatore comunitario, il lavoro muove dallo studio della struttura di IP ed IMEL. Nel primo capitolo particolare attenzione è rivolta alla struttura organizzativa degli Istituti "ibridi", società che svolgono attività commerciali diverse dalla prestazione di servizi di pagamento alle quali è data la facoltà di emettere moneta elettronica e fornire servizi di pagamento con la costituzione di un patrimonio destinato.

Prosegue con l'analisi della modalità di erogazione dei servizi mediante il conto di pagamento nel secondo capitolo. Il conto di pagamento viene comparato

al conto corrente ed al conto corrente bancario al fine di evidenziarne le peculiarità.

All'interno del terzo ed ultimo capitolo l'attenzione è rivolta agli strumenti di pagamento emettibili dagli IP e dagli IMEL. Attraverso lo studio delle carte di pagamento bancarie, si intende mettere in luce le differenti prerogative degli strumenti di pagamento che possono essere emessi dai nuovi Istituti, con particolare attenzione alla struttura del borsellino elettronico.

Disporre di sistemi di pagamento sicuri, veloci ed efficienti è da sempre un requisito essenziale per il funzionamento e lo sviluppo dell'economia. Nell'attuale contesto di forte evoluzione tecnologica, di progressiva dematerializzazione e di interconnessione su scala globale delle dinamiche produttive e finanziarie, i pagamenti effettuati con strumenti alternativi al contante, quali carte di credito e debito, computer e dispositivi mobili (telefoni cellulari, *tablet*, ecc.), stanno assumendo un ruolo sempre più centrale. Accelerare la transizione verso sistemi socio-economici non più basati sull'uso della carta moneta – la cosiddetta “*cashless society*” – è un passaggio obbligato per i Paesi avanzati per stare al passo della nuova domanda di servizi espressa da cittadini e imprese, affinché sia possibile concretizzare le opportunità emergenti legate alla digitalizzazione e coglierne i benefici sistemici, come la maggiore sicurezza delle transazioni, l'emersione del sommerso e la maggior trasparenza.

La precedente normativa dei pagamenti in moneta elettronica, sottoponendo gli emittenti a vincoli particolarmente gravosi, ne ha notevolmente rallentato la diffusione. Appare utile comprendere in che modo il legislatore abbia inteso ovviare a tale inconveniente e favorire una progressiva diffusione della moneta elettronica, anche mediante l'intervento di prestatori di servizi non bancari.

CAPITOLO I

Il nuovo assetto normativo dei servizi di pagamento

SOMMARIO: 1. L'evoluzione nei sistemi di pagamento. – 2. La nascita degli Istituti di pagamento. – 2.1. L'autorizzazione da parte della Banca d'Italia. – 2.2. Requisiti patrimoniali. – 2.2.1. Il capitale minimo iniziale. – 2.2.2. Il patrimonio di vigilanza. – 3. Gli Istituti di pagamento ad operatività limitata. – 4. Differenze con i “vecchi” intermediari finanziari. – 5. L'evoluzione degli Istituti di moneta elettronica e delle rispettive attività. – 5.1. Requisiti per la costituzione di un Istituto di moneta elettronica. – 6. La tutela dei fondi degli utenti negli Istituti “ibridi”. – 6.1. Il recepimento della direttiva in Italia. – 6.2. Segue. Forme di segregazione a confronto. – 7. L'emissione e il rimborso della moneta elettronica.

1. L'evoluzione nei sistemi di pagamento.

Agli inizi degli anni ottanta, per preservare la fiducia del pubblico nell'accettazione e nell'efficacia liberatoria della moneta bancaria e postale, nonché promuoverne la circolazione, si assiste allo sviluppo di un «articolato assetto istituzionale, tecnico-operativo ed infrastrutturale» teso a semplificare il regolamento delle transazioni commerciali¹.

Nel sistema dei pagamenti inteso come «l'insieme degli strumenti, delle procedure, degli operatori, delle infrastrutture, delle norme che concorrono ad assicurare il trasferimento della moneta tra gli operatori economici»² venivano individuate due finalità fondamentali: l'intermediazione nei pagamenti, consistente nella raccolta dal pubblico di depositi movimentati mediante gli strumenti di pagamento, nonché la funzione di garanzia sull'adeguatezza e sull'andamento del sistema. La prima funzione è storicamente rappresentata

¹ MANCINI M., *Il sistema dei pagamenti e la banca centrale*, in GALANTI (a cura di), *Diritto delle banche degli intermediari finanziari*, in PICOZZA, GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto dell'economia*, Padova, Cedam, 2008, V, 114 ss.

² BRIZI, SASSO, TRESOLDI, *Le banche e il sistema dei pagamenti: organizzazione, funzioni e prospettive nello scenario della moneta unica*, Bologna, Il Mulino, 1998, 9 s.

dall'attività delle banche e delle poste, la seconda viene svolta dalla banca centrale, che opera come agente di regolamento delle prime³.

L'evoluzione tecnologica ha contribuito alla realizzazione di nuovi e più avanzati strumenti solutori: in risposta alla crescita degli scambi finanziari ed al conseguente aumento dei volumi trattati sono nati nuovi strumenti solutori capaci di garantire maggiore celerità nelle transazioni. Ulteriore conseguenza dell'espansione del mercato è stato l'ingresso di nuovi operatori non bancari, abilitati a prestare servizi di pagamento disgiuntamente dalla raccolta dei depositi. La prestazione di servizi di pagamento unita alla raccolta dei risparmi era, ed ancora oggi rimane, attività riservata in via esclusiva alle banche e agli uffici postali.

L'introduzione degli intermediari non bancari nel nostro Paese è stata progressiva, spesso dovuta alla sensibilità del legislatore comunitario.

In principio furono gli intermediari finanziari disciplinati dagli artt. 106 e 107 Testo Unico Bancario (Tub), abilitati a svolgere tutte le attività finanziarie consentite nell'ordinamento: concessione di finanziamenti, assunzione di partecipazioni, intermediazione in cambi e gestione dei servizi di pagamento⁴.

Numerosi fattori hanno concorso nella scelta del legislatore comunitario di operare un ripensamento della disciplina degli operatori non bancari.

³ MANCINI M., *Il sistema dei pagamenti e la banca centrale*, cit., 114 ss., 116: l'A. rappresenta il sistema dei pagamenti come una piramide alla cui base sono poste le parti titolari delle obbligazioni pecuniarie derivanti da transazioni aventi ad oggetto lo scambio di beni e servizi, conclusi nell'economia reale. Al secondo livello della piramide vengono collocati gli intermediari abilitati a raccogliere dal pubblico i depositi rimborsabili movimentabili dai clienti: le banche e le poste. Il terzo livello della struttura piramidale viene occupato da quelle infrastrutture, procedure e istituzioni specializzate presso le quali confluiscono i pagamenti eseguiti in moneta bancaria e postale, ogniqualevolta il *solvens* e l'*accipiens* siano clienti di intermediari differenti. I due canali di regolamento dei pagamenti interbancari a cui l'A. fa riferimento sono i *correspondent banking*, funzionanti come conti correnti bilaterali i cui saldi vengono estinti con un differimento del regolamento rispetto al momento di assunzione degli impegni, e i *multilateral banking*, basati sulla compensazione multilaterale. Il vertice della piramide è rappresentato dalla banca centrale, quale istituto di emissione nonché titolare della funzione di controllo della liquidità monetaria

⁴ ARTALE, CRISCIUOLO, PANICO, *Le attività, i soggetti, i collaboratori esterni*, in GALANTI E. (a cura di), *Diritto delle banche degli intermediari finanziari*, in PICOZZA E., GABRIELLI E. (diretto da), *Trattato di diritto dell'economia*, Padova, Cedam, 2008, V, 366.

Una prima causa deve essere individuata nella maggiore frequenza degli scambi, tra consumatori e tra imprese, nonché tra consumatori ed imprese, conseguenza dell'introduzione della moneta unica nell'Unione europea.

Altra ragione del cambiamento è riconducibile al nuovo assetto creato dalla direttiva 2000/12/CE, ai sensi della quale solo i soggetti rientranti nella nozione di ente creditizio potevano avvalersi della libertà di stabilimento e di prestazione di servizi nel territorio comunitario. Tutti gli altri operatori, sebbene operanti nel medesimo settore, cioè quello dei pagamenti, vedevano limitata la loro operatività al solo territorio nazionale. Ne conseguiva una restrizione della concorrenza e del mercato in danno degli operatori che non svolgevano attività bancaria⁵.

A ciò si aggiunga una progressiva dematerializzazione degli strumenti di pagamento, basati sul ricorso a tecniche e processi informatico – tecnologici, capaci di garantire modalità di regolamento delle transazioni economiche e veloci. Lo sviluppo e l'offerta di detti strumenti di pagamento, alternativi alla moneta legale, hanno suscitato l'attenzione del legislatore comunitario, che ben presto ne ha disciplinato sia l'emissione che l'utilizzo⁶. Al fine di realizzare una maggiore diffusione di forme di pagamento e superare i più costosi e meno efficienti strumenti di pagamento, quali il contante e i titoli cartacei, le direttive 2000/46/CE e 2000/28/CE hanno introdotto un nuovo operatore ed un nuovo strumento di pagamento: rispettivamente l'Istituto di moneta elettronica e la moneta elettronica.

La volontà di incrementare la concorrenzialità degli intermediari non bancari ha, infine, condotto il legislatore comunitario ad un ulteriore ripensamento della disciplina degli intermediari ed all'emanazione della direttiva 2007/64/CE, la *Payment Services Directive* (PSD). Tale direttiva ha introdotto un operatore, l'Istituto di Pagamento, la cui peculiarità risiede nella facoltà di poter svolgere insieme alla prestazione dei servizi di pagamento anche attività commerciali da

⁵ COSTI, *Servizi di pagamento: il controllo sugli enti produttori*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1993, 1,143.

⁶ A partire dal 1997 la Commissione Europea è intervenuta attraverso strumenti di natura non vincolante: nello stesso anno veniva emanata la raccomandazione 97/489/CE relativa agli strumenti elettronici di pagamento, con particolare riferimento alle relazioni tra gli emittenti ed i titolari di tali strumenti, alla quale veniva ben presto affiancata la direttiva 97/5/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 gennaio 1997 sui bonifici transfrontalieri.

essa differenti. Sono, inoltre, autorizzati a gestire i servizi di ciascun cliente in appositi conti, cosiddetti conti di pagamento, ed a concedere loro finanziamenti a breve termine⁷.

In tempi più recenti tale disciplina è stata estesa anche agli Istituti di moneta elettronica (direttiva 2009/110/CE), ancora oggi gli unici operatori non bancari autorizzati alla prestazione dei servizi di pagamento ed all'emissione della moneta elettronica.

In ragione dei nuovi interventi normativi, si configurano tre diverse tipologie di prestatori di pagamento: gli Istituti di pagamento, gli Istituti di moneta elettronica e le banche. Muovendosi dalla sfera d'azione degli IP verso quella delle banche aumentano i servizi finanziari possibili, poiché la gestione dei depositi e la concessione dei prestiti, nonché la riscossione degli interessi sui prestiti stessi è rimasta appannaggio solo di queste ultime. Gli IP e gli IMEL rappresentano, infatti, un competitor per le banche solo in relazione alle operazioni di intermediazione nei servizi di pagamento e all'emissione di moneta elettronica.

2. La nascita degli Istituti di pagamento.

Fin dall'adozione della moneta comune, la Banca Centrale Europea (BCE) auspicava il superamento dei distinti sistemi di pagamento nazionali e l'approdo ad un'unica area dei pagamenti in euro: *Single Euro Payments Area* (SEPA)⁸.

⁷ In merito al prospettato incremento di concorrenzialità che l'attuazione della PSD può realizzare cfr. LIBERTINI, *Brevi note su concorrenza e servizi di pagamento*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2011, 2, 181 ss.

⁸ Il progetto SEPA nasce con la pubblicazione nel 1990 del rapporto intitolato "Il sistema dei pagamenti nel mercato interno", nel quale, per la prima volta, si enuncia l'interesse della Comunità europea di dar vita all'area unica dei pagamenti. Soltanto con l'avvio dell'euro l'armonizzazione del mercato assume carattere prioritario nei programmi della Commissione e della BCE, come dimostra l'invito del Consiglio europeo di Lisbona (nel marzo 2000) rivolto alle banche europee a progettare e implementare un'infrastruttura comune per i pagamenti. MANNELLA, *La nuova disciplina comunitaria degli istituti di pagamento: aspetti fiscali (relativi all'IVA) dei servizi di pagamento offerti dagli operatori telefonici*, in BASSAN (a cura di), *Diritto delle comunicazioni elettroniche: telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, Milano, Giuffrè, 341 s.; FALCE, *Il mercato integrato dei sistemi di pagamento al dettaglio tra cooperazione e concorrenza (Primi appunti ricostruttivi)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2008, 5, 588 ss.

L'integrazione dei sistemi di pagamento era un elemento necessario per rendere concreto il progetto di un mercato economico e finanziario unico. La BCE si proponeva infatti di realizzare un sistema di regolamento paneuropeo nell'area dei pagamenti al dettaglio, che assicurasse la stessa uniformità tecnico-giuridica raggiunta attraverso il sistema TARGET nel comparto all'ingrosso⁹. La creazione di un'unica area dei pagamenti transfrontalieri, eseguiti nell'ambito dell'Unione Europea, avrebbe permesso l'attribuzione a ciascuna operazione del medesimo trattamento normativo ed economico applicato ai pagamenti domestici¹⁰.

Nel giugno del 2002 il settore bancario europeo ha dato vita al Consiglio europeo per i pagamenti (*European Payments Council*, EPC), incaricato di coordinare le iniziative per la creazione di una zona unica dei pagamenti in euro entro il 2010¹¹. Le iniziative promosse dall'EPC, coadiuvata dalla BCE, hanno permesso di muovere i primi passi verso la realizzazione di un sistema di regolamento paneuropeo per i pagamenti *retail*. La presenza di distinte giurisdizioni nazionali rende tuttavia ancora perdurante la difficoltà nella creazione di un'area unificata dei pagamenti in Europa¹².

⁹ A fine anni novanta nel contesto dell'area monetaria unica non esisteva un sistema di pagamento interbancario sovranazionale appositamente ideato per operare nel comparto delle transazioni al dettaglio. Non era ipotizzabile un utilizzo a tali fini del sistema TARGET, in quanto il numero dei pagamenti al dettaglio è presumibilmente superiore alla capacità massima di tal sistema e le modalità operative dello stesso, basate sul regolamento lordo in tempo reale di ogni singola transazione, avrebbero comportato costi troppo elevati. Cfr. ARTALE, CRISCIULO, PANICO, *Le attività, i soggetti, i collaboratori esterni*, cit., 1153.

¹⁰ MANCINI M., *Il sistema dei pagamenti e la banca centrale*, cit., 1154; BANCA CENTRALE EUROPEA, *Rendere più efficienti i pagamenti transfrontalieri al dettaglio - la posizione dell'Eurosistema*, available on www.ecb.europa.eu, settembre 1999, 6.

¹¹ Sono coinvolti nel progetto SEPA anche l'Eurosistema (Banca centrale europea e Banche centrali nazionali), che ha il compito di promuovere il regolare funzionamento del sistema dei pagamenti, e la Commissione europea, che in collaborazione con il Consiglio e il Parlamento, fornisce l'impulso politico al processo di armonizzazione. Ad essi si aggiungono i Comitati nazionali di migrazione alla SEPA, con compiti di coordinamento negli Stati membri, nonché le infrastrutture europee di compensazione e regolamento, che garantiscono il funzionamento dei pagamenti SEPA. Cfr. MANNELLA, *La nuova disciplina comunitaria degli istituti di pagamento*, cit., 341.

¹² Per i pagamenti con contante, l'entrata in vigore del sistema dell'euro non ha prodotto l'auspicata riduzione dei costi dei pagamenti transfrontalieri. A tal fine è stato emanato il regolamento 2560/2001/CE con il quale il legislatore comunitario ha statuito l'obbligo per ogni paese di rispettare il principio di parità del costo tra i pagamenti transfrontalieri e i pagamenti interni ad un medesimo stato.

L'obiettivo d'integrare e rendere più efficienti i servizi di pagamento viene attualmente perseguito lungo due direttrici fondamentali: da un lato la creazione di infrastrutture e schemi di pagamento che dovranno essere utilizzati in tutti i Paesi aderenti alla moneta unica; dall'altro l'armonizzazione normativa, di cui l'emanazione della direttiva sui servizi di pagamento è esemplare espressione.

Un primo passo verso l'introduzione di una disciplina unitaria è rappresentato proprio dalla PSD, recepita in Italia con il d. lgs. n. 11/2010. La direttiva, che si occupa del segmento al dettaglio, si propone di armonizzare la normativa dei servizi di pagamento e di creare quelle infrastrutture senza le quali l'operatività di un servizio di pagamento europeo nel settore *retail* non può concretizzarsi.

Con la PSD il legislatore comunitario istituisce un quadro giuridico comunitario "neutrale" per i servizi di pagamento, teso a garantire la parità di condizioni per tutti i sistemi di pagamento nazionali ed a tutelare la scelta dei consumatori verso servizi migliori senza condizionamenti normativi¹³.

A differenza della SEPA la direttiva non si applica ai soli servizi di pagamento in euro ma coinvolge tutti i pagamenti, fatti in qualunque valuta nell'Unione europea, a patto che i prestatori di servizi di pagamento del pagatore e del beneficiario siano entrambi situati in uno Stato della Comunità.

Auto-qualificandosi quale direttiva di piena armonizzazione, la PSD impedisce ai legislatori nazionali di intervenire nelle materie da essa regolate, derogabili solo da previsioni più favorevoli per gli utenti¹⁴. La norma dà vita ad

¹³ Considerando n. 4, PSD.

¹⁴ TROIANO O., *La nuova disciplina privatistica comunitaria dei servizi di pagamento: realizzazione e problemi della Single Euro Payment Area (SEPA)*, in MANCINI M. E PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento: prime riflessioni*, in Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, Roma, dicembre 2008, 44 s.; 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, 5, 523; TROIANO O., *Disciplina uniforme dei servizi di pagamento: aspetti critici e prospettive ricostruttive*, in RISPOLI FARINA, SANTORO, SCIARRONE ALIBRANDI, TROIANO O. (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, Giuffrè, 2010, 13; GRANIERI, *Le liberalizzazioni nel sistema dei servizi di pagamento e l'impatto della direttiva comunitaria sull'industria delle carte di credito. Alcune riflessioni preliminari*, in MANCINI, PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario*

una disciplina unitaria dei servizi di pagamento destinata ad abrogare le discipline nazionali finora vigenti, ad esclusione dei pagamenti in contante e in assegni non rientranti nel campo di applicazione della direttiva.

La direttiva ridisegna l'assetto degli operatori nel sistema dei pagamenti: ai sensi dell'art. 1 della PSD sono prestatori di servizi di pagamento gli enti creditizi, gli Istituti di moneta elettronica, gli Istituti di pagamento, gli uffici correnti postali, la BCE e le banche centrali nazionali quando non agiscono come autorità monetarie o con capacità di diritto pubblico.

Segue la definizione dei servizi di pagamento mediante un'apposita elencazione nell'allegato A alla PSD: i «prestatori di servizi di pagamento» possono permettere agli utenti il prelievo di somme dal conto, l'esecuzione di ordini di pagamento (addebiti diretti, bonifici e pagamenti tramite carte di pagamento), operazioni di pagamento mediante somme che rientrano in una linea di credito accordata all'utilizzatore dei servizi, l'emissione e/o acquisizione di strumenti di pagamento, le rimesse di denaro, le operazioni di pagamento nelle quali il consenso dell'utente viene dato mediante sistemi di telecomunicazione o sistemi digitali e la gestione in conto dei servizi di pagamento.

Vengono dunque assimilati i servizi di pagamento in senso stretto (cioè il trasferimento della titolarità del potere d'acquisto della moneta da un soggetto all'altro) alla produzione e gestione degli strumenti di pagamento, intesi quali «beni aziendali, o meglio contratti d'azienda, dei quali l'imprenditore si serve per svolgere il servizio di pagamento»¹⁵. Emerge una confusione tra i servizi erogabili già osservata nella seconda direttiva comunitaria in materia bancaria (89/646/CE, Elenco allegato delle attività che beneficiano del mutuo riconoscimento): alcuna distinzione viene compiuta tra la prestazione dei servizi di pagamento e l'emissione di strumenti a tal fine utilizzabili. Detta assimilazione trova una spiegazione nella volontà del legislatore comunitario di sottoporre a

dei servizi di pagamento: prime riflessioni, in Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, Roma, dicembre 2008, 107.

¹⁵ COSTI, *Servizi di pagamento*, cit., 131.

riserva sia l'attività dei servizi di pagamento che l'emissione e la gestione dei relativi strumenti¹⁶.

Principio guida della PSD è l'incremento della concorrenzialità nel mercato dei servizi di pagamento, oggetto di monopoli di fatto di carattere bancario¹⁷, realizzato con un intervento diretto sul lato dell'offerta mediante l'introduzione nel mercato di un altro operatore, l'Istituto di pagamento.

Nel nostro ordinamento, gli IP sono stati introdotti dall'art. 33, d.lgs. 11/2010, che, recependo la PSD, novella il Testo Unico Bancario il cui titolo *V ter* disciplina l'attività dei nuovi operatori.

La prestazione dei servizi di pagamento è subordinata al possesso dei requisiti patrimoniali ed organizzativi di cui all'art. 114 *novies* Tub ed all'autorizzazione della Banca d'Italia.

Gli IP autorizzati possono prestare i servizi di pagamento previsti dalla PSD e le attività ad essi accessorie e strumentali. Tra le attività accessorie vi è la facoltà di concedere finanziamenti a breve termine, purché risultanti «in stretta relazione ai servizi di pagamento» prestati (art. 114 *octies*, lett. a, Tub).

Gli IP, come definiti nel considerando 10 della PSD, sono persone giuridiche non rientranti in alcuna delle categorie di prestatori di servizi di pagamento già esistenti nell'Unione: non risultano, infatti, assimilabili né agli enti creditizi che raccolgono depositi da utenti avviandoli al circuito creditizio né agli IMEL o agli uffici postali¹⁸.

L'incremento di concorrenzialità nel mercato dei servizi di pagamento viene inoltre perseguito agevolando l'ingresso nel mercato a soggetti interessati all'attività di intermediazione dei pagamenti in ragione dell'attività commerciale

¹⁶ COSTI, *Servizi di pagamento*, cit., 131 s.

¹⁷ CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in TESAURO G., D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, Zanichelli, 2000, 14; FORESTIERI, *Concorrenza e innovazione dei sistemi di pagamento retail*, in *Banca impresa società*, 2002, 3, 445; GRANIERI, *Le liberalizzazioni nel sistema dei servizi di pagamento e l'impatto della direttiva comunitaria sull'industria delle carte di credito*, cit., 100.

¹⁸ Cfr. CONDEMI, *Gli Istituti di pagamento tra orientamenti comunitari e disciplina nazionale*, in RISPOLI FARINA, SANTORO V., SCIARRONE ALIBRANDI, TROIANO O. (a cura di), *Armonizzazione Europea dei servizi di pagamento e attuazione delle direttiva 2007/64/CE*, Milano, Giuffrè, 2009, 323 s.

svolta. Come si osserva dai lavori preparatori alla direttiva, l'avanzamento tecnologico degli strumenti di pagamento aveva indotto numerosi operatori commerciali a mostrare il proprio interesse al mercato dei servizi di pagamento (operatori telefonici, supermercati della grande distribuzione e aziende di trasporto pubblico), sino a quel momento riservato ai soli prestatori di servizio di pagamento specializzati¹⁹. Non rinunciando a mantenere uno stretto controllo sui prestatori di servizi di pagamento, in ragione dei rischi insiti nell'attività di intermediazione, ma volendo aprire le porte ad operatori già presenti in altri settori economici, la PSD ha disciplinato anche gli Istituti di pagamento c.d. "ibridi" (art. 10, §5, PSD oppure art. 114 *novies*, comma 5, Tub).

2.1. L'autorizzazione da parte della Banca d'Italia.

L'attività degli IP è sottoposta alla previa autorizzazione da parte della Banca d'Italia. L'ottenimento dell'autorizzazione è condizione necessaria per l'iscrizione dell'IP nel registro delle imprese ed il conseguente avvio della prestazione dei servizi di pagamento.

¹⁹ Nel campo dei sistemi di pagamento sempre più numerose sono le sperimentazioni di *mobile payments* ovvero lo sviluppo di strumenti di pagamento basati sull'utilizzo del telefono mobile come piattaforma di accesso al circuito di pagamento. Nella specie si tratta di progetti che prevedono l'uso di SMS quali ordini di pagamento, il regolamento delle transazioni tramite operatore telefonico, e l'uso del terminale mobile come piattaforma tecnologica. Obiettivo comune è integrare i servizi di telecomunicazione con quelli di pagamento per la fornitura di servizi agli utenti. Un forte interesse verso il settore dei pagamenti è stato, inoltre, manifestato dalle società che gestiscono i trasporti pubblici: volendo portare un esempio italiano l'Atm di Milano, in collaborazione con una società telefonica, offre all'utenza la possibilità di acquistare il biglietto elettronico della metropolitana mediante una scheda Nfc (*Near Field Communication*), che caricata sul cellulare permette di effettuare un rapido pagamento *contactless*. Cfr. CONDEMI, *Gli Istituti di pagamento tra orientamenti comunitari e disciplina nazionale*, cit., 336; MANNELLA, *La nuova disciplina comunitaria degli istituti di pagamento*, cit., 356 s.; LONGO, *Il borsellino salta dentro il cellulare*, in *Nova24, Il Sole24Ore*, 31 luglio 2011; TORELLI, *Biglietto? No, telefonino*, in *Corriereeconomia*, 14 settembre 2009; ZUCCA, «*Borsellino digitale*» per trasporti e mobilità, in *Eventiquattro. Il Sole24Ore*, 4 maggio 2012; BANCA D'ITALIA, *Relazione al Parlamento e al Governo*, in www.bancaditalia.it, Roma, giugno 2012, 87. Per un quadro sulle esperienze internazionali cfr. COMMITTEE ON PAYMENT AND SETTLEMENT SYSTEMS, *Innovation in retail payments. Report of Working Group on Innovations in Retail Payments*, in www.bis.org, maggio 2012, 60 ss.; TARAZI, BRELOF, *Nonbank E-money Issuers: regulatory approaches to Protecting customer funds*, in www.ssrn.com, luglio 2010, 1 ss.

I presupposti per l'ottenimento della richiamata autorizzazione attengono sia al momento costitutivo che a quello organizzativo dell'attività del nuovo prestatore di servizi di pagamento. La Banca d'Italia, in qualità di Autorità di vigilanza, è chiamata ad effettuare controlli inerenti sia l'attività di prestazione di pagamento che la gestione dell'impresa.

L'Istituto richiedente deve adottare la forma di società per azioni, di società in accomandita per azioni, di società a responsabilità limitata o di società cooperativa²⁰ e porre la sede legale e la direzione generale nel territorio della Repubblica italiana, *ex art. 114 novies*, comma 1, lett. a, e lett. b, Tub²¹.

La domanda di autorizzazione deve contenere oltre all'atto costitutivo ed allo statuto anche il programma di attività che l'istituto intende svolgere. Nel programma devono essere dettagliatamente indicati i servizi di pagamento che l'IP intende offrire agli utenti e le modalità con le quali questi verranno prestati, nonché gli obiettivi e le strategie imprenditoriali che la società intende perseguire²². In allegato è, inoltre, richiesta la relazione sulla struttura organizzativa della società²³.

La struttura organizzativa della società assume particolare rilevanza in presenza dell'onere di dimostrare che i partecipanti qualificati al capitale sociale

²⁰ MERUSI, *I soggetti vigilati*, in Associazione Bancaria Italiana, *La direttiva PSD: le nuove regole per le banche italiane. Servizi di pagamento, controllo, trasparenza*, Roma, Bancaria Editrice, 2011, 26 s.: «per l'individuazione del soggetto da abilitare ai servizi di pagamento la direttiva si limita a richiedere che abbia la "personalità giuridica", la legge di recepimento italiana richiede invece che si tratti di una "società di capitali". In questo modo si ammettono soltanto istituti di pagamento che, attraverso servizi di pagamento, esercitano una attività commerciale e si escludono le persone giuridiche non titolari di imprese, come le fondazioni o le associazioni che svolgono attività no profit. [...] Se il servizio di pagamento è assimilato all'attività bancaria, si è logicamente ricavato che il servizio di pagamento è un'attività commerciale che non può essere svolta se non da una società di capitali.» Cfr. PLUCHINO, *Problemi relative al nuovo strumento finanziario degli istituti di pagamento*, in *Il diritto e l'economia*, 3, 2012, 630 s.

²¹ Cap. II, Sez. II, § 2, Disposizioni di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di Moneta Elettronica.

²² GIMIGLIANO, *Articolo 114 novies, articolo 114 decies, articolo 114 undecies*, in PORZIO (a cura di), *Testo unico bancario. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2010, 922.

²³ Cap. II, Sez. III, § 1 e 2, Disposizioni di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di Moneta Elettronica. MONETI, SEPE, *Art. 114 novies. Autorizzazione*, in CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2012, III, 1589 s.; CAPONE, *Autorizzazione*, in MANCINI, RISPOLI FARINA, SANTORO, SCIARRONE ALIBRANDI, TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, Giappichelli, 2011, 445.

siano dotati dei requisiti di onorabilità previsti ai sensi dell'art. 114 *novies*, comma 1, lett. e, Tub. Infine, per coloro i quali svolgano funzioni di amministrazione, direzione e controllo dell'Istituto è richiesto il possesso dei requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza conformemente a quanto previsto dall'art. 114 *novies*, comma 1, lett. e, Tub.²⁴

Oggetto di valutazione è anche l'eventuale gruppo di appartenenza dell'IP: sulla Banca d'Italia grava l'onere di verificare che « *non sussistano, tra gli istituti di pagamento o i soggetti del gruppo di appartenenza e altri soggetti, stretti legami che ostacolano l'effettivo esercizio delle funzioni di vigilanza*» (art. 114 *novies*, comma 1, lett. f, Tub). Il controllo in tal senso non ha la funzione di verificare che l'appartenenza al gruppo possa inficiare la sua attività, bensì che si ponga quale possibile ostacolo ai controlli iniziali e periodici che la Banca d'Italia è tenuta a compiere²⁵.

All'Autorità di vigilanza è, infatti, attribuita la facoltà di svolgere ispezioni presso gli Istituti al fine di accertare che la loro attività si svolga secondo criteri di sana e prudente gestione ed in coerenza con il regolare funzionamento dei sistemi di pagamento²⁶. Mediante tali accertamenti viene verificata l'attendibilità delle informazioni trasmesse alla Banca d'Italia: la non congruità con quanto dall'ispezione risultante può comportare la revoca dell'autorizzazione quando si accerti l'assenza dei requisiti richiesti dal Tub, dettagliati nelle Disposizioni di

²⁴ PORZIO, *Autorizzazione*, in MANCINI, RISPOLI FARINA, SANTORO, SCIARRONE ALIBRANDI, TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, Giappichelli, 2011, 441 s.

²⁵ Particolare attenzione è assegnata alla presenza di entità insediate all'estero all'interno del gruppo societario, ritenendosi che queste potrebbero costituire un ostacolo o un impedimento all'efficace esercizio delle funzioni di controllo o intralciare il suo completo espletamento. Cfr. MONETI, SEPE, *Art. 114 novies. Autorizzazione*, cit., 1589.

²⁶ Cap. XII, Sez. I, § 1 e 2, Disposizioni di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di Moneta Elettronica. L'art. 114 *quaterdecies* Tub relativo all'attività di vigilanza sugli IP appare dettato sulla falsa riga dell'art. 53 Tub relativo alla vigilanza sulle banche. La norma attribuisce, infatti, alla Banca d'Italia il potere di emanare disposizioni di carattere generale aventi ad oggetto l'adeguatezza patrimoniale, il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni, l'organizzazione amministrativa e contabile e i controlli interni. A differenza del modello delineato dall'art. 53 Tub, l'emanazione della direttiva secondaria non è rimessa al Cibr rimanendo nelle mani della stessa Banca d'Italia. Cfr. SICLARI, *Art. 114 quaterdecies. Vigilanza*, in CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2012, III, 1643 s.; PLUCHINO, *Problemi relative al nuovo strumento finanziario degli istituti di pagamento*, cit., 634.

Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di moneta elettronica²⁷.

Pur non volendo soffermarci sul punto, alcuni cenni devono essere dedicati alla facoltà attribuita agli IP di ampliare la propria capacità di prestare servizi di pagamento, nel territorio nazionale ed all'estero, mediante l'istituzione di succursali, la definizione di accordi di promozione, nonché la conclusione di contratti con agenti. Comportando una serie di rischi operativi aggiuntivi, tali facoltà non possono che essere sottoposte al vaglio della Banca d'Italia: che si tratti dell'istituzione di succursali o della selezione di agenti, l'IP deve dare previa comunicazione della sua volontà di farvi ricorso; in assenza di eventi impeditivi, la Banca d'Italia sarà chiamata all'iscrizione degli stessi negli appositi albi di riferimento²⁸.

L'autorizzazione ad operare nel territorio italiano reca il c.d. «passaporto europeo»²⁹, il quale attribuisce agli IP la legittimazione ad esercitare la propria attività in tutto il territorio comunitario, in regime di libera prestazione dei servizi e di libertà di stabilimento. Gli IP italiani hanno, dunque, la facoltà di prestare i servizi di pagamento in uno Stato comunitario anche senza stabilirvi delle succursali, *ex 114 decies*, comma 3, Tub. L'IP ha la facoltà di istituire succursali e di avvalersi di agenti operanti nel territorio comunitario dandone una semplice comunicazione alla Banca d'Italia, la quale sarà chiamata a notificare all'Autorità di vigilanza dello Stato ospitante le informazioni relative alle succursali o agli agenti e ad eseguire l'iscrizione presso l'apposito registro³⁰.

²⁷ Art. 113 *ter* Tub e Cap. II, Sez. VII, § 3, Disposizioni di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di Moneta Elettronica.

²⁸ Cap. VII, Disposizioni di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di Moneta Elettronica.

²⁹ Art. 10, §9, PSD.

³⁰ Cap. VII, Disposizioni di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di Moneta Elettronica. La Banca d'Italia può rifiutare di eseguire l'iscrizione nel registro solo qualora si ritenga non assicurata la corretta prestazione dei servizi di pagamento rispetto alla disciplina in materia di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento al terrorismo oppure qualora l'autorità dello Stato ospitante le abbia comunicato l'esistenza di ragionevoli dubbi che in riferimento all'uso di agenti o all'istituzione di succursali siano in corso o siano compiute o solo tentate operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo (Cap. VII, Sez. II, § 2, comma 3 e Sez. III, § 3, comma 5, Disposizioni di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di Moneta Elettronica). Cfr. MARTELLONI, *Art. 114 sexies. Servizi di pagamento*, in

2.2. Requisiti patrimoniali.

L'ottenimento dell'autorizzazione all'esercizio della prestazione dei servizi di pagamento è subordinato al rispetto di stringenti requisiti patrimoniali: il capitale minimo iniziale ed il patrimonio di vigilanza.

I requisiti patrimoniali devono essere mantenuti nel corso dell'intera vita dell'IP, in quanto funzionali al mantenimento della loro operatività.

2.2.1. Il capitale minimo iniziale.

In conformità con quanto disposto dall'art. 6 PSD il capitale minimo richiesto per la costituzione di un Istituto di pagamento varia in funzione dei servizi di pagamento prestati³¹.

Il capitale minimo, che dovrà essere interamente versato allorché viene inoltrata la richiesta di autorizzazione, è pari a 20 mila euro qualora l'IP scelga di effettuare solo rimesse di denaro per conto dei clienti, ex art. 1, comma 1, lett. b, n. 6, d.lgs. 11/2010³². Un ammontare maggiore, 50 mila euro, deve essere versato dagli IP che scelgono di prestare servizi di pagamento richiedenti il consenso del pagatore trasmesso mediante un dispositivo di telecomunicazione, digitale o informatico e nei quali il pagamento viene eseguito verso l'operatore del sistema o della rete di telecomunicazioni, digitale o informatica; in tale ipotesi l'operatore destinatario del pagamento agisce non già quale beneficiario dello stesso ma semplicemente in qualità di intermediario tra l'utilizzatore dei servizi di

CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2012, III, 1567 s.; GIMIGLIANO, *Articolo 114 novies, articolo 114 decies, articolo 114 undecies*, cit., 927.

³¹ Cap. II, Sez. II, § 1, Disposizioni di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di Moneta Elettronica.

³² In tale sede ci si limita a riportare la definizione comunitaria delle rimesse di denaro: «un servizio di pagamento in cui i fondi sono consegnati da un pagatore senza che siano stati aperti conti di pagamento intestati al pagatore o al beneficiario, unicamente allo scopo di trasferire una somma corrispondente al beneficiario o a un altro prestatore di servizi di pagamento che agisce per conto del beneficiario, e/o in cui tali fondi sono riscossi per conto del beneficiario e resi disponibili a quest'ultimo», ex art. 4, comma 1, n. 13, PSD. Per un compiuta analisi della definizione di «rimessa di denaro» si rinvia al capitolo che segue.

pagamento e il fornitore di beni e servizi, *ex art. 1, comma 1, lett. b. n. 7, d.lgs. 11/2010.*

Il capitale minimo richiesto è di 125 mila euro qualora, invece, l'IP presti i servizi di cui all'art. 1, comma 1, lett. b, nn.1 – 5, d.lgs. 11/2010: *«1) servizi che permettono di depositare il contante su un conto di pagamento nonché tutte le operazioni richieste per la gestione di un conto di pagamento; 2) servizi che permettono prelievi in contante da un conto di pagamento nonché tutte le operazioni richieste per la gestione di un conto di pagamento; 3) esecuzione di ordini 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: 3.1. esecuzione di addebiti diretti, inclusi addebiti diretti una tantum; 3.2. esecuzione di operazioni di pagamento mediante carte di pagamento o dispositivi analoghi; 3.3. esecuzione di bonifici, inclusi ordini permanenti; 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 addebiti diretti una tantum; 4.2. esecuzione di operazioni di pagamento mediante carte di pagamento o dispositivi analoghi; 4.3. esecuzione di bonifici, inclusi ordini permanenti; 5) emissione e/o acquisizione di strumenti di pagamento».*

Essendo tale norma una pedissequa trasposizione del contenuto della PSD, le ragioni dell'esposta differenziazione vanno individuate nella direttiva stessa e negli obiettivi ad essa sottesi. Emerge una disciplina di favore nei confronti degli IP che scelgono di eseguire operazioni di pagamento digitali o telematiche: il capitale minimo è per essi nettamente inferiore rispetto a quello richiesto agli Istituti che optino per la prestazione di servizi di cui nn. 1– 5.

La nozione di «operazioni di pagamento» comprende ogni *«atto, disposto dal pagatore o dal beneficiario, di collocare, trasferire o ritirare fondi, indipendentemente da eventuali obblighi sottostanti tra il pagatore o il beneficiario»* (art. 4, n. 5, PSD). Tale nozione coincide con i servizi di pagamento eseguibili sia dagli IP a capitale pari a 50 mila euro che da quelli con capitale di 125 mila euro, poiché la definizione di operazioni di pagamento include lo stesso

elenco di servizi elencati ai nn.1 – 5, allegato A, art. 1, comma 1, lett. b, nn.1 – 5, d.lgs. 11/2010.

Pertanto, il riferimento alle operazioni di pagamento piuttosto che ai servizi di cui ai nn. 1 – 5 non muta il contenuto della disposizione. Ne consegue una completa coincidenza tra i servizi di pagamento eseguibili dagli IP con capitale minimo di 50 mila euro ed i servizi suscettibili di esecuzione da parte degli IP con capitale di 125 mila euro.

La richiesta di un diverso ammontare di capitale minimo iniziale non sembra potersi ricondurre alla presenza di differenti servizi erogabili né alla facoltà di regolare i servizi mediante conti di pagamento.

Ogni pagamento effettuato in assenza di un conto costituisce una rimessa di denaro (come si vedrà nel capitolo II, § 4.2.), per la cui esecuzione, quale attività esclusiva, è previsto un capitale iniziale ulteriormente diminuito, pari a 20 mila euro. Un capitale tanto ridotto appare motivato dall'eseguibilità non già dell'intera gamma di operazioni di pagamento, bensì delle sole rimesse. La rimessa di denaro è compresa nella nozione di operazione di pagamento, ma è solo una delle modalità utilizzabili per trasferire o ritirare i fondi. La richiesta di un capitale minimo di 20 mila euro riguarda, infatti, gli IP per cui le rimesse di denaro costituiscono attività d'impresa esclusiva, i quali non possono eseguire alcuna ulteriore operazione di pagamento. Non è, dunque, la gestione dei servizi in conto, ma il limitato numero di servizi eseguibili ad avere valore discreitivo.

La medesima *ratio* non pare sottesa alla distinzione tra capitale iniziale di 50 mila euro e di 125 mila euro, in ragione della richiamata coincidenza delle prestazioni di pagamento eseguibili.

Il criterio di differenziazione può essere altresì individuato nelle modalità con le quali i servizi di pagamento vengono prestati. Il legislatore comunitario, a parità di servizi eseguibili, impone un capitale minimo di soli 50 mila euro per quei pagamenti aventi origine da strumenti digitali/telematici e la cui esecuzione coinvolge operatori del sistema o della rete di telecomunicazioni, digitale o informatica. Tale scelta può essere ricondotta ai minori costi che la prestazione di servizi di pagamento, esclusivamente, digitali o telematici richiede per l'IP,

nonché all'intento di favorire la diffusione di detti pagamenti, anche mediante l'inserimento degli operatori telefonici nel mercato.

Tuttavia, quando l'IP esegue operazioni di pagamento anche, ma non esclusivamente, mediante dispositivi digitali e telematici, appare ipotizzabile che il patrimonio minimo debba essere elevato alla soglia di 125 mila euro. Per contro, se, come poc'anzi ipotizzato, il legislatore comunitario ha inteso accrescere il capitale minimo richiesto in ragione della complessità delle modalità con cui le operazioni di pagamento vengono eseguite, nulla osta ad attribuire la facoltà di eseguire le prestazioni anche mediante dispositivi digitali o di telecomunicazione agli IP con capitale pari a 125 mila euro³³. Tali considerazioni non sembrano contraddette dalle norme che vincolano gli IP a prestare i soli servizi di pagamento inseriti nella domanda di autorizzazione: la coincidenza tra i servizi di pagamento di cui ai nn. 1 – 5 dell'allegato A della PSD con la nozione di operazioni di pagamento implicherebbe la facoltà di prestare anche servizi di pagamento digitali e/o telematici, a condizione che se ne dia menzione nel programma di attività allegato alla domanda di autorizzazione, nel quale assumono rilievo le modalità di prestazione dei servizi³⁴. Dubbi possono porsi sulla possibilità di eseguire rimesse di pagamento: dato che la direttiva comunitaria richiama i soli servizi di cui ai nn. 1-5 dell'allegato A, potrebbe ritenersi preclusa agli IP aventi capitale minimo di 125 mila euro l'esecuzione di rimesse di pagamento.

2.2.2. Il patrimonio di vigilanza.

Al fine di tutelare la stabilità degli intermediari e dei risparmiatori che ad essi si rivolgono per l'esecuzione delle operazioni di pagamento, gli IP sono tenuti a dotarsi di un patrimonio di vigilanza variabile in relazione all'ammontare delle transazioni eseguite mensilmente e del credito concesso ai propri utenti.

³³ CAPONE, *Autorizzazione*, cit., 443: l'A. ritenendo che ciascun IP può svolgere solo l'attività per il quale è stato autorizzato, implicitamente esclude la possibilità per gli IP aventi capitale pari a 125 mila euro di eseguire anche operazioni di pagamento digitali o telematiche.

³⁴ MONETI, SEPE, *Art. 114 novies. Autorizzazione*, cit., 1588.

Ai sensi del Cap. V, Sez. I, § 1, comma 1, Disposizioni di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di moneta elettronica il patrimonio di vigilanza «è costituito dal patrimonio di base più il patrimonio supplementare, ammesso nel calcolo del patrimonio di vigilanza entro un ammontare massimo pari al patrimonio di base, al netto delle deduzioni»³⁵. In qualunque momento della vita della società il patrimonio di vigilanza deve essere almeno pari al capitale iniziale minimo richiesto per la costituzione dell'Istituto.

Come osservato in apertura del paragrafo, è onere degli IP detenere un patrimonio supplementare rispetto al capitale minimo. Il patrimonio supplementare risulterà a sua volta distinguibile in un «requisito patrimoniale a fronte dei servizi di pagamento prestati» ed un «requisito patrimoniale a fronte del rischio di credito»³⁶.

La normativa secondaria statuisce i metodi utilizzabili per il calcolo del patrimonio di vigilanza relativo al rischio connesso ai servizi di pagamento prestati, statuendo il ricorso a due possibili procedimenti: il c.d. metodo di calcolo B utilizzabile in via ordinaria ed il metodo A applicabile solo per il primo esercizio previa comunicazione alla Banca d'Italia.

Nella specie il metodo B prevede che il requisito patrimoniale a fronte dei rischi connessi ai servizi di pagamento prestati, sia pari almeno alla somma delle quote dei volumi di pagamento moltiplicata per il fattore “k”, il cui valore è parametrato sul tipo di servizi di pagamento prestati. Più dettagliatamente, ai sensi del Cap. V, Sez. II, § 1.3, Disposizioni di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di moneta elettronica «*Il requisito patrimoniale dell'istituto è almeno pari alla somma delle quote dei volumi di pagamento (VP) di cui alle seguenti lettere da a) ad e) – in cui VP è pari ad un dodicesimo dell'importo complessivo delle operazioni di pagamento eseguite dall'istituto di*

³⁵ Ai sensi del Cap. V, Sez. I, § 1, comma 3, Disposizioni di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di Moneta Elettronica, gli IP sono chiamati a calcolare il patrimonio di vigilanza secondo quanto previsto nelle Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche (Circolare n. 263, 27 dicembre 2006).

³⁶ Cap. V, Sez. II, Disposizioni di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di Moneta Elettronica.

pagamento nell'anno precedente – moltiplicata per il fattore di graduazione k sotto indicato:

- a) 4% della quota di VP fino a 5 milioni di euro;*
- b) 2,5% della quota di VP al di sopra di 5 milioni di euro e fino a 10 milioni di euro;*
- c) 1% della quota di VP al di sopra di 10 milioni di euro e fino a 100 milioni di euro;*
- d) 0,5% della quota di VP al di sopra di 100 milioni di euro e fino a 250 milioni di euro; e) 0,25% della quota di VP al di sopra di 250 milioni di euro.*

Il fattore di graduazione k è pari a:

- a) 0,5 quando l'istituto presta solo i servizi di pagamento di cui al punto 6 dell'articolo 1, comma 1, lettera b) del decreto 27 gennaio 2010, n. 11;*
- b) 0,8 quando l'istituto presta il servizio di pagamento di cui al punto 7 dell'articolo 1, comma 1, lettera b) del decreto 27 gennaio 2010, n. 11;*
- c) 1,0 quando l'istituto presta uno o più dei servizi di pagamento di cui ai punti da 1 a 5 dell'articolo 1, comma 1, lettera b) del decreto 27 gennaio 2010, n. 11».*

Il requisito patrimoniale varia inoltre in ragione dei crediti concessi: a fronte del rischio di credito gli IP calcolano un requisito patrimoniale pari al 6% dei finanziamenti erogati, eccettuati quelli connessi all'esecuzione di operazioni di pagamento mediante carte di credito con saldo mensile³⁷.

La Banca d'Italia, basandosi su una valutazione dei processi di gestione del rischio, sulla base dei dati sui rischi di perdite e dei meccanismi di controllo interno dell'IP, può prescrivere una diminuzione o un incremento del 20% del patrimonio di vigilanza³⁸.

Il patrimonio di vigilanza detenuto costantemente deve essere almeno pari alla somma del requisito patrimoniale a fronte dei servizi di pagamento prestati e

³⁷ Cap. V, Sez. II, § 3, Disposizioni di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di Moneta Elettronica.

³⁸ Cap. V, Sez. II, § 4, Disposizioni di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di Moneta Elettronica.

del requisito patrimoniale a fronte del rischio di credito³⁹. Il mancato rispetto di tali requisiti può essere ragione di revoca o sospensione dell'autorizzazione da parte della Banca d'Italia⁴⁰.

3. Gli Istituti di pagamento ad operatività limitata.

La direttiva comunitaria e la normativa italiana hanno descritto un terzo tipo di Istituti di pagamento c.d. piccoli, in ragione dell'ammontare delle prestazioni eseguite, definiti anche «ad operatività limitata», in ragione del minor numero di attività che possono eseguire.

Vengono considerati piccoli quegli Istituti di pagamento la cui media mensile, calcolata sui precedenti dodici mesi, dell'importo complessivo delle operazioni di pagamento non superi i 3 milioni di euro.

Possono eseguire esclusivamente rimesse di denaro ed operazioni di pagamento nelle quali il consenso è dato con un dispositivo telematico o digitale ed il pagamento è effettuato all'operatore del sistema o della rete di telecomunicazioni o digitale o informatica, che agisce esclusivamente come intermediario tra l'utilizzatore di servizi di pagamento e il fornitore di beni e servizi, *ex art. 1, comma 1, lett. b, nn. 6 e 7, d. lgs. 11/2010*. Non sono, inoltre, abilitati a concedere credito agli utenti, neppure in via accessoria e funzionale all'esecuzione di un pagamento⁴¹.

In ragione di tali limitazioni nei servizi eseguibili, sono stati qualificati quali Istituti ad operatività limitata rispetto agli altri IP.

L'autorizzazione emessa dalla Banca d'Italia non reca il passaporto europeo: gli Istituti ad operatività limitata non hanno la facoltà di operare in altri

³⁹ Cap. V, Sez. II, § 5, comma 1, Disposizioni di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di Moneta Elettronica.

⁴⁰ Per una compiuta analisi delle ipotesi di sospensione e revoca dell'autorizzazione da parte della Banca d'Italia cfr. CAPONE, *Autorizzazione*, cit., 448.

⁴¹ Cap. IX, § 1, Disposizioni di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di Moneta Elettronica.

Paesi in regime di libera prestazione dei servizi né ivi stabilire succursali o impiegare propri agenti⁴².

Sono ad essi applicabili, in quanto compatibili, le norme relative ai requisiti patrimoniali: in particolare, anche gli IP ad operatività limitata sono chiamati a mantenere costantemente un capitale minimo non inferiore al capitale iniziale ed a rispettare gli obblighi di separazione patrimoniale a tutela dei fondi degli utenti.

Qualora un IP ad operatività limitata superi la media mensile di 3 milioni di euro per le operazioni di pagamento prestate è tenuto a darne comunicazione alla Banca d'Italia entro 30 giorni. L'IP potrà, in quel momento, scegliere se proseguire nell'esercizio dell'attività di prestatore di servizi di pagamento, adeguandosi alle disposizioni relative agli IP ad operatività completa, oppure dismettere l'attività entro i successivi 60 giorni⁴³.

4. Differenze con i “vecchi” intermediari finanziari.

La PSD esclude dal novero dei prestatori di servizi di pagamento gli intermediari finanziari disciplinati dagli art. 106 e 107 Tub⁴⁴.

Successivamente all'emanazione di tale direttiva, il legislatore italiano ha provveduto alla soppressione dell'albo di cui all'art 107 Tub prevedendo un unico albo per gli intermediari finanziari disciplinato dall'art. 106 Tub.

A partire dall'entrata in vigore della legge di recepimento della PSD, gli intermediari *ex art. 106 e 107 Tub* hanno dovuto cessare la prestazione dei servizi di pagamento, per la cui ripresa è stata necessaria la trasformazione in uno dei

⁴² Cap. IX, § 1, Disposizioni di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di Moneta Elettronica.

⁴³ Cap. IX, § 2, Disposizioni di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di Moneta Elettronica.

⁴⁴ Alla fine del 2011 i soggetti iscritti nell'elenco *ex art. 106 del TUB* si sono notevolmente ridotti (506 unità) a seguito dell'uscita dall'elenco delle società veicolo in operazioni di cartolarizzazione e di quelle attive nei servizi di pagamento, nonché delle crescenti cancellazioni su richiesta degli intermediari o con provvedimenti d'ufficio conseguenti a situazioni di irregolarità. Sul grado di attendibilità dei dati cfr. BANCA D'ITALIA, *Relazione al Parlamento e al Governo*, cit., 35.

soggetti di cui all'art. 1 PSD, in particolare in IP, oppure in IMEL, se interessati all'emissione ed alla gestione della moneta elettronica⁴⁵.

Volendo in questa sede confrontare sinteticamente i servizi e le modalità di prestazione previsti per gli IP con la disciplina in passato applicata agli intermediari finanziari, l'esposizione proseguirà facendo riferimento agli intermediari disciplinati dagli artt. 106 e 107 Tub antecedentemente alla loro modifica.

La possibilità di svolgere attività diverse dalla prestazione dei servizi di pagamento è uno dei più evidenti fattori di differenziazione tra gli IP e gli intermediari *ex* artt. 106 e 107 Tub, ai quali era precluso svolgere qualunque attività non coincidente con l'intermediazione finanziaria.

Sebbene i servizi di pagamento che questa categoria di operatori poteva svolgere in passato fossero pressappoco coincidenti con i servizi di pagamento elencati nell'allegato alla direttiva comunitaria⁴⁶ e permanendo anche per gli IP il divieto di raccogliere i depositi tra il pubblico, un evidente mutamento ha riguardato la modalità di gestire le prestazioni. Gli IP possono gestire in conto i servizi di pagamento prestati per o in favore di ciascun cliente, facendo ricorso ad un nuovo strumento contrattuale, il conto di pagamento. L'utente ha la possibilità di optare per la gestione in conto dei servizi di pagamento richiesti mediante l'apertura di un conto di pagamento a lui intestato, sul quale saranno progressivamente registrate le operazioni compiute in un arco di tempo contrattualmente stabilito. Ne consegue un periodico saldo delle attività e passività derivanti dai servizi di pagamento prestati.

⁴⁵ Gli intermediari di cui all'albo unico previsto ai sensi dell'art. 106 Tub, qualora scelgano di non effettuare la trasformazione in IP o IMEL, potranno proseguire nella loro attività limitata alla concessione di finanziamenti oppure alla prestazione di servizi di investimento. Quegli intermediari che invece intendono richiedere l'autorizzazione per proseguire nella prestazione dei servizi di pagamento, continuando a svolgere anche i servizi relativi alla concessione di finanziamenti, assunzione di partecipazione, intermediazione in cambi, dovranno dotarsi dei requisiti richiesti per l'ottenimento dell'autorizzazione ad operare come istituti "ibridi". Cfr. MECATTI, *Art. 114 sexies Tub. Servizi di pagamento*, in MANCINI M., RISPOLI FARINA, SANTORO, SCIARRONE ALIBRANDI, TROIANO O., *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, Giappichelli, 2011, 411 s.

⁴⁶ CONDEMI, *Gli Istituti di pagamento tra orientamenti comunitari e disciplina nazionale*, cit., 333 s.

In riferimento all'ampliamento delle attività che gli IP sono abilitati a svolgere, attenzione deve essere posta alla facoltà dei nuovi operatori di concedere finanziamenti agli utenti, sebbene al solo fine di eseguire una prestazione di pagamento. In quanto attività accessoria, risulta condizionata alla necessità di dare adempimento ad un pagamento (art. 114 *octies*, lett. a, Tub), con l'effetto di impedire all'IP di tenere a disposizione del cliente una somma di denaro per un dato periodo di tempo, nonché condizionando l'utente a disporre del finanziamento solo al fine di realizzare un pagamento.⁴⁷ Gli atti di utilizzazione delle somme concesse dall'IP non sono operazioni autonome rispetto al finanziamento, né mere modalità di esecuzione del contratto, bensì ragione economica, indi causa che legittima l'operatore a concedere il credito all'utente⁴⁸.

Il finanziamento non può essere concesso attingendo alle somme collocate sui conti di pagamento dagli utenti, bensì al patrimonio dell'Istituto concedente. Si tratta, inoltre, di crediti a breve termine, da rimborsarsi entro dodici mesi, fatta eccezione per quelli concessi in relazione ai pagamenti effettuati con carta di credito⁴⁹, per i quali alcun termine è stato normativamente stabilito.

La concessione di finanziamenti tesi ad agevolare la prestazione dei servizi di pagamento, eventualmente regolati con un contratto di durata, era rimasta attività preclusa agli intermediari *ex artt.* 106 e 107, per i quali la concessione dei finanziamenti non poteva considerarsi attività accessoria essendo oggetto di specifica autorizzazione. La possibilità di gestire in conto i servizi di pagamento affiancata dall'eventuale concessione di finanziamenti mostra l'evidente

⁴⁷ Tale credito risulta con evidenza distinto dall'apertura di credito, che consente all'accreditato la possibilità di ottenere la disponibilità di denaro in vista di esigenze originariamente indeterminate: la differenza emerge sia rispetto al tempo in cui possono assumere consistenza, che al modo in cui possono trovare soddisfacimento. Cfr. Cass. 30 marzo 1967, n. 690, in *Giust. civ.*, 1967, 869; LIACE, *I contratti bancari*, Padova, Cedam, 2002, 67 s.; BAUSILIO, *I contratti bancari: accordi, inadempimento, responsabilità, trattamento fiscale*, Milano, Giuffrè, 2007, 62; TETI, BUSINELLI, *Dell'apertura di credito bancario*, in BUSINELLI (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2005, 3; SILVETTI, *L'apertura di credito*, in CALANDRA BUONAURA, PERASSI, SIVETTI (a cura di), *La banca: l'impresa e i contratti*, in COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, Cedam, 2001, VI, 530 s.

⁴⁸ FERRI, voce *Apertura di credito*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1958, II, 596 ss.; CECCHERINI, GENGHINI, FANELLI, *I contratti bancari nel codice civile*, Milano, Giuffrè, 2003, 400 s.

⁴⁹ Capitolo IV, Sezione I, §3, Disposizioni di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di Moneta Elettronica.

differenza dei nuovi prestatori di servizi di pagamento rispetto ai “vecchi” intermediari, le cui attività apparivano nettamente più limitate.

Sembra infatti che l'intervento del legislatore comunitario abbia ridotto il distacco relativo alla modalità di prestazione dei servizi di pagamento eseguite dalle banche rispetto a quelle dei soggetti non bancari.

Il rinnovato modello di prestazione dei servizi di pagamento è frutto del chiaro disegno del legislatore comunitario di giungere ad una maggiore diffusione degli operatori non bancari, avvicinandone le prestazioni alle esigenze dei clienti, imprenditori o consumatori⁵⁰.

5. L'evoluzione degli Istituti di moneta elettronica e delle rispettive attività.

Gli Istituti di moneta elettronica sono stati introdotti nell'ordinamento italiano con la l. 39/2002 (di recepimento delle direttive 2000/46/CE e 2000/28/CE), alla quale si deve l'introduzione del Titolo V *bis* nel testo unico bancario recante la disciplina delle attività.

Al fine di favorire la diffusione della moneta elettronica, quale strumento di pagamento, il legislatore comunitario ha consentito che l'emissione della moneta elettronica non rimanesse attività riservata alle sole banche⁵¹. L'introduzione degli

⁵⁰ Per un'analisi puntuale cfr. ROPPO, *L'utenza dei servizi di pagamento: consumatori? Professionisti? Clienti?*, in RISPOLI FARINA, SANTORO, SCIARRONE ALIBRANDI, TROIANO (a cura di), *Armonizzazione Europea dei servizi di pagamento e attuazione delle direttiva 2007/64/CE*, Milano, Giuffrè, 2009, 290 ss.

⁵¹ Il legislatore comunitario prima di dettare la disciplina di armonizzazione degli emittenti di moneta elettronica si era posto il problema se riservare l'attività di emissione alle sole banche o aprire questo mercato ad altri soggetti. «La prima opzione avrebbe risolto – nel senso più garantista possibile – i problemi connessi alla stabilità dei singoli intermediari e quelli paventati sul terreno della efficacia della politica monetaria. Sul primo versante si temeva che consentire a soggetti diversi dalle banche l'esercizio professionale dell'attività di moneta elettronica potesse esporre a rischi di instabilità il sistema bancario nel suo complesso e in particolare l'affidabilità e l'efficienza del sistema dei pagamenti al dettaglio. Sul secondo versante si temeva che la diffusione della moneta elettronica avrebbe potuto accrescere la velocità di circolazione della moneta, producendo conseguentemente un cambiamento della composizione qualitativa degli aggregati monetari con conseguenze importanti sull'efficacia degli strumenti di politica monetaria; una capillare diffusione della moneta elettronica come surrogato elettronico di monete metalliche e banconote avrebbe potuto compromettere l'efficacia degli strumenti di politica monetaria e la funzione di numerario della moneta elettronica. Riservare però agli enti creditizi l'esercizio professionale dell'attività di emissione di moneta elettronica avrebbe avuto conseguenze

IMEL rispondeva, infatti, all'esigenza di introdurre nuovi soggetti produttori dell'innovativo mezzo di pagamento accettato nelle transazioni economiche⁵².

Come le banche, gli IMEL potevano affiancare all'emissione di moneta elettronica la «produzione dei servizi di pagamento». Veniva a configurarsi la figura di un nuovo operatore specializzato nell'emissione e gestione della moneta elettronica, nonché abilitato alla prestazione di servizi di pagamento ed allo svolgimento di attività ad esse connesse e/o strumentali⁵³.

Sebbene inclusi tra gli enti creditizi dalla direttiva 2000/12/CE⁵⁴, gli IMEL non rientravano nella definizione di istituto di credito fornita dalla medesima direttiva, che individuava gli istituti di credito in quelle imprese abilitate alla ricezione di depositi ed altri fondi rimborsabili dal pubblico congiuntamente alla concessione di crediti per proprio conto. Parte di queste attività risultavano interdette agli istituti di moneta elettronica, i quali non potevano effettuare la raccolta del risparmio tra il pubblico né l'erogazione del credito alla clientela.

L'innesto degli IMEL nella definizione di enti creditizi, al quale si deve una certa ambiguità nella configurazione degli istituti, sembrava evocare una figura riconducibile alla famiglia degli intermediari finanziari non bancari, che però in

irreversibili sulla “contendibilità” del mercato rilevante». BANI, *Art. 114 quater. Vigilanza*, in CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2012, III, 1548.

⁵² Prima dell'ufficiale riconoscimento della moneta elettronica, gli unici mezzi di pagamento dotati di efficacia solutoria erano la moneta legale e la moneta bancaria o postale (ovverosia depositi, vale a dire sotto il profilo economico, passività a vista delle banche commerciali e degli uffici postali delle quali i titolari dei conti possono servirsi per effettuare pagamenti). Cfr. MANCINI M., *Il sistema dei pagamenti e la banca centrale*, cit., 1106 ss.; COSTI, *Servizi di pagamento*, cit., 130.

⁵³ L'attività di emissione e gestione degli strumenti di pagamento deve considerarsi distinta dall'esercizio di servizi di pagamento (allegato n. 1 alla direttiva 2000/12/CE). Gli operatori che svolgono servizi di pagamento «si limitano a trasferire moneta da un soggetto all'altro e oggetto di trasferimento può essere moneta legale, moneta bancaria, moneta postale o qualunque altro mezzo di scambio accettato nelle transazioni economiche. Essi non creano moneta, non emettono mezzi di scambio, ma si inseriscono nella circolazione della moneta facilitandone lo scambio.» COSTI, *Servizi di pagamento*, cit., 129.

⁵⁴ La direttiva 2000/28/CE integrava la definizione di istituto creditizio di cui all'art. 1, §1, della direttiva 2000/12/CE. Per «ente creditizio» doveva quindi intendersi: «a) un'impresa la cui attività consiste nel ricevere depositi o altri fondi rimborsabili dal pubblico e nel concedere crediti per proprio conto; oppure b) un istituto di moneta elettronica ai sensi della direttiva 2000/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2000, riguardante l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica». Sull'origine della nozione comunitaria di “ente creditizio” cfr. COSTI, *Banca e attività bancaria nelle direttive comunitarie*, in *Banca, impresa e società*, 1989, 3, 335 ss.

alcuni aspetti (tra questi gli obblighi di riserva) risultava attratta nell'orbita disciplinare degli enti creditizi⁵⁵.

L'assenza di una nitida configurazione degli IMEL è ben presto divenuta una, sebbene non l'unica⁵⁶, causa della scarsa diffusione degli istituti e del modesto utilizzo della moneta elettronica⁵⁷.

Allo scopo di ovviare a tale situazione, il legislatore comunitario ha emanato una nuova disciplina degli Istituti di moneta elettronica che ridisegna sia i requisiti sia le modalità di svolgimento delle attività autorizzate.

Il "rilancio" di questo operatore viene compiuto rafforzando la connessione tra i servizi di pagamento digitali e la moneta elettronica come innovativo strumento di pagamento.

L'emanazione della PSD aveva vincolato gli IMEL ai nuovi standard imposti per l'esecuzione dei servizi di pagamento, non alle restanti previsioni normative previste per i soli IP. Ne derivava un'evidente penalizzazione degli IMEL nel ruolo di prestatori di servizi di pagamento.

Oggetto esclusivo della loro attività era l'emissione di moneta elettronica, apparendo anche la prestazione dei servizi di pagamento attività meramente strumentale alla diffusione del nuovo mezzo di pagamento. Ne conseguiva un implicito divieto di svolgere attività diverse da quelle espressamente previste, ivi comprese le attività commerciali.

⁵⁵ TROIANO V., *Primi appunti in tema di regolamentazione nazionale degli Istituti di Moneta Elettronica*, in SPENA, GIMIGLIANO (a cura di), *Gli Istituti di Moneta Elettronica*, Milano, Giuffrè, 2005, 64 s.; BANI, *Art. 114 quater. Vigilanza*, cit., 1548 ss.

⁵⁶ Sono state individuate numerose barriere tecniche e psicologiche alla diffusione ed evoluzione degli istituti: la mancanza di standardizzazione e di interoperabilità tra gli schemi seguiti dagli IMEL, l'assenza di credibili garanzie di sicurezza e di anonimato nelle transazioni, la mancanza di confidenza del mercato con il nuovo strumento di pagamento, il numero ristretto delle attività che gli IMEL potevano svolgere, ecc. ATHANASSIOU, MAS-GUIX, *Electronic money institution: current trend, regulatory issues and future prospects*, in European Central Bank, Legal working paper series, in www.ecb.int, 2008, 11; COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, *The proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2004/6/CE on the taking up, pursuit, and prudential supervision of the business of electronic money institutions*, in ec.europa.eu, 2008, 14.

⁵⁷ Nel 2007 in Europa risultavano essere presenti solo 27 IMEL operanti nella comunità europea e approssimativamente 94 IMEL a operatività ridotta ai sensi dell'art.8, 2000/46/CE. ATHANASSIOU, MAS-GUIX, *Electronic money institution*, cit., 10.

In assenza di diversa disposizione normativa, per gli Istituti di moneta elettronica permaneva il divieto di concedere crediti agli utenti (art. 1, §5, lett. a, direttiva 2000/46/CE). La disponibilità necessaria per dare esecuzione a ordini di pagamento poteva, infatti, derivare solo dalla moneta elettronica emessa dall'IMEL a fronte del denaro precedentemente depositato dal cliente.

L'emissione di moneta elettronica non affiancata da una competitiva disciplina per la prestazione dei servizi di pagamento, anche in moneta elettronica, rendeva l'attività degli IMEL assolutamente marginale, essendo maggiore l'interesse della clientela, utilizzatrice di moneta elettronica o meno, a far ricorso rispettivamente agli Istituti bancari oppure agli Istituti di pagamento.

Al fine si assicurare condizioni di parità a tutti i prestatori di servizi di pagamento, la direttiva 2009/110/CE, detta anche EMD2, modifica radicalmente la disciplina di cui alla direttiva 2000/46/CE compiendo un rinvio alla disciplina degli IP prevista nella PSD⁵⁸.

In ragione di detto rinvio possono essere costituiti IMEL “ibridi” secondo le medesime norme esposte in relazione agli IP, venendo meno ogni onere di mantenere l'emissione di moneta elettronica quale oggetto esclusivo. I rinnovati Istituti di moneta elettronica possono inoltre avvalersi del contratto di conto di pagamento per la gestione dei servizi prestati e concedere finanziamenti a breve termine in connessione ai servizi di pagamento.

5.1. Requisiti per la costituzione di un Istituto di moneta elettronica.

Il rinvio alla disciplina degli IP permette l'applicazione delle norme in materia di organizzazione e di vigilanza anche agli Istituti di moneta elettronica, sebbene con differenze riconducibili ai maggiori rischi che l'emissione di moneta elettronica reca.

⁵⁸ Il rinvio opera a tutto tondo: non solo riguarda le attività che gli IMEL possono prestare, ma anche la loro struttura e, per l'effetto, l'attività di vigilanza su essi esercitabile da parte della Banca d'Italia. Se la disciplina previgente compiva una lunga serie di rinvii alla disciplina bancaria per quanto concerne la formazione degli IMEL, la vigilanza su essi esercitabile, le procedure amministrative e contabili, nonché i sistemi di gestione del rischio adeguati, la nuova norma rinvia per tali aspetti alla disciplina degli IP. Per un'analisi dei cambiamenti normativi cfr. BANI, *Art. 114 quater. Vigilanza*, cit., 1550.

Anche per tali Istituti è richiesta la forma di società di capitali o di cooperativa. Muta, invece, l'ammontare del capitale iniziale minimo, pari a 350 mila euro, che risulta nettamente superiore a quanto richiesto per gli IP⁵⁹. Il patrimonio di vigilanza non è calcolato con riferimento ai soli servizi di pagamento prestati ed al rischio di credito, dovendo bensì tenere conto anche dell'ammontare di moneta elettronica emessa e dei servizi di pagamento ad essa connessi⁶⁰. Le modalità di calcolo del patrimonio di vigilanza sono le medesime descritte per gli IP al § 2.2. del presente lavoro. Nella specie il requisito patrimoniale a fronte della moneta elettronica emessa è il 2% della moneta elettronica media in circolazione, a sua volta pari alla media dell'importo totale delle passività finanziarie relative alla moneta elettronica emessa nel corso dei sei mesi precedenti⁶¹.

Come osservato in relazione agli IP, l'ammontare del patrimonio di vigilanza non deve mai scendere al di sotto del capitale iniziale minimo richiesto per la costituzione.

L'autorizzazione della Banca d'Italia reca anche per gli IMEL la facoltà di svolgere la propria attività in regime di libera prestazione dei servizi e di libertà di stabilimento mediante succursali o agenti, nei termini suesposti⁶². Tale facoltà non è concessa agli IMEL a operatività limitata ossia agli Istituti la cui moneta elettronica media mensile in circolazione non superi i 5 milioni di euro⁶³. Agli IMEL ad operatività limitata è inoltre interdetto prestare servizi di pagamento che non siano connessi all'emissione di moneta elettronica; qualora intendano avvalersi di tale facoltà dovranno conformarsi alle disposizioni previste per gli

⁵⁹ Cap. II, Sez. II, § 2, Disposizioni di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di Moneta Elettronica.

⁶⁰ Cap. V, Sez. II, § 5, comma 2, Disposizioni di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di Moneta Elettronica.

⁶¹ Cap. V, Sez. II, § 2, Disposizioni di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di Moneta Elettronica.

⁶² Cap. VII, Disposizioni di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di Moneta Elettronica.

⁶³ Per una rassegna delle differenze rispetto alla previgente normativa cfr. MARTELLONI, *Art. 114 quinquies. Deroghe*, in CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2012, III, 1554 ss.

Istituti ad operatività completa. Infine, tali Istituti sono chiamati ad emettere moneta elettronica con un limite di avvaloramento per cliente di 150 euro.

Per quanto non espressamente menzionato in tale sede sui requisiti necessari per l'ottenimento dell'autorizzazione a prestare servizi di pagamento da parte della Banca d'Italia, si rinvia a quanto osservato in relazione agli IP.

6. La tutela dei fondi degli utenti negli Istituti “ibridi”.

Come precedentemente osservato, la maggiore concorrenzialità nel mercato dei servizi di pagamento, obiettivo della PSD, muove dall'interesse di alcuni settori commerciali ad entrare a far parte del mercato dei servizi di pagamento.

Per favorirne l'ingresso il legislatore comunitario ha dato vita ad un operatore definito “ibrido” in quanto abilitato alla prestazione dei servizi di pagamento congiuntamente all'esercizio dell'attività commerciale. All'indomani dell'introduzione degli IP ibridi, la diffusione degli IMEL, già scarsa, apparve definitivamente compromessa. La possibilità per gli IP di svolgere anche attività commerciali, differenti rispetto alla prestazione dei servizi di pagamento, poteva infatti indurre gli operatori commerciali ad indirizzarsi verso tal nuovo modello di prestatore di servizi. La moneta elettronica sarebbe pertanto rimasta appannaggio esclusivo dei soli Istituti bancari. L'insuccesso degli IMEL⁶⁴ e la necessità di realizzare una maggiore integrazione nel comparto dei servizi *retail*, ha indotto il legislatore comunitario a riconoscere anche agli IMEL la facoltà di svolgere attività commerciali. Anche gli IMEL possono assumere la forma di Istituti “ibridi”, per la cui disciplina la EMD2 rinvia a quanto previsto dalla PSD in relazione agli IP esercenti attività commerciali⁶⁵.

⁶⁴ ATHANASSIOU, MAS-GUIX, *Electronic money institution*, cit., 10 s.; Commission Staff Working Document, *The proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2004/6/CE*, cit., 14.

⁶⁵ Dalle risposte ad un apposito questionario sulla materia inviato dalla Commissione Europea a tutti gli stakeholder è emerso il generale convincimento in ragione del quale «al fine di consentire un pieno e rapido sviluppo della moneta elettronica era necessario un quadro regolatorio tale da favorire l'ingresso in questo mercato di operatori “ibridi”, vale a dire di soggetti che svolgano

Affinché l'attività degli Istituti non si trasformi in attività bancaria, la PSD prima e la EMD2 poi hanno imposto una rigida separazione tra il patrimonio dell'utente e quello dell'Istituto. Si è inteso tutelare i fondi degli utenti ed assicurarne la rimborsabilità a richiesta. Evitare che il denaro consegnato entri nella disponibilità dell'Istituto, IP o IMEL, è parso la maniera per mettere al riparo i fondi degli utenti da possibili rischi relativi alla prestazione dei servizi di pagamento.

Il rischio connesso all'attività degli Istituti è duplice: consta del rischio connesso alla perdita e/o confusione dei fondi degli utenti e di quello relativo all'indisponibilità dei fondi al momento della richiesta dell'utente⁶⁶. Tali rischi sembrano accrescersi allorquando l'Istituto svolga anche attività commerciali.

A tutela dei fondi degli utenti le direttive comunitarie hanno imposto agli Istituti di non trattenere i fondi consegnati. Hanno disegnato tre modalità per realizzare la separazione tra fondi propri dell'Istituto e fondi degli utenti.

Ai sensi dell'art. 9, PSD (al quale l'art. 7 EMD2 rinvia) « 1. *gli Stati membri o le autorità competenti richiedono agli istituti di pagamento che prestano uno dei servizi di pagamento di cui all'allegato e che, nel contempo, esercitano altre attività commerciali di cui all'articolo 16, paragrafo 1, lettera c), di tutelare i fondi ricevuti dagli utenti di servizi di pagamento ovvero tramite un altro prestatore di servizi di pagamento per l'esecuzione di operazioni di pagamento, secondo le modalità esposte in prosieguo.*

I fondi:

a) non sono mai confusi con i fondi di una qualsiasi persona fisica o giuridica diversa dagli utenti di servizi di pagamento per conto dei quali i fondi sono detenuti e, se sono detenuti e non ancora consegnati al beneficiario o trasferiti ad un altro prestatore di servizi di pagamento entro la prima giornata operativa successiva al giorno in cui i fondi sono stati ricevuti, sono depositati su

principalmente attività diverse dall'emissione di moneta elettronica, quali ad esempio gli operatori mobili, le società di trasporto pubblico e la grande distribuzione organizzata» AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Le carte prepagate in Italia. Caratteristiche diffusione e potenziale impatto concorrenziale sull'offerta di moneta elettronica*, giugno 2009, 77.

⁶⁶ TARAZI, LAUER, *Supervising Nonbank E-Money Issuers*, available on www.cgap.org, luglio 2012, 2.

un conto distinto di un ente creditizio o investiti in attività sicure, liquide e a basso rischio quali definite dalle competenti autorità dello Stato membro di origine; e

b) sono isolati conformemente al diritto nazionale nell'interesse dell'utente di servizi di pagamento dalle richieste di pagamento di altri creditori dell'istituto di pagamento, segnatamente in caso di insolvenza;

o

c) sono coperti da una polizza assicurativa o da qualche altra garanzia comparabile, ottenuta da una impresa di assicurazione o da un ente creditizio non appartenente allo stesso gruppo cui appartiene l'istituto di pagamento, per un importo equivalente a quello che sarebbe stato segregato in mancanza della polizza assicurativa o di altra garanzia comparabile, pagabile qualora l'istituto di pagamento non sia in grado di assolvere i suoi obblighi finanziari.

...3. Gli Stati membri o le autorità competenti possono richiedere il rispetto dei requisiti in materia di tutela di cui al paragrafo 1 del presente articolo anche agli istituti di pagamento che non esercitano altre attività commerciali di cui all'articolo 16, paragrafo 1, lettera c).»

La tutela dei fondi degli utenti, che il nostro ordinamento estende a tutti gli Istituti anche puri, è originariamente prevista come obbligatoria solo per gli Istituti ibridi.

Infatti, ai sensi dell' 16, § 4, PSD «*Gli istituti di pagamento non effettuano l'attività di raccolta di depositi o altri fondi rimborsabili ai sensi dell'articolo 5 della direttiva 2006/48/CE*». Il divieto di raccolta del risparmio viene ribadito in relazione agli IMEL dal considerando 13 della EMD2, in forza del quale l'emissione di moneta elettronica non costituisce raccolta di depositi, non potendo l'Istituto acquisire la disponibilità delle somme di denaro consegnate dagli utenti.

Pertanto, non costituendo la consegna dei fondi da parte degli utenti un deposito e non essendo gli intermediari autorizzati a concedere finanziamenti attingendo a tali fondi, la separazione patrimoniale non è parsa condizione indispensabile per la tutela dei fondi degli utenti. L'impossibilità per l'Istituto di acquisire la disponibilità dei fondi implica la necessità di evitare qualsivoglia

confusione con il proprio patrimonio. Pertanto, il legislatore comunitario sembra non aver ritenuto necessario statuire specifiche modalità attraverso cui la separazione patrimoniale debba essere attuata negli Istituti puri, rimettendo ai legislatori nazionali la valutazione sull'opportunità di estendere anche a tali intermediari quanto previsto in relazione agli ibridi.

Non può individuarsi nella segregazione patrimoniale lo strumento che impedisce la confusione delle somme degli utenti con quelle dell'Istituto, essendo tale obiettivo realizzato anche con la semplice non acquisizione delle somme consegnate dagli utenti. La segregazione configura altresì un rafforzamento del divieto di non effettuare la raccolta del risparmio.

Per gli Istituti ibridi la necessità di tutelare i fondi degli utenti sembra essere maggiormente stringente, per tale ragione il legislatore comunitario prevede e disciplina le uniche tre modalità di separazione ritenute adeguate. Il rischio di confusione dei fondi consegnati dagli utenti sembra, infatti, accresciuto dallo svolgimento di attività diverse dalla prestazione di servizi di pagamento. Tale rischio opera non solo in relazione ai fondi propri dell'Istituto impiegati nell'attività di intermediazione, ma anche rispetto ai fondi utilizzati per altre attività commerciali, potenzialmente più rischiose. L'utilizzo dei fondi ricevuti dagli utenti per attività commerciali può, inoltre, comportare un aumento dei rischi di liquidità dell'Istituto e della connessa rimborsabilità a richiesta.

Pertanto, posto l'obbligo di trasferire i fondi non utilizzati per l'esecuzione di un pagamento ad un istituto di credito, gli ibridi devono provvedere ad isolare i fondi degli utenti oppure porre a tutela degli stessi una polizza assicurativa o una garanzia ad essa equiparabile (art. 9, lett. c, PSD).

Viene demandata ai legislatori nazionali la facoltà di scegliere se optare per il recepimento di soltanto una delle modalità di segregazione patrimoniale o piuttosto trasporre per intero la norma e rimettere a ciascun Istituto la scelta di quella maggiormente conforme al proprio assetto organizzativo interno. Ciascuno Stato, avvalendosi dei seppur limitati ambiti di scelta attribuiti dalle direttive, ha facoltà di recepire la normativa nel modo più conforme agli strumenti giuridici presenti nell'ordinamento.

Le modalità di separazione patrimoniale potranno risultare differenti tra uno Stato e l'altro. E' possibile che un Istituto autorizzato in uno Stato comunitario attui una forma di segregazione patrimoniale non prevista per gli Istituti autorizzati in altri Paesi membri. Risvolti problematici possono essere ricondotti a tale situazione allorquando l'Istituto richieda di avvalersi del passaporto europeo: l'autorizzazione è valida in tutti gli altri Stati membri e consente agli Istituti di prestare i servizi in tutta l'Unione in regime di libera prestazione di servizi o in regime di libertà di stabilimento ai sensi degli artt. 10, §9, PSD. Ai sensi dell'art. 25, PSD la possibilità di prestare servizi di pagamento anche in altri stati dell'Unione non è subordinata alla previa accettazione da parte dello Stato ospitante. I controlli, anche di natura ispettiva, che lo Stato ospitante può eseguire sull'Istituto sono volti al solo fine di verificare che la struttura societaria sia adeguata e proporzionata ai rischi connessi allo svolgimento dell'attività, ex art. 25, §2, PSD. Se alcun ostacolo organizzativo viene riscontrato non dovrebbe essere possibile impedire ad un Istituto straniero prestare la propria attività nei confini del Paese ospitante.

In assenza di espressa previsione normativa è possibile chiedersi se i differenti strumenti di segregazione patrimoniale tra uno Stato e l'altro possano essere ragione di impedimento per un Istituto di avvalersi del passaporto europeo, cioè se sia possibile per lo Stato ospitante considerare la struttura di un Istituto autorizzato altrove non adeguata ai rischi dell'attività in ragione della diversa modalità di segregazione prevista nello Stato d'origine. E' ipotizzabile che la differente scelta del legislatore nazionale muovendosi entro i confini delle previsioni comunitarie non possa pregiudicare il diritto riconosciuto ad un Istituto autorizzato. Qualora, infatti, l'esercizio della libertà di scelta concessa ai legislatori nazionali nel recepimento delle direttiva comportasse una limitazione dell'operatività degli Istituti di alcuni Paesi membri, meno garantisti, limitando l'esercizio dell'attività entro i confini del territorio nazionale, si priverebbe di valore il c.d. passaporto europeo.

D'altro canto, proponendo le predette modalità di segregazione patrimoniale quali alternative l'una all'altra, il legislatore comunitario ne dichiara l'equivalenza.

Qualunque sia la modalità di segregazione scelta da ciascun Paese membro, il livello di tutela per i fondi degli utenti deve ritenersi adeguato ad evitare il rischio di confusione dei fondi.

Le previsioni normative sopra analizzate, lasciano ai legislatori nazionali la facoltà di muoversi entro confini ben delimitati. Appare tuttavia interessante osservare il differente modo di recepire tale norma da parte di due differenti Stati membri, il Regno Unito e l'Italia. Si intende osservare le differenze emergenti nel recepimento delle norme di cui sopra al fine di compiere una breve valutazione della tutela dei fondi degli utenti in ciascun Paese.

6.1. Il recepimento della direttiva in Italia.

Ai sensi del Cap. IV, Sez. II, § 3, Disposizioni di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di moneta elettronica, gli Istituti sono tenuti a garantire la separazione dei fondi ricevuti dalla clientela rispetto ai fondi propri dell'IP o dell'IMEL. Ne consegue l'impossibilità dei creditori dell'Istituto di soddisfarsi sui fondi dei clienti. La separazione rispetto al patrimonio dell'IP o IMEL evidenzia la destinazione esclusiva delle somme alla prestazione dei servizi di pagamento e, al contempo, dimostra che la ricezione dei fondi non si traduce in una acquisizione degli stessi.

Agli esercenti attività commerciali si richiede la costituzione di una nuova società, con oggetto esclusivo la prestazione dei servizi di pagamento, oppure di un patrimonio destinato (art. 114 *terdecies* Tub).

Nel secondo caso, l'Istituto non può ricorrere al patrimonio della società. Deve altresì avvalersi esclusivamente del patrimonio destinato per la prestazione dei servizi di pagamento, rimanendo la restante parte del patrimonio sociale utilizzato in via esclusiva per l'esercizio dell'attività commerciale.

La separazione patrimoniale raggiunta mediante la costituzione di un patrimonio destinato, *ex art. 2447 bis c.c.*, viene equiparata a quella connessa alla

costituzione di una nuova e differente società⁶⁷: il patrimonio destinato dà vita ad una vera e propria entità separata rispetto al patrimonio utilizzato per la gestione dell'attività commerciale, sebbene non sia dotato di una diversa soggettività giuridica⁶⁸. La costituzione del patrimonio destinato implica la creazione di una pluralità di patrimoni afferenti ad un unico soggetto che ne è titolare, così realizzando la «funzionalizzazione dei beni evidentemente non più pensati come un qualcosa che rileva poiché appartenente ad un determinato soggetto, bensì come entità da considerare nella nuova prospettiva dinamica della loro utilità per lo svolgimento di una determinata attività economica»⁶⁹, diversa rispetto all'attività principale dell'impresa. Il patrimonio destinato è vincolato per genesi e funzione, al raggiungimento dello scopo che ne costituisce l'elemento causale, nel caso di specie rappresentato dalla prestazione dei servizi di pagamento.

Per l'IP o IMEL ibrido trovano applicazione tanto le norme codicistiche sui patrimoni destinati espressamente richiamate, quanto le disposizioni relative all'esercizio dell'attività di prestazione dei servizi di pagamento ai sensi dell'art. 114 *terdecies* Tub⁷⁰: la domanda di autorizzazione inoltrata alla Banca d'Italia

⁶⁷ Tale equiparazione affonda le radici nella l. 366/2001 (c.d. legge delega al d. lgs. 6/2003 a cui si deve l'introduzione dei patrimoni destinati nel nostro ordinamento), che la considera «operativamente equivalente alla costituzione di una nuova società con il vantaggio della eliminazione dei costi di costituzione, mantenimento ed estinzione della stessa». Cfr. LOCARATOLO, *Patrimoni destinati ed insolvenza*, Milano, Giuffrè, 2005, 23 s. *Contra*: MANFEROCE, *Soggezione alle procedure concorsuali dei patrimoni dedicati*, in *Fallimento*, 2003, 12, 1241 ss.; MONTALENTI, *La riforma del diritto societario nel progetto della Commissione Mirone*, in *Giur. Comm.*, 2000, 1, 404.

⁶⁸ «E' opinione comune, infatti, che il patrimonio destinato costituisce un fenomeno di autonomia e separazione patrimoniale in senso proprio. In tale costruzione, la destinazione (*Zwecksatzung*) non integra un atto di disposizione né si risolve in alterità soggettiva; essa conferisce autonomia sul piano reale a una parte del patrimonio di un unico soggetto titolare tramite la destinazione di determinati beni e rapporti giuridici a un certo impiego. La destinazione, quindi, assume il significato di «distinta imputazione dei rapporti giuridici e vincolo del patrimonio ad una specifica funzione di garanzia, cioè alla (sola) garanzia delle obbligazioni nate dalla sua gestione in quell'impiego». BACCETTI, *Creditori extracontrattuali, patrimoni destinati e gruppi di società*, Milano, Giuffrè, 2009, 115 s.; OPPO, *Sull'«autonomia» delle sezioni di credito speciale*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 179, 1, 26 ss.

⁶⁹ La funzione diventa la ragion d'essere della separazione, operando come modo di essere degli elementi patrimoniali separati, i quali si distinguono in base alle diverse destinazioni ad essi date. FIMMANÒ, *L'insensibilità delle destinazioni patrimoniali al fallimento*, 2010, available on www.ilcaso.it, 4.

⁷⁰ Le norme codicistiche appaiono applicabili solo perchè espressamente richiamate secondo quanto disposto dall'art. 114 *terdecies*, comma 7, Tub.: solo le disposizioni richiamate dalle disposizioni di vigilanza sono ad essa applicabili. La relazione di accompagnamento al d.lgs.

deve contenere la delibera di costituzione del patrimonio approvata dall'organo amministrativo; ottenuta l'autorizzazione, l'Istituto richiedente può iscrivere il patrimonio destinato al registro delle imprese; la certificazione dell'iscrizione deve essere inviata alla Banca d'Italia, la quale provvederà all'iscrizione nell'albo degli Istituti di pagamento o in quello di moneta elettronica. Tale iscrizione è condizione per l'avvio dell'attività di prestazione dei servizi di pagamento ossia dell'operatività del patrimonio a ciò destinato. Le disposizioni relative al capitale minimo iniziale ed al patrimonio di vigilanza per gli Istituti "puri" vanno riferite all'ammontare del patrimonio destinato e alle attività conferite in detto patrimonio. Parimenti i requisiti di onorabilità dovranno essere riferiti agli esponenti aziendali della società di cui il patrimonio è parte; i requisiti di onorabilità e professionalità vanno altresì riferiti ai responsabili del patrimonio destinato⁷¹. L'Istituto è, inoltre, chiamato a tenere i libri e le scritture contabili, di cui agli artt. 2214 ss. c.c., distinti rispetto a quelli relativi all'esercizio dell'attività commerciale. Al termine di ogni esercizio, il responsabile del patrimonio è chiamato a redigere un rendiconto annuale che dovrà essere allegato al bilancio della società di cui il patrimonio è parte: entrambi i documenti dovranno essere trasmessi alla Banca d'Italia⁷².

Gli Istituti ibridi possono prestare i servizi di pagamento e le attività accessorie, compresa la concessione di finanziamenti, in condizione di assoluta parità rispetto agli IP o IMEL cosiddetti "puri". La prestazione dei servizi di pagamento e i connessi servizi accessori, nonché l'emissione di moneta elettronica deve, tuttavia, avvenire solo facendo ricorso ai beni individuati quali parte del patrimonio destinato, poiché l'atto di costituzione del patrimonio appone un vero e proprio vincolo su tali beni, che divengono «patrimonio separato a tutti

11/2010 con riferimento all'art. 114 *terdecies* afferma che «per adeguare le caratteristiche del patrimonio destinato alle specifiche esigenze poste dalla prestazione dei servizi di pagamento, l'articolo reca una disciplina compiuta di come il patrimonio debba essere costituito, di quali disposizioni del codice civile siano applicabili, di quale regime concorsuale si applichi, di quali siano i poteri di intervento della Banca d'Italia in caso di insolvenza». Cfr. ALFANO, *Art. 114 terdecies. Patrimonio destinato*, CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2012, III, 1634 s.

⁷¹ MONETI, SEPE, *Art. 114 novies. Autorizzazione*, cit., 1594 s.

⁷² Cap. X, § 2, commi 5 e 6, Disposizioni di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di Moneta Elettronica.

gli effetti da quello dell'istituto e dagli altri eventuali patrimoni destinati», *ex art. 114 terdecies*, comma 2, Tub⁷³.

La destinazione è effettuata a vantaggio degli utenti dei servizi di pagamento e delle attività ad esso accessorie, i quali su esso potranno soddisfare i propri diritti. Per contro, alcun diritto sul tale patrimonio può essere fatto valere ad opera degli utenti dei servizi commerciali prestati dall'impresa⁷⁴.

Assume in tal senso precipua rilevanza la contabilizzazione del patrimonio destinato, poiché mediante le scritture contabili ad esso relative i creditori particolari del patrimonio destinato possono agire a tutela del proprio diritto di rimborso, anche mediante azioni conservative, e monitorare l'attività d'impresa del patrimonio. I beni ed i rapporti giuridici individuati nell'atto costitutivo del patrimonio destinato sono volti al soddisfacimento esclusivo dei diritti dei soli utenti: *«fino al completo soddisfacimento dei diritti dei soggetti a cui vantaggio la destinazione è effettuata, sul patrimonio destinato e sui frutti e proventi da esso derivanti sono ammesse solo azioni a tutela dei diritti dei predetti soggetti»* (art. 114 *terdecies*, comma 2, Tub).

La Banca d'Italia esercita i suoi poteri di vigilanza sulla sola attività di prestazione di servizi di pagamento e sull'eventuale concessione del credito, avendo a riferimento esclusivamente il patrimonio destinato.

Sebbene l'attività di vigilanza appaia completamente rivolta al patrimonio destinato, il controllo dell'Autorità di vigilanza non può che coinvolgere anche la società della quale il patrimonio destinato è parte, come dimostrato dall'art. 114 *novies*, comma 5, Tub ai sensi del quale *«se lo svolgimento delle altre attività imprenditoriali rischia di danneggiare la solidità finanziaria dell'istituto di pagamento o l'esercizio effettivo della vigilanza, la Banca d'Italia può imporre la costituzione di una società che svolga esclusivamente l'attività di prestazione dei*

⁷³ Tale frase richiama quanto previsto per gli Organismi di Investimento Collettivo del Risparmio (OICR) dall'art. 22, Tuf. Sul punto cfr. MANES P., *La segregazione patrimoniale nelle operazioni finanziarie*, in *Contratto e impresa*, 2001, 6, 1362 ss.

⁷⁴ «[...] gli utenti dei servizi di pagamento sono gli unici creditori del patrimonio destinato, tanto che fino al soddisfacimento completo dei loro diritti, sul patrimonio destinato e sui relativi frutti e proventi sono ammesse solo azioni di tali soggetti» ALFANO, *Art. 114 terdecies. Patrimonio destinato*, cit., 1637.

servizi di pagamento». Tale esigenza sembra confermata dall'art. 114 *terdecies*, comma 3, Tub, ai cui sensi in caso di incapacienza del patrimonio destinato l'Istituto risponde anche con il proprio patrimonio delle obbligazioni contratte nei confronti degli utenti del servizio di pagamento⁷⁵. Per contro, in caso di fallimento della società il patrimonio destinato verrebbe sottoposto a liquidazione, ai sensi dell'art. 114 *duodecies*, comma 1, Tub, non potendo essere utilizzato per il soddisfacimento dei creditori dell'impresa. La liquidazione del patrimonio, non rientrando nella massa fallimentare, ha l'effetto di mantenere indenni i creditori particolari del patrimonio destinato in caso di fallimento della società di cui è parte.

La connessione tra il patrimonio della società e i diritti degli utenti del servizio di pagamento diviene evidente, giustificando la necessità della Banca d'Italia di monitorare l'impresa commerciale nel suo insieme.

6.2. Segue. Forme di segregazione a confronto.

Il nostro Paese impone agli ibridi la costituzione di una nuova entità, laddove la direttiva comunitaria si limitava a ritenere sufficiente la separazione dei fondi dell'Istituto da quelli degli utenti.

Viene così realizzata una doppia separazione patrimoniale: alla segregazione dei fondi dell'Istituto rispetto a quelli della società di cui è parte si aggiunge la separazione rispetto ai fondi di ciascun utente. Si è inteso evitare che la rimborsabilità dei fondi degli utenti fosse connessa all'andamento dell'attività commerciale della società di cui l'Istituto è parte e che venisse messa in pericolo dalla confusione con il patrimonio stesso dell'IP o IMEL.

La rimborsabilità dei fondi passa dunque da una doppia segregazione. Rimane lettera morta la possibilità prevista dalla PSD di tutelare i fondi degli utenti mediante una polizza o una garanzia bancaria. Queste ultime si pongono

⁷⁵ «In caso di incapacienza del patrimonio destinato, tali soggetti possono aggredire, in concorso con altri creditori della società, il patrimonio residuo, che quindi funge da garanzia sussidiaria per le loro prerogative». ALFANO, *Art. 114 terdecies. Patrimonio destinato*, cit., 1637.

quale tutela a valle laddove la segregazione, sebbene più gravosa per l’Istituto, opera a monte evitando la confusione dei fondi.

Il patrimonio destinato sembra realizzare un elevato livello di tutela dei fondi degli utenti. Ci si può chiedere se prevedere forme di tutela dei fondi meno stringenti e burocraticamente complesse possa comportare una diminuzione del grado di tutela dei fondi.

Prendendo in esame l’ipotesi non recepita dal nostro ordinamento, l’utilizzo di polizza assicurativa o garanzia bancaria, si può osservare che al verificarsi dello stato d’insolvenza dell’impresa le conseguenze saranno le medesime previste per i patrimoni destinati.

Si richiama la disciplina prevista nel Regno Unito, la quale traspone la direttiva comunitaria lasciando agli Istituti ibridi la scelta della modalità mediante cui tutelare i fondi degli utenti. Posto l’obbligo di trasferire i fondi non utilizzati per l’esecuzione di un pagamento ad un istituto di credito (artt. 19, § 4, nn. a) e b), *The Payment Services Regulations 2009* e 21, § 2, nn. a) e b), *The Electronic Money Regulations 2011*), gli IP ed IMEL inglesi possono optare per la segregazione dei fondi oppure per l’apposizione di apposita assicurazione o garanzia.

La polizza assicurativa e la garanzia bancaria sono pagabili solo al verificarsi dell’insolvenza della società (art. 19, § 9, let. b) *The Payment Services Regulations 2009* e art. 22, § 1, let. b), *The Electronic Money Regulations 2011*). Le somme oggetto del pagamento devono essere versate in apposito conto, separato rispetto a quello presso cui sono depositati i fondi degli utenti ed utilizzabili unicamente a tale scopo⁷⁶. Solo l’Istituto ha diritto a percepire le somme versate su tale conto. Le somme provenienti dal pagamento della polizza assicurativa o dalla garanzia sono destinate in via prioritaria al soddisfacimento dei titolari della moneta elettronica e degli utenti dei servizi di pagamento, i quali devono essere soddisfatti prima degli altri creditori (art. 19, § 11, *The Payment*

⁷⁶ A tutela di tale vincolo la norma prevede che il conto mostri che si tratti di «*an account which is held for the purpose of safeguarding relevant funds in accordance with this regulation*». Il mancato rispetto di detto vincolo comporta la confusione delle somme eventualmente in esso versate.

Services Regulations 2009 e il art. 24, § 1, *The Electronic Money Regulations 2011*). Tali somme diventano aggredibili dai creditori dell'Istituto solo allorquando il soddisfacimento dei crediti dei predetti utenti è stato soddisfatto per intero.

Non dissimile è il risultato raggiunto nel nostro Paese mediante la costituzione dei patrimoni destinati: ai sensi dell'art. 114 *terdecies* Tub in forza del vincolo di destinazione, originato dall'atto di costituzione del patrimonio destinato, i beni parte del patrimonio sono volti al completo soddisfacimento dei diritti dei soggetti a vantaggio dei quali la destinazione è stata effettuata. Tale vincolo permane anche nell'ipotesi di insolvenza della società, come confermato dall'art. dell'art. 114 *terdecies* Tub.

In relazione ai patrimoni destinati costituiti ai fini della realizzazione di un IP o IMEL non è possibile applicare l'art. 155 l. fall., disciplinante l'ipotesi di fallimento di una società avente al suo interno un patrimonio destinato, in virtù della quale l'apertura della procedura concorsuale comporterebbe l'affidamento della gestione del patrimonio al curatore fallimentare chiamato a cederlo a terzi o a provvedere alla sua liquidazione separatamente⁷⁷.

L'ultimo comma dell'art. 114 *terdecies* Tub non richiama espressamente la norma fallimentare, disponendo altresì che al fallimento della società debba conseguire l'affidamento dell'amministrazione del patrimonio destinato agli organi della procedura, chiamati a provvedere alla sua liquidazione. Tale disposizione normativa può essere considerata una espressa deroga, in ragione della quale al verificarsi dell'insolvenza della società i patrimoni destinati degli Istituti ibridi non potrebbero essere ceduti a terzi ma solo liquidati⁷⁸.

⁷⁷ La liquidazione separata non rileva in sede di liquidazione in senso proprio, bensì in sede di riparto. «In questi termini, liquidato l'attivo, la ripartizione del ricavato della vendita dei beni antecedentemente compresi nella cellula deve essere necessariamente attuata al fine di realizzare il soddisfacimento dei diritti dei creditori particolari per obbligazioni contratte dalla società fallita per lo svolgimento dell'affare». FIMMANÒ, *Insolvenza della S.p.a. ed in capienza dei patrimoni destinati*, 2007, available on www.illcaso.it, 9.

⁷⁸ SANTORO, *Art. 114 terdecies. Patrimonio destinato*, in PORZIO (a cura di), *Testo unico bancario: commentario*, Milano, Giuffrè, 2010, 938. ALFANO, *Art. 114 terdecies. Patrimonio destinato*, cit., 1638 s. Gli Aa. aderiscono all'interpretazione secondo la quale l'articolo 155 l. fall. non sarebbe applicabile ai patrimoni destinati alla prestazione dei servizi di pagamento ed all'emissione di moneta elettronica. In caso di fallimento della società non risulterebbe possibile cedere a terzi il

In virtù del richiamo di cui all'art. 114 *terdecies*, comma 5, Tub la liquidazione del patrimonio deve avvenire ai sensi dell'art. 91, commi 2 e 3, Tub poiché gli utenti dei servizi di pagamento si intendono equiparati ai clienti aventi diritto alla restituzione di strumenti finanziari: ciascun utente avrà diritto alla restituzione dei fondi in proporzione a quanto consegnato all'Istituto.

Lo stato di insolvenza della società non pregiudica, dunque, la rimborsabilità dei fondi degli utenti, permanendo in capo ai creditori particolari del patrimonio, nel caso di specie i titolari di moneta elettronica e gli utenti dei servizi di pagamento, il diritto di soddisfarsi in via prioritaria in sede di liquidazione⁷⁹.

Le conseguenze per i fondi dei clienti sottoposti a garanzia o assicurazione in caso di insolvenza dell'impresa appaiono simili a quelle previste per i patrimoni destinati al verificarsi dell'insolvenza dell'Istituto.

Sebbene diverse appaiano le conseguenze connesse a ciascuna opzione normativa, la tutela dei fondi dell'utente non sembra diminuita in presenza di una polizza assicurativa in luogo di un patrimonio destinato. La creazione di un patrimonio destinato distingue le categorie dei creditori in ragione del diverso rischio d'impresa al quale partecipano con la consegna del denaro. L'apposizione di garanzie, invece, uniforma la categoria dei creditori partecipanti al rischio d'impresa, comprensivo anche dell'attività di emissione di moneta elettronica e della prestazione dei servizi di pagamento. La garanzia opera sui soli rischi d'impresa derivanti dall'attività di intermediazione finanziaria, realizzando un distinguo nel trattamento dei creditori solo nelle ipotesi di insolvenza⁸⁰. La

patrimonio destinato per permettere la prosecuzione dell'attività, potendo altrimenti configurarsi il rischio di inficiare il corretto svolgimento della prestazione dei servizi di pagamento.

⁷⁹ «La ripartizione del ricavato rispetterà le regole della separazione, con i limiti e le specifiche previste dalla disciplina delle destinazioni: quindi sarà diretta prima a soddisfare integralmente le ragioni dei creditori dell'affare e per l'eccedenza rientrerà nella massa per seguire le regole ordinarie del concorso, previa soddisfazione dei terzi che abbiano effettuato apporti (rappresentati o meno da strumenti finanziari di partecipazione) e dedotte le spese di procedura». FIMMANÒ, *Insolvenza della S.P.A. ed in capienza dei patrimoni destinati*, cit., 10.

⁸⁰ «The claims of the e-money holder/payment service user will be paid from the asset pool above all other creditors. Regulation 24(1) of the EMRs and regulation 19(11) of the PSRs ensure that, provided the funds have been safeguarded in accordance with one of the methods described above, the users' funds are protected from the claims of other creditors. The claims of the e-money

divisione dei creditori in categoria viene quindi a verificarsi *ex post*, con l'apertura della procedura fallimentare.

Nonostante i differenti strumenti, non sembra mutare il livello di tutela del diritto di rimborso degli utenti di Istituti ibridi nei due ordinamenti, essendo altresì raggiunta ad una completa coincidenza nelle ipotesi di insolvenza della società.

La distanza tra la norma comunitaria e la norma italiana non sembra connessa alla differente tutela per i fondi degli utenti, bensì al mancato coinvolgimento degli Istituti assicurativi nel nostro ordinamento.

Posta in relazione alla disciplina della PSD ed al recepimento della stessa nel Regno Unito, la scelta del legislatore italiano di optare per la costituzione del patrimonio destinato può essere letta quale «tecnica di costituzione di garanzie che si attua mediante la collocazione del credito su di una distinta massa patrimoniale dell'obbligato, su uno specifico *asset* separato dalla restante parte del patrimonio e su cui dunque non si attua il concorso dei creditori generali della società»⁸¹.

Certamente, la funzione di garanzia del patrimonio destinato emerge, non già come finalità perseguita con la costituzione⁸², bensì quale conseguenza diretta della destinazione.

Le soluzioni adottate dai due ordinamenti europei appaiono assolutamente interscambiabili sul piano della tutela dell'utente. Rimane tuttavia da comprendere quale delle due sia di più facile utilizzo, dal punto di vista burocratico ed economico, per i prestatori di servizi di pagamento. Soltanto l'implementazione della direttiva nei rispettivi territori permetterà di comprendere quale scelta abbia davvero favorito l'attività d'impresa di IP ed IMEL.

holder/payment service user are not subject to the priority of expenses of an insolvency proceeding except in respect of the costs of distributing the asset pool» FINANCIAL SERVICES AUTHORITY, *The FSA's role under the Electronic Money Regulations 2011*, available on www.fsa.gov.uk, marzo 2011, 92.

⁸¹ MEOLI, *Patrimoni destinati e insolvenza*, in *Fallimento*, 2005, 2, 113; DELL'ANNA, *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, Torino, Utet, 2009, 4.

⁸² In merito al patrimonio destinato con funzione di garanzia e rimborso cfr. PESCATORE, *La funzione di garanzia dei patrimoni destinati*, Bologna, Libreria Bonomo Editrice, 2008, 115 ss.

7. L'emissione e il rimborso della moneta elettronica.

Gli Istituti di moneta elettronica sono ancora oggi gli unici soggetti non bancari abilitati all'emissione di moneta elettronica, congiuntamente alla prestazione di servizi operativi e strettamente connessi all'emissione, nonché a prestare i servizi di pagamento e le attività ad essi accessorie di cui all'art. 114 *octies* Tub. A tale norma si deve il rinvio alle attività previste come accessorie alla prestazione dei servizi di pagamento da parte degli IP, tra le quali è compresa la facoltà di concedere finanziamenti alla clientela per dare esecuzione agli ordini di pagamento, senza attingere alle somme consegnate dagli utenti.

La facoltà di emettere moneta elettronica è certamente attività caratterizzante gli IMEL: ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. h *ter*, Tub per moneta elettronica deve intendersi «*il valore monetario memorizzato elettronicamente, ivi inclusa la memorizzazione magnetica, rappresentato da un credito nei confronti dell'emittente che sia emesso per effettuare operazioni di pagamento come definite all'articolo 1, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, e che sia accettato da persone fisiche e giuridiche diverse dall'emittente*». L'emissione è fatta coincidere con l'operazione di memorizzazione del valore monetario consegnato all'Istituto. Mediante la memorizzazione, anche definita avvaloramento, l'IMEL “trasforma” la somma di denaro ricevuta dall'utente in moneta elettronica.⁸³

In termini descrittivi l'emissione di moneta elettronica consta di «tutte quelle operazioni elementari attraverso le quali l'emittente riceve da parte del richiedente l'emissione di moneta elettronica una somma di denaro; procede a memorizzare nel dispositivo elettronico del richiedente una posizione di disponibilità monetaria di entità non superiore alla somma previamente ricevuta

⁸³ In relazione all'emissione di moneta elettronica quale forma di memorizzazione su un dispositivo cfr. *ex plurimis*, MEZZACAPO, Art. 114 bis. *Emissione di moneta elettronica*, in CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2012, III, 1531 s.; SICLARI, *Legislazione della nuova economia e disciplina codicistica: la moneta elettronica*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2005, 4, 469; PAPADOPOULOS, *Electronic money and the possibility of a cashless society*, Working Paper 18 febbraio 2007, EIKE, 5 s.; ROGERS, *The New Old Law of Electronic Money*, Research paper No. 62, 3 marzo 2005, available on www.ssrn.com, 16 ss.; SAHUT, *Internet Payment and Banks*, 2011, available on www.ssrn.com, 6 s.;

(il c.d. caricamento); mette il titolare del dispositivo in condizione di disporre della moneta elettronica in esso “caricata”. In altri termini, attraverso il procedimento di memorizzazione l'emittente effettua la sostituzione, il cambio, di un mezzo di pagamento – si tratti di moneta legale o di moneta bancaria – con altro mezzo di pagamento (i.e. la moneta elettronica)». ⁸⁴

La moneta elettronica si può quindi ritenere emessa nel momento e nel luogo in cui il denaro consegnato viene memorizzato nel dispositivo elettronico. La memorizzazione è una forma di incorporazione delle somme consegnate, ⁸⁵ poiché a partire da quel momento la somma potrà essere utilizzata solo facendo ricorso ad un dispositivo elettronico ⁸⁶, dovendo altrimenti essere soggetta alla richiesta di rimborso all'emittente. L'emissione si concretizza nello scambio di uno strumento di pagamento con un altro ⁸⁷: non si realizza la creazione di una nuova base monetaria bensì la semplice sostituzione dello strumento di pagamento esistente, moneta contante o scritturale, con altro strumento, la moneta elettronica ⁸⁸.

⁸⁴ TROIANO V., *Primi appunti in tema di regolamentazione nazionale degli Istituti di Moneta Elettronica*, cit., 67; cfr. inoltre TROIANO V., *Gli istituti di moneta elettronica*, in *Quaderni della ricerca giuridica e consulenza legale*, Roma, Banca d'Italia, 2001, 20; SABBATINI, *Brevi note sulla moneta elettronica*, in SANTORO (a cura di), *Il diritto dei sistemi di pagamento*, Milano, 2007, 87; OLIVIERI, *Appunti sulla moneta elettronica. Brevi note in margine alla direttiva 2000/46/CE*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, 1, 811; ATHANASSIOU, MAS-GUIX, *Electronic money institution*, cit., 20 s.

⁸⁵ MEZZACAPO, *Art. 114 bis. Emissione di moneta elettronica*, in CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2012, III, 1531.

⁸⁶ «Ai fini della presente direttiva, la moneta elettronica può essere considerata un surrogato elettronico di monete metalliche e banconote, memorizzato su un dispositivo elettronico, come una carta a microprocessore o una memoria di elaboratore, e generalmente destinato a effettuare pagamenti elettronici di importo limitato» Considerando 13, direttiva 2000/46/CEE.

⁸⁷ Cfr. INZITARI, *La natura giuridica della moneta elettronica*, in SICA, STANZIONE, ZENO ZENCOVICH (a cura di), *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, Milano, Giuffrè, 2006, 29: l'A. considerata la moneta elettronica quale strumento di pagamento realizzato mediante la contabilizzazione di unità monetarie, le quali «custodite nel borsellino elettronico, hanno una sola destinazione, in quanto la moneta elettronica è destinata al mero pagamento, mentre la moneta è qualcosa che può esprimere la sua funzione di liquidità comunque, dato che tutte le somme monetarie producono interesse di pieno diritto».

⁸⁸ L'emissione di moneta elettronica «costituisce in primo luogo un fenomeno monetario: non crea moneta ma la sostituisce – almeno nella misura in cui la moneta elettronica viene emessa contro il ritiro di contante o prelievo da un conto senza concessione di credito», Parere del Comitato economico e sociale in merito alla Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio riguardante, l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica ed alla Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica la

Poiché l'emissione risulta attività esercitabile anche dagli Istituti bancari, *ex art. 114 bis Tub*, al fine di evitare ogni possibile sovrapposizione tra l'attività bancaria e l'attività degli IMEL, il legislatore comunitario e la Banca d'Italia, in veste di legislatore di rango secondario, hanno delimitato l'attività di tali operatori, apponendo dei vincoli per l'emissione della moneta elettronica e la prestazione dei servizi di pagamento.

Ai sensi dell'art. art. 11, comma 2 *bis*, Tub «*non costituisce raccolta del risparmio tra il pubblico la ricezione dei fondi connessa all'emissione di moneta elettronica*», secondo una previsione normativa risalente alla direttiva di introduzione degli IMEL nel mercato comunitario e confermata anche nella più recente riforma. Sebbene l'emissione si sostanzia nella ricezione di fondi dal pubblico, che devono essere convertiti in moneta elettronica, rimborsabili in qualunque momento, detta attività non costituisce raccolta del risparmio, poiché i fondi ricevuti dalla clientela non sono qualificabili come depositi. Se infatti alla ricezione dei fondi consegue l'immediata trasformazione in moneta elettronica, non divengono oggetto di deposito in quanto non trattenuti dall'IMEL (art. 2, §3, 2000/46/CE, art. 6, §2, §3, 2009/110/CE). Al contrario, se i fondi non vengono «*immediatamente*» convertiti in moneta elettronica, bensì conservati presso l'IMEL, anche solo per un breve periodo, dovrà ritenersi attuata, seppur illegittimamente, l'attività di raccolta dei risparmi (considerando 8, 2000/12/CE)⁸⁹.

La trasformazione dei fondi in moneta elettronica è, dunque, garanzia della mancata acquisizione dei fondi da parte dell'Istituto di moneta elettronica. Ne deriva l'onere dell'operatore di trasformare i fondi ricevuti immediatamente in

Direttiva 77/780/CEE, relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio, 1999/C 101/15, GUCE, C 101 del 12 aprile 1999, § 2.2., 65.

⁸⁹ TROIANO V., *Gli istituti di moneta elettronica*, cit., 24; LENER, *Profili generali della raccolta bancaria del risparmio*, in AA. VV., *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, Padova, 2010, I, 353. Cfr. MEZZACAPO, *Art. 114 bis. Emissione di moneta elettronica*, cit., 1533: l'A. evidenzia la prerogativa lasciata alle banche, le sole a cui è consentito «non procedere immediatamente alla «trasformazione immediata» in moneta elettronica dei fondi ricevuti dal pubblico, i quali possono quindi *medio tempore* giacere in deposito o in custodia presso la banca emittente integrando così la fattispecie giuridica della ricezione di depositi o altri fondi rimborsabili ai sensi dell'articolo 5 della direttiva 2006/48/CE (attività questa che rimane preclusa agli IMEL)».

moneta elettronica, ad esempio depositandole presso un istituto di credito, quando non risulti possibile l'immediata conversione in moneta elettronica.

Come si vedrà meglio nel capitolo successivo, non costituisce raccolta del risparmio neppure la ricezione dei fondi da inserire nei conti di pagamento per la prestazione dei servizi di pagamento (art. 11, comma 2 *ter*, Tub), poiché anche in tal caso è interdetto all'istituto di acquisire la disponibilità dei fondi collocati sul conto.

Dunque, si esclude che tanto nell'attività di emissione della moneta elettronica quanto nell'esecuzione dei servizi di pagamento l'IMEL sia autorizzato ad acquisire la disponibilità dei fondi dei clienti. In ragione di ciò è fatto divieto agli istituti di moneta elettronica di erogare interessi o qualunque altro beneficio commisurato alla giacenza sul conto (art. 114 *bis*, comma 3, Tub).

Ai sensi dell'art. 114 *ter*, comma 2, Tub *«Il detentore può chiedere il rimborso:*

a) prima della scadenza del contratto, nella misura richiesta;

b) alla scadenza del contratto o successivamente:

1) per il valore monetario totale della moneta elettronica detenuta;

2) nella misura richiesta, se l'emittente è un istituto di moneta elettronica autorizzato ai sensi dell'articolo 114 quinquies, comma 4, e i fondi di pertinenza del medesimo detentore possono essere impiegati per finalità diverse dall'utilizzo di moneta elettronica, senza che sia predeterminata la quota utilizzabile come moneta elettronica».

In conformità con quanto stabilito dalla Direttiva 2009/110/CE, l'art. 126 *novies* Tub, introdotto nel Testo unico bancario dal d. lgs. 45/2012, disciplina i costi di rimborso della moneta elettronica, sancendo che *«il rimborso della moneta elettronica previsto dall'articolo 114 *ter* può essere soggetto al pagamento di una commissione adeguata e conforme ai costi effettivamente sostenuti dall'emittente, solo se previsto dal contratto e in uno dei seguenti casi:*

a) il rimborso è chiesto prima della scadenza del contratto;

b) il detentore di moneta elettronica recede dal contratto prima della sua scadenza;

c) il rimborso è chiesto più di un anno dopo la data di scadenza del contratto».

Un'eccezione è prevista per coloro che non sono consumatori: questi possono regolare in via contrattuale con l'emittente di moneta elettronica il diritto al rimborso loro spettante anche in deroga al comma 2 (art. 114 *ter*, comma 3, Tub e art. 126 *novies*, comma 3, Tub).

Implicitamente la norma richiede l'inserimento di un termine nel contratto che lega l'utente all'IMEL in forza dell'emissione, il c.d. contratto di emissione. Detto termine segna il momento a partire dal quale il detentore di moneta ha il diritto di richiederne il rimborso, che deve essere eseguito per il valore totale della moneta elettronica rilasciata al cliente. Se l'emittente è un IMEL ibrido, autorizzato a detenere i fondi consegnatigli per finalità diverse da quelle connesse alla disciplina della moneta elettronica, l'utente può chiedere il rimborso parziale se non è stata determinata anticipatamente la quota dei fondi destinata ad essere utilizzata quale moneta elettronica (art. 114 *ter* Tub). Qualora tale quota sia stata predeterminata, venuto a maturazione il termine di scadenza, il rimborso dovrebbe essere richiesto per l'intero ammontare. L'ulteriore parte dei fondi detenuti dagli IMEL ibridi può anche non essere rimborsata, ma mantenuta in capo agli Istituti di moneta elettronica per la prestazione degli ulteriori servizi per i quali gli stessi sono stati autorizzati⁹⁰.

Pertanto, la scadenza del contratto di emissione rappresenta il termine finale di durata apposto dalle parti al contratto, sopraggiunto il quale il negozio non dovrebbe più essere suscettibile di esecuzione, residuando unicamente un credito del detentore della moneta elettronica al rimborso del valore monetario ancora memorizzato sul suo dispositivo⁹¹.

⁹⁰ GUERRIERI, *La moneta elettronica: profili di diritto privato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2013, 4, 781, nota 139.

⁹¹ GUERRIERI, *La moneta elettronica: profili di diritto privato*, cit., 781.

Ai sensi dell'art. 114 *ter*, comma 1, Tub grava in capo all'emittente l'obbligo di rimborsare la moneta elettronica emessa in ogni momento, su richiesta del detentore, anche prima della scadenza del contratto⁹².

Il rimborso, in tal caso, è possibile anche per una parte soltanto della moneta elettronica detenuta dal cliente; fermo restando che, ove pure il rimborso fosse richiesto per la totalità dell'importo caricato sul dispositivo, il rapporto contrattuale rimarrebbe in vita ed il cliente potrebbe richiedere il rilascio di nuova moneta elettronica, corrispondendo all'emittente un pari importo, in contanti o in moneta scritturale.

Infine, sia quando il rimborso é richiesto, in epoca anteriore o posteriore di un anno, alla scadenza del contratto di emissione, sia qualora sia frutto del recesso del cliente, l'emittente può addebitare una commissione. Tale commissione, *«adeguata e conforme ai costi effettivamente sostenuti dall'emittente»*, deve risultare antecedentemente pattuita nel contratto (art. 126 *novies* Tub). L'importo della commissione rientra fra le condizioni del rimborso, da indicarsi espressamente nel testo del regolamento contrattuale affinché siano noti al detentore prima della sottoscrizione del contratto di emissione.

Qualora la commissione risulti inadeguata e non conforme ai costi sostenuti, risulterà non dovuta ed il relativo addebito potrà essere oggetto di contestazione da parte del cliente.

⁹² «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, lasciando impregiudicata la normativa nazionale in materia fiscale o sociale o eventuali obblighi imposti all'emittente di moneta elettronica da altre pertinenti disposizioni comunitarie o nazionali, come le norme antiriciclaggio e in materia di finanziamento del terrorismo, eventuali provvedimenti di congelamento dei fondi o altre misure specifiche legate alla prevenzione e alla lotta alla criminalità» Considerando 18, EMD 2.

CAPITOLO II

Il conto di pagamento

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il conto di pagamento. – 3. Gli altri contratti di gestione in conto. – 4. Ricostruzione del nuovo modello contrattuale. – 4.1. La forma del contratto. – 4.2. L'oggetto del contratto. – 4.3. Il trasferimento di fondi. – 4.4. Formazione della provvista: il collocamento dei fondi sul conto. – 4.5. Segue. La separazione patrimoniale. – 4.6. Segue. I finanziamenti erogabili. – 4.6.1. Differenze rispetto all'apertura di credito. – 4.6.2. Vincoli alla concessione di finanziamenti. – 5. La prestazione dei servizi di pagamento: IP, IMEL e Istituti bancari. – 6. La prestazione di servizi di pagamento e l'attività bancaria.

1. Premessa.

Il Testo Unico Bancario attribuisce agli Istituti di pagamento ed agli Istituti di moneta elettronica la facoltà di utilizzare il contratto di conto di pagamento per la gestione della prestazione di servizi di pagamento richiesti dai clienti (art. 114 *quinquies*¹, comma 4, e art. 114 *duodecies*).

L'introduzione di tale modello contrattuale intende agevolare la prestazione di servizi di pagamento, permettendo anche agli intermediari finanziari di effettuare la gestione in conto dei servizi offerti.

Appare necessario comprendere se all'intervento del legislatore comunitario corrisponda effettivamente un nuovo strumento contrattuale o piuttosto si tratti di una novità meramente terminologica.

Da tempo risalente, infatti, nell'ordinamento italiano operano contratti il cui fine è agevolare la regolamentazione dei rapporti tra più soggetti: il conto corrente, di cui all'art. 1823 c.c., ed il conto corrente bancario.

Sebbene fondati su presupposti giuridici differenti, entrambi i contratti realizzano la c.d. gestione in conto, da intendersi quale regolamentazione dei rapporti negoziali che legano due parti secondo il metodo contabile, che può essere realizzato con l'annotazione in due distinte colonne delle poste a credito e

di quelle a debito, oppure con l'annotazione delle une e delle altre su una medesima colonna con segni matematici diversi⁹³.

Poiché lo scopo del conto di pagamento sembra il medesimo, occorre verificare se esso possa essere assimilato ad uno dei tipi contrattuali poc'anzi menzionati oppure costituisca davvero una *new entry* nel novero dei contratti offerti dall'ordinamento.

2. Il conto di pagamento.

Il conto di pagamento, come definito dalla PSD e dalle norme di attuazione di quest'ultima, è «un conto detenuto a nome di uno o più utenti di servizi di pagamento che è utilizzato per l'esecuzione delle operazioni di pagamento»⁹⁴.

Il legislatore comunitario ha inteso evitare le possibili disarmonie connesse all'utilizzo di tale contratto nei differenti Stati comunitari optando per la tipizzazione del contratto. E' stato, infatti, disegnato uno schema contrattuale unico per tutti gli Istituti di pagamento e di moneta elettronica operanti sul territorio comunitario⁹⁵.

⁹³ TARZIA, *Il contratto di conto corrente bancario*, Milano, 2001, 69 s.

⁹⁴ Art. 4, n. 4 PSD; Sezione I, Disposizioni di attuazione del Titolo II, decreto legislativo n. 11 del 27 gennaio 2010 relativo ai servizi di pagamento, di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento. La direttiva IMEL2 si limita a compiere un rinvio a quanto previsto già dalla PSD per l'utilizzo del conto di pagamento.

⁹⁵ La scelta di elaborare uno schema contrattuale unico risponde all'esigenza di armonizzazione delle leggi degli Stati membri, al fine di raggiungere una piena integrazione dei mercati. Le divergenze tra i diritti nazionali dei contratti costituiscono un evidente ostacolo al corretto funzionamento del mercato interno, per tale ragione si è ritenuto preferibile vincolare l'attività degli Istituti di pagamento, destinati ad operare in tutto il territorio comunitario, ad un modello contrattuale unitario, riducendo al minimo i riferimenti alle leggi nazionali. Il raggiungimento di questo risultato permetterà un crescente avvicinamento degli attori economici, nonché l'intensificarsi delle loro relazioni. BUSSANI M., INFANTINO M. *Diritto europeo dei contratti: un'introduzione*, Torino, UTET, 2010, 21 ss.; BARCELLONA M., *Per un codice civile europeo*, in MELI M., MAUGERI M. R. (a cura di) *Armonizzazione del diritto privato europeo. Il Piano d'azione 2003*, Milano, Giuffrè, 2004, 175 s.; PERASSI M., *Armonizzazione e contratti bancari*, in CAFAGGI F. (a cura di) *Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti?*, Padova, Cedam, 2004, 159 s.; *Libro verde della Commissione sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese*, 2010.

Il contratto di conto di pagamento può essere utilizzato da tutti i prestatori di servizi di pagamento, salvo essere oggetto della peculiare disciplina, della quale si darà menzione a seguire, solo in relazione agli IP ed agli IMEL.

La PSD ha affiancato all'introduzione di un nuovo operatore, l'IP, nel mercato dei servizi di pagamento un nuovo schema contrattuale, "costruito" in relazione alle caratteristiche ed al funzionamento del prestatore di servizi che ne era il principale destinatario. Le prestazioni proprie di tale contratto e le modalità attraverso cui esse possono essere eseguite sembrano peculiarmente paramtrate alle prestazioni che l'IP può offrire ai propri clienti, nonché ai vincoli a cui tali prestazioni sono sottoposte.

La direttiva IMEL2, nel concedere agli Istituti di moneta elettronica, di prestare servizi di pagamento a favore dei propri clienti facendo ricorso al conto di pagamento compie, inoltre, un generico rinvio alle norme previste per gli IP. Il rinvio ha indirettamente imposto agli IMEL, che scelgono di gestire i servizi in conto, di attenersi alle condizioni previste nello schema contrattuale disegnato dalla PSD.

Si è quindi inteso costruire un modello contrattuale nuovo al quale gli istituti, non bancari, che prestano servizi di pagamento sono chiamati ad attenersi.

Gli specifici vincoli dettati per l'esecuzione dei servizi di pagamento da parte di IP e IMEL distinguono nettamente il conto di pagamento dagli schemi contrattuali già presenti nel nostro ordinamento. Non pare possa trattarsi di una semplice difformità terminologica rispetto a quella tradizionale in materia di contratti bancari: vi si riconosce, infatti, la creazione di una nuova fattispecie contrattuale, non destinata a confondersi con le fattispecie già note all'ordinamento. L'interprete è, dunque, «tenuto a seguire tale impostazione ed evitare di contraddirla operando, a torto, con gli strumenti dell'interpretazione nazionali: ad esempio, tipizzando la disciplina per assimilarla ad un tipo contrattuale esistente onde applicare ad essa soluzioni (nazionali) consolidate per quel tipo»⁹⁶. Tuttavia, se certamente la disciplina dettata dalla PSD si applica a tutti i servizi di pagamento compresi quelli incorporati in un contratto di conto

⁹⁶ TROIANO, voce *Contratto di pagamento*, *Enc. Dir.*, *Annali V*, Milano, 2012, 392.

corrente bancario, è parimenti possibile ritenere che alcune norme del codice civile integrino la disciplina comunitaria del contratto conto di pagamento⁹⁷.

Può pertanto ritenersi che la disciplina dei conti di pagamento coincida esclusivamente con la PSD, rimanendo le norme nazionali applicabili solo in quanto compatibili.

3. Gli altri contratti di gestione in conto.

Un primo elemento differenziante i modelli contrattuali richiamati deve essere individuato dal punto di vista soggettivo: tali contratti sono rivolti agli imprenditori commerciali esercenti differenti attività. Le diverse attività commerciali svolte da coloro che si avvalgono di tali contratti hanno inciso sulla natura stessa delle prestazioni dedotte rispettivamente nel conto corrente c.d. ordinario, nel conto corrente bancario e nel conto di pagamento.

Il conto corrente ordinario, nasce quale strumento tenuto dai commercianti per regolare periodicamente le rispettive posizioni. Si tratta dunque di un contratto tra privati imprenditori del quale la gestione in conto costituisce l'unica funzione economico-sociale.

Per contro, il conto corrente bancario è un contratto tipico delle sole aziende di credito: «in esso affluiscono in genere tutti i rapporti tra la banca ed i suoi ordinari clienti»⁹⁸.

⁹⁷ SANTORO, *I servizi di pagamento*, *Ianus*, 2012, 6, 19 s.: sul punto l'A. ritiene fuori dubbio l'applicabilità « ai “nuovi” contratti della disposizione dell'art. 1854 c.c. in tema di rapporti cointestati, norma che presuppone l'obbligo dei contitolari di dare disposizioni a “firma congiunta”, salvo che il contratto disponga esplicitamente che essi possano disporre disgiuntamente, nel qual caso l'intermediario potrà chiedere la restituzione delle somme risultanti da un saldo per essi negativo ad uno qualsiasi dei contestatari. Credo si possa applicare per analogia anche l'art. 1832 c.c. (quale richiamato dal successivo art. 1857) in tema di approvazione del conto, sia pure integrato con la disciplina delle rettifiche quale disposte dal nuovo art. 9 d.lgs. n. 11/2010. All'opposto dubiterei dell'applicazione dell'art. 1853 c.c. che concede facoltà alla banca di compensare i saldi attivi e passivi di conti differenti, posto che nel nostro caso la provvista sul conto di pagamento è strettamente funzionale all'esecuzione di operazioni di pagamento già predisposte». Cfr. inoltre Cfr. SALANITRO, *Le banche*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1983, 138 ss.; MORERA, *Contratti bancari (disciplina generale)*, *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, 171 s.; CAVALLI, *Lezioni sui contratti bancari*, Bologna, Zanichelli, 2008, 96 ss.

⁹⁸ PORZIO, *Il conto corrente bancario, il deposito e la concessione di credito*, in RESCIGNO (a cura di), *Tratt. Dir. Priv.*, 12, Torino, Utet, 1985, 859. Cfr. MACCARONE, *Osservazioni in tema di conto*

Le peculiarità del conto corrente bancario attengono, alle prestazioni che ad esso accedono, le quali sono proprie di una sola categoria di imprenditori, le banche appunto. Mediante l'utilizzo del conto corrente bancario o conto corrente di corrispondenza⁹⁹ gli Istituti di credito collegano operazioni di diversa natura richieste dall'utente, sostituendo i pagamenti e le riscossioni in contanti rispettivamente con accreditamenti ed addebitamenti sul "conto". Ne consegue una registrazione contabile continuativa delle diverse operazioni compiute per conto del cliente. Pertanto, la contabilizzazione per partite di dare ed avere pur avendo un ruolo evidentemente centrale anche in tale schema contrattuale non coincide con la sua funzione economico-sociale, apparendo altresì come una delle molteplici prestazioni che ne costituiscono lo scheletro¹⁰⁰.

La pluralità delle operazioni regolabili in conto corrente rende non agevole darne una chiara qualificazione¹⁰¹. Secondo una definizione approssimativa il conto corrente bancario identifica il «contratto con il quale la banca si impegna a

corrente ordinario, in PORTALE, *Le operazioni bancarie*, Milano, Giuffrè, 1978, II, 615; SANTORO, *Il conto corrente bancario. Artt. 1852- 1857*, in SCHLESINGER (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 1992.

⁹⁹ L'espressione di "corrispondenza" trae origine dalla prassi, seguita dagli istituti di credito di confermare le operazioni, una volta compiute, mediante corrispondenza inviata al cliente. MARTUCELLI, *Obbligazioni pecuniarie e pagamento virtuale*, Milano, Giuffrè, 1998, 64, nota 83.

¹⁰⁰ CALTABIANO, *Il conto corrente bancario*, Padova, Cedam, 1967, 75.

¹⁰¹ Nel codice civile del '42 manca la definizione del contratto di conto corrente bancario, non previsto quale contratto autonomo. Sono disciplinati esclusivamente gli effetti del regolamento in conto corrente di operazioni bancarie tipiche. Tale contratto è stato considerato come un «tipo sociale» elaborato dall'ABI e raccolto dalle Norme bancarie uniformi, la cui definizione non può che ridursi alle prestazioni mediante esso gestite. Secondo l'opinione maggiormente accreditata il conto corrente bancario è un contratto normativo risultante dall'unione di più prestazioni proprie di altri contratti che si coordinano al fine pratico voluto dalle parti, intorno ad una prestazione di mandato. Proprio l'indeterminatezza del tipo ne ha decretato il successo: l'assenza di una rigida definizione ha donato a tale contratto una grande elasticità, che ha consentito che nello schema contrattuale tipico venissero ricomprese un ampio numero di "situazioni". Nato come strumento per regolare le molteplici prestazioni che le banche offrivano ai clienti nel medioevo, il conto corrente bancario si è progressivamente adeguato alle mutate esigenze della società ed alla costante evoluzione tecnologica. *Ex plurimis* cfr. SANTORO, *Il conto corrente bancario. Artt. 1852-1857*, in SCHLESINGER (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 1992, 17 ss.; SILVETTI, *Il conto corrente bancario*, in CALANDRA BUONAURA, PERASSI, SILVETTI (a cura di) *La banca: l'impresa e i contratti*, in COTTINO (diretto da) *Trattato di diritto commerciale*, Padova, Cedam, 2001, VI, 475 ss.; MOLLE, *I contratti bancari*, in MENGONI (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 1978, 29 ss.; PORZIO, *Il conto corrente bancario, il deposito e la concessione di credito*, in RESCIGNO (a cura di), *Tratt. Dir. Priv.*, 12, Torino, Utet, 1985, 863 ss.; FIORENTINO, *Del conto corrente; dei contratti bancari*, in SCIALOJA, BRANCA (a cura di) *Commentario del codice civile*, Bologna, Zanichelli, 1969, 156 s.

dar luogo ai pagamenti disposti dal cliente e ricevere in suo luogo le somme a lui dirette»¹⁰². Dunque, i pagamenti, effettuati o ricevuti, e la loro regolazione in conto si pongono quale nucleo essenziale del conto corrente bancario.

L'esecuzione di tali prestazioni presuppone, tuttavia, l'esistenza di altre ed ulteriori prestazioni: ad esempio, affinché l'esecuzione di un pagamento abbia luogo è necessario che sul conto esista una disponibilità a favore del correntista, la quale a sua volta può essere originata da un deposito, un'apertura di credito, un'anticipazione o altro contratto bancario¹⁰³. La disponibilità sul conto può essere frutto dell'attività di raccolta del risparmio oppure dell'attività creditizia realizzata dalla banca, attività riservate nel nostro ordinamento ai soli Istituti di credito.

Le prestazioni tipiche di detto contratto sono manifesta realizzazione dell'attività bancaria, come definita dall'art. 10 del Tub.

Volgendo, ora, lo sguardo al conto di pagamento deve osservarsi l'evidente somiglianza sul piano teleologico con il conto corrente bancario, in quanto anch'esso finalizzato a dar luogo ai pagamenti ed agli incassi disposti dal cliente. La diversità emerge sul piano strutturale: il conto di pagamento è basato su un differente schema contrattuale riconducibile al divieto per gli IP e gli IMEL di svolgere l'attività bancaria, intesa quale raccolta del risparmio inscindibilmente legata all'attività creditizia. Gli effetti di detto divieto incidono sulla prestazione di servizi di pagamento, quindi sulla struttura del conto di pagamento: richiamando il precedente esempio, la disponibilità presente sul conto non potrà derivare da un contratto di deposito né da un'apertura di credito.

Il conto di pagamento è dunque un contratto nuovo, non assimilabile ad alcuno dei modelli contrattuali, per quanto ad essi apparentemente simile, offerti dal nostro ordinamento: differenze di natura ontologica e teleologica mostrano la difformità rispetto al conto corrente ordinario; difformità di natura prettamente ontologica evidenziano il divario rispetto al conto corrente bancario, sebbene

¹⁰² INZITARI, *Banca, attività bancaria, attività delle banche*, in URBANI (a cura di), *L'attività delle banche*, Padova, Cedam, 2010, 371.

¹⁰³ FERRI, voce *Conto corrente di corrispondenza*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, Giuffrè, 1961, 666.

anch'esso rispondente alla necessità di agevolare la prestazione di servizi di pagamento.

4. Ricostruzione del nuovo modello contrattuale.

Nella ricostruzione del contratto di conto di pagamento l'attenzione viene focalizzata su due elementi: la forma e l'oggetto.

Ampio spazio d'analisi è dedicato all'oggetto del contratto, cioè alle prestazioni che possono essere regolate in conto. L'esame di queste ultime e delle modalità mediante cui possono essere prestate dagli IP ed IMEL mette in luce le peculiarità proprie del conto di pagamento.

4.1. La forma del contratto

Il conto di pagamento è un contratto tipico¹⁰⁴ che si perfeziona con l'accordo delle parti, non apparendo a tal fine necessaria la contestuale consegna del denaro.

Appare opportuno soffermarsi sulla modalità mediante cui il contratto può perfezionarsi, cioè se sia necessaria una pattuizione in forma scritta, come per tutti i contratti bancari, oppure se possa essere concluso anche in forma orale.

Ai sensi dell'art. 117 Tub i contratti bancari devono essere stipulati in forma scritta, essendo altrimenti nulli. La norma è parte del titolo VI del Tub contenente le disposizioni normative in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali, a tutela del cliente¹⁰⁵. Il contesto nel quale la disposizione normativa è inserita

¹⁰⁴ ROPPO, *Il contratto*, in IUDICA G., ZATTI P. (a cura di) *Trattato di diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2011, 399. A parere dell'A. un contratto «si dice contratto tipico se corrisponde alla fattispecie astratta di qualcuno dei tipi contrattuali definiti e regolati dalla legge». La presenza di una chiara disciplina normativa comunitaria e italiana permettono di ritenere tale contratto “tipizzato” dal legislatore.

¹⁰⁵ La trasparenza delle condizioni economiche e normative, che regolano i contratti bancari e finanziari, perseguono l'obiettivo di accrescere la fiducia dei risparmiatori e rafforzare la stabilità del sistema. Il venir meno della fiducia può provocare effetti destabilizzanti sui mercati e sugli intermediari, con una propagazione degli effetti tra i vari segmenti di attività e tra i Paesi, in conseguenza delle interconnessioni tra i sistemi. Al contrario, relazioni stabili e positive con la clientela favoriscono l'affidamento dei risparmi agli intermediari finanziari, i quali possono in tal

appare teso alla tutela del cliente il quale, in quanto soggetto debole, deve avere tutti gli strumenti per conoscere e comprendere le condizioni contrattuali da sottoscrivere. A tal fine il contratto non deve solo avere forma scritta a pena di nullità, ma un esemplare dello stesso deve essere sempre consegnato ai clienti¹⁰⁶.

La medesima *ratio* sottende la previsione normativa di cui all'art. 126 *quinquies* del Tub, che impone l'osservanza della forma scritta anche per i contratti quadro utilizzati dai prestatori di servizi di pagamento rinviando alle corrispondenti norme dettate in materia di forma dall'art. 117, commi 1, 2, 3, 4, 6 e 7 Tub¹⁰⁷.

La norma riconosce l'evidente asimmetria informativa tra clienti ed operatori specializzati, istituti bancari o intermediari finanziari, e tutela il soggetto debole imponendo che il contratto quadro sia redatto in forma scritta e risulti disponibile in forma cartacea per il cliente, «in modo da consentirgli di paragonare i servizi resi dai prestatori di servizi di pagamento e le relative condizioni e verificare, in caso di controversie, i suoi diritti ed obblighi contrattuali»¹⁰⁸.

modo godere di un flusso di liquidità continuo. La fiducia del pubblico nella capacità degli intermediari di gestire il denaro in modo sicuro favorisce la stabilità e il buon funzionamento del sistema nel suo complesso. Cfr. BOCCUZZI, VALSECCHI, *Tutela della clientela e regolamentazione bancaria e finanziaria*, in BOCCUZZI (a cura di), *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, in www.bancaditalia.it, Roma, 2010, 13 ss.

¹⁰⁶ DE ANGELIS, *Commento all'art. 117 Tub*, in CAPRIGLIONE (diretto da) *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2012, III, 1687 ss.; SILVETTI, *Disciplina generale dei contratti bancari*, in CALANDRA BUONAURA, PERASSI, SILVETTI (a cura di) *La banca, l'impresa e i contratti*, in COTTINO (diretto da) *Trattato di diritto commerciale*, Padova, Cedam, 2001, VI, 383 ss.; FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, in BUONOCORE (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Torino, Giappichelli, 2005, 135 s.; SPENA, *Commento all'art. 117*, in PORZIO (a cura di), *Testo unico bancario: commentario*, Milano, Giuffrè, 2010, 973 ss.

¹⁰⁷ La norma è stata introdotta dalla PSD, che contiene la definizione di contratto quadro art. 4, n. 12, PSD, recepita dall'art. 1, d.lgs. 11/2010. Secondo la normativa comunitaria tali norme si applicano solo se entrambi i prestatori di servizi di pagamento siano situati nell'Unione Europea. Il legislatore italiano ha esteso gli obblighi di trasparenza anche alle operazioni gestite da due prestatori di servizi di pagamento di cui uno solo insediato nel territorio della Comunità (art. 2, comma 3, d.lgs. 11/2010).

¹⁰⁸ Secondo quanto espressamente disposto nel Considerando n. 26 PSD. Previsione normativa corrispondente è contenuta all'art. 117, comma 1, Tub a cui l'art 126-*quinquies* rinvia. In virtù del rinvio alle norme sulla forma dei contratti bancari, il contratto quadro dovrà riportare anche i tassi d'interesse ed ogni altro prezzo e condizione praticati (art. 117, comma 4, Tub). Tali condizioni non potranno essere più sfavorevoli per l'utilizzatore rispetto a quelle pubblicizzate e per la loro

Il mancato rispetto dei requisiti di forma dà luogo ad una nullità relativa che potrà essere fatta valere dai soli clienti, soggetti a tutela della cui posizione la norma è stata posta¹⁰⁹.

Per contratto quadro, ai sensi dell'art. 1, d.lgs. 11/2010, deve intendersi «un contratto che disciplina la futura esecuzione delle operazioni singole o ricorrenti e che può dettare gli obblighi e le condizioni che le parti devono rispettare per l'apertura e la gestione di un conto di pagamento». Si tratta di un contratto normativo, attraverso cui le parti predeterminano a monte il contenuto dei singoli specifici contratti che verranno stipulati a valle. Il contratto pertanto non crea immediatamente diritti ed obblighi per i contraenti, ma detta norme intese a regolare il rapporto qualora le parti intendano crearlo in futuro. Il contenuto del contratto quadro si inserirà nel successivo contratto solo in caso di silenzio o in assenza di clausole contrastanti, ma non in modo automatico, essendo necessaria la mediazione di un ulteriore atto di volontà dei contraenti¹¹⁰. L'efficacia del

determinazione non si potrà, a pena di nullità della clausola, fare ricorso agli usi (art. 117, comma 6). Infine, qualora le condizioni economiche non siano indicate nel testo negoziale o accordino all'utente un trattamento più sfavorevole rispetto a quelle pubblicizzate opereranno i meccanismi di integrazione legale di cui al comma 7, art. 117 Tub. Le norme sulla forma del contratto quadro non si applicano per i contratti quadro che non prevedono la concessione di finanziamenti e che consentono operazioni di pagamento di importo unitario non superiore a 500 euro e non eccedenti l'importo totale di 2.500 euro su base annua (§5.1, Sezione VI, *Disposizioni sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*). Cfr. SPENA, *Commento all'art. 126-quinquies*, in PORZIO (a cura di), *Testo unico bancario: commentario*, Milano, Giuffrè, 2010, 1105 ss.

¹⁰⁹ Il contratto non redatto in forma scritta, individuata quale requisito essenziale, conservava la propria validità in assenza di un'azione del cliente. Dubbi venivano posti sulla possibilità di ritenere tale grave lacuna rilevabile anche d'ufficio. A seguito del d.lgs. 218/2010 l'art. 127 Tub è stato novellato nel senso di prevedere che la sanzione di nullità opera ad esclusivo vantaggio del cliente e può essere fatta valere dal cliente stesso oppure rilevata d'ufficio dal giudice. Tale previsione non sembra intaccare il carattere relativo della nullità in oggetto. DE ANGELIS, *Articolo 117*, in CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2012, III, 1693; SPENA, *Commento all'art. 117*, in PORZIO (a cura di), *Testo unico bancario: commentario*, Milano, Giuffrè, 2010, 972; FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, in BUONOCORE (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Milano, Giappichelli, 2005, 136; SILVETTI, *Disciplina generale dei contratti bancari*, in CALANDRA BUONAURA, PERASSI, SILVETTI, *La banca, l'impresa e i contratti*, in COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, Cedam, 2001, VI, 386 ss.

¹¹⁰ Cfr. DI MAJO, *L'attuazione della direttiva sui servizi di pagamento*, in Associazione Bancaria Italiana, *La direttiva PSD: le nuove regole per le banche italiane. Servizi di pagamento, controllo e trasparenza*, Roma, Bancaria Editrice, 2011, 58 il quale ritiene che quando il contratto quadro prevede l'obbligo di aprire un conto di pagamento assume connotati simili a quelli di un contratto

comando negoziale è quindi condizionata alla conclusione del futuro contratto, oppure alla richiesta di esecuzione di un servizio di pagamento non rientrante in un contratto di conto di pagamento¹¹¹.

La stessa introduzione di tale accordo, quale elemento prodromico alla stipulazione di un contratto di conto di pagamento o all'esecuzione di servizio di pagamento, intende soddisfare un interesse di trasparenza: il contratto quadro che non incide sulla libertà dei contraenti di concludere il contratto, soddisfa l'esigenza di assicurare l'effettiva conoscenza del contenuto dei contratti da stipulare in futuro, permettendo al cliente di poter effettuare in modo consapevole le proprie valutazioni.

A norma di legge la conclusione del contratto quadro è condizione necessaria per la sottoscrizione del conto di pagamento, i cui contenuti essenziali dovranno essere già inseriti nel contratto quadro. Se la presenza di un contratto quadro è condizione di validità del conto di pagamento non può dirsi vera l'affermazione inversa. Infatti, se esiste un contratto di conto di pagamento la provvista presente sul conto sarà destinata all'esecuzione delle operazioni di pagamento da effettuarsi secondo le condizioni predeterminate nel contratto quadro¹¹².

preliminare. Tale punto di vista di fatto conferma l'idea che trattasi di due contratti diversi i cui contenuti possono coincidere solo laddove venga concluso il contratto di conto di pagamento.

¹¹¹ La dottrina appare concorde nel riconoscere al contratto quadro una funzione di programmazione della futura attività negoziale posta in essere tra le parti. Differisce dal contratto preliminare in quanto non vincola le parti alla conclusione del contratto futuro. Deve infine essere distinto dalle condizioni generali di contratto che costituiscono una dichiarazione diretta ad una generalità di individui o il cui destinatario è individuato di volta in volta al momento della conclusione del contratto. RISPOLI FARINA, SPENA, *La trasparenza delle condizioni e i requisiti informativi per i servizi di pagamento*, in RISPOLI FARINA, SANTORO, SCIARRONE ALIBRANDI, TROIANO O. (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, Giuffrè, 2009, 83; SANGIOVANNI, *Mancato aggiornamento del contratto-quadro e "nullità sopravvenuta"*, in *Contratti*, 2008, 7, 660; ALPA, *La trasparenza dei contratti bancari*, Bari, Cacucci, 2003, 6 ss. D'ARCANGELO, *Il contratto normativo*, in *Obbligazione e contratti*, 2008, 1, 65 s.; CAPOBIANCO, LONGOBUCCO, *La nuova disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Contratto e impresa*, 2011, 5, 1170 s.; COCCHI, *Commento all'articolo 126 quinquies*, in CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2012, III, 1991.

¹¹² SPENA, *Commento all'art. 126 quinquies*, cit., 1105 ss.; SPENA, *Articolo 126 quinquies. Contratto quadro*, in MANCINI, RISPOLI FARINA, SANTORO, SCIARRONE ALIBRANDI, TROIANO O. (a

Sebbene il contratto di conto di pagamento non assolva la funzione di contratto quadro¹¹³, la corrispondenza univoca che lega il contratto a monte al conto a valle permette di ritenere che l'obbligo di redazione del contratto quadro in forma scritta a pena di nullità adempia per intero agli obblighi di trasparenza richiesti a tutela dei clienti e renda superflua la forma scritta del contratto di conto di pagamento.

D'altro canto, il conto di pagamento non rientra nel novero dei contratti bancari¹¹⁴, quando utilizzato da IP ed IMEL. In assenza di un'espressa previsione nella normativa comunitaria può essere considerato non rientrante tra i contratti a forma vincolata.

Non essendo espressamente prevista dal legislatore, la mancanza di forma scritta del contratto di conto di pagamento non può inficiarne la validità, nonostante risulti presumibilmente necessaria *ad probationem*¹¹⁵.

4.2. L'oggetto del contratto.

La novità del contratto di conto di pagamento attiene alla combinazione delle prestazioni che ne sono oggetto, indirizzate alla costituzione di un rapporto unitario nel quale l'unità della causa è individuabile nella connessione oggettiva delle varie prestazioni, le quali, complessivamente, permettono il raggiungimento

cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, Giappichelli, 2011, 546; COCCHI, *Articolo 126* quinquies, cit., 1989.

¹¹³ COCCHI, *Articolo 126* quinquies, cit., 1990: a parere dell'A. la presenza di un contratto di conto di pagamento assolve la funzione informativa del contratto quadro, ponendo tra i due modelli contrattuali un rapporto tra *species* e *genus*.

¹¹⁴ La peculiarità dei contratti bancari risiede nello stretto legame che essi hanno con l'impresa bancaria. La qualifica di tali contratti non può che dipendere anche dall'elemento soggettivo, in ragione dell'attività, di intermediazione creditizia, che lo caratterizza. I rapporti tra attività di intermediazione nel credito e contratti bancari influenzano le caratteristiche della negoziazione e rendono inconciliabile la loro struttura al di fuori dell'attività organizzata d'impresa. Cfr. FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, cit., 2 s.; MOLLE, *I contratti bancari*, in MENGONI (diretto da) *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 1978, 29 s.; ALCARO, «Soggetto» e «Contratto» nell'attività bancaria, Milano, Giuffrè, 1981, 18 ss.; BAUSILIO, *I contratti bancari*, cit., 11; LIBONATI, *Contratto bancario e attività bancaria*, Milano, Giuffrè 1965, 48; MESSINEO, *Contenuto e carattere giuridico dell'apertura di credito*, *Riv. dir. Comm.*, 1925, 1, 120.

¹¹⁵ Cfr. CARRESI, *Il contratto*, in CICU, MESSINEO (diretto da) *Trattato di diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1987, 367; ROPPO, *Il contratto*, in IUDICA, ZATTI (a cura di) *Trattato di diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2011, 205 ss.

di un risultato diverso da quello altrimenti ottenibile da ciascuna prestazione¹¹⁶. Tale contratto è infatti il risultato di una peculiare combinazione di prestazioni già oggetto di altri contratti nominati previsti e disciplinati nell'ordinamento italiano.

Il conto di pagamento configura un contratto misto, nel quale le singole prestazioni si coordinano intorno ad una prestazione principale di mandato finalizzata alla gestione in conto dei servizi di pagamento¹¹⁷.

L'oggetto del contratto è individuato nella prestazione del servizio di pagamento per conto o in favore del cliente: agli ordini di pagamento verso un terzo beneficiario si affiancano le riscossioni delle somme versate da terzi a favore del cliente.

Sebbene la norma comunitaria utilizzi genericamente il termine ordine di pagamento (Art. 4, n. 16 PSD)¹¹⁸ per indicare ogni istruzione da parte del cliente al suo prestatore di servizi di pagamento di eseguire un'operazione di pagamento, sia essa il trasferimento o l'accreditamento dei fondi sul conto, è opportuno distinguere le due diverse prestazioni: in presenza di una corrispondente disponibilità, la richiesta del cliente di pagare una data somma al terzo beneficiario consiste in una semplice delegazione di pagamento¹¹⁹, diversamente l'obbligo di ricevere le somme da terzi per il cliente configura un vero e proprio mandato all'incasso.

L'ordine di pagamento impartito dal cliente costituisce, infatti, un negozio giuridico unilaterale, la cui efficacia vincolante scaturisce da una precedente dichiarazione di volontà con cui l'intermediario si è obbligato ad eseguire futuri

¹¹⁶ DIENER, *Il contratto in generale: manuale e applicazioni pratiche delle lezioni di Guido Capozzi*, Milano, Giuffrè, 2002, 22.

¹¹⁷ Sotto l'aspetto formale il conto di pagamento non sembra dissimile, se non per la sua tipicità, dal contratto di conto corrente bancario. MOLLE, *I Contratti bancari*, cit., 413. Cfr. FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, cit., 433.

¹¹⁸ Cfr. SANTORO, *Articolo 1, comma 1, lettere c), e), f), h), m) e o)*, in MANCINI, RISPOLI FARINA, SANTORO, SCIARRONE ALIBRANDI, TROIANO O., *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, Giappichelli, 2011, 18: l'A. enfatizza l'assenza di qualsivoglia riferimento alle differenti prestazioni che in tale definizione sono ricomprese.

¹¹⁹ Cfr. Cass. 1 dicembre 2004, n. 22596; Cass. 23 gennaio 2009, n.1742. In dottrina cfr. GIULIANO, *La delegazione*, in FAVA (a cura di), *Le obbligazioni: diritto sostanziale e processuale*, Milano, Giuffrè, 2008, I, 1112 ss.; NOBILI, *Le obbligazioni: manuale e applicazioni pratiche delle lezioni di Guido Capozzi*, Milano, Giuffrè, 2008, 254 ss.; GALGANO, *Le obbligazioni in generale*, in GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Padova, Cedam, 2010, II, 121.

incarichi conferiti dal cliente. Il perfezionamento degli incarichi è circoscritto all'Istituto e all'ordinante, rimanendone del tutto estraneo il beneficiario, nei confronti del quale l'incarico di effettuare il pagamento assume natura di *delegatio solvendi*.

L'esecuzione del pagamento, da parte dell'Istituto, non comporta la nascita di una nuova ed autonoma obbligazione del delegato verso il beneficiario, poiché l'operazione trova la sua causa nel contratto di conto di pagamento, implicante un mandato generale conferito dal cliente all'Istituto ad eseguire e ricevere pagamenti sul conto.

Diversamente da quanto riconducibile alla sottoscrizione del contratto quadro, l'Istituto non ha la facoltà bensì l'obbligo di eseguire le operazioni richieste dal cliente, in quanto gli ordini di pagamento non sono proposte di contratto del cliente e non attengono alla formazione del contratto ma alla sua esecuzione, in ordine alla quale è necessario specificare quantità (importo del pagamento) e qualità (bonifico, pagamento con carta, ecc.) della prestazione richiesta. Non è necessario che l'intermediario esprima il proprio consenso per ciascun ordine, poiché il rifiuto di dar corso anche ad un solo ordine configura un'ipotesi di inadempimento contrattuale.

Il cliente conferisce all'Istituto la legittimazione a riscuotere il credito in suo nome e per suo conto conservando la titolarità esclusiva del credito riscosso¹²⁰. Trattandosi di un mandato all'incasso l'Istituto avrà la facoltà di trattenere le somme riscosse per conto del cliente a compensazione dei finanziamenti erogati. A ciò consegue un duplice effetto estintivo tra il prestatore di servizi di pagamento ed il cliente mandante e tra quest'ultimo ed il terzo. La PSD prevede che possa essere stabilita ogni compensazione finanziaria, ulteriore rispetto a

¹²⁰ Sebbene le prestazioni caratterizzanti il mandato all'incasso e la cessione del credito sembrano coincidenti elemento di discriminazione risiede nella titolarità del credito, che nel primo caso rimane in capo al mandante, al contrario nel contratto di cessione del credito viene trasferita in capo al cessionario. Di fatto il contratto di mandato all'incasso viene a configurare una garanzia che l'Istituto viene ad acquisire sui crediti concessi al cliente. Cfr. Cass. 3 dicembre 2002, n. 17162, in *Giust. civ. mass.*, 2002, 2109; Cass. 5 luglio 2007, n. 15225, un *Giust. civ. mass.*, 2007, 7. In dottrina cfr. NOBILI, *Le obbligazioni*, cit., 239; BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, Milano, Giuffrè, 2009, 436 s.; SICCHIERO, *Le garanzie bancarie*, in URBANI (a cura di), *L'attività delle banche*, Padova, Cedam, 2010, 196.

quella che è realizzata tra i pagamenti e le riscossioni che il cliente opera verso i terzi, rispettivamente suoi creditori o debitori. La compensazione può avvenire anche tra il cliente e il prestatore di servizi di pagamento se tale operazione risulti conforme alla legge applicabile al contratto tra essi stipulato (Art. 60, §2 PSD).

Le speculari prestazioni, attraverso cui il titolare può disporre indirettamente delle somme di denaro presenti sul conto, confluiscono in un mandato generale conferito all'IP ad eseguire e ricevere pagamenti per conto del cliente – mandante, che può ricondursi facilmente allo schema contrattuale del conto di gestione¹²¹. Salvo diversa volontà dei contraenti, la tipologia degli incarichi può non essere determinata all'interno del contratto, bensì rimessa alle variegate forme che i servizi di pagamento e di riscossione possono assumere nella prassi, nei limiti dei servizi previsti dalla PSD.

Il contratto comprende inoltre l'accordo che impegna l'Istituto a gestire in conto la prestazione dei servizi di pagamento, intendendo con tale espressione la necessità di annotare in apposito prospetto, ovvero sul conto, le operazioni compiute. Per la durata del contratto, infatti, l'Istituto registra gli accreditamenti e gli addebitamenti che concorrono a formare il saldo redatto alla fine del periodo contabile stabilito¹²².

Entro i limiti di durata del contratto, il cliente ha la facoltà di poter compiere, una serie indefinita di somministrazioni di denaro e prelievi che non comportano la costituzione o risoluzione di tanti diversi rapporti, bensì la semplice modificazione quantitativa dell'unico rapporto costituito tra le parti¹²³.

¹²¹ Si osservi che in passato il servizio di cassa veniva adempiuto mediante la materiale consegna delle somme di denaro contante. Il servizio di cassa a cui attualmente si fa riferimento consiste piuttosto in un semplice accreditamento sul conto del creditore delle somme dovute. INZITARI, *Il conto corrente bancario*, in URBANI (a cura di), *L'attività delle banche*, Padova, Cedam, 2010, 371. In passato tale servizio veniva adempiuto mediante la materiale consegna delle somme di denaro contante, attualmente consiste in un semplice accreditamento delle somme sul conto. INZITARI, *Il conto corrente bancario*, cit., 371.

¹²² SANTORO, *Gli Istituti di pagamento*, in RISPOLI FARINA, SANTORO, SCIARRONE ALIBRANDI, TROIANO O. (a cura di), *Armonizzazione Europea dei servizi di pagamento e attuazione delle direttiva 2007/64/CE*, Milano, Giuffrè, 2009, 64 ss.

¹²³ Cfr. MOLLE, *I Contratti bancari*, cit., 394; CAVALLI, CALLEGARI, *Lezioni di diritto bancario*, Bologna, Zanichelli, 2011, 81 s.; FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, cit., 441; TARZIA, *Il contratto di conto corrente bancario*, Milano, Ipsoa, 2001, 70.

Il contratto è quindi basato su un mandato generale che si specifica in una serie di mandati particolari ogni qual volta il correntista chiede all'Istituto la prestazione di un singolo servizio. Configura un contratto di durata, in contrapposizione alla «rimessa di denaro», che si esaurisce in una semplice delegazione di pagamento o in un mandato all'incasso, eseguito il quale il rapporto con l'Istituto, di pagamento o di moneta elettronica, si chiude¹²⁴.

4.3. Il trasferimento di fondi.

Il nucleo principale dei servizi di pagamento che possono essere gestiti in conto è senza dubbio costituito dalle operazioni di pagamento, consistenti in ogni atto di trasferire o ritirare i fondi¹²⁵.

Le operazioni di pagamento costituiscono servizi di pagamento laddove il trasferimento di fondi da un soggetto all'altro avviene mediante l'intermediazione di uno o più soggetti¹²⁶.

Poiché i pagamenti in contante non rientrano tra le modalità di pagamento disciplinate dalla PSD, il trasferimento di fondi a cui si fa riferimento può essere realizzato con il *credit transfer* e il *debit transfer*, a cui va aggiunta l'esecuzione di operazioni di pagamento “mediante carte di pagamento o dispositivi analoghi”¹²⁷.

¹²⁴ Art. 1, lett. c, d.lgs. 11/2010 e Sezione I, Sezione I, Disposizioni di attuazione del Titolo II, decreto legislativo n. 11 del 27 gennaio 2010 relativo ai servizi di pagamento, di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento.

¹²⁵ Cfr. MALAGUTI, *The Payments System in the European Union*, Londra, Sweet & Maxwell, 1997, 1 ss.; MAVROMATI, *The law of Payment Services in the EU*, The Netherlands, Kluwer Law International BV, 2007, 143: «in economic and technical terms, payment is a “method to affect the transfer of value, the transfer of funds between bank depositories or from a debt instrument”. In legal terms, payment can be defined as a “gift or loan of money or any act offered and accepted in performance of a money obligation”. In this respect, money is an element of payment in case of a payment in physical money or a pecuniary obligation, in case of an immaterial mode of discharge.»

¹²⁶ DI MAJO, *L'attuazione della direttiva sui servizi di pagamento*, cit., 53 ss.

¹²⁷ Queste attività sono elencate due volte, sia nel numero 3 sia nel numero 4 dell'art. 1, comma 1, lett. b, d. lgs. n. 11/2010 a seconda che il cliente si avvalga di una disponibilità propria sul conto di pagamento ovvero di un affidamento del prestatore. Poiché la PSD non si premura di effettuare alcuna distinzione alla disciplina delle operazioni di trasferimento in ragione delle modalità con le quali la disponibilità del conto è stata creata, è possibile ritenere che la disciplina ad essi applicabile sia unitaria. Cfr. SANTORO, *I servizi di pagamento*, *Ianus*, 2012, 6, 12.

Il *credit transfer* è un'operazione originata dal pagatore¹²⁸; coincide sostanzialmente con una procedura di bonifico¹²⁹ con cui il cliente ordina al proprio prestatore di accreditare una somma sul conto del beneficiario¹³⁰. Il *debit transfer* o *direct debit*, invece, è originato dal beneficiario¹³¹; si tratta di un'operazione di più recente introduzione nell'ordinamento nazionale, per la cui realizzazione è sempre necessaria l'autorizzazione del pagatore¹³². Una più

¹²⁸ Cfr. MAVROMATI, *The law of Payment Services in the EU*, cit., 157: «the term includes any payment order issued by the originator's bank or any intermediary bank intended to carry out the originator's payment order». L'operazione prevede che l'*originator* invii l'ordine di pagamento direttamente alla banca del beneficiario. Ricevuto l'ordine, sul conto del pagatore viene registrato l'addebito; quando viene trasmesso alla banca del beneficiario l'ordine si trasforma in vero e proprio pagamento con relativo accredito sul conto del beneficiario. MALAGUTI, *The Payments System in the European Union*, cit., 38.

¹²⁹ Per una compiuta analisi dei caratteri del bonifico cfr. BALDAN, *I servizi di pagamento*, in BIFFIS (a cura di), *Le operazioni e i servizi bancari*, Torino, Giappichelli, 2012, 263; PARTESOTTI, MANENTE, URBANI, *Lezioni sui titoli di credito. Con attenzione anche a strumenti finanziari e strumenti "bancari" di pagamento*, Noceto, Monduzzi, 2005, 157 ss.; GUIDA, DALLA MASSARA, DE POLI, DALLA PAOLA, MATERIA, *L'adempimento con gli strumenti "alternativi" di pagamento*, in PATTI, VACCA (a cura di), *Le figure speciali*, in GAROFALO, TALAMANCA (diretto da), *Trattato delle obbligazioni*, V, Padova, Cedam, 2005, 125 ss.

¹³⁰ La dottrina distingue il giroconto dal bonifico bancario. La struttura dei due strumenti di pagamento risulta parzialmente coincidente, consistendo in entrambi i casi in una delegazione di pagamento. Muta dal momento dell'accredito: per il giroconto la moneta trasferita non viene convertita in denaro; la moneta scritturale trasferita sul conto del beneficiario dell'ordine di pagamento mantiene la sua natura scritturale e può a sua volta essere utilizzata per ulteriori trasferimenti. Per contro, il bonifico consiste in un ordine di pagamento non diretto a concludersi con l'accreditamento in conto, ma con la conversione da parte del beneficiario della moneta scritturale in moneta legale o in un assegno bancario. La normativa comunitaria fa riferimento invece ai *Credit Trasfert* ovvero a trasferimenti di fondi attuati su iniziativa del debitore ordinante, senza alcuna ulteriore puntualizzazione della destinazione successiva all'accredito in conto. Appare chiaro che dal punto di vista del diritto comunitario il concetto di *Credit Trasfert* comprenda sia il concetto di bonifico che quello di giroconto. Tuttavia, le norme di recepimento e di attuazione della PSD fanno riferimento al solo bonifico, senza alcuna menzione del giroconto. La distinzione tra i due strumenti di pagamento rimane certamente dal punto di vista dogmatico, sebbene risulti possibile ritenere che sul piano normativo il concetto di bonifico comprenda anche quello di giroconto. La disciplina normativa ad essi applicabile risulta, dunque, la medesima. Quanto detto non appare contraddetto dalla definizione di bonifico contenuta nel regolamento 260/2012/UE, ex art. 1, n. 1) relativa ai requisiti tecnici e commerciali per i bonifici e gli addebiti diretti in euro. GUIDA, DALLA MASSARA, DE POLI, DALLA PAOLA, MATERIA, *L'adempimento con gli strumenti "alternativi" di pagamento*, cit., 123 ss.; FARENZA, *La moneta bancaria*, Torino, Giappichelli, 1997, 196 ss.; FERRI, *Bancogiro*, in *Enc. Giuridica*, Milano, Giuffrè, 1959, V, 32 ss.

¹³¹ Sull'analisi dell'addebito diretto cfr. BARILLA, *L'addebito diretto*, Milano, EduCatt, 2013, 18 ss.; BALDAN, *I servizi di pagamento*, cit., 277.

¹³² In BANCA CENTRALE EUROPEA, *Blue book*, available on www.ecb.europa.eu, agosto 2005, 192, il *direct debit* viene definito quale «pre-authorized debit of the payer's account by the payee». Esso presuppone un mandato di addebito diretto sottoscritto dal pagatore e l'autorizzazione della banca affinché le richieste del beneficiario vengano onorate. Tale definizione è confermata dal regolamento 260/2012/UE, ex art. 1, n. 2) relativa ai requisiti tecnici e commerciali per i bonifici e gli addebiti diretti in euro.

completa descrizione del fenomeno è data dall'art. 1, lett. v, d. lgs. n. 11/2010 ai sensi del quale l'addebito diretto è «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»¹³³.

Accanto alle operazioni di bonifico ed addebito diretto troviamo quelle originate mediante carta di pagamento, la natura delle quali è strettamente collegata al tipo di carta utilizzata. Su tale aspetto ci si soffermerà nel capitolo seguente, appare, tuttavia, opportuno ricordare che anche queste operazioni di pagamento, come i bonifici e gli addebiti diretti, hanno l'effetto di mutare il *quantum* presente sul conto. Anche i pagamenti con carta realizzano un'operazione di trasferimento di fondi, come sopra descritta.

I servizi di pagamento (bonifico, addebito diretto o operazione originata con carta di pagamento) sono precipuamente funzionali ai pagamenti che devono essere adempiuti tra soggetti giuridici, ma rimangono rispetto ad essi autonomi: la disciplina degli stessi non incide direttamente sulle obbligazioni pecuniarie in ragione delle quali il cliente ne richiede l'esecuzione. Quanto detto non muta nemmeno qualora la causa del trasferimento della moneta dovesse essere una donazione, anziché l'adempimento dell'obbligazione oppure il semplice trasferimento da un conto ad un altro intestati al medesimo soggetto (nel qual caso le persone dell'ordinante e del beneficiario coincidono)¹³⁴.

Pertanto, affinché il trasferimento possa ritenersi eseguito conta solo 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.

¹³³ 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 RISPOLI FARINA, SANTORO, SCIARRONE ALIBRANDI, TROIANO O. (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, Giuffrè, 2009, 420 ss.

¹³⁴ Solitamente il *transferor* ed il *transferee* sono persone differenti. Quando però il *transferor* è titolare di due o più conti, anche presso il medesimo intermediario, può avere necessità che i propri fondi vengano trasferiti da un conto all'altro. In quest'ultimo caso il *transferor* ed il *transferee* coincidono. Tale ipotesi è espressamente prevista nell'Allegato alla PSD, § 3.

4.4. Formazione della provvista: il collocamento dei fondi sul conto.

Affinché l'Istituto possa svolgere gli incarichi richiesti è necessario che il cliente abbia costituito una congrua provvista, derivante dalle somme che sono state poste sul conto oppure dal credito concesso per adempiere ai pagamenti richiesti.

Per quanto riguarda la prima ipotesi, si osserva che le somme non risulteranno depositate sul conto di pagamento, bensì semplicemente su esso collocate. Il legislatore comunitario (non lo stesso può dirsi per quello italiano), al fine di evitare ogni possibile richiamo alla nozione di deposito e dunque di raccolta del risparmio tra il pubblico, preferisce definire le somme come semplicemente «*placed*», collocate, sul conto di pagamento¹³⁵.

Il deposito avente ad oggetto somme di denaro implica l'acquisto della proprietà della somma da parte del depositario ed il sorgere del correlativo obbligo di rimborso del *tantudem*¹³⁶. Il denaro, in quanto bene fungibile entra, infatti, nella disponibilità del depositario, il quale ha piena facoltà di utilizzarlo ai sensi dell'art. 1782 c.c.¹³⁷.

¹³⁵ SANTORO, *I conti di pagamento degli Istituti di pagamento*, in MANCINI, PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento: prime riflessioni*, in Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, Roma, dicembre 2008, 35. La traduzione è ricondotta al linguaggio giuridico del Regno Unito.

¹³⁶ *Ex plurimis*: MARTORANO, *Il conto corrente bancario*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1955, 17 ss.; PORZIO, *Conto corrente, deposito e concessione di credito*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato. Obbligazioni e contratti*, Torino, Utet, 1985, IV, 904 ss.; PERASSI, *Il deposito*, in CALANDRA BUONAURA, PERASSI, SILVETTI, *La banca: l'impresa e i contratti*, in COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, Cedam, 6, 2001, 561 ss.; GIORGIANNI, TARDIVO, *Diritto bancario. Banche, contratti e titoli bancari*, Milano, Giuffrè, 2006, 509 ss. DALMARTELLO, PORTALE, voce *Deposito*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1964, XII, 236 ss.; FERRI, voce *Deposito bancario*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1964, XII, 278 ss.; SCALISI, *Il contratto di deposito: del deposito in generale, del deposito in albergo, del deposito nei magazzini generali*, Milano, Giuffrè, 2011, 233 s.; CENDON, *Commentario al codice civile. Art. 1782*, Milano, Giuffrè, 2011, 80 ss.; MAIMIERI, PIERRI, *Art. 1834*, in VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti*, in GABRIELLI (diretto da) *Commentario del codice civile*, Torino, Utet, 3, 300 ss.; TULLIO, *Il deposito*, in LIPARI, RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2009, 3, 280 s.

¹³⁷ In ragione della differenza tra deposito bancario e deposito irregolare, nell'analisi proposta si fa riferimento al solo deposito irregolare ex art. 1782 c.c. Infatti, il deposito bancario si distingue dal deposito irregolare, del quale è una *species*, sotto un duplice aspetto: dal punto di vista soggettivo costituisce deposito bancario esclusivamente la consegna di denaro in favore di un istituto

Il deposito è considerato lo strumento maggiormente utilizzato per la raccolta del risparmio: con la consegna del denaro le banche acquistano la disponibilità di ingenti capitali, reimpiegati per l'erogazione di finanziamenti sotto qualsiasi forma concessi ai clienti. Di ciò consta l'esercizio dell'attività bancaria¹³⁸.

Al fine di escludere qualsivoglia connessione con l'attività di raccolta del risparmio e dunque con la possibilità per gli Istituti di svolgere attività bancaria¹³⁹, il legislatore ha inteso evitare qualsivoglia riferimento al contratto di deposito.

In ciò sembra consistere la ragione della qualificazione della consegna delle somme di denaro quale “collocamento”, non già deposito.

bancario, non potendo definirsi tale quella compiuta in favore di altro soggetto non svolgente l'attività bancaria, che configurerà pertanto un deposito irregolare. Inoltre, nel deposito bancario le somme affidate alla banca devono essere utilizzate solo con l'osservanza delle regole tecniche richieste per la solvibilità della banca onde assicurarne la restituzione ai depositanti; per contro nel deposito irregolare la facoltà d'uso del depositario è rimessa alla sua assoluta discrezione. D'altro canto, sul piano della struttura i due contratti appaiono identici, in quanto in entrambi si trasferisce una somma di denaro che conduce all'acquisizione della sua proprietà in capo all'*accipiens* ed alla costituzione, in favore del *tradens* di un diritto di credito alla restituzione. Cfr. SALANITRO, *Problemi in tema di depositi bancari*, in PORTALE (a cura di), *Le operazioni bancarie*, Milano, Giuffrè, 1978, 363. Nel caso di specie, facendo riferimento alla consegna di somme di danaro a soggetti che per volontà stessa del legislatore non possono svolgere attività bancaria, la riflessione non potrà che essere incentrata in modo esclusivo sul paragone con il deposito irregolare, sebbene emergano chiare convergenze con la disciplina ed le riflessioni dottrinali relative alla struttura dei depositi bancari.

¹³⁸ La nozione di attività bancaria accolta dall'art. 10 Tub corrisponde alla nozione tradizionalmente diffusa nelle scienze economiche, incentrata sulla banca come intermediario nella circolazione del denaro e dunque sul collegamento tra raccolta del denaro e reimpiego di tali fondi per l'erogazione del credito. Tuttavia, il ruolo produttivo tipico dell'azienda bancaria appare consistere «in un'assai più complessa azione commutatrice del bene moneta, che si esplica mediante l'esercizio di funzioni professionali e l'applicazione di tecniche industriali che consentono di trasformare masse di moneta fiduciaria, messe a disposizione dei risparmiatori, in stabile capitale di credito, destinato ad impieghi da parte degli utenti finali» DI BRINA, *L'esercizio del credito: profili generali*, in URBANI (a cura di), *L'attività delle banche*, Padova, Cedam, 2010, 116. Per una più completa analisi dell'attività bancaria comprensiva del c.d. servizi accessori e/o parabancari si rinvia a VELLA, *L'esercizio del credito*, Milano, Giuffrè, 1990, 47 ss.

¹³⁹ La centralità della raccolta dei depositi emerge chiaramente nella definizione di ente finanziario data dalla Direttiva 2000/46/CE, art. 4, che evidenzia il ridotto oggetto d'impresa rispetto agli enti creditizi. L'attività di tali enti risultava corrispondente a quella degli enti creditizi prevista dal primo allegato alla direttiva, ad esclusione solo dell'assunzione dei depositi o di altri fondi rimborsabili. Cfr. PALMIERI, *Il mercato unico delle banche*, in VELLA (a cura di), *Banche e mercati finanziari*, in AJANI, BENACCHIO, *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2009, VIII, 41 s.

Nel testo della PSD il verbo “depositare” è, infatti, utilizzato esclusivamente per indicare il contratto di deposito¹⁴⁰ implicante il trasferimento della proprietà dei fondi consegnati. Il riferimento è all’art. 9, § 2, lett. a PSD, in forza del quale l’Istituto non bancario è obbligato a depositare le somme ricevute dai clienti presso una banca, che acquisterà la piena disponibilità dei fondi ad essa consegnati. Tale norma dispone testualmente che le somme non utilizzate nel corso della giornata per eseguire pagamenti siano «*deposited in a separate account in a credit institution*»¹⁴¹. Si intende dunque puntualizzare che tra l’intermediario depositante e l’istituto di credito intercorre un contratto di deposito, in ragione del quale il depositario acquista la proprietà del denaro consegnato.

Sebbene siano gli IP e gli IMEL a dover effettuare il rimborso delle somme collocate sui conti a richiesta dei clienti, di fatto, tale obbligo grava sulle banche che hanno ricevuto in deposito tali somme. Gli Istituti bancari, a richiesta, dovranno prontamente restituirle all’intermediario depositante. Traslando l’obbligo di rimborso su quegli Istituti bancari presso i quali le somme ricevute devono essere depositate ai sensi dell’art. 9, § 2, lett. a PSD, sugli Istituti grava esclusivamente l’obbligo di custodia.

Mediante tale trasferimento le somme dei clienti degli intermediari finanziari vengono avviate al circuito creditizio e acquisiscono la caratteristica di fondi rimborsabili¹⁴². La norma permette alle banche di effettuare una raccolta indiretta, che al pari di qualsiasi altra forma di deposito a vista potrà essere reinvestita.

¹⁴⁰ Per un’analisi del contratto di deposito *ex plurimis* cfr. BAUSILIO, *I contratti bancari*, cit., 37 s.; LIACE, *I contratti bancari*, Padova, 2002, 9 s.; PERASSI, *Il deposito*, cit., 561 ss.

¹⁴¹ La norma è recepita nelle al Capitolo IV, Sezione II, § 3, Disposizioni di Banca d’Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di moneta elettronica.

¹⁴² SANTORO, *Art. 114 duodecies. Conti di pagamento e forme di tutela*, in MANCINI, RISPOLI FARINA, SANTORO, SCIARRONE ALIBRANDI, TROIANO O. (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011, 471 s.; SANTORO, *I servizi di pagamento*, cit., 8: in relazione ai soli IP l’A. osserva che «fatta salva la riserva di liquidità necessaria a far fronte alle richieste di utilizzazione da parte dei clienti degli istituti di pagamento, la banca potrà adoperare anche tale raccolta per finanziare i prenditori netti di credito: imprese, famiglie e pubbliche amministrazioni.»

Per evitare che il divieto di raccolta dei depositi tra il pubblico venisse disatteso, il legislatore comunitario ha gravato le somme collocate sui conti di pagamento di un vero e proprio vincolo di destinazione: il denaro deve essere utilizzato «*esclusivamente per la prestazione dei servizi di pagamento*». Si è così inteso rafforzare il divieto per gli Istituti di disporre delle somme ricevute, se non per eseguire pagamenti a richiesta del cliente. Il vincolo grava sui soli intermediari non già sugli Istituti di credito depositari delle somme, i quali in forza del contratto di deposito ne acquisiranno la piena disponibilità.

In ragione di tale vincolo di destinazione gli IP e gli IMEL possono utilizzare le somme dei propri clienti, trasferite presso le banche depositarie, al verificarsi di due eventi: la ricezione di un ordine da parte del cliente e la constatazione che esso sia volto all'esecuzione di un pagamento.

Al fine di escludere qualsivoglia riconducibilità al contratto di deposito si richiama, inoltre, l'art. 11, comma 2 *ter* Tub ai sensi del quale non costituisce raccolta del risparmio la ricezione dei fondi da inserire nei conti di pagamento utilizzabili per la prestazione dei servizi di pagamento.

Pertanto, i fondi ricevuti possono essere detenuti dagli intermediari solo in quanto destinati ad essere utilizzati per l'esecuzione di pagamenti, salvo i casi in cui siano destinati all'esecuzione di servizi diversi da quelli di pagamento ad opera degli istituti cosiddetti "ibridi".

4.5. Segue. La separazione patrimoniale.

Gli Istituti sono tenuti a garantire la separazione dei fondi ricevuti dalla clientela rispetto ai fondi propri dell'Istituto di pagamento o dell'Istituto di moneta elettronica. A ciò consegue l'impossibilità delle azioni dei creditori dell'Istituto sui fondi dei clienti. (art. 114 *duodecies*, comma 2, TUB).

La separazione rispetto al patrimonio dell'IP o IMEL evidenzia la destinazione esclusiva delle somme alla prestazione dei servizi di pagamento e, al contempo, dimostra che la ricezione dei fondi non si traduce in una loro acquisizione.

Il predetto obbligo di separazione è stato oggetto di un'evoluzione normativa, la quale comunque non ha mutato il livello di tutela a favore dei clienti.

L'art. 33, d.lgs. 11/2010, che recepiva la PSD imponeva un regime di doppia separazione patrimoniale, il quale avrebbe dovuto garantire la separazione dei fondi collocati sul conto rispetto al patrimonio dell'intermediario e rispetto alle somme di ciascun altro cliente. Il comma 2, dell'art. 33 affermava, infatti, che le somme di denaro del singolo cliente dovessero essere considerate «*patrimonio distinto*» da quello dell'intermediario e dal patrimonio di ogni altro utente, al fine di sottrarre il cliente dalle azioni esecutive dei creditori del prestatore di servizi e degli altri clienti.

La norma è stata modificata dal comma 6, art. 44, d.lgs. 230/2011, di recepimento della EMD2, che ha eliminato qualsivoglia riferimento alla separazione operante tra i fondi dei singoli utenti, lasciando operare solo l'onere di tenere distinti i patrimoni degli utenti da quello degli Istituti.

La modifica recepisce la difficoltà di adottare un regime di separazione che permettesse un'effettiva individuazione delle somme ricevute da ciascun utente, dalla quale derivava una tutela per il cliente solo formalmente superiore a quella attualmente apprestata.

In caso di cessazione del rapporto contrattuale, il diritto del cliente alla restituzione dei fondi collocati sul conto di pagamento deve, infatti, essere fatto valere nei confronti dell'operatore, rimanendone estranei gli altri utenti. A tutela di tale diritto è posto il comma 1, art. 114 *duodecies* Tub, che impone ai prestatori di servizi di pagamento la registrazione al passivo delle somme poste da ciascun cliente sul conto di pagamento.

Rimane tuttavia ancora un retaggio del precedente onere di doppia separazione nella richiesta di tenere le evidenze contabili relative ai conti di pagamento aperti presso l'intermediario. Gli IP e gli IMEL sono tenuti ad istituire e conservare «*apposite evidenze contabili*» distinte per ogni cliente e consentire la ricostruzione di ogni singola operazione di pagamento a questi

riferibile. Poiché ogni operazione di pagamento deve essere considerata nella sua individualità, la tenuta dei conti deve essere costantemente aggiornata affinché sia possibile «ricostruire in qualsiasi momento con certezza la posizione di ciascun cliente»¹⁴³.

La norma comunitaria sancisce inoltre l'obbligo degli IP di depositare i fondi dei clienti, eccedenti l'ammontare strettamente necessario a dare adempimento agli ordini di pagamento impartiti dal titolare del conto, presso una «banca autorizzata ad operare in Italia », oppure in alternativa investirli «in titoli di debito qualificati,¹⁴⁴ depositati presso depositari abilitati»¹⁴⁵. Anche questi enti depositari¹⁴⁶, sia dei fondi liquidi che di quelli investiti, sono chiamati a tenere le evidenze contabili, affinché i dati del depositante siano conciliabili con quelli del depositario.¹⁴⁷ Sarà quindi necessario che i depositari tengano un conto riferibile a ciascun IP depositante, il quale dovrà essere al suo interno ripartito in sottoconti intestati ai clienti dell'IP.

Le disposizioni di cui si è fatto cenno non saranno applicate per somme inferiori a 100 euro per utente, che, in assenza di differente disposizione normativa, potranno legittimamente rimanere presso gli IP, pur dovendo essere impiegate esclusivamente per eseguire le prestazioni di servizi di pagamento in favore o per conto dell'utente. Sembra ragionevole ritenere che tale vincolo di destinazione non impedisca agli Istituti di acquisire la proprietà di tali somme e disporne sino a quando non siano effettivamente utilizzate.

¹⁴³ Capitolo IV, Sezione II, §2, comma 3, Disposizioni di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di moneta elettronica.

¹⁴⁴ Le Disposizioni di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di moneta elettronica limitano la possibilità degli IP di investire i fondi dei clienti in soli titoli di debito "qualificati", identificati in titoli per i quali «è prevista una ponderazione pari o inferiore all'1,6%» aventi una vita residua non superiore a ventiquattro mesi (Capitolo I, Sezione II, Disposizioni di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di moneta elettronica).

¹⁴⁵ Capitolo IV, Sezione II, §3, comma 1, Disposizioni di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di moneta elettronica.

¹⁴⁶ Possono essere depositari dei fondi «le banche centrali, le banche italiane ed estere; le SIM e le imprese di investimento comunitarie che possono detenere strumenti finanziari e disponibilità liquide della clientela; altri soggetti abilitati all'attività di custodia degli strumenti finanziari per conto terzi» secondo quanto disposto al Capitolo I, Sezione II, Disposizioni di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento.

¹⁴⁷ SANTORO, *Art. 114 duodecies*, cit., 475.

Sono altresì esenti dall'applicazione delle norme a tutela dei fondi dei clienti le somme utilizzabili per servizi diversi dalle operazioni di pagamento. Detta previsione può trovare applicazione nei confronti dei soli IP e IMEL "ibridi", ai quali è concessa la facoltà di gestire anche denaro che non risulti destinato ai servizi di pagamento, bensì relativo all'attività commerciale esercitata. E' onere dell'operatore individuare la percentuale dei fondi collocati sul conto di pagamento che «si presume utilizzata per i servizi di pagamento» e darne periodica comunicazione alla Banca d'Italia, la quale potrà a sua volta procedere alla verifica della congruità della stima effettuata.

La norma mira a facilitare l'attività di quegli operatori per i quali la prestazione dei servizi di pagamento non è attività esclusiva, ponendo tuttavia numerosi dubbi in merito alle modalità di tenuta dei fondi.

Se, infatti, una percentuale dei fondi ricevuti dai prestatori si servizi di pagamento, sebbene collocata su un conto di pagamento, non è sottoposta né al vincolo di destinazione di cui sopra né alla separazione patrimoniale, si realizza una forma, seppur modesta, di raccolta del risparmio tra il pubblico, implicitamente autorizzata dall'esenzione.

Detti fondi non devono essere tenuti distinti dal patrimonio dell'intermediario, il quale ne acquisirà legittimamente la disponibilità, salvo l'obbligo di rimborso a richiesta del cliente.

Volendo attenersi alla nozione di raccolta del risparmio presente nel testo unico bancario, la quale comprende tutte le operazioni mediante cui la banca acquista la disponibilità di mezzi monetari assumendosi l'obbligo di restituire una quantità di moneta almeno pari a quella ricevuta¹⁴⁸, le somme non sottoposte alla separazione patrimoniale di cui all'art. 114 *duodecies* costituiscono fondi rimborsabili. Non osta a tale affermazione neppure la definizione di cui all'art. 11, comma 2 *ter*, Tub secondo cui non costituisce

¹⁴⁸ Peraltro la ricezione dei fondi è rivolta ad una cerchia di persone potenzialmente vasta, con forme di contrattazione impersonali e standardizzate. Cfr. CALANDRA BUONAURA, *L'attività bancaria*, in CALANDRA BUONAURA, PERASSI, SILVETTI (a cura di), *La banca: l'impresa e i contratti*, Padova, Cedam, 2001, VI, 38 s.; ARTALE, CRISCUOLO, PANICO, *Le attività, i soggetti, i collaboratori esterni*, cit., 308 ss.; PARRELLA, *Art. 11. Raccolta del risparmio. Commento.*, in PORZIO (a cura di), *Testo unico bancario. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2010, 117 ss.

raccolta del risparmio tra il pubblico la ricezione di quei fondi utilizzati «esclusivamente» per la prestazione dei servizi di pagamento, poiché le somme in oggetto non sarebbero destinate all'esecuzione di servizi di pagamento.

Di fatto viene lasciata aperta la possibilità agli IP ed agli IMEL di svolgere la raccolta del risparmio tra il pubblico e di concedere crediti per conto proprio, sebbene quest'ultima attività sia condizionata all'esecuzione di prestazioni di pagamento.

4.6. Segue. I finanziamenti erogabili.

Si è in precedenza affermato che la formazione della provvista presente sul conto può derivare sia dal collocamento di fondi da parte dell'utente che dai finanziamenti erogati da parte dell'Istituto.

Tali finanziamenti sebbene apparentemente simili a quelli derivanti dall'apertura di credito risultano da essa profondamente differenti, in ragione dei numerosi vincoli posti dal legislatore comunitario per la loro erogazione.

4.6.1. Differenze rispetto all'apertura di credito.

Il conto può essere alimentato anche con le somme messe a disposizione dall'Istituto (artt.114 *quater*, comma 3, lett. a e 114 *octies*, comma 1, lett. a Tub). In presenza del citato divieto di effettuare la raccolta dei depositi tra il pubblico, gli Istituti, non potendo disporre dei fondi presenti sui conti dei clienti, potranno erogare il credito solo attingendo al proprio patrimonio personale. Il finanziamento non può dunque essere concesso attingendo alle somme collocate sui conti di pagamento dagli utenti. Né potrebbe essere altrimenti in considerazione dell'impossibilità dell'intermediario di acquistare la proprietà delle somme ricevute dagli utenti.

Il credito può essere concesso solo se appaia in «*stretta relazione ai servizi di pagamento prestati*», con l'effetto di permettere all'intermediario, IP o IMEL, di tenere a disposizione del cliente una somma di denaro per un dato periodo di tempo autorizzandone l'utilizzo solo al fine di realizzare un pagamento.

La struttura del finanziamento erogabile assume connotati parzialmente simili a quelli propri del contratto di apertura di credito e dell'apertura di credito regolabile in conto corrente¹⁴⁹.

Sebbene, infatti, non espressamente statuito, deve ritenersi che con la stipula di un contratto di conto di pagamento sia possibile richiedere la messa a disposizione di una somma di denaro da utilizzare per l'esecuzione dei pagamenti. Qualora volesse rifiutarsi tale interpretazione e si preferisse considerare il credito erogabile solo in presenza di espressa richiesta dell'utente avviabile in assenza di disponibilità sul conto, dovrebbe accettarsi un eventuale rallentamento delle operazioni di pagamento in assenza di provvista. Il finanziamento verrebbe a perdere quell'immediatezza che il legislatore comunitario sembra avergli voluto donare per una più agevole gestione dei pagamenti anche in temporanea assenza di provvista.

Tuttavia, il finanziamento erogabile da parte degli intermediari non coincide con un'apertura di credito regolata in conto corrente.

Sebbene anche tale credito consente al cliente di utilizzare la somma messa a disposizione al momento in cui se ne verificherà l'esigenza e di avvalersene mediante uno o più atti di disposizione, l'uso delle somme e il rimborso delle stesse è sottoposto a chiari vincoli normativamente statuiti.

In quanto attività accessoria, risulta condizionata alla necessità di dare adempimento ad un pagamento. Pertanto, l'utente non ha diritto di pretendere tale prestazione se non al fine di eseguire un pagamento, essendo il credito condizionato esclusivamente a tale scopo, che rappresenta una condizione sospensiva della disponibilità¹⁵⁰.

¹⁴⁹ La distinzione tra i due contratti è desumibile dalla lettura dell'art. 1843 c.c.: «l'apertura di credito può essere circoscritta ad uno o più prelevamenti (apertura di credito semplice), ed il cliente ha allora diritto di utilizzare il credito una volta sola, o inserirsi invece nel circuito delle operazioni di prelievo e ripristino totale o parziale della disponibilità, che si attua tecnicamente con la procedura del conto corrente (apertura di credito in conto corrente)». Quest'ultimo è il tipo di apertura di credito maggiormente praticato. SILVETTI, *L'apertura di credito*, cit., 532.

¹⁵⁰ Nell'apertura di credito la disponibilità ha un valore in sé e per sé a prescindere dall'effettiva utilizzazione. Colui che gode dell'apertura di credito ha diritto in qualunque momento di pretendere dalla banca la prestazione, in quanto titolare di un diritto liquido ed esigibile. Cfr. Cass. 30 marzo 1967, n. 690, in *Giust. civ.*, 1967, 869; LIACE, *I contratti bancari*, cit., 67 s.; BAUSILIO, *I*

Nell'apertura di credito più che godere di una determinata somma di denaro si permette all'utente di godere della sua "disponibilità" e ogni singolo atto di utilizzazione è dotato di una propria autonomia, seppur in presenza di un collegamento economico con l'apertura di credito¹⁵¹. Al contrario nei finanziamenti erogabili da IP e IMEL gli atti di utilizzazione delle somme concesse non sono operazioni autonome, né mere modalità di esecuzione del contratto, bensì ragione economica, indi causa che legittima l'operatore a concedere il credito all'utente.

L'accessorietà del credito rispetto alla prestazione di servizi di pagamento distingue con chiarezza i due contratti di credito, donando al finanziamento erogabile da IP ed IMEL totale autonomia rispetto all'apertura di credito.

In suffragio di quanto poc'anzi sostenuto si osservi che il rimborso delle somme utilizzate deve avvenire in tempi particolarmente ristretti: l'ammontare utilizzato dovrà essere restituito entro dodici mesi, fatta eccezione per quelli concessi in relazione ai pagamenti effettuati con carta di credito¹⁵², per i quali alcun termine è normativamente stabilito.

Dunque, anche in relazione al credito che accede ai contratti di conto di pagamento, il legislatore comunitario ha scelto di delineare una fattispecie contrattuale che non trova riscontro nel nostro ordinamento¹⁵³.

contratti bancari, cit., 62; TETI, BUSINELLI, *Dell'apertura di credito bancario*, cit., 3. SILVETTI, *L'apertura di credito*, cit., 530 s.

¹⁵¹ FERRI, voce *Apertura di credito*, cit., 596 ss.; CECCHERINI, GENGHINI, FANELLI, *I contratti bancari nel codice civile*, cit., 400 s.; *Contra*: MESSINEO, *Contenuto e caratteri giuridici dell'apertura di credito*, cit., 121 ss.; SILVETTI, *L'apertura di credito*, cit., 530 s.; MOLLE, *I contratti bancari*, cit., 205 ss.; PERASSI, *L'apertura di credito: profili generali*, in PORTALE, *Le operazioni bancarie in conto corrente*, Milano, Giuffrè, 1978, II, 507 ss.

¹⁵² Capitolo IV, Sezione I, §3, Disposizioni di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di Moneta Elettronica.

¹⁵³ La scelta di prendere in considerazione il contratto di apertura di credito discende infatti dalla similarità delle due fattispecie contrattuali. Più netta appare la distinzione con altri contratti di finanziamento quali l'anticipazione bancaria o il credito c.d. di firma: l'anticipazione deve essere accompagnata da una garanzia reale, che rappresenta un elemento causale del contratto; il credito di firma non rappresenta un finanziamento, ma un'assunzione di garanzia a favore dei terzi da parte della banca. Le evidenti differenze rispetto alla fattispecie regolata dal legislatore comunitario hanno indotto ad effettuare un parallelismo con il contratto presente nel nostro ordinamento ad essa più prossimo e ad escludere l'assimilabilità ad altri contratti di credito per struttura e funzione nettamente dissimili.

4.6.2. Vincoli alla concessione di finanziamenti.

L'erogazione di finanziamenti agli utenti è sottoposta a plurime limitazioni. Come in precedenza osservato, deve trattarsi di finanziamenti accessori rispetto ai servizi di pagamento prestati: in mancanza di tale presupposto, ossia la sottoscrizione di un contratto attraverso il quale il cliente sceglie di affidare all'IMEL anche la gestione dei servizi di pagamento, il finanziamento non può considerarsi legittimamente erogato. Tale credito è infatti semplicemente uno strumento per creare disponibilità sul conto del cliente, altrimenti impossibilitato a dare adempimento ad un pagamento.

Come in precedenza osservato, il finanziamento potrà essere erogato solo facendo ricorso al proprio patrimonio.

Se detti vincoli sono comuni a tutti i prestatori di servizi di pagamento non bancari, deve osservarsi che per gli IMEL il legislatore ha adottato un regime ancor più stringente.

Sussiste, infatti, l'espreso divieto per gli Istituti di Moneta Elettronica di prestare servizi di pagamento connessi all'emissione di moneta elettronica. Il finanziamento deve essere erogato soltanto in relazione alla prestazione di servizi di pagamento non connessi all'emissione di moneta elettronica¹⁵⁴.

Per comprendere la *ratio* del suddetto limite nell'erogazione di finanziamenti, è necessario innanzitutto interpretare il divieto di prestare servizi di pagamento connessi all'erogazione della moneta elettronica, nonché la nozione di "connessione" tra le attività.

Secondo un'interpretazione letterale del dato normativo, dovrebbe considerarsi l'attività di emissione della moneta elettronica disgiunta dalla prestazione dei servizi di pagamento per ciascun utente. Ci si dovrebbe domandare se, a fronte dell'emissione di moneta elettronica, il cliente possa chiedere che la moneta emessa venga utilizzata per la prestazione di un qualsivoglia servizio di pagamento. Qualora si ritenesse che, data una somma di moneta elettronica il cliente non avrebbe la possibilità di utilizzarla per

¹⁵⁴ Capitolo IV, Sezione I, §1, Disposizioni di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di Moneta Elettronica.

l'esecuzione di un ordine di pagamento a favore di un terzo, verrebbe meno qualunque interesse all'uso della moneta elettronica quale strumento di pagamento.

Volendo far leva su una diversa interpretazione della norma, può porsi l'accento sull'interesse del legislatore a "monitorare" entrambe le attività per evitare eventuali elusioni, nella specie l'esercizio di fatto dell'attività bancaria. E' possibile ritenere che la connessione tra l'emissione di moneta elettronica e la prestazione di servizi di pagamento debba intendersi evitata mediante la tenuta di diversi conti, relativi rispettivamente l'uno alla moneta elettronica emessa e l'altro ai fondi destinati all'esecuzione dei servizi di pagamento. A conferma di questa interpretazione potrebbe essere richiamata la norma che impone agli IMEL la tenuta di evidenze contabili separate qualora un medesimo cliente si avvalga di entrambe le prestazioni¹⁵⁵.

Ciò comporterebbe un notevole appesantimento procedurale per l'utilizzazione della moneta elettronica, che collocata presso un apposito conto al momento dell'emissione dovrebbe poi essere trasferita sul conto di pagamento utilizzabile per la gestione dei servizi di pagamento e successivamente utilizzata per l'esecuzione del pagamento verso il terzo.

I suesposti dubbi interpretativi troverebbero più agevole soluzione qualora fosse introdotta una chiara definizione normativa del conto presso il quale viene posta la moneta elettronica successivamente all'emissione. I legislatori, comunitario e nazionale, non hanno, infatti, mai definito la natura di detto conto né le modalità di tenuta e gestione dello stesso, come invece è avvenuto per i conti di pagamento.

Ritenendo il conto sul quale è collocata la moneta elettronica coincidente con il conto di pagamento, il cliente che scegliesse di avvalersi delle prestazioni dell'IMEL, sia in quanto emittente moneta elettronica sia in quanto prestatore di servizi di pagamento, avrebbe la facoltà di utilizzare un unico conto per la gestione di entrambi i servizi. Per rendere questa interpretazione plausibile

¹⁵⁵ Capitolo IV, Sezione II, §2, Disposizioni di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di Moneta Elettronica.

dovrebbe ritenersi che i servizi di pagamento non siano connessi all'emissione della moneta elettronica, bensì prestazioni autonome, sebbene eseguibili solo in presenza di una disponibilità costituita mediante la previa emissione di moneta elettronica.

5. La prestazione dei servizi di pagamento: IP, IMEL e Istituti bancari.

Il carattere estremamente generico della definizione di conto di pagamento fornita dal legislatore comunitario (art. 4, § 14, PSD) trova giustificazione nella sua applicabilità a tutti i prestatori di servizi di pagamento individuati dall'art. 1 PSD.

L'analisi del nuovo modello contrattuale, inserito all'interno della disciplina degli Istituti di pagamento, lascia presumere che le norme di vigilanza patrimoniale siano applicabili soltanto ad essi ed agli IMEL, in ragione dell'espresso rinvio alla PSD di cui all'art. 6 della EMD2.

Questa scelta non esclude in linea di principio l'utilizzabilità dei conti di pagamento anche da parte degli altri «prestatori di servizi di pagamento». Piuttosto, si ritiene di potere individuare nel conto di pagamento una corrispondenza rispettivamente con i contratti di conto corrente bancario e di conto corrente postale per quanto concerne l'attività degli istituti di credito e degli «uffici postali che hanno diritto di prestare servizi di pagamento a norma del diritto nazionale»¹⁵⁶.

Il conto corrente bancario e quello postale, disciplinati rispettivamente dal codice civile e dal d.p.r. 144/2001, successivamente modificato dal d.p.r. 298/2002, appaiono quali *species* appartenenti al *genus* individuato dalla direttiva comunitaria nel contratto di conto di pagamento. Le disposizioni emanate dalla Banca d'Italia in attuazione del decreto di recepimento della PSD affermano espressamente che «rientra nella nozione di conto di pagamento il conto corrente

¹⁵⁶ Art. 1, § 1, lett. c), PSD.

bancario o postale nei limiti in cui venga utilizzato per operazioni di pagamento»¹⁵⁷.

Ciò non sembra sufficiente a permettere una completa sovrapposizione dei modelli contrattuali, bensì a individuare nel conto di pagamento la struttura più semplice di gestione in conto dei servizi di pagamento, che quando arricchita di prestazioni ulteriori rispetto a quelle individuate dal legislatore comunitario comporta la nascita di altri contratti specifici.

Sebbene, dunque, in presenza di numerose differenze il conto corrente bancario e quello postale ineriscono alla macro-categoria di contratti gestione dei servizi di pagamento del quale il conto di pagamento rappresenta il contratto-tipo.

E' possibile ritenere che si tratti di forme contrattuali le cui prestazioni si differenziano rispetto a quelle deducibili nel conto di pagamento utilizzabile dagli IP e dagli IMEL in ragione delle differenti e più ampie prestazioni che le banche e gli uffici postali possono offrire alla clientela.

Il contratto di conto corrente bancario è, infatti, impiegato per l'erogazione del credito alla clientela, distinguendosi così dal conto corrente postale, il quale non potrà svolgere anche detta funzione in ragione del divieto per gli "uffici postali" di concedere credito al pubblico¹⁵⁸ e dal conto di pagamento, per cui l'erogazione di un finanziamento può essere solo accessoria ai servizi di pagamento.

L'introduzione della disciplina del conto di pagamento risponde all'esigenza di facilitare la prestazione di servizi di pagamento ed assicurare che i fondi ricevuti per l'esercizio di detta attività non vengano altrimenti utilizzati.

È uno strumento creato per operatori che svolgono in via esclusiva la prestazione dei servizi di pagamento. Sebbene sia prevista la possibilità anche per gli imprenditori commerciali di divenire prestatori di servizi di pagamento, essi saranno a tal fine chiamati a formare un patrimonio destinato da utilizzarsi per la prestazione di detti servizi. In tal caso il conto di pagamento è strumento

¹⁵⁷ Sezione I, Disposizioni di attuazione del Titolo II, decreto legislativo n. 11 del 27 gennaio 2010 relativo ai servizi di pagamento, di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento.

¹⁵⁸ Cfr. SANTORO, *I conti di pagamento degli Istituti di pagamento*, cit., 28.

utilizzabile solo in relazione ai servizi di pagamento, rimanendo estranei i restanti servizi commerciali prestati da un Istituti ibrido.

La prestazione dei servizi di pagamento e la gestione degli stessi sono oggetto esclusivo di tale contratto; ogni ulteriore prestazione non rientrante tra i servizi di pagamento, modificandone l'oggetto, implicherebbe la trasformazione in un contratto differente: è l'ipotesi del conto corrente bancario, il quale anche solo in considerazione della facoltà della banca di acquisire la disponibilità delle somme depositate, costituisce un tipo contrattuale differente¹⁵⁹.

Il conto di pagamento utilizzabile da IP e IMEL presenta quindi una differenza funzionale rispetto al conto corrente bancario o a quello postale dal quale emerge l'elemento distintivo che lo rende un modello contrattuale nuovo, non assimilabile ad altro disciplinato nell'ordinamento italiano.

Quanto detto non esclude la facoltà degli Istituti bancari di utilizzare il conto di pagamento nello schema contrattuale disegnato per gli Istituti di pagamento e di moneta elettronica, rientrando nella definizione di prestatore di servizi di pagamento. L'Istituto di credito può scegliere di limitare la prestazione ai servizi di pagamento elencati all'allegato "A" della PSD¹⁶⁰ e dare attuazione allo schema di separazione patrimoniale che caratterizza i conti di pagamento presso gli IP o IMEL. Pur trattandosi di soggetto abilitato ad effettuare la raccolta del risparmio tra il pubblico, in tale circostanza la banca rinuncia ad acquisire la disponibilità delle somme consegnate dal cliente titolare del conto di pagamento e ad optare per l'eventuale concessione del credito attingendo, non alle somme depositate dai clienti, bensì al proprio patrimonio. Tale contratto avrà infatti la

¹⁵⁹ Per una rapida considerazione sulle conseguenze relative alla facoltà degli istituti bancari di acquisire la disponibilità delle somme depositate dai clienti cfr. MECATTI, *Art. 114 sexies. Servizi di pagamento*, cit., 405.

¹⁶⁰ L'allegato A alla PSD elenca i servizi ricompresi nella definizione di servizi di pagamento: deposito sui conti di pagamento, gestione in conto dei servizi, prelievo di somme dal conto, esecuzione di ordini di pagamento (addebiti diretti, bonifici e pagamenti tramite carte di pagamento), operazioni di pagamento mediante somme che rientrano in una linea di credito accordata all'utilizzatore dei servizi, emissione e/o acquisizione di strumenti di pagamento, rimesse di denaro, operazioni di pagamento nelle quali il consenso dell'utente viene dato mediante sistemi di telecomunicazione o sistemi digitali.

sola funzione di gestire i servizi di pagamento richiesti dal cliente, essendogli estranea ogni altra funzione, di raccolta del risparmio o di credito.

In conclusione, nulla osta all'utilizzo dei conti di pagamento, secondo il modello contrattuale previsto per gli IP e gli IMEL, da parte dei soggetti abilitati alla prestazione dei servizi di pagamento, se gli stessi accettino di rinunciare ad alcune prerogative ad essi attribuite dal testo unico bancario.

Pertanto, il conto di pagamento sembra configurare un nuovo modello contrattuale messo a disposizione dei prestatori di servizi di pagamento, che non coincide con il conto corrente bancario ed il conto corrente postale, che di esso appaiono essere speciali emanazioni.

6. La prestazione di servizi di pagamento e l'attività bancaria.

In presenza di una evidente connessione con l'attività di raccolta dei depositi, la prestazione di servizi di pagamento storicamente è considerata attività bancaria. Il pagamento inteso quale addebito o accredito su un conto si riteneva presupporre il deposito dei fondi oggetto del servizio di pagamento: alcun pagamento sembrava poter essere eseguito senza l'accettazione di depositi¹⁶¹.

L'inscindibile legame tra depositi e pagamenti, induceva inoltre a qualificare la prestazione di servizi di pagamento quale attività propria delle sole banche, unici soggetti abilitati alla raccolta dei depositi.

Il legislatore comunitario ha ben presto rilevato che la prestazione di servizi di pagamento, intesa quale trasmissione degli ordini di addebito ed accredito, non ha alcun legame con la raccolta dei depositi e può dunque essere svolta anche da soggetti non bancari¹⁶². Muovendo da tale argomentazione la direttiva

¹⁶¹ MALAGUTI, *The Payments System in the European Union*, cit., 98; MAVROMATI, *The law of Payment Services in the EU*, cit., 159.

¹⁶² La dematerializzazione degli strumenti di pagamento ha certamente mutato la nozione stessa di pagamento. Il progresso tecnologico ha introdotto un nuovo concetto di pagamento, il quale si concreta nella semplice trasmissione di dati, costituenti ordini di pagamento, da un soggetto all'altro, o meglio da un conto all'altro. Accanto ad una nozione economica ed ad una giuridica, attualmente può ritenersi esistere anche quella "tecnologica" di pagamento, la quale ha trovato ampia valorizzazione in particolare nelle norme comunitarie che su essa hanno fatto leva per

89/646/EEC (*Second Banking Directive*) riconosce che il servizio di trasmissione della moneta, nonché l'emissione di strumenti di pagamento, non possano considerarsi attività esclusive degli Istituti di credito, bensì esercitabili anche da Istituti non bancari. Tali attività non parvero necessariamente connesse con la raccolta del risparmio e la concessione del credito ma da esse concettualmente autonome.

Con l'emanazione della direttiva EMD nel 2000, l'Unione Europea confermava che la prestazione di servizi di pagamento dovesse essere considerata attività disgiunta dall'attività bancaria, quando non strettamente legata alla raccolta dei depositi. Il legame con l'attività di raccolta dei risparmi appariva infatti meramente eventuale, espressione di uno dei modi possibili per realizzare la prestazione dei servizi di pagamento.

La PSD, prima, e la EMD2, poi, danno a tale principio concreta applicazione; la scissione tra raccolta del risparmio e pagamenti viene evidenziata nella disciplina degli IP e degli IMEL: per tali prestatori di servizi di pagamento la ricezione di fondi da parte dei clienti non costituisce deposito (art. 11, comma 2 *ter* Tub).

Affinché tale presupposto non rimanesse lettera morta, il legislatore comunitario ha imposto un regime di separazione patrimoniale delle somme consegnate dagli utenti e l'obbligo di erogare finanziamenti attingendo esclusivamente al proprio patrimonio.

La PSD sancisce dunque una chiara separazione tra attività bancaria e prestazione dei servizi di pagamento: la connessione tra le attività è puramente eventuale e si realizza soltanto qualora il prestatore di servizi di pagamento sia un Istituto bancario.

Né ciò sembra essere messo in discussione dalla presenza di deroghe all'obbligo di separazione dei patrimoni, poiché esse possono porsi al più quali deroghe al divieto per IP e IMEL di svolgere l'attività bancaria.

introdurre nuovi *provider* sul mercato dei servizi di pagamento e favorire la realizzazione di una *cashless society*. Cfr. MALAGUTI, *The Payments System in the European Union*, cit., 38 ss.

Parimenti, permettere agli IP ed IMEL “ibridi” di gestire denaro non destinato ai servizi di pagamento e per l’effetto acquisire legittimamente la disponibilità di somme di danaro, modeste, non implica un’inscindibile connessione della prestazione di pagamento con l’acquisizione della disponibilità delle somme.

Sebbene tale attività non sia necessariamente legata alla raccolta del risparmio e dunque all’attività bancaria, la PSD ne conferma la chiara connessione. Obbligando gli intermediari finanziari a trasferire le somme non utilizzate immediatamente per i pagamenti presso gli Istituti di credito, la norma conferma che in assenza di tale trasferimento si sarebbe dovuto ammettere anche per gli intermediari l’acquisto della disponibilità delle somme ricevute, ovvero autorizzare la raccolta del risparmio.

Lo stesso trasferimento dei fondi agli Istituti di credito, realizzato mediante un deposito presso i conti intestati agli IP o IMEL, dimostra che l’esecuzione del pagamento ha quale presupposto la raccolta del risparmio.

Sebbene, dunque, i servizi di pagamento possano essere svolti anche da soggetti non bancari, l’intero *iter* per la prestazione degli stessi coinvolge necessariamente gli istituti bancari, in ragione dell’evidente legame con la raccolta del risparmio. Considerando la prestazione di servizi di pagamento quale semplice trasmissione degli ordini di pagamento o accredito, appare evidente che tale attività possa considerarsi completamente indipendente da quella bancaria. Tuttavia, il pagamento viene perfezionato solo quando vengono eseguiti i servizi di compensazione e liquidazione (*clearing and settlement services*), realizzabili solo con il ricorso ad un Istituto bancario¹⁶³.

Non volendo in tale sede approfondire le modalità di regolamento dei rapporti intercorrenti tra intermediari e banche, si esclude da tali considerazioni l’attività di liquidazione dei rapporti tra gli IP e IMEL nei confronti di tutti gli

¹⁶³ MALAGUTI, *The Payments System in the European Union*, cit., 98: «it ought to be recognized that even when clearing is performed by non – financial institutions, final settlement must take place through a financial institution. Although policy makers do seem to recognize that settlement is conceptually distinct from clearing, they seem to base their wide definition of the payments service upon the functional link between clearing and final settlement, which would attract the former under the regulation of the latter».

altri Istituti bancari e gli intermediari finanziari. Ciò nonostante sembra necessario soffermarsi sul ruolo della compensazione e della liquidazione nella prestazione dei servizi di pagamento¹⁶⁴. Il riferimento è al servizio di compensazione e liquidazione necessario quando i pagamenti riguardino clienti appartenenti allo stesso Istituto o ad Istituti bancari e/o non bancari differenti. Il regolamento tra le reciproche obbligazioni coincide con il perfezionamento del pagamento.

Pertanto, sebbene la volontà di considerare la prestazione dei servizi di pagamento quale attività autonoma rispetto a quella bancaria permetta l'ingresso di nuovi *provider*, con l'effetto di incrementare la concorrenzialità del mercato dei servizi di pagamento, l'attività di tali intermediari è dipendente da quella delle banche. Il legame tra pagamenti e raccolta dei depositi e, per l'effetto, la connessione tra l'attività dei nuovi intermediari finanziari e quella degli Istituti di credito appare ineliminabile. Connessione che rende l'attività di IP e IMEL impossibile in assenza della dovuta collaborazione degli Istituti bancari.

¹⁶⁴ Si richiama una completa esposizione dei livelli di *clearing and settlement* in MANCINI M., *Procedure, regole, funzione della compensazione multilaterale dei recapiti monetari nei pagamenti transnazionali e in quelli interni*, in CARRIERO, SANTORO, *Il diritto del sistema dei pagamenti*, Milano, Giuffrè, 237 ss.: l'A. descrive tre livelli di compensazione e relativa liquidazione «il primo gradino di questa evoluzione è caratterizzato dall'aumento dei soggetti vicendevolmente obbligati, ciascuno legato da un rapporto di conto corrente con un banchiere, il quale, operando da incaricato comune, regola le reciproche obbligazioni degli stessi attraverso l'istituto del giroconto. Lo schema si complica poi quando ci si trova in presenza di due banche, ciascuna delle quali incaricata di curare il regolamento delle obbligazioni che i propri clienti hanno non solo tra di loro, ma anche nei confronti dei clienti dell'altra. In tal caso, le banche compensano le reciproche partite di credito e di debito della rispettiva clientela, avvalendosi dei conti correnti di corrispondenza fra di loro intercorrenti ed utilizzando per l'effettuazione dei pagamenti l'istituto del bancogiro. La situazione diviene ulteriormente complessa quando, a causa della contestuale presenza sul mercato di una pluralità di banche, presso ognuna delle quali si opera quotidianamente la sintesi dei rapporti di credito e di debito intercorrenti fra la propria clientela e quella delle altre istituzioni creditizie, ciascuna di esse deve provvedere giornalmente alla liquidazione dei propri obblighi e diritti nei confronti di tutte le altre, ad essa congiunte da reciproci conti correnti. Ed a questo punto del processo logico-evolutivo che si impone una semplificazione dello schema, rappresentata dalla creazione di un intermediario, la Stanza di compensazione (...)». Per un più ampio panorama del funzionamento delle attività di *clearing and settlement* nell'ordinamento italiano e del ruolo della Banca d'Italia nell'attività di compensazione e regolamento finale cfr. THE COMMITTEE ON PAYMENT AND SETTLEMENT SYSTEMS, *Payment, clearing and settlement systems in Italy*, Red Book, 2012, 20 ss.; PADOA SCHIOPPA, *La moneta elettronica e il sistema dei pagamenti*, Bologna, Il Mulino, 1992, 123 ss.

La prestazione di servizi di pagamento non è attività bancaria, anche se non sembra potersi considerare da essa completamente autonoma dal punto di vista giuridico.

CAPITOLO III

Gli strumenti di pagamento

SOMMARIO: 1. L'avvento della tecnologia tra gli strumenti di pagamento. – 2. Le “innovazioni” giuridiche. – 3. L'intervento della PSD e della EMD2. – 4. Le carte di pagamento. – 4.1. Carta di debito. – 4.1.1. La natura giuridica della carta di debito. – 4.1.2. Il prelievo di denaro dallo sportello automatico. – 4.1.3. I pagamenti. – 4.2. Carta di credito. – 4.2.1. I Pagamenti con carta di credito. – 4.3. Distinzioni ed analogie. – 5. Il borsellino elettronico. 5.1. La moneta elettronica come valore monetario. – 5.2. La moneta elettronica nella nozione della EMD2. – 5.3. Pagamento in moneta elettronica. – 6. Analogie e differenze tra borsellino elettronico e carte di pagamento. – 6.1. Configurabilità delle carte di debito come borsellini elettronici. – 6.1.1. Le carte di debito emettibili dagli IP. – 6.1.2. Emettibilità delle carte di debito da parte degli IMEL. – 6.2. Analogie tra il borsellino di moneta elettronica e le carte di credito. – 7. I borsellini elettronici in prospettiva evolutiva.

1. L'avvento della tecnologia tra gli strumenti di pagamento.

L'ordinamento si è progressivamente arricchito di mezzi di pagamento¹⁶⁵ che non realizzano trasferimenti materiali di denaro.

La moneta, in quanto *ideal unit*¹⁶⁶, può essere rappresentata con diversi strumenti; il pagamento con ciascuno strumento assumerà forme diverse ed alternative rispetto alla consegna di pezzi di moneta¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Sulla nozione di mezzo di pagamento cfr. BALDAN, *I servizi di pagamento*, cit., 247.

¹⁶⁶ ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, in SCIALOJA, BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1959, 131: nella ricostruzione del fenomeno monetario l'A. ritiene che la moneta costituisca un *ideal unit* ovvero il referente astratto da qualunque valore materiale. In mancanza di un referente del mondo fisico, tale *ideal unit* costituisce il metro di misura delle obbligazioni pecuniarie. I singoli pezzi monetari, rappresentativi di una unità ideale creati, sono strumento materiale di adempimento delle obbligazioni pecuniarie. Cfr. FARENGA, *La moneta bancaria*, cit., 22.

¹⁶⁷ Il sistema si è arricchito di mezzi che non realizzano trasferimenti materiali di denaro, sempre più “pubblicizzati” in ragione di un interesse pubblico, la “tracciabilità” dei pagamenti, finalizzato all'abbattimento dell'evasione fiscale. Al fine di contribuire ad una progressiva digitalizzazione dei pagamenti, il Decreto Crescita *bis*, d.l. 179/2012, ha imposto l'esecuzione di pagamenti elettronici per la PA (modificando l'art. 5 del Codice dell'Amministrazione digitale) e l'obbligo, a

Negli ultimi anni la tecnologia ha introdotto nel mercato dei servizi di pagamento una considerevole varietà di nuovi strumenti per effettuare i pagamenti, modificando le prestazioni di tali servizi, sempre più digitalizzati.

L'inarrestabile progresso tecnologico, congiuntamente con la diffusione della cultura digitale hanno, tuttavia, indotto gli operatori a sperimentare nuovi strumenti di pagamento ed a innovare i servizi già esistenti¹⁶⁸. Le novità presenti sul mercato dei pagamenti muovono, infatti, da strumenti già diffusi quali computer, telefoni cellulari e carte di pagamento. Il ricorso a canali telematici, radiofonici o telefonici già presenti, ha l'obiettivo di coniugare costi contenuti e facilità di accesso ed utilizzazione.

Le innovazioni sono il risultato dell'integrazione tra nuove tecnologie: internet, software *web-based*, comunicazioni *wireless*, computer, analisi dei dati la cui combinazione ha permesso di apportare novità rilevanti negli strumenti di pagamento.

La diffusione delle innovazioni tecnologiche non è stata capillare come si attendeva: alcuni Paesi si sono mostrati maggiormente propensi all'implementazione dei nuovi strumenti, rimasti altrove sconosciuti al pubblico.

In molti altri Stati, invece, i cittadini, pur riconoscendo i vantaggi insiti nei nuovi strumenti di pagamento, non ne hanno mai fatto utilizzo, in quanto non accettati in modo diffuso dai negozianti¹⁶⁹. Questi dal canto loro non si sono

partire dal 1 giugno 2014, per coloro che offrono in vendita beni e servizi, anche professionali, di accettare pagamenti effettuati con carte di debito. CONSIGLIO NAZIONALE DELL'ECONOMIA E DEL LAVORO, *La moneta elettronica. Osservazioni e Proposte*, 23 gennaio 2014, 11; ONZA, *Introduzione: i mezzi di pagamento e la liberazione del debitore*, in SALAMONE, SPADA (a cura di), *Commentario breve al diritto delle cambiali, degli assegni e di altri strumenti di pagamento*, Padova, Cedam, 2014, 878.

¹⁶⁸ «Innovation will result from the integration of these new technologies and will transform the payment and shopping experience in ways that promise to bring enormous benefits to consumers and Technological developments involving the Internet, web-based software, wireless communication, computers, and data analytics are coming together in ways that promise to transform how consumers and merchants transact with each other.» EVANS, SCHMALENSEE, *Innovation in payments*, in *Market Platform Dynamics*, settembre, 2008, available on ssrn.com, 26.

¹⁶⁹ Il mercato dei pagamenti effettuati con carta è oggetto di una complessa ricostruzione concettuale in termini economici. La categoria alla quale si suole ricondurre il mercato delle carte di pagamento è quella dei *two-sided markets*, secondo cui il valore per un utente è funzione positiva del numero degli altri attori presenti. In tale mercato sono presenti due o più insiemi di utenti dei servizi dell'impresa o acquirenti dei suoi prodotti per il medesimo mercato i quali hanno

mostrati pienamente disponibili a sostenere i costi necessari per seguire l'incessante evoluzione tecnologica degli strumenti di pagamento¹⁷⁰. Solo nei Paesi in cui i negozianti hanno scelto di rinnovare i propri strumenti di ricezione dei pagamenti si è osservato un reale successo delle innovazioni, rimaste altrimenti inutilizzate¹⁷¹.

Il mercato dei nuovi strumenti di pagamento, siano essi *ewallet* o *contactless cards*¹⁷², richiede, infatti, un rapporto trilaterale «tra l'emittente ed

bisogno gli uni degli altri perché una certa transazione venga ad esistenza. Servono, infatti, da un lato i titolari delle carte dall'altro i commercianti che accettano di ricevere il pagamento mediante esse. Il valore ottenuto dal primo tipo di utenti aumenta in proporzione al numero degli utenti del secondo tipo. In tale circostanza è possibile che un insieme di clienti, nel caso di specie i consumatori, siano disposti ad utilizzare nuovi strumenti soltanto quando vi abbia già acconsentito un consistente numero di clienti dell'altro insieme. PARDOLESI, *La concorrenza nell'industria delle carte di credito. Riflessioni preliminari.*, in SANTORO (a cura di), *Il diritto dei sistemi di pagamento*, Milano, Giuffrè, 2007, 157 ss.; LIBERTINI, *Brevi note su concorrenza e servizi di pagamento*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2011, 2, 188 ss.; BANCA CENTRALE EUROPEA, *Towards an integrated European card payments market*, in *Monthly Bulletin*, available on www.ecb.europa.eu, gennaio 2012, 81 s.; CARBÓ VALVERDE, LINARES ZEGARRA, *How effective are rewards programs in promoting payment card usage? Empirical evidence*, working paper series n. 4, dicembre 2009, available on www.ecb.europa.eu, 20 ss.; BOLT, FOOTE, SHMIEDEL, *Consumer credit and payment cards*, working paper series n. 387, ottobre 2011, available on www.ecb.europa.eu, 3 ss.; EPSTEIN, BROWN, *The war on plastic*, Regulation, 29, n. 3 2006, available on www.ssrn.com, 12 ss.; BANCA CENTRALE EUROPEA, *Card payments in Europe – a renewed focus on SEPA for cards*, available on www.ecb.europa.eu, aprile 2014, 20 s.

¹⁷⁰ EVANS, SCHMALENSSEE, *Innovation in payments*, cit., 26; CROWE, RYSMAN, STAVINS, *Mobile payments in the United States at retail point of Sale: current market and future prospects*, discussion papers of Federal Reserve Bank of Boston, 2010, 10 ss.; SAHUT, *The adoption and diffusion of electronic wallets*, in *International Journal of Human and Social Sciences*, 2009, 225.

¹⁷¹ «Tra le cause del ritardo viene generalmente ricordata dal lato della domanda, la polverizzazione della distribuzione commerciale, per effetto della quale i volumi di transazioni che ogni esercizio è in grado di intercettare sono minori, quindi insufficienti a conseguire i livelli di operatività minimi per rendere conveniente l'installazione delle attrezzature necessarie alle carte.» PADOA SCHIOPPA, *Le carte di pagamento*, in *Bancaria*, 1995, 9, 6. Tale punto di vista, sebbene relativo alle difficoltà di diffusione delle carte di pagamento nella seconda metà degli anni Novanta, sembra potersi trasporre ai giorni nostri in relazione ai nuovi strumenti di pagamento.

¹⁷² Le *contactless card*, ovvero le “carte senza contatto”, sono l'evoluzione delle carte di pagamento basate su chip o bande magnetiche, per il cui utilizzo è necessario un diretto contatto con il lettore (le carte vengono di norma inserite o “strisciate” nel *reader*). Le *contactless cards* sono *smart cards* dotate di microchip in grado di memorizzare e processare dati che comunicano con il mondo esterno tramite onde radio. Non necessitano, infatti, di essere inserite nel lettore per interagire con esso (la distanza di interazione non può essere inferiore a 10 cm). Il sistema di *Radio Frequency Identification* (RFID) comprende tre componenti: un *tag*, un *reader* ed un *data-processor*. Il *tag* stesso incorpora un microprocessore ed un antenna, che consente di inviare le informazioni al lettore. Ne è un esempio il sistema NFC, il quale permette a due dispositivi alimentati autonomamente di comunicare su brevi distanze. Il *chip* dell'NFC può essere caricato sul telefono cellulare che sfruttando l'antenna di cui è dotato può comunicare con il lettore. I RFID *tags* passivi sfruttano un principio di elettromagnetismo che permette la condensazione di energia

entrambe le parti di una transazione», ovvero il portatore dello strumento di pagamento e l'esercizio commerciale convenzionato¹⁷³. Ne consegue la necessità di una cooperazione maggiore rispetto a quella richiesta da strumenti tradizionali come il contante o l'assegno, poiché l'utilità del cliente dipende innanzitutto dalla possibilità di utilizzare la carta presso un ampio numero di esercizi commerciali.

elettrica mediante onde radio. Sono, infatti dotate di un piccolo condensatore, che utilizzando le onde radio emesse dal lettore, accumula energia e la rilascia affinché l'antenna possa emettere il segnale. L'utilizzo dei sistemi di *contactless* incide esclusivamente sulle modalità con le quali i pagamenti vengono trasmessi non comportando alcun mutamento sulla forma giuridica delle carte pagamento (carte di credito, carte di debito o prepagate). Il pagamento in *contactless* ha avuto scarso successo per lo Stato che maggiormente utilizza le carte di pagamento, gli USA. Il consumatore utilizza il nuovo strumento di pagamento solo se è sicuro che sia generalmente accettato dai negozianti o dalle imprese. Queste ultime dal canto loro non sono state disposte a sostenere i costi connessi alla ricezione di pagamento mediante NFC: le imprese non hanno affrontato la spesa di cambiare i lettori utilizzati sino a quel momento, per aggiornarli all'innovazione tecnologica. Una ricerca del 2008 ha mostrato che l'83% dei consumatori americani non aveva ancora iniziato ad utilizzare i pagamenti in *contactless* e solo l'1% dei negozi si era dotato dei POS di lettura dei chip con i pagamenti a distanza. CROWE, RYSMAN, STAVINS, *Mobile payments in the United States at retail point of Sale*, cit., 6 s.; EVANS, SCHMALENSEE, *Innovation in payments*, cit., 26. Nel 2005 *MasterCard International* e *Visa International* hanno siglato un accordo per utilizzare un protocollo di comunicazioni radio comune (ISO-14443 A/B) basato sulla tecnologia RFID, successivamente utilizzato anche da *American Express* ed in parte dalla *Japan Credit Bureau* (JCB). L'adozione di tale standard ha abbassato i costi dei prodotti per le banche e la possibilità di un terminale di accettare una vasta gamma di schede ne ha facilitato la diffusione. POLASIK, WISNIEWSKY, LIGHTFOOT, *Modeling Customers' Intentions to Use Contactless Cards*, working paper series, 2011, available on ssrn.com, 10 ss.,.

¹⁷³ PADOA SCHIOPPA T., *Le carte di pagamento*, cit., 4. Sebbene il funzionamento della carta crei un rapporto trilaterale in ragione dei soggetti coinvolti, il rapporto sottostante può avere due differenti configurazioni: « The so-called four-party model (“four-party card scheme”) is the model used by the vast majority of card schemes in Europe. In a classical four-party card scheme, the issuer has a contractual relationship with the cardholder and the acquirer has a contractual relationship with the card payment acceptor. This is the fundamental difference to card schemes based on a so-called three-party model (“three-party card schemes”), in which the governance authority acts as issuer and acquirer and has a direct contractual relationship with both the cardholder and the card payment acceptor. In one variant of the three-party model, it (also) allows other payment service providers to obtain an issuing and/or acquiring licence (so-called “three-party card schemes with licensees”). [...] Three-party card schemes operating in the EU include, for example, American Express and Diners Club International, as well as some national credit card schemes, while four-party schemes include, for example, Visa Europe, MasterCard and the vast majority of national card schemes, such as Cartes Bancaires, Girocard, and Bancomat/PagoBancomat. It should be noted that the three-party card schemes are primarily credit card schemes, while the four-party card payment schemes are both debit and credit card schemes» BANCA CENTRALE EUROPEA, *Card payments in Europe – a renewed focus on SEPA for cards*, cit., 19.

In tale situazione diviene cruciale «la capillarità e la funzionalità della rete di “punti di contatto” con la clientela venditrice»¹⁷⁴.

2. Le “innovazioni” giuridiche.

Secondo il *Red Book of Statistics*¹⁷⁵ l’uso di strumenti di pagamento tradizionali (bonifici, addebiti diretti, carte di debito o di credito) è ancora dominante nel sistema dei pagamenti al dettaglio. Il contante continua ad essere ancora il mezzo di pagamento maggiormente diffuso, sebbene nell’ultimo decennio si è assistito ad una netta diffusione delle carte di debito e delle carte di credito, anche per transazioni di valore esiguo, grazie alle quali l’utilizzo del contante si è notevolmente ridotto e con esso i costi ad esso connessi.

I bonifici sono, attualmente, usati per pagamenti spontanei via internet, per i pagamenti predisposti a distanza e per quelli *person to person* (P2P). Gli addebiti diretti sono utilizzati prevalentemente per pagamenti predisposti anticipatamente. Tra le carte di pagamento, maggiore diffusione hanno avuto le carte di credito in ragione della loro utilizzabilità anche per i pagamenti via internet, rimanendo le carte di debito utilizzate in prevalenza per i pagamenti in prossimità. Contestualmente si è assistito ad una forte flessione nell’utilizzo degli assegni, principalmente destinati ai pagamenti P2P¹⁷⁶.

Tale analisi non comprende la moneta elettronica. Quest’ultima è, infatti, attualmente identificata con un valore caricato su una carta di pagamento o su un

¹⁷⁴ PADOA SCHIOPPA T., *Le carte di pagamento*, cit., 4. TRIFILIDIS, *Carte di pagamento e tutela della concorrenza Funzione ed effetti della «commissione interbancaria multilaterale – MIF»*, in *Mercato concorrenza e regole*, 3, 2004, 560.

¹⁷⁵ COMMITTEE ON PAYMENT AND SETTLEMENT SYSTEMS, *Innovation in retail payments*, cit., 11.

¹⁷⁶ Secondo uno studio del Working Group of Innovations in Retail Payments, nell’anno 2011 i bonifici sono frequentemente usati per pagamenti spontanei via internet o per i pagamenti predisposti a distanza e per i P2P. Gli addebiti diretti sono utilizzati prevalentemente per pagamenti predisposti anticipatamente. Le carte di pagamento che hanno avuto maggiore diffusione sono le carte di credito, in ragione della loro utilizzabilità anche per i pagamenti via internet, rimanendo le carte di debito utilizzate in prevalenza per i pagamenti in prossimità. Contestualmente si è assistito ad una forte flessione nell’utilizzo degli assegni, principalmente destinati ai pagamenti P2P. Cfr. COMMITTEE ON PAYMENT AND SETTLEMENT SYSTEMS, *Innovation in retail payments*, 11.

software. Di fatto, le statistiche sopra esposte contengono dati relativi anche alla moneta elettronica¹⁷⁷.

Facendo leva sulla nozione di ME, è possibile osservare l’impatto della PSD ed EMD2 sulla nozione e sul funzionamento degli strumenti di pagamento. Le direttive nel regolamentare i prestatori di servizi di pagamento non bancari hanno di fatto inciso sulla disciplina degli strumenti di pagamento.

3. L’intervento della PSD e della EMD2.

Il legislatore comunitario nel regolamentare i servizi di pagamento ha inciso anche sulla disciplina degli strumenti mediante cui i pagamenti possono essere compiuti.

La PSD riconosce espressamente ai prestatori di servizi di pagamento la facoltà di emettere «carte di pagamento o dispositivi analoghi» al fine di dare esecuzione alle operazioni di pagamento¹⁷⁸. Si propone, infatti, di regolamentare l’esecuzione (tempi, modalità, correzione di eventuali errori nell’esecuzione e connesse responsabilità dei prestatori) di tutti i pagamenti non eseguiti mediante contante, assegni cartacei o titoli cambiari su supporto cartaceo, *ex art. 3 PSD*. La normativa intende disciplinare e, per l’effetto, armonizzare esclusivamente quelle operazioni che avvengono mediante strumenti che rispettano i requisiti di cui all’art. 4, n. 23, PSD. E’ qualificato quale strumento di pagamento «qualsiasi dispositivo personalizzato e/o insieme di procedure concordate tra l’utente di servizi di pagamento e il prestatore di servizi di pagamento e utilizzate dall’utente di servizi di pagamento per disporre un ordine di pagamento». Sono, dunque, presi in considerazione esclusivamente i mezzi di pagamento di nuova generazione.

Sebbene al considerando 9 la PSD evidenzia l’intento di ricomprendere nella disciplina dettata per le operazioni di pagamento anche quelle compiute in moneta elettronica, appare evidente che la stessa non sia considerata quale

¹⁷⁷ Sulla definizione di ME a cui i dati esposti afferiscono cfr. COMMITTEE ON PAYMENT AND SETTLEMENT SYSTEMS, *Innovation in retail payments*, cit., 5, nota 8.

¹⁷⁸ Cfr. allegato A alla PSD.

strumento di pagamento. Configura, invece, un valore monetario il cui utilizzo risulta condizionato alla sua memorizzazione in un apposito “strumento”, *ex art. 2, n. 2, EMD2*. Solo in quanto memorizzata assume rilevanza ai fini della PSD: è lo strumento di memorizzazione, qualunque ne sia la natura, ad essere sottoposto alle norme sui servizi di pagamento, non già la moneta elettronica.

La EMD2 non offre alcuna definizione dello “strumento di memorizzazione” elettronica e magnetica. E’ possibile ipotizzare che il legislatore comunitario abbia voluto implicitamente rinviare alla definizione contenuta nella PSD. In relazione alla moneta elettronica rilevano quei dispositivi diversi dalle carte di pagamento e definiti ad esse «analoghi» (allegato A alla PSD). Un aiuto nell’individuazione di tali strumenti di pagamento deve essere riconosciuto al §7 dell’allegato A della PSD, laddove annovera tra i servizi di pagamento l’«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 informatica che agisce esclusivamente come intermediario tra l’utente di servizi di pagamento e il fornitore di beni e servizi». Si tratta di servizi dei quali l’utente può servirsi solo in quanto dotato di apposito dispositivo di telecomunicazione, digitale o informatico. Tali dispositivi si pongono quali strumenti tecnologicamente differenti rispetto alle carte di pagamento, ma analoghi nella funzione: l’esecuzione di operazioni di pagamento.

Sebbene la loro definizione appaia quanto mai generica, verosimilmente finalizzata a ricomprendere qualunque nuovo strumento la tecnologia voglia mettere a tale servizio, sembra con essa volersi richiamare la figura del borsellino elettronico o *ewallet*, creato quale strumento di fruizione della moneta elettronica, nonché alternativa dematerializzata delle carte di pagamento.

Le carte di pagamento ed gli *ewallets* sono accomunati dall’intervento, per l’esecuzione del pagamento, di un soggetto terzo rispetto al pagatore ed al beneficiario. Questi, con l’entrata in vigore della richiamata normativa comunitaria si identifica in un soggetto specializzato, che svolge l’attività di intermediazione nei pagamenti in modo professionale, distinta da quella di

intermediazione del credito propria delle banche. L'intermediazione deve essere connotata dalla presenza di uno specifico contenuto finanziario e agevolare l'adempimento di obbligazioni pecuniarie altrui, «incidendo ora sul modo, ora sul tempo, ora sul luogo». Vengono pertanto escluse quelle attività che non si sostanziano nell'intermediazione nella circolazione della moneta¹⁷⁹.

Alla luce di tali considerazioni appare maggiormente chiara la volontà del legislatore comunitario di disciplinare tali strumenti di pagamento congiuntamente alla regolamentazione dei servizi eseguibili dai prestatori non bancari.

L'emissione di carte di pagamento da parte di prestatori di servizi di pagamento non sembra di per sé dotata di evidente novità, se si considera che anche in passato i prestatori di servizi di pagamento potevano emettere carte di debito. Tuttavia, se solo si considera che prima dell'entrata in vigore della PSD l'emissione di carte di credito risultava appannaggio esclusivo degli Istituti bancari, non potendo i non bancari concedere credito agli utenti, la rottura con il passato assume connotati più marcati.

Le differenze strutturali tra gli strumenti di pagamento, carte e borsellini elettronici, vengono ricondotte ad unità nella disciplina dei servizi di pagamento mediante esse eseguibili. La PSD, dettando un'unica disciplina per i servizi di pagamento¹⁸⁰, a prescindere dallo strumento attraverso cui l'utente vi accede,

¹⁷⁹ Sono tali quelle attività che realizzano spostamenti di ricchezza e nei quali i prestatori divengono parti di negozi e di attribuzioni patrimoniali tra loro funzionalmente collegati al raggiungimento del predetto scopo (ad esempio i servizi di cassa o l'emissione e gestione dei carte di pagamento). Per contro sono espressamente escluse da tale nozione, come precisato dall'art. 3 PSD, il trasporto materiale di banconote e monete, l'elaborazione e la registrazione di dati, i servizi fiduciari e di protezione della privacy, la fornitura di reti informatiche e di comunicazione, la fornitura e la manutenzione di terminali e dispositivi utilizzati per i servizi di pagamento. CIRAOLO, *Le carte di debito nell'ordinamento italiano. Il servizio Bancomat*, Milano, Giuffrè, 2008, 37; OLIVIERI, *Compensazione e circolazione della moneta nei sistemi di pagamento*, Giuffrè, 2002, 30 ss.; BOCHICCHIO, *Servizi di pagamento tra intermediazione finanziaria servizi amministrativi ed organizzativi*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2002, 1, 226 ss.

¹⁸⁰ Tale unità di disciplina è solo apparentemente venuta meno con l'emanazione del Regolamento 260/2012, che stabilisce i requisiti tecnici e commerciali per i bonifici e gli addebiti diretti in euro. Il regolamento contiene una disciplina stringente dei predetti servizi, non ponendosi quale deroga alla PSD, bensì quale sua parziale revisione e/o precisazione, resa necessaria in ragione della natura dei servizi di pagamento che ne sono oggetto. Tale norma non interessa le carte di pagamento, sebbene al considerando 6 si puntualizzi che dovrebbero ritenersi incluse tutte le operazioni avviate mediante una carta di pagamento, presso un punto vendita o a distanza, che danno «luogo direttamente a un bonifico o un addebito diretto verso e da un conto di pagamento

sembra voler creare un nuovo ed autonomo contratto sui servizi di pagamento¹⁸¹, del quale non si limita a disegnare soltanto i contorni, mediante l’elencazione di quelli che devono intendersi «servizi di pagamento» in essa ricompresi, ma ne detta la regolamentazione¹⁸².

4. Le carte di pagamento.

Le carte di pagamento sono tessere plastificate che consentono di effettuare pagamenti senza l’utilizzo del contante. Le operazioni mediante carta configurano “movimentazioni monetarie”, in genere eseguibili in forza di un contratto di conto corrente bancario¹⁸³. Le carte di pagamento permettono all’utente di «collocare, trasferire o ritirare fondi, indipendentemente da eventuali obblighi sottostanti tra il pagatore ed il beneficiario» (ex art. 4, n. 5, PSD). E’ tale la definizione di operazione di pagamento contenuta nella PSD, caratterizzata da evidente neutralità rispetto «alla ricostruzione giuridica dell’operazione di pagamento,

identificato dalle attuali coordinate nazionali del conto bancario («BBAN») o dal numero internazionale di conto bancario («IBAN»)). Ai sensi dell’art. 1, n. 2, lett. c, Reg. 260/2012, si esclude l’applicazione delle nuove norme «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». La distinzione compiuta dal legislatore comunitario appare più complessa sul piano fattuale. Certamente da tali norme emerge la difficoltà del legislatore di compiere un chiaro distinguo tra i servizi, poiché spesso l’elemento di differenziazione attiene allo strumento di accesso al servizio. Cfr. ASSOCIAZIONE BANCARIA ITALIANA, Circolare ABI n. 10, *La migrazione degli addebiti diretti RID agli schemi SEPA direct debit*, 23 aprile 2013.

¹⁸¹ TROIANO O., *Contratti di pagamento e disciplina privatistica comunitaria*, cit., 600 ss.

¹⁸² Tale intento sembra maggiormente evidente dalla lettura della proposta di revisione della PSD, in corso di approvazione, che detta una compiuta regolamentazione delle prestazioni dovute dal pagatore, dal beneficiario e dall’intermediario nell’esecuzione di servizi di pagamento mediante strumenti diversi dal contante e dagli assegni/cambiali cartacei. Viene descritto un nuovo modello contrattuale da utilizzarsi per ogni servizio di pagamento originato ed eseguito mediante sistemi digitali e/o informatici, senza distinzione tra carte, borsellini elettronici, bonifici o addebiti diretti. COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del consiglio relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifiche alle direttive 2002/65/CE, 2013/36/UE, 2009/110/CE e che abroga la direttiva 2007/64/CE*, available on www.europarl.europa.eu.

¹⁸³ ONZA, *Estinzione dell’obbligazione pecuniaria e finanziamento dei consumi. Il pagamento con la carta*, Milano, Giuffrè, 2013, 4 s.

restando incapace, cioè, di isolare il *proprium* dei singoli, eterogenei, strumenti di pagamento»¹⁸⁴.

Tuttavia, l'operazione di pagamento si atteggia diversamente a seconda che essa si iscriva in un'operazione di finanziamento, come nelle carte di credito, oppure in una semplice movimentazione della provvista presente su un conto, realizzata mediante carte di debito.

Le carte di pagamento sono, infatti, distinguibili in due macro-categorie: le carte di credito e quelle di debito.

4.1. Carta di debito.

La carta di debito maggiormente diffusa in Italia è il Bancomat/Pagobancomat, per tale ragione quando si parla di carte di debito si è soliti chiamarle in modo generico carte Bancomat¹⁸⁵.

Il rilascio della carta permette al titolare, previa digitazione del *Personal identification number* (PIN), di eseguire due distinti servizi, cioè il servizio Bancomat, che consente il prelievo di denaro contante presso i cc.dd. *Cash dispenser* (C.D.) o i più evoluti *Automated teller machine* (A.T.M.) e il

¹⁸⁴ ONZA, *Estinzione dell'obbligazione pecuniaria*, cit., 5.

¹⁸⁵ Sono in realtà molteplici le carte di debito che non fanno ricorso al circuito Bancomat, *ex plurimis* la *NextCard* di Intesa San Paolo o la Carta di Debito Google entrambe operanti mediante il circuito interbancario nazionale Mastercard. Bancomat è un marchio di proprietà dell'ABI, dapprima concesso in licenza d'uso alla COGEBAN (Convenzione per la Gestione del Marchio Bancomat), dal 2008 è gestito in esclusiva dal Consorzio Bancomat. Il servizio, operativo dal 1983, nasce quale evoluzione tecnologica del servizio di cassa continua, consentendo solo il prelievo da un *cash dispenser*. I servizi di tipo informativo e dispositivo (informazioni sul conto corrente, pagamenti di utenze, ricariche dei telefoni cellulari), nonché i pagamenti mediante POS, sono stati estesi successivamente con la creazione del marchio PagoBancomat. Il circuito Bancomat è inserito nel Sistema Interbancario di Reti per Trasmissione dati (SITRAD) disciplinato interamente su basi contrattuali. Il SITRAD è stato sostituito dalla Rete Nazionale Interbancaria (RNI). Quest'ultima è l'infrastruttura telematica di trasmissione del sistema italiano dei pagamenti ed è gestita dalla Società Interbancaria per l'Automazione (SIA). Si avvalgono tra l'altro delle rete le procedure informatiche riguardanti i sistemi di compensazione e di regolamento gestiti direttamente dalla Banca d'Italia ovvero dalla SIA. Cfr. LIACE, *I contratti bancari*, cit., 161; FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, cit., 519.

Pagobancomat, che permette di eseguire il pagamento di beni e servizi acquistati presso gli esercizi convenzionati¹⁸⁶.

In genere Bancomat e Pagobancomat sono servizi attivati su un'unica carta dal medesimo emittente. Ciò non deve tuttavia indurre ad una completa sovrapposizione dei servizi.

I prelievi di contante possono essere eseguiti presso gli ATM della banca o del prestatore di servizi del quale il titolare della tessera è utente, nonché negli sportelli automatici di altri Istituti.

Ben diverso è il sistema per l'esecuzione dei pagamenti, i quali possono essere compiuti sia presso gli sportelli automatici delle banche che negli esercizi commerciali, aderenti alla convenzione interbancaria, mediante un *Point of sale* (POS)¹⁸⁷ che permette di eseguire le operazioni rilasciando contestuale ricevuta a prova della sua esecuzione¹⁸⁸.

¹⁸⁶ I prelievi ed i pagamenti avvengono in circolarità: possono essere effettuati in qualunque ATM o POS contrassegnato dal marchio Pagobancomat anche in caso di diversità fra la banca del correntista e quella dell'esercente convenzionato. A tal fine le banche si sono accordate dando vita agli accordi interbancari, mediante i quali esse si sono reciprocamente obbligate in relazione alle modalità con cui provvedere a regolare le rispettive posizioni debitorie nascenti dall'erogazione dei servizi. Nella specie, la circolarità dei servizi Bancomat e Pagobancomat è garantita dal SISTRAD che opera mediante un sistema telematico tra le banche ad esso aderenti (di fatto la totalità delle banche operanti nel mercato italiano). Il regolamento contabile delle operazioni eseguite (sia su ATM che su POS) avviene mediante il sistema di compensazione giornaliera dei recapiti gestito dalla Banca d'Italia, BI-Comp, all'interno del c.d. sistema "dettaglio". Si tratta di compensazione su base netta, i cui aderenti non regolano volta per volta le loro reciproche partite di credito/debito (cosa che avviene nei sistemi su base lorda), ma versano solo il saldo derivante dalla c.d. compensazione multilaterale, ossia la differenza tra quanto risulta a loro debito e quanto a loro credito, sulla base di tutte le operazioni fatte confluire nel sistema dai vari aderenti. CIRAOLO, *Le carte di debito nell'ordinamento italiano*, cit., 17 ss; OLIVIERI, *Compensazione e circolazione della moneta nei sistemi di pagamento*, cit., 18 ss.

¹⁸⁷ Il POS è un terminale costituito da due unità: la prima, riservata all'esercente, legge la carta, autorizza la transazione e stampa la ricevuta dell'operazione; l'altra è un piccolo apparecchio con tastiera numerica sulla quale il cliente digita il codice PIN (*Personal Identification Number*) associato alla carta. DISEGNI, *Strumenti di credito e mezzi di pagamento. Cambiali, assegni, carte di credito, moneta elettronica*, Torino, Giappichelli, 2011, 422; FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, cit., 518 s.

¹⁸⁸ Attualmente sono diffusi molteplici varietà di POS che operano mediante tecnologie differenti. Il POS tradizionale, quello più diffuso, è connesso al centro servizi mediante la linea telefonica o cavo di rete ADSL. Si può presentare con uno o due dispositivi: nel secondo caso, il modello più comune, il primo dispositivo, riservato al negoziante, legge la carta, autorizza la transazione e stampa la doppia ricevuta dell'operazione; l'altro dispositivo è un apparecchio con tastiera numerica (*Pin-Pad*) su cui il cliente digita l'eventuale PIN associato alla carta. Il POS GSM è costituito da un'apparecchiatura nata dall'integrazione di un'unità funzionale con un normale telefonino GSM, che sfrutta la rete mobile, non quella fissa. Proprio per questo è adatto a chi

Presupposto della consegna della carta è la sottoscrizione della convenzione di rilascio stipulata tra l'emittente e il titolare della carta; qualora la carta sia abilitata anche all'esecuzione dei pagamenti mediante POS ad essa si affianca la convenzione di abbonamento o associazione al sistema di pagamento dell' esercente destinatario del pagamento. Le due convenzioni sono caratterizzate da una differente funzione: la convenzione di rilascio è sottoscritta dall'utente al fine di poter utilizzare la carta secondo le condizioni poste dall'Istituto; la convenzione di adesione dell' esercente consta dell'accettazione a ricevere il pagamento non già con contanti, bensì con la carta e nell'acconsentire a ricevere il pagamento dall'emittente, non dall'utilizzatore.

Fatta eccezione di quelle spendibili solo nei confronti dell'emittente, le carte di debito risultano, infatti, avere una struttura trilaterale, emittente – utilizzatore – fornitore, che ne caratterizza l'impiego¹⁸⁹.

I servizi delle carte di debito sono strettamente connessi al conto, corrente bancario o di pagamento, del titolare della carta: i prelevamenti e i pagamenti sono limitati alla disponibilità presente sul conto. La convenzione di rilascio della carta di debito è subordinata alla presenza di una provvista presso l'emittente, in assenza della quale la carta non risulta emettibile, né il pagamento eseguibile. Infatti, qualora non sia stata previamente pattuita la doppia funzione di carta di debito e carta di credito, l'emissione della carta attribuisce al titolare semplicemente la facoltà di disporre della sua provvista.

L'esecuzione di qualsivoglia operazione produce il contestuale addebito in conto della somma che ne è oggetto; ciò non sarebbe possibile in assenza di una provvista almeno pari all'importo dell'operazione¹⁹⁰.

esercita un'attività che richiede spostamenti, come ambulanti, corrieri, tassisti. Il POS *Cordless* o *PocketPos* è un dispositivo che comunica con una centrale, o base, collegata alla rete fissa. Si può allontanare dalla base per alcune decine di metri, anche oltre 100, ed è utile agli esercenti, quali ad esempio i distributori di benzina o ristoratori, per i quali l'avvicinamento della carta al POS non è sempre possibile. Quello virtuale è un POS dematerializzato utilizzato in prevalenza dai siti di commercio elettronico che permettono un normale pagamento con carta di credito.

¹⁸⁹ CIRAOLO, *Le carte di debito nell'ordinamento italiano*, cit., 41.

¹⁹⁰ Sebbene l'utilizzo dei servizi delle carte di debito debba avvenire entro il limite costituito dal saldo disponibile, le modalità tecniche di funzionamento del sistema non sempre sono in grado di impedire eventuali abusi, poiché il terminale potrebbe non leggere in tempo reale il saldo del conto

In ragione di tale connessione biunivoca, la carta di debito è nel tempo divenuta un servizio accessorio del conto corrente bancario e postale¹⁹¹.

Delle operazioni è prova la ricevuta rilasciata dall'apparecchiatura sia all' esercente che al titolare della carta¹⁹². Ciascun pagamento deve infatti risultare sia dal giornale di fondo¹⁹³ che dalla ricevuta rilasciata all'utente al momento dell'esecuzione del pagamento¹⁹⁴.

Il recepimento della PSD sembra aver innalzato il livello di tutela dell'utilizzatore della carta ponendo in capo al prestatore di servizi di pagamento l'onere di provare la correttezza dell'operazione ogni volta che l'utente neghi di aver autorizzato un'operazione di pagamento o la ritenga non correttamente eseguita. In presenza di un utente che contesti la riconducibilità alla sua persona di un'operazione di pagamento, l'Istituto dovrà dare prova che l'operazione è stata autorizzata, che sia stata correttamente registrata e contabilizzata e che non abbia

da addebitare. Sul punto CIRAOLO, *Le carte di debito nell'ordinamento italiano*, cit., 120 ss. assimila tale fattispecie a quelle di indebito utilizzo della carta.

¹⁹¹ ONZA, *Estinzione dell'obbligazione pecuniaria*, cit., 153; SILVETTI, *Bancomat*, in CALANDRA BUONAURA, PERASSI, SILVETTI (a cura di), *La banca: l'impresa e i contratti*, in COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, Cedam, 2001, 651. MAIMIERI, voce *Bancomat*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Comm., v. II, Torino, Utet, 1987, 201 ss.

¹⁹² In passato l'art. 8 NUB attribuiva valore di prova nei confronti dell'utente, in modo esclusivo, al giornale di fondo. Si escludeva infatti che il cliente potesse sollevare contestazioni anche qualora lo scontrino rilasciato dal terminale riportasse dati in contrasto con la registrazione bancaria. Il disconoscimento di ogni valore probatorio allo scontrino rilasciato dal POS e dall'ATM impediva al correntista di provare di aver mai eseguito il prelievo o il pagamento annotato sul suo conto. La dottrina aveva evidenziato l'iniquità di tale clausola, resa ancor più evidente dalla natura stessa del giornale di fondo, il quale non configura una scrittura contabile ed è emanazione esclusiva del prestatore di servizi di pagamento. In ragione di quanto detto la Banca d'Italia intervenne con l'eliminazione della clausola per abuso di posizione dominante. Questa venne sostituita con norma più equa dall'art. 7, comma 2, Protocollo d'intesa tra ABI e diverse associazioni dei consumatori, 25 maggio 2000, il quale recita quanto segue: «delle operazioni eseguite fa prova la comunicazione scritta rilasciata dall'apparecchiatura al momento dell'operazione». SILVETTI, *Bancomat*, cit., 655; BRANCADORO, *Osservazioni sul servizio «Bancomat»*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1986, 1, 674 ss.; LIACE, *I contratti bancari*, cit., 169 ss.; MAIMIERI, voce *Bancomat*, cit., 193 ss.

¹⁹³ Sulla natura del giornale di fondo Cfr. Cfr. CIRAOLO, *Le carte di debito nell'ordinamento italiano*, cit., 97 ss.

¹⁹⁴ Si osservi che la scrittura sul giornale di fondo e sullo scontrino è contestuale. Pertanto, l'eventualità che l'utente possa far valere una divergenza tra i precedenti documenti per dimostrare l'erroneità di una determinata registrazione sul proprio conto risulta puramente ipotetica. Di fatto, la novella normativa non ha risolto il problema del valore probatorio del giornale di fondo nei rapporti tra banca e cliente, perché è raro che lo scontrino rilasciato dall'apparecchio meccanico sia discordante con il giornale di fondo. Cfr. CIRAOLO, *Le carte di debito nell'ordinamento italiano*, cit., 95 ss.

«subito le conseguenze del malfunzionamento delle procedure necessarie per la sua esecuzione o di altri inconvenienti», *ex art. 10, comma 1, d.lgs. 10/2011*¹⁹⁵.

4.1.1. La natura giuridica della carta di debito.

Al loro esordio le carte di pagamento, furono assimilate ai titoli di credito, in ragione dell'affinità che ad essi li legava: la consegna della carta in luogo del danaro al fine di effettuare un pagamento.

Sembra pacifico che la carta di debito non sia un titolo di credito in quanto priva delle caratteristiche che ne connotano la fattispecie. La carta di debito non incorpora alcun diritto di credito nel documento¹⁹⁶ da cui consegue l'assenza anche della letteralità e dell'autonomia¹⁹⁷, caratteristiche proprie dei titoli di credito.

Tali strumenti di pagamento appaiono altresì riconducibili alla categoria dei documenti di legittimazione, ossia quei documenti che servono ad identificare l'avente diritto alla prestazione (*ex art. 2002 c.c.*). Nell'ambito di tale categoria appare opportuno comprendere se la carta possa essere ricondotta ai titoli di legittimazione, che attribuiscono una legittimazione sia attiva che passiva, oppure ai contrassegni, che conferiscono la legittimazione solo passiva¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Cfr. SANGIOVANNI, *Bancomat, carte di credito e responsabilità civile nella giurisprudenza dell'ABF*, in *Resp. civ.*, 2012, 10, 701.

¹⁹⁶ BRANCADORO, *Osservazioni sul servizio «Bancomat»*, cit., 669: l'A esclude che la tessera sia destinata alla circolazione, non essendo prevista alcuna norma sul punto, ma piuttosto un codice segreto riservato al titolare della carta. In riferimento al rapporto sottostante la carta di debito «è parimenti agevole notare come la tessera acceda ad un contratto (di deposito in conto corrente) normalmente ancorato alla persona dell'originario contraente, tale cioè da non contemplare la circolazione del contratto come ipotesi normale». Da tali considerazione viene, infine, dedotta l'impossibilità di ritenere presente nella tessera l'incorporazione, fenomeno tipico dei titoli di credito.

¹⁹⁷ Per una descrizione dei caratteri dei titoli di credito cfr. *ex plurimis* MARTORANO, *Titoli di credito: titoli di credito in genere, titoli al portatore, titoli all'ordine, titoli nominativi, titoli rappresentativi della merce, titoli atipici, titoli in gestione accentrata (monte titoli), titoli impropri e documenti di legittimazione*, Milano, Giuffrè, 1997; STAGNO D'ALCONTRES, *Titolo di credito: ricostruzione di una disciplina*, Torino, Giappichelli, 1999; CALLEGARI, COTTINO, DESANA, SPATAZZA, *I titoli di credito*, in COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, Cedam, 2006, XIX.

¹⁹⁸ Cfr. LIBONATI, *Titoli impropri e documenti di legittimazione*, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 1960, 1, 230 ss.

E' evidente che il rilascio e l'utilizzo della tessera siano un fenomeno di contrattazione di massa¹⁹⁹, ma appare arduo sostenere che la persona del creditore, cioè il titolare della carta stessa, sia completamente indifferente alla banca o al prestatore di servizi di pagamento debitore. La valorizzazione della persona del titolare della carta dovrebbe comportare l'inserimento nella categoria dei contrassegni. In tale ipotesi, la carta avrebbe solo la funzione di strumento di identificazione del correntista, essenziale per l'esercizio della pretesa²⁰⁰, e l'istituto dovrebbe eseguire la prestazione in favore solo del titolare della carta, non già di chiunque, utilizzando il documento, si manifestasse quale suo creditore²⁰¹.

Il recepimento della PSD sembrerebbe avvalorare tale punto di vista ponendo un più stretto legame tra la titolarità della carta ed il PIN. La novella normativa al fine di evitarne utilizzi non autorizzati pone in capo all'utente, di strumenti che prevedono l'utilizzo di dispositivi di sicurezza quali PIN o password, l'obbligo di ottenere l'autorizzazione del proprio prestatore di servizi di fornire a terzi i codici per l'utilizzo dello strumento (Sez. IV, 2.1., comma 2, Disposizioni di attuazione del Titolo II, del d.lgs. 11/2010). Il mancato rispetto di tale disposizione può essere inteso quale condotta negligente da cui potrebbe conseguire una responsabilità del titolare della carta per gli utilizzi non autorizzati²⁰².

¹⁹⁹ Si tratta di un servizio che consta di un gran numero di operazioni, aventi tutte identico contenuto, da svolgersi con rapidità ed un'unica forma. BRANCADORO, *Osservazioni sul servizio «Bancomat»*, cit., 669; DONADI, *Bancomat*, in *Contratto e impresa*, 1988, 2, 669; CIRAOLLO, *Le carte di debito nell'ordinamento italiano*, cit., 61.

²⁰⁰ Il contrassegno di legittimazione consente al debitore, se in buona fede, di pagare con effetto liberatorio il portatore del documento; diversamente i titoli di legittimazione sono emessi in relazione alle prestazioni di massa destinati ad un numero indeterminato di soggetti «nella sostanza indifferenti al creditore che esegue la prestazione» LIBONATI, *Titoli impropri e documenti di legittimazione*, cit., 243; MARTORANO, *Lineamenti generali dei titoli di credito e dei titoli cambiari*, Napoli, Morano, 1979, 95; SPADA, *Introduzione al diritto dei titoli di credito. Documenti circolanti, circolazione intermediata e password*, Torino, Giappichelli, 2012, 126.

²⁰¹ CIRAOLLO, *Le carte di debito nell'ordinamento italiano*, cit., 61 s.

²⁰² Gli obblighi del titolare dello strumento di pagamento sono oggi espressamente inseriti nella proposta di abrogazione della PSD, in corso di approvazione. La proposta, richiamando quanto affermato anche nella Nub, recita quanto segue: «1. L'utente di servizi di pagamento autorizzato ad utilizzare lo strumento di pagamento si conforma agli obblighi seguenti: (a) utilizzare lo strumento di pagamento conformemente alle condizioni obiettive, non discriminatorie e proporzionate che ne disciplinano l'emissione e l'uso; (b) notificare senza indugio al prestatore dei servizi di pagamento,

In tale contesto il prestatore di servizi di pagamento ha interesse ad identificare il suo creditore affinché non possa essergli successivamente opposta l'assenza di un'effettiva autorizzazione all'esecuzione della prestazione e richiesto il conseguente rimborso della somma oggetto della transazione (*ex art. 10, comma 1, d.lgs. 10/2011*).

Tuttavia, ad una lettura più approfondita la norma sembra affermare la completa irrilevanza della persona verso cui il prestatore di servizi di pagamento debitore adempie: ponendo in capo al titolare della carta l'obbligo di comunicare la cessione del codice a terzi, si evidenzia l'indifferenza dell'Istituto verso l'identità del soggetto che utilizzando la carta si manifesti quale suo creditore. La disposizione in commento appare, infatti, dettare solo una norma di condotta per il titolare del titolo il cui adempimento favorirebbe l'individuazione delle ipotesi di uso non autorizzato dello strumento di pagamento²⁰³. Non riconduce alla violazione di tale obbligo una responsabilità del titolare della carta, bensì una semplice presunzione di negligenza in forza della quale non sarà legittimata a richiedere la ripetizione di quanto indebitamente pagato a terzi.

La carta è uno strumento essenziale per l'ottenimento delle prestazioni ad essa connesse. Sebbene queste potrebbero essere ottenute anche in assenza del documento (sarebbe possibile eseguire il prelievo presentandosi agli sportelli, acquisire informazioni sullo stato del conto o eseguire pagamenti anche in mancanza del tesserino), muterebbero profondamente le modalità della loro erogazione²⁰⁴. La mancanza della carta non permetterebbe, infatti, di erogare tali

o al soggetto specificato da quest'ultimo, non appena ne abbia conoscenza, lo smarrimento, il furto o l'appropriazione indebita dello strumento di pagamento o un uso non autorizzato di tale strumento. 2. Ai fini del paragrafo 1, lettera a), non appena riceve uno strumento di pagamento, l'utente di servizi di pagamento adotta in particolare tutte le ragionevoli misure per proteggerne le caratteristiche di sicurezza personalizzate. Gli obblighi di diligenza degli utenti di servizi di pagamento non devono ostacolare l'uso degli strumenti e dei servizi di pagamento autorizzati ai sensi della presente direttiva» (art. 61). COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del consiglio relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno*, cit.

²⁰³ Sul problema della provenienza dell'ordine di pagamento cfr. DE STASIO, *Operazione di pagamento non autorizzata e restituzioni*, Milano, EduCatt, 2013, 151 ss.

²⁰⁴ Cfr. NICCOLINI, *Carte di credito e carte bancarie*, in *Enc. Giur. Treccani*, V, 5, il quale afferma che la tessera «si caratterizza come documento necessario per il funzionamento dell'impianto: essa costituisce, insieme alla composizione del codice personale segreto, il "coefficiente tecnico" del servizio».

prestazioni mediante ATM o POS. L'utente potrebbe «ottenere dal debitore prestazioni alternative a quelle di cui avrebbe goduto utilizzando la carta di debito [...] ma non anche le prestazioni medesime»²⁰⁵.

Non la prestazione, che configura un servizio di pagamento, bensì le modalità e gli strumenti necessari alla sua erogazione, caratterizzano la carta di debito consentendone l'inserimento nella categoria dei titoli di legittimazione, *ex art. 1992 c.c.*, che attribuiscono al titolare il potere di ordinare all'intermediario di effettuare pagamenti a terzi in nome e per conto propri, oppure di prelevare denaro contante²⁰⁶.

4.1.2. Il prelievo di denaro dallo sportello automatico.

Il Bancomat permette di effettuare prelievi di denaro contante dal proprio conto, entro determinati massimali giornalieri e mensili, attraverso gli ATM, collegati in rete telematica al sistema interbancario, anche fuori dagli orari di lavoro degli istituti di credito ed in località diverse dalla sede della banca presso cui è stato acceso il conto del titolare della carta²⁰⁷.

Tale meccanismo di prelievo non pone alcun problema interpretativo quando effettuato presso sportelli automatici presso la “propria” banca: «le parti di un contratto di conto corrente sono libere di convenire le più svariate forme di utilizzazione dello stesso e, quindi, anche di consentire il prelievo di somme attraverso sportelli elettronici»²⁰⁸. Il prelievo di contante configura semplicemente

²⁰⁵ CIRAIOLO, *Le carte di debito nell'ordinamento italiano*, cit., 62. A parere dell'A. lo strumento meccanico, ATM o POS, assumono un ruolo caratterizzante la prestazione mediante carte, tanto da essere un elemento insostituibile per l'identificazione dell'avente diritto ai servizi meccanizzati nei confronti della banca debitrice.

²⁰⁶ BRANCADORO, *Osservazioni sul servizio «Bancomat»*, cit., 669; DONADI, *Bancomat*, cit., 639; MAIMIERI, voce *Bancomat*, in cit., 194; NICCOLINI, *Carte di credito e carte bancarie*, cit., 5; ONZA, *Introduzione: i mezzi di pagamento e la liberazione del debitore*, cit., 922; GIORGIANNI, TARDIVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, 2012, 534 s.

²⁰⁷ DISEGNI, *Strumenti di credito e mezzi di pagamento*, cit., 418 s. CIRAIOLO, *Le carte di debito nell'ordinamento italiano*, cit., 15 s.

²⁰⁸ DONADI, *Bancomat*, cit., 635.

una delle modalità di esecuzione di un contratto, quello di conto corrente o di pagamento, già in essere²⁰⁹.

Diversa è la ricostruzione quando il prelievo di contante viene effettuato presso gli ATM situati presso Istituti diversi da quelli con i quali si intrattiene il rapporto contrattuale di conto corrente.

L'esecuzione di un'operazione mediante un "macchinario" sito presso un Istituito "terzo" non sembra sufficiente per ritenere con esso instaurato un rapporto contrattuale, poiché la carta utilizzata è considerata un mero servizio accessorio al conto corrente bancario aperto presso altro Istituito.

La ricostruzione in termini giuridici di tale rapporto è stata lungamente oggetto di analisi dato che, di fatto, si instaura un rapporto trilaterale tra utente, banca emittente e banca pagatrice.

L'esistenza, nel contratto, dell'elenco di sportelli bancari che hanno convenuto a porsi nella veste di pagatori, ha indotto a riconoscere nell'attività dell'Istituito pagatore l'adempimento del terzo, *ex art. 1180 c.c.* Affinché lo schema negoziale di cui all'art. 1180 c.c. possa configurarsi è, tuttavia, necessario che il loro adempimento sia spontaneo. Tale spontaneità non può essere individuata in relazione alle carte di debito, poiché l'Istituito non può rifiutare il pagamento in presenza della richiesta del titolare di una carta, il cui contratto di emissione prevede espressamente la facoltà di prelievi e pagamenti in circolarità. L'Istituito pagatore non effettua il pagamento spontaneamente, come richiesto dall'art. 1180 c.c., bensì in virtù di apposita convenzione che lo lega all'Istituito emittente.²¹⁰

²⁰⁹ «L'interazione tra il cliente e lo sportello automatico non integra la conclusione di un contratto, ma la mera attuazione, tramite un comportamento tipizzato (inserimento della tessera e digitazione del PIN, di un contratto già in essere (la convenzione Bancomat, accessoria ad un rapporto già in essere).» CIRAOLO, *Le carte di debito nell'ordinamento italiano*, cit., 68 s.

²¹⁰ Le banche per convenzione si impegnano a permettere i prelievi di contante in circolarità. Pertanto, quando «la banca convenzionata accoglie il prelievo presso il proprio *cash dispenser* non opera con la consapevolezza di estinguere un debito altrui, bensì nella certezza di adempiere all'impegno assunto. D'altro canto, «il correntista non intende acquisire nei riguardi della banca pagatrice alcuna obbligazione, ma solo prelevare contanti dal proprio conto corrente». MAIMIERI, voce *Bancomat*, cit., 197. Cfr. LIACE, *I contratti bancari*, cit., 163; DONADI, *Bancomat*, cit., 635.

Il rapporto trilaterale è stato assimilato alla *delegatio solvendi*, ai sensi dell'art. 1269 c.c., in quanto l'interesse della banca pagatrice parrebbe corrispondere all'esecuzione di una delegazione impartitagli dal debitore, cioè la banca emittente. Si rientrerebbe in un'ipotesi di mandato in forza del quale la banca pagatrice porrebbe in essere un'attività gestoria nell'interesse dell'emittente²¹¹.

Appare, tuttavia, difficile riconoscere nella condotta dell'Istituto pagatore un'attività gestoria; all'atto del prelievo non viene svolta alcuna funzione giuridicamente vincolante, ma viene messo a disposizione dell'utente un macchinario. Infatti, le banche o gli Istituti non bancari, semplicemente, "ospitano" il *cash dispenser* «assumendo determinati obblighi nei confronti delle altre aziende (obblighi reciproci, evidentemente, trattandosi di servizio attivato in circolarità), ma non svolgono alcuna funzione sostitutiva della banca emittente, non la rappresentano nel pagamento di un suo debito nei confronti del correntista, né cooperano con atti gestori allorché l'utente, attivando un meccanismo automatico, preleva contante proprio»²¹². Appare, infatti, dubbia la possibilità di

²¹¹ Sul punto Cfr. MAIMIERI, voce *Bancomat*, cit., 197 s. L'A. mette in luce la difficoltà di poter riconoscere in tale ipotesi la figura del mandato senza rappresentanza e l'impossibilità di ritenere configurabile un mandato con rappresentanza che comporterebbe la necessità di individuare una vera e propria cooperazione tra pagatore e utente.

²¹² MAIMIERI, voce *Bancomat*, cit., 199: l'A. spiega infatti che se si ritenesse che la banca pagatrice nel permettere il prelievo compisse un'attività gestoria in quanto mandataria, sarebbe necessario altresì enfatizzare l'attività di controllo svolta dal macchinario equiparandola a quella svolta dall'impiegato della banca in sede di negoziazione dei titoli. Prosegue sostenendo che «un conto è dire che, per motivi tecnici di funzionamento del sistema, l'attività di individuazione dell'aveente diritto alla prestazione avviene in un certo modo che sostituisce – pur con le diversità che si sono segnalate – quello tradizionale ed un altro è affermare che questa particolare procedura ha la medesima rilevanza giuridica di quella, cosciente e volontaria, posta in essere dalla banca che controlla la legittimazione e l'identità del presentatore del titolo per l'incasso.» BRANCADORO, *Osservazioni sul servizio «Bancomat»*, cit., 675 il quale, in merito alla distinzione tra titoli e carta di pagamento, evidenzia che «a differenza della carta assegni, qui la banca emittente non garantisce al traente e al banchiere prenditore il pagamento dell'assegno; semplicemente autorizza il cliente al prelievo di somme proprie e risponde verso la banca pagatrice in forza di una obbligazione autonoma (nascente dal regolamento interbancario).» Di parere diametralmente opposto CIRAIOLO, *Le carte di debito nell'ordinamento italiano*, cit., 89: l'A. sostiene che non sembra possibile escludere che le banche aderenti al regolamento conferiscano ad altre un incarico ad eseguire i pagamenti per conto delle consociate. Ritiene, infatti, che la convenzione e gli annessi regolamenti disciplinino proprio gli adempimenti tecnici materiali (anticipazione delle somme e rimborsi *ex artt.* 1719 e 1720 c.c.) che rappresentano il presupposto necessario per l'espletamento dei vicendevoli incarichi o mandati di pagamento. L'A. non condivide l'opinione

considerare quale atto giuridico in senso stretto, oggetto di mandato, la prestazione di un macchinario automatico²¹³. La convenzione interbancaria, alla quale banche ed Istituti non bancari aderiscono, non deve essere interpretata come fonte di un mandato, bensì quale obbligo di cooperazione materiale che si traduce nella prestazione da parte dell'Istituto pagatore di una mera attività di fatto. La consegna e/o il prelievo risultano avere la medesima valenza giuridica indipendentemente da quale sia la banca o l'Istituto non bancario proprietario del *cash dispenser* utilizzato. Tali «accadimenti» non sembrano configurare atti giuridici in senso stretto, «trattandosi di mero fatto, sia pure giuridicamente rilevante»²¹⁴.

4.1.3. I pagamenti.

L'operazione di pagamento a mezzo di Pagobancomat costituisce un trasferimento elettronico di fondi (*Electronic Funds Transfer*, E.F.T.)²¹⁵ attuato

secondo la quale mediante la convenzione interbancaria le banche e gli Istituti si limitino ad attivare e rifornire di banconote gli ATM, senza eseguire essi stessi i pagamenti a cui i macchinari sono preordinati. Evidenzia come gli stessi Istituti pagatori anticipino il denaro necessario al funzionamento del macchinario e curino la registrazione delle operazioni nonché la trasmissione dei relativi dati agli altri Istituti.

²¹³ DONADI, *Bancomat*, cit., 636 afferma che «il rapporto giuridico si instaura con la macchina e non con la banca che la instaura e la rifornisce. La conseguenza è che il prelievo si può considerare come giuridicamente avvenuto presso la banca depositaria e come tale è calcolato anche ai fini del calcolo della valuta, anche se l'addebito viene realmente effettuato in un momento successivo».

²¹⁴ CIRAIOLO, *Le carte di debito nell'ordinamento italiano*, cit., 92 s.

²¹⁵ «Electronic funds transfer (EFT) is a transfer of funds is initiated through an electronic terminal, telephone, computer (including on-line banking) or magnetic tape for the purpose of ordering, instructing, or authorizing a financial institution to debit or credit a consumer's account. EFTs include, but are not limited to point-of-sale (POS) transfers; automated teller machine (ATM) transfers; direct deposits or withdrawals of funds; transfers initiated by telephone; and transfers resulting from debit card transactions, whether or not initiated through an electronic terminal.» (Section 205.3(b)) The Electronic Fund Transfer Act (EFTA) (15 USC 1693 et seq.) of 1978. La nostra dottrina è incline a considerare sussistente la fattispecie solo se l'intera operazione, non solo il suo inizio, venga realizzata per via elettronica. Cfr. GIANNANTONIO, *Trasferimenti elettronici di fondi e adempimento*, in *Foro it.*, V, 165; TROIANO O., *I servizi elettronici di pagamento. Addebiti in conto non autorizzati: un'analisi comparata*, Milano, Giuffrè, 1996, 52; CIACCI, *Pagamenti elettronici e moneta elettronica*, in TOSI (a cura di), *La tutela del consumatore in internet e nel commercio elettronico*, Milano, Giuffrè, 2012, 506 ss.; CHORAFAS, *Electronic Funds Transfer*, Londra, London Butterworths, 1988, 321 ss.; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Electronic funds transfer: plastica cards and the consumer*, Parigi, 1989, 31 ss.

mediante la lettura della tessera (del cip o della banda magnetica) ad opera del POS installato presso il venditore²¹⁶. L'attivazione del trasferimento è, come si è detto, subordinata alla digitazione del PIN che permette l'identificazione del titolare della carta e del conto a lui intestato. Attualmente numerose operazioni di pagamento possono essere eseguite anche presso gli ATM che operano in funzione di POS attraverso l'accesso ad un conto *online*.

L'esecuzione di tali operazioni postula l'intervento di soggetti diversi rispetto alla banca o ai prestatori non bancari quali gli istituti di compensazione, le c.d. centrali di *clearing*. Tali apparecchi sono infatti collegati ad un organismo di compensazione (*Automated Clearing Houses, A.C.H.*) che effettua il trasferimento dell'importo della transazione dal conto dell'acquirente a quello del commerciante²¹⁷.

In ragione della connessione tra carta di pagamento e conto, la carta diviene un semplice strumento di disposizione del saldo attivo risultante dal conto. In tale ottica si iscrive il divieto di superamento del saldo disponibile di cui all' art. 1, comma 2, Sez. III, del Protocollo d'intesa del 24 maggio 2000 dell'Abi con le Associazioni dei consumatori, in forza del quale sussiste un vero e proprio divieto di superamento del saldo disponibile sul conto corrente bancario; quanto disposto per il conto corrente bancario si deve ritenere valevole anche per il PagoBancomat transitante su un conto di pagamento, in ragione della definizione di conto contenuta all'art. 2, lett. h, d.lgs. 11/2010²¹⁸.

Il pagamento mediante carta configura una modalità elettronica di «destinazione dei fondi a scopo di pagamento»²¹⁹ che si iscrive nella figura della *delegatio solvendi*, tipicamente rinvenibile nelle operazioni gestite in conto. L'ordine di pagamento risulta dato mediante la digitazione del PIN da parte

²¹⁶ CIRAOLO, *Le carte di debito nell'ordinamento italiano*, cit., 26, ss.; DISEGNI, *Strumenti di credito e mezzi di pagamento*, cit., 418; ONZA, *Estinzione dell'obbligazione pecuniaria e finanziamento dei consumi*, cit., 151 ss.; ONZA, *Bancomat e Pagobancomat*, in SALAMONE, SPADA (a cura di), *Commentario breve al diritto delle cambiali, degli assegni e di altri strumenti di pagamento*, Padova, Cedam, 2014, 922; OLIVIERI, *Compensazione e circolazione della moneta nei sistemi di pagamento*, cit., 239; DONADI, *Bancomat*, cit., 639.

²¹⁷ OLIVIERI, *Compensazione e circolazione della moneta nei sistemi di pagamento*, cit., 18 ss.

²¹⁸ ONZA, *Estinzione dell'obbligazione pecuniaria e finanziamento dei consumi*, cit., 164.

²¹⁹ ONZA, *Estinzione dell'obbligazione pecuniaria e finanziamento dei consumi*, cit., 164.

dell'utente; a ciò consegue l'invio di impulsi elettronici alla ricezione dei quali consegue l'addebito sul conto del venditore delle somme oggetto dell'operazione.

L'ordine viene impartito “a distanza” dal titolare della carta in presenza e con la collaborazione del venditore; sarà quest'ultimo ad essere chiamato ad immettere in rete i dati relativi al pagamento dopo averlo completato con l'inserimento del proprio codice identificativo²²⁰.

Parte della dottrina ha distinto il sistema ad operatività c.d. *online* da quelli *off-line*. Nei primi l'addebito e il rispettivo accredito vengono eseguiti in un lasso di tempo tanto breve da apparire contestuale²²¹: lo strumento elettronico effettua direttamente lo spostamento “scritturale” del denaro. I sistemi *off-line* operano rendendo necessaria una successiva operazione contabile al fine del perfezionamento dell'operazione di pagamento. La distinzione è dunque parsa rilevare laddove l'eliminazione dell'intervallo tra l'ordine di pagamento e la sua esecuzione, che si verifica nei trasferimenti *online*, sembrerebbe eliminare l'attività esecutiva del prestatore di servizi di pagamento²²².

²²⁰ Sulla differenza tra bonifico e pagamento con *debit card* cfr. CIRAOLLO, *Le carte di debito nell'ordinamento italiano*, cit., 140 ss.; OLIVIERI, *Compensazione e circolazione della moneta nei sistemi di pagamento*, cit., 241 s. In particolare quest'ultimo A. evidenzia l'attività di collaborazione del venditore per enfatizzare la distinzione tra l'ordine di pagamento che avviene con l'uso della carta di debito e quello che si ha con il bonifico. Tale ultima operazione infatti non richiede alcun intervento del ricevente per il suo perfezionamento. A tale differente modalità di esecuzione del pagamento consegue inoltre una differente ripartizione della responsabilità per omessa o errata esecuzione dell'ordine di pagamento da parte degli intermediari coinvolti. *Contra* TIDU, *Clausola di esecuzione in «tempo reale» e pagamenti elettronici interbancari*, in AA. VV., *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, Padova, Cedam, 1992, II, 351; FARENGA, *La moneta bancaria*, cit., 203 s.; NICCOLINI, *Carte di credito e carte bancarie*, cit., 4 s.

²²¹ Solo il riscontro dell'autenticità della carta e del PIN avviene in tempo reale, mentre il resto dell'operazione viene completata in un momento successivo, sebbene nei sistemi *on line* il lasso di tempo sia particolarmente esiguo. MAIMIERI, *Bancomat*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, 192; TIDU, *Clausola di esecuzione in «tempo reale» e pagamenti elettronici interbancari*, cit., 353 ss.. L'A. compie un lungo *excursus* sui pagamenti *real time* nei quali l'accredito dovrebbe coincidere con il momento stesso della trasmissione dell'ordine. Osserva che «nulla impedisce che nonostante la connessione *on line* il sistema non sia programmato perché l'operazione sia eseguita immediatamente o quanto meno che l'operazione lo sia». Il concetto di immediatezza, nel suo senso letterale, appare tuttavia di difficile applicazione in questo ambito essendo condizionata da diversi fattori, tra i quali la stessa trasmissione delle informazioni. Poiché solo nei pagamenti *on line* l'operazione sembra ridurre i tempi tanto da apparire contestuale, essi vengono genericamente qualificati quali dotati di una esecuzione in tempo reale, cioè pagamenti *real time*.

²²² TIDU, *Clausola di esecuzione in «tempo reale» e pagamenti elettronici interbancari*, cit., 350 ss.: l'A. afferma che con i sistemi *off-line* l'informazione trasmessa non avvia un processo tale da produrre l'automatica modifica del saldo contabile e della disponibilità sui conti delle parti

Tuttavia, l'attività dell'intermediario deve individuarsi nel «negozio costitutivo della provvista regolato in forma di conto, in cui alle tradizionali modalità di esecuzione degli incarichi si affianca [...] la forma elettronica»²²³. Non può ritenersi che l'operazione di pagamento prenda avvio da un comportamento diretto dell'utente senza alcun intervento dell'intermediario. L'intermediazione si configura appunto nel trasferimento dei dati informatici, nonché nell'approntamento e nella manutenzione delle apparecchiature elettroniche necessarie. La trasmissione dei dati elettronici, *online* oppure *offline*, non sembra ostacolare la qualificazione dell'operazione quale delegazione di pagamento, incidendo non già sulla sua ricostruzione giuridica bensì sulla modalità di esecuzione dello stesso.

L'attuale norma disciplinando congiuntamente tutti i servizi di pagamento ha finito per “limare” le differenze intercorrenti tra i vari servizi²²⁴. Le carte di debito sono infatti considerate dalla PSD quale strumento per l'esecuzione di ordini di pagamento gestiti su un conto (n. 3, allegato A, PSD), corrispondenti a delegazioni di pagamento (secondo quanto osservato nel capitolo precedente in relazione alle operazioni di pagamento gestite in conto, a cui si rinvia).

La riconduzione delle operazioni di pagamento con carta di debito alla delegazione di pagamento appare limitativa se si pone lo sguardo alla disciplina

interessate. Tale ultimo evento viene in essere solo in presenza di un intervento umano che alla ricezione dell'informazione fa conseguire le modifiche dei conti del pagatore e del ricevente. L'intervento umano viene meno per i sistemi che operano *on line*, poiché le modifiche contabili dei conti sono fatte direttamente dai *computer*. Non essendo qualificabile l'attività del *computer* quale atto giuridico, l'A. ritiene che «nel pagamento *real time* è lo stesso ordinante che, interferendo nella sfera giuridica dell'ordinato, compie, per proprio conto, un atto giuridico i cui effetti giuridici si producono direttamente anche in capo all'ordinato». In tale modo l'attività degli Istituti rimane alle spalle dell'operazione: essi hanno la funzione di permettere l'operazione mediante la tenuta dei conti, tuttavia, non è ad essi attribuita alcuna forma di intermediazione nell'esecuzione del pagamento.

²²³ ONZA, *Bancomat e Pagobancomat*, cit., 925; ONZA, *Estinzione dell'obbligazione pecuniaria e finanziamento dei consumi*, cit., 166; OLIVIERI, *Compensazione e circolazione della moneta nei sistemi di pagamento*, cit., 241.

²²⁴ Sulle differenze tra bonifico e Pagobancomat cfr. CIRAULO, *Le carte di debito nell'ordinamento italiano*, cit., 140 s.; OLIVIERI, *Compensazione e circolazione della moneta nei sistemi di pagamento*, cit., 241 ss. Sull'assimilazione al bonifico: PARTESOTTI, MANENTE, URBANI, *Lezioni sui titoli di credito. Con attenzione anche a strumenti finanziari e strumenti “bancari” di pagamento*, Noceto, Monduzzi, 2005, 204; NICCOLINI, *Carte di credito e carte bancarie*, cit., 5; FARENZA, *La moneta bancaria*, cit., 203; ONZA, *Bancomat e Pagobancomat*, cit., 927.

che le riguarda (dalla responsabilità per smarrimento, alle ipotesi di disconoscimento dell'autorizzazione, all'illecito utilizzo ecc).

L'utilizzo della carta prevede una disciplina propria, autonoma rispetto a quella prevista nel codice civile in relazione alla *delegatio solvendi*, che sembra applicabile solo in quanto compatibile²²⁵.

4.2. Carta di credito.

La carta di credito è un veicolo documentale di un'operazione complessa, scomponibile in una pluralità di rapporti, la cui funzione è procurare al titolare l'accesso a beni o servizi mediante la presentazione della carta in luogo dell'immediato versamento del prezzo in moneta legale.

L'emittente rilascia la carta di credito con l'indicazione del nome del titolare e del periodo di validità²²⁶; il portatore se ne serve per ottenere dall'esercente convenzionato il bene o il servizio richiesto senza il contestuale esborso di contante.

²²⁵ LIACE, *I contratti bancari*, cit., 163. *Contra*: ONZA, *Estinzione dell'obbligazione pecuniaria e finanziamento dei consumi*, cit., 167. Sulla concezione dei servizi di pagamento quale autonoma categoria di contratti che si iscrive tra le prestazioni gestite in conto corrente, quando presente, cfr. OLIVIERI, *Compensazione e circolazione della moneta nei sistemi di pagamento*, cit., 36.

²²⁶ La carta di credito si presenta come una tessera plastificata sul cui verso sono indicati i dati identificativi del titolare (nominativo, numero di carta, data di scadenza, soggetto emittente e logo del circuito internazionale in cui la carta è inserita). Sul retro sono apposti sia la firma del titolare che un codice, il CVC (*Card Validity Code*) per la VISA, il CIN (*Card Identification Number*) per l'American Express oppure CVV (*Card Validity Value*) per Mastercard. La firma sul lato posteriore funge da *specimen* con riferimento alla sottoscrizione della nota di spesa o *memorandum*. Al momento dell'utilizzo della carta per l'esecuzione di un pagamento l'esercente convenzionato sarà chiamato a verificare la corrispondenza tra la firma apposta sul retro della carta e quella apposta sul *memorandum* al fine di ottenere l'accredito sul proprio conto. Qualora la verifica non sia stata compiuta e la carta sia utilizzata da persona diversa dal titolare questi potrà richiedere il rimborso delle somme oggetto del pagamento. Attualmente appaiono sempre più diffuse le carte di credito per le quali non risulta necessaria la sottoscrizione della nota di spesa, essendo il pagamento condizionato alla previa digitazione di un codice segreto, PIN. Il codice in tale circostanza è parso strumento identificato del titolare sottoposto a minore rischio di contraffazione rispetto alla semplice firma. BAESSATO, *Le carte di credito e di pagamento*, in FIORUCCI, (a cura di), *La disciplina dei rapporti bancari. Normativa, giurisprudenza e prassi*, Assago, Cedam, 2012, 864 ss. Sulla differenza tra PIN e firma elettronica cfr. LEMME, *Moneta scritturale e moneta elettronica*, Torino, Giappichelli, 2003, 137.

Le carte si distinguono in bilaterali²²⁷, quando emesse direttamente dall'esercente presso il quale il titolare della carta può utilizzarla, e trilaterali, se l'emittente è un soggetto diverso che opera quale intermediario nella fase di esecuzione dei rapporti tra portatore della carta e imprese presso cui può essere utilizzata. In quest'ultimo caso l'obbligazione di pagamento viene eseguita da un soggetto terzo rispetto al contratto che genera l'obbligo di eseguire il pagamento.

Le carte trilaterali sono, attualmente, le più diffuse, poiché si tratta di un prodotto accessorio di frequente connesso all'apertura di un conto²²⁸.

Le carte di credito ripropongono il medesimo schema trilaterale già visto nelle carte di debito, presentando anche in tal caso una convenzione di rilascio della carta²²⁹ ed una di associazione dell'esercente attività commerciale.

La convenzione di rilascio contiene, di solito, una clausola di inopponibilità, da parte del titolare della carta nei confronti dell'emittente, di eventuali eccezioni

²²⁷ Le carte di credito bilaterali sono le prime carte di credito comparse sul mercato: «se n'è rintracciata una addirittura nel 1894 emessa da una certa "Hotel Credit Letter Company" negli Stati Uniti d'America. Le prime carte di pagamento nacquero negli Stati Uniti nel 1914, quando la società Western Union offrì ai suoi clienti una targhetta metallica che poteva essere utilizzata per rateizzare i propri pagamenti. Nel 1930 la società telefonica americana AT&T, così come alcune compagnie ferroviarie, dettero vita anch'esse alle carte di credito, senza interessi sui pagamenti dilazionati, e ciò naturalmente favorì la loro diffusione. Ma il fatto determinante nell'espansione del nuovo procedimento (la "terza generazione" dei mezzi di pagamento, si è detto, dopo la moneta e l'assegno) cade nel 1950: quando il Diners Club of America (in nome non è, credo, casuale per ciò che i primi esercizi convenzionati furono 40 ristoranti) promuove il primo *tripartite credit cards sistem*; imitato, nel 1958 dall'American Express e, l'anno successivo, dalla Bank of America e dalla Chase Manhattan.» SPADA, *Carte di credito: «terza generazione» dei mezzi di pagamento*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1976, 1, 5, 488; BAESSATO, *Le carte di credito e di pagamento*, cit., 863 s.; TRANE, *Le carte di credito*, Milano, Giuffrè, 2002, 5 s.; CONSIGLIO NAZIONALE DELL'ECONOMIA E DEL LAVORO, *Moneta elettronica. Osservazioni e proposte*, cit., 7.

²²⁸ L'espansione del mercato dei beni di consumo è una delle con-cause della fase recessiva delle carte di credito bilaterali: gli esercenti hanno progressivamente teso a trasferire ad un terzo soggetto l'attività di emissione delle carte, esecuzione dei pagamenti e riscossione dei corrispettivi dovuti dai consumatori. Per eliminare le conseguenze dalla possibile insolvenza dei debitori, si è preferito traslare il rischio su «soggetti forti e finanziariamente solidi che svolgono in via esclusiva e prevalente tale attività». Ne è conseguito lo sviluppo e la sempre maggiore diffusione delle carte trilaterali, attualmente nettamente più utilizzate di quelle bilaterali. ONZA, *Carte di credito*, in SALAMONE, SPADA (a cura di), *Commentario breve al diritto delle cambiali, degli assegni e di altri strumenti di pagamento*, Padova, Cedam, 2014, 898; NICCOLINI, *Carte di credito e carte bancarie*, cit., 2; SPADA, *Carte di credito: «terza generazione» dei mezzi di pagamento*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1976, 1, 5, 491. TRANE, *Le carte di credito*, cit., 11.

²²⁹ Quando le carte sono emesse in favore di un utente che rientri nella categoria del consumatore la convenzione di rilascio è soggetta alla disciplina prevista per la tutela del consumatore di cui al d.lgs. 206/2005. Cfr. ONZA, *Carte di credito*, cit., 885.

derivanti dall'acquisto dei beni e/o fornitura di servizi con essa acquistati. Il sostegno creditizio, sebbene finalizzato all'acquisto, è dissociato dallo scambio del bene o dalla fruizione del servizio. Ciò ha indotto a parlare della carta di credito quale titolo astratto²³⁰, non dissimile da un titolo di credito²³¹.

Tuttavia, la carta di credito non può essere inquadrata nei titoli di credito, né è possibile individuare un'obbligazione cartolare dell'emittente nei confronti del titolare e degli esercenti convenzionati (per le carte trilaterali) tale da vincolare l'emittente al pagamento di questi ultimi, con l'effetto di ottenere dal titolare la restituzione della carta²³². Non può dirsi esistere neppure la c.d. incorporazione, condizione giuridica della sua negoziabilità e della sua idoneità ad essere utilizzata per interessi molteplici, di una situazione di vantaggio in un documento circolante²³³.

Nella carta di credito i singoli contratti conclusi tra le diverse parti sono destinati a produrre effetti solo tra le stesse ed esclusivamente al fine di eseguire le singole operazioni previste²³⁴. Non realizzano, quindi, alcuna delle funzioni di legittimazione e di circolazione proprie dei titoli di credito²³⁵.

²³⁰ Il «finanziamento» è erogato in funzione del semplice addebito della somma utilizzata sul conto del cliente. Esso viene concesso dall'emittente senza considerazione alcuna dei caratteri e delle qualità dei beni e servizi acquisiti. La carta può infatti essere utilizzata per l'acquisto di beni e servizi non determinati *a priori* in sede contrattuale dall'emittente. L'autonomia tra contratto di rilascio della carta e i singoli contratti di vendita fa sì che il cliente si possa trovare a dover rimborsare all'emittente somme di denaro anticipategli al fine di acquistare beni che non gli sono mai stati consegnati o non presentavano le qualità promesse. ALPA, BESSONE, *Disciplina giuridica delle carte di credito e problemi di controllo del credito al consumo*, in *Giur. It.*, 1976, IV, 114 s.

²³¹ NESI, *Carte di banca e carte di credito nella precedente esperienza italiana: proposte per una sistemazione giuridica*, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 1968, 579 s.: l'A. considera le carte di credito «veri e propri titoli di credito che incorporano un'obbligazione di tipo cartolare dell'emittente nei confronti del titolare e dei terzi che soddisfano la richiesta di prestazioni di beni e servizi accettando questo tipo di pagamento.» Nella specie, in ALPA, BESSONE, *Disciplina giuridica delle carte di credito*, cit., 111 le carte di credito vengono paragonate a «forme particolari di assegni».

²³² Cfr. NESI, *Carte di banca e carte di credito nella precedente esperienza italiana*, cit., 580.

²³³ PETTITI, *In tema di carte di credito: profilo giuridico del pagamento sostitutivo*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1988, 1, 594 ss.: l'A. prosegue osservando che «il tesserino non contiene neppure i requisiti fondamentali del titolo di credito quali la sottoscrizione del debitore e la determinazione o facile determinabilità dell'obbligazione, poiché non reca la sottoscrizione dell'emittente tenuto alla prestazione di dare, o quella dell'esercente tenuto alla prestazione di fare, né specifica concretamente il diritto in esso contenuto potendo essere utilizzata per la conclusione di molteplici contratti.»

²³⁴ Le convenzioni di rilascio evidenziano tale separazione rispetto ai singoli contratti che il titolare conclude con gli esercenti convenzionati, ponendo una clausola di limitazione della

Pertanto, appare preferibile riconoscervi un documento di legittimazione²³⁶, destinato a consentire al possessore, previa sua identificazione e apposizione di una firma sulla fattura, l'acquisizione a credito di un bene dagli esercenti convenzionati. Non osta a tale qualificazione il fatto che la semplice esibizione della carta non è sufficiente per ottenere dall'esercente la vendita del bene. E' vero che l'esercente è chiamato a svolgere una serie di controlli sull'identità del portatore²³⁷, ma tali controlli, nascenti dal rapporto contrattuale sancito nella convenzione di associazione, sono funzionali ad esonerare il venditore convenzionato dalla responsabilità risarcitoria nei confronti dell'emittente²³⁸.

Sotto il profilo giuridico le carte di credito configurano tipi di "documenti di legittimazione" che attribuiscono al titolare il diritto ad effettuare operazioni di delegazione di pagamento allo scoperto²³⁹.

responsabilità dell'emittente a cui non potranno essere opposte dal titolare le eccezioni relative al rapporto di acquisto con il fornitore. Anche qualora gli effetti del contratto di vendita non si dovessero produrre o venissero meno, il titolare della carta non potrebbe chiedere all'emittente la restituzione delle somme corrisposte al venditore. Cfr. FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, cit., 527; ONZA, *Carte di credito*, cit., 887 s.; PRESTI, *Nuovi strumenti per il credito al consumo: le carte revolving*, in *Le Società*, 2007, 4, 484.

²³⁵ Secondo la legge di circolazione che regola i titoli di credito, il possessore del documento è abilitato all'esercizio del diritto in esso contenuto a prescindere dal fatto che ne sia titolare. Per contro il titolare del diritto che non sia in possesso del documento non può esercitare il diritto. La proprietà del documento non è dunque sufficiente al fine della legittimazione, né ai fini dell'acquisto della titolarità, poiché la legittimazione compete solo al possessore e la sua disponibilità naturale non è sufficiente a farne acquisire automaticamente la proprietà. Nelle carte di credito la convenzione di rilascio di solito prevede che la proprietà della carta rimanga in capo all'emittente, il quale si riserva la facoltà di ritirarla, configurando la relazione giuridica del titolare con il documento quale temporaneo possesso, al quale si affianca l'interdizione della cessione. PETTITI, *In tema di carte di credito*, cit., 595; DI NANNI, *Pagamento e sostituzione nella carta di credito*, Napoli, Jovene, 1983, 200; ONZA, *Carte di credito*, cit., 886.; BAESSATO, *Le carte di credito e di pagamento*, cit., 868.

²³⁶ DE MARCHI, *Carte di credito e carte bancarie*, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 1970, 326.

²³⁷ Alcuni autori rifiutano l'identificazione della carta di credito trilaterale nel documento di legittimazione, preferendo altresì riconoscervi un documento di licenza contenente la prova di un contratto. Tale punto di vista fa leva sull'insufficienza della spendita del documento affinché il portatore possa ottenere la prestazione dovuta, poiché l'esercente è obbligato al compimento di ulteriori verifiche finalizzate alla confezione della nota di spesa. Il tesserino magnetico configurerebbe uno strumento finalizzato al procedimento di identificazione del titolare, volto a comprovare l'esistenza di un vincolo contrattuale tra questo e l'emittente, e a realizzare un trasferimento elettronico di fondi. DI NANNI, *Pagamento e sostituzione nella carta di credito*, cit., 210; PETTITI, *In tema di carte di credito*, cit., 596; MONTANARI, *La discussa natura giuridica del memorandum di spesa delle carte di credito*, in *Giust. Civ.*, 2007, 1, 2844.

²³⁸ ONZA, *Carte di credito*, cit., 887.

²³⁹ GIORGIANNI, TARDIVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, cit., 534 s.

4.2.1. I Pagamenti con carta di credito.

Il pagamento si articola in tre distinte relazioni giuridiche legate da uno stretto vincolo di interdipendenza: fra emittente e titolare della carta, fra emittente ed esercente convenzionato e fra titolare ed esercente.

Tali rapporti, come detto, rimangono tra loro indipendenti: da un lato sono presenti due distinti contratti che legano l'esercente e il titolare della carta all'emittente, dall'altra ci sono gli eventuali contratti di scambio tra l'esercente convenzionato ed il titolare della carta i cui vizi non saranno opponibili all'emittente, che esegue il pagamento.

Ai sensi della convenzione di associazione l'esercente si impegna, nei confronti dell'emittente a cedere beni e prestare servizi ad ogni titolare della carta senza pretendere la corresponsione del prezzo in contanti, verso esibizione della tessera e sottoscrizione di un documento, il *memorandum di spesa* o nota di spesa, sul quale sono riportati gli estremi dell'operazione conclusa (contiene anche alcuni dati relativi al portatore ed alla carta quali intestazione, numero della stessa, scadenza).

L'emittente si obbliga a pagare all'esercente gli importi risultanti dalle note di spesa decurtati di una predeterminata quota, il c.d. disaggio. In forza della convenzione di rilascio, stipulata con il titolare della carta, l'emittente rilascia la carta di credito, dietro corrispettivo di una commissione annua, c.d. canone.

Il titolare della carta si impegna a corrispondere all'emittente, alle scadenze pattuite e dietro distinta analitica riportata in apposito estratto conto, il prezzo dei beni acquistati e dei servizi goduti presso gli esercenti convenzionati in un determinato lasso di tempo, c.d. periodo di contabilizzazione.

Come si è osservato, il pagamento all'esercente convenzionato viene effettuato dall'emittente, il quale si sostituisce al debitore per il pagamento del debito ed al creditore per la riscossione della medesima prestazione dal titolare. E', infatti, identificabile una sostituzione di pagamento.

Sebbene non si rinvenga un orientamento unanime, le ricostruzioni giuridiche della sostituzione si polarizzano sull'osservazione della sostituzione nel lato passivo, per la teorica della delegazione di pagamento, oppure nel lato attivo, configurando una cessione del credito.

Tale ultima ricostruzione, utilizza il modello della sostituzione dal punto di vista dell'esercente convenzionato, il lato attivo del rapporto obbligatorio. Ad operare sarebbe la cessione *pro soluto* di crediti futuri, poiché i crediti, che derivano dai singoli contratti di vendita conclusi dall'esercente con i titolari della carta, verrebbero trasferiti non appena vengono ad esistenza. Secondo tale punto di vista la convenzione di abbonamento configura una vendita di crediti futuri, cioè di tutti i crediti che nel periodo di durata del contratto vengono ad esistenza per effetto di contratti di scambio conclusi dall'esercente convenzionato con i titolari delle carte. Il prezzo della vendita dei crediti futuri sarebbe pari alla somma che il fornitore cedente riceve dall'emittente, corrispondente al credito *ex pretio* al netto del disaggio (che viene corrisposto poiché il fornitore ottiene dall'emittente il pagamento immediato del debito del titolare della carta, senza necessità di concedere egli stesso dilazioni, come avviene nelle carte bilaterali)²⁴⁰.

La teorica della delegazione di pagamento pone, invece, l'accento sul lato passivo del rapporto obbligatorio, vale a dire sull'ordine di pagamento impartito dal cliente all'emittente, delegato, di pagare l'esercente convenzionato, delegatario²⁴¹. In tale prospettiva il contratto di rilascio della carta disciplina il rapporto di provvista, tra delegante e delegato; quello di scambio tra esercente e titolare della carta regola il rapporto di valuta, delegante – delegatario; infine, il contratto di associazione regola il c.d. «terzo rapporto» tra delegato e delegatario²⁴². E' il debitore ad ordinare all'emittente di pagare il prezzo dei beni

²⁴⁰ Cfr. DOLMETTA, *La carta di credito*, in *Quaderni di Banca, Borsa e tit. cred.*, Milano, Giuffrè, 1981, 48 ss.

²⁴¹ SPADA, *Carte di credito: «terza generazione» dei mezzi di pagamento*, cit., 495: l'A. individua quale nota caratteristica del rapporto il fatto che «lo *iussum* viene trasmesso al delegato (emittente) dal delegatario (esercizio convenzionato) e che quest'ultimo verifica, in sostituzione del primo, la legittimazione «ad ordinare». Si versa, cioè, in una tipica ipotesi di delegazione indiretta».

²⁴² ONZA, *Carte di credito*, cit., 902; NICCOLINI, *Carte di credito e carte bancarie*, cit., 3; FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, cit., 524.

acquistati e dei servizi fruiti²⁴³, configurando così una delegazione passiva. L'emittente, dal canto suo, adempiendo a tale ordine estingue il rapporto di valuta, tra delegante e delegatario, e diviene legittimato ad ottenere dal titolare della carta la somma versata all' esercente convenzionato.

E' rimasta minoritaria la tesi che riconosce nel pagamento con carta di credito un «accollo dell'emittente, per effetto del quale in via preventiva, cioè prima che qualunque rapporto di debito – credito sia sorto, egli assume l'obbligo di eseguire l'obbligazione *ex pretio* del portatore»²⁴⁴. Tale tesi presuppone, infatti, un collegamento negoziale tra il contratto di scambio e le convenzioni di rilascio e di associazione che sembra opposto a quella che con tale operazione di vuole realizzare. Sebbene, nel pagamento con carta di credito concorrono interessi tra loro collegati nella funzione unitariamente considerata, i contratti che li realizzano devono considerarsi separati, come testimoniato dall'inopponibilità all'emittente di qualsivoglia vizio riconducibile al negozio di scambio tra titolare della carta e venditore convenzionato²⁴⁵.

Le suesposte teorie sulla ricostruzione del rapporto trilaterale appaiono compatibili anche nelle ipotesi di pagamento con carta *on line*, che incide esclusivamente sulla modalità di spendita della carta. Nei pagamenti *on line* manca, infatti, la presentazione “fisica” della carta, della quale vengono tuttavia trasmessi i dati: il pagatore si identifica mediante la digitazione del numero della carta e dell'intestatario (nonché la data di scadenza della stessa ed il codice di sicurezza). Tale operazione è stata definita «*narrazione del documento*», cioè narrazione di informazioni la cui trasmissione integra l'indice di legittimazione per l'ingresso al servizio con contestuale verifica da parte del ricevente dell'identificazione dell'avente diritto. La narrazione del documento è, dunque, una modalità di spendita della carta in forma “digitale”, i cui effetti non differiscono da quella “materiale”.

²⁴³ DE MARCHI, *Carte di credito e carte bancarie*, cit., 335: l'A. individua nella firma apposta la *memorandum* l'ordine di pagare la «fattura» al delegato, ovvero l'emittente della carta.

²⁴⁴ PETTITI, *In tema di carte di credito*, cit., 593 ss.; DI NANNI, *Pagamento e sostituzione nella carta di credito*, cit., 357 ss.

²⁴⁵ Cfr. ONZA, *Carte di credito*, cit., 901 s.

Le divergenze ricostruttive esposte non sembrano trovare composizione nella nuova disciplina dei servizi di pagamento, che si limita ad inquadrare le operazioni con carta di credito nelle operazioni di pagamento, riconoscendo nella carta uno strumento per inviare un ordine di pagamento all'intermediario. Questi a sua volta dà avvio ad una operazione di pagamento, che nel caso di specie si concretizza in un trasferimento elettronico di fondi disposto dal pagatore non già dal beneficiario (d. lgs. 11/2010, art. 1, comma 1, lett. c e Disposizioni di attuazione del Titolo II del d.lgs. 11/2010, Sez. II, art. 2.1.1.). In seguito al pagamento l'emittente ha facoltà di richiedere il *quantum* versato, che in presenza di un conto di pagamento assume la forma di un ulteriore trasferimento di fondi nella forma dell'addebito diretto a valere sul conto del titolare della carta (Disposizioni di attuazione del Titolo II del d.lgs. 11/2010, Sez. II, art. 2.1.2, n. 1)

Viene, dunque, fornita una lettura economica dell'operazione di pagamento, scevra da un inquadramento giuridico.

4.3. Distinzioni ed analogie.

Benché entrambe le carte, di debito e di credito, consentano al titolare l'acquisto di beni e/o servizi presso gli esercenti convenzionati senza un contestuale esborso di contante, le differenze intercorrenti appaiono molteplici.

Innanzitutto, l'emissione di una carta di debito richiede l'esistenza di un conto, corrente bancario o di pagamento, nel quale siano giacenti i fondi del titolare della carta. Non lo stesso è previsto per le carte di credito, in cui la conclusione di un contratto di conto corrente bancario o di pagamento «è un evento solo accidentale»²⁴⁶. Sebbene nella prassi anche il rilascio della carta di credito è legato al conto, questo non ne costituisce una condizione necessaria, potendo l'utente trasmettere all'emittente le somme utilizzate per i pagamenti effettuati solo al momento della richiesta, ad esempio al momento della ricezione dell'estratto delle operazioni.

²⁴⁶ ONZA, *Carte di credito*, cit., 889.

Nella macro-categoria delle carte di credito è possibile distinguere le *revolving cards*, in cui il titolare rimborsa l'emittente ratealmente e con corresponsione di interessi²⁴⁷, dalle *charge cards*²⁴⁸ per le quali il rimborso dell'emittente, posticipato rispetto all'operazione commerciale sottostante, viene effettuato in un'unica soluzione e senza interessi al ricevimento dell'estratto conto secondo le scadenze pattuite.

La differenza tra *revolving cards* e *charge cards* si rinviene rispetto alle modalità di rimborso dovuto all'emittente: il loro utilizzo comporta un differimento del pagamento a favore del pagatore, che gode di un vero e proprio sostegno creditizio da parte dell'emittente. Le modalità con il quale il rimborso verrà poi richiesto, ratealmente per le *revolving cards* o in unica soluzione per le *charge cards*, non incidono sulla struttura dell'operazione nel suo complesso. Sembrano rispondere alla medesima funzione di differimento del pagamento in un

²⁴⁷ Nelle carte c.d. *revolving* la cifra da restituire viene rateizzata ed ogni rata rimborsata rigenera automaticamente la disponibilità di spesa del titolare. È nata per rispondere alle necessità della clientela di disporre di uno strumento di credito al consumo dotato di massima flessibilità operativa, che in virtù di tale funzione è stata definita quale prodotto bancario misto a metà strada tra la carta di credito ed il finanziamento. Hanno suscitato precipua attenzione le condizioni contrattuali connesse alla loro emissione, in particolare per quanto concerne gli interessi applicati ai ratei di rimborso, che possono arrivare fin oltre il 15% e che, in mancanza di un'adeguata informazione dell'utente, possono rivelarsi fortemente penalizzanti e, in taluni casi, superare persino l'ammontare del credito richiesto. cfr. PRESTI, *Nuovi strumenti per il credito al consumo*, cit., 4, 483; DOLMETTA, *Carte di credito revolving: inadempimento di singole rate, "oneri economici" ed usura civilistica*, in *I contratti*, 2010, 11, 1061; BANCA D'ITALIA, *Credito revolving concesso con carte di credito: cautele ed indirizzi per gli operatori*, in www.bancaditali.it, 20 aprile 2010; BAESSATO, *Le carte di credito e di pagamento*, cit., 875 s.; CONSIGLIO NAZIONALE DELL'ECONOMIA E DEL LAVORO, *La moneta elettronica. Osservazioni e Proposte*, cit., 7, nota 5.

²⁴⁸ In relazione alle *charges cards* deve evidenziarsi una discordanza nella classificazione: la European Central Bank, *Glossary of terms related to payment, clearing and settlement systems*, available on www.ecb.europa.eu, dicembre 2009, 9 le considera *debit cards* («Delayed debit card (charge card): a card enabling its holders to make purchases and/or withdraw cash and have these transactions charged to an account held with the card issuer, up to an authorized limit. The balance of this account is then settled in full at the end of a predefined period»). Per contro la dottrina le inserisce tra le carte di credito cfr. ONZA, *Estinzione dell'obbligazione pecuniaria e finanziamento dei consumi*, cit., 49. In tale sede le *charge cards* sono classificate carte di credito, facendo leva sulla classificazione della carte di credito compiuta dalla BANCA D'ITALIA, *Credito revolving*, cit., 2, secondo cui « Le carte di credito possono essere di tre tipi: "charge" (o a saldo), con le quali l'utilizzatore paga le spese effettuate con la carta in un'unica soluzione con addebito mensile e senza pagamento di alcun interesse; "revolving", che consentono di effettuare spese, nei limiti del fido accordato, rimborsabili ratealmente con l'addebito di interessi; "a opzione", che possono essere utilizzate in modalità *charge* o *revolving*.»

momento successivo rispetto a quello dell'operazione²⁴⁹, rendendo possibile l'acquisto di beni oltre le possibilità finanziarie immediate del titolare²⁵⁰. La dilazione del pagamento è infatti strumentale alla funzione di credito che le ha caratterizzate sin dalle origini e che appare particolarmente evidente allorquando il pagamento avviene in assenza di una corrispondente provvista sul conto²⁵¹.

Per contro, le carte di debito o *debit cards*, invece, permettono di movimentare la disponibilità esistente addebitando automaticamente il conto del titolare²⁵². L'esecuzione del pagamento è possibile solo se sul conto è presente un corrispondente importo dato che l'addebito sul conto è contestuale all'utilizzo della carta.

²⁴⁹ ONZA, *Estinzione dell'obbligazione pecuniaria e finanziamento dei consumi*, cit., 52, evidenzia che nella disamina delle differenze tra carte di pagamento quella *credit card* (ovverosia le *revolving*) e *charges card* appare residuale attenendo al solo rapporto tra emittente e titolare della carta, iscrivendosi altresì in un'unica macrocategoria quella dei pagamenti differiti. Si osservi infatti che entrambe rientrano nella definizione di *credit card* data dalla European Central Bank: «a card that enables cardholders to make purchases and/or withdraw cash up to a prearranged credit limit. The credit granted may be either settled in full by the end of a specific period, or settled in part, with the balance taken as extended credit (on which interest is usually charged)». BANCA CENTRALE EUROPEA, *Glossary of terms related to payment, clearing and settlement systems*, available on www.ecb.europa.eu, dicembre 2009; BANCA CENTRALE EUROPEA, *Card payments in Europe – a renewed focus on SEPA for cards*, cit., 15.

²⁵⁰ Sul rischio di credito connesso all'emissione delle carte di credito cfr. BERTELLI, PRADER, *Le carte di credito. Evoluzione e funzionamento nel sistema bancario*, La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1993, 103 ss.

²⁵¹ «I primi strumenti assimilabili alle carte di pagamento furono introdotti all'inizio del secolo negli Stati Uniti dalle grandi catene di distribuzione commerciale ed erano associati all'erogazione di credito al consumo. Poiché la loro struttura mal si conciliava con la consuetudine degli esercenti di concedere dilazioni di pagamento ai clienti sulla base di rapporti di conoscenza diretta, gli operatori della grande distribuzione cominciarono a rilasciare ai clienti supporti metallici che permettevano loro di essere identificati e di usufruire di credito al consumo presso i diversi punti di vendita di una stessa catena commerciale.» PADOA SCHIOPPA T., *Le carte di pagamento*, cit., 3. Per la connessione con le operazioni di credito al consumo cfr. RESTUCCIA, *La carta di credito nell'ordinamento giuridico italiano e comunitario*, Mialno, Giuffrè, 1999, 11 s.; TRANE, *Le carte di credito*, cit., 21 s.; DINANNI, *Pagamento e sostituzione nella carta di credito*, cit., 169 s.; ALPA, BESSONE, *Disciplina giuridica delle carte di credito e problemi di controllo del credito al consumo*, cit., 111; SANGIOVANNI, *Bancomat, carte di credito e responsabilità civile nella giurisprudenza dell'ABF*, cit., 698; ALI KHAN, *A theoretical analysis of payment systems*, in *South Carolina Law Review*, 60, 2008, available on www.ssrn.com, 25 s.

²⁵² Si richiama la definizione di carta di debito di cui alla BANCA CENTRALE EUROPEA, *Glossary of terms related to payment, clearing and settlement systems*, available on www.ecb.europa.eu, dicembre 2009, 8, quale «a card enabling its holders to make purchases and/or withdraw cash and have these transactions directly and immediately charged to their accounts, whether these are held with the card issuer or not.» In dottrina *ex plurimis* ONZA, *Estinzione dell'obbligazione pecuniaria e finanziamento dei consumi*, cit., 49.

Appare parimenti marcata la distinzione in relazione alla funzione: la carta di debito è uno strumento di pagamento; la carta di credito è mezzo di pagamento basato sull'esistenza di un finanziamento che l'emittente concede all'utilizzatore. Solo quest'ultima configura uno strumento di finanziamento, permettendo all'utilizzatore di beneficiare del differimento nel pagamento del bene e/o servizio.

In tale contesto poco rileva che la modalità in cui opera il differimento, cioè se c'è un rimborso rateale (*revolving cards*) o in un'unica soluzione (*debit cards*), e che l'emittente sia o meno anche l'esercente presso cui la carta è utilizzata; si realizza pur sempre una dilazione nel pagamento del prezzo, che non può operare in presenza di una carta di debito, il cui utilizzo è condizionata alla rilevabilità di un saldo attivo nella provvista.

5. Il borsellino elettronico.

Nel novero delle carte di pagamento vanno inserite anche le *prepaid cards*²⁵³ (carte prepagate) a spendibilità generalizzata²⁵⁴.

In genere, la carta prepagata viene considerata coincidente con il borsellino elettronico o *ewallet*, poiché il caricamento risulta corrispondente con l'emissione e la memorizzazione della ME.

La distinzione tra carte di pagamento e *ewallet* enunciata in precedenza è, dunque, meno netta di quanto non emergesse dalla lettura delle direttive comunitarie.

²⁵³ Cfr. BANCA CENTRALE EUROPEA, *Glossary of terms related to payment, clearing and settlement systems*, cit., 21; CHAKRAVORTI, LUBASI, *Payment instrument choice: The case of prepaid cards*, 2006, available on www.ssrn.com, 31 s.

²⁵⁴ Gli strumenti di pagamento a spendibilità limitata, cioè utilizzabili solo verso l'emittente o con esercenti convenzionati con l'emittente, non rientrano nella disciplina di cui alla PSD (Sezione II, §2.2.6., Disposizioni di attuazione del Titolo II del d.lgs. 11/2010). Parimenti tali strumenti non possono considerarsi borsellini di moneta elettronica poiché la moneta elettronica è caratterizzata dalla spendibilità generalizzata, ex art. 2, comma 1, n. 2, EMD2. Sono a spendibilità limitata le c.d. *fidelity cards*, emesse dalla grande distribuzione, che si contrappongono alle *multi-purpose cards*, utilizzabili per l'esecuzione di pagamento presso una molteplicità di soggetti. Cfr. PORZIO, *Le problematiche connesse allo sviluppo della moneta elettronica: alcuni aspetti di natura economica*, in SPENA, GIMIGLIANO (a cura di), *Gli istituti di moneta elettronica*, Milano, Giuffrè, 2005, 7 ss.

La sovrapposizione concettuale tra carte prepagate e borsellino elettronico è dovuta alla nozione di ME enunciata nella EMD2. La direttiva definisce la ME quale «*valore monetario memorizzato elettronicamente, ivi inclusa la memorizzazione magnetica*», ex art. 2, n. 2, EMD2. Il “valore” può essere memorizzato su qualunque supporto immateriale o materiale di memorizzazione, ivi compresa la carta di pagamento che nel caso di specie assumerà i connotati di una carta prepagata²⁵⁵.

Si parla di borsellino elettronico non solo in riferimento ad un “portafoglio” privo di supporto materiale, ma anche in relazione alle carte prepagate²⁵⁶.

Infatti, la moneta elettronica può essere memorizzata in una *smart card* (*card based emoney*) oppure su un *software* (*software based emoney*)²⁵⁷. Il borsellino elettronico coinciderà nel primo caso con una carta plastificata pre-caricata, che trasmettere i dati (coincidenti con gli ordini di pagamento) mediante un microprocessore, e nel secondo caso sarà un portafoglio completamente dematerializzato, coincidendo con un *software* presente sul computer o sul telefono mobile dell’utente (nel qual caso prende il nome di *mobile wallet*)²⁵⁸. Per questo tipo di borsellino elettronico si preferisce parlare di vera e propria moneta

²⁵⁵ L’elezione della prepagata a borsellino-tipo contenente moneta elettronica deve ricondursi all’interpretazione data dalla stessa Banca centrale. Cfr. BANCA CENTRALE EUROPEA, *Report on electronic money*, available on www.ecb.europa.eu, agosto 1998, 7 s.; EUROPEAN MONETARY INSTITUTE, *Report on prepaid cards*, maggio 1994, available on www.ecb.europa.eu, 6 s.

²⁵⁶ I consumatori sono parsi maggiormente propesi all’utilizzo di supporti materiali anche laddove l’utilizzo del borsellino avvenga principalmente per l’esecuzione di pagamenti su siti *internet*. Ciò ha indotto due tra i maggiori sostenitori dei pagamenti digitali Google e Paypal ad emettere carte di pagamento connesse ai borsellini elettronici totalmente dematerializzati.

²⁵⁷ Da tale distinzione dal punto di vista tecnico-funzionale alcuni autori hanno effettuato la distinzione tra *smart card*, corrispondente alla carta prepagata, ed *e-cash*, totalmente virtuale anche nel supporto di memorizzazione, cioè un *software*. PORZIO, *Le problematiche connesse allo sviluppo della moneta elettronica*, cit., 18 s.; PASCUZZI, *Il diritto dell’era digitale*, cit., 143 ss.

²⁵⁸ La prepagata assume le vesti sia della tessera plastificata che quella dematerializzata, cioè la versione *on-line*, che può essere computer o *network-based* quale il ben noto sistema PayPal, in cui l’utente si registra ed apre un conto pre-caricato, dal quale viene prelevato l’ammontare della transazione. CONSIGLIO NAZIONALE DELL’ECONOMIA E DEL LAVORO, *Moneta elettronica. Osservazioni e proposte*, cit., 8; BANCA CENTRALE EUROPEA, *Le problematiche connesse allo sviluppo della moneta elettronica*, in *Bollettino mensile della BCE*, novembre 2000, 52.

digitale, il cui utilizzo avviene con l'invio di ordini di pagamento inviati mediante l'accesso alla rete *internet*²⁵⁹.

La distinzione fatta, sebbene necessaria per una chiara comprensione del fenomeno, non appare rilevante dal punto di vista giuridico, non incidendo, le modalità di memorizzazione e funzionamento del borsellino elettronico/carta prepagata, sulla sua ricostruzione giuridica. In entrambi i casi l'utente è chiamato a pre-caricare il borsellino o la carta: con ciò consegnando somme di denaro che vengono dematerializzate e convertite in ME²⁶⁰.

La pre-costituzione della provvista è stata interpretata quale pagamento anticipato, inducendo a considerare le carte prepagate una *species* appartenente al *genus* carta di credito²⁶¹. Potendo essere rilasciate anche in assenza di un conto corrente²⁶², l'importo su esse caricato viene considerato «un pagamento anticipato

²⁵⁹ I pagamenti via internet mediante l'utilizzo di borsellini elettronici *software-based* richiedono, di norma, l'apertura di un account, connesso anche con il proprio indirizzo e-mail. Una volta aperto l'account è possibile caricare la moneta elettronica ed utilizzarla. Per maggiore sicurezza nell'utilizzo di tale strumento di pagamento è frequente che la transazione sia subordinata all'inserimento di appositi dati di identificazione dell'utente, parimenti a quanto avviene nell'utilizzo di una carta di pagamento. Sebbene si sia soliti parlare in generale di borsellino elettronico, il *software-based e-wallet* è meglio definibile quale moneta virtuale, sviluppata per pagamenti a distanza. OLIVIERI, *Compensazione e circolazione della moneta nei sistemi di pagamento*, cit., 255 ss.; PORZIO, *Le problematiche connesse allo sviluppo della moneta elettronica*, cit., 8 s.; HARTMANN, *E-payments evolution*, 1 maggio 2006, available on www.ssrn.com, 10; BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS, *Implications for central banks of the development of electronic money*, ottobre 1996, available on www.bis.org, 2 s. La moneta virtuale si presta ad essere uno strumento facilmente utilizzabile sia dai consumatori, sia dai grandi operatori. Se, infatti, il borsellino elettronico *card-based* risulta rivolto ai pagamenti P2P o P2B (*person to business*), con importi limitati, la moneta virtuale sembra utilizzabile anche nei pagamenti B2B (*business to business*), per i quali anche una sola operazione può riguardare somme molto elevate. In un recente scritto la BCE evidenzia la memorizzazione della moneta elettronica su un *chip* o un *server* qual elemento distintivo rispetto alle carte prepagate cfr. BANCA CENTRALE EUROPEA, *Card payments in Europe – a renewed focus on SEPA for cards*, cit., 15.

²⁶⁰ BANCA CENTRALE EUROPEA, *Report on electronic money*, agosto 1998, available on www.ecb.europa.eu, 7.

²⁶¹ Le carte prepagate emesse in Italia presentano un meccanismo di funzionamento per la regolazione della transazione analogo a quello delle carte di debito o di credito. L' esercente che riceve un pagamento tramite carta prepagata dovrà attendere l'autorizzazione (che presuppone la verifica dell'esistenza della disponibilità di prepagato) dal proprio POS, la cui ricezione permetterà il completamento della transazione. Cfr. AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Le carte prepagate in Italia*, cit., 28 ss.

²⁶² Sull'utilizzazione della prepagata quale «servizio sostitutivo al conto corrente» cfr. AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Le carte prepagate in Italia*, cit., 47 ss. La Postepay di Poste Italiane è la carta prepagata maggiormente diffusa nel nostro Paese e viene emessa anche in assenza di un connesso conto corrente postale. La diffusione di tale prepagata, che

e concentrato nel tempo dei beni e dei servizi che saranno acquistati o fruiti»²⁶³. Dato che il pagamento mediante prepagate può essere eseguito solo in presenza di un'adeguata provvista come avviene nelle carte di debito, la formazione della provvista viene interpretata quale dilazione del pagamento, inducendo a classificare tali strumenti quali carte di credito. Il differimento risulta però oggettivamente e soggettivamente invertito rispetto alle altre carte di credito, in quanto il pagamento non avviene successivamente alla conclusione del contratto di vendita con il prestatore di beni e servizi convenzionato, bensì anticipato al momento della “ricarica della carta”²⁶⁴.

Tale punto di vista appare funzionale soltanto ad una ricostruzione teorica della *prepaid card*, essendo la sua operatività coincidente con quella delle carte di debito. Infatti, anche qualora la prepagata fosse assimilata alla carta di credito non potrebbe ritenersi avere funzione creditizia. A dimostrazione di ciò si richiama l'impossibilità di utilizzare la carta in assenza di provvista, la cui mancanza per alcune prepagate comporta l'assoluta inutilizzabilità, in quanto non ricaricabili all'esaurimento dell'importo caricato (le cc. dd. carte “usa e getta”). Non sembra, pertanto, potersi individuare alcuna erogazione di credito all'utente.

Le carte prepagate/*ewallet* non richiedono la contestuale apertura di un conto. Il caricamento del borsellino elettronico non implica, infatti, l'apertura di un conto corrente, poiché il denaro consegnato all'emittente non viene necessariamente da questi acquisito quale deposito, rimanendo nella titolarità dell'utente. Tuttavia, la consegna di denaro, convertita in ME, da utilizzarsi per l'esecuzione di ordini di pagamento non può che comportare l'apertura di un conto di pagamento. Il denaro consegnato all'emittente anche se da questi non

sfrutta il circuito Visa, è dovuta in particolare alla sua utilizzabilità anche per gli acquisti *online*: l'utente utilizza agevolmente la carta anche nella rete sentendosi tutelato dall'impossibilità di eccedere l'importo su essa caricato. Anche in presenza di un'eventuale frode telematica l'utente non può perdere un ammontare superiore a quello caricato. Sebbene largamente utilizzate anche per i pagamenti *online*, le carte di credito espongono l'utilizzatore al rischio che un'eventuale frode sottragga dal loro conto più di quanto in esso presente. Cfr. CONSIGLIO NAZIONALE DELL'ECONOMIA E DEL LAVORO, *Moneta elettronica. Osservazioni e proposte*, cit., 23.

²⁶³ ONZA, *Estinzione dell'obbligazione pecuniaria e finanziamento dei consumi*, cit., 151.

²⁶⁴ ONZA, *Carte di credito*, cit., 899: l'A. assimila tale differimento del pagamento a quello che, sebbene spostato in avanti nel tempo, caratterizza le carte di credito.

acquisito, se non si tratta di un Istituto bancario, deve essere segregato secondo le modalità previste per gli IMEL. Viene, pertanto, a delinearsi l'assetto proprio dei conti di pagamento utilizzabili dagli IMEL.

La presenza di un conto di pagamento differenzia le prepagate dalle carte di credito per le quali la presenza di un conto non appare condizione necessaria al loro rilascio. La presenza di una provvista precostituita non rende, infatti, ipotizzabile nemmeno il verificarsi del caso limite in cui non esistendo un conto la trasmissione dei fondi all'emittente della carta venga effettuata in un momento successivo all'operazione, ovvero al momento della richiesta di pagamento.

Per la ricostruzione giuridica del pagamento mediante borsellino di moneta elettronica bisogna porre l'attenzione innanzitutto sulla nozione stessa di ME di cui di seguito.

5.1. La moneta elettronica come valore monetario.

La moneta elettronica non deve essere confusa con gli strumenti di circolazione della moneta²⁶⁵: configura un valore monetario, non già un servizio di pagamento nei termini descritti nella PSD²⁶⁶.

La ME si attegga a «sostituto elettronico» delle monete metalliche e delle banconote²⁶⁷. Appare perciò possibile ritenere presente una completa fungibilità

²⁶⁵ LEMME, *Moneta scritturale e moneta elettronica*, cit., 152.

²⁶⁶ Il considerando 9, della direttiva 2009/110/UE, nel richiamare la PSD precisa che «un riferimento ai «servizi di pagamento» deve intendersi come riferimento all'attività dei servizi di pagamento e di emissione di moneta elettronica». Viene dunque evidenziato che l'emissione ed, in conseguenza, il rimborso afferiscono alla nozione di servizi di pagamento di cui alla PSD, sebbene nel corso della direttiva stessa si parla della ME solo quale valore oggetto di servizi di pagamento. La stessa PSD effettua tale precisazione inserendo la ME nella definizione dei fondi che possono essere oggetto di servizi di pagamento (ex art. 4 n. 15, PSD). Sulle analogie e differenze tra ME e servizi di pagamento cfr. TROIANO O., *La moneta elettronica come servizio di pagamento*, SICA, STANZIONE, ZENCOVICH (a cura di), *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, Milano, Giuffrè, 2006, 94 ss.

²⁶⁷ Considerando 13, direttiva 2009/110/CE. La precedente direttiva definiva la ME quale «surrogato elettronico» delle banconote (Considerando 3, direttiva 2000/46/CE). ATHANASSIOU, MAS-GUIX, *Electronic money institution*, cit., 20; OLIVIERI, *Compensazione e circolazione della moneta nei sistemi di pagamento*, cit., 274; PERRONE, *La nuova disciplina italiana sulla moneta elettronica*, in *Studium Iuris*, 2003, 579; MEZZACAPO, *Istituto di moneta elettronica*, cit., 1525. La differenza con l'attuale definizione appare una pura sfumatura, la quale ha l'effetto di evidenziare che non si tratta di una differente moneta ma un'altra forma con cui le banconote possono

tra ME e contante²⁶⁸ ed attribuire anche alla ME il valore di moneta avente corso legale. L'intercambialità appare insita nella nozione stessa di emissione, che, come detto, consta di una forma di dematerializzazione dei fondi, cioè una "trasformazione". La consegna di fondi che l'Istituto restituisce, mettendoli a disposizione dell'utente, sotto forma di moneta elettronica appare simile alla conversione in altra moneta avente corso legale in un altro Stato.

Ne è conseguito il riconoscimento anche per la moneta elettronica di una funzione solutoria²⁶⁹.

Parimenti al contante, la ME consente forme di pagamento non intermedie che prescindono dall'esistenza di un conto²⁷⁰. La presenza di un conto corrente non è, infatti, condizione necessaria, ma possibile per l'esecuzione di un

circolare. Definire la ME quale «sostituto elettronico» della banconota sembra, infatti, meglio conciliabile con la definizione dell'emissione quale "trasformazione" del contante in una sequenza di *bit*.

²⁶⁸ PERRONE, *La nuova disciplina italiana sulla moneta elettronica*, cit., 580.

²⁶⁹ La moneta legale, pertanto, si presenta come lo strumento a cui la legge attribuisce la funzione solutoria delle obbligazioni pecuniarie, non rifiutabile dal creditore (ai sensi dell'art. 1277 c.c.). Solo il pagamento in moneta legale, consistente nella *datio numerata* di monete e banconote, assume funzione solutoria. Ogni altro mezzo alternativo al contante, invece, è ritenuto configurare una *datio in solutum*, il cui effetto liberatorio può prodursi solo in presenza di espresso consenso dell'autore (*ex art. 1197 c.c.*). SABBATINI, *Brevi note sulla moneta elettronica*, cit., 90. PERRONE, *La nuova disciplina italiana sulla moneta elettronica*, cit., 580 s.: in conseguenza della predetta fungibilità, l'A. deduce la qualificabilità della ME quale moneta avente corso legale il cui trasferimento, alternativo alla c.d. *traditio pecuniae*, non può che avere effetto solutorio. Sul punto OLIVIERI, *Compensazione e circolazione della moneta nei sistemi di pagamento*, cit., 271 s., sostiene che «il pagamento in moneta elettronica, al pari di quello effettuato in moneta legale ed a differenza di quello realizzato in moneta bancaria o scritturale, si realizza nel momento in cui (e per il solo fatto che) l'*accipiens* accetti di ricevere, ed effettivamente riceva, dal *solvens* unità di moneta elettronica. [...] Pertanto, - come dottrina recente non ha mancato di rilevare - la vicenda solutoria realizzata mediante moneta elettronica si presenta in modo del tutto simile all'antica *numeratio pecuniae*, risolvendosi nel trasferimento diretto ed immediato di unità di conto da un soggetto ad un altro, a nulla rilevando - sotto questo profilo - la circostanza che tali unità siano prive del requisito della materialità, né che le stesse manchino di quell'efficacia liberatoria che lo Stato tuttora riservava (almeno in parte) alla moneta avente corso legale». LEMME, *Moneta scritturale e moneta elettronica*, cit., 125 ss.: non riconosce nella ME una fattispecie completamente distinta dalla moneta scritturale. In entrambe le ipotesi il fenomeno si inquadra nell'ambito della dematerializzazione della circolazione della moneta, contrapponendosi alla moneta materiale. La distinzione tra moneta elettronica e moneta scritturale è nel riconoscimento espresso alla ME di una efficacia solutoria che non esiste «a livello generale» per la moneta elettronica. Inoltre cfr. OLIVIERI, *Appunti sulla moneta elettronica*, cit., 814; MARTUCCIELLI, *Obbligazioni pecuniarie e pagamento virtuale*, Milano, Giuffrè, 1998, 208.

²⁷⁰ Per una compiuta analisi della rilevanza dell'annotazione nel conto corrente per la distinzione tra moneta scritturale e contante cfr. LEMME, *Moneta scritturale e moneta elettronica*, cit., 25 ss.; FARENGA, *La moneta bancaria*, cit., 171 ss.

pagamento in ME²⁷¹. E' infatti possibile l'esecuzione di rimesse di denaro mediante ME, che per definizione escludono la presenza di un conto, corrente o di pagamento, sia in capo al pagatore che al beneficiario (Sezione I, § 2, lett. x, Disposizioni di attuazione del Titolo II del d.lgs. 11/2010).

Tuttavia, anche quando «l'uso della moneta elettronica sia contrattualmente ricollegabile ad un conto corrente (bancario o postale), mantiene caratteristiche autonome» che lo distinguono dagli altri strumenti di pagamento elettronici²⁷². Gli intermediari operano, infatti, « “a monte” ed “a valle” dell'atto solutorio, garantendo la convertibilità prima, e la rimborsabilità poi, della moneta elettronica»²⁷³.

Quanto detto consente di riconoscere nella ME una delle possibili forme della moneta legale. E' condivisibile l'opinione di chi sostiene che «la preponente emersione di una dimensione immateriale dell'attività giuridica comporta di per sé

²⁷¹ PERRONE, *La nuova disciplina italiana sulla moneta elettronica*, cit., 579. Questi rifiuta l'applicabilità al pagamento di moneta elettronica della nozione di trasferimento elettronico di fondi, ritenuta coincidente con operazioni simili al bonifico. Afferma, inoltre, che «il trasferimento elettronico di fondi presuppone un rapporto di conto corrente e circola con la necessaria interposizione di uno o più intermediari tra il *solvens* e l'*accipiens*», differenziandosi dalla ME la quale non prevede l'accreditamento su un conto corrente. Tale autorevole opinione è commento alla precedente normativa (direttiva 2000/46/CE) in materia di moneta elettronica, la quale non consentiva la gestione in conto dei servizi di pagamento effettuati mediante ME. Venuto meno il divieto di gestione in conto dei servizi di pagamento in ME, tale autorevole opinione non appare condivisibile laddove rifugge la nozione di trasferimento elettronico di fondi, quasi sovrapponendo la nozione di servizio di pagamento (bonifico, addebito diretto, utilizzo della carta, eseguibili anche mediante moneta elettronica in virtù del richiamo dell'allegato A alla PSD) con quella di ME.

²⁷² OLIVIERI, *Appunti sulla moneta elettronica*, cit., 812.

²⁷³ OLIVIERI, *Compensazione e circolazione della moneta nei sistemi di pagamento*, cit., 274. OLIVIERI, *Appunti sulla moneta elettronica*, cit., 812. Si osservi inoltre l'autorevole opinione di TROIANO O., *I contratti on-line e servizi di pagamento: riflessioni sulla moneta elettronica*, in SANTORO (a cura di), *Il diritto dei sistemi di pagamento*, Milano, Giuffrè, 2007, 66. Questi pur riconoscendo potere solutorio alla ME evidenzia la differenza rispetto alla moneta tradizionale «la moneta tradizionale rappresenta la negazione dell'intermediazione nel pagamento: nel trasferimento di moneta dal debitore al creditore non si riscontra il coinvolgimento di altri soggetti. Nel caso della moneta elettronica, invece, comunque ci muoviamo all'interno di un servizio che vede coinvolti una pluralità di soggetti, i quali, sebbene non intermediari come nei servizi di pagamento, non si limitano all'attività di emissione, perché intervengono prima, durante e dopo la procedura di pagamento e svolgono attività fondamentali affinché si realizzi l'atto solutorio».

l'assunzione da parte della moneta di due forme diverse: moneta materiale e moneta virtuale»²⁷⁴.

Ciascuna forma opera nella rispettiva dimensione e in quell'ambito assume il valore di moneta legale²⁷⁵.

La completa assimilazione tra ME e moneta legale sembra, tuttavia, scontrarsi con le caratteristiche ad essa attribuite dal legislatore comunitario. La rimborsabilità, in quanto credito che può essere fatto valere nei confronti dell'emittente, testimonia la mancanza di un carattere pienamente fiduciario.

D'altro canto, proprio la stessa rimborsabilità ne impedisce la qualificazione quale moneta puramente convenzionale²⁷⁶, come, invece, sembra potersi definire la moneta virtuale²⁷⁷.

Ciò, unitamente alla non completa indipendenza dagli intermediari nella circolazione, rendono ancora oggi difficile qualificarla quale moneta legale.

²⁷⁴ TROIANO O., *I contratti on-line e servizi di pagamento*, cit., 64 s: in ragione della differenziazione di forme, l'A. afferma che «in ambito dematerializzato di esistenza ed uso, ogni pagamento è effettuato in modo convenzionale e non vi è nessuno spazio di operatività per i pagamenti con moneta (materiale) avente corso legale. Nelle transazioni via *internet* se non si dispone delle modalità di pagamento richieste dal creditore non si può ricevere alcuna prestazione a titolo oneroso. Ma quando si può utilizzare la modalità di pagamento richiesta non è concepibile la legittimità del rifiuto di accettare il pagamento, alla luce della circostanza che l'attività giuridica nel mondo dematerializzato non può che attuarsi con forme di pagamento del pari dematerializzate, tra le quali vi è la moneta elettronica. E, appunto, quando sia possibile effettuare il pagamento con moneta elettronica, alla luce di quanto detto, non vi è ragione di escludere che essa abbia valore di moneta legale di pagamento, e cioè che il passaggio di valore dal "borsellino" del debitore a quello del creditore sia idoneo ad estinguere l'obbligazione pecuniaria.»

²⁷⁵ TROIANO O., *I contratti on-line e servizi di pagamento*, cit., 65 s. *Contra* INZITARI, *La natura giuridica della moneta elettronica*, cit., 32.

²⁷⁶ SICA, *E-commerce e e-money*, SICA, STANZIONE, ZENCOVICH (a cura di), *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, Milano, Giuffrè, 2006, 78.

²⁷⁷ Sebbene spesso utilizzati quali strumenti per indicare il medesimo concetto, cioè una moneta dematerializzata, all'indomani dell'entrata in vigore della prima EMD la moneta elettronica ha cessato di essere coincidente con la moneta virtuale. Tale differenza è parsa maggiormente rilevante con la diffusione del Bitcoin, definito corrispondente ad una moneta virtuale non alla moneta elettronica. La nozione di moneta virtuale individua la «creation of currencies without physical counterpart, virtual alternative currencies. They are virtual in the sense that they have no physical counterpart and they are alternative in the sense that they are not issued by a central trusted bank» VANDEZANDE, *Mobile wallets and virtual alternative currencies under the EU legal frame work on electronic payments*, ICRI working paper, 16/2013, available on www.ssrn.com, settembre 2013, 8. La Banca Centrale Europea afferma che «a virtual currency is a type of unregulated, digital money, which is issued and usually controlled by its developers, and used and accepted among the members of a specific virtual community». BANCA CENTRALE EUROPEA, *Virtual Currency Schemes*, available on www.ecb.europa.eu, ottobre 2012, 13 ss.

5.2. La moneta elettronica nella nozione della EMD2.

L'emissione di moneta elettronica ha luogo previa consegna da parte dell'utente di fondi di valore non inferiore al valore monetario emesso.

L'art. 1, comma 2, lett. h *ter*, Tub, novellato dal d.lgs. n. 45/12, definisce ME « *il valore monetario memorizzato elettronicamente, ivi inclusa la memorizzazione magnetica, rappresentato da un credito nei confronti dell'emittente che sia emesso per effettuare operazioni di pagamento come definite all'art. 1, comma 1o, lett. c), del d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, e che sia accettato da persone fisiche e giuridiche diverse dall'emittente*».

Affinché si possa avere moneta elettronica devono ricorrere, in positivo, i seguenti presupposti: la sussistenza di un valore monetario; la sua memorizzazione elettronica; l'emissione di una sequenza di *bit*, quale rappresentazione elettronica del denaro consegnato all'emittente, per consentire operazioni di versamento, di trasferimento o di prelievo di fondi²⁷⁸; l'accettazione come mezzo di pagamento da parte di persone diverse dall'emittente.

Per potersi configurare moneta elettronica è necessario che ricorrano due ulteriori condizioni di ordine negativo: il valore monetario non deve essere spendibile solo verso l'emittente o altri esercenti con esso convenzionati in base ad un accordo commerciale. La ME non deve risultare utilizzabile esclusivamente all'interno di una rete limitata di prestatori di servizi o per una gamma limitata di beni o servizi. Né deve essere utilizzata solo per l'acquisto di beni o servizi digitali o informatici, cioè beni che possono essere utilizzati solo tramite un apparecchio digitale (un telefono mobile o un computer), se l'operatore da cui tali beni sono acquistati non opera unicamente quale intermediario fra l'acquirente e il

²⁷⁸ Ogni qualvolta si fa riferimento ad un'informazione memorizzata su un dispositivo digitale si fa riferimento ad una sequenza di bit. La memorizzazione su un supporto digitale anche dei valori monetari ha come effetto la "trasformazione" della moneta in una informazione che si esprime in una sequenza di bit (*binary digit* o cifra digitale).

fornitore²⁷⁹ ma apporti un valore aggiunto per l'utilizzo del bene (art. 1, comma 2, lett. h *ter*, Tub)²⁸⁰.

Nei casi predetti il valore monetario utilizzato per l'esecuzione delle operazioni di pagamento non può essere definito quale moneta elettronica.

L'art. 2, comma 2, lett. m, d.lgs. n. 11/10 prevede espressamente che si ha moneta elettronica unicamente nei casi in cui il valore monetario emesso sia accettato, quale mezzo di pagamento, da soggetti diversi dall'emittente. La norma chiarisce, infatti, che per aversi ME quest'ultima condizione è necessaria ma non sufficiente, in quanto la moneta elettronica è un mezzo «a spendibilità generalizzata», utilizzabile, perlomeno astrattamente, presso una serie illimitata di operatori e per una gamma illimitata di beni o di servizi.

La spendibilità generalizzata deve quindi essere presente sia in relazione all'oggetto dell'acquisto mediante ME che ai soggetti presso cui il pagamento viene eseguito. Non si può parlare di ME se questa risulti utilizzabile solo per una gamma di servizi e prodotti predeterminata, anche se acquistabili presso un numero illimitato di esercizi commerciali. Parimenti, non è ME quella spendibile solo in un numero predeterminato di esercizi, sebbene astrattamente utilizzabile per l'acquisto di una gamma illimitata di prodotti.

Si avrà, invece, ME se il valore monetario risulti, in potenza, spendibile presso tutti i terzi e per tutti i generi di prodotti e di servizi.

²⁷⁹ In particolare si osservi che «Quest'ultima previsione, piuttosto oscura, trae origine dal considerando 6 della dir. 2009/110/CE, riferito alle ipotesi in cui l'abbonato a una rete di telefonia o ad altra rete digitale paghi direttamente l'operatore di rete e non il prestatore di servizi o di merci acquistati tramite la rete: ipotesi che si possono verificare, in particolare, quando l'operatore apporti al prodotto o al servizio un «valore aggiunto intrinseco», ad esempio sotto forma di strumenti di accesso, ricerca, distribuzione» GUERRIERI, *La moneta elettronica: profili di diritto privato*, cit., 757.

²⁸⁰ Non essendo chiaro in cosa consista il valore aggiunto apportato dal provider, in teoria sono esenti sia dalla EMD2 che dalla PSD tutti i *mobile wallet service providers* che offrono servizi ulteriori rispetto a quelli di pagamento. A titolo esemplificativo si osservi che anche *Google* con il relativo *Google Wallet* deve considerarsi esente dall'applicazione delle richiamate direttive, talché gli utenti che acquistano beni mediante tale strumento di pagamento non potranno vedere applicate le tutele previste per coloro i quali utilizzano per gli acquisti delle carte di pagamento. Nonostante le difficoltà interpretative nel Regno Unito *Google* ha dovuto richiedere ed ottenere la registrazione della Financial Services Authority (FSA) per potere eseguire la propria attività di intermediazione. Cfr. VANDEZANDE, *Mobile wallets and virtual alternative currencies under the EU legal framework on electronic payments*, cit., 16 ss.

Il d.lgs. n. 45/12, nel riformare l'art. 1 Tub, ha eliminato il riferimento al dispositivo elettronico contenuto nella precedente definizione di ME, al fine di ricomprendere nella fattispecie anche i supporti meramente virtuali, caricati mediante memorizzazione elettronica, compresa la memorizzazione magnetica.

La moneta elettronica è un valore rappresentato da un credito vantato dal detentore nei confronti del soggetto emittente. Il credito deriva dalla corresponsione all'ente emittente di somme di denaro che, ove la ME sia emessa da IMEL, devono venire trasformate «immediatamente» in ME, senza poter essere utilizzate per l'esercizio del credito. In ogni caso, anche quando l'emittente sia un soggetto diverso da un IMEL, le somme consegnate e trasformate in ME non producono interessi o altri benefici commisurati alla giacenza della moneta.

5.3. Pagamento in moneta elettronica.

L'individuazione della natura giuridica di tale operazione, non può non tener conto della definizione di ME quale credito²⁸¹ del titolare verso l'emittente di cui all'art. 1, comma 1, *h ter*, TUB²⁸².

Parte della dottrina è stata indotta a riconoscere nel pagamento in moneta elettronica una cessione di credito: « se, caricando la sua carta, il titolare diviene creditore dell'emittente, potendo in ogni momento richiedere il rimborso di una cifra pari a quella memorizzata, è indubitabile che, in seguito al trasferimento della totalità o di una parte di tali fondi sulla carta del beneficiario, il credito a vedersi rimborsato dall'emittente, un importo pari a quello in tal modo pagato, si trasferisca dalla sfera giuridica del pagatore alla sfera giuridica dello stesso

²⁸¹ PERRONE, *La nuova disciplina italiana sulla moneta elettronica*, cit., 581: «forse è la stessa espressione della legge a non dover essere enfatizzata. Com'è stato giustamente ricordato, “una volta accettata la regola – caldeggiata dalla Banca Centrale Europea per motivi di politica monetaria – della rimborsabilità obbligatoria e permanente del nostro strumento di pagamento”, la formulazione secondo cui la moneta elettronica è un “valore monetario rappresentato da un credito nei confronti dell'emittente” ha finito per costituire “una scelta obbligata per il legislatore comunitario”».

²⁸² Gli IMEL sono, infatti, tenuti a registrare in poste del passivo le somme di denaro ricevute dalla clientela per l'emissione di moneta elettronica, *ex art. 114 quinquies.1.*

beneficiario»²⁸³. Così configurato il pagamento, l'eventuale richiesta di rimborso della moneta da parte del beneficiario dovrà essere rivolta all'indirizzo del primo emittente.

Tale ricostruzione appare accettabile nei sistemi di circolazione chiusa, nei quali la ME ricevuta dal beneficiario non può essere nuovamente utilizzata, essendo possibile chiederne solo il rimborso. Incontra, invece, talune difficoltà nei sistemi a circolazione aperta, laddove la moneta potrebbe non essere oggetto di richiesta di rimborso del beneficiario del pagamento, bensì oggetto di altro ed ulteriore trasferimento²⁸⁴. Il beneficiario diventerebbe a sua volta pagatore e trasmetterebbe il credito cedutogli ad altro beneficiario, il quale a sua volta potrebbe decidere di utilizzare la ME ricevuta per un ulteriore pagamento. Il rimborso della moneta elettronica potrebbe essere richiesto all'emittente dopo essere stata oggetto di numerosi trasferimenti. In tale circostanza, si dovrebbe ritenere che l'emittente debba registrare la movimentazione della moneta elettronica, annotando ciascun trasferimento e per l'effetto ogni nuovo titolare del diritto di credito al rimborso. In via alternativa sarebbe possibile far gravare tale onere in capo all'ultimo creditore il quale sarebbe legittimato a richiedere il rimborso della moneta solo dando prova di esserne titolare in forza di una serie di legittimi trasferimenti del credito.

Ulteriori problemi ricostruttivi potrebbero emergere laddove si osservasse che ciascun ricevente il pagamento in ME potrebbe decidere di utilizzare la somma in oggetto con più acquisti, cioè trasferendone delle porzioni a più soggetti differenti, i quali a loro volta potrebbero impiegare la ME per più acquisti, trasferendola a molteplici altri individui. In tale circostanza la ricostruzione di tutti i trasferimenti della ME e di coloro che di volta in volta ne siano divenuti titolari

²⁸³ GUERRIERI, *La moneta elettronica: profili di diritto privato*, cit., 757 ss. L'. A. che «il trasferimento del credito verso l'emittente, del resto, deriva da un accordo fra pagatore (cedente) e beneficiario (cessionario), a cui l'emittente (debitore ceduto) rimane estraneo [...] sussistono, dunque, tutti gli elementi per poter ricondurre la fattispecie a una cessione di credito. Ciò, ovviamente, non significa che sia applicabile in toto la disciplina dettata dagli artt. 1260 ss. c.c.»

²⁸⁴ Sulla differenza sui sistemi di circolazione chiusa ed aperta cfr. OLIVIERI, *Compensazione e circolazione della moneta nei sistemi di pagamento*, cit., 270; BANCA CENTRALE EUROPEA, *Le problematiche connesse allo sviluppo della moneta elettronica*, cit., 52.

appare piuttosto ardua, con conseguente difficoltà dell'emittente di identificare il soggetto legittimato alla richiesta di rimborso²⁸⁵.

Pur riconoscendo che il pagamento con ME configuri il trasferimento, dal pagatore al beneficiario, dei diritti vantati verso l'emittente²⁸⁶, è possibile immaginare un'ulteriore alternativa, cioè che l'Istituto ricevente la somma, accreditandola, stia dando esecuzione ad un mandato all'incasso²⁸⁷. Il mandato all'incasso è, in tal caso, relativo ad un credito che rimane nella titolarità del beneficiario sino a quando l'emittente, pagandolo nelle mani dell'Istituto di cui

²⁸⁵ Cfr. OLIVIERI, *La nozione di «moneta elettronica»*, in SPENA, GIMIGLIANO (a cura di), *Gli istituti di moneta elettronica*, Milano, Giuffrè, 2005, 56 s.; OLIVIERI, *Compensazione e circolazione della moneta nei sistemi di pagamento*, cit., 267 s; PERRONE, *La nuova disciplina italiana sulla moneta elettronica*, cit., 581: individua il primo elemento di discriminazione tra moneta elettronica e titolo di credito proprio nell'impossibilità di richiedere il rimborso/pagamento del credito all'emittente, che deve altresì essere rivolto solo all'intermediario con il quale l'*accipiens* intrattiene un rapporto contrattuale. Per quanto riguarda l'assimilazione della ME ai titoli di credito cfr. SPADA, *Introduzione al diritto dei titoli di credito: lezioni*, cit., 87 s.; DEVESCOVI, *Titoli di credito e informatica*, Padova, Cedam, 1991, 96; MOTTI, *Emissione di moneta elettronica e attività bancaria*, in SPENA, GIMIGLIANO (a cura di), *Gli istituti di moneta elettronica*, Milano, Giuffrè, 2005, 100.

²⁸⁶ La natura di tali diritti muta a seconda che la ME sia emessa da un IMEL o da una banca, poiché solo in quest'ultimo caso le somme corrisposte dal cliente entreranno a far parte del patrimonio dell'emittente e, secondo i principi generali del nostro ordinamento, si confonderanno con la parte restante del suo patrimonio, divenendo di sua proprietà, sì che il credito del detentore di ME avrà ad oggetto unicamente la restituzione del *tantundem*. Al contrario, quando l'emittente è un IMEL, le somme, non appena entrate nella sua disponibilità costituiranno un patrimonio distinto, a tutti gli effetti, sia dal patrimonio dell'IMEL e degli altri detentori di ME, sia da quello della banca depositaria (v. cap. II). Pertanto, «il credito del detentore verso l'emittente, ove la ME sia emessa da banche, o da soggetti diversi dagli IMEL, avrà ad oggetto – come qualsiasi altro credito alla restituzione di somme di denaro trasferite da un soggetto ad un altro – un importo corrispondente a quello messo a disposizione del (e acquistato dal) percipiente; ove, invece, la ME sia emessa da IMEL, avrà ad oggetto la restituzione di somme che, facendo parte del patrimonio segregato di cui all'art. 114 *quinquies* 1 Tub, sono di proprietà, o perlomeno nella titolarità, del detentore di ME» GUERRIERI, *La moneta elettronica: profili di diritto privato*, cit., 761, nota 57.

²⁸⁷ Cfr. OLIVIERI, *Compensazione e circolazione della moneta nei sistemi di pagamento*, cit., 271 ss., nota 53: a parere dell'A. «è dunque immaginabile, ed è previsto in molti casi, che il commerciante, una volta che abbia accettato il pagamento in moneta bancaria, la trasferisca alla sua banca affinché ne curi l'incasso, nella specie consistente in un mandato avente ad oggetto la conversione della stessa in altra forma di moneta, legale o scritturale, da parte dell'emittente ed il relativo accredito in conto. Esistono tuttavia sistemi nei quali l'emittente e gli intermediari sono legati da accordi di tipo cooperativo volti a ripartire tra gli aderenti compiti e responsabilità derivanti dalla prestazione di servizio, ivi inclusa l'eventuale insolvenza dell'emittente e/o di uno o più partecipanti». Nel prosieguo dello scritto l'autore riconosce che gli Istituti del beneficiario del pagamento in ME può trovarsi ad «agire sia in qualità di mandatari all'incasso che di cessionari *pro soluto* del credito vantato dal loro correntista nei confronti dell'emittente.»

questi è cliente, ne determina l'estinzione²⁸⁸. Si tratta di un mandato all'incasso *sui generis*, in quanto il beneficiario non avrebbe altro modo di incassare il credito, chiedendo il rimborso della ME, se non mediante l'intermediazione del proprio Istituto.

A suffragio di quanto detto, si osservi che in relazione alle evidenze contabili l'aggiornamento in via continuativa a cui gli IMEL sono tenuti non riguarda la moneta elettronica emessa, bensì esclusivamente quella detenuta dall'utente (Sez. II, art. 2, Disposizioni di attuazione del Titolo II, del d.lgs. 11/2010). Oggetto di monitoraggio costante deve, dunque, essere la posizione del cliente, ossia delle somme del quale questi potrà chiedere il rimborso.

E' possibile leggere tale disposizione normativa nel senso di ritenere connessi l'obbligo di monitoraggio al rimborso della ME. Ciascun IMEL deve ricostruire le posizioni solo dei propri utenti, non già di tutta la ME che ha emesso e posto in circolazione. Solo i suoi utenti potranno rivolgergli la richiesta di rimborso, non gli utenti di altri intermediari divenuti titolari della ME dall'Istituto *ab origine* emessa.

6. Analogie e differenze tra borsellino elettronico e carte di pagamento.

Nell'analisi della ME appare necessario distinguere l'aspetto statico dall'aspetto dinamico. Si parla spesso di moneta elettronica ogni qualvolta si compie un pagamento digitale, (bonifico *on line*, con carta di credito o di debito, con borsellino elettronico ecc.). La moneta elettronica deve essere distinta sia dai supporti sui quali può essere memorizzata che dai servizi di pagamento mediante cui la stessa può circolare. I servizi elettronici di pagamento non veicolano ME, «ma solo ordini di pagamento o di riscossione, che legittimano operazioni

²⁸⁸ Le posizioni tra l'Istituto emittente e quello ricevente saranno poi oggetto di compensazione propria dei sistemi di *clearing* ai quali aderiscono. Pertanto, seppure il regolamento delle rispettive posizioni non sia ancora avvenuto al momento della richiesta di rimborso da parte del beneficiario al proprio Istituto, quest'ultimo dovrà comunque eseguire il rimborso. Non potrà rifiutare l'esecuzione del rimborso e chiedere al proprio utente di rivolgere la richiesta all'emittente per il solo fatto che la compensazione, tra i due Istituti, non abbia ancora avuto luogo.

scritturali finali di addebito o accredito su conti»²⁸⁹. Per contro, la ME consente di trasferire dal debitore al creditore il valore monetario, rimanendo la movimentazione dei conti puramente eventuale. La stessa intermediazione appare in tal senso limitata alle predisposizioni di un apparato tecnico in grado di garantire il trasferimento di valore monetario tra le parti.

Tuttavia, un conto è analizzare in astratto la movimentazione di ME, altra cosa sarà osservare come concretamente circoli.

L'aspetto statico è dato dalla stessa definizione di ME, quale valore incorporato in un supporto elettronico o magnetico. Si tratta pertanto di un valore monetario il quale può, ma non necessariamente deve, circolare. Il titolare della moneta può decidere infatti di non utilizzarla lasciandola sullo strumento nel quale è memorizzata²⁹⁰.

Il valore monetario è altra cosa anche dal supporto sul quale è memorizzato, sia esso una carta di pagamento oppure un borsellino elettronico, i quali rappresentano solo dei "contenitori" del valore monetario. Poiché non può essere utilizzata in assenza di un supporto, si ha la tendenza a ricondurre la ME al supporto stesso su cui viene memorizzata, carta o borsellino elettronico.

Bisogna allora comprendere se ogni volta che parliamo di carta di pagamento (di debito, di credito) o di un borsellino elettronico ci si trovi innanzi alla ME oppure se tale coincidenza, sebbene frequente, non rappresenti una regola.

La carta prepagata o borsellino elettronico sono stati, infatti, eletti a veicolo per eccellenza della ME. La stessa Banca Centrale europea rappresenta il borsellino di moneta elettronica, *card* o *software based*, quale mezzo di memorizzazione e circolazione della ME emessa²⁹¹.

²⁸⁹ TROIANO O., *I contratti on-line e servizi di pagamento*, cit., 54.

²⁹⁰ In relazione alla ME esiste un unico limite e riguarda la prescrizione del diritto di rimborso: «il diritto al rimborso si estingue per prescrizione nei termini ordinari di cui all'articolo 2946 del codice civile», *ex art. 114 ter*, comma 1, TUB. Rispetto a tale norma si pone, inoltre, il problema di individuare il *dies a quo* della decorrenza del termine di rimborso nonché del soggetto che ne acquista la titolarità (l'IMEL oppure la banca presso cui le somme non utilizzate devono essere depositate a nome del titolare?).

²⁹¹ BANCA CENTRALE EUROPEA, *Report on electronic money*, cit., 7 s.

Si pone, dunque, il problema di comprendere se anche le carte di debito e quelle di credito possano configurare dei borsellini elettronici in senso lato.

6.1. Configurabilità delle carte di debito come borsellini elettronici.

Ciò che accomuna le carte di debito ai borsellini di moneta elettronica è la presenza di una provvista caricata dal titolare della carta. I pagamenti eseguiti comportano una diminuzione della provvista caricata, quelli a favore del titolare un aumento della stessa.

Inoltre, in entrambi gli strumenti di pagamento l'addebito delle somme oggetto di operazioni di pagamento è contestuale all'esecuzione della stessa.

La carta di debito accede necessariamente ad un conto corrente bancario o postale. Le somme caricate sulla carta di debito sono, infatti, depositate sul conto del titolare della carta.

Il caricamento del borsellino elettronico non comporta il deposito di denaro su un conto, dato che le somme convertite in ME non costituiscono depositi ai sensi dell'art. 11, comma 2 *bis*, Tub. Gli *ewallet* accedono, dunque, non già a conti correnti bensì a conti di pagamento.

Lo scenario muta se l'emissione di ME viene compiuta da una banca. I fondi consegnati per il caricamento di una carta potrebbero, infatti, ben costituire dei depositi e la gestione dei pagamenti implicherebbe la creazione di un conto corrente. Quanto detto implicherebbe dover ritenere che l'emissione di moneta elettronica memorizzata sulla carta costituirebbe una forma di raccolta del risparmio. Da tale assunto si evincerebbe la coincidenza tra carta di debito e borsellino elettronico nelle occasioni in cui la ME fosse emessa da un Istituto bancario.

Tale ricostruzione non sembra possibile in presenza di una norma quale l'art. 11, comma 2 *bis*, Tub in forza del quale «*non costituisce raccolta del risparmio tra il pubblico la ricezione di fondi connessa all'emissione di moneta elettronica*». A prescindere dal soggetto emittente la ME, la ricezione di fondi, a tal fine compiuta, non può costituire raccolta del risparmio. Lo strumento di

memorizzazione non può, dunque, essere connesso ad un conto corrente, bancario o postale, ma solo ad un conto di pagamento.

La distanza tra i due strumenti di pagamento appare abbastanza marcata e riconducibile alla stessa nozione di moneta elettronica.

Secondo un'interpretazione letterale, il richiamo della EMD2 all'allegato A alla PSD, che genericamente ricomprende le carte di pagamento tra gli strumenti per l'esecuzione delle operazioni, sembra escludere le carte di debito.

6.1.1. Le carte di debito emettibili dagli IP.

La PSD attribuisce agli IP la facoltà di dare esecuzione a operazioni di pagamento mediante carte di pagamento o dispositivi analoghi. Nel recepimento della direttiva, il d.lgs. 11/2010 puntualizza che «*nell'ambito della definizione di servizi di pagamento prevista dal Decreto, il riferimento alle carte di pagamento deve intendersi operato alle carte di credito – che consentono l'effettuazione di transazioni e/o prelievi con regolamento successivo - e alle carte di debito, che consentono transazioni e/o prelievi con contestuale impegno dei fondi disponibili sul conto di pagamento*» (Sez. II, § 2.1., comma 2). A seguire si afferma che «*non è inclusa nella definizione di servizi di pagamento contenuta nel Decreto la moneta elettronica*».

La norma intende escludere la facoltà degli IP di costituire borsellini elettronici, in conformità con la norma che vieta a tali prestatori di servizi di pagamento di emettere moneta elettronica (art. 114 *bis*, comma 1, Tub).

La norma autorizza gli IP ad emettere carte di debito che consentono l'impiego di fondi disponibili sul conto di pagamento.

E' possibile sostenere che il conto di pagamento venga richiamato nella sua accezione di *genus* di contratto di gestione in conto dei servizi di pagamento, il quale comprende anche il conto corrente bancario e postale. Le carte di debito necessariamente connesse ai conti correnti, potrebbero essere in tal senso emesse solo da quei prestatori di servizi di pagamento bancari, non già presso gli IP.

Tale interpretazione implicherebbe l'impossibilità per gli IP di emettere carte di debito in ragione della loro accessorietà al conto corrente.

La norma in commento deve tuttavia essere letta in combinazione con la nozione di conto di pagamento presente nella Sez. II, §2, lett. h, Disposizioni di Attuazione del Titolo II del d.lgs. 11/2010 in forza della quale si tratta di *«un conto intrattenuto presso un prestatore di servizi di pagamento da uno o più utilizzatori di servizi di pagamento per l'esecuzione di operazioni di pagamento. Rientra nella nozione di conto di pagamento il conto corrente bancario o postale nei limiti in cui venga utilizzato per operazioni di pagamento, nonché il conto sul quale vengono addebitate e accreditate le operazioni di pagamento eseguite a valere su una carta di debito o di credito»*.

A meno di non voler ritenere che la disposizione normativa crei un'ulteriore fattispecie contrattuale differente sia dal conto corrente, bancario e postale, che dal conto di gestione dei servizi di pagamento a cui possono far riferimento gli IP, la norma deve intendersi riferita proprio a quest'ultimo contratto.

Il contratto richiamato è proprio il conto di pagamento utilizzabile dagli Istituti non bancari per gestire in conto i servizi ma sul quale i fondi non sono depositati bensì collocati, come ampiamente osservato nel capitolo precedente.

La norma scardina il binomio carta di debito – conto corrente e permette anche agli IP di emettere carte debito.

6.1.2. Emettibilità delle carte di debito da parte degli IMEL.

La disposizione normativa poc'anzi richiamata non è riferita agli IMEL, essendo emanata prima che la EMD2 venisse recepita nel nostro ordinamento. Il d.lgs. 45/2012 che recepisce le novità sugli IMEL ne richiama i contenuti in relazione ai servizi di pagamento. E', dunque, possibile intendere richiamata anche la predetta disposizione, posto che le Disposizioni di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di moneta elettronica di vigilanza fanno espresso riferimento alla facoltà per questi ultimi di gestire mediante conto di pagamento i servizi di pagamento prestati.

La nozione di conto di pagamento riportata nelle Disposizioni di vigilanza appare, però, particolarmente concisa: « *un conto detenuto a nome di uno o più clienti che è utilizzato esclusivamente per l'esecuzione delle operazioni di pagamento* ». Alcun richiamo, dunque, alle carte di debito, comprese nell'allegato A alle Disposizioni di vigilanza, relativo all'elencazione dei servizi di pagamento che possono essere esercitati.

Tale definizione del conto di pagamento non contrasta con quella dettata dal d.lgs. 11/2010, bensì ne riprende la caratteristica connessione ai servizi di pagamento. La mancanza di un espresso riferimento alle carte di pagamento, nella specie alle carte di debito, non osta all'applicazione anche agli IMEL di quanto previsto per gli IP. Anche gli IMEL potrebbero emettere carte di debito connesse a conti di pagamento.

Tuttavia, trattandosi di IMEL è possibile che la carta sia connessa all'emissione di ME e sia quindi lo strumento per l'impiego della ME presente sul conto di pagamento. In tale ipotesi emergerebbe una vera e propria corrispondenza con il borsellino elettronico.

Se, infatti, ciò che distingue la carta di debito dal borsellino di ME è l'esistenza di un conto corrente, bancario o postale, il venir meno di tale requisito ne comporterebbe l'assimilazione.

Diverso è il punto di vista qualora si ritenga che ogniqualvolta ci si trovi di fronte all'emissione di ME si debba parlare di borsellino elettronico. Una tale opinione, per quanto plausibile, implicherebbe la necessità di qualificare quali borsellini elettronici anche le carte di debito emesse dagli Istituti bancari. Il caricamento rientrerebbe nell'attività di emissione, sebbene le somme consegnate sarebbero sottoposte al divieto di corrispondere «interessi o qualsiasi altro beneficio commisurato alla giacenza della moneta elettronica» (art. 114 *bis*, comma 3, Tub)²⁹².

²⁹² L'art. 114 *bis*, comma 3, è riferita agli IMEL. In realtà, tutte le norme in materia di emissione e rimborso della ME sono dettate in relazione ai soli IMEL sebbene anche gli Istituti bancari abbiano tale facoltà. In mancanza di un chiarimento da parte del legislatore, anche secondario, appare difficile comprendere se le norme dettate per l'emissione della ME si applicano ai soli IMEL o debbano, invece, essere rispettate anche dalle banche.

In assenza di un chiarimento sul punto appare possibile ritenere che anche gli IMEL possono emettere carte di pagamento con i limiti previsti anche per gli IP. Più difficile è ritenere se tali carte siano emettibili a fronte dell'emissione di ME²⁹³. Solo in tal caso sarebbe possibile considerare coincidenti la carta di debito ed il borsellino elettronico emessi da un Istituto di moneta elettronica.

6.2. Analogie tra il borsellino di moneta elettronica e le carte di credito.

Come affermato nei capitoli precedenti, i “rinnovati” IMEL sono abilitati a concedere credito ai propri utenti al fine di realizzare una o più operazioni di pagamento. La stessa PSD a cui la EMD2 rinvia per la disciplina dei servizi di pagamento eseguibili in ME, rende palese l'associazione tra la facoltà di finanziare l'utente e l'emissione di carte di credito laddove statuisce che *«fatte salve le norme nazionali sulla concessione di crediti mediante carte di credito, il credito concesso in relazione a un pagamento [...] è rimborsato entro un breve periodo che in nessun caso è superiore a dodici mesi»* (art. 16, comma 3, lett. b, PSD).

E' plausibile che l'eccezione a cui la norma richiamata fa riferimento sia riconducibile al tempo di rimborso del finanziamento. Non si vede, infatti, quale potrebbe essere la ragione per escludere l'erogazione di finanziamenti in connessione con le operazioni di pagamento mediante carta. Infatti ai sensi del Cap. IV, Sez. I, § 3, lett. b, Disposizioni di Banca d'Italia sulla vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di moneta elettronica di vigilanza si chiarisce che *«il finanziamento è di breve durata, non superiore a dodici mesi. Può essere di durata superiore a 12 mesi il finanziamento concesso in relazione ai pagamenti*

²⁹³ Tale coincidenza non avrebbe un rilievo meramente dottrinario, in ragione della novella legislativa di cui d.l. 179/2012, articolo 15, comma 4, c.d. Decreto sviluppo 2.0, che impone agli esercenti attività commerciali ed ai professionisti l'obbligo di accettare pagamenti in carte di debito. L'entrata in vigore di tale previsione è stata posticipata dal d.l. 150/2013, convertito in l. 15/2014, al 30 giugno 2014. Si osservi, infatti, che il Decreto interministeriale del 24 gennaio 2014 relativo alle disposizioni sui pagamenti elettronici all'art. 1, comma 1, lett. a, ritiene che l'obbligo di cui sopra debba riguardare solo le carte di debito emesse dagli Istituti di credito. Qualora si affermasse la coincidenza tra carte di debito e borsellino di ME ci si troverebbe davanti ad una differenziazione non giustificata, ancor più se le differenti carte utilizzassero il medesimo circuito per l'esecuzione delle transazioni.

effettuati con carta di credito». L'eccezione è, quindi, relativa alla sola durata del finanziamento.

Qualora si riconoscesse la facoltà di concedere finanziamenti accessori ad operazioni di pagamento iniziate mediante un borsellino elettronico si osserverebbe una chiara analogia con le carte di credito.

Si dovrebbe ipotizzare l'esistenza di un contratto con il quale l'Istituto si rende disponibile a concedere finanziamenti, entro un certo ammontare, permettendo l'esecuzione di uno o più pagamenti anche in assenza della provvista. Appare evidente la similarità di tale contratto con la convenzione di rilascio della carta di credito.

Tuttavia, si è osservato che ciò che caratterizza le carte di credito risiede nella dilazione del pagamento, che viene addebitato solo in un momento successivo.

Ciò non sembra verificarsi nei borsellini elettronici: l'addebito è contestuale al pagamento. Il finanziamento si esplica nella facoltà di eseguire un pagamento in assenza di provvista senza che l'addebito ed il relativo rimborso siano posticipati. La dilazione sebbene presente, dato che il pagamento sarebbe eseguito dall'Istituto in luogo dell'ordinante, avrebbe un lasso di tempo particolarmente breve perché l'addebito sul conto dell'ordinante avverrebbe in modo quasi contestuale all'ordine. In tale ipotesi la dilazione avrebbe luogo in un lasso di tempo talmente breve da non risultare apprezzabile.

Ciò non toglie che la dilazione potrebbe consistere in un lasso di tempo più lungo (una settimana o un mese) su accordo delle parti, con tempi e modi di rimborso convenuti anche su base individuale.

In entrambi i casi nel momento del pagamento sul conto non è presente la provvista necessaria per l'esecuzione dell'operazione, che viene eseguita mediante il credito concesso dall'Istituto. Il borsellino elettronico realizzerebbe l'analoga funzione creditizia caratterizzante le carte di credito.

Sicuramente emergono forti analogie tra carta di credito e borsellino elettronico accompagnato dall'accordo di concessione di finanziamento, ma appare arduo sostenerne una completa assimilazione.

Appare opportuno precisare che i borsellini elettronici presenti, attualmente, sul mercato non permettono di avvalersi di alcuna forma di finanziamento, potendo essere utilizzata solo la ME presente sul conto. Il confronto compiuto con la carta di credito riguarda un possibile futuro, nel quale gli emittenti non bancari potrebbero avvalersi delle facoltà concesse loro dalla norma comunitaria e dare avvio all'emissione di strumenti simili alle carte di credito attualmente diffuse.

7. I borsellini elettronici in prospettiva evolutiva.

Il borsellino elettronico appare una fattispecie ancora in evoluzione del quale è difficile ricostruire lo scheletro.

Le difficoltà di definirne la natura e le caratteristiche devono essere ricondotte agli effetti della EMD2.

Nella vigenza della precedente direttiva (EMD), era facile individuare nella carta prepagata il prototipo del borsellino elettronico. L'impossibilità di gestire in conto i pagamenti, eseguiti e ricevuti, e di concedere finanziamenti disegnava confini ben definiti entro cui iscrivere il borsellino elettronico.

Le aperture del legislatore comunitario, tese a rendere gli IMEL maggiormente competitivi, fanno emergere difficoltà ricostruttive.

Non si dubita della similarità ancora presente tra carta prepagata e *ewallet*, ma è opportuno chiedersi come conciliarne la struttura con le “nuove facoltà” degli IMEL. La facoltà per gli IMEL di utilizzare conti di pagamento e di concedere finanziamenti per l'esecuzione di operazioni di pagamento, induce l'interprete a domandarsi se anche i “vecchi” strumenti di pagamento, quali le carte di debito e quelle di credito, possano rientrare nella nozione di borsellino elettronico. Deve altrimenti riconoscersi nel borsellino elettronico uno strumento nuovo e differente sia rispetto a quello utilizzabile in passato, al quale possono essere aggiunte nuove ed ulteriori prestazioni, sia rispetto alle carte di pagamento in circolazione.

La progressiva implementazione della EMD2 può certamente soccorrere l'interprete che si chiede quale potrà essere l'impatto della novella normativa sulla

struttura del borsellino elettronico. Un aiuto interpretativo potrà, inoltre, arrivare da una più chiara definizione di borsellino elettronico ad opera del legislatore italiano o comunitario, al fine di poter comprendere quali siano le norme ad esso applicabili.

Bibliografia

- ALCARO, «Soggetto» e «Contratto» nell'attività bancaria, Milano, Giuffrè, 1981.
- ALFANO, Art. 114 terdecies. *Patrimonio destinato*, in CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2012, III, 1634.
- ALI KHAN, *A theoretical analysis of payment systems*, in *South Carolina Law Review*, 60, 2008, available on www.ssrn.com.
- ALPA, BESSONE, *Disciplina giuridica delle carte di credito e problemi di controllo del credito al consumo*, in *Giur. It.*, 1976, 6, 111.
- ALPA, *La trasparenza dei contratti bancari*, Bari, Cacucci, 2003.
- ARTALE, CRISCIUOLO, PANICO, *Le attività, i soggetti, i collaboratori esterni*, in GALANTI E. (a cura di), *Diritto delle banche degli intermediari finanziari*, in PICOZZA E., GABRIELLI E. (diretto da), *Trattato di diritto dell'economia*, Padova, Cedam, 2008, V, 366.
- ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, in SCIALOJA, BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1959.
- ASSOCIAZIONE BANCARIA ITALIANA, Circolare ABI n. 10, *La migrazione degli addebiti diretti RID agli schemi SEPA direct debit*, 23 aprile 2013.
- ATHANASSIOU, MAS-GUIX, *Electronic money institution. Current trends, regulatory issues and future prospects*, in European Central Bank, *Legal Working Paper Series*, n. 7, luglio 2008, www.ecb.int.
- AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Le carte prepagate in Italia. Caratteristiche diffusione e potenziale impatto concorrenziale sull'offerta di moneta elettronica*, giugno 2009.
- BACCETTI, *Creditori extracontrattuali, patrimoni destinati e gruppi di società*, Milano, Giuffrè, 2009.
- BAESSATO, *Le carte di credito e di pagamento*, in FIORUCCI, (a cura di), *La disciplina dei rapporti bancari. Normativa, giurisprudenza e prassi*, Assago, Cedam, 2012, 863.

- BALDAN, *I servizi di pagamento*, in BIFFIS (a cura di), *Le operazioni e i servizi bancari*, Torino, Giappichelli, 2012, 247.
- BANCA CENTRALE EUROPEA, *Blue book*, available on www.ecb.europa.eu, agosto 2005.
- BANCA CENTRALE EUROPEA, *Card payments in Europe – a renewed focus on SEPA for cards*, available on www.ecb.europa.eu, aprile 2014.
- BANCA CENTRALE EUROPEA, *Glossary of terms related to payment, clearing and settlement systems*, available on www.ecb.europa.eu, dicembre 2009.
- BANCA CENTRALE EUROPEA, *Le problematiche connesse allo sviluppo della moneta elettronica*, in *Bollettino mensile della BCE*, novembre 2000.
- BANCA CENTRALE EUROPEA, *Rendere più efficienti i pagamenti transfrontalieri al dettaglio - la posizione dell'Eurosistema*, available on www.ecb.europa.eu, settembre 1999.
- BANCA CENTRALE EUROPEA, *Report on electronic money*, available on www.ecb.europa.eu, agosto 1998.
- BANCA CENTRALE EUROPEA, *Towards an integrated European card payments market*, in *Monthly Bulletin*, gennaio 2012.
- BANCA CENTRALE EUROPEA, *Virtual Currency Schemes*, available on www.ecb.europa.eu, ottobre 2012.
- BANCA D'ITALIA, *Credito revolving concesso con carte di credito: cautele ed indirizzi per gli operatori*, in www.bancaditalia.it, 20 aprile 2010.
- BANCA D'ITALIA, *Relazione al Parlamento e al Governo*, in www.bancaditalia.it, Roma, giugno 2012.
- BANI, Art. 114 quater. *Vigilanza*, in CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2012, III, 1548.
- BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS, *Implications for central banks of the development of electronic money*, ottobre 1996, available on www.bis.org.
- BARCELLONA, *Per un codice civile europeo*, in MELI, MAUGERI (a cura di) *Armonizzazione del diritto privato europeo. Il Piano d'azione 2003*, Milano, Giuffrè, 2004, 175.
- BARILLÀ, *L'addebito diretto*, Milano, EduCatt, 2013.

- BAUSILIO, *I contratti bancari. Accordi, inadempimento, responsabilità, trattamento fiscale*, Milano, Giuffrè, 2007.
- BERTELLI, PRADER, *Le carte di credito. Evoluzione e funzionamento nel sistema bancario*, La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1993.
- BOCCUZZI, VALSECCHI, *Tutela della clientela e regolamentazione bancaria e finanziaria*, in BOCCUZZI (a cura di), *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, in, Roma, 2010, www.bancaditalia.it, 13.
- BOCHICCHIO, *Servizi di pagamento tra intermediazione finanziarie servizi amministrativi ed organizzativi*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2002, 1, 226.
- BOLT, FOOTE, SHMIEDEL, *Consumer credit and payment cards*, working paper series n. 387, ottobre 2011, available on www.ecb.europa.eu.
- BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, Milano, Giuffrè, 2009.
- BRANCADORO, *Osservazioni sul servizio «Bancomat»*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1986, 1, 674.
- BRIZI, SASSO, TRESOLDI, *Le banche e il sistema dei pagamenti: organizzazione, funzioni e prospettive nello scenario della moneta unica*, Bologna, Il Mulino, 1998.
- BUSSANI, INFANTINO, *Diritto europeo dei contratti: un'introduzione*, Torino, UTET, 2010.
- CALANDRA BUONAURA, *L'attività bancaria*, in CALANDRA BUONAURA, PERASSI, SILVETTI (a cura di), *La banca: l'impresa e i contratti*, Padova, Cedam, 2001, VI, 38.
- CALLEGARI, COTTINO, DESANA, SPATAZZA, *I titoli di credito*, in COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, Cedam, 2006, XIX.
- CALTABIANO, *Il conto corrente bancario*, Padova, Cedam, 1967.
- CAPOBIANCO, LONGOBUCCO, *La nuova disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Contratto e impresa*, 2011, 5, 1170.
- CAPONE, *Autorizzazione*, in MANCINI, RISPOLI FARINA, SANTORO, SCIARRONE ALIBRANDI, TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, Giappichelli, 2011, 445.

- CARBÓ VALVERDE, LIÑARES ZEGARRA, *How effective are rewards programs in promoting payment card usage? Empirical evidence*, working paper series n. 4, dicembre 2009, available on www.ecb.europa.eu.
- CARRESI, *Il contratto*, in CICU, MESSINEO (diretto da) *Trattato di diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1987, 367.
- CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in TESAURO G., D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, Zanichelli, 2000, 14.
- CAVALLI, CALLEGARI, *Lezioni sui contratti bancari*, Bologna, Zanichelli, 2011.
- CECCHERINI, GENGHINI, FANELLI, *I contratti bancari nel codice civile*, Milano, Giuffrè, 2003.
- CENDON, *Commentario al codice civile. Art. 1782*, Milano, Giuffrè, 2011, 80.
- CHAKRAVORTI, LUBASI, *Payment instrument choice: The case of prepaid cards*, 2006, available on www.ssrn.com.
- CHORAFAS, *Electronic Funds Transfer*, Londra, London Butterworths, 1988.
- CIACCI, *Pagamenti elettronici e moneta elettronica*, in TOSI (a cura di), *La tutela del consumatore in internet e nel commercio elettronico*, Milano, Giuffrè, 2012, 506.
- CIRAOLO, *Le carte di debito nell'ordinamento italiano. Il servizio Bancomat*, Milano, Giuffrè, 2008.
- COCCHI, *Articolo 126-quinquies*, in CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2012, III, 1989.
- COMMETTEE ON PAYMENT AND SETTLEMENT SYSTEMS, *Innovation in retail payments. Report of Working Group on Innovations in Retail Payments*, in www.bis.org, maggio 2012.
- COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, *The proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2004/6/CE on the taking up, pursuit, and prudential supervision of the business of electronic money institutions*, 2008.

- COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde della Commissione sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese*, 2010.
- COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del consiglio relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifiche alle direttive 2002/65/CE, 2013/36/UE, 2009/110/CE e che abroga la direttiva 2007/64/CE*.
- CONDEMI, *Gli Istituti di pagamento tra orientamenti comunitari e disciplina nazionale*, in RISPOLI FARINA, SANTORO V., SCIARRONE ALIBRANDI, TROIANO O. (a cura di), *Armonizzazione Europea dei servizi di pagamento e attuazione delle direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, 323.
- CONSIGLIO NAZIONALE DELL'ECONOMIA E DEL LAVORO, *La moneta elettronica. Osservazioni e Proposte*, 23 gennaio 2014.
- COSTI, *Banca e attività bancaria nelle direttive comunitarie*, in *Banca, impresa e società*, 1989, 3, 335.
- COSTI, *Servizi di pagamento: il controllo sugli enti produttori*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1, 1993, 131.
- CROWE, RYSMAN, STAVINS, *Mobile payments in the United States at retail point of Sale: current market and future prospects*, discussion papers of Federal Reserve Bank of Boston, 2010.
- 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 RISPOLI FARINA, SANTORO, SCIARRONE ALIBRANDI, TROIANO O. (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, Giuffrè, 2009, 420.
- D'ARCANGELO, *Il contratto normativo*, in *Obbligazione e contratti*, 2008, 1, 65.
- DALMARTELLO, PORTALE, voce *Deposito*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1964, XII, 236.
- DE ANGELIS, *Commento all'art. 117 Tub*, in CAPRIGLIONE (diretto da) *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2012, III, 1687.
- DE MARCHI, *Carte di credito e carte bancarie*, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 1970, 3, 321.

- DE STASIO, *Operazione di pagamento non autorizzata e restituzioni*, Milano, EduCatt, 2013.
- DELL'ANNA, *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, Torino, Utet, 2009.
- DEVESCOVI, *Titoli di credito e informatica*, Padova, Cedam, 1991.
- DI BRINA, *L'esercizio del credito: profili generali*, in URBANI (a cura di), *L'attività delle banche*, Padova, Cedam, 2010, 116.
- DI MAJO, *L'attuazione della direttiva sui servizi di pagamento*, in Associazione Bancaria Italiana, *La direttiva PSD: le nuove regole per le banche italiane. Servizi di pagamento, controllo e trasparenza*, Roma, Bancaria Editrice, 2011, 58.
- DI NANNI, *Pagamento e sostituzione nella carta di credito*, Napoli, Jovene, 1983.
- DIENER, *Il contratto in generale: manuale e applicazioni pratiche delle lezioni di Guido Capozzi*, Milano, Giuffrè, 2002.
- DISEGNI, *Strumenti di credito e mezzi di pagamento. Cambiali, assegni, carte di credito, moneta elettronica*, Torino, Giappichelli, 2011.
- DOLMETTA, *Carte di credito revolving: inadempimento di singole rate, "oneri economici" ed usura civilistica*, in *I contratti*, 2010, 11, 1061.
- DOLMETTA, *La carta di credito*, in *Quaderni di Banca, Borsa e tit. cred.*, Milano, Giuffrè, 1981, 48.
- DONADI, *Bancomat*, in *Contratto e impresa*, 1988, 2, 669.
- EPSTEIN, BROWN, *The war on plastic*, Regulation, 29, n. 3 2006, available on www.ssrn.com.
- EUROPEAN MONETARY INSTITUTE, *Report on prepaid cards*, maggio 1994, available on www.ecb.europa.eu.
- EVANS, SCHMALENSEE, *Innovation in payments*, in *Market Platform Dynamics*, settembre, 2008, available on ssrn.com.
- FALCE, *Il mercato integrato dei sistemi di pagamento al dettaglio tra cooperazione e concorrenza (Primi appunti ricostruttivi)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2008, 5, 588.
- FARENGA, *La moneta bancaria*, Torino, Giappichelli, 1997.

- FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, in BUONOCORE (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Torino, Giappichelli, 2005.
- FERRI, *Bancogiro*, in *Enc. Giuridica*, Milano, Giuffrè, 1959, V, 32.
- FERRI, voce *Apertura di credito*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1958, II, 596.
- FERRI, voce *Conto corrente di corrispondenza*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1961, XI, 666.
- FERRI, voce *Deposito bancario*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1964, XII, 278.
- FIMMANÒ, *Insolvenza della S.P.A. ed in capienza dei patrimoni destinati*, available on www.ilcaso.it, 2007.
- FIMMANÒ, *L'insensibilità delle destinazioni patrimoniali al fallimento*, available on www.ilcaso.it.
- FINANCIAL SERVICES AUTHORITY, *The FSA's role under the Electronic Money Regulations 2011*, marzo 2011, available on www.fsa.gov.uk.
- FIORENTINO, *Del conto corrente; dei contratti bancari*, in SCIALOJA, BRANCA (a cura di) *Commentario del codice civile*, Bologna, Zanichelli, 1969.
- FORESTIERI, *Concorrenza e innovazione dei sistemi di pagamento retail*, in *Banca impresa società*, 2002, 3, 445.
- GALGANO, *Le obbligazioni in generale*, in GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Padova, Cedam, 2010, II, 121.
- GIANNANTONIO, *Trasferimenti elettronici di fondi e adempimento*, in *Foro it.*, 5, 165.
- GIMIGLIANO, *Articolo 114 novies, articolo 114 decies, articolo 114 undecies*, in PORZIO (a cura di), *Testo unico bancario. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2010, 927.
- GIORGIANNI, TARDIVO, *Diritto bancario. Banche, contratti e titoli bancari*, Milano, Giuffrè, 2006.
- GIORGIANNI, TARDIVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, 2012.
- GIULIANO, *La delegazione*, in FAVA (a cura di), *Le obbligazioni: diritto sostanziale e processuale*, Milano, Giuffrè, 2008, I, 1112.

- GRANIERI, *Le liberalizzazioni nel sistema dei servizi di pagamento e l'impatto della direttiva comunitaria sull'industria delle carte di credito. Alcune riflessioni preliminari*, in MANCINI, PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento: prime riflessioni*, in Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, Roma, dicembre 2008, 107.
- GUERRIERI, *La moneta elettronica: profili di diritto privato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2013, 4, 757.
- GUIDA, DALLA MASSARA, DE POLI, DALLA PAOLA, MATERIA, *L'adempimento con gli strumenti "alternativi" di pagamento*, in PATTI, VACCA (a cura di), *Le figure speciali*, in GAROFALO, TALAMANCA (diretto da), *Trattato delle obbligazioni*, Padova, Cedam, 2005, V, 125.
- HARTMANN, *E-payments evolution*, 1 maggio 2006, available on www.ssrn.com.
- INZITARI, *Il conto corrente bancario*, in URBANI (a cura di), *L'attività delle banche*, Padova, Cedam, 2010, 371.
- INZITARI, *La natura giuridica della moneta elettronica*, in SICA, STANZIONE, ZENO ZENCOVICH (a cura di), *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, Milano, Giuffrè, 2006.
- LEMME, *Moneta scritturale e moneta elettronica*, Torino, Giappichelli, 2003.
- LENER, *Profili generali della raccolta bancaria del risparmio*, in AA. VV., *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, Padova, Cedam, 2010, I, 353.
- LIACE, *I contratti bancari*, Padova, Cedam, 2002.
- LIBERTINI, *Brevi note su concorrenza e servizi di pagamento*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2011, 2, 181.
- LIBONATI, *Contratto bancario e attività bancaria*, Milano, Giuffrè, 1965.
- LIBONATI, *Titoli impropri e documenti di legittimazione*, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 1960, 1, 230.
- LOCARATOLO, *Patrimoni destinati ed insolvenza*, Milano, Giuffrè, 2005.
- LONGO, *Il borsellino salta dentro il cellulare*, in Nova24. Il Sole24Ore, 31 luglio 2011.

- MACCARONE, *Osservazioni in tema di conto corrente ordinario*, in PORTALE, *Le operazioni bancarie*, Milano, Giuffrè, 1978, II, 615.
- MAIMIERI, PIERRI, *Art. 1834*, in VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti*, in GABRIELLI (diretto da) *Commentario del codice civile*, Torino, Utet, II, 300.
- MAIMIERI, voce *Bancomat*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Comm., Torino, Utet, II, 1987, 193.
- MALAGUTI, *The Payments System in the European Union*, Londra, Sweet & Maxwell, 1997.
- MANCINI M., *Il sistema dei pagamenti e la banca centrale*, in GALANTI (a cura di), *Diritto delle banche degli intermediari finanziari*, in PICOZZA, GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto dell'economia*, Padova, Cedam, 2008, V, 114.
- MANCINI M., *Procedure, regole, funzione della compensazione multilaterale dei recapiti monetari nei pagamenti transnazionali e in quelli interni*, in CARRIERO, SANTORO, *Il diritto del sistema dei pagamenti*, Milano, Giuffrè, 237.
- MANES P., *La segregazione patrimoniale nelle operazioni finanziarie*, in *Contratto e impresa*, 2001, 6, 362
- MANFEROCE, *Soggezione alle procedure concorsuali dei patrimoni dedicati*, in *Fallimento*, 2003, 12, 1241.
- MANNELLA, *La nuova disciplina comunitaria degli istituti di pagamento: aspetti fiscali (relativi all'IVA) dei servizi di pagamento offerti dagli operatori telefonici*, in BASSAN (a cura di), *Diritto delle comunicazioni elettroniche: telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, Milano, Giuffrè, 341.
- MARTELLONI, *Art. 114 quinquies. Deroghe*, in CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2012, III, 1554.
- MARTELLONI, *Art. 114 sexies. Servizi di pagamento*, in CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2012, III, 1567.
- MARTORANO, *Il conto corrente bancario*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1955.

- MARTORANO, *Lineamenti generali dei titoli di credito e dei titoli cambiari*, Napoli, Morano, 1979.
- MARTORANO, *Titoli di credito: titoli di credito in genere, titoli al portatore, titoli all'ordine, titoli nominativi, titoli rappresentativi della merce, titoli atipici, titoli in gestione accentrata (monte titoli), titoli impropri e documenti di legittimazione*, Milano, Giuffrè, 1997.
- MARTUCCIELLI, *Obbligazioni pecuniarie e pagamento virtuale*, Milano, Giuffrè, 1998.
- MAVROMATI, *The law of Payment Services in the EU*, The Netherlands, Kluwer Law International BV, 2007.
- MECATTI, *Art. 114 sexies Tub. Servizi di pagamento*, in MANCINI M., RISPOLI FARINA, SANTORO, SCIARRONE ALIBRANDI, TROIANO O., *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011, 411.
- MEOLI, *Patrimoni destinati e insolvenza*, in *Fallimento*, 2005, 2, 113.
- MERUSI, *I soggetti vigilati*, in Associazione Bancaria Italiana, *La direttiva PSD: le nuove regole per le banche italiane. Servizi di pagamento, controllo, trasparenza*, Roma, Bancaria Editrice, 2011, 26.
- MESSINEO, *Contenuto e carattere giuridico dell'apertura di credito*, *Riv dir. Comm.*, 1925, 1, 120.
- MEZZACAPO, *Art. 114 bis. Emissione di moneta elettronica*, in CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2012, III, 1531.
- MEZZACAPO, *Istituto di moneta elettronica*, in CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2012, III, 1525.
- MOLLE, *I contratti bancari*, in CICU, MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 1981.
- MOLLE, *I contratti bancari*, in MENGONI (diretto da) *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 1978.

- MONETI, SEPE, *Art. 114 novies. Autorizzazione*, in CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2012, III, 1589.
- MONTALENTI, *La riforma del diritto societario nel progetto della Commissione Mirone*, in *Giur. Comm.*, 2000, 1, 404.
- MONTANARI, *La discussa natura giuridica del memorandum di spesa delle carte di credito*, in *Giust. Civ.*, 2007, 1, 2844.
- MORERA, *Contratti bancari (disciplina generale)*, *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, 1, 171.
- MOTTI, *Emissione di moneta elettronica e attività bancaria*, in SPENA, GIMIGLIANO (a cura di), *Gli istituti di moneta elettronica*, Milano, Giuffrè, 2005, 100.
- NESI, *Carte di banca e carte di credito nella precedente esperienza italiana: proposte per una sistemazione giuridica*, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 1968, 579.
- NICCOLINI, *Carte di credito e carte bancarie*, in *Enc. Giur. Treccani*, V, II, 5.
- NOBILI, *Le obbligazioni: manuale e applicazioni pratiche delle lezioni di Guido Capozzi*, Milano, Giuffrè, 2008.
- OLIVIERI, *Appunti sulla moneta elettronica. Brevi note in margine alla direttiva 2000/46/CE*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, 1, 811
- OLIVIERI, *Compensazione e circolazione della moneta nei sistemi di pagamento*, Giuffrè, 2002.
- OLIVIERI, *La nozione di «moneta elettronica»*, in SPENA, GIMIGLIANO (a cura di), *Gli istituti di moneta elettronica*, Milano, Giuffrè, 2005, 56.
- ONZA, *Bancomat e Pagobancomat*, in SALAMONE, SPADA (a cura di), *Commentario breve al diritto delle cambiali, degli assegni e di altri strumenti di pagamento*, Padova, Cedam, 2014, 922.
- ONZA, *Carte di credito*, in SALAMONE, SPADA (a cura di), *Commentario breve al diritto delle cambiali, degli assegni e di altri strumenti di pagamento*, Padova, Cedam, 2014, 898.
- ONZA, *Estinzione dell'obbligazione pecuniaria e finanziamento dei consumi. Il pagamento con la carta*, Milano, Giuffrè, 2013.

- ONZA, *Introduzione: i mezzi di pagamento e la liberazione del debitore*, in SALAMONE, SPADA (a cura di), *Commentario breve al diritto delle cambiali, degli assegni e di altri strumenti di pagamento*, Padova, Cedam, 2014, 878.
- OPPO, *Sull'«autonomia» delle sezioni di credito speciale*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1, 26.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Electronic funds transfer: plastica cards and the consumer*, Paris, 1989.
- PADOA SCHIOPPA, *La moneta elettronica e il sistema dei pagamenti*, Bologna, Il Mulino, 1992.
- PADOA SCHIOPPA, *Le carte di pagamento*, in *Bancaria*, 1995, 9, 6.
- PALMIERI, *Il mercato unico delle banche*, in VELLA (a cura di), *Banche e mercati finanziari*, in AJANI, BENACCHIO, *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2009, VIII, 41.
- PAPADOPOULOS, *Electronic money and the possibility of a cashless society*, Working Paper, 18 febbraio 2007, EIPE.
- PARDOLESI, *La concorrenza nell'industria delle carte di credito. Riflessioni preliminari*, in SANTORO (a cura di), *Il diritto dei sistemi di pagamento*, Milano, Giuffrè, 2007, 157.
- PARRELLA, *Art. 11. Raccolta del risparmio. Commento.*, in PORZIO (a cura di), *Testo unico bancario. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2010, 117.
- PARTESOTTI, MANENTE, URBANI, *Lezioni sui titoli di credito. Con attenzione anche a strumenti finanziari e strumenti "bancari" di pagamento*, Noceto, Monduzzi, 2005.
- PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, Il Mulino, 2010.
- PERASSI, *Armonizzazione e contratti bancari*, in CAFAGGI F. (a cura di) *Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti?*, Padova, Cedam, 2004, 159.
- PERASSI, *Il deposito*, in CALANDRA BUONAURA, PERASSI, SILVETTI, *La banca: l'impresa e i contratti*, in COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, Cedam, 2001, VI, 561.

- PERASSI, *L'apertura di credito: profili generali*, in PORTALE, *Le operazioni bancarie in conto corrente*, Milano, Giuffrè, 1978, II, 507.
- PERRONE, *La nuova disciplina italiana sulla moneta elettronica*, in *Studium Iuris*, 2003, 579.
- PESCATORE, *La funzione di garanzia dei patrimoni destinati*, Bologna, Libreria Bonomo Editrice, 2008.
- PETTITI, *In tema di carte di credito: profilo giuridico del pagamento sostitutivo*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1988, 1, 594.
- PLUCHINO, *Problemi relative al nuovo strumento finanziario degli istituti di pagamento*, in *Il diritto e l'economia*, 3, 2012.
- POLASIK, WISNIEWSKY, LIGHTFOOT, *Modeling Customers' Intentions to Use Contactless Cards*, working paper series, 2011, available on ssrn.com.
- PORZIO, *Autorizzazione*, in MANCINI, RISPOLI FARINA, SANTORO, SCIARRONE ALIBRANDI, TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, Giappichelli, 2011, 441.
- PORZIO, *Conto corrente, deposito e concessione di credito*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato. Obbligazioni e contratti*, Torino, Utet, 1985, XII, 859.
- PORZIO, *Le problematiche connesse allo sviluppo della moneta elettronica: alcuni aspetti di natura economica*, in SPENA, GIMIGLIANO (a cura di), *Gli istituti di moneta elettronica*, Milano, Giuffrè, 2005, 7.
- PRESTI, *Nuovi strumenti per il credito al consumo: le carte revolving*, in *Le Società*, 2007, 4, 484.
- RESTUCCIA, *La carta di credito nell'ordinamento giuridico italiano e comunitario*, Milano, Giuffrè, 1999.
- RISPOLI FARINA, SPENA, *La trasparenza delle condizioni e i requisiti informativi per i servizi di pagamento*, in RISPOLI FARINA, SANTORO, SCIARRONE ALIBRANDI, TROIANO O. (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, Giuffrè, 2009, 83.

- ROGERS, *The New Old Law of Electronic Money*, Research paper No. 62, 3 marzo 2005, available on www.ssrn.com.
- ROPPO, *Il contratto*, in IUDICA, ZATTI (a cura di) *Trattato di diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2011, 205.
- ROPPO, *L'utenza dei servizi di pagamento: consumatori? Professionisti? Clienti?*, in RISPOLI FARINA, SANTORO, SCIARRONE ALIBRANDI, TROIANO (a cura di), *Armonizzazione Europea dei servizi di pagamento e attuazione delle direttiva 2007/64/CE*, Milano, Giuffrè, 2009, 290.
- SABBATINI, *Brevi note sulla moneta elettronica*, in SANTORO (a cura di), *Diritto dei sistemi di pagamento*, Milano, Giuffrè, 2007, 90.
- SAHUT, *Internet Payment and Banks*, 2011, available on www.ssrn.com.
- SAHUT, *The adoption and diffusion of electronic wallets*, in *International Journal of Human and Social Sciences*, 2009 available on www.ssrn.com.
- SALANITRO, *Le banche*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1983, 138.
- SALANITRO, *Problemi in tema di depositi bancari*, in PORTALE (a cura di), *Le operazioni bancarie*, Milano, Giuffrè, 1978, 363.
- SANGIOVANNI, *Bancomat, carte di credito e responsabilità civile nella giurisprudenza dell'ABF*, in *Resp. civ.*, 2012, 10, 701.
- SANGIOVANNI, *Mancato aggiornamento del contratto-quadro e "nullità sopravvenuta"*, in *Contratti*, 2008, 7, 660.
- SANTORO, *Art. 114 duodecies. Conti di pagamento e forme di tutela*, in MANCINI, RISPOLI FARINA, SANTORO, SCIARRONE ALIBRANDI, TROIANO O. (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011, 471.
- SANTORO, *Art. 114 terdecies. Patrimonio destinato*, in PORZIO (a cura di), *Testo unico bancario: commentario*, Milano, Giuffrè, 2010, 938.
- SANTORO, *Articolo 1, comma 1, lettere c), e), f), h), m) e o)*, in MANCINI, RISPOLI FARINA, SANTORO, SCIARRONE ALIBRANDI, TROIANO O., *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, Giappichelli, 2011, 18.

- SANTORO, *Gli Istituti di pagamento*, in RISPOLI FARINA, SANTORO, SCIARRONE ALIBRANDI, TROIANO O. (a cura di), *Armonizzazione Europea dei servizi di pagamento e attuazione delle direttiva 2007/64/CE*, Milano, Giuffrè, 2009, 64.
- SANTORO, *I conti di pagamento degli Istituti di pagamento*, in MANCINI, PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento: prime riflessioni*, in Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, Roma, dicembre 2008, 35.
- SANTORO, *I servizi di pagamento*, in *Ianus*, 2012, 6, 19.
- SANTORO, *Il conto corrente bancario. Artt. 1852- 1857*, in SCHLESINGER (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 1992.
- SCALISI, *Il contratto di deposito: del deposito in generale, del deposito in albergo, del deposito nei magazzini generali*, CENDON (a cura di), *Commentario al codice civile. Art. 1782*, Milano, Giuffrè, 2011, 80.
- SICA, *E-commerce e e-money*, SICA, STANZIONE, ZENCOVICH (a cura di), *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, Milano, Giuffrè, 2006, 78.
- SICCHIERO, *Le garanzie bancarie*, in URBANI (a cura di), *L'attività delle banche*, Padova, Cedam, 2010, 196.
- SICLARI, *Art. 114 quaterdecies. Vigilanza*, in CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2012, III, 1643.
- SICLARI, *Legislazione della nuova economia e disciplina codicistica: la moneta elettronica*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2005, 1, 4, 469.
- SILVETTI, *Bancomat*, in CALANDRA BUONAURA, PERASSI, SILVETTI (a cura di), *La banca: l'impresa e i contratti*, in COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, Cedam, 2001, 651.
- SILVETTI, *Disciplina generale dei contratti bancari*, in CALANDRA BUONAURA, PERASSI, SILVETTI, *La banca, l'impresa e i contratti*, in COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, Cedam, 2001, VI, 386.

- SILVETTI, *L'apertura di credito*, in CALANDRA BUONAURA, PERASSI, SIVETTI (a cura di), *La banca: l'impresa e i contratti*, in COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2001, VI, 530.
- SILVETTI, *Disciplina generale dei contratti bancari*, in CALANDRA BUONAURA, PERASSI, SILVETTI (a cura di) *La banca, l'impresa e i contratti*, in COTTINO (diretto da) *Trattato di diritto commerciale*, Padova, Cedam, 2001, VI, 383.
- SILVETTI, *Il conto corrente bancario*, in CALANDRA BUONAURA, PERASSI, SILVETTI (a cura di) *La banca: l'impresa e i contratti*, in COTTINO (diretto da) *Trattato di diritto commerciale*, Padova, Cedam, 2001, VI, 475.
- SPADA, *Carte di credito: «terza generazione» dei mezzi di pagamento*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1976, 1, 5, 488.
- SPADA, *Introduzione al diritto dei titoli di credito. Documenti circolanti, circolazione intermediata e password*, Torino, Giappichelli, 2012.
- SPADA, *Introduzione al diritto dei titoli di credito: lezioni*, Torino, Giappichelli, 1994.
- SPENA, *Articolo 126 quinquies Tub. Contratto quadro*, in MANCINI, RISPOLI FARINA, SANTORO, SCIARRONE ALIBRANDI, TROIANO O. (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, Giappichelli, 2011, 546.
- SPENA, *Commento all'art. 117*, in PORZIO (a cura di), *Testo unico bancario: commentario*, Milano, Giuffrè, 2010, 973.
- SPENA, *Commento all'art. 126 quinquies*, in PORZIO (a cura di), *Testo unico bancario: commentario*, Milano, Giuffrè, 2010, 1105.
- STAGNO D'ALCONTRES, *Titolo di credito: ricostruzione di una disciplina*, Torino, Giappichelli, 1999.
- TARAZI, BRELOF, *Nonbank E-money Issuers: regulatory approaches to Protecting customer funds*, luglio 2010, available on www.ssrn.com.
- TARAZI, LAUER, *Supervising Nonbank E-Money Issuers*, luglio 2012 available on www.cgap.org.
- TARZIA, *Il contratto di conto corrente bancario*, Milano, Ipsoa, 2001.
- TETI, BUSINELLI, *Dell'apertura di credito bancario*, in BUSNELLI (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2005, 3.

- THE COMMITTEE ON PAYMENT AND SETTLEMENT SYSTEMS, *Payment, clearing and settlement systems in Italy, Red Book*, 2012.
- TIDU, *Clausola di esecuzione in «tempo reale» e pagamenti elettronici interbancari*, in AA. VV., *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, Padova, Cedam, 1992, II, 353.
- TORELLI, *Biglietto? No, telefonino*, in *Corriereconomia*, 14 settembre 2009.
- TRANE, *Le carte di credito*, Milano, Giuffrè, 2002.
- TRIFILIDIS, *Carte di pagamento e tutela della concorrenza Funzione ed effetti della «commissione interbancaria multilaterale – MIF»*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2004, 3, 560.
- 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, 5, 600.
- TROIANO O., *Disciplina uniforme dei servizi di pagamento: aspetti critici e prospettive ricostruttive*, in RISPOLI FARINA, SANTORO, SCIARRONE ALIBRANDI, TROIANO O. (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, Giuffrè, 2010, 13.
- TROIANO O., *I contratti on-line e servizi di pagamento: riflessioni sulla moneta elettronica*, in SANTORO (a cura di), *Il diritto dei sistemi di pagamento*, Milano, Giuffrè, 2007, 66.
- TROIANO O., *I servizi elettronici di pagamento. Addebiti in conto non autorizzati: un'analisi comparata*, Milano, Giuffrè, 1996.
- TROIANO O., *La moneta elettronica come servizio di pagamento*, SICA, STANZIONE, ZENCOVICH (a cura di), *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, Milano, Giuffrè, 2006, 94.
- TROIANO O., *La nuova disciplina privatistica comunitaria dei servizi di pagamento: realizzazione e problemi della Single Euro Payment Area (SEPA)*, in MANCINI M. E PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di*

- pagamento: prime riflessioni*, in Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, Roma, dicembre 2008, 44.
- TROIANO O., voce *Contratto di pagamento*, *Enc. Dir., Annali V*, Milano, 2012, 392.
- TROIANO V., *Gli istituti di moneta elettronica*, in *Quaderni della ricerca giuridica e consulenza legale*, Roma, Banca d'Italia, 2001, 20.
- TROIANO V., *Primi appunti in tema di regolamentazione nazionale degli Istituti di Moneta Elettronica*, in SPENA, GIMIGLIANO (a cura di), *Gli Istituti di Moneta Elettronica*, Milano, 2005, 67.
- TULLIO, *Il deposito*, in LIPARI, RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2009, III, 280.
- VANDEZANDE, *Mobile wallets and virtual alternative currencies under the EU legal frame work on electronic payments*, ICRI working paper, 16/2013, settembre 2013, available on www.ssrn.com.
- VELLA, *L'esercizio del credito*, Milano, Giuffrè, 1990.
- ZUCCA, «*Borsellino digitale*» per trasporti e mobilità, in *Eventiquattro*, Il Sole24Ore, 4 maggio 2012.