

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>

n. 6 - giugno 2012

I SERVIZI DI PAGAMENTO

Vittorio Santoro

I SERVIZI DI PAGAMENTO

Vittorio Santoro

*Professore Ordinario di Diritto commerciale
nell'Università di Siena*

Il contributo ricostruisce criticamente la disciplina dei servizi di pagamento nei suoi profili oggettivi e soggettivi, avendo riguardo alla direttiva 2007/64 CE, al d.lgs. n. 11 del 2010 ed alla disciplina della Banca d'Italia. Una volta inquadrati gli strumenti di pagamento l'Autore si sofferma sulle problematiche sollevate dal conto di pagamento e dalla posizione contrattuale del prestatore del servizio e del cliente.

The paper gives a critically overview of the legal framework for payment services focusing on the directive 2007/64/EC, the legislative decree n. 11/2010 and the Bank of Italy's regulations. Provided the state of payment instruments, the Author drives its attention to the payment account as a framework contract for the provision of payment services as well as to the duties and rights of the professional providers and the users.

Sommario

1. Premessa
2. Profilo oggettivo
3. Il c.d. *negative scope* e la relazione tra contratto quadro/conto di pagamento e conto corrente bancario
4. Profilo soggettivo: prestatore di servizi di pagamento
5. *Segue*: utilizzatore di servizi di pagamento
6. Disciplina "sostanziale"
7. Disciplina di trasparenza

1. Premessa

Oggetto del presente lavoro sono i servizi di pagamento quali disciplinati dal d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11. Quest'ultimo costituisce un corpo normativo completamente nuovo introdotto nel nostro ordinamento per dare attuazione alla dir. 64/2007/CE, *Payment System Directive* (d'ora in poi PSD), che disciplina appunto l'esercizio dei servizi di pagamento nell'ambito del mercato interno europeo.

Occorre in verità rammentare che in Italia non mancava, già in precedenza, una disciplina dei servizi di pagamento¹, infatti, la previgente versione degli artt.106 e 107 Tub consentivano agli intermediari, ivi menzionati, la facoltà di prestare servizi di pagamento. Il significato di tale espressione era stato, successivamente, puntualizzato dall'art. 5, comma 1, del d.m. 17 febbraio 2009, n. 29, nel senso che per "prestazione dei servizi di pagamento" si doveva intendere: «a) incasso e trasferimento di fondi; b) trasmissione o esecuzione di ordini di pagamento, anche tramite addebiti o accrediti, effettuati con qualunque modalità; c) compensazione di debiti e crediti; d) emissione o gestione di carte di credito, di debito o di altri mezzi di pagamento, nel rispetto del divieto di raccolta del risparmio tra il pubblico previsto dall'articolo 11 del Testo unico»².

¹ Cfr. V. SANTORO, *Gli istituti di pagamento*, in RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, 64 ss.; CONDEMI, *Gli istituti di pagamento tra orientamenti comunitari e disciplina nazionale*, *ibidem*, 340; MARULLO REEDTZ, *sub art. 1, comma 1, lett. b), l) e n)*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011, 9.

² La medesima disposizione al comma successivo, però, precisava che «non rientrano nella prestazione di servizi di pagamento le attività di: a) recupero crediti; b) trasporto e consegna di valori; c) emissione o gestione, da parte di un fornitore di beni o servizi, di carte prepagate utilizzabili esclusivamente presso lo stesso o, in base ad un accordo commerciale con l'emittente, all'interno di una rete limitata di prestatori di tali beni o servizi; d) emissione o gestione, da parte di un fornitore di beni o servizi, di carte di credito e di debito utilizzabili esclusivamente presso lo stesso o, in base ad un accordo commerciale con l'emittente, all'interno di una rete limitata di prestatori di tali beni o servizi; e) mera distribuzione di carte di credito e di debito; f) trasferimento di fondi, svolto in via strumentale alla propria attività principale, a condizione che il

2. Profilo oggettivo

Nella PSD i servizi di pagamento sono, ora, definiti dall'art. 4, comma 3, mediante rinvio alle «*attività commerciali elencate nell'allegato*». Nelle norme nazionali il medesimo elenco è stato trasfuso nell'art.1, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 11/2010³. La nuova formulazione dell'art.106 Tub, a sua volta, non fa più comparire i servizi di pagamento tra le attività che gli intermediari finanziari possono svolgere “ordinariamente”. Tuttavia, in virtù dell'autonoma evidenza che tali intermediari hanno assunto, i servizi di pagamento sono indicati tra le loro attività eventuali a due condizioni: 1) che sia stata rilasciata una distinta autorizzazione, conforme alle disposizioni dell'art.114-novies Tub; 2) che vi sia stata la conseguente iscrizione nel relativo albo⁴.

Dunque, i servizi di pagamento sono elencati e non definiti chiaramente. Si tratta di un elenco complesso articolato come segue: «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*

soggetto che effettua tali operazioni non possa disporre per proprio conto dei fondi medesimi».

³ Secondo MAVROMATI, *The Law of Payment Services in the Internal Market*, Alphenan den Rijn, 2008, 149 s., l'elenco è esaustivo; tuttavia, l'attività dei soggetti abilitati ad esercitare i servizi di pagamento non è esclusiva. Quest'ultima considerazione vale, oggi, anche per le banche se non altro per il fatto che esercitano accanto alla tradizionale attività creditizia appunto il servizio di pagamento.

⁴ Cfr. GRECO, sub *artt. 106-114*, in PORZIO - BELLI - LOSAPPIO - RISPOLI FARINA V. SANTORO (a cura di), *Testo unico bancario. Commentario. Addenda di aggiornamento ai d.lgs. 141/2010 e 218/2010*, Milano, 2011, 28.

linea di credito accordata ad un utilizzatore di servizi di pagamento: 4.1. esecuzione di addebiti diretti, inclusi addebiti diretti a 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; 6) rimessa di denaro; 7) 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'utilizzatore di servizi di pagamento e il fornitore di beni e servizi».

La prima notazione che si deve svolgere a proposito dell'elenco è che non tutte le attività ivi indicate hanno lo stesso rilievo; alcune, infatti, hanno carattere commercialmente marginale rispetto ai servizi di pagamento più diffusi e tradizionali, all'opposto altre hanno carattere innovativo.

Tra le prime, si deve ricordare che sono state incluse nei servizi di pagamento le operazioni basilari «nell'ambito del cd servizio di cassa»⁵, mi riferisco ai servizi che «permettono di depositare il contante su un conto di pagamento» e a quelli che «permettono prelievi in contante da un conto di pagamento» (nn. 1 e 2). Si tratta di operazioni che attengono alla normale operatività di un deposito di danaro e, ai nostri fini, devono essere considerate solo in quanto funzionali allo svolgimento del servizio di pagamento: o perché il cliente crea la provvista necessaria ad impartire i successivi ordini di pagamento o perché chiusa l'operazione di pagamento esige dall'intermediario la disponibilità realizzata e/o residua. A rigore, dunque, i versamenti e i prelevamenti non sono mai operazioni di

⁵ La definizione è di SCIARRONE ALIBRANDI, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria tra diritto vivente e portata regolatoria indiretta della Payment services directive 2007/64/CE*, in MANCINI - PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, *Quad. Ric. Giur. della Banca d'Italia*, n. 63, Roma, dicembre 2008, 62.

pagamento ma solo attività teleologicamente collegate al vero e proprio pagamento intermediato⁶.

Quanto ai servizi innovativi, occorre rammentare le operazioni di pagamento eseguite con modalità digitali o informatiche. Tali ultimi servizi sono già proiettati verso il futuro, infatti, le maggiori innovazioni di processo e di prodotto, nell'industria dei pagamenti, sono state introdotte da non banche, proprio nel campo dei c.d. pagamenti elettronici. È stato, tuttavia, osservato che, al fine di aversi un servizio di tal fatta, non è sufficiente che l'operatore si limiti a mettere a disposizione la tecnologia che potrebbe essere utilizzata per collegare il vero e proprio prestatore del servizio con il suo cliente, ma è necessario che presti direttamente un servizio attraverso la propria rete di telecomunicazione⁷: un esempio significativo è quello di Paypal⁸, ma si considerino anche i casi di Western Union e MoneyZap.

⁶ Ma v. MARULLO REEDTZ, sub *art. 1, comma 1, lett. b), l) e n)*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 9 s.

⁷ Cfr. MARULLO REEDTZ, sub *art. 1, comma 1, lett. b), l) e n)*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 12 ss.

⁸ Un consumatore che utilizza Paypal per effettuare pagamenti accede al servizio via internet fornendo, a seconda delle proprie preferenze, informazioni sul proprio conto corrente o sulla propria carta di credito o anche su uno specifico conto Paypal (il quale a sua volta può essere gestito dalla medesima società o da una banca ad essa collegata). A questo punto Paypal invia un messaggio criptato alla propria banca. La richiesta del consumatore viene processata avvalendosi del sistema bancario nei primi due casi, mentre nell'ultimo caso semplicemente spostando i fondi da un conto Paypal ad un altro. A questo punto il beneficiario riceve la comunicazione che è stato effettuato un pagamento a suo favore, e, a sua volta, informa Paypal di come intende ricevere i fondi, tale informazione è trasmessa alla banca per l'esecuzione. Qualora il beneficiario detiene a sua volta un conto Paypal, può anche utilizzare le somme accreditate per i propri e successivi pagamenti.

In Europa, Paypal nel 2007 (quindi prima dell'implementazione della direttiva PSD) ha dovuto chiedere l'autorizzazione ad operare quale istituzione creditizia e lo ha fatto nell'ordinamento lussemburghese. Mentre negli US, secondo una notizia diffusa nel 2002, la *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC) ha stabilito che Paypal non è una banca, poiché ai sensi della legislazione federale degli US essa non accetta depositi secondo la definizione dell'ordinamento US. La FDIC ha scritto: "Paypal does not physically handle or hold funds placed into the Paypal service". Nonostante ciò, a livello di singoli stati, si è ritenuto che Paypal agisca quale banca non autorizzata, in particolare la Louisiana ha chiesto a Paypal di cessare di offrire servizi ai propri residenti.

A sua volta, l'acquisizione di strumenti di pagamento, pur non tecnicamente innovativa, ha certamente carattere di novità rispetto alla previgente normativa. Tale attività consiste nella «*stipula di apposito contratto per il convenzionamento dei soggetti (ad esempio, esercizi commerciali) abilitati all'accettazione di uno strumento di pagamento, secondo le regole del circuito di riferimento, accompagnata dalla gestione dei relativi flussi finanziari (c.d. acquiring)*»⁹.

La rimessa, invece, è la singola operazione di pagamento dell'ordinante o del beneficiario, in relazione alla quale il rapporto con il prestatore del servizio di pagamento si chiude una volta eseguita l'operazione richiesta dal cliente. Essa nella logica della PSD e del d.lgs. n. 11/2010 si contrappone al "conto di pagamento" che contiene un programma contrattuale di esecuzione continuativa di servizi di pagamento con riferimento sia ai trasferimenti verso terzi sia alle riscossioni da terzi. Il conto di pagamento, pertanto, è un contratto di durata con il quale l'intermediario si mette stabilmente a disposizione del cliente per effettuare operazioni di pagamento; laddove, la rimessa è un servizio di pagamento offerto occasionalmente¹⁰. Pertanto, il conto di pagamento si contrappone alla rimessa che altro non è che «*un servizio di pagamento in cui i fondi sono consegnati da un pagatore senza che siano aperti conti di pagamento intestati al pagatore o al beneficiario, unicamente allo scopo di trasferire una somma (...) e/o in cui tali fondi sono riscossi per conto del beneficiario e resi disponibili a quest'ultimo*» (art. 4, n. 13, PSD).

Si giunge con ciò al cuore della prestazione di servizi di pagamento costituito, senza dubbio, dal trasferimento dei fondi¹¹, più precisamente da ogni trasferimento di moneta scritturale che, proprio per il fatto di prescindere dalla *traditio* manuale, necessita dell'intervento di uno o più intermediari ma, allo stesso

⁹ V. il § 2 delle Disposizioni Banca d'Italia di "Attuazione del Titolo II del Decreto legislativo n. 11 del 27 gennaio 2010 relativo ai servizi di pagamento (Diritti ed obblighi delle parti)".

¹⁰ Cfr. . MARULLO REEDTZ, sub *art. 1, comma 1, lett. b), l) e n)*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 10 s.

¹¹ Cfr. MAVROMATI, *The Law of Payment Services in the Internal Market*, cit., 156 ss.

tempo, non consiste di un'attività materiale quale il trasporto di pezzi monetari o il cambio tra valute diverse.

Il trasferimento di fondi si svolge con due modalità ben distinte, vale a dire il *credit transfer* e il *debit transfer*. A queste va aggiunta l'esecuzione di operazioni di pagamento «*mediante carte di pagamento o dispositivi analoghi*». Tutte 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. Io credo che si possa dare per scontata l'unitarietà della disciplina solo che si tenga presente la lunga tradizione dottrinale italiana volta a costruire un concetto unitario di disponibilità sul conto¹².

Mentre il *credit transfer* è un'operazione originata dal pagatore, il *debit transfer* è originato dal beneficiario. Per quanto riguarda il primo si tratta sostanzialmente delle procedure di bonifico, a mezzo delle quali un cliente ordina al proprio prestatore di accreditare un conto del beneficiario¹⁵. Per quanto riguarda il *direct debit*¹⁴ si tratta di un'operazione di più recente introduzione nella prassi bancaria italiana e, conseguentemente, nell'ordinamento nazionale; essa, per quanto sia disposta dal

¹² Il concetto di disponibilità implica la facoltà del correntista di disporre indirettamente delle somme di denaro, vale a dire la facoltà di dare ordini alla banca di pagare a terzi, così come quella di ricevere da terzi. Il correntista dispone di tale prerogativa proprio in ragione del fatto che la banca è inserita in una rete di altri soggetti idonea ai trasferimenti monetari, appunto il sistema dei pagamenti.

¹⁵ Si citano qui, per tutti, le monografie di CAMPOBASSO, *Bancogiro e moneta scritturale*, Bari, 1979, 36 ss. e SCIARRONE ALIBRANDI, *L'interposizione della banca nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria*, Milano, 1997, 37 ss.

¹⁴ Per addebito diretto, ai sensi dell'art. 1, lett. *v*), d. lgs. n. 11/2010 si deve intendere «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». In dottrina cfr. 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 - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 420 ss.

beneficiario, necessita comunque dell'autorizzazione del pagatore¹⁵.

Anche nel caso delle carte di pagamento, vuoi nella forma di carte di credito, vuoi in quella di carte di debito, l'operazione è originata dal beneficiario¹⁶, ma si distingue dal *direct debit* in ragione della non "stornabilità" del pagamento per mancanza di fondi¹⁷ e per la particolare attenzione in ordine all'uso fraudolento delle carte (considerando 56 PSD)¹⁸.

In definitiva i servizi di pagamento sono precipuamente funzionali ai pagamenti che devono essere adempiuti tra soggetti giuridici, ma ne prescindono. Intendo dire che la disciplina di cui qui ci occupiamo non incide direttamente sulle le obbligazioni pecuniarie¹⁹; d'altra parte, essa è esattamente la medesima anche se la causa del trasferimento della moneta scritturale dovesse

¹⁵ Cfr. MAVROMATI, *The Law of Payment Services in the Internal Market*, cit., 159 s.

¹⁶ Cfr. ONZA, *Carte di credito*, in SALAMONE - SPADA, *Commentario breve al diritto della cambiale e degli assegni e di altri strumenti di credito e mezzi di pagamento*, Padova, 2008; SCIARRONE ALIBRANDI - DELLAROSA, sub art. 25, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 266 ss.

¹⁷ Cfr. SCIARRONE ALIBRANDI - DELLAROSA, sub art. 25, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 267 s.

¹⁸ Per i precedenti nella legislazione europea, Cfr. O. TROIANO, voce *Contratto di pagamento*, *Enc. Dir.*, in corso di stampa; adde CIRAULO, *Le carte di debito nell'ordinamento italiano*, Milano, 2008, 175 ss.

¹⁹ Occorre, tuttavia, porre in evidenza che il legislatore europeo ha surrettiziamente regolato anche le obbligazioni pecuniarie al fine di stabilire l'equivalenza tra le valute dello Spazio economico europeo e, dunque, per realizzare la loro piena trasferibilità e reciproca convertibilità. La disposizione di riferimento è stata introdotta quale art. 126-*octies*, comma 1, Tub ad opera dell'art.33 d.lgs. n. 11/2010. Essa stabilisce che l'obbligazione pecuniaria deve essere adempiuta «nella valuta concordata dalle parti», e si contrappone all'art.1278 c.c. che, invece, dà facoltà al debitore di adempiere «in moneta legale». Poiché l'ambito di applicazione del Titolo IV del d.lgs. n. 11/2010 è limitato ai pagamenti in euro o in valute dello Spazio economico europeo, l'art. 126-*octies* Tub si applicherà alle obbligazioni pecuniarie di tale area, mentre l'art. 1278 c.c. continuerà ad applicarsi alle obbligazioni pecuniarie denominate nelle altre valute straniere; cfr. Cfr. MUCCIARONE, sub art. 126-*octies*, in PORZIO - BELLI - LOSAPPIO - RISPOLI FARINA - V.SANTORO (a cura di), *Testo unico bancario. Commentario. Addenda di aggiornamento ai d.lgs. 141/2010 e 218/2010*, Milano, 2011, 1122 e V. SANTORO, sub art. 126-*octies*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 571 ss.

essere una donazione, anziché l'adempimento dell'obbligazione e persino il trasferimento da un conto ad un altro quando le persone dell'ordinante e del beneficiario coincidano. In definitiva ciò che conta è che nel sistema dei pagamenti si consegua il risultato che le scritturazioni contabili a debito e a credito corrispondano su altro conto di pagamento (o anche su un conto provvisorio) all'operazione contabile opposta.

3. Il c.d. *negative scope* e la relazione tra contratto quadro/conto di pagamento e conto corrente bancario

In verità non si deve trascurare il fatto che i servizi di pagamento, quali concepiti dalla PSD e dalle norme di attuazione, non solo sono definiti positivamente, come ho illustrato nel paragrafo precedente, ma sono anche definiti negativamente dall'art.2, comma 2, d.lgs. n. 11/2010 (*negative scope*)²⁰.

Quest'ultima è disposizione complessa e grammaticalmente oscura, tanto che il significato non ne è immediatamente comprensibile perché si perde nel dettaglio offuscando il quadro d'insieme²¹. Comunque, vi si trovano disciplinati quindici casi di servizi e operazioni di pagamento esclusi dall'ambito di applicazione del menzionato decreto. Le ragioni di alcune esclusioni sono evidenti: si tratta di attività accessorie ovvero materiali, o ancora svolte in circuiti ristretti. Rinviando per un esame più puntuale della casistica alle osservazioni dei primi commentatori²², a me sembra che la maggior parte delle esclusioni possano essere ricondotte al fatto che, quando per i pagamenti non si ricorre ad intermediari non vi è spazio per l'applicazione delle norme relative ai contratti con i "prestatori di

²⁰ Cfr. MAVROMATI, *The Law of Payment Services in the Internal Market*, cit., 1564 ss.

²¹ Cfr. GEVA, *The Harmonization of Payment Services Law in Europe and Uniform and Federal Funds Transfer Legislation in the USA: which is a Better model for Reform?*, in RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 118.

²² Mi si consenta il rinvio al mio commento sub *art. 2, commi 1 e 2*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 44 ss. e MARULLO REEDTZ, MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 8 s.

servizi di pagamento”. Solo i pagamenti intermediati sono e possono essere effettivamente disciplinati²³ dalla PSD e dal d.lgs. 11/2010²⁴.

Se si condivide tale affermazione, resta comunque difficile spiegare perché siano esclusi, dall’ambito di applicazione del decreto, anche i pagamenti con effetti cambiari e in particolare con assegni, vale a dire proprio i pagamenti effettuati con la forma più antica di intermediazione.

Nel considerando 19) della PSD si legge che la ragione di esclusione degli assegni risiede nel fatto che «per loro natura non consentono un trattamento altrettanto efficace quanto altri mezzi di pagamento»; si tratterebbe, dunque, della difficoltà di trattamento in forma elettronica di titoli che nascono in forma cartacea, con implicazioni in termini di maggiori costi nella gestione dei titoli cartacei nelle transazioni internazionali. È una questione di efficienza, in sostanza a fronte dell’innovazione tecnologica gli assegni sono obsoleti e possono persino «rallentare le negoziazioni»²⁵.

A mio avviso, tuttavia, a fondamento dell’esclusione dei titoli cartacei dall’ambito di applicazione della PSD vi è la scelta di ridimensionare la loro diffusione anche per altri due motivi; da un lato, per ragioni di sicurezza, in quanto i titoli cartacei possono essere facilmente falsificati, in particolare durante la circolazione tra il pubblico, dall’altro lato, per la loro “intracciabilità”, che crea problemi in ordine all’applicazione delle disposizioni antiriciclaggio e antifrode, conformi alle direttive europee.

L’esclusione dei pagamenti a mezzo assegni dal novero dei servizi di pagamento inclusi dalla PSD ha un’importante implicazione in termini contrattuali: intendo dire che tale scelta ha prodotto uno “spiazzamento” del contratto di conto corrente

²³ Da tale punto di vista non dovrebbero essere considerati servizi di pagamento neanche i versamenti e i prelievi per cassa, essi sono tuttavia inclusi nella fattispecie in quanto teleologicamente collegati al vero e proprio pagamento intermediato.

²⁴ Così SCIARRONE ALIBRANDI, *L’adempimento*, cit., 62.

²⁵ Non si possono, tuttavia, ignorare i recenti tentativi di aggiornare i titoli cartacei con particolare riguardo all’assegno: che vanno dalla prassi, ormai consolidata, della *check truncation*, alle tecniche di digitalizzazione dell’immagine dell’assegno, *amplius* PROFETA, *L’evoluzione dei servizi di pagamento non armonizzati: l’assegno nella prospettiva della dematerializzazione*, in MANCINI - PERASSI (a cura di), cit., 183 ss.

(bancario), vale a dire proprio di quel contratto che la dottrina italiana ha definito come il negozio con il quale la banca si mette a disposizione del cliente per offrirgli i servizi di pagamento²⁶. Non vi è dubbio che sin qui le banche hanno stipulato il contratto di conto corrente per offrire alla clientela servizi quali bonifici, incassi, pagamenti di utenze domiciliati, MAV (incasso di fatture mediante avviso), RID (rapporto interbancario diretto) attivo e passivo, pagamento attraverso R.I.B.A. (ricevute bancarie), incasso di stipendi e pensioni, servizio di carte di credito e, infine, ma più importante di tutti la convenzione di assegno, che anzi, salvo rare eccezioni, non manca mai quale servizio offerto alla clientela bancaria.

Nella prospettiva della PSD e del d.lgs. n.11/2010 la funzione già svolta dal contratto di conto corrente è attribuita al c.d. “contratto quadro”, salvo si è detto per ciò che concerne l’assegno, vale a dire a quel «*contratto che disciplina la futura esecuzione di operazioni di pagamento singole e 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*». A sua volta “conto di pagamento” è definito quel «*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*»²⁷.

Già in altra occasione ho avuto modo di precisare che il conto di pagamento «*contiene un programma per l’esecuzione di future operazioni di pagamento che potrebbero non essere ancora individuate e lasciate alla futura determinazione del cliente*»

²⁶ Cfr. G. FERRI sr, voce *banca*, in *Enc.dir.*, vol. V, Milano, 1959, 2 ; V. SANTORO, *Il conto corrente bancario*, in *Codice civile. Commentario* diretto da Schlesinger, Milano, 1992, 4 ss. PORZIO, *Il conto corrente bancario*, in AA.VV., *I contratti delle banche*, 137 s.; FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, Torino, 2005; CAVALLI - CALLEGARI, *Lezioni sui contratti bancari*, Bologna, 2008, 71 ss.; INZITARI, *Il conto corrente bancario*, in URBANI (a cura di), *L’attività della banche*, Padova, 2010, 371 ss. nel medesimo senso anche la giurisprudenza *ex multis* v., Cass., 28 febbraio 2007, n. 4762, in *Dir. fall.*, 2008, II, 227 e Cass., 19 settembre 2008, n. 23864, in *Corriere giur.*, 2009, 963.

²⁷ Un chiarimento si rinviene nelle Disposizioni di attuazione delle Banca d’Italia, a tenore delle quali «*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*».

pertanto è, esso stesso, un contratto quadro²⁸; precisamente «il conto di pagamento è sempre un contratto quadro, mentre un contratto quadro non è sempre un conto di pagamento. Il contratto quadro può essere, infatti, la cornice contrattuale che consente al “prestatore di servizi di pagamento” di offrire altri servizi [ovvero anche gli altri servizi] rientranti nella loro sfera di attività: si tratta in primo luogo di tutti i servizi di pagamento, anche quelli non richiedenti l’apertura di un conto, elencati nell’Allegato alla direttiva, in secondo luogo si tratta delle altre attività che possono essere svolte dalle varie categorie di “prestatori di servizi di pagamento”, ogni categoria in conformità alla legge che la regge».

I conti di pagamento delle non banche, a loro volta, hanno punti di contatto e punti di differenza con il conto corrente bancario; da un lato, infatti, entrambi obbligano l’intermediario alla prestazione di servizi di pagamento²⁹, dall’altro, solo il conto corrente bancario - come si è rilevato già sopra - comprende la convenzione di assegno e può essere collegato con un apertura di credito bancaria e/o con un deposito bancario³⁰.

Per ciò che concerne l’apertura di credito occorre osservare che se, da un lato, è vero che anche gli istituti di pagamento possono concedere credito alla loro clientela, essi possono fare ciò a condizione «*che il credito sia accessorio e concesso esclusivamente in relazione all’esecuzione di un’operazione di pagamento*». L’accessorietà della concessione di credito ad uno o più pagamenti predeterminati è incompatibile con le modalità operative proprie dell’apertura di credito ove l’obbligo di tenere le somme a disposizione del cliente permane indipendentemente dall’utilizzazione che ad essa voglia imprimere il correntista e, persino, se la disponibilità rimanga inutilizzata.

²⁸ Cfr. V. SANTORO, *I conti di pagamento*, cit., 856 s.

²⁹ SCIARRONE ALIBRANDI - DELLAROSA, sub *art.* 25, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 272 distingue, ma mi sembra che sia mera distinzione lessicale, tra «servizi di pagamento *ex* contratto quadro» dai «servizi di cassa *ex* contratto di conto corrente» .

³⁰ Cfr. SIRENA, *Il contratto bancario: profili generali*, in URBANI (a cura di), *L’attività della banche*, Padova, 2010, 28, il quale osserva che nella prassi sociale la possibilità che contratti quali il deposito e l’apertura di credito siano «regolati in conto corrente è essenziale alla natura dei contratti bancari e li contraddistingue peculiarmente come categoria unitaria».

Per ciò che concerne le somme consegnate agli istituti di pagamento occorre osservare che, qualora esse restino presso l'istituto per un tempo superiore alle ventiquattro ore, dovranno essere subdepositate presso una «banca autorizzata ad operare in Italia» oppure dovranno essere investite «*in titoli di debito qualificati*»³¹; anche qui sussiste, ed è *ictu oculi* evidente, un'incompatibilità con le modalità operative del deposito bancario.

Si deve, in conclusione, convenire con quella dottrina che afferma che il contratto quadro/conto di pagamento non coincide con il conto corrente bancario in quanto quest'ultimo «può dar adito ad operazioni più ampie e diverse». Il medesimo autore, opportunamente aggiunge che qualora il conto corrente bancario «– come accade per lo più – disciplina anche servizi di pagamento, le sue regole non potranno non soggiacere ai limiti legislativi previsti per il contratto di pagamento»³².

L'uso di una autonoma terminologia rispetto a quella tradizionale nei vari ordinamenti è apprezzata in dottrina in ragione del fatto che la nuova fattispecie contrattuale non dovrebbe essere destinata confondersi con le fattispecie già note all'ordinamento³³.

In verità io credo che dovremo attenderci un percorso sui tempi lunghi di riconciliazione delle categorie giuridiche di

³¹ V. il Cap. IV, Sez. II, § 3, delle “Istruzioni Banca d'Italia sulla vigilanza per gli istituti di pagamento”.

³² Così O. TROIANO, cit. Tale autore, come si legge anche nel passo citato nel testo, preferisce parlare di contratto di pagamento piuttosto che usare l'espressione “contratto quadro”, in ragione del fatto che con l'espressione contratto quadro cui «è possibile intendere qualsivoglia contratto, singolo o quadro, finalizzato alla fornitura di servizi di pagamento (bonifico, addebiti diretti, uso di una carta di pagamento» .

³³ Riferisco il pensiero di O. TROIANO (cit.), il quale più compiutamente così argomenta: «Il legislatore europeo si è preoccupato non solo di predisporre una disciplina il più possibile unitaria dei vari servizi di pagamento, ma si è altresì premurato di realizzare un'armonizzazione completa o “piena”, come recita l'art. 86 della direttiva, per blindare il testo approvato rendendolo non modificabile dagli Stati membri, salvo eccezioni che però riguardano poco gli aspetti di disciplina contrattuale. Di conseguenza, l'interprete è 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».

derivazione europea con quelle nazionali³⁴. D'altra parte l'opera è già iniziata, così se è certamente corretto che la disciplina dei servizi di pagamento si applica al conto corrente per la parte che incorpora servizi di pagamento, credo che alcune norme del codice civile in ordine a quest'ultimo contratto possono bene integrare la disciplina del contratto quadro/conto di pagamento. Non dubiterei dell'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 contestatari³⁵. 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 disposta 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. Infine, altre disposizioni in tema di conto corrente bancario sono ora superate da norme di ben maggiore dettaglio: tanto vale per l'art. 1855 c.c. in tema di recesso a fronte dell'art. 126-*septies* Tub; per non dire dell'art. 1856 c.c. in tema di responsabilità della banca nell'esecuzione degli incarichi, il cui contenuto, a proposito dei servizi di pagamento, è diffusamente e diversamente dettagliato in numerose disposizioni del d.lgs. n. 11/2010.

4. Profilo soggettivo: prestatore di servizi di pagamento

Svolgendo le considerazioni precedenti, ho avuto modo di fare riferimento sia al tradizionale prestatore di servizi di

³⁴ Nel la medesima prospettiva, mi sembra, si pone TERRANOVA, *I contratti bancari nel sistema del codice civile: un modello per il codice europeo dei contratti?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, 535.

³⁵ Cfr. SALANITRO, *Le banche*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1983, 138 ss.; MORERA, *Contratti bancari (disciplina generale)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, 171 s.; CAVALLI - CALLEGARI, cit., 96 ss.

pagamento, quale è la banca, sia alla nuova figura degli istituti di pagamento. È giunto il momento di precisare che i servizi di pagamento sono qualificati sotto il profilo soggettivo da peculiari caratteristiche del “prestatore”, vale a dire del soggetto che offre servizi di pagamento. Infatti, ai sensi della PSD (art. 4, n. 9) e delle norme di attuazione (art. 1, lett. g), prestatori dei servizi di pagamento possono essere esclusivamente: banche centrali, stati e altri enti pubblici territoriali; complessivamente queste prime tre categorie non svolgono, ordinariamente, servizi per il pubblico ma sono classificati tra i prestatori in quanto partecipanti al sistema dei pagamenti³⁶. Sono, invece, deputati a svolgere i servizi verso una clientela indifferenziata: banche, Poste italiane spa, istituti di moneta elettronica (IMEL) e istituti di pagamento, nuova categoria di prestatori specificamente istituita dalla PSD.

Le Poste italiane spa continuano ad essere disciplinate da una legislazione speciale: esse, in conformità per altro agli indirizzi della dir. 2008/6/CE³⁷, conservano i caratteri del servizio di interesse pubblico. La PSD ha consentito agli stati nazionali di designare gli uffici postali «*che hanno il diritto di prestare servizi di pagamento a norma del diritto nazionale*» (art. 1, § 1, lett. c, PSD), in tale quadro il legislatore nazionale ha potuto designare Poste italiane tra i soggetti abilitati all'esercizio dei servizi di pagamento³⁸ (art. 114-*sexies*, Tub).

Gli IMEL, che fino ad ora non hanno avuto una grande diffusione, sono destinati ad avere una seconda *chance*³⁹ ad opera

³⁶ Cfr. V. SANTORO, *I conti di pagamento, cit.*, 858 ss.; MECATTI, sub *art. 114-sexies*, MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *cit.*, 404 ss.

³⁷ V., in particolare, l'art. 4, par 2, PSD.

³⁸ Con specifico riferimento alle Poste italiane s.p.a., cfr. MECATTI, sub *art. 114-sexies*, MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *cit.*, 407 ss., la quale osserva che il legislatore italiano ha “legittimamente riconosciuto il diritto di prestare servizi di pagamento alle sole «*Poste Italiane*»” (410) in quanto, nonostante l'introduzione di un certo grado di liberalizzazione, il servizio postale ha mantenuto un carattere di servizio di interesse pubblico.

³⁹ Cfr. V. SANTORO, *Gli istituti di pagamento*, in RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *cit.*, 61. Con specifico riferimento agli IMEL, cfr. GIMIGLIANO, sub *artt. 114-bis/114/quinquies*, in PORZIO - BELLÌ - LOSAPPIO - RISPOLI FARINA - V. SANTORO (a cura di), *cit.*, 896 ss.

della dir. 2009/210/CE⁴⁰, dal punto di vista che qui interessa, vale a dire lo svolgimento dei servizi di pagamento; tali istituti fondamentalmente sono equiparati a quelli di pagamento, tant'è che, al pari di questi ultimi, è loro consentito di concedere credito in modo funzionale all'esecuzione di operazioni di pagamento⁴¹.

Un discorso più approfondito esigono le banche e gli istituti di pagamento. Occorre preliminarmente rammentare che la direttiva PSD aveva quale obiettivo una maggiore competizione nel mercato dei pagamenti in quanto la chiusura del mercato alle sole banche (alle quali si aggiungevano comunque Poste e gestori di carte di credito) avrebbe impedito le innovazioni di processo e di prodotto⁴² e, in conseguenza, anche l'abbattimento dei costi di transazione, in ragione della posizione oligopolistica degli operatori tradizionali. Per tali motivi il legislatore europeo ha scelto di introdurre e disciplinare la nuova figura degli istituti di pagamento⁴³, consentendo loro di ottenere un'autorizzazione al fine di accedere al mercato senza discriminazioni rispetto alle banche e agli altri operatori tradizionali. Di più, le condizioni per la detta autorizzazione sono più "favorevoli" rispetto a quelle per l'esercizio del credito, con particolare riguardo ai requisiti di capitalizzazione⁴⁴ e all'esenzione dal regime della garanzia dei depositi⁴⁵ ancora una volta in ragione dell'abbattimento dei costi (giuridici) di transazione in tale ambito commerciale.

L'introduzione di questa nuova figura ha, tuttavia, comportato la risoluzione di problemi non di poco momento. Vero è, da un lato, che i fondamenti teorici del tradizionale

⁴⁰ Tale direttiva avrebbe dovuto essere recepita entro il 30 aprile 2011, ma in Italia non ha trovato ancora attuazione.

⁴¹ Cfr. MECATTI, sub *art. 114-sexies*, MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 405 s.

⁴² Cfr. MANCINI, *Il sistema dei pagamenti e la banca centrale*, in GALANTI (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, in *Tratt. dir. dell'economia* diretto da Picozza e Gabrielli, V, Padova, 2008, 1120.

⁴³ Il termine compare la prima volta nel contesto della legislazione europea nel Reg. 2560/2001 in tema di pagamenti transfrontalieri in euro; v. MAVROMATI, cit., 153.

⁴⁴ Cfr. PORZIO, sub *art. 114-novies, commi 1 e 2, Tub*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 437 ss.

⁴⁵ Cfr. V. SANTORO, sub *art. 114-duodecies*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 471.

privilegio delle banche nella gestione dei sistemi di pagamento erano già stati posti in dubbio dalla dottrina sia economica sia giuridica⁴⁶, si è sostenuto, infatti, che solo talune contingenze storiche avrebbero condotto a tale esito. Ma è altrettanto vero che gli intermediari non bancari non hanno la capacità di creare moneta attraverso i prestiti, come è invece tipico delle banche. Cosicché si era profilato il rischio di sottrarre al sistema economico importanti risorse finanziarie⁴⁷.

La legislazione secondaria italiana (Cap. IV, Sez. II delle Disposizioni della Banca d'Italia sulla vigilanza per gli istituti di pagamento) ha, mi sembra, brillantemente risolto tale secondo problema imponendo che le somme di denaro dei clienti, detenute nei conti di pagamento dall'istituto di pagamento e non ancora consegnate al beneficiario o trasferite ad un altro prestatore di servizi di pagamento entro la prima giornata operativa successiva al giorno in cui i fondi sono stati ricevuti, devono essere depositate presso una banca "autorizzata", quando eccedano i cento euro.

L'obiettivo dichiarato è quello di dare attuazione alla tutela degli utenti dei servizi di pagamento evitando che gli "istituti" svolgano anche l'attività creditizia che continua ad essere coperta da riserva. Ma, in tale modo, è stata anche recuperata la centralità delle banche in ordine alla raccolta delle disponibilità degli utenti degli istituti di pagamento e, nello stesso tempo, si è fatto salva la funzione del moltiplicatore monetario che continuerà a realizzarsi avvalendosi della specificità delle banche. Quale ulteriore effetto le somme, proprio perché depositate presso banche, godranno dell'ordinaria garanzia dei depositi⁴⁸.

In definitiva la differenza che marca il confine tra istituti di pagamento e banche consiste nella segregazione patrimoniale che, ai sensi dell'art. 114-*duodecies* Tub, distingue i depositi presso questi ultimi.

Il comma 2 dell'art. 114-*duodecies* Tub dispone che le somme di denaro del singolo cliente sono "patrimonio distinto"

⁴⁶ Cfr., rispettivamente, GOODHART, *L'evoluzione delle banche centrali*, trad. it., Roma-Bari, 1991, 75 ss.; MALAGUTI, *The Payments System in the European Union*, London, Dublin, Hong Kong, 1997, 96.

⁴⁷ Cfr. V. SANTORO, *I conti di pagamento*, cit., 859 ss.

⁴⁸ Cfr. V. SANTORO, sub *art. 114-duodecies*, cit., 471.

rispetto al patrimonio dell'intermediario e rispetto al patrimonio di ogni altro utente⁴⁹. In conseguenza di ciò, gli istituti di pagamento dovranno provvedere ad un'evidenza contabile separata con riferimento a ciascun cliente.

A tal fine le Disposizioni della Banca d'Italia di "vigilanza per gli istituti di pagamento" (Cap. IV, Sez. II «Requisiti in materia di tutela dei fondi dei clienti») al § 3 stabiliscono le «Modalità di tenuta delle somme di denaro dei clienti detenute nei conti di pagamento» disponendo che *«le somme di denaro dei clienti detenute nei conti di pagamento dall'istituto di pagamento e non ancora consegnate al beneficiario o trasferite ad un altro prestatore di servizi di pagamento entro la prima giornata operativa successiva al giorno in cui i fondi sono stati ricevuti, sono:*

-depositat[e] presso una banca autorizzata ad operare in Italia in conti intestati agli intermediari depositanti con l'indicazione che si tratta di beni di terzi; detti conti sono tenuti distinti da quelli dell'istituto di pagamento;

-investit[e] in titoli di debito qualificati, depositati presso depositari abilitati.

Le disposizioni previste nel presente paragrafo si applicano alle somme di denaro dei clienti che, in relazione ai singoli clienti, superano la soglia di 100,00 euro».

Gli istituti di pagamento, dunque, sono obbligati a depositare i fondi dei clienti presso un ente diverso, specificamente una «banca autorizzata ad operare in Italia», con discriminazione – a mio avviso non giustificata – delle Poste. In alternativa i fondi dei clienti possono essere «investiti in titoli di debito qualificati, depositati presso depositari abilitati»,

Le evidenze contabili devono essere distinte per ciascun cliente⁵⁰ e tali da consentire la ricostruzione della singola operazione di pagamento a questi riferibile, in quanto ogni operazione di pagamento rileva nella sua individualità. È

⁴⁹ Gli istituti di pagamento, infatti, istituiscono e conservano *«apposite evidenze contabili delle somme di denaro dei clienti detenute nei conti di pagamento. Tali evidenze, relative a ciascun cliente, indicano i depositari delle somme di denaro dei clienti e i depositari degli strumenti finanziari in cui sono eventualmente investite le somme di denaro dei clienti»*, § 2, Sez. II, Cap. IV, delle Disposizioni di "vigilanza per gli istituti di pagamento".

⁵⁰ Sia pure con riferimento ad altro contesto normativo, cfr. SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001, 242.

fondamentale che la tenuta dei conti sia costantemente aggiornata in modo tale da «ricostruire in qualsiasi momento con certezza la posizione di ciascun cliente»⁵¹.

In definitiva, sempre che i conti siano tenuti in ordine, non dovrebbe esservi confusione con le somme di pertinenza di altri utenti e, ancor più, dell'istituto di pagamento in liquidazione coatta amministrativa. In quest'ultimo caso, ai sensi dell'art. 91, comma 1, Tub i commissari liquidatori dovranno restituire le somme di denaro agli utenti (siano essi proprietari, possessori, legittimi detentori) in quanto le stesse saranno contabilmente individuate e chiaramente riconoscibili quali di pertinenza di ciascun cliente, tanto più nel caso in cui siano pervenute all'utente beneficiario tramite un sistema di pagamento, sicché il dato contabile sarà registrato anche nell'archivio di un soggetto terzo⁵².

L'obbligo di segregazione assume connotati più rigorosi⁵³ quando, accanto al servizio di pagamento, l'istituto svolga anche un'attività commerciale del tutto estranea⁵⁴. In tali casi, la preoccupazione alla base della scelta normativa è quella di evitare che una crisi, inerente all'attività commerciale diversa, possa trasmettersi anche al servizio di pagamento, minacciando il buon funzionamento e, quindi, la credibilità e la fiducia che deve circondare il sistema dei pagamenti. Il legislatore italiano ha obbligato gli istituti di pagamento, che svolgono anche altre

⁵¹ Più ampiamente cfr. V. SANTORO, sub *art. 114-duodecies*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 469 ss.

⁵² Cfr. V. SANTORO, sub *art. 114-duodecies*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 474 ss.

⁵³ Cfr. PAPA, sub *art. 114-terdecies*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 479.

⁵⁴ Gli istituti di pagamento possono anche non svolgere i servizi in modo esclusivo, a tal fine la Banca d'Italia «può autorizzare alla prestazione di servizi di pagamento soggetti che esercitano altre attività imprenditoriali, a condizione che per l'attività relativa ai servizi di pagamento sia costituito un patrimonio destinato» si tratta della conseguenza, in termini ordinamento nazionale, dell'osservazione che è alla base del corrispondente art. 16, § 1, lett. c), PSD; nel considerando 7, infatti, si legge: «*in alcuni Stati membri supermercati, commercianti e altri dettaglianti forniscono al pubblico un servizio (...) che consente di pagare le utenze domestiche e le altre fatture periodiche*». La norma europea, a sua volta, dispone che gli istituti di pagamento possono svolgere anche «attività commerciali diverse dalla prestazione di servizi di pagamento, tenuto conto delle disposizioni nazionali e comunitarie applicabili».

attività imprenditoriali, alla costituzione di un “patrimonio destinato” per lo svolgimento dello specifico affare della “prestazione dei servizi di pagamento”⁵⁵. Le regole di “non confusione” e di “isolamento” dei fondi degli utenti sono soddisfatte dalla fattispecie del “patrimonio destinato”, che si configura come separato da quello della società⁵⁶ e resta a tutela dei creditori del patrimonio stesso⁵⁷. In ogni caso l’obbligo di costituire i patrimoni destinati riguarda anche gli istituti di pagamento costituiti in forma di società in accomandita per azioni e persino di società a responsabilità limitata, posto che tutte e tre i tipi di società di capitali possono essere adottati ai sensi dell’art. 114-*novies* Tub⁵⁸.

5. Segue: utilizzatore dei servizi di pagamento

L’altra parte del contratto è l’utilizzatore, definito dall’art. 1, lett. h), d.lgs. n. 11/2010 quale «*soggetto che utilizza un servizio di pagamento in veste di pagatore o beneficiario o di entrambi*».

Contrariamente a quanto si è visto a proposito del prestatore, in tale caso la definizione non ha una funzione qualificativa della parte contrattuale, ma meramente descrittiva. In altri termini

⁵⁵ PAPA, op.loc. ultt. cit., aggiunge che «sussisteva, tuttavia, un’altra esigenza, di non minor rilievo: quella di rendere il patrimonio di vigilanza dell’Istituto di pagamento individuabile rispetto al patrimonio della società commerciale “gemmane”, al fine evitare che lo svolgimento dell’attività come “ibrido” potesse costituire un mezzo idoneo a sfuggire alle maglie della legge e della normativa secondaria emanata dalla Banca d’Italia in tema di requisiti patrimoniali degli istituti di pagamento e di vigilanza sugli stessi».

⁵⁶ Si è posta la questione se il patrimonio destinato degli istituti di pagamento “sia *species* del *genus* patrimoni destinati ad uno specifico affare” di diritto societario (art. 2447-bis ss. c.c.), ovvero se l’art.114-*terdecies* introduca nel nostro ordinamento una fattispecie di segregazione patrimoniale nuova e del tutto autonoma, derogatoria del solo principio generale della garanzia patrimoniale di cui all’art. 2740 c.c.”, nel primo senso cfr. V. SANTORO, sub *art. 114-terdecies*, in PORZIO - BELLI - LOSAPPIO - RISPOLI FARINA - V. SANTORO (a cura di), cit., 934; nel secondo PAPA, sub *art. 114-terdecies*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 480 ss. (da cui sono tratte le parole riportate tra virgolette).

⁵⁷ Cfr. PAPA, sub *art. 114-terdecies*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 486 ss.

⁵⁸ Cfr. PORZIO, sub *art. 114-novies, commi 1 e 2, Tub*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 439.

utilizzatore è, tautologicamente, chiunque utilizzi servizi di pagamento. Si è in presenza di un accorgimento volto alla semplificazione del discorso normativo e a chiarire che utilizza il servizio sia chi dà ordini di pagamento sia chi benefici dei pagamenti. Il fatto, poi, che la definizione sia comprensiva di entrambe le ricordate posizioni sta a significare che numerose regole del d.lgs. n. 11 del 2010 trovano applicazione «indipendentemente dalla posizione che l'utente assume nell'ambito di un'attività rientrante nel perimetro PSD»⁵⁹.

La parola è adoperata in diciassette articoli⁶⁰, oltre a quelli che ne contengono la definizione. Altre volte il legislatore si riferisce direttamente al pagatore, ad esempio nelle disposizioni relative al consenso e revoca del consenso di un'operazione di pagamento (art. 5) in ragione del fatto che tale volontà non può che essere espressa dal soggetto al quale sarà addebitata l'operazione o, ancora, nelle disposizioni in tema di operazioni non autorizzate (artt. 6 e 11). Non mancano alcuni articoli riguardanti il solo beneficiario, specificamente, l'art. 21 che dispone per il caso in cui il beneficiario non sia titolare di alcun conto di pagamento, ma anche gli artt. 13-14 in tema di rimborsi per le operazioni disposte dal beneficiario.

In termini generali si può affermare che, nell'equilibrio contrattuale, il legislatore si riferisce all'utilizzatore, prevalentemente, quale parte più debole del contratto, numerosi infatti sono gli obblighi di comportamento ai quali è tenuto il prestatore di servizi. Tuttavia, non mancano disposizioni volte a porre a carico dello stesso utilizzatore specifici obblighi di correttezza, esplicitanti in particolare nell'obbligo di protezione che il cliente deve garantire al prestatore, come da quegli pretende. Si tratta, se si vuole, dell'esplicitazione di ciò che la nostra dottrina e giurisprudenza già leggeva nei principi generali iscritti negli artt. 1176 e 1375 c.c. Si devono ricordare a tale proposito le disposizioni contenute nell'art. 7⁶¹ in tema di obblighi dell'utilizzatore in relazione agli strumenti di pagamento

⁵⁹ Così A. SANTORO, *sub art. 1, comma 1, lett. c, e, f, h, m. o*, in *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, cit., 17.

⁶⁰ Si tratta, precisamente degli articoli: 3, 4, 12, 15, 16, 17, 19, 22, 24, 26 e 37; ed inoltre degli articoli 126-bis, 126-ter, 126-quater, 126-quinquies, 126-sexies, 126-septies del Testo unico bancario, questi ultimi tutti *sub art. 34*.

⁶¹ V. il commento di PIRONTI, *sub art. 7*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 113 ss.

e, ancora, nell'art. 9⁶² in tema di obblighi di avviso dell'utilizzatore in caso di operazioni non autorizzate.

Pertanto, si deve condividere la considerazione messa in luce dai primi commentatori, secondo la quale la PSD e le norme italiane di attuazione non si muovono nell'ottica consumeristica, propria di gran parte delle direttive comunitarie recenti, esse invece hanno ad obiettivo una legislazione unitaria dei contratti per la prestazione dei servizi di pagamento⁶³; quando, tuttavia, nel medesimo contesto normativo, il legislatore si riferisce ad un utilizzatore che sia anche consumatore o microimpresa, il riferimento è funzionale ad applicare in modo inderogabile disposizioni di protezione, specificamente in tema di trasparenza⁶⁴ che, altrimenti, rimangono contrattualmente disponibili⁶⁵.

6. Disciplina “sostanziale”

L'individuazione dei servizi di pagamento è funzionale all'applicazione della specifica disciplina contenuta nei Titoli II e IV del d.lgs. n. 11/2010 che, rispettivamente, riproducono le disposizioni dei Titoli IV e III della PSD. Quest'ultima si articola, dunque, in due grandi ambiti; il primo dedicato ai diritti e obblighi del prestatore e dell'utente dei servizi, il secondo alla trasparenza delle condizioni contrattuali; vi è tuttavia qualche

⁶² V. il commento di PIRONTI, sub *art. 9*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 127 ss.

⁶³ Cfr. RISPOLI FARINA, sub *art. 34 (comma 1, lett. b, art. 126-ter)*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 522 ss. In termini critici, in ordine a tale impostazione del legislatore europeo, si esprime O. TROIANO, cit., secondo il quale il legislatore è «troppo preoccupato di salvaguardare la (fittizia) unitarietà della disciplina, che lo ha spinto a concentrarsi sulla tutela del consumatore, trascurando le problematiche del traffico di pagamento delle imprese e delle istituzioni finanziarie».

⁶⁴ V. *infra* il § 6. Anche nell'art. 3, comma 3, d.lgs. n. 11/2010, il legislatore fa riferimento al consumatore (e particolarmente ai pensionati e ai lavoratori dipendenti) per stabilire, in tema di spese, che, nonostante la regola generale secondo cui pagatore e beneficiario sostengono ciascuno la propria parte di spese (regola c.d. *share*), è possibile prevedere “forme di esenzione del beneficiario”.

⁶⁵ V. il § 3.2 delle Disposizioni della Banca d'Italia di attuazione del Titolo II del d. lgs. n. 11/2010.

sovrapposizione in tema di trasparenza di esse si darà conto nel successivo paragrafo.

Le novità legislative, del Titolo II del d.lgs. n. 11/2010, hanno un contenuto tipizzante⁶⁶ e dirompente per effetto dello scostamento dai modelli precedentemente presi a base per regolare l'offerta di servizi di pagamento da parte degli intermediari: mi riferisco alla fattispecie del mandato e del conto corrente bancario⁶⁷. La tipizzazione consegue ad una regolamentazione completa sin nel dettaglio, basti già solo considerare l'aspetto quantitativo: ben trenta articoli dal 3 al 32⁶⁸. La rassegna delle rubriche dei Capi denuncia la complessità della materia, si va dalla disciplina delle spese alle autorizzazioni di operazioni di pagamento per finire con quella delle esecuzioni di un'operazione di pagamento a sua volta articolata nelle Sezioni: I) Ordini di pagamento e importi trasferiti; II) Tempi di esecuzione e data valuta; III) Responsabilità⁶⁹.

Credo che le norme sopra sinteticamente richiamate non esauriscano la loro portata nella scelta del punto di equilibrio fra gli opposti interessi contrattuali delle parti (prestatore/utente), ma che esse debbano anche essere lette alla luce di un principio di efficienza dei sistemi di pagamento. Quest'ultimo emerge con chiarezza già nelle indicazioni contenute nei considerando 43) e successivi della PSD e, in particolare, nel considerando 46) ove si legge: «Il buon funzionamento e l'efficienza del sistema di pagamento dipende dal fatto che l'utente possa confidare che il

⁶⁶ Cfr. MANCINI, PERASSI, *Prefazione*, in *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento*, cit., 16; MANCINI, *I compiti affidati alla Banca d'Italia nel mutato scenario dei servizi e dei sistemi di pagamento*, in RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 197; v. anche SCIARRONE ALIBRANDI - DELLAROSA, sub art. 25, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 248.

⁶⁷ Cfr. SCIARRONE ALIBRANDI, *Le regole contrattuali*, cit., 108 ss.; O. TROIANO - CUOCCI, sub art. 5, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 94 ss.; ID., voce *Contratto di pagamento*, cit. Per quanto riguarda il conto corrente bancario v., comunque, *supra* § 3.

⁶⁸ In verità gli articoli dal 29 al 32, benché contenuti nel Titolo II, hanno una valenza, di volta in volta, organizzativa, di controllo e sanzionatoria in ordine ai soggetti che prestano servizi di pagamento, essi pertanto non attengono al regolamento contrattuale bensì alla protezione dei dati personali, all'accesso ai sistemi di pagamento e alle sanzioni.

⁶⁹ Si aggiunga quanto precisato alla nota precedente.

prestatore di servizi di pagamento esegua l'operazione di pagamento in modo corretto ed entro i tempi stabiliti».

Nei sistemi di pagamento, infatti, il profilo privatistico, vale a dire l'esigenza del privato di adempiere, di donare o, anche semplicemente, di "spostare" somme di denaro può essere soddisfatta solo tramite la collaborazione di intermediari, professionalmente qualificati, e si articola «in un procedimento più o meno lungo e complesso»⁷⁰. Il ricorso agli intermediari, al contrario di quanto accade nella ordinaria *traditio*, comporta problemi di tempo, di esattezza del trasferimento, di revocabilità degli ordini e così via, con conseguenze in ordine alla ripartizione delle responsabilità tra prestatore e utente. Si tratta, infatti, di un meccanismo complicato a causa delle sostituzioni legalmente necessarie, normalmente fra più intermediari, al fine dell'esecuzione degli incarichi. I progressi tecnici (soprattutto l'uso dell'informatica⁷¹) hanno risolto in parte alcuni di questi problemi, si pensi in particolare alla notevole accelerazione nei tempi di esecuzione degli incarichi⁷², ma ne hanno anche creati di nuovi, si pensi alla diffusione delle frodi informatiche. Il trasferimento delle somme, pur teso a realizzare un'unica operazione giuridico/economica sottostante, è frammentato in una serie di passaggi (da un intermediario all'altro) che richiedono specifiche discipline, oggi appunto introdotte dalla normativa in esame.

Il procedimento di trasferimento di somme di denaro è stato sino ad oggi affidato a prassi bancarie dai contorni spesso incerti, mentre poche erano non solo le norme primarie (si pensi al richiamo alle regole del mandato in tema di responsabilità nell'esecuzione degli incarichi: art. 1856 c.c.⁷³), ma anche le disposizioni contrattuali per lo più riguardanti il tema (della limitazione) della responsabilità dell'intermediario.

Tale approccio è oggi ribaltato a vantaggio di regole precise, che fanno carico prevalentemente al prestatore. Queste ultime

⁷⁰ Così PERASSI, *I sistemi di pagamento internazionali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000, I, 495; OLIVIERI, *Compensazione e circolazione della moneta nei sistemi di pagamento*, Milano, 2002, 14 ss. e ONZA, *Carte di credito*, in SALAMONE - SPADA, cit., 796.

⁷¹ Cfr. TROIANO, voce *Contratto di pagamento*, cit.

⁷² Cfr. BELLO, sub *art. 23*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 227 ss.

⁷³ Cfr. V. SANTORO, *Il conto corrente bancario*, cit., 159 ss.

scandiscono un *iter* accurato che, sommariamente, può essere descritto come segue: 1) si parte dalla verifica del presupposto del consenso del pagatore (art. 5), necessario ancorché l'operazione sia avviata nel *direct debit* ad iniziativa del beneficiario; 2) per passare alla ricezione dell'ordine da parte del prestatore del servizio, momento al quale si deve fare riferimento per il concreto avvio del procedimento, normalmente nella medesima "giornata operativa" di ricezione (art. 15); 3) il prestatore del pagatore non può esimersi da eseguire l'ordine di pagamento (ancorché proveniente dal beneficiario nel *direct debit*⁷⁴) quando siano soddisfatte tutte le condizioni del contratto quadro e salva la violazione di norme imperative (si pensi alle esigenze di antiriciclaggio) (art. 16, comma 1); 4) infine, l'operazione viene conclusa, nel *credit transfer*, con l'accreditamento nel conto del prestatore del beneficiario entro "la fine della giornata operativa successiva" all'avvio del trasferimento (art. 20, comma 1) e, nel caso del *direct debit*, nei termini temporali stabiliti tra beneficiario e proprio prestatore (art. 20, ult. comma); 5) quale corollario, la data valuta a favore del beneficiario non può oltrepassare di un giorno la data di accredito al suo prestatore (art. 23, comma 1) e nel *direct debit* coincidere con tale data (art. 23, comma 2), mentre per quanto riguarda la valuta di addebito sul conto del pagatore la data non può precedere per oltre un giorno quella di addebito (art. 23, comma 3)⁷⁵. Tutte tali regole concorrono ad abbreviare i tempi di esecuzione delle operazioni di pagamento con beneficio degli utenti del servizio, ma anche a vantaggio del buon funzionamento del sistema⁷⁶.

⁷⁴ Cfr. LUPACCHINO, sub *art. 16*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 209 ss.

⁷⁵ La nuova disciplina delle valute risponde, per altro, anche ad una logica di trasparenza, v. *infra* il paragrafo successivo. Infatti, è stato correttamente osservato che «se vi sono costi e oneri nella gestione del conto la banca ha certo diritto di recuperarli dal cliente, ma ciò deve avvenire chiaramente sotto forma di addebito di spese e commissioni e non occultamente mediante il risparmio – o il lucro – in interessi in virtù del meccanismo della valuta», così BELLO, sub *art. 23*, MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 224. Cfr. anche MUCCIARONE, "*Data valuta*": *direttiva 2007/64/CE e ordinamento italiano*, in RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 479 ss.

⁷⁶ Sulla finalità di efficienza delle disposizioni richiamate nel testo concordano i primi commenti: cfr. A. SANTORO, sub *art. 20*, in MANCINI -

La diligenza del prestatore trova un limite in quella del cliente che deve essere altrettanto accurata. Infatti, il prestatore assicura il risultato a condizione che l'utilizzatore rispetti alcuni oneri a partire dall'obbligo di fornire l'"identificativo unico" esatto del proprio corrispondente, nel caso dell'uso di strumenti di pagamento (carte o strumenti simili) di custodire diligentemente la carta e i codici personali identificativi e di denunciarne immediatamente il furto, lo smarrimento e la frode. L'efficienza del sistema richiede, d'altra parte, che le tradizionali facoltà riconosciute al cliente in tema di revocabilità e rettifica degli ordini siano fortemente limitate. Infatti, gli ordini una volta impartiti non possono essere revocati, salva una ristretta possibilità di revoca riguardo agli ordini da eseguirsi periodicamente o a data fissa differita, i quali dovranno comunque essere revocati entro il giorno precedente a quello concordato per l'addebito (art. 17, comma 3)⁷⁷. La rettifica degli ordini di pagamento, non autorizzati o eseguiti in modo inesatto, è subordinata alla comunicazione "senza indugio" e, comunque, non oltre 13 mesi, di tali circostanze (art. 9)⁷⁸.

In presenza di tante e tali novità, ci si è chiesti se abbia ancora un senso fare riferimento alla fattispecie mandato al fine di inquadrare i contratti qui definiti come servizi di pagamento⁷⁹. Alla domanda è stata data risposta negativa sulla base della

RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 210 s.; BELLO, sub art. 23, *ibidem*, 228, 232 e 239; SCIARRONE ALIBRANDI - DELLAROSA, sub art. 25, *ibidem*, 274 s.

⁷⁷ Cfr. LUPACCHINO, sub art. 17, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 188 ss.

⁷⁸ Cfr. PIRONTI, sub art. 9, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 127 ss.

⁷⁹ Anche il rapporto con il conto corrente bancario è problematico, fermo restando che quest'ultimo è necessariamente qualificato dal punto di vista soggettivo dalla presenza di quel prestatore di servizi di pagamento particolare che è la banca. Si fa strada, in dottrina, la tesi che il contratto con cui la banca offre servizi di pagamento ben potrebbe essere accessorio rispetto ad un contratto di conto corrente che, a sua volta, darebbe "adito ad operazioni più ampie e diverse", così TROIANO, voce *Contratto di pagamento*, cit.; *adde* SCIARRONE ALIBRANDI, *Le regole contrattuali*, cit., 108 ss. Tale approccio interpretativo sembra ora fatto proprio dalle Disposizioni della Banca d'Italia di "Attuazione del titolo II del decreto legislativo n. 11 del 27 gennaio 2010 relativo ai servizi di pagamento (Diritti ed obblighi delle parti", ove si dice che «Rientra nella nozione di conto di pagamento il conto corrente bancario o postale quando utilizzato per operazioni di pagamento».

considerazione che le generalizzazioni, l'individuazione di «tratti comuni (...) spiegano poco»⁸⁰, senza contare che le nuove regole depongono nel senso di oggettivizzare la responsabilità del prestatore prescindendo dal “criterio della colpa”⁸¹. L'allontanamento dal modello del mandato, come noto basato sul carattere fiduciario del rapporto, per convertirsi in forme contrattuali, ora tipizzate, ove l'elemento fiduciario scompare per dare luogo a forme standardizzate dei comportamenti dovuti dai prestatori dei servizi, deriva dal carattere di massa di questi ultimi. In conseguenza la diligenza del prestatore si oggettivizza proprio perché prescinde dalla valutazione del comportamento soggettivo per tramutarsi, in definitiva, in una valutazione di adeguatezza dell'organizzazione imprenditoriale in ordine all'attivazione delle procedure secondo gli standard richiesti dalla legge.

In particolare, il prestatore dei servizi di pagamento del pagatore deve fare conseguire a quest'ultimo il risultato del trasferimento delle somme al beneficiario. Invece, il prestatore di servizi di pagamento del beneficiario è responsabile nei confronti di quest'ultimo solo della corretta trasmissione dell'ordine di addebito al prestatore del pagatore (art. 25, comma 5).

Non è questione di valutazione della diligenza dell'intermediario ma solo del fatto oggettivo che, nel *credit transfer*, le somme siano giunte nella disponibilità del beneficiario e, nel *direct debit* che l'ordine sia giunto al prestatore del pagatore. Bene hanno sintetizzato le disposizioni i primi commentatori affermando che: «In buona sostanza, ciascun prestatore, quale che sia il cliente che avvia l'operazione,

⁸⁰ Cfr. TROIANO, *La disciplina uniforme dei servizi di pagamento: aspetti critici e risposte ricostruttive*, in RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 38. Occorre, tuttavia, rammentare che il contratto di mandato svolge nel nostro, come in altri ordinamenti, la funzione di disciplinare alcuni principi generali si pensi, in particolare all'art. 1710 c.c. che dispone che il debitore-mandatario deve usare la diligenza del buon padre di famiglia, tale articolo, non a caso, spesso è citato dalla giurisprudenza insieme con l'art. 1176 c.c. A tale riguardo non si può dubitare che il contratto di mandato continuerà a svolgere la funzione di fissare i principi generali di tutti i contratti aventi ad oggetto un lavoro gestorio: mi permetto di rinviare al mio *Gli obblighi dell'incaricato nella trattazione d'affari per conto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, 639.

⁸¹ Ancora, O. TROIANO, op. ult. cit., 39 e Id., voce *Contratto di pagamento*, cit.

risponde dell'esecuzione dei segmenti di attività che rientrano nella sua sfera di controllo, che costituiscono oggetto di obbligo contrattuale nei confronti del proprio cliente»⁸².

In termini di risarcimento, il prestatore dovrà in primo luogo e senz'altro ripristinare la *status quo ante*, vale a dire: 1) nel caso di responsabilità del prestatore del pagatore, riaccreditare il conto di quest'ultimo con le opportune conseguenze in termini di valuta ed interessi⁸³; 2) o, nel caso di responsabilità del prestatore del beneficiario, accreditare immediatamente il conto di quest'ultimo. Il prestatore sarà anche obbligato al risarcimento dei maggiori danni secondo le regole di diritto comune richiamate dall'art. 26⁸⁴. Per altro, il prestatore in ogni caso è responsabile, sicché non gli è consentito di liberarsi provando di non essere personalmente in colpa, salvo il limite del caso fortuito, della forza maggiore⁸⁵ e delle disposizioni di legge che impongono obblighi ai prestatori⁸⁶.

Al di là dell'ovvia circostanza che si tratta di disposizioni che riproducono norme europee, occorre chiedersi quali siano le ragioni che abbiano indotto il legislatore a stabilire la responsabilità esclusiva del prestatore per la propria "tratta"⁸⁷. In verità scelte alternative sarebbero state a portata di mano: per fermarci ad esempi del nostro ordinamento, si sarebbe potuto dire che gli intermediari rispondono in solido per l'esecuzione del contratto, riprendendo la regola del contratto di trasporto cumulativo di cose (art. 1700, comma 1, c.c.); oppure si sarebbe potuto riconoscere al cliente la facoltà di agire direttamente

⁸² SCIARRONE ALIBRANDI - DELLAROSA, sub *art. 25*, MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 249.

⁸³ Si fa salva la facoltà del pagatore di ribadire il proprio interesse all'esecuzione dell'operazione di pagamento (art. 25, comma 3), in tale caso egli rinuncia al rimborso.

⁸⁴ Cfr. DELLAROSA, sub *art. 26*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 279 ss. e TROIANO, voce *Contratto di pagamento*, cit.

⁸⁵ Cfr., ampiamente, DELLAROSA, sub *art. 28*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 318 ss.; O. TROIANO, voce *Contratto di pagamento*, cit.

⁸⁶ Cfr. DELLAROSA, sub *art. 28*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 322 ss.

⁸⁷ In verità, occorre anche rilevare che la soluzione risponde a quella già operata dal legislatore italiano con l'art. 1856 c.c., almeno secondo la lettura di tale articolo che ho a suo tempo dato e che ritengo, tuttora preferibile; cfr. il mio *Il conto corrente bancario*, cit., 172 ss.

contro gli altri intermediari intervenuti nella catena in analogia a quanto stabilisce l'art. 1717, ult. comma, c.c.⁸⁸.

Una prima risposta può consistere nella circostanza della prossimità, vale a dire l'utilizzatore ha interesse a mantenere un rapporto esclusivo con il proprio prestatore in ragione della conoscenza diretta e, frequentemente, già sperimentata della qualità dei servizi che offre, "mentre non ha i mezzi né il tempo per controllare l'affidabilità dei corrispondenti"⁸⁹; d'altra parte il cliente, benché sia perfettamente consapevole che l'intermediario sarà in grado di portare a termine l'operazione di pagamento solo avvalendosi della collaborazione di altri soggetti, non ha interesse a conoscerli e soprattutto non ha interesse a scegliere egli stesso i sostituti, in quanto tale circostanza potrebbe condurre, secondo i principi del mandato, a circoscrivere la responsabilità al solo sostituto⁹⁰.

Tale spiegazione da sola non sarebbe sufficiente a giustificare una scelta in parte penalizzante per l'utente, al quale viene del tutto impedito di soddisfarsi sui patrimoni dei sostituti anche nell'ipotesi di *default* del prestatore diretto.

Vi è, ancora una volta, una ragione inerente al sistema che giustifica le scelte del legislatore. Intendo dire che la tradizionale catena di corrispondenti che veniva attivata dalle banche per la trasmissioni di operazioni di pagamento è solo un ricordo del passato; essa è stata sostituita da sistemi⁹¹ non solo rapidi (come

⁸⁸ Sull'art. 1717 c.c. cfr., fra gli altri, MINERVINI, *Il mandato. La commissione. La spedizione*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Vassalli, ristampa, Torino, 1954, 56 ss.; LUMINOSO, *Mandato, commissione spedizione*, in *Tratt. Cicu Messineo* continuato da Mengoni, Milano, 1984, 396 ss.; CIAN, *La sostituzione nella rappresentanza e nel mandato*, in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, Padova 1992, 291 ss.

⁸⁹ Così già ho avuto modo di affermare nel mio *Il conto corrente bancario*, cit., 173, ; ma v. anche SCIARRONE ALIBRANDI, *L'interposizione della banca*, cit., 224 s.; EAD., *Bonifici transfrontalieri dalla direttiva 97/5/CE al d.lgs. 28 luglio 2000 n. 253, Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, I, 763 e DELLAROSA, sub art. 27, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 300.

⁹⁰ Cfr. BUONOCORE, *Sull'art. 1856 cpv. c.c.: sostituzione nel mandato o submandato?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1960, II, 486 ss.; CIAN, cit., 291 ss.; SERRA, *Sostituzione del mandatario e submandato: la controversa qualificazione ed applicazione dell'art. 1856 cpv. c.c.*, in *Riv. giur. sarda*, 2009, 340 ss.

⁹¹ L'art. 1, lett. d), del d. lgs. n. 11/2010, definisce un sistema di pagamento come quello di «trasferimento di fondi con meccanismi di

già rilevato) ma anche estremamente complessi, che sono gestiti centralmente e sono caratterizzati dalla “compensazione” multilaterale⁹². In tale quadro ciascuna operazione di pagamento si perde nella contabilizzazione complessiva con un numero di variabili tendenzialmente indeterminate. In sistemi siffatti potrebbe essere molto difficile, per lo stesso intermediario, individuare dove si sia verificata la disfunzione che ha impedito l'esecuzione dell'operazione. Sicché, da un lato, è bene che rimanga in capo a chi esercita professionalmente il servizio di pagamento la responsabilità per la disfunzione, dall'altro, non sarebbe nemmeno desiderabile che pretese degli utenti verso altri soggetti aderenti ai sistemi interferissero sulle modalità di funzionamento degli stessi, ancora una volta è questione di non compromettere l'efficienza.

Per tali ragioni il legislatore non solo, come già rilevato, ha detto a chiare lettere che la responsabilità per le operazioni di pagamento è solo del diretto prestatore di ciascun utilizzatore ai sensi degli artt. 25 e 26; ma ha opportunamente aggiunto a completamento due ulteriori e indicative regole di chiusura, affinché non vi siano dubbi sull'interpretazione delle norme. In verità, in un caso si tratta di un'omissione, nell'altro del “diritto di regresso” (art. 27).

Quanto a quella che ho definito omissione mi sembra importante rilevare che in un contesto disciplinare nel quale grande rilevanza si dà alla trasparenza a favore degli utilizzatori, nessun obbligo informativo è posto a carico dei prestatori in ordine all'identificazione della catena di corrispondenti. La ragione sta nell'evitare inutili costi in termini di spese da addebitare al cliente e nelle circostanze appena rilevate che un'informazione di tale genere sarebbe utile in un sistema, tipico del mandato, in cui il mandatario informa il proprio mandante della sostituzione in vista di agevolare la facoltà di agire

funzionamento formali e standardizzati e regole comuni per il trattamento, la compensazione e/o il regolamento di operazioni di pagamento»; v. MANCINI, sub art. 35, comma 18, art. 146 Tub, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit. , 617 ss.

⁹² Nello stesso senso DELLAROSA, sub art. 27, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 301 ss.

direttamente contro il sostituto⁹³. Cosa che qui si è voluta appunto impedire.

Quanto alla norma che stabilisce il diritto di un prestatore di servizi di pagamento di esercitare il regresso nei confronti di qualsiasi altro soggetto interposto nell'esecuzione dell'operazione che sia l'effettivo responsabile della mancata esecuzione dell'operazione (art. 27), a me sembra che la tale facoltà sarebbe ben stata riconosciuta sulla base dei principi dell'ordinamento, sicché la sua esplicitazione serve piuttosto, come si andava dicendo, a confermare che il prestatore dell'utente mai può sottrarsi al risarcimento nei confronti di quest'ultimo neanche adducendo fatti dolosi o colposi di altri interposti⁹⁴.

7. Disciplina della trasparenza

Si è già detto del rilievo che il legislatore ha inteso dare alla disciplina di trasparenza in ordine ai servizi di pagamento. Le norme del Titolo III della PSD sono trasfuse nel Titolo IV del d.lgs. n. 11/2010. Questo a sua volta reca un art. 34 che innesta un nuovo Capo II-bis nel Titolo VI Tub, dedicato alla "Trasparenza delle condizioni contrattuali". Si tratta di un corpo di norme in gran parte estraneo al contesto in cui è inserito, tant'è che il comma 3-bis dell'art. 115 Tub dispone che le norme generali di trasparenza (artt. 115-120) «*non si applicano ai servizi di pagamento disciplinati dal Capo II-bis a meno che non siano espressamente richiamate da quest'ultimo*»⁹⁵.

Al fine di definire l'ambito di applicazione soggettivo della disciplina un ruolo decisivo è giocato dall'art. 126-bis, comma 3, Tub, a tenore del quale le norme del Capo II-bis possono essere

⁹³ Cfr. MINERVINI, *Il mandato. La commissione. La spedizione*, cit.; LUMINOSO, *Mandato, commissione spedizione*, cit., 409 s.

⁹⁴ Cfr. DELLAROSA, sub art. 27, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit.

⁹⁵ Si tratta complessivamente delle disposizioni del Capo I, non trovano applicazione ai servizi di pagamento nemmeno le disposizioni del Capo II (Credito al consumo), salvo che non si tratti di un servizio di pagamento specificamente previsto per i consumatori; sicché in definitiva le norme di applicazione comune sono quelle contenute nel Capo III relative alle Regole generali e ai controlli.

pattizamente disapplicate, in tutto o in parte, nel caso di utilizzatore che non sia né consumatore né micro-impresa⁹⁶.

La rassegna delle disposizioni indisponibili per i consumatori e per le micro-imprese può essere compendiata come segue, norme relative a: 1) spese per informazioni, in ordine alle quali è stabilito che non possono essere addebitate, salvo deroga pattizia limitatamente alle spese per “informazioni fornite su richiesta dell’utilizzatore”, ovvero per informazioni supplementari, frequenti o trasmesse con strumenti di comunicazione diversi da quelli previsti in contratto; 2) contenuti e modalità delle informazioni obbligatorie quali specificate nelle “Disposizioni di vigilanza”⁹⁷: le informazioni devono, comunque, rispondere a requisiti di massima chiarezza⁹⁸; 3) forma scritta obbligatoria del contratto a pena di nullità da farsi valere dal solo cliente (ma qui si applicano, con qualche adattamento, le regole generali dell’art. 117 Tub); 4) comunicazioni delle modificazioni unilaterali del contratto: queste hanno efficacia differita⁹⁹, ma restano fermi i patti precedenti qualora l’utente receda dal contratto nelle more del decorso del termine da cui decorrerà l’efficacia; 5) facoltà dell’utilizzatore di recedere *ad nutum* e senza spese, nel contratto a tempo indeterminato; laddove, il prestatore del servizio potrà recedere solo con un preavviso di almeno due mesi e sempre che il contratto contempra tale facoltà.

⁹⁶ Parte della dottrina è stata fortemente critica verso tale esclusione in quanto mette in discussione l’impianto unitario della disciplina dei servizi di pagamento, cfr. O. TROIANO, *La nuova disciplina privatistica comunitaria dei servizi di pagamento: realizzazioni e problemi della Single Payment Area*, in *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento*, cit., 53 ss. e SCIARRONE ALIBRANDI, *Le regole contrattuali*, cit. Ma all’opposto ROPPO (*L’utenza dei servizi di pagamento: Consumatori? Professionisti? Clienti?*, in RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 292 ss.) su di un piano empirico dubita che gli intermediari faranno eccessivo uso della deroga, e sul piano normativo dubita del peso delle norme derogabili in termini di “economia complessiva della disciplina”.

⁹⁷ V. Le Disposizioni della Banca d’Italia in tema di “Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari”, Sez. VI, § 4.1.1.

⁹⁸ L’art. 126-*quater* per la precisione parla di «facile comprensione» e di «forma chiara e leggibile» ove il leggibile si riferisce, indubbiamente alla dimensione dei caratteri.

⁹⁹ Tuttavia, le modificazioni sfavorevoli inerenti ad interessi e tassi di cambio possono avere efficacia immediata purché tale facoltà del prestatore sia prevista in contratto e sia conforme alle variazioni dei parametri di riferimento individuati nel contratto medesimo.

Benché mi sia limitato alla semplice elencazione, è evidente che si tratta di disposizioni complessivamente miranti al riequilibrio delle posizioni contrattuali ove il consumatore e la micro-impresa sono reputati contraenti deboli, secondo altri contraenti afflitti “da una specifica *incompetenza finanziaria*”¹⁰⁰. Tale carattere in termini complessivi è ulteriormente rimarcato dal particolare regime probatorio disposto dall’art. 126-bis, comma 4, Tub a mente del quale «*spetta al prestatore dei servizi di pagamento l’onere della prova di avere correttamente adempiuto agli obblighi previsti dal presente capo*» quelli appunto di trasparenza¹⁰¹.

Confermando una tendenza ormai impressa agli ordinamenti bancari europei la trasparenza delle condizioni contrattuali costituisce un valore specifico da tutelare fino al punto da farne carico alle autorità di vigilanza in ordine all’esercizio dei loro poteri (art. 127 nella formulazione riformata dal d. lgs. n. 141/2010)¹⁰². Da tale osservazione si fa derivare la conseguenza che la tutela della trasparenza è, oramai, esclusivamente funzionale alla «*protezione della clientela in quanto tale*»¹⁰³. Nell’ambito del sistema dei pagamenti tale interpretazione è suffragata anche da alcuni dei considerando della PSD (in particolare da 18 a 30).

Non è, tuttavia, vero che le norme di trasparenza siano contenute nel solo Titolo IV del d.lgs. n. 11/2010; alcune di esse sono, infatti, già comprese nel Titolo II e, precisamente, quelle “tese a regolare le politiche tariffarie dei fornitori dei servizi di pagamento”¹⁰⁴. Si tratta soprattutto: 1) della regola secondo la quale i prestatori dei servizi di pagamento devono trasferire la totalità dell’importo dell’operazione, essendo per altro

¹⁰⁰ Cfr. PAGLIANTINI, *Il nuovo regime della trasparenza nella direttiva sui servizi di pagamento*, in RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 467.

¹⁰¹ Cfr. RISPOLI FARINA, sub *art. 34, comma 1, lett. b*), in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 528 s.; TROIANO, voce *Contratto di pagamento*, cit.

¹⁰² L’osservazione è di NIGRO, *Linee di tendenza*, cit., 12.

¹⁰³ Ancora NIGRO, op. ult. cit., 13.

¹⁰⁴ Così TROIANO, voce *Contratto di pagamento*, cit., (nt 24); adde MUCCIARONE, “*Data valuta*”, cit., 479 ss. e, con specifico riferimento all’art. 18, A. SANTORO, sub *art. 18*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 199 ss.; con riferimento alla data valuta, cfr. BELLO, sub *art. 23*, cit., 225 ss.

esplicitamente vietata la decurtazione delle spese sull'importo medesimo (art. 18 d. lgs. n. 11/2010)¹⁰⁵; 2) della regola relativa ai tempi di esecuzione e alla valuta che, come già rilevato nel precedente paragrafo, devono essere contenuti in tempi ristretti (artt. 20 e 23 d. lgs. n. 11/2010)¹⁰⁶. Complessivamente le disposizioni citate sono intese a contrastare le tecniche di fissazione dei prezzi in modo non trasparente, tecniche ampiamente praticate dalle banche sino ad oggi vuoi perché si facevano passare certi costi quali spese richieste dai corrispondenti, vuoi perché si usava, attraverso il gioco della valuta, la disponibilità della clientela a proprio vantaggio. Nel nuovo assetto delle norme l'eliminazione di tali costi occulti dovrebbe consentire agli utilizzatori una effettiva comparazione fra i prezzi del servizio¹⁰⁷.

È importante notare che tali regole di trasparenza, al contrario di quelle stabilite nel Titolo IV del d. lgs. n. 11/2010, sono inderogabili per tutti gli utilizzatori. Esse, ma solo esse, sembrano dare un seguito di diritto positivo all'indicazione contenuta nel considerando 21 secondo il quale occorre garantire a tutti gli utenti la possibilità di fare "scelte con cognizione di causa" ricevendo a tal fine informazioni chiare e di qualità elevata. In tale ambito il legislatore italiano ha dato seguito al suggerimento della dottrina di introdurre regole «inderogabili

¹⁰⁵ Anche quando la norma consente al prestatore del beneficiario di trattenere "le proprie spese", ciò deve corrispondere ad una separata contabilizzazione delle stesse, per altro adeguatamente comunicata al beneficiario medesimo. Cfr. A. SANTORO, op. ult. cit., 199.

¹⁰⁶ Cfr. A. SANTORO, sub *art. 19*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 205; BELLO, sub *art. 23*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 224; cfr. già in precedenza DOLMETTA, *Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: chiose critiche alla legge n. 154/1992*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, I, 389 ss.

¹⁰⁷ Ciò ovviamente non comporta alcun automatismo in ordine alla riduzione dei prezzi di mercato, che sono pur sempre lasciati alla determinazione dei prestatori, v. O. TROIANO, op. ult. cit., *nt.* 44 ove riferimenti. Si leggano anche i considerando 43 e successivi e, in particolare il considerando 45, ove si afferma che «è essenziale che gli utenti dei servizi di pagamento siano a conoscenza dei costi e delle spese reali dei servizi di pagamento per poter operare la loro scelta. Di conseguenza non dovrebbe essere ammesso l'uso di metodi di fissazione dei prezzi non trasparenti».

anche per i non consumatori»¹⁰⁸; in verità, si deve essere consapevoli che l'auspicio intendeva avere valenza più generale e coprire, almeno in parte, le disposizioni di trasparenza contenute nel Titolo IV d. lgs. n. 11/2010.

Sotto quest'ulteriore profilo, il legislatore italiano (come quello europeo, per altro) si è rimesso alla contrattazione delle parti. Una notazione particolare deve essere ancora svolta a proposito dell'art. 52 PSD che, in ordine alle spese applicabili ai servizi di pagamento, recita: «*Il prestatore di servizi di pagamento non può addebitare all'utente dei servizi di pagamento le spese per l'adempimento dei suoi obblighi di informazione o l'adozione di misure correttive e preventive ai sensi del presente titolo (...). Le spese sono concordate tra l'utente e il prestatore dei servizi di pagamento e sono adeguate e conformi ai costi reali sostenuti dal prestatore dei servizi di pagamento*». Tale disposizione è stata trasfusa nell'art. 3 della legge italiana, dove però l'inciso "per l'adempimento dei suoi obblighi di informazione" è scomparso, restando pertanto l'obbligo del prestatore limitato al divieto di addebitare le spese volte a prevenire e rimuovere gli effetti pregiudizievoli derivanti "da una condotta non corretta del prestatore di servizi di pagamento"¹⁰⁹. Chiarisco subito che la scelta del legislatore italiano è conforme alla facoltà concessa dall'art. 51, § 1, PSD; ciononostante si deve rimarcare che l'ordinamento è zoppo ogniqualvolta si tratta di trasmettere informazioni all'utenza si differenzia la posizione del non consumatore al quale possono essere addebitati i costi informativi che andranno, come tali, a comporre una parte del guadagno del prestatore. Tale impostazione disattende sostanzialmente l'auspicio del considerando 21), secondo il quale, invece, non dovrebbe esserci differenza tra un utente e l'altro, tutti dovendo essere destinatari di informazioni «*chiare e di qualità elevata, sui servizi di pagamento*»¹¹⁰.

¹⁰⁸ Cfr. SCIARRONE ALIBRANDI, sub *art. 126-bis*, in M. PORZIO – F. BELLÌ – G. LOSAPPIO – M. RISPOLI FARINA – V. SANTORO (a cura di), cit., 1084, seguita da RISPOLI FARINA, sub *art. 34, comma 1, lett. b*), in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 528.

¹⁰⁹ Cfr. DORIA, sub *art. 3*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 63.

¹¹⁰ Il considerando prosegue affermando: «*Per assicurare la trasparenza, la presente direttiva dovrebbe fissare i requisiti armonizzati indispensabili per*

Quale, dunque, la linea di demarcazione? A me sembra che ancora una volta siano a valenza generale quelle norme anche di trasparenza direttamente funzionali alla efficienza del sistema di pagamento rimangono relegate ad ambito soggettivo di applicazione ristretto ai consumatori e alle micro-imprese quelle disposizioni di trasparenza volte al riequilibrio delle posizioni contrattuali secondo le indicazioni più specifiche che, ancora una volta si possano ricavare dai considerando della PSD. In tale ottica si leggano il considerando 22) nella parte in cui afferma che «*i consumatori dovrebbero essere protetti contro pratiche sleali e ingannevoli*» e il considerando 26) che afferma che i consumatori dovrebbero ricevere le informazioni importanti a titolo gratuito.

garantire il livello necessario e sufficiente di informazione agli utenti dei servizi di pagamento per quanto riguarda sia il contratto di servizi di pagamento, sia l'operazione di pagamento».