



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI SALERNO

Dipartimento di Scienze Economiche e Statistiche

**DOTTORATO DI RICERCA IN “RAPPORTI GIURIDICI TRA
PRINCIPI COMUNITARI, COSTITUZIONALI ED
INTERNAZIONALIZZAZIONE DEL MERCATO”**

XIV CICLO

TESI DOTTORATO
in
DIRITTO COMMERCIALE

Mobile Payment

Dottorando: *dott. Egidio Cosconati*
Coordinatore: *Ch.ma Prof. Daniela Valentino*
Tutor: *Ch.mo Prof. Alessio Di Amato*

a. a. 2015/2016

INTRODUZIONE

CAPITOLO 1: LA MONETA

Par. 1. Il denaro e le sue funzioni - **Par. 1.1.** L'art. 1277 c.c.: l'emersione del principio nominalistico e la concezione "reale" del pagamento - **Par. 1.2.** Il fenomeno della progressiva "smaterializzazione" del denaro: la moneta *bancaria* - **Par. 2.** L'evoluzione della moneta bancaria: la moneta *elettronica* - **Par. 2.1.** La natura giuridica della moneta elettronica - **Par. 2.2.** L'emissione di moneta elettronica: gli Istituti di moneta elettronica (IMEL) - **Par. 2.3.** Tipologie ed evoluzione della moneta elettronica nel mercato dei pagamenti: *smart card, borsellino elettronico e bitcoin*.

CAPITOLO 2. I PAGAMENTI ELETTRONICI

Par. 3. Il quadro normativo del sistema dei pagamenti elettronici: le raccomandazioni e le linee guida dell'EPC nell'ambito della SEPA - **Par. 3.1.** La direttiva 2007/64/CE (cd. PSD): l'ambito oggettivo - **Par. 3.1.1.** *Segue.* Il cd. negative scope - **Par. 3.2.** L'ambito soggettivo e l'emersione di una nuova categoria di prestatori di servizi di pagamento: gli Istituti di Pagamento - **Par. 3.2.1** *Segue.* La natura giuridica degli Istituti di pagamento: analogie e differenze rispetto agli Istituti bancari - **Par. 4.** Il contributo della direttiva 2009/110/CE (cd. IMEL2) alla realizzazione del progetto SEPA: le nuove opportunità per gli IMEL nel mercato dei servizi di pagamento - **Par. 5.** Le deroghe allo statuto normativo dei prestatori di servizi di pagamento: i prestatori cd. *ad operatività limitata* - **Par. 5.1.** I prestatori di servizi di pagamento cd. *ibridi* -

Par. 5.1.1. *Segue.* L'incerta natura giuridica del "patrimonio destinato" di cui all'art. 114-terdecies TUB **Par. 6.** Il ruolo degli operatori di telecomunicazione nel mercato dei servizi di pagamento - **Par. 6.1.** Nozione e tipologie di *Mobile Payment*: le tecnologie impiegate e gli strumenti di pagamento abbinati o sottesi - **Par. 6.1.1.** *Segue.* La spinta verso la diffusione del *Mobile Payment*: il *Mobile Wallet* e la novità della tecnologia NFC - **Par. 6.2.** Aspetti problematici dell'ingresso degli operatori di telecomunicazione nel mercato dei servizi di pagamento: l'ambito oggettivo della PSD e l'incerta natura giuridica dei valori finanziari intermediati dall'operatore telefonico – Istituto di Pagamento - **Par. 6.2.1** *Segue.* La natura giuridica dei valori finanziari intermediati dall'operatore telefonico – Istituto di pagamento. Una proposta interpretativa - **Par. 6.3.** L'incerta natura giuridica dei valori finanziari gestiti dall'operatore telefonico in regime di cd. *negative scope*: la spendibilità del credito telefonico alimentato con moneta *bancaria* ovvero *elettronica* - **Par. 6.3.1.** *Segue.* La spendibilità del credito telefonico alimentato mediante *versamento diretto* e la labile nozione di *bene digitale* - **Par. 6.4.** L'ambito soggettivo della PSD ed il ruolo degli operatori di telecomunicazione: Istituti di pagamento, IMEL o *tertium genus*?

CAPITOLO 3. I COSTI DEL MOBILE PAYMENT

Par. 7. I rischi connessi all'utilizzo del *Mobile Payment*: gli ostacoli alla sua lenta, ma inesorabile, diffusione – **Par. 7.1.** La *sicurezza* del pagamento veicolato dai sistemi operativi mobili *dal punto di vista dell'utente* - **Par. 7.2.** La *sicurezza* del pagamento veicolato dai sistemi operativi mobili *dal punto di vista del prestatore del servizio*: la *sicurezza dal punto di vista tecnologico* – **Par. 7.3.** Le *variabili* della *sicurezza* del pagamento dal punto di vista tecnologico: *tipologie di utenti, licenze e canali trasmissivi* - **Par. 7.3.1.** *Segue.* La *sicurezza* del canale trasmissivo NFC (*Near Field Communication*) - **Par. 7.3.2.** *Segue.* La *sicurezza* del canale trasmissivo SMS (*Short Message Service*) - **Par. 8.** La protezione dei dati personali e la prevenzione delle frodi nell'ambito dei servizi di *Mobile Remote Payment*: il provvedimento generale del Garante della privacy n. 258 del 22 maggio 2014 - **Par. 9.** I *costi fiscali* dei servizi di pagamento prestati dagli operatori telefonici. *Cenni.*

CAPITOLO 4. LE PROSPETTIVE DEL MOBILE PAYMENT

Par. 10. Le ragioni sottese alla (necessaria) revisione della PSD: la Direttiva (UE) 2015/2366 (cd. PSD2) – **Par. 10.1.** L’ambito oggettivo della cd. PSD2: il nuovo cd. *positive scope* – **Par. 10.2.** Il nuovo cd. *negative scope* – **Par. 10.2.1.** *Segue.* La perdurante incertezza in ordine alla *natura giuridica* dei valori finanziari intermediati dall’operatore telefonico in regime di cd. *negative scope* – **Par. 11.** L’ambito soggettivo della cd. PSD2: nuove regole per gli Istituti di Pagamento – **Par. 11.1.** L’ingresso di nuovi attori nel mercato dei servizi di pagamento in qualità di TPP (*Third Party Payment Services Provider*): PISP (*Payment Initiator Service Provider*) ed AISP (*Account Information Services Provider*) – **Par. 11.2.** *Segue.* La perdurante incertezza in ordine al ruolo degli operatori di telecomunicazione nel mercato dei servizi di pagamento – **Par. 12.** La nuova disciplina di tutela dell’utilizzatore.

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Indice bibliografico

INTRODUZIONE

In origine, fu il baratto. A distanza di svariati secoli, il sistema di circolazione della ricchezza vive ancora un momento di estrema vivacità, configurandosi come un settore in continua evoluzione.

La viepiù avvertita necessità di poter effettuare trasferimenti di denaro slegati dalla materiale disponibilità delle somme, invero, ha determinato la nascita di nuovi strumenti di pagamento, diversi dalla moneta legale (art. 1277 c.c.), in grado di soddisfare le nuove esigenze degli operatori economici. Si è assistito, così, al passaggio dalla concezione “reale” della moneta, intesa come *traditio* dei pezzi monetari, alla concezione “obbligatoria” del pagamento in cui il trasferimento della somme di denaro, slegato dalla materialità della consegna, avviene attraverso la trasmissione di impulsi elettronici che sono diretta espressione della posizione monetaria. La *moneta elettronica*, altrimenti detta *e-money*¹, costituisce oggi la forma più evoluta di tale mezzo di pagamento, da alcuni efficacemente definita come la “quarta generazione” dei sistemi di pagamento, dopo l’era della moneta legale, bancaria e scritturale.

Molteplici fattori hanno contribuito a modificare il sistema europeo dei pagamenti: il processo di globalizzazione dei mercati, l’introduzione della moneta unica, l’abbattimento delle frontiere nella prestazione dei servizi e, non ultimo, lo sviluppo delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione. Ma la nascita di *internet*, dell’*e-commerce* e, più recentemente, la diffusione dei cd. *smartphone*, in particolare, ha innescato una vera e propria rivoluzione anche delle modalità elettroniche di trasferimento del denaro: Peer-to-Peer Payments o *P2P Payments* (sistema online che permette transazioni finanziarie tra individui), Electronic Payments o *E-Payments* (scambio elettronico o trasferimento di moneta tra uno o più account attraverso sistemi basati su *internet*), Contactless Payments o *C-less Payments* (basato su carte di credito e di debito, *smartcards* o altri dispositivi che utilizzano la tecnologia RFID per effettuare pagamenti sicuri), Mobile Payments o *M-Payments* (servizi di pagamento effettuati tramite o attraverso dispositivi mobili).

¹ L’espressione è usata da PACILEO, *L’attuazione in Italia delle direttive comunitarie in materia di e-money*, in *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, a cura di SICA-STANZIONE-ZENO ZENCOVICH, Milano, 2006, p. 191, sulla scia di quanto autorevolmente argomentato da SPADA, *Carte di credito: “terza generazione” dei mezzi di pagamento*, in *Riv. Dir. civ.*, 1976, I, p. 490.

Il fermento tecnologico, peraltro, ha inevitabilmente generato quello normativo, sia a livello comunitario con le raccomandazioni e le linee guida dell'EPC nell'ambito della SEPA (l'area unica dei pagamenti in Euro) , sia a livello nazionale con il recepimento delle Direttive 2007/64/CE (PSD) e 2009/110/EC (EMD). Il crescente interesse della UE per i pagamenti elettronici è confermato dalla pubblicazione, nel gennaio 2012, del Libro Verde intitolato “*Verso un mercato europeo integrato dei pagamenti tramite carte, internet e telefono mobile*” e da ultimo, nel 2015, dal c.d. “*Payments Legislative Package*”, ossia dalla quasi contemporanea entrata in vigore di due importanti provvedimenti europei, il *Regulation on Interchange Fees for Card-Based Payment Transactions* (cd. MIF) e la nuova *Payment Services Directive* (cd. PSD2) destinata non soltanto ad abrogare la precedente,² ma anche, quanto meno nelle intenzioni, ad innovare fortemente il sistema, allargando il mercato dei pagamenti online attraverso l'inclusione di nuovi operatori e servizi innovativi.

Nel pieno rispetto della SEPA, la prima *Payment Services Directive* (cd. PSD) recepita in Italia dal d.lgs. 27 gennaio 2010 n. 11, mira ad assicurare che i pagamenti elettronici pan-europei, possano diventare sicuri, efficienti e di facile adozione come quelli di ciascun circuito domestico (cd. *positive scope*). A tal fine, vengono definite le linee guida per la definizione di un ecosistema Europeo all'interno del quale possano realizzarsi l'aumento della competitività tra prestatori di servizi di pagamento (i cc.dd. PSP - *Payment Service Providers*), la razionalizzazione dei costi per il consumatore e l'aumento della scelta, nonché l'autorizzazione di nuovi soggetti non-bancari per l'esercizio di un servizio di pagamento in un mercato armonizzato.

Sotto il profilo *soggettivo*, in particolare, oltre che alle tradizionali categorie di intermediari finanziari (gli enti creditizi, ossia le banche nell'esercizio della prestazione di servizi di pagamento; gli istituti di moneta elettronica, cc.dd. “IMEL”; gli uffici postali, “Poste Italiane Spa” nel contesto nazionale), viene riconosciuta la qualità di *Payment Service Provider* anche ai cd. Istituti di pagamento: nuova categoria di intermediari non bancari abilitati a prestare servizi di pagamento. Tale nuova apertura del mercato dei pagamenti ha facilitato l'ingresso anche di operatori che dispongono di un'ampia rete di punti di contatto con l'utenza, come ad esempio quelli di telefonia mobile (TELCO) o della grande distribuzione (GDO), ora legittimati ad offrire molteplici servizi di pagamento accanto all'esercizio di attività commerciali. I

² Le nuove previsioni tuttavia dovranno esser recepite dagli Stati UE entro *entro 24 mesi* dalla sua entrata in vigore, sicché, sino al *13 gennaio 2018*, può dirsi ancora applicabile il quadro normativo delineato dalla PSD, seppur nei limiti della sua compatibilità con la disciplina transitoria prevista all'art. 109 della PSD2.

PSP, tuttavia, incontrano taluni limiti di operatività: gestione esclusiva dei conti di pagamento utilizzati per le operazioni di pagamento e divieto di effettuare l'attività di raccolta di depositi o altri fondi rimborsabili. In definitiva, l'Istituto di pagamento, può "competere" con gli intermediari tradizionali (banche o Poste) unicamente nella prestazione di servizi di pagamento, con ciò dovendosi escludere qualsiasi altra attività, come ad esempio l'emissione di moneta elettronica (attività riservata alle banche ed agli IMEL) o l'attività di raccolta del risparmio presso il pubblico (attività riservata alle banche). Ciò nondimeno, la nuova figura d'intermediario è obbligata al rispetto di un regime di autorizzazione per l'esercizio dell'attività, nonché, di un regime prudenziale basato su un capitale minimo iniziale, aspetti organizzativi e requisiti patrimoniali.

Per altro verso, con riferimento all'ambito *oggettivo* di applicazione, la direttiva reca (per sottrazione ed in via interpretativa) uno spazio di deroghe, c.d. *negative scope*, comprensivo di quelle attività che, non classificate come servizi di pagamento, possono essere prestate da soggetti non ascrivibili, *ex lege*, all'ambito soggettivo. L'esercizio dei servizi che ricadono nel cd. *negative scope*, possono quindi essere offerti da operatori che *non hanno l'obbligo di operare nel regime di vigilanza regolamentare, informativa e sanzionatoria previsto per gli intermediari di pagamento*. Ciò significa che un'attività riconducibile al cd. *negative scope* non è riservata ai PSP e pertanto un soggetto non bancario può esercitarne il servizio senza operare come PSP, ossia senza l'obbligo di essere (o diventare) Istituto di Pagamento o IMEL, oppure senza l'obbligo di ricorrere a soluzioni di partenariato con PSP autorizzati (Banche, Poste, Istituti di Pagamento, IMEL). La definizione di questo ambito di disapplicazione della normativa, caratterizzato da maglie per alcuni aspetti decisamente larghe, ha alimentato non poche tensioni interpretative ed è stata diversamente interpretata negli Stati dell'UE: si pensi, ad esempio, all'interpretazione viepiù "estensiva" della nozione di "*bene e servizio digitale*" (art. 3 lett. 1, PSD) invalsa, di fatto, nel contesto nazionale dei pagamenti effettuati tramite dispositivo mobile.

Tracciati pertanto i lineamenti del quadro normativo nazionale ed europeo del mercato dei pagamenti elettronici, si tenterà di ricostruire la fattispecie del *Mobile Payment* verificandone, innanzitutto, la riconducibilità al *genus* della moneta legale, dunque la coerenza con i principi dell'ordinamento interno (art. 1277 c.c.). Saranno, poi, affrontate, talune delle questioni maggiormente controverse: innanzitutto, le possibilità

d'impiego del credito telefonico da parte degli operatori di rete che operano nell'attuale cd. *negative scope*,³³ nonché, i rischi connessi all'utilizzo del *Mobile Payment* riguardati sotto molteplici punti di vista.

Criticità, quelle testè menzionate, al cui superamento mira la cd. PSD2. Nonostante il meritorio tentativo di contemperare due confliggenti esigenze (regolamentare l'ingresso delle TELCO nel mercato dei servizi di pagamento arginandone forme elusive, *rectius* lesive della normativa comunitaria, ed aumentare il grado di concorrenzialità del mercato consentendo la prestazione di nuovi servizi e l'ingresso di nuovi attori), risicato tuttavia appare il contributo della novella in termini di maggior chiarezza del quadro normativo del *Mobile Payment*. Irrisolto, in particolare, appare il problema dell'esatta natura giuridica dei valori finanziari impiegati nelle operazioni di pagamento *intermediate* dagli operatori di telecomunicazione, certamente allorché si tratti di credito telefonico alimentato per il tramite del *versamento diretto* delle corrispondenti somme. Ciò che dà la stura ad un interrogativo di fondo: può dirsi dunque nata la "quinta generazione" dei sistemi di pagamento, ovvero la moneta cd. *telefonica*?

³³ Se, da un lato, infatti, l'art. 3 lettera 1) dell'attuale direttiva sui servizi di pagamento prevede la non applicabilità delle regole "[...]alle operazioni di pagamento eseguite tramite qualsiasi dispositivo di telecomunicazione, digitale o informatico, quando i beni o servizi acquistati sono consegnati al dispositivo di telecomunicazione, digitale o informatico, o devono essere utilizzati tramite tale dispositivo, a condizione che l'operatore di telecomunicazione, digitale o informatico, non agisca esclusivamente quale intermediario tra l'utente di servizi di pagamento e il fornitore dei beni e servizi"; dall'altro, invece, il punto 7 dell'allegato alla direttiva riconduce al cd. *positive scope* "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", all'evidente scopo di obbligare l'operatore di telecomunicazioni ad operare (almeno) con una licenza di Istituto di pagamento, qualora voglia intermediare con il proprio credito telefonico la vendita di beni non riconducibili alla deroga di cui all'art. 3 (beni di natura digitale) e tale attività (di intermediazione) risulti non "ancillare" rispetto all'attività primaria di prestazione del servizio telefonico.

CAPITOLO 1. LA MONETA

SOMMARIO: **Par. 1.** Il denaro e le sue funzioni - **Par. 1.1.** L'art. 1277 c.c.: l'emersione del principio nominalistico e la concezione "reale" del pagamento - **Par. 1.2.** Il fenomeno della progressiva "smaterializzazione" del denaro: la moneta *bancaria* - **Par. 2.** L'evoluzione della moneta bancaria: la moneta *elettronica* - **Par. 2.1.** La natura giuridica della moneta elettronica - **Par. 2.2.** L'emissione di moneta elettronica: gli Istituti di moneta elettronica (IMEL) - **Par. 2.3.** Tipologie ed evoluzione della moneta elettronica nel mercato dei pagamenti: *smart card*, *borsellino elettronico* e *bitcoin*.

Par. 1. Il denaro e le sue funzioni.

Già Aristotele aveva colto l'importanza ed, al contempo, la peculiarità della moneta: *“tutto ciò che è oggetto di scambio deve essere in qualche modo commensurabile. A questo scopo è stata inventata la moneta [...]. Quindi è necessario che tutto venga misurato con un qualcosa di unitario, [...]. Questo, in verità, è il bisogno, che tiene unita la comunità; se infatti non vi fosse bisogno di nulla, o se non vi fosse bisogno in modo comparabile, lo scambio non avrebbe luogo o non sarebbe lo stesso; perciò la moneta è diventata un sostituto del bisogno per accordo comune e per questo ha il nome di moneta, perché non è per natura ma per convenzione e dipende da noi modificarla o porla fuori corso”*.⁴

Ciò nonostante, e pur facendo il legislatore assai spesso riferimento alla moneta, non è dato rinvenire *alcuna definizione normativa* della stessa: i diversi usi del termine e delle “equipollenti” espressioni⁵ sembrano, al contrario, presupporre l'elaborazione economico-giuridica delle funzioni che il denaro è stato chiamato a svolgere nel corso del tempo, nelle diverse società.⁶ L'individuazione delle *molteplici funzioni* svolte dal

⁴ ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, libro VI, cap. VI, nella traduzione proposta da MAZZARELLI, in *Etica nicomachea, testo greco a fronte*, Milano, 1996. Giova, peraltro, ricordare che Aristotele definisce la moneta, alternativamente, come una *merce* selezionata dagli operatori per servire da intermediario degli scambi ovvero come un *puro segno* creato dall'autorità politica per servire da mezzo di pagamento. I due approcci sono sviluppati in luoghi diversi, il primo nella *Politica* mentre il secondo nell'*Etica nicomachea*, e con riferimento a contesti diversi: il primo con riferimento al commercio estero, mentre il secondo con riferimento al commercio che si svolge all'interno di una collettività dotata di regole e di una autorità politica capace di farle rispettare (*polis*). In altri termini, egli ha ben presente la differenza esistente tra il commercio estero in cui, considerata la necessità che gli scambi siano regolati mediante il ricorso ad una merce che sia accettata dovunque affinché il destinatario possa servirsene per ulteriori scambi, è necessario utilizzare una moneta *merce*, ed il commercio interno in cui, al contrario, può essere utilizzata una moneta *segno* ossia un mezzo di pagamento, uno strumento di estinzione del debito, espressione di una convenzione legale in quanto prodotto di un accordo tra i membri della società e quindi, in definitiva, un puro segno sprovvisto di valore intrinseco. Dello stesso avviso, in epoca recente, T. ASCARELLI, in *La moneta. Considerazioni di diritto privato*, Padova, 1928, 68 ss., laddove sottolinea come *“dal punto di vista giuridico, denaro v'è solamente in base ad una norma, e poiché noi qui consideriamo il solo ordinamento giuridico statale, possiamo anche dire che giuridicamente il denaro è una creazione dello Stato”*.

⁵ Si pensi, in via meramente esemplificativa, all'utilizzo dell'espressione “*somme di denaro*” presente agli artt. 182, 541, 547, 960, 971, 1202, 2004 c.c.

⁶ Nitida, nella scienza economica, è la distinzione tra i concetti di *denaro* e *moneta*: il denaro nasce prima della moneta e si declina di volta in volta in materialità differenti, tra le quali la moneta. Quest'ultima, invece, costituisce denaro finché è accettata dal mercato: le monete fuori corso e le monete svalutate, infatti, non sono più denaro in quanto non accettate da nessuno. Per una critica, tuttavia, alla “spregiudicata” separazione dei due concetti fonte di un eccessivo scollamento dell'economia monetaria da quella reale che ha, in tempi recenti, compromesso l'economia di taluni Paesi e sulla conseguente necessità della loro ricomposizione allo scopo di recuperare la funzione sociale della moneta, si veda TURRI, in *La distinzione fra moneta e denaro: ontologia sociale ed economica*, Roma, 2009, intr., ad avviso della quale “il denaro è

denaro risulta, infatti, indiscutibilmente connessa all'evoluzione che ha esso ha subito nel corso della storia.⁷

Nella prima fase del suo sviluppo, il denaro s'è identificato con beni specifici: il sale, il bestiame, l'avorio, i metalli, in particolare quelli preziosi, il cui valore era riconosciuto dalla gran parte degli operatori economici. Si tratta di merci dotate di alcune caratteristiche comuni: rare ma sufficientemente reperibili, conservavano il loro valore nel tempo ed erano riconosciute come merci di pregio dalla generalità dei consociati. La circostanza che il valore di questa moneta, definita moneta *merce*, fosse basata sul valore intrinseco del bene utilizzato costituisce il fondamento per l'individuazione della prima funzione fondamentale tuttora riconosciuta al denaro, ossia di *mezzo di intermediazione negli scambi*. Esso, infatti, costituisce, fin dalla sua origine, una "potenza di scambio" di applicazione illimitata ed astratta: un intermediario nella circolazione attraverso cui misurare l'equivalenza tra i beni oggetto di scambio, anteriormente basata, invece, esclusivamente sul loro rapporto immediato. Tale prima fondamentale funzione di generale mezzo di scambio, a sua volta, consente di distinguere facilmente il denaro da qualsiasi altro bene materiale: a differenza, infatti, degli altri beni consumabili che una volta utilizzati scompaiono dal mercato, esso permane come elemento indispensabile di quest'ultimo.

Peraltro, l'uso della moneta *merce*, se, da un lato, ha consentito di superare gli inconvenienti del baratto,⁸ dall'altro, esponeva gli operatori economici a taluni inconvenienti di utilizzo: il denaro (*rectius*: moneta *merce*), sprovvisto di propria forma e peso, necessitava di esser pesato al momento dell'effettuazione dello scambio;

un concetto che vive nel tempo, ma non nello spazio. S'incarna, passa cioè dallo stato di concetto a quello concreto di oggetto, in diverse materie tra le quali la moneta. La moneta però non è solo il corrispettivo concreto dell'astratto denaro. Svolge varie funzioni: numerario, mezzo di pagamento, mezzo di scambio, riserva di valore. La circostanza che la moneta abbia continuato a circolare non valendo più niente in sé ha separato il suo *valore* dal suo *potere* avviando una spirale che è arrivata fino alla *fantafinanza* alla quale dobbiamo l'attuale crisi".

⁷ Si veda B. INZITARI, *Le funzioni giuridiche del denaro nella società contemporanea*, in *Profili del diritto delle obbligazioni*, Padova, 2000, I.

⁸ Per secoli, il commercio è stato fondato sul *baratto*, ossia la cessione di una merce in cambio di un'altra. Il limite di questo sistema era strettamente legato alla *difficoltà di incontrare qualcuno in possesso del bene desiderato che accettasse di cederlo in cambio del bene offerto*. Infatti, non tutte le merci potevano essere trasportate e conservate a lungo: le merci deperibili, pertanto, dovevano essere barattate rapidamente e non potevano essere accumulate in attesa di futuri scambi. A ciò s'aggiungeva l'ulteriore grave svantaggio costituito dall'*impossibilità di attribuire un valore oggettivo alle merci*, con la conseguente necessità di porre in essere difficili negoziati considerata l'assenza di un'unità di conto, di un metro comune, che consentisse di confrontare il valore di merci diverse.

inoltre, il rischio che il metallo prezioso utilizzato quale moneta *merce* non fosse puro obbligava gli operatori economici alla difficile prova della sua purezza.⁹

Solo la *coniazione* di monete di metallo prezioso ha consentito di superare tali inconvenienti. In una seconda fase, infatti, pur non venendo meno la necessità di pesare il denaro, quest'ultimo inizia ad assumere una forma predeterminata in quanto oggetto di conio.¹⁰ Il denaro, pertanto, ha gradualmente assunto un carattere “proclamatore”: inizialmente, tuttavia, la moneta coniata, pur non venendo più pesata, continuava ad essere intimamente connessa al materiale prezioso di cui era costituita e cui in definitiva era affidata la funzione d'intermediazione degli scambi.¹¹ Evidenti, peraltro, gli inconvenienti anche dell'utilizzo della moneta in metallo prezioso: l'uso dell'oro per farne moneta, infatti, non ne consentiva l'utilizzazione per altri scopi, come ad esempio l'oreficeria (cd. *costo opportunità*); inoltre, la necessità di custodire adeguatamente grandi quantità di monete in metallo prezioso comportava inevitabilmente *costi di custodia*, mentre l'acquisto di merci in luoghi distanti imponeva oneri per il trasporto del denaro (cd. *costi di trasmissione*); infine, un pagamento in monete appartenenti ad un diverso sistema monetario determinava la necessità di accertarne l'effettivo valore (cd. *costi di informazione*). Questi inconvenienti di natura pratica, in uno alle fluttuazioni del valore dei metalli, all'ampliamento degli orizzonti commerciali ed alla continua crescita del volume degli scambi economici, hanno imposto una transizione verso un genere monetario non legato al valore ed alla reperibilità dei metalli preziosi.

L'introduzione della *moneta cartacea* che, nella prima fase del suo sviluppo, si caratterizza per la possibilità di conversione nell'equivalente in metallo prezioso,¹² ha

⁹ Si pensi, in via meramente esemplificativa, al rituale dello strofinamento con una cd. *pietra di paragone*: una lastra di diaspro nero (metallo a base di silicio) che consente di verificare la purezza dell'oro controllando il colore delle tracce che si formano strofinandovelo sopra.

¹⁰ Così, ARISTOTELE in *Politica*, I, 1257a, nella traduzione proposta da VIANO, in *Politica, introduzione, traduzione (con testo greco a fronte)*, Milano, 2002: “[...]Quando per soddisfare i bisogni si cominciò a fare ricorso a fonti straniere importando le cose mancanti ed esportando quelle in eccesso, entrò necessariamente in uso una moneta. Infatti non tutte le cose per natura necessarie erano di facile trasporto: perciò per facilitare gli scambi si convenne di dare e accettare un qualcosa che, oltre ad essere utile di per sé, possedesse il vantaggio di essere facilmente impiegabile per le necessità della vita, come il ferro o l'argento o anche qualche altro materiale, dapprima definito semplicemente nella sua dimensione e nel suo peso, poi con l'impressione di un carattere, che potesse dispensare dall'effettuare la misurazione, e che servisse da marchio indicante la quantità [...]”.

¹¹ Così B. INZITARI, *Le funzioni*, cit., 4.

¹² Alla fine del XIV secolo, orafi e mercanti iniziarono ad emettere *ricevute su carta* in cambio del metallo prezioso che i mercanti davano loro in custodia: le cd. *note del banco*, che dichiaravano l'entità dei valori lasciati in deposito e contenevano la promessa della loro restituzione. Depositare il metallo prezioso è diventato vieppiù conveniente: la rete di relazioni d'affari organizzata nel tempo dagli orafi-banchieri ed i

segnato la rottura dell'intimo legame col materiale prezioso di cui il denaro era costituito ed, al contempo, il rafforzamento del suo carattere proclamatore. Venuta meno, infatti, la possibilità di convertire la moneta cartacea, con l'introduzione dapprima del *corso legale* poi del *corso forzoso*, l'oggetto del denaro si è progressivamente "smetallizzato", perdendo la propria connotazione intrinsecamente valoristica ed acquisendone una vieppiù astratta ed "ideale".¹³ Tale circostanza costituisce il fondamento per l'individuazione dell'ulteriore funzione fondamentale, tuttora riconosciuta al denaro ed intimamente connessa alla prima sopra individuata, ossia di *mezzo di pagamento*. Il debitore, infatti, può utilizzare moneta per estinguere la propria obbligazione pecuniaria nella misura in cui il creditore, in seguito, può riutilizzare la somma ricevuta in pagamento al fine di acquistare altri beni.¹⁴

Alla moneta, inoltre, è generalmente riconosciuta la funzione di *unità di conto* con cui si misura il valore di beni e servizi. In altri termini, costituisce l'unità di misura del valore di scambio di ogni ricchezza e, conseguentemente, rende possibile quantificare il valore delle singole voci che compongono il patrimonio. Anche sotto questo profilo, tuttavia, è possibile cogliere la peculiarità del denaro rispetto ad altri strumenti svolgenti analoghe funzioni di unità di misura: a differenza, infatti, del metro o del litro, esso costituisce una misura assoluta in quanto permette di comparare il valore di oggetti diversi.¹⁵

La moneta, infine, mantiene il suo valore nel tempo, può essere quindi accumulata per costituire una *riserva di valore*. In altri termini, il denaro è "magazzino di valori": attraverso la moneta, infatti, risulta possibile trasferire valori nel tempo permettendo, da un lato, di accumulare risparmio liquido, dall'altro, di ripartire temporalmente l'impiego del proprio patrimonio.¹⁶

Da un punto di vista più strettamente *giuridico*, tuttavia, specialmente nelle odierne economie, il denaro, seppur continui a svolgere tutte le funzioni sopra individuate, risulta maggiormente caratterizzato da un elemento che, ancorché sostanzialmente estrinseco ad esso, costituisce il presupposto per la stessa esistenza del fenomeno monetario: il riconoscimento posto in essere dallo Stato della sua efficacia liberatoria,

diversi strumenti di credito da essi sviluppati, infatti, annullavano i rischi ed i costi del trasporto del metallo prezioso. In altri termini, era sufficiente portare con sé i documenti rilasciati dal banchiere e consegnarli al suo corrispondente nel luogo di arrivo per incassare il corrispettivo in metallo prezioso, che era così disponibile, senza trasporto, in un luogo diverso da quello nel quale era stato depositato.

¹³ Così B. INZITARI, *Le funzioni*, cit., 7.

¹⁴ Come osserva, E. QUADRI, in *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Trattato Rescigno*, IX, Torino, 1999, 524.

¹⁵ Così B. INZITARI, *Le funzioni*, cit., 7.

¹⁶ Così LOJACONO, in *Aspetti privatistici del fenomeno monetario*, Milano, 1955, 36 ss.

ovvero “il riconoscimento statale della capacità della moneta scelta ed indicata come *moneta legale*, per il suo valore nominale, di estinguere obbligazioni”.¹⁷

¹⁷ Così B. INZITARI, *Le funzioni*, cit., 7.

Par. 1.1. L'art. 1227 c.c.: l'emersione del principio nominalistico e la concezione "reale" del pagamento.

L'introduzione della moneta cartacea segna, da un lato, il momento in cui l'oggetto del denaro, "smaterializzandosi", ha perso la propria connotazione intrinsecamente valoristica acquisendone una vieppiù astratta ed "ideale", dall'altro e conseguentemente, il momento in cui emerge la necessità di individuare una grandezza comunque idonea ad esprimerne il valore in termini numerici. Per *valore nominale* s'intende il valore numerico del denaro, indicato sulla moneta, attraverso multipli e sottomultipli dell'unità di misura monetaria. L'unità di misura della valuta (cd. divisa) è, per l'Italia come per larga parte dello spazio dell'Unione Europea, l'Euro.¹⁸

Costituisce grandezza diversa dal valore nominale, il cd. *valore reale* ossia il potere di acquisto proprio della singola moneta. Si tratta di valore determinato dal confronto con altri beni, in specie preziosi, come ad esempio l'oro, o con valute estere. In tale ultimo caso, il potere di acquisto rapportato con la valuta straniera individua il cd. *rapporto di cambio* tra le due monete.

Alle grandezze elaborate quale strumento di misurazione della moneta cartacea, poi, s'affianca una grandezza utilizzabile esclusivamente quale strumento di misurazione della moneta metallica, ossia il cd. *valore intrinseco*, ovvero, il valore attribuito alla moneta in base al suo stesso contenuto metallico.

L'art. 1277 co. 1 c.c. sancisce a chiare lettere, per l'ordinamento italiano,¹⁹ la scelta del valore nominale.²⁰ Tale scelta, "giustificata da un'esigenza razionale della vita

¹⁸ Per un'analisi delle problematiche giuridiche connesse all'introduzione dell'Euro e del quadro giuridico di riferimento, si rinvia in particolare a C.M. BIANCA, *Diritto civile*. IV, cit., 143; S. SACERDOTI, *Aspetti giuridici dell'introduzione dell'Euro*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 1997, 341 ss.; S. BARBAGALLO, *Brevi note sull'introduzione dell'Euro*, in *Dir. unione eur.*, 1998, 206; A. DI MAJO, *In margine agli aspetti giuridici dell'introduzione dell'Euro*, in *Corriere giur.*, 1999, 248 ss.; G. BARBUTO, *La moneta 'Euro': aspetti giuridici derivanti dalla sua introduzione*, in *Giust. civ.*, 1999, 75 ss.; B. INZITARI, *La disciplina giuridica dell'introduzione dell'Euro quale moneta unica europea*, in *Profili del diritto delle obbligazioni*, Padova, 2000, 37 ss.; A. MALOMO, *L'introduzione dell'euro e il principio di continuità dei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 233 ss.

¹⁹ Ed invero, non altrettanto può dirsi in altri ordinamenti. Quanto al sistema tedesco, infatti, nel BGB non si scorge una disposizione da cui emerga in modo esplicito l'accoglimento del principio nominalistico: nei §§ 244 e 245, dedicati rispettivamente al debito in moneta estera ed al debito pecuniario di specie, sono ravvisabili le norme basilari per la costruzione del sistema dei debiti di somma di denaro sicché in esse può dirsi non certo affermato, bensì solo presupposto il principio nominalistico; sul recepimento del principio nominalistico nel sistema giurisprudenziale tedesco, tuttavia, si veda E. QUADRI, *Principio nominalistico e disciplina dei rapporti monetari*, Milano, 1979, 166 ss.. È ispirato al principio dell'invariabilità quantitativa del debito di denaro, invece, il "common law" inglese: sul punto, si veda la fondamentale decisione del 1604,

economica”, in quanto, “consente di raffigurare i debiti pecuniari come entità costanti e cioè di ridurre a certezza l’entità economica di ogni debito”,²¹ affonda le sue radici a sua volta nel *Code Civil*, attraverso la mediazione del Codice per lo regno delle Due Sicilie promulgato nel 1891,²² nonché del Codice Civile del 1865.²³

Come incisivamente osservato,²⁴ con l’adozione del nominalismo è compiuta un’opzione fondamentale, che si assume in campo giuridico, ma i cui effetti si riverberano in maniera decisiva sulla struttura del sistema economico: si stabilisce che il rischio derivante dalla svalutazione della moneta è dislocato a carico del creditore. In altri termini, con il principio nominalistico è posta la disciplina giuridica del fenomeno dell’inflazione.²⁵

c.d. “*Case de Mixt Moneys*” (Gilbert v. Breys), nella quale sono espressi i presupposti della dottrina (il cui contenuto è equivalente a quello del nominalismo) in base alla quale “*a pound in England is a pound whatever its international value*”.

²⁰ Ancor più chiara in tal senso, appare la Relazione al c.c., la quale, al n. 592, precisa che, “*la quantità di moneta legale dovuta si determina in base al valore nominale che lo Stato attribuisce ad essa, senza riguardo al valore intrinseco; oggetto dell’obbligazione non è la materia di cui le monete sono formate, ma una quantità commisurata al valore loro attribuito*”.

²¹ Non va trascurato, tuttavia, che secondo altra corrente di pensiero il principio nominalistico s’applicherebbe anche al di fuori dell’ambito dei debiti pecuniari ed, in specie, quando si tratti di debiti non aventi ad oggetto denaro, ma merce, quantitativamente ragguagliata ad un’unità legale monetaria (ad es., tanto grano quanto corrisponde a cinquanta euro), attendendo tale principio alla teoria generale delle obbligazioni. Così, tra gli altri, T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario al codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1959, 245 ss.; in senso critico sul punto, invece, DI MAJO, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enciclopedia del diritto*, 1979, XXXIX 224 ss., e *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996, 110 ss., ad avviso del quale, in tale ipotesi, trattandosi, di debito di merce, il principio nominalistico perderebbe il suo *ubi consistam* con conseguente applicazione dei soli principi generali relativi alle obbligazioni generiche.

²² Così l’art. 1767 del codice in parola: “l’obbligazione risultante da un prestito in danari è sempre della medesima somma numerica espressa nel contratto. Accadendo aumento o diminuzione nelle monete prima che scada il termine del pagamento, il debitore deve restituire la somma numerica prestata e non è obbligata a restituirla se non in monete che abbiano corso nel tempo del pagamento”.

²³ Così l’art. 1821 del codice in parola: “l’obbligazione risultante da un prestito in denaro è sempre della medesima somma numerica espressa nel contratto [...]. Nel caso di aumento o diminuzione delle monete prima che scada il termine di pagamento, il debitore deve restituire la somma numerica prestata”.

²⁴ T. ASCARELLI, *Obbligazioni*, cit. 7.

²⁵ Giova, peraltro, ricordare che, secondo l’impostazione tradizionale, esulano dal campo di applicazione di tale principio i *debiti di valore*. Nei debiti di quest’ultimo genere, infatti, la moneta rappresenta un bene sostitutivo di un diverso interesse tutelato: così, tipicamente, è nel caso in cui il denaro costituisca la misura economica di un danno subito. I debiti di valore impongono un costante adeguamento nel tempo della quantificazione monetaria: quindi, l’estinzione del debito presuppone il ripristino del patrimonio del creditore ragguagliato al momento stesso in cui è effettuata la corresponsione della somma di denaro. In altre parole, i debiti di valore sono per loro stessa natura estranei al rischio di svalutazione. Secondo la stessa impostazione, ciò non esclude, peraltro, che il debito di valore possa, in qualsiasi momento, essere oggetto di liquidazione, cosicché, per effetto della sua determinazione, per via negoziale o giudiziale, esso diviene di valuta, con la conseguenza che il rischio per la svalutazione passa allora in capo al creditore, secondo quanto impone il principio nominalistico: sul punto, T. ASCARELLI, *Obbligazioni*, cit., 140 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*. IV, cit., 149 ss.; B. INZITARI, *Le obbligazioni nel diritto civile degli affari*, Padova, 2006, 602 ss.; in giurisprudenza, Cass. Civ., 22 maggio 1980, n. 3381, in *Mass. Giur. it.*, 1981, 1460 ss.; CHINÈ – FRATINI – ZOPPINI, *Manuale di Diritto civile, in I manuali superiori* diretti da Alpa e Garofoli, VII, 2016, p. 797 ss..

L'analisi dell'art. 1277 c.c. rileva, peraltro, anche ai fini dell'approfondimento di una delle funzioni fondamentali del denaro in precedenza individuate, ossia di *mezzo di pagamento*, ovvero, di strumento di adempimento dell'obbligazione (pecuniaria).²⁶ Sotto questo profilo, la norma, in modo ugualmente chiaro, sembrerebbe aderire alla concezione cd. "reale" del pagamento: l'effetto *solutorio* dell'obbligazione è inscindibilmente connesso alla materiale dazione della somma di denaro.

L'impostazione tradizionale,²⁷ del resto, considera il pagamento l'atto a mezzo del quale il debitore trasferisce al creditore le cose o la somma dovuta col fine di estinguere il proprio debito. Ed invero, nell'impianto del codice civile del 1942, il materiale trasferimento del denaro (considerato come *res* o bene mobile) dall'uno all'altro soggetto (dal debitore al creditore) assolverebbe la funzione di contemperare due opposti interessi: da un lato, l'interesse del debitore (la sua esigenza di certezza) ad essere garantito che il pagamento effettuato non possa essere legittimamente rifiutato dal creditore, dall'altro, l'interesse del creditore ad ottenere la prestazione dovutagli in misura intera e rappresentata da moneta di valore legalmente certo.²⁸

In verità, l'individuazione dell'esatto significato del disposto *de quo* è stato al centro di un vivace dibattito dottrinario. Per un'impostazione,²⁹ la norma costituirebbe una sorta di "regola aurea" in tema di adempimento, *rectius* di trasferimento di denaro, ossia di pagamento; per altra corrente di pensiero,³⁰ invece, tale norma, lungi dal concernere il trasferimento del denaro, individuerrebbe i "mezzi" idonei ad esser utilizzati per l'adempimento (*rectius*: pagamento), ovvero, come espressamente statuito dallo stesso art. 1277 c.c., esclusivamente "la moneta avente corso legale nello Stato al tempo del suo pagamento e per il suo valore nominale".

²⁶ È pacifico che il pagamento costituisca la forma propria dell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie. L'individuazione della sua natura giuridica, peraltro, è stata al centro di un vivace dibattito dottrinario: per un'impostazione, esso costituirebbe un mero fatto (in questo senso CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, 47 ss.); per altra, consisterebbe in un comportamento esteriore effettuale, ma comunque non volontario (in questo senso, MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, 240 ss.); per NATOLI, *Attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale diretto da Cicu-Messineo*, II, Milano, 1974, 35 ss., è atto negoziale non dovuto. Propendono, invece, per la natura negoziale del pagamento: RESCIGNO, *Incapacità naturale e inadempimento*, Napoli, 1950, 153; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico in Trattato di diritto civile diretto da F. Vassalli*, Torino, 1955, 160 ss.; ANDREOLI, *Riflessioni sull'atto solutorio non dovuto*, Milano, 1956.

²⁷ Si vedano, GIORGIANNI, *Pagamento (diritto civile) in Nuovissimo Digesto Italiano*, XII, Torino, 1965, 321; DI MAJO, *Pagamento (diritto priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1989, 566 ss.

²⁸ Coerente, infatti, con la *ratio* sottesa all'art. 1277 c.c., è la "rigidità" della formulazione dell'art. 1181 c.c. per cui il pagamento deve avvenire "per intero" ed "in un'unica soluzione".

²⁹ Si veda, DALMARTELLO, *La prestazione nell'obbligazione di dare*, in *Riv. Trim. di diritto e procedura civile*, 1947, 229 ss.

³⁰ Si veda, DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996, 270 ss.

Ancorché entrambe le proposte interpretative risultino inadeguate a spiegare compiutamente la complessa fenomenologia dell'odierno sistema di circolazione della ricchezza, è innegabile che solo aderendo a tale ultima ricostruzione risulta possibile un effettivo superamento della tradizionale concezione “reale” del pagamento e, dunque, un'interpretazione della norma meno “anacronistica”, ossia, maggiormente coerente con la molteplicità di strumenti atti al trasferimento di disponibilità monetarie slegati dalla materiale consegna delle somme.

Par. 1.2. Il fenomeno della progressiva “smaterializzazione” del denaro: la moneta bancaria.

Ancorché, come in precedenza osservato, il processo di “smaterializzazione” del denaro abbia origini più risalenti,³¹ un primo vero passo verso l’effettivo superamento della tradizionale concezione “reale” del pagamento, consacrato in sede giurisprudenziale in tempi solo relativamente recenti, è rappresentato dalla diffusione della moneta cd. *bancaria*, ovvero, basata su strumenti gestiti ed organizzati dall’istituto bancario (giroconti, bonifici, assegni, carte di credito o di debito, etc.).

Come incisivamente osservato,³² peraltro, ciò costituisce in realtà il punto di arrivo di un percorso già avviato ed, in tempi recenti ancor più sviluppato,³³ dal legislatore.

³¹ Osserva INZITARI, in *Le funzioni*, cit., 19 ss., che “in realtà queste sono già individuabili nella scissione tra unità monetaria e valore intrinseco del pezzo monetario che ha trasformato il denaro in mero strumento “ideale” di scambio non essendo più necessaria la dazione materiale delle cose ma l’attribuzione della titolarità di una somma di denaro, ciò che ha determinato il superamento di qualsivoglia ricostruzione volta a collocare il denaro nel sistema dei diritti reali”.

³² G. GUIDA, in *Trattato delle Obbligazioni*, diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, V, *Le figure speciali*, Padova, 2010, 95 ss.

³³ Giova ricordare, infatti, che negli ultimi anni il *favor* del legislatore per strumenti di pagamento alternativi al contante (cd. *war on cash*) si è manifestato mediante frequenti interventi sulla disciplina normativa della circolazione del contante. Tali interventi, a volte anche discontinui fra loro, sono stati introdotti con una doppia finalità: da un lato, aumentare la tracciabilità dei movimenti finanziari per contrastare il riciclaggio dei capitali di provenienza illecita e dall’altro, contrastare l’evasione e l’elusione fiscale. L’apice di tale tendenza è stato raggiunto per effetto dell’entrata in vigore del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (c.d. decreto “Salva Italia”), conv. con modif. dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214, era possibile effettuare pagamenti in contanti sino alla soglia massima di euro 999,99: risultava, infatti, vietato il trasferimento, tra soggetti diversi, di denaro contante (nonché di libretti di deposito bancari e postali al portatore o di titoli al portatore) per importi pari o superiori a euro 1.000,00, sicché per l’effettuazione di tali operazioni di trasferimento da un soggetto ad un altro occorre rivolgersi ad istituti bancari, di moneta elettronica od a Poste Italiane S.p.A. Inoltre, gli assegni bancari e postali emessi per importi pari o superiori a euro 1.000,00 dovevano recare l’indicazione della non trasferibilità e del nome o della ragione sociale del beneficiario, mentre poteva essere richiesta all’istituto di credito, per iscritto dal cliente, l’emissione di assegni circolari, nonché di vaglia cambiari e postali, senza clausola di non trasferibilità, se tali titoli risultassero di importo inferiore ad euro 1.000,00. Ponendosi in evidente discontinuità con il *trend* normativo in parola, tuttavia, dallo scorso 1° gennaio, per effetto dell’entrata in vigore della legge di stabilità 2016 (co. 898) ed al fine di adeguare il sistema dei pagamenti alle previsioni della normativa antiriciclaggio, risulta innalzato il limite, da 1,000 a 3,000 euro, a partire dal quale è obbligatorio l’utilizzo di strumenti di pagamento tracciabili (carte di credito e di debito, bonifici ed assegni). In base alla normativa in parola risultano inoltre ammessi, anche se superiori al limite previsto (3,000 euro): 1) i prelievi o i versamenti in contanti effettuati presso gli sportelli bancari o postali che hanno importo superiore al limite sancito in quanto operazioni non comportanti il trasferimento di denaro tra soggetti diversi, essendo bensì effettuate verso un intermediario terzo abilitato; 2) i pagamenti rateali, anche se di importo complessivo superiore al limite massimo, quando la rateizzazione è il risultato di un accordo preventivo tra le parti, formalizzato in un adeguato documento o direttamente in fattura; 3) il pagamento dell’acconto o della caparra in contanti sino al limite previsto, e del saldo usufruendo di strumenti di pagamento tracciabili.

Ed invero, l'entrata in vigore della l. 5 luglio 1991, n. 197, seppur limitatamente ai pagamenti aventi ad oggetto una somma maggiore di 20 milioni di lire, ha innegabilmente introdotto un nuovo modo di estinzione delle obbligazioni pecuniarie, secondo alcuni, idoneo a derogare alla disciplina generale.³⁴ A norma, infatti, dell'art. 1 della suddetta legge,³⁵ “*il trasferimento per contanti risulta possibile esclusivamente se compiuto mediante intermediari abilitati (di cui all'art. 4 della medesima legge) attraverso disposizione accettata per iscritto dall'intermediario, previa consegna allo stesso della somma in contanti*”; e la successiva comunicazione, effettuata dal debitore al creditore, dell'accettazione da parte dell'intermediario produce “*l'effetto di cui al co. 1 dell'art. 1277 del codice civile*”.³⁶ In altre parole, l'effetto liberatorio si produce

³⁴ Così, INZITARI, *Le obbligazioni nel diritto civile degli affari*, Padova, 2006, 371 ss.

³⁵ Giova ripercorrere, sinteticamente, le tappe che hanno condotto all'attuale soglia consentita di utilizzo del contante. Con d.m. 17 ottobre 2002, l'originario importo è stato elevato a 12.550 euro. A decorrere dal 30 aprile 2008, poi, tale disposizione è stata abrogata dall'art. 64 del d.lgs. 21 novembre 2007 n. 231. Tale ultimo decreto, in attuazione in Italia della direttiva 2005/60/CE relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, ha ridotto la soglia per l'utilizzo del denaro contante e dei titoli al portatore da 12.500 euro a 5.000 euro (art. 49). Quest'ultima soglia, successivamente, è stata modificata dall'art. 32 del d.l. 25 giugno 2008 n. 112 convertito dalla l. 6 agosto 2008 n. 133 che ha ripristinato l'originario valore di 12.500 euro; con il d.l. 13 agosto 2011 n. 138, noto come “Manovra di Ferragosto”, al fine di ridurre il rischio connesso all'utilizzo del contante a scopo di riciclaggio di proventi di attività criminose e di finanziamenti al terrorismo da un lato e dall'altro con l'obiettivo di rendere più tracciabili i flussi finanziari riducendone i rischi di evasione, il limite di 5.000 euro è stato ridotto a 2.500 euro con decorrenza 13 agosto 2011. Pochi mesi dopo, tuttavia, con l'art. 12 del D.L. 6 dicembre 2011 n. 201 (cd. “decreto Salva Italia”) convertito con modificazioni dalla L. 22 dicembre 2011, n. 214, il legislatore è nuovamente intervenuto sull'art. 49 del d.lgs. 21 novembre 2007 n. 231 abbassando ulteriormente il tetto a 1.000 euro. Da ultimo, dallo scorso 1° gennaio, per effetto dell'entrata in vigore della legge di stabilità 2016 (co. 898) ed al fine di adeguare il sistema dei pagamenti alle previsioni della normativa antiriciclaggio, risulta innalzato il limite, da 1.000 a 3.000 euro, a partire dal quale è obbligatorio l'utilizzo di strumenti di pagamento tracciabili (carte di credito e di debito, bonifici ed assegni).

³⁶ Come intuibile, la disposizione non è andata esente da critiche da parte della dottrina sostenitrice di un'interpretazione restrittiva dell'art. 1277 c.c.: cfr. A. DI MAJO, *Le obbligazioni*, cit., 273; né, sono mancati tentativi di ricondurre tale nuova fattispecie di pagamento alle figure dogmatiche tradizionali: per SICCHIERO, *Adempimento delle obbligazioni pecuniarie di rilevante importo*, Padova, 1992, 52 ss., la fattispecie presenterebbe più di una similitudine con quella disciplinata dall'art. 1188 c.c.; infatti, unico tratto caratterizzante l'adempimento delle obbligazioni di “rilevante importo” sarebbe costituito, rileva SCHELSINGER in *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961, dal fatto che l'indicazione della persona autorizzata a ricevere il pagamento, non è effettuata direttamente dal creditore, ma dalla legge. *Contra*, A. DI MAJO, *Le obbligazioni*, cit. 274, ad avviso del quale, l'art. 1188 c.c. prevede l'immediata liberazione del debitore al momento della consegna del denaro alla persona indicata, non essendo necessaria ulteriore comunicazione al creditore; inoltre, il pagamento è liberatorio anche nel caso in cui sia l'*adiectus* ad acquistare il potere di fatto sul denaro dovuto e non il creditore; né, secondo l'autore, la fattispecie potrebbe essere ricondotta allo schema del contratto a favore di terzi in quanto in quest'ultimo è necessario che una causa qualifichi il rapporto tra stipulante e promittente, ciò che non è necessario nella fattispecie in esame essendo il rapporto tra debitore ed intermediario strumentale all'attuazione della *causa solvendi*; né, infine, sarebbe applicabile al rapporto tra debitore ed intermediario, la disciplina della delegazione di pagamento: vi osta, infatti, la circostanza che, a differenza della fattispecie in esame volta all'attuazione di un solo rapporto tra creditore e debitore, la delegazione è, da un lato, connotata dallo scopo di attuare due rapporti obbligatori (quello di

indipendentemente dal fatto che il creditore abbia materialmente conseguito la disponibilità della somma dovutagli, venendo meno la contestualità tra momento traslativo del denaro, momento *solutorio* del debito e momento satisfattorio.³⁷

Nonostante l'importanza sistematica della fattispecie delineata dall'art. 1 l. 5 luglio 1991, n. 197 (nella misura in cui ha, innegabilmente, mitigato l'importanza del predicato dell'irrifutabilità della moneta legale), come acutamente osservato la previsione, al pari delle sue successive evoluzioni,³⁸ non segna l'effettivo superamento della circolazione reale del denaro: la *traditio* delle somme, infatti, viene effettuata, al posto del debitore, dall'intermediario.³⁹

Il passo decisivo verso un effetto liberatorio disancorato dalla *traditio* del denaro è segnato, invero, dalla diffusione della moneta *bancaria*, genere di moneta priva di valore intrinseco, non coniata né altrimenti rappresentata, facilmente convertibile in moneta cartacea o in moneta coniata.

Da un punto di vista strettamente giuridico, con tale espressione s'individuano i diritti di credito o prelievo verso istituti bancari o società finanziarie che, considerata la sicurezza derivante dalla loro esigibilità, risultano utilizzabili “a scopo di pagamento” dei debiti, potendo essere convertiti nella disponibilità di beni e servizi. In altri termini, alla materiale apprensione del denaro da parte del creditore, in tal caso, si sostituisce il conferimento alla stesso di una somma predeterminata, nei modi e nell'ammontare previsti dal *titolo di credito*.⁴⁰ Per tali caratteristiche, la moneta bancaria è anche definita, efficacemente, *scritturale*.⁴¹

provvista e quello di valuta), dall'altro, che ad esclusione del caso previsto dal co. 1 dell'art. 1268 c.c., non ha effetto liberatorio per il debitore.

³⁷ Così MARTUSCELLI, *Obbligazioni*, cit., 45.

³⁸ Cfr. nota 32.

³⁹ Così MARTUSCELLI, *Obbligazioni*, cit., 45.

⁴⁰ Come in precedenza osservato, la prima forma embrionale di moneta bancaria *non scritturale*, non più esistente, è rappresentata dal biglietto di banca (banconota), carta moneta avente carattere di moneta “proclamatrice”, ossia di mezzo di pagamento privo di valore intrinseco che veniva accettata nella circolazione in funzione della fiducia sulla solvibilità dell'emittente e sulla capacità dello stesso di convertire la banconota in oro o argento. Il biglietto di banca era un titolo bancario al portatore che incorporava il diritto a ricevere la quantità di moneta legale (metallica) ivi indicata: diritto rimosso, poi, con l'introduzione del “corso forzoso” dei biglietti di banca, che ha liberato gli istituti di emissione dal vincolo obiettivo che il loro potere di emettere biglietti incontrava nel diritto dei portatori dei medesimi di ricevere una quantità corrispondente di moneta legale. Sul fenomeno della creazione di moneta bancaria da un punto di vista giuridico vedi, *ex multis*, P. VITALE, *Pubblico e privato nell'ordinamento bancario*, Milano, 1977, 42 ss.

⁴¹ Si sostanzia, infatti, in una scrittura (l'annotazione sul conto) di una cifra, quella relativa all'operazione che essa vuole documentare. Più precisamente, però, il credito in moneta bancaria o scritturale, di un individuo è pari al saldo del suo conto corrente, in particolar modo di quello di cui il cliente può disporre, ossia del cd. “saldo disponibile”: così, da ultimo, G. LEMME, *Sistemi di pagamento*, in *Lezioni di diritto bancario* raccolte da P. Ferro Luzzi, v. 2, Torino, 2004, 122, ma anche, P. FERRO LUZZI, *Dell'anatocismo, del conto corrente bancario e di altre tante cose poco commendevoli*, in Riv. dir. privato, 2000, V, 230 ss.

che segnala come l'art. 1852 c.c., autorizzando la libera disponibilità, per il correntista, della somme *risultanti a suo credito*, autorizzi a ritenere che sia proprio l'attività di scritturazione della cifra espressiva della quantità di denaro accreditata o addebitata al cliente a produrre la variazione del saldo del conto. *Contra*, invece, è A. SCIARRONE ALIBRANDI, *L'interposizione della banca nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria*, Milano, 1997, 183, ad avviso del quale il correntista ha, già al momento dell'incasso da parte della banca di una somma per suo conto, un diritto nei confronti di questa, dovendosi pertanto assegnare all'annotazione contabile *meri effetti probatori*.

Per la verità, più corretta appare la distinzione, nell'ambito della moneta bancaria, tra *mezzi di pagamento di tipo cartolare*, ossia incorporati in titoli bancari cartacei e *mezzi di pagamento non cartolari*, ossia tutti quei sistemi – successivamente affermatasi – di moneta bancaria attraverso i quali, con meccanismi di compensazione e regolamento, viene utilizzata la mobilità dei crediti disponibili, rappresentati dai fondi depositati sui conti correnti dei clienti, per spostare la ricchezza finanziaria tra le persone. Riconducibili alla prima categoria appaiono l'*assegno bancario* e quello *circolare*. Il primo rappresenta strumento di pagamento costituito da un titolo di credito, all'ordine o al portatore, che consente a un soggetto (traente) titolare di fondi disponibili su un conto corrente presso una banca di ordinare a quest'ultima (banca trattaria) di pagare a vista una certa somma a favore proprio o di un terzo possessore del titolo (beneficiario); solitamente è utilizzato per transazioni ravvicinate o a distanza, singole o ricorrenti, per importi di solito superiori a quelli effettuati con carte o con contante. L'*assegno circolare* rappresenta strumento di pagamento costituito da un titolo di credito, emesso direttamente da una banca, esclusivamente all'ordine, per somme che siano presso di sé disponibili al momento dell'emissione; pur presentando una struttura simile al vaglia cambiario "a vista", da quest'ultimo si differenzia perché assolve alla medesima funzione dell'assegno bancario ma, in più, con la capacità di rappresentare un valore di scambio particolarmente sicuro. L'assegno circolare, infatti, incorpora un titolo di sicura esigibilità cui si aggiunge la caratteristica di essere un importante veicolo di circolazione del denaro privo del rischio del trasferimento materiale, sottrazione o smarrimento che ha il denaro contante che lo rende un vero e proprio surrogato della moneta. Riconducibili alla seconda categoria appaiono invece il *bonifico ordinario*, l'*addebito diretto*, la *carta di debito* e *quella di credito*. Il *bonifico ordinario* e, più in generale, il c.d. *credit transfer* si realizza ogni volta che un soggetto trasferisce dei fondi dal proprio conto a un altro, tramite la propria banca: il debitore presenta alla propria banca l'ordine di bonifico a favore del creditore e la banca del debitore inoltra il bonifico alla banca del beneficiario, che provvederà a dare apposita comunicazione (i messaggi e i dati relativi ai pagamenti con bonifico, in Italia, viaggiano attraverso una particolare infrastruttura, denominata RNI). L'*addebito diretto* o c.d. *direct debit* si sostanzia nelle disposizioni di incasso svolte dalle banche attraverso varie tipologie di pagamento in cui, su mandato del debitore, il creditore è autorizzato a far prelevare e trasferire a suo favore una somma di denaro direttamente dal conto corrente del proprio debitore, quali ad es. RiD, Ri.Ba e Mav: tali modalità di addebito diretto, peraltro, sono state ormai soppiantate a seguito dell'implementazione del SEPA e, pertanto, della dismissione, a partire dal 1° febbraio 2014, degli addebiti diretti nazionali del circuito bancario (RID) e postale, e della migrazione verso i sistemi di direct debit all'interno dell'area euro (c.d. SEPA direct debit, o SDD), in riferimento alla quale vedi infra (Cap. II). La *carta di debito* (impropriamente *bancomat*) realizza il pagamento tramite addebito al momento della transazione su un conto corrente collegato, oppure a valere su un credito precaricato a disposizione del titolare (in questo caso si parla di *carta prepagata ricaricabile*). In particolare, essa consente al titolare di un conto corrente bancario, oppure di un credito disponibile depositato a proprio nome di effettuare diverse operazioni (prelievi, acquisti, versamenti, richieste di estratti conto ecc.), servendosi di un dispositivo incorporato in una carta di materiale plastico da utilizzare presso uno degli sportelli automatici cash dispenser o ATM (conosciuti in Italia come "sportelli bancomat") ovvero presso i terminali POS. La carta di debito, in sé, ha una natura giuridica di *documento di legittimazione*: essa infatti, congiuntamente alla disponibilità di un codice numerico segreto, attribuisce al possessore la legittimazione a usufruire del servizio bancomat che, una volta utilizzato, dà luogo a una procedura immediata di addebito/accredito sul conto del titolare. Per importi che non superano il plafond giornaliero, le carte di debito rappresentano la principale alternativa al contante e agli assegni. La *carta di credito*, invece, è strumento che consente al titolare di ottenere dagli esercizi direttamente facenti capo all'istituto emittente (in caso di carta di credito *bilaterale*), ovvero con questo convenzionati (in caso di carta di credito *trilaterale*), l'acquisto di beni e servizi dietro pagamento fissato a una data differita. Il regolamento dei pagamenti con questo tipo di carta prescinde da un esborso immediato di moneta bancaria ma viene rimandato ad una scadenza futura prestabilita, ossia ad una data successiva rispetto all'operazione di scambio e acquisto (solitamente in

Nonostante l'ampia diffusione, peraltro, tuttora controversa nell'ordinamento interno è la sua *natura giuridica* ovvero la possibilità di ricondurre la fattispecie *de qua* al *genus* "moneta" e, più precisamente, alla nozione di "moneta in senso giuridico" in quanto tale idonea ad estinguere i debiti pecuniari. In altri termini, dibattuta è la compatibilità della moneta scritturale con il modello disegnato dal codice civile del '42 nell'art. 1277 c.c., che, come in precedenza rilevato, attribuisce potere *solutorio* ai soli pagamenti effettuati con moneta legale.

Sul punto, la giurisprudenza antecedente la fondamentale pronuncia delle Sezioni Unite del 18 dicembre 2007⁴² s'è mostrata saldamente ancorata ad un'interpretazione rigida dell'art. 1277 c.c. dal cui disposto ha ricavato, da un lato, il principio dell'irrifutabilità della moneta legale,⁴³ dall'altro, il mancato riconoscimento dell'effetto solutorio del pagamento effettuato mediante strumenti di pagamento diversi dalla stessa. L'elaborazione giurisprudenziale di tali principi, ha riguardato, principalmente, il pagamento tramite *assegni bancari*, ed ha condotto alla configurazione della fattispecie in termini di *datio in solutum* e, più specificamente, di cessione di un credito in luogo dell'adempimento (art. 1198 c.c.),⁴⁴ considerata l'impossibilità (giusta l'assenza della due qualità testé richiamate) di una sua configurazione in termini di esatto adempimento.

La successiva elaborazione dei medesimi principi in tema di *assegno circolare*, tuttavia, ha consentito alla giurisprudenza di superare la tradizionale ricostruzione: la considerazione della quasi totale mancanza di rischi connessa a tale (e similari) strumenti di pagamento alternativi al denaro (è l'istituto bancario che s'impegna, in via diretta, al pagamento tramite il riconoscimento di un proprio obbligo di pagare una somma di denaro), infatti, ha condotto alla progressiva affermazione del principio

un'unica soluzione a fine del mese successivo a quello dell'avvenuta transazione, ovvero in modo rateale – carta di credito *revolving*). Con le carte di credito dunque è possibile effettuare acquisti – anche senza l'effettiva esistenza di una provvista preesistente – attraverso la concessione di una disponibilità (credito) a favore del titolare e con il regolamento del pagamento rinviato ad un momento successivo. Sia in riferimento alla carta di credito che a quella di debito, sono spesso disponibili servizi aggiuntivi, di garanzia, di informazione, di prelievo (ATM), servizi legati alla telefonia, etc. Per un approfondimento dei tratti caratterizzanti gli strumenti di pagamento riconducibili alla nozione di moneta bancaria ovvero scritturale, si veda ARAGUENA-JEGERSON, *Dal baratto ai portafogli digitali*, Firenze, 2016.

⁴² *Ex multis*, Cass. civ., 10 febbraio 2003, n. 1939, in *Vita not.*, 2003, 890 ss.

⁴³ L'irrifutabilità consegue, peraltro, ad altri requisiti "tecnici" della moneta, quali la completa e piena trasferibilità, l'assenza di costi di transazione, l'indeterminatezza ed invariabilità del suo valore facciale, l'inidoneità a produrre un rendimento a vantaggio del portatore, etc.; in argomento, si veda L. FARENGA, *La moneta bancaria*, Torino, 1997, 1 ss.

⁴⁴ Siffatta qualificazione, come acutamente osservato da T. ASCARELLI in *Obbligazioni*, cit., 61 ss., presenta forti implicazioni sul piano pratico in quanto risulta sempre necessario il consenso del creditore e l'effetto *solutorio* si produrrebbe soltanto al momento dell'effettiva riscossione.

secondo cui risulta ingiustificato, in quanto contrario a buona fede e correttezza, il rifiuto di accettare il pagamento effettuato mediante assegni circolari.

Ed invero, solo con la pronuncia delle Sezioni Unite n. 26617 del 18 dicembre 2007⁴⁵ è stata recepita la linea di tendenza interpretativa, fino ad allora tutta dottrinatoria⁴⁶ e come visto solo in parte normativa, favorevole alla “smaterializzazione” del denaro.

Secondo la Suprema Corte, infatti, s’impone “*un’interpretazione evolutiva, costituzionalmente orientata, dell’art. 1277 c.c. che superi il dato letterale e, cogliendone l’autentico senso, lo adegui alla mutata realtà*”.⁴⁷ In altri termini, tale norma non riguarderebbe la materia dell’adempimento delle obbligazioni (pecuniarie), quanto quella del sistema monetario nazionale: in particolare, avrebbe la sola funzione di individuare l’unità di misura dei valori monetari. In quest’ottica, si afferma la piena ammissibilità di tutti quegli strumenti di pagamento che garantiscano al creditore la disponibilità della somma dovuta, ovvero il medesimo effetto prodotto dal pagamento in contanti; al contempo, si superano i due argomenti ostativi, secondo l’orientamento tradizionale, al riconoscimento di una simile funzione all’assegno circolare. Più dettagliatamente, si afferma che l’art. 1197 c.c. non trova applicazione nel caso in cui si utilizzi un mezzo di pagamento alternativo al denaro: diversamente opinando, infatti, si arriverebbe alla conclusione che sistemi di pagamento imposti ex l. 5 luglio 1991, n.

⁴⁵ In essa, è testualmente affermato che “l’espressione *moneta avente corso legale nello Stato al momento del pagamento* significa che i mezzi monetari impiegati si debbono riferire al sistema monetario nazionale, senza che se ne possa indurre alcuna definizione della fattispecie del pagamento *solutorio*. Ed, in altri termini, la moneta avente corso legale non è l’oggetto del pagamento che è rappresentato dal valore monetario o quantità di denaro”.

⁴⁶ In questo senso, A. DI MAJO, cit. 293, il quale già nota che l’uso degli assegni per effettuare pagamenti costituisce, almeno quando si tratti di somme rilevanti, “la regola sia per le transazioni tra singoli privati che per quelle commerciali”, nonché, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, 172, ad avviso del quale “nella pratica i pagamenti mediante assegno hanno assunto una diffusione tale da farli reputare mezzi normali di pagamento, salvo buon fine, in quanto nel caso di pagamenti elevati, risulta addirittura anomalo il caso del debitore che si rechi dal creditore con forte somme di denaro contante”. Dello stesso avviso, anche G. LEMME, *Moneta scritturale e moneta elettronica*, Torino, 2004, poi ribadito in *La rivoluzione copernicana della Cassazione: la moneta legale, dunque, non coincide con la moneta fisica*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, II, 563 il quale, nel tentativo di “erodere” il dogma dell’assoluta irriparabilità della moneta legale, rileva che, in taluni casi (ad es. l’acquisto al bar di un caffè offrendo in pagamento un biglietto da 500 euro), la pretesa di pagamento del prezzo con moneta legale può essere legittimamente respinta. Questa considerazione serve all’autore per sviluppare l’interessante tesi della messa in crisi della necessaria equivalenza tra moneta fisica e moneta legale: legale, e dunque irriparabile, sarebbe il tipo di moneta (fisica o bancaria) più consona alle specifiche circostanze. Il discrimine per stabilire quando il pagamento è soddisfacente sarebbe, pertanto, il principio di buona fede nell’adempimento delle obbligazioni. Sul punto, minoritaria, invece, la giurisprudenza favorevole: Cass. Civ. 19 maggio 2006, n. 11853; Cass. Civ. 19 dicembre 2006, n. 27158.

⁴⁷ Alla base della fondamentale presa di posizione della Corte, infatti, vi è, da un lato, il riconoscimento, sul piano fattuale, che “*la linea di tendenza è verso l’eliminazione degli spostamenti di moneta contante*”; dall’altro, che a seguito dei ripetuti interventi legislativi nella materia *de qua*, “*l’area di applicazione della normativa codicistica si è a tal punto ristretta che il sistema di pagamento da essa previsto è diventato addirittura marginale*”.

197 per importi superiori ai 12.500 euro non possano essere utilizzati per somme minori. Alla stessa stregua, non osta al superamento della concezione tradizionale, neppure l'art. 1182 c.c. concernente il luogo dell'adempimento: muovendo dalla premessa che l'obbligazione pecuniaria non è assimilabile a quella di dare cose fungibili e dovendo quindi essere tutelato il diverso interesse del creditore "alla giuridica disponibilità delle somme", piuttosto che "al possesso dei pezzi monetari", la Corte perviene alla conclusione che la stessa nozione di domicilio del creditore debba essere "oggettivizzata" e, conseguentemente, essere individuata nella sede della filiale della banca presso la quale quest'ultimo abbia il proprio conto corrente.⁴⁸

È stato rilevato, tuttavia, che anche l'utilizzo della moneta bancaria non costituisce un passo definitivo verso la "smaterializzazione" del denaro: a quest'ultima, infatti, conseguirebbe solo la "smaterializzazione" del diritto di credito nel corrispondente titolo, passandosi, pertanto, ad una concezione "reale" non più della moneta, ma del credito.⁴⁹

D'altro canto, non pare più sostenibile la tesi che riserva alla sola moneta legale il predicato della *irrifutabilità*.⁵⁰ In particolare, dalla fine del secolo scorso, la grande

⁴⁸ Ciò nonostante, ad avviso delle Sezioni Unite, permarrebbe una differenza tra pagamento effettuato con denaro e quello effettuato con *assegno circolare*. Nello specifico, infatti, si afferma che "*nelle obbligazioni pecuniarie, il cui importo sia inferiore a 12.500 euro o per le quali non sia imposta per legge una diversa modalità di pagamento, il debitore ha la facoltà di pagare, a sua scelta, in moneta avente corso legale nello Stato o mediante consegna di assegno circolare: nel primo caso, il creditore non può rifiutare il pagamento, come, invece, può nel secondo solo per giustificato motivo da valutare secondo la regole della correttezza e della buona fede oggettiva; l'estinzione dell'obbligazione con l'effetto liberatorio del debitore si verifica nel primo caso con la consegna della moneta e nel secondo quando il creditore acquista concretamente la disponibilità giuridica della somma di denaro, ricadendo sul debitore il rischio dell'inconvertibilità dell'assegno*".

⁴⁹ Così, MARTUSCELLI, *Obbligazioni pecuniarie e pagamento virtuale*, Milano, 1998, 42.

⁵⁰ Mitigato, per non dire, eliso, da parte del legislatore appare invero il predicato della *irrifutabilità*: l'art. 14 del d.l. n. 179 del 18 ottobre 2012 convertito in l. n. 221 del 17 dicembre, infatti, obbliga, a decorrere dal (30 giugno 2014), i soggetti che effettuano l'attività di vendita di prodotti e di prestazione di servizi, *anche professionali*, ad accettare *anche* pagamenti effettuati attraverso *carte di debito*. Non è fatta menzione delle carte di credito, né delle carte prepagate, tuttavia, appare incontestabile che la previsione, nella misura in cui esclude anche per le categorie professionali la possibilità di rifiutare pagamenti a mezzo carte di debito (il circuito di carte di gran lunga più diffuso) obbligandole così a dotarsi di un terminale abilitato al pagamento elettronico (c.d. P.O.S., "*point of sale*", dispositivo già largamente in uso presso gli esercizi commerciali), segna un ulteriore passo verso la "piena equiparazione" della moneta bancaria (e delle sue evoluzioni) a quella legale e, per questa via, verso l'uso generalizzato di generi monetari (totalmente) sostituivi del contante. Un tentativo in questa direzione, seppur in ambito limitato, è stato compiuto dall'art. 1 co. 50 della l. n. 147 del 27 dicembre 2013 (l. Stabilità 2014), la quale, statuendo *l'obbligatorietà*, a decorrere dal 1° gennaio 2014, dei pagamenti riguardanti canoni di locazione di unità abitative (fatta eccezione per quelli di alloggi di edilizia residenziale pubblica), *quale ne sia l'importo, in forme e modalità che escludano l'uso del contante e ne assicurino la tracciabilità*, sembrava aver costituito una vera e propria "riserva di pagamento" a favore del *genus* monetario bancario (*sub species* bonifico, assegno bancario non trasferibile ed assegno circolare). Con circolare del Dipartimento del tesoro n. 10492 del febbraio 2014, tuttavia, il Ministero dell'economia e delle Finanze s'è affrettato a chiarire che "*fermo il limite di carattere generale di cui all'art.*

evoluzione degli strumenti elettronici di comunicazione ha consentito trasferimenti di fondi monetari mediante ordini trasmessi in via informatica, con conseguente eliminazione dei supporti cartacei. Si tratta di sistemi, generalmente denominati di *trasferimento elettronico di fondi*, ampiamente diffusi vuoi in ambito bancario (si pensi ai cc.dd. *pagobancomat* ed *home banking*), vuoi in ambito *extra* bancario (si pensi alle cd. *carte prepagate*), che hanno determinato la nascita di una “nuova categoria monetaria” che, per la particolare natura degli strumenti che ne consentono l’utilizzo, è generalmente e, come si vedrà, non di rado impropriamente,⁵¹ denominata *moneta elettronica*.⁵²

49 d.lgs. n. 231/07 (che ritiene *critiche* unicamente le movimentazioni di contante eccedenti la soglia fissata dalla legge e non intermedie da soggetti all’uopo autorizzati, quali che siano la causa o i motivi della transazione), la finalità di conservare traccia delle transazioni in contante, eventualmente intercorse tra locatore e conduttore, può ritenersi soddisfatta fornendo una prova documentale, comunque formata, purché chiara, inequivoca e idonea ad attestare la devoluzione di una determinata somma di denaro contante al pagamento del canone di locazione, anche ai fini della asseverazione dei patti contrattuali”. In altri termini, per importi inferiori la soglia fissata dalla legge, i canoni d’affitto potranno continuare ad essere corrisposti in contanti, a fronte dell’attestazione effettuata con una semplice ricevuta di pagamento.

⁵¹ Può già anticiparsi che, in realtà, i trasferimenti elettronici di fondi, quanto meno in ambito bancario, rappresentano esclusivamente una forma più evoluta di utilizzo della moneta scritturale, in quanto, prescindendo dall’utilizzo di supporti cartacei, comportano il passaggio del tradizionale documento di carta ad una documentazione di tipo elettronico. Sul punto, si veda SANTORO, *Appunti sulla moneta elettronica*, in *Riv. Notar.*, 1986, 879 ss. Si vedano, inoltre, MACCARONE, *I trasferimenti elettronici di fondi nel diritto italiano*, in *Dir. inf.*, 1985, 605 ss.; GIANNANTONIO, *Trasferimenti elettronici di fondi e autonomia privata*, Milano, 1986; MANCINI - PERASSI, *I trasferimenti elettronici di fondi*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d’Italia*, n. 23, Roma, 1991; DONADI, *Problemi giuridici del trasferimento elettronico di fondi*, in *Contratto e impresa*, 1988, 559 ss.; GIANNANTONIO, *Trasferimenti elettronici di fondi e adempimento*, in *Foro it.*, 1990, V, 165 ss. e MALAGUTI, *Trasferimenti elettronici di fondi a confronto con il diritto della concorrenza: necessità e limiti della cooperazione interbancaria*, in *Contratto e impresa*, 1995, 301 ss.

⁵² Così GIORGIANNI-TRADIVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, Milano, 2012, 11.

Par. 2. L'evoluzione della moneta bancaria: la moneta elettronica.

Allo stato attuale, non esiste una nozione univoca di *moneta elettronica* unanimemente riconosciuta ed accettata in dottrina.

Ed invero, ancora in anni recenti tale sintagma è stato talvolta inteso in senso *meramente descrittivo* delle figure maggiormente diffuse nella pratica ed utilizzato con grande approssimazione.⁵³ Con tale espressione, in particolare, taluni hanno inteso far riferimento ad una pluralità di fenomeni, in special modo, all'applicazione delle più innovative tecniche dell'informatica a tipologie di strumenti di pagamento "tradizionali", quali ad esempio, le operazioni di bonifico e le carte di debito. In altre parole, si è ricondotta alla nozione in esame qualsiasi forma di trasmissione *in via elettronica* della moneta che implicasse, in misura anche solo parziale, il ricorso a mezzi informatici o ad operazioni automatizzate, finalizzate all'eliminazione della circolazione di documenti cartacei nei trasferimenti di fondi (cd. *trasferimenti elettronici di fondi* o E.F.T.).⁵⁴

In realtà, chiara, sin dal principio in sede comunitaria, è apparsa la volontà del legislatore di tenere distinte fattispecie caratterizzantesi (esclusivamente) per le modalità elettroniche del trasferimento dei fondi, da quelle riconducibili alla nozione di moneta elettronica *stricto sensu* intesa.⁵⁵

⁵³ Sull'accostamento della moneta elettronica alla moneta *scritturale*, si vedano CARBONETTI, voce *Moneta*, in *Dizionari del diritto privato*, V, *Diritto monetario* a cura di Irti e Giacobbe, Milano, 1987, 392; SANTORO, *Appunti sulla moneta elettronica*, in *Riv. Not.*, 1986, 879 ss.; FARENGA, *La moneta bancaria*, Torino, 1998, 199 ss.; LEMME, *Moneta scritturale e moneta elettronica*, Torino, 2003. Per una qualificazione di tale fattispecie in termini di strumento di pagamento che presenta caratteristiche di entrambe le tipologie di moneta v. INZITARI, *La natura giuridica della moneta elettronica*, in *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, a cura di Sica - Stanzione - Zeno Zencovich, Milano, 2006, 23 ss.

⁵⁴ Propende per la qualificazione della fattispecie come una semplice (ed ulteriore rispetto a quelle già tracciate) modalità di trasmissione, in forma elettronica, della moneta scritturale da un conto corrente ad un altro, che, per quanto peculiare, non assurge a fattispecie autonoma e distinta da questa, LEMME, cit., 124 ss., il quale nota che "la moneta elettronica, almeno nelle forme sinora usate, *si configura più come un peculiare mezzo trasmissivo, in forma elettronica, di moneta scritturale*, che come una fattispecie autonoma e da questa distinta".

⁵⁵ Con l'art. 2, lett. c) della Raccomandazione 97/489/CE, infatti, s'è fornita una prima indicazione chiara su che cosa si dovesse intendere con l'espressione strumento di *moneta elettronica*: "uno strumento di pagamento ricaricabile che non sia uno strumento di pagamento mediante accesso a distanza, sia esso una carta con valore immagazzinato o una memoria di elaboratore elettronico, sulla quale è caricato elettronicamente il valore, affinché il titolare possa effettuare le operazioni di cui all'art. 1, par. 1", ossia, "trasferimento di fondi mediante strumenti di pagamento elettronici, ritiro di denaro contante e caricamento e scaricamento di tali strumenti presso attrezzature come le casse automatiche e gli sportelli automatici, nonché presso l'emittente o presso un ente obbligato contrattualmente ad accettare detti strumenti di pagamento". In altre parole, uno *strumento di pagamento ricaricabile (smart card o memoria di elaboratore)*,

Tale volontà emerge, ancor più chiaramente, nella definizione di moneta elettronica contenuta nella prima direttiva comunitaria, la 2000/46/CE (cd. e-Money o IMEL), recante una disciplina organica della materia.⁵⁶ Dalla sua lettura, infatti, emerge la necessità di tenere distinti i mezzi di pagamento che ricalcano lo schema *trilaterale* della delegazione di pagamento, in quanto l'istituto bancario, nella veste di soggetto ordinato, funge da intermediario nella trasmissione dell'ordine di pagamento, sulla base di rapporti sottostanti intrattenuti da un lato con l'ordinante (rapporto di provvista) e dall'altro con l'ordinatario (rapporto di valuta), siano essi "tradizionali" o, viceversa, regolati con tecniche elettroniche (trasferimenti elettronici di fondi), e mezzi di pagamento, fra i quali rientra la moneta elettronica, che da tale impostazione si discostano, in quanto fondati sul trasferimento *diretto* delle somme di denaro dal *solvens* all'*accipiens*, senza l'interposizione di alcun soggetto, nei quali il momento traslativo, pertanto, coincide pienamente con quello estintivo.⁵⁷ Ed invero, da un punto di vista strettamente giuridico, la *moneta elettronica*, secondo la definizione contenuta nella direttiva in parola, può prescindere dall'esistenza di un conto corrente (bancario o postale) in cui annotare i movimenti monetari, laddove invece i pagamenti con moneta

non collegato ad un rapporto di conto corrente, in cui è stato memorizzato l'importo corrispondente alle somme versate dal titolare.

⁵⁶ Alla definizione contenuta nella Raccomandazione 97/489/CE, infatti, è seguita quella contenuta nella direttiva comunitaria 2000/46/CE, recante disposizioni *in materia di avvio, esercizio e vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica*, che, all'art. 1, co. 3 lett. b), definiva la moneta elettronica come un "valore monetario rappresentato da un credito nei confronti dell'emittente, memorizzato su un dispositivo elettronico, emesso dietro ricezione di fondi il cui valore non sia inferiore al valore monetario emesso ed accettato come mezzo di pagamento da imprese diverse dall'emittente". Tale direttiva, nelle intenzioni del legislatore comunitario, costituiva un corpus normativo unico con altra direttiva, 2000/28/CE, relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio, collegate tra loro dall'idea di fondo di realizzare, nell'ambito dei sistemi di pagamento elettronici, segnatamente della moneta elettronica, un quadro giuridico comune in grado di incentivarne lo sviluppo, preservando al contempo l'integrità, la stabilità e la solidità finanziaria degli emittenti.

⁵⁷ La differenza è, incisivamente, messa in luce da SERRA, in *Considerazioni in tema di pagamenti elettronici e moneta elettronica*, in *Il contratto telematico e i pagamenti elettronici*, a cura di Ricciuto, Milano, 2004, 75. Dello stesso avviso, OLIVIERI, *Appunti sulla moneta elettronica*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, I, 812, ad avviso del quale, nel caso di pagamento con moneta elettronica, l'istituto dell'ordinante non si interpone tra *solvens* ed *accipiens* nel trasferire i fondi da un soggetto all'altro, ma opera piuttosto "a monte ed a valle" dell'operazione, assicurando prima la conversione di moneta scritturale o fisica in moneta elettronica e poi garantendone il rimborso. *Contra*, v. O. TROIANO, *La moneta elettronica come servizio di pagamento*, in *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, op. cit., 98, ad avviso del quale, nel caso di utilizzo della moneta elettronica "ci muoviamo all'interno di un servizio che vede coinvolti una pluralità di soggetti, i quali non si limitano all'attività di emissione, perché intervengono prima, *durante* e dopo la procedura di pagamento [...]. Dunque, nel pagamento a mezzo di moneta elettronica interviene una pluralità di soggetti che svolgono attività fondamentali affinché si realizzi l'atto *solutorio*".

scritturale rinvengono il proprio fondamento di regola in un rapporto di conto corrente basato su annotazioni contabili cartacee di poste attive e passive.⁵⁸

La fondatezza di tali rilievi appare ulteriormente confermata dalla nozione vigente di moneta elettronica, come modificata dal d.lgs. 16 aprile 2012, n. 45 emanato ai sensi dell'art. 6 della l. 15 dicembre 2011, n. 217 (l. comunitaria 2010) recante attuazione della direttiva 2009/110/CE del 16 settembre 2009, concernente l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica (cd. IMEL 2), che ha abrogato la direttiva 2000/46/CE.

L'art. 1 co. 2 lett. h-ter) TUB, riproducendo l'art. 2 co. 1 n. 2 della direttiva in parola, stabilisce, infatti, che 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, co. 1, lettera c), del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, e che sia *accettato da persone fisiche e giuridiche diverse dall'emittente*”.⁵⁹

L'esigenza di una maggiore *neutralità tecnologica*, in uno al dichiarato obiettivo di eliminare gli ostacoli all'entrata sul mercato e di agevolare l'avvio e l'esercizio dell'attività di emissione di moneta elettronica in modo da assicurare condizioni di parità a tutti i prestatori di servizi di pagamento,⁶⁰ ha indotto il legislatore comunitario

⁵⁸ La normativa comunitaria appena analizzata è stata, poi, recepita in Italia con la l. 1 marzo 2002 n. 39 (c.d. “legge comunitaria 2001”), che ha in più punti novellato il Testo Unico Bancario, attraverso l'inserimento del Titolo V-bis (artt. 114-bis e ss.), dedicato espressamente agli istituti di moneta elettronica (IMEL). In particolare, l'art. 1, co. 2, lett. h-ter) TUB ha riprodotto “fedelmente” la definizione contenuta nella direttiva 2000/46/CE, definendo la *moneta elettronica* come “un valore monetario rappresentato da un credito nei confronti dell'emittente che sia memorizzato su un dispositivo elettronico, emesso previa ricezione di fondi di valore non inferiore al valore monetario emesso e accettato come mezzo di pagamento da soggetti diversi dall'emittente”. In verità, non pare revocabile in dubbio l'assenza di una “piena coincidenza” tra le due nozioni, comunitaria ed interna, di moneta elettronica: il legislatore interno, infatti, ha sostituito la parola “*imprese*” con l'espressione più generica “*soggetti*”, con riferimento all'ambito di spendibilità della moneta elettronica; probabilmente l'opzione espressa dal legislatore interno è da ricondursi ad una mera variazione terminologica priva di significato, ma non può escludersi che sia, invece, frutto della volontà di ampliare il novero degli accettanti moneta elettronica, non limitandoli alla categoria delle “*imprese*”, ma dilatando il campo di applicazione fino a ricomprendervi qualsiasi altro soggetto come, del resto, sembrerebbe confermare la successiva evoluzione della disciplina: l'attuale formulazione dell'art. 1 co. 2 h-ter) TUB annovera, infatti, tra i soggetti legittimati ad accettare moneta elettronica anche le *persone fisiche*.

⁵⁹ Diversamente da quanto accaduto in sede di recepimento della direttiva 2000/46/CE, il recepimento della nuova nozione di moneta elettronica può dirsi avvenuto in maniera pressoché “letterale”. L'art. 2 co. 1 n. 2 della direttiva 2009/110/UE, infatti, definisce la *moneta elettronica* come “il valore monetario memorizzato elettronicamente, ivi inclusa la memorizzazione magnetica, rappresentato da un credito nei confronti dell'emittente che sia emesso dietro ricevimento di fondi per effettuare operazioni di pagamento ai sensi dell'art. 4, punto 5) della direttiva 2007/64/CE e che sia accettato da persone fisiche o giuridiche diverse dall'emittente di moneta elettronica”.

⁶⁰ Cfr. *Considerando* n. 4 della direttiva 2009/110/UE.

e di riflesso quello interno, ad eliminare dunque ogni riferimento in ordine al *supporto fisico* (dispositivo elettronico usato per la memorizzazione del credito) fonte, in passato, di non poche tensioni interpretative, specie in merito alla possibilità o meno di escludere l'uso dei *server wallet*.⁶¹ In altre parole, l'opzione per la neutralità tecnologica dovrebbe consentire nelle intenzioni del legislatore, da un lato, di delineare ancor più distintamente la differenza intercorrente tra E.F.T. e *moneta elettronica in senso stretto*,⁶² dall'altro, di non ostacolare l'innovazione tecnologica.

Ciò nondimeno, sorprendentemente (tenuto conto degli obiettivi dichiaratamente perseguiti e testé richiamati), la stessa direttiva esorta gli Stati membri a considerare esclusi dal suo ambito applicativo taluni “valori monetari” rimettendo agli stessi la scelta definitiva sull'esclusione.⁶³ Si tratta dei “valori monetari” collocati nel contesto

⁶¹ Sul punto, infatti, il *Considerando* n. 7 della direttiva 2009/110/UE precisa che “è opportuno introdurre una definizione chiara di moneta elettronica che sia *tecnicamente neutra*. Occorre che tale definizione copra tutte le situazioni nelle quali il prestatore di servizi di pagamento emetta un *valore prepagato memorizzato in cambio di fondi*, che può essere utilizzato come strumento di pagamento poiché è accettato da terzi come pagamento“. Più dettagliatamente, secondo il *Considerando* n. 8, “è opportuno che la definizione di moneta elettronica copra la moneta elettronica, sia se detenuta su un dispositivo di pagamento in possesso del detentore di moneta elettronica, sia se memorizzata a distanza su un server e gestita dal detentore tramite un conto specifico per la moneta elettronica. Tale definizione dovrebbe essere abbastanza generale da non ostacolare l'innovazione tecnologica e da includere non soltanto tutti i prodotti di moneta elettronica disponibili oggi sul mercato, ma anche i prodotti che potrebbero essere sviluppati in futuro”.

⁶² Sul punto, sostanzialmente propensa al riconoscimento (ancor più) netto della distinzione tra E.F.T. e moneta elettronica, appare la dottrina successiva al recepimento in Italia della direttiva 09/110/UE del 16 settembre 2009. In tal senso, in particolare, GIORGIANNI-TRADIVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, Milano, 2012, 10 ss., ad avviso del quale, con l'entrata in vigore della nuova disciplina “sembra confermata la distinzione, rilevante sotto il profilo della disciplina applicabile, tra *strumenti di trasferimento elettronico di fondi mediante accesso a distanza* e *strumenti di moneta elettronica*: riconducibili i primi ai sistemi che consentono al titolare, mediante l'impiego di un codice d'identificazione o di altro analogo dispositivo idoneo a comprovare la sua identità, di accedere a fondi depositati e/o comunque disponibili sul proprio conto presso un ente al fine di effettuare un pagamento a favore di un beneficiario (o anche di prelevare contante), ed i secondi come strumenti ricaricabili aventi forma di carta con valore immagazzinato o di memoria di elaboratori elettronici collegati in rete”. Sul punto, giova ricordare che a norma dell'art. 2 lett. b) della Raccomandazione 97/489/CE, la definizione di *strumento di pagamento mediante accesso a distanza*, comprende in particolare le carte di pagamento (carte di credito, di debito, di debito differito e carte accreditive) e le applicazioni relative alla banca telefonica o a domicilio (rispettivamente, cd. *phone banking* ed *home banking*).

⁶³ Secondo il *Considerando* n. 5 della direttiva 2009/110/UE, infatti, “è opportuno limitare l'applicazione della presente direttiva ai prestatori di servizi di pagamento che emettono moneta elettronica. La presente direttiva non dovrebbe applicarsi al valore monetario memorizzato in specifici strumenti prepagati, volti a rispondere a particolari esigenze, il cui uso è ristretto, perché essi permettono al detentore di moneta elettronica di acquistare beni o servizi soltanto nella sede dell'emittente di moneta elettronica o all'interno di una rete limitata di prestatori di servizi direttamente vincolati da un accordo commerciale ad un'emittente professionale, o perché possono essere utilizzati unicamente per acquistare una gamma limitata di beni o servizi. Si dovrebbe ritenere che uno strumento sia utilizzato nell'ambito di una tale rete limitata se esso può essere utilizzato soltanto per l'acquisto di beni e di servizi in determinati negozi o catene di negozi o per una gamma limitata di beni o di servizi, indipendentemente dall'ubicazione geografica del punto vendita. Tali strumenti potrebbero includere le tessere clienti, le carte carburante, le tessere di membro, le tessere per i mezzi di trasporto pubblici, i buoni pasto o i buoni per servizi quali quelli relativi all'assistenza dei figli, o ai

di carte cd. *a spendibilità limitata* (cd. *cards limited networks*) e di quelli impiegati per l'esecuzione di un'operazione di pagamento ex art. 3 lett. 1) della direttiva 2007/64/CE (cd. PSD), ossia “*eseguita tramite qualsiasi dispositivo di telecomunicazione, digitale o informatico, quando i beni o servizi acquistati sono consegnati al dispositivo di telecomunicazione, digitale o informatico, o devono essere utilizzati tramite tale dispositivo a condizione che l'operatore di telecomunicazione, digitale o informatico, non agisca esclusivamente quale intermediario tra l'utilizzatore di servizi di pagamento e il fornitore dei beni e servizi*” che l'ordinamento italiano, accogliendo l'invito del legislatore comunitario, ha scelto di escludere dalla nozione giuridicamente rilevante di *moneta elettronica*.⁶⁴ Rinviando al prosieguo della trattazione la disamina della natura giuridica dei valori finanziari veicolati in quest'ultima tipologia di operazione di pagamento,⁶⁵ in questa sede non può non osservarsi come il legislatore

regimi dei servizi sociali o dei servizi che sovvenzionano l'impiego di personale per svolgere lavori domestici come le pulizie, la stiratura o il giardinaggio [...]”. D'altro canto, lo stesso *Considerando*, aggiunge che “quando tale strumento ad uso specifico si sviluppa in uno strumento ad uso generale, l'esclusione dall'ambito di applicazione della presente direttiva non dovrebbe più essere applicabile. Non è opportuno escludere dall'ambito di applicazione della presente direttiva gli strumenti che possono essere utilizzati per effettuare acquisti presso i punti vendita di esercenti registrati, atteso che tali strumenti di norma sono concepiti per una rete di prestatori di servizi in continua crescita”. Secondo il *Considerando* n. 6, poi, “è altresì opportuno che la presente direttiva non si applichi al valore monetario utilizzato per l'acquisto di beni o di servizi digitali quando, a causa della natura del bene o del servizio, l'operatore apporta a tale bene o servizio un valore aggiunto intrinseco, ad esempio sotto forma di strumenti di accesso, ricerca o distribuzione, a condizione che il bene o il servizio in questione possa essere utilizzato soltanto tramite un apparecchio digitale, quale un telefono mobile o un computer, ed a condizione che l'operatore di telecomunicazione, digitale o informatico non agisca esclusivamente come intermediario tra l'utente dei servizi di pagamento e il fornitore dei beni e dei servizi. Ciò avviene nel caso in cui un abbonato a una rete di telefonia mobile o altra rete digitale paga direttamente all'operatore di rete senza che sussista né un rapporto diretto di pagamento né un rapporto diretto debitore-creditore tra l'abbonato alla rete e qualsiasi prestatore terzo di merci o servizi forniti nell'ambito dell'operazione”.

⁶⁴ Secondo l'art. 1 co. 2 lett. h-ter) TUB, infatti, *non costituisce moneta elettronica*: “1) il valore monetario memorizzato sugli strumenti previsti dall'articolo 2, co. 2, lett. m), del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, ossia su strumenti che possono essere utilizzati per acquistare beni o servizi solo nella sede utilizzata dall'emittente o in base ad un accordo commerciale con l'emittente, all'interno di una rete limitata di prestatori di servizi o per una gamma limitata di beni o servizi; 2) *il valore monetario utilizzato per le operazioni di pagamento previste dall'articolo 2, co. 2, lettera n), del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, ossia, operazioni di pagamento eseguite tramite qualsiasi dispositivo di telecomunicazione, digitale o informatico, quando i beni o servizi acquistati sono consegnati al dispositivo di telecomunicazione, digitale o informatico, o devono essere utilizzati tramite tale dispositivo, a condizione che l'operatore di telecomunicazione, digitale o informatico, non agisca esclusivamente quale intermediario tra l'utilizzatore di servizi di pagamento e il fornitore dei beni e servizi*”.

⁶⁵ Si rinvia al Cap. II, par. 6.3. e 6.3.1., in particolare, per la disamina della *natura giuridica* dei valori finanziari veicolati dall'operatore telefonico, segnatamente per la disamina delle incertezze applicative connesse all'impossibilità di qualificare il valore in parola come moneta elettronica in senso stretto, ovvero come moneta bancaria o scritturale. In questa sede, tuttavia, non può non osservarsi che in quest'ultimo, come nel caso delle cd. carte a spendibilità limitata, il (mancato) riconoscimento della natura di *moneta elettronica* è, in buona sostanza, affidato al (labile) *criterio della spendibilità limitata* (o *generalizzata*) del valore monetario immagazzinato nel supporto. In altri termini, le ipotesi descritte non sarebbero in alcun

interno abbia (più o meno volontariamente) “scarsamente meditato” l’esatto significato dell’espressione “*valore monetario memorizzato elettronicamente* ivi inclusa la *memorizzazione magnetica*”, chiaramente indicativa della volontà di introdurre una nozione comunitaria di moneta elettronica per così dire, “generalissima”, ossia, tale non “da non ostacolare l’innovazione tecnologica”, dunque, innanzitutto, tale da includere tutti i prodotti di moneta elettronica disponibili oggi sul mercato.⁶⁶ Con particolare riferimento alla seconda delle due fattispecie escluse, infatti, anche

modo riconducibili alla nozione di “moneta elettronica” in quanto caratterizzate da un fondamentale *limite di utilizzo*: si tratta, infatti, di carte non accettate come mezzo di pagamento generale, ma per il pagamento solo dei beni e/o servizi offerti dallo stesso emittente, ovvero di beni o servizi acquistati consegnati al dispositivo di telecomunicazione, digitale o informatico, suscettibili di essere utilizzati soltanto tramite tale dispositivo. Peraltro, con particolare riferimento alla seconda fattispecie l’ambito di applicazione della nuova disciplina comprenderebbe *a contrario* quei casi in cui l’operatore di rete agisca come *intermediario* di un pagamento per beni o servizi (anche) non fruibili tramite il telefonino, in assenza sia di un rapporto diretto per il pagamento, sia di un rapporto diretto di tipo debitore-creditore tra il cliente dell’operatore e qualsiasi prestatore terzo di merci o servizi. È di tutta evidenza, pertanto, la difficoltà di utilizzo, a fini definitivi, del criterio della spendibilità: la natura del medesimo valore monetario, collocato sul medesimo supporto, è suscettibile di variare al variare della spendibilità (limitata o generalizzata) dello strumento di pagamento (carta prepagata), con conseguenti rilevanti riflessi in termini di disciplina applicabile (in special modo, come si vedrà, di regime di vigilanza) all’operatore di rete. Nel senso del superamento, a fini definitivi, del criterio in parola, già DE POLI, in *Trattato delle Obbligazioni*, diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, V, Padova, 2010, 153. Del resto, non pare revocabile in dubbio che la rilevanza, a fini definitivi, della spendibilità generalizzata o limitata sia stata mitigata, in tempi recenti, dalla diffusione di carte telefoniche cd. di tipo “*multipurpose*”, ossia utilizzabili non solo per telefonare ma anche per pagare beni o servizi, (talora) offerti da un soggetto diverso dall’emittente. *Contra*, G. LEMME, voce *Moneta*, cit., 1, che, in quest’ottica, nega a gran parte delle “*smart cards*” valore monetario, riconoscendo, invece, l’incorporazione nelle stesse di un mero diritto alla prestazione.

Pur sempre in riferimento alla seconda fattispecie, poi, in questa sede giova rimarcare la difficoltà di rinvenire nella stessa una ipotesi di E.F.T., ancorché latamente intesa. Anche aderendo all’opzione legislativa per la neutralità tecnologica, infatti, vi osterebbe l’assenza di un conto corrente (*rectius*, di uno schema trilaterale riconducibile alla delegazione di pagamento), tale non potendo esser considerato, in via esemplificativa, il credito telefonico di una *sim* ricaricabile il quale, ancorché regolato elettronicamente, consente il trasferimento *diretto* delle somme di denaro dal *solvens* all’*accipiens*, senza l’interposizione di alcun soggetto, in cui cioè il momento traslativo coincide pienamente con quello estintivo.

⁶⁶ Cfr. *Considerando* n. 8 della direttiva 2009/110/UE, cit. Sul punto, peraltro, appare significativo, che già l’AGCOM si sia interrogata in ordine alle potenzialità dischiuse dalla evoluzione della disciplina applicabile alle carte prepagate cd. chiuse in uno alle nuove opportunità offerte dalla direttiva 2009/110/CE, rilevando che “in effetti *l’obbligatorietà di restituzione del credito appare mutare la natura stessa del credito prepagato su carte chiuse. Se esso costituisce infatti ormai una riserva di valore effettivamente garantita, dovrebbe poter essere reso eventualmente disponibile anche per scelte di acquisto diverse dal servizio gestito dall’operatore di rete.* A questo proposito, appaiono sicuramente interessanti le innovazioni proposte da alcuni operatori nazionali, soprattutto alla luce delle recenti evoluzioni dei pagamenti in mobilità che si sono registrate a livello internazionale. In tale ambito, [...] le modifiche recentemente apportate dalla normativa comunitaria in ordine ai sistemi di pagamento e alla moneta elettronica, combinate con le nuove possibilità di scambio di dati in sicurezza che l’industria dei servizi mobili sta mettendo a punto, *potrebbero incidere profondamente sul ruolo delle carte prepagate chiuse, ampliandone la funzionalità, e dando luogo ad un processo di convergenza tra questi strumenti e le carte aperte, nel più ampio contesto degli strumenti di pagamento*”. Per un approfondimento, si veda AGCOM, *Le carte prepagate in Italia. Caratteristiche, diffusione e potenziale impatto concorrenziale sull’offerta di moneta elettronica*, Indagine conoscitiva n. 37, Roma, 2009.

aderendo all'opzione normativa per la neutralità tecnologica, è incontestabile che la cd. *smart card*⁶⁷ (di cui esempio tipico sono proprio le carte ricaricabili per cellulari) si caratterizzi proprio per la presenza di un “*chip*” con memoria ove vengono immagazzinati i dati del titolare della carta e la somma disponibile (in ciò differenziandosi, come si vedrà, dal cd. *borsellino elettronico*).⁶⁸ Arduo, pertanto, appare il tentativo di cogliere le ragioni sottese all'esclusione di tale ultima fattispecie dall'ambito applicativo della legge: anche i valori in parola, invero, risultano memorizzati elettronicamente, sicché anch'essi sembrerebbero integrare un “valore monetario” riconducibile al *genus* moneta elettronica (quantomeno) latamente intesa.⁶⁹ Ciò che del resto è, può già anticiparsi, qualora la TELCO decida di configurarsi come IMEL (anche, soltanto cd. *ibrido*) nel mercato dei servizi di pagamento, in tal modo autorizzata ad emettere moneta elettronica in senso stretto.

Riprendendo le fila del discorso in ordine alla nozione di moneta elettronica rilevante ai fini comunitari ed interni, da un punto di vista strettamente giuridico, invece, non pare contestabile la qualificazione in termini di *diritto di credito* della posizione soggettiva vantata dal titolare nei confronti dell'istituto emittente, e ciò sia nella definizione comunitaria che in quella del TUB.⁷⁰ Ciò che ha indotto la dottrina tradizionale a ricostruire la fattispecie in termini di *documento di legittimazione elettronico*. Più dettagliatamente, tale posizione riposa sulla considerazione che lo strumento di moneta elettronica, così come configurato nella fase di emissione

⁶⁷ Come si vedrà, la cd. *smart card*, ossia, carta a microprocessore, costituisce dispositivo elettronico in quanto dispone di un “*chip*” con memoria ove vengono immagazzinati i dati del titolare della carta e la somma disponibile: esempio tipico sono le carte ricaricabili per cellulari, ma anche il tesserino abilitato al servizio P.O.S. Sotto quest'ultimo profilo, giova ricordare, tuttavia, che il P.O.S. veicola moneta *scritturale*, non *elettronica*, in quanto il tesserino serve solo per identificare l'avente diritto alla prestazione e per impartire un ordine di trasferimento della somme giacenti su un conto, mentre non incorpora alcun valore monetario come, invece, è richiesto dalla definizione di moneta elettronica contenuta nel TUB.

⁶⁸ Sul punto, valga ancora una volta il richiamo all'art. 2, lett. c) della Raccomandazione 97/489/CE che, seppur implicitamente, già riconduce alla nozione di moneta elettronica, uno strumento di pagamento *ricaricabile* (*smart card* o memoria di elaboratore), *non collegato ad un rapporto di conto corrente*, in cui è stato memorizzato l'importo corrispondente alle somme versate dal titolare.

⁶⁹ Si rinvia ai par. 6.3 e 6.3.1. per la disamina degli ulteriori “punti di contatto” tra i valori finanziari in parola e la nozione di moneta elettronica.

⁷⁰ Come in precedenza osservato, infatti, sia all'art. 2 co. 1 n. 2 della direttiva 2009/110/CE, che all'art. 1 co. 2 lett. h-ter) TUB, il valore monetario integrante la fattispecie moneta elettronica è espressamente qualificato come *credito* nei confronti dell'emittente. La nozione comunitaria, inoltre, nella misura in cui specifica che il credito nei confronti dell'emittente è emesso “dietro ricevimento di fondi”, pare individuare anche il fondamento sotteso al riconoscimento di tale qualifica: il *versamento*, da parte dell'utente, di somme da convertire in moneta elettronica. Per altro verso, non pare priva di rilievo la qualificazione in termini di *detenzione* della posizione soggettiva vantata da parte dell'utente nei confronti del valore monetario in parola (art. 114-ter, co. 1 TUB) che, come noto, denota la materiale disponibilità di una cosa (*corpus*), ossia, la possibilità di utilizzarla tutte le volte che si desidera, ancorché senza *animus rem sibi habendi*.

attraverso le pattuizioni intercorse tra emittente e titolare, svolge principalmente la funzione di riconoscere al legittimato il diritto alla prestazione in esso indicata. In altre parole, l'*e-money* si configurerebbe come modalità di utilizzazione di un servizio fornito dall'emittente al titolare, consistente nella possibilità di utilizzare le somme che, distratte dal proprio patrimonio personale, vengono destinate a strumento di pagamento.⁷¹

Per un'impostazione più recente, invece, la fattispecie in parola integrerebbe un vero e proprio *titolo di credito al portatore* ancorché in formato *elettronico*, ossia, un titolo di credito in formato digitale, che reca la firma elettronica dell'istituto emittente e contiene la promessa incondizionata di pagare il valore nominale della moneta.⁷² In altre parole, la moneta elettronica altro non sarebbe se non un credito che un soggetto (titolare) vanta nei confronti dell'istituto emittente, memorizzato (*rectius*, incorporato) su un supporto magnetico, che circola secondo le regole proprie dei titoli di credito al portatore (artt. 2003 c.c. e ss.), ossia attraverso la semplice consegna del titolo (qualora si tratti di *smart card*) o da un elaboratore ad un altro, sulla base di registrazioni elettroniche, in caso di valore monetario memorizzato su *software*.

Considerate le intuibili difficoltà derivanti dall'applicazione alla moneta elettronica della disciplina prevista per i titoli di credito (soprattutto, delle norme che ne governano la circolazione),⁷³ per altra opinione, ferma la natura di diritto di credito

⁷¹ In argomento, si vedano B. INZITARI, *La natura giuridica della moneta elettronica*, cit., 28; MARTORANO, *Titoli di credito*, Milano, 1997, 655 ss.; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, 725 ss. e D'ORAZIO, *Il quadro giuridico della moneta elettronica*, 2004, 191 ss.

⁷² Fra gli altri, si vedano GUARRACINO, *Titolo di credito elettronico e documento informatico*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, I, 514 ss., e DE VESCOVI, *Titoli di credito e informatica*, Padova, 1991.

⁷³ Da più parti è stata sottolineata l'inconciliabilità di tale ricostruzione, che ha avuto particolare seguito soprattutto nella letteratura anglosassone, con le regole che governano la *circolazione dei titoli di credito*. In particolare, non pare applicabile la disciplina codicistica in tema di *eccezioni opponibili*, soprattutto se si considera che, nel caso di specie, l'emittente potrà opporre a qualsiasi possessore condizioni e limiti relativi al rapporto che ha dato luogo all'emissione che, a ben vedere, appaiono inconciliabili con una promessa incondizionata di pagare una somma di denaro sancita all'art. 114-ter co. 1 TUB. Inoltre, sotto il profilo della legittimazione all'esercizio del diritto, nel pagamento con moneta elettronica il diritto ad ottenere il rimborso delle somme non spese può essere fatto valere dall'*accipiens* esclusivamente nei riguardi dell'emittente al quale è legato da un rapporto contrattuale, mentre qualora si ammettesse, sulla scorta delle regole che disciplinano il trasferimento dei titoli di credito, la possibilità di trasferire il diritto di credito in capo ai successivi prenditori/creditori, si dovrebbe concludere nel senso di riconoscere loro la possibilità di domandarne il rimborso unicamente all'istituto che lo ha emesso, che quasi mai sarà lo stesso presso cui l'*accipiens* ha un conto sul quale accreditare tali somme. Potrebbe, inoltre, accadere che il valore monetario memorizzato sul dispositivo elettronico non coincida con l'importo da pagare. In questo caso, a meno che non si voglia ammettere un trasferimento parziale delle somme dovute, si dovrebbe, come è stato suggerito, suddividere idealmente il titolo in più elementi, rappresentanti ciascuno, oltre ad un autonomo diritto di credito, singole unità di conto separatamente trasferibili, espressione, nel loro insieme, del valore monetario emesso e caricato sullo strumento di pagamento. Operazione questa che, ovviamente, rappresenterebbe un'evidente deviazione rispetto alle regole previste per la fattispecie cartolare. Per un approfondimento, si

della posizione monetaria incorporata nello strumento di moneta elettronica, lo schema della cessione ordinaria del credito (artt. 1260 c.c. e ss.) sarebbe, allo stato attuale, l'unica modalità di trasferimento compatibile con le regole dettate per tale fattispecie.⁷⁴ In verità, anche quest'ultima ricostruzione sembrerebbe scontare le stesse difficoltà applicative della disciplina dei titoli di credito,⁷⁵ sicché, volendo far riferimento alle diverse definizioni legislative succedutesi nel tempo, e coerentemente con l'opzione legislativa per una definizione "tecnicamente neutra", sembrerebbe più corretto aderire all'impostazione che considera *moneta elettronica* solamente quel valore monetario, surrogato delle monete metalliche e delle banconote, memorizzato su un (qualsiasi) dispositivo elettronico (indifferentemente, carta a microprocessore o cd. *smart card*, memoria di computer, etc.), utilizzabile come mezzo di pagamento in operazioni di tipo commerciale. In sostanza, moneta elettronica in senso stretto è solo quella che al contempo, è e *circola* elettronicamente.

In quest'ottica, maggiormente condivisibile sembrerebbe l'opinione di chi, pur non prendendo posizione in ordine alla natura della posizione soggettiva vantata dal titolare nei confronti dell'emittente,⁷⁶ perviene ad equiparare, quantomeno sotto il profilo della circolazione, la moneta elettronica a quella legale (*sub specie* contante), sulla base della determinante considerazione che il trasferimento materiale delle unità di valore da *solvens* ad *accipiens* avviene nell'ottica di uno strumento di pagamento simile, nella struttura, alla *numeratio pecuniae*.⁷⁷

vedano SERRA, *Considerazioni in tema di pagamenti elettronici e moneta elettronica*, op. cit., 76; OLIVIERI, *Compensazione e circolazione della moneta nei sistemi di pagamento*, Milano, 2002, 266 ss., ed *Appunti sulla moneta elettronica*, cit., 813 ss.

⁷⁴ Sul punto v. OLIVIERI, *Compensazione e circolazione della moneta nei sistemi di pagamento*, cit., 268.

⁷⁵ In particolare, mal si attaglia alla fattispecie il disposto dell'art. 1262 c.c. a norma del quale il cedente (*solvens*) deve consegnare al cessionario i documenti probatori che sono in suo possesso (mentre solo una loro copia autentica, qualora oggetto della cessione sia parte del credito), nonché, soprattutto, il disposto dell'art. 1264 c.c. che, al co. 1, subordina l'efficacia della cessione verso il debitore ceduto (Istituto emittente moneta elettronica) alla sua accettazione o notifica. Si tratta, infatti, in entrambi i casi di adempimenti non riscontrabili, né richiesti, nel sistema di circolazione della moneta elettronica.

⁷⁶ È evidente che i problemi concernenti la circolazione della moneta elettronica derivano dalla qualificazione normativa "ibrida" della posizione monetaria incorporata nello strumento di moneta elettronica e facente capo all'utente: da un lato e verso l'emittente, infatti, essa, sia all'art. 2 co. 1 n. 2 della direttiva 2009/110/UE che all'art. 1 co. 2 lett. h-ter) TUB, è espressamente qualificata come *credito* mentre, dall'altro e verso il *corpus* (le somme corrispondenti al valore monetario immagazzinato nello strumento), è qualificata in termini di *detenzione* (cfr. art. 114-ter co. 1 TUB) che, come noto, denota la materiale disponibilità di una cosa, ossia la possibilità di utilizzarla tutte le volte che si desidera, ancorché senza *animus rem sibi habendi*.

⁷⁷ In quest'ottica, l'orientamento in parola giunge, come si vedrà nel successivo paragrafo, ad affermare la piena equiparazione nell'ordinamento interno, sotto il profilo dell'efficacia liberatoria, della moneta elettronica a quella legale, cfr. OLIVIERI, *Appunti sulla moneta elettronica*, cit., 814.

Par. 2.1. La natura giuridica della moneta elettronica

Strettamente connesso al problema, appena analizzato, dell'esatta individuazione della nozione, comunitaria ed interna, di moneta elettronica, è quello concernente la sua *natura giuridica* nell'ordinamento interno, ovvero la possibilità di ricondurre tale specie monetaria al *genus* "moneta" e, più precisamente, alla nozione di "moneta" in senso giuridico in quanto tale idonea ad estinguere i debiti pecuniari, secondo il modello disegnato dal codice civile del '42 all'art. 1277 c.c., che, come in precedenza evidenziato, attribuisce potere *solutorio* esclusivamente ai pagamenti effettuati con *moneta legale*.

Per un'impostazione, osterebbe alla piena equiparazione della moneta elettronica alla moneta legale, sotto il profilo dell'efficacia *solutoria*, la matrice "essenzialmente contrattuale" caratterizzante l'emissione della prima. In altre parole, nella fattispecie non sarebbe ravvisabile l'esistenza di una vera e propria attività di emissione, poiché non si ha, come invece nel caso della moneta legale,⁷⁸ emissione di nuova moneta circolante, quanto piuttosto quella che si potrebbe definire un'emissione "di tipo virtuale", ossia un procedimento di conversione, su base convenzionale, di altre forme di moneta (legale e bancaria) in impulsi elettronici, che trae origine dal rapporto intercorrente tra utente ed emittente. Si tratterebbe, quindi, di una *forma particolare di emissione* che, senza implicare la creazione di nuovo denaro, deve essere intesa piuttosto come rappresentazione di un credito nei confronti dell'istituto emittente, riconosciuto al detentore dello strumento di pagamento elettronico a fronte del versamento di somme equivalenti al valore monetario emesso.⁷⁹ Secondo altri, l'impossibilità di ricondurre la fattispecie in parola alla nozione di moneta legale, rinverrebbe il proprio fondamento nell'assenza del requisito della *irrifutabilità*, in quanto priva del carattere della *spendibilità generalizzata*. Infatti, l'efficacia liberatoria del pagamento sarebbe pur sempre rimessa alla volontà del creditore, che accetta di essere pagato con un mezzo diverso dalla moneta legale.⁸⁰

⁷⁸ L'efficacia liberatoria della moneta legale è espressione diretta, invece, della sovranità statale in ambito monetario, come osservato, da T. ASCARELLI, in *La moneta. Considerazioni di diritto privato*, Padova, 1928, 68 ss.

⁷⁹ Sulla matrice *contrattuale* dell'emissione di moneta elettronica si è espresso, fra gli altri, B. INZITARI, *La natura giuridica della moneta elettronica*, cit., 30.

⁸⁰ Si veda in proposito SERRA, *Considerazioni in tema di pagamenti elettronici e moneta elettronica*, cit., 78, ad avviso del quale, "non può dimenticarsi come l'efficacia *solutoria* del pagamento in moneta elettronica

Maggiormente condivisibile, come in parte anticipato, appare invece l'impostazione più recente che scorge più di un'analogia della moneta elettronica con il denaro contante, giungendo per questa via ad affermarne l'equiparabilità *de facto* a quella legale. Da un punto di vista pratico, si osserva, le unità monetarie circolano non da conto a conto, bensì direttamente da supporto a supporto, con la conseguenza che il trasferimento delle somme al creditore produce, in quanto coincidente con la ricezione "in tempo reale" delle unità di moneta elettronica, la liberazione del debitore. Ed invero, nelle transazioni effettuate utilizzando la moneta elettronica, le unità di valore, espresse sotto forma di impulsi elettronici, passano immediatamente dal borsellino (virtuale) del *solvens* a quello dell'*accipiens*, senza l'intermediazione né della banca, né dell'istituto emittente. Il deposito di tali somme presso il conto corrente bancario del creditore è meramente eventuale e riguarda esclusivamente i rapporti intercorrenti tra quest'ultimo e la propria banca, senza che in alcun modo produca conseguenze sul debitore, né tantomeno sul pagamento. Anzi, ben può accadere che l'iscrizione della posta attiva sul conto del creditore non abbia luogo, nel caso in cui questi, ricevuto il pagamento, decida di utilizzare immediatamente tali somme per effettuare un pagamento nei confronti di un altro soggetto.⁸¹

Del resto, non pare revocabile in dubbio che la validità dei tradizionali argomenti adottati a sostegno dell'impostazione contraria all'equiparazione della moneta elettronica a quella legale sia stata, in tempi recenti, (quanto meno) messa in discussione dall'evoluzione normativa e tecnologica. Se infatti, da un lato, non pare tuttora contestabile il carattere *convenzionale* della moneta elettronica (considerate le peculiarità, come si vedrà, caratterizzanti il suo procedimento di emissione), dall'altro, il predicato della sua rifiutabilità appare fortemente mitigato, innanzitutto, dal *favor*

dipende pur sempre dall'accettazione del creditore (*accipiens*) e che soltanto l'adesione di questi al sistema di pagamento in moneta elettronica comporta l'estinzione dell'obbligazione a seguito dell'obbligo del creditore di non poter rifiutare il pagamento nella forma convenuta ed accettata".

⁸¹ In questo senso, SERRA, *Considerazioni in tema di pagamenti elettronici e moneta elettronica*, cit., 78; OLIVIERI, *Compensazione e circolazione della moneta nei sistemi di pagamento*, cit., 274; O. TROIANO, *La moneta elettronica come servizio di pagamento*, cit., 93 ss.; GORI, *Riuscirà la moneta elettronica a sostituire il contante?*, in *Bancaria*, n. 4, 1994, 62 ss.; P. FERRO-LUZZI, *Una nuova fattispecie giurisprudenziale: "l'anatocismo bancario"; postulati e conseguenze*, in *Giur. Comm.*, 2001, I, 31; BUFFA, *Moneta digitale e tutele*, in *Commercio elettronico e tutela del consumatore*, (a cura di) G. Cassano, Milano, 2003, 169; D'ORAZIO, *Il regolamento degli acquisti nel commercio elettronico*, in *Il contratto telematico*, (a cura di) Ricciuto-Zorzi, in *Tratt. Dir. comm. e dir. pubbl. ec.*, (diretto da) F. Galgano, Padova, 2002, 235 ss.; VALENTINO, *Moneta elettronica e tutela del consumatore*, in *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, in S.Sica, P. Stanzone, V. Zeno-Zencovich (a cura di), Milano, 2006, 133, ad avviso della quale "nella moneta elettronica non vi sarebbe un ordine di trasferimento di fondi espresso nei confronti dell'emittente a favore del terzo creditore del titolare, bensì un *trasferimento diretto* di valori economici da un soggetto ad un altro senza intermediazione di terzi".

legislativo per i pagamenti effettuati mediante strumenti alternativi al contante.⁸² Inoltre, in disparte la circostanza che non da tutti condivisa è la rilevanza a fini definitivi del criterio della spendibilità generalizzata,⁸³ tale carattere non appare più difettare in talune fattispecie di recente introduzione.⁸⁴ Infine, anche a non voler considerare le indicazioni già fornite in sede comunitaria nel senso della piena equiparabilità della moneta elettronica a quella legale,⁸⁵ siffatta impostazione appare poco coerente con l'interpretazione evolutiva dell'art. 1277 c.c. fornita dalla giurisprudenza successiva alla fondamentale pronuncia delle Sezioni Unite n. 22617

⁸² In tal senso, già MARTUCELLI, *Obbligazioni pecuniarie e pagamento virtuale*, Milano 1998, p. 204 e STANZIONE, *Presentazione al volume La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, cit., XIII, ad avviso del quale "la moneta elettronica, intesa come insieme di valori simbolici che vengono manifestati in forme digitali, costituisce un'ulteriore novità (rispetto alla moneta bancaria), cui va riconosciuto il carattere dell'irrifutabilità, caratteristica della moneta avente corso legale" e prosegue, a sostegno delle proprie argomentazioni, sottolineando che la legge anticiclaggio (legge 197/1991) sancisce il rifiuto del denaro contante nei pagamenti superiori ad un determinato importo, "capovolgendo dunque la regola tradizionale secondo cui la moneta legale può essere rifiutata, quella elettronica no". Come in precedenza rilevato, in tempi recenti, lo spazio di rifiutabilità si è ulteriormente ridotto: da un lato e per effetto dell'entrata in vigore della legge di stabilità 2016 (co. 898), infatti, è possibile effettuare pagamenti in contanti sino alla soglia massima di euro 3,000, sicché per l'effettuazione di tali operazioni di trasferimento da un soggetto ad un altro occorre rivolgersi ad istituti bancari, di *moneta elettronica* od a Poste Italiane S.p.A.; dall'altro e per effetto dell'art. 14 del d.l. n. 179 del 18 ottobre 2012 convertito in l. n. 221 del 17 dicembre 2012, infatti, i soggetti che effettuano l'attività di vendita di prodotti e di prestazione di servizi, *anche professionali*, sono obbligati ad accettare *anche* pagamenti effettuati attraverso *carte di debito* obbliga, a decorrere dal 30 giugno 2014. Dello stesso avviso, più recentemente, ARAGUENA-JEGERSON, *Dal baratto ai portafogli digitali*, cit., ad avviso dei quali "nelle transazioni di maggior rilievo economico, la vera moneta legale debba essere considerata la moneta elettronica, diventata ormai più legale del denaro contante".

⁸³ In senso negativo, DE POLI, in *Trattato delle Obbligazioni*, diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, V, Padova, 2010, 153. *Contra*, invece, G. LEMME, voce *Moneta*, cit., I.

⁸⁴ Come si vedrà, recente (luglio 2014), infatti, è la possibilità di effettuare anche nel nostro Paese (dopo Spagna e Germania), pagamenti in mobilità, cd. *contactless*, che sfruttando la tecnologia *Nfc* consentono il pagamento delle piccole spese quotidiane (biglietti di trasporto, libri, riviste, giornali, etc.); mentre, per le spese di importo superiore è necessario, sempre in modalità "senza contatto, digitare un codice sul proprio smartphone o sul POS. Inizialmente il nuovo servizio è stato offerto soltanto mediante l'utilizzo di carte di credito emesse da un Istituto bancario, sicché la fattispecie sembrava costituire null'altro che una nuova modalità di circolazione (elettronica) di moneta bancaria; successivamente, tuttavia, le compagnie telefoniche, in uno all'annuncio della imminente disponibilità del servizio anche mediante l'utilizzo di *carte prepagate di propria emissione* (ossia, di moneta elettronica in senso stretto), hanno vieppiù esteso l'ambito di *spendibilità diretta* (ossia, senza intermediazione alcuna degli istituti bancari) del *credito telefonico*. Sul punto, si veda LONGO, in *Il Sole24ore* del 19 settembre 2014.

⁸⁵ Già il *Considerando* n. 3 della direttiva 2000/46/CE, infatti, definiva la moneta elettronica "un surrogato elettronico di monete metalliche e banconote". In tal senso, ed ancor più chiaramente, il *Considerando* n. 13 della direttiva 2009/110/EC, secondo cui "l'emissione di moneta elettronica non costituisce un'attività di raccolta di depositi ai sensi della direttiva 2006/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2006, relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio, dato il suo carattere specifico di *sostituto elettronico delle monete e delle banconote*, utilizzabile per effettuare pagamenti generalmente di piccoli importi e non come strumento di risparmio".

del 2007,⁸⁶ a sua volta espressione del tentativo di adeguare il disposto della norma alla diffusa (e recente) tendenza del nostro sistema giuridico a vietare, o quanto meno a rendere facoltativo, e non più obbligatorio (come invece suppone l'articolo 1277 c.c.), l'adempimento delle obbligazioni pecuniarie mediante consegna di denaro contante, e ciò per finalità sia di lotta al riciclaggio che di repressione dell'evasione fiscale. In altre parole, ferma l'autonoma rilevanza della fattispecie, la moneta elettronica sembrerebbe oramai aver assunto i crismi, seppur con alcune cautele e limitatamente a determinati aspetti, del denaro contante di cui rappresenterebbe un vero e proprio *surrogato elettronico*.⁸⁷

⁸⁶ Nel senso dell'irrinunciabilità del consenso del creditore appare, tuttora, la dottrina recente: DE POLI, in *Trattato delle Obbligazioni*, diretto da L. GAROFALO E M. TALAMANCA, V, Padova, 2010, 153, ad avviso del quale "il problema della solutorietà dei pagamenti avvenuti in modi non tradizionali non riguarda quelli avvenuti mediante carte di pagamento, siano esse di debito sia di credito e veicolino essi moneta scritturale o moneta elettronica. Invero, l'utilizzo di quelle carte non può efficacemente avvenire senza il previo consenso del creditore, spettando a questi apprestare le modalità tecniche (ci riferiamo all'elaboratore che gestirà l'immissione dell'ordine mediante 'strisciata' della carta o – nei casi di carta non a banda magnetica ma con microchip – mediante inserimento di quella) che consentiranno l'uso di quelle carte. Considerazioni analoghe possono essere fatte per il caso di utilizzo di strumenti di pagamento basati non già su 'software', come le *smart card*, ma su *hardware*". Ancorché non si sia spinta a negare il carattere "convenzionale" della moneta elettronica e, dunque, a considerare irrilevante il consenso esplicito del creditore a modalità di adempimento dell'obbligazione pecuniaria diverse dal danaro contante, la giurisprudenza successiva alla pronuncia delle sezioni unite n. 22617 del 2007 ha riconosciuto sufficiente, sulla base del combinato disposto degli artt. 1281 e 1175 c.c., ai fini dell'efficacia *solutoria* degli strumenti di pagamento alternativi al contante anche l'accettazione "tacita" del creditore, ossia, desumibile implicitamente dal contesto in cui il pagamento è effettuato.

⁸⁷ Per converso, non pare più sostenibile la tesi che, negando autonoma rilevanza alla moneta elettronica, perviene a qualificarla come mera *species* del *genus* moneta scritturale: cfr. LEMME, *Moneta scritturale e moneta elettronica*, cit., 123, nella parte in cui sostiene che "il tratto distintivo della differenza tra moneta scritturale e moneta elettronica è legato essenzialmente alla forma trasmissiva della moneta, che nel primo caso avviene tramite annotazione, nel secondo tramite trasferimento di impulsi elettronici." Invero, a differenza della moneta bancaria, la circolazione di quella elettronica in senso stretto avviene *solo* in forma virtuale, attraverso strumenti elettronici, senza l'utilizzo di supporti cartacei; il suo utilizzo non passa attraverso scritture in un conto corrente bancario, né, d'altro canto, richiede la previa accensione di un conto corrente bancario. L'intermediazione dell'istituto si rende necessaria solo prima e dopo l'operazione di utilizzo della moneta elettronica: prima, per la conversione di moneta fisica o scritturale in moneta elettronica; dopo, per il rimborso di quest'ultima. La moneta scritturale circola, invece, fisicamente ma può circolare anche in forma elettronica: un esempio ne è la stessa esecuzione dei bonifici bancari. L'elettronica e lo sviluppo della rete di *internet* hanno condizionato, infatti, anche l'utilizzo degli strumenti di pagamento (moderni ma oramai) tradizionali, quali le carte di debito e quelle di credito: in questi ultimi casi, però, di mero "adattamento" si tratta, a differenza di quanto si può dire per quegli strumenti davvero innovativi e davvero sorti in funzione di un loro utilizzo esclusivamente elettronico, come il cd. "borsellino" o "portafogli elettronico", la "smart card", la moneta virtuale, l'assegno elettronico o, ancor prima, le carte monouso a banda magnetica, come le schede telefoniche o le tessere Viacard, di cui si dirà nel prosieguo della trattazione.

Par. 2.2. L'emissione di moneta elettronica: gli istituti di moneta elettronica (IMEL)

Il procedimento di emissione della moneta elettronica non comporta la creazione di nuova moneta.⁸⁸ L'istituto emittente, infatti, procede soltanto alla *conversione* di un determinato tipo di moneta, sia essa fisica o scritturale, in un altro (moneta elettronica), la cui caratteristica precipua risiede nel fatto di essere rappresentata sotto forma di impulsi elettronici.⁸⁹

Più dettagliatamente, l'art. 114-*quater* co. 2 TUB obbliga gli IMEL a trasformare, *immediatamente*, i fondi ricevuti in moneta elettronica: questa disposizione, in uno a quella sancita all'art. 11 co. 2-*bis* TUB,⁹⁰ impedisce che l'operatività degli IMEL possa svolgersi nelle forme previste per le banche (deposito di somme su un conto con finalità di risparmio e corresponsione di interessi).⁹¹ Ciò nondimeno, non pare revocabile in dubbio che l'eventuale difetto di contestualità tra la ricezione di fondi da

⁸⁸ In tal senso, il parere del *Comitato economico e sociale*, pubblicato in G.U.C.E., n. C 101 del 12 aprile 1999, punto n. 2.2. il quale sottolinea come attraverso tale procedimento non si giunga alla creazione di nuova moneta, quanto piuttosto alla *trasformazione* di una particolare forma di moneta (fisica o scritturale) in un'altra (elettronica).

⁸⁹ La circostanza, peraltro, non ha impedito a parte della dottrina di qualificare la moneta elettronica come la "quarta generazione" dei sistemi di pagamento, dopo l'era della moneta legale, bancaria e scritturale: PACILEO, *L'attuazione in Italia delle direttive comunitarie in materia di e-money*, in *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, a cura di SICA- STANZIONE- ZENO ZENCOVICH, Milano, 2006, 191, sulla scia di quanto autorevolmente argomentato da SPADA, *Carte di credito: "terza generazione" dei mezzi di pagamento*, in *Riv. Dir. civ.*, 1976, I, 490.

⁹⁰ A norma dell'art. 11 co. 2-*bis* TUB, infatti, "*non costituisce raccolta del risparmio tra il pubblico la ricezione di fondi connessa all'emissione di moneta elettronica*".

⁹¹ Per un'impostazione antecedente l'entrata in vigore della direttiva 2009/110/CE, l'attività in parola, non essendo riconducibile né all'attività di emissione, in quanto da essa dipendente ma non per questo assimilabile, né alla nozione di attività di raccolta del risparmio considerato il preminente rilievo attribuito alla destinazione dei fondi (preordinata all'emissione di *e-money*) rispetto all'obbligo di restituzione delle somme ricevute, costituiva un ambito di attività degli IMEL *ulteriore* rispetto all'attività di emissione in senso stretto: in tal senso, MOTTI, *Intermediari finanziari non bancari e industria dei pagamenti*, in AA.VV., *Studi sugli intermediari finanziari non bancari*, a cura di M. Rispoli Farina, Napoli, 1998, 76 e V. TROIANO, *Gli istituti di moneta elettronica*, cit., 26. Nel senso dell'impossibilità di qualificare l'attività in parola come attività di raccolta del risparmio, peraltro, (anche) la dottrina successiva all'entrata in vigore della direttiva 2009/110/CE: in tal senso, GIORGIANNI - TARDIVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, Milano, 2012, 524, ad avviso del quale, "IP ed IML non possono ricevere somme quali depositi a risparmio, ovvero in conto servizi di investimento da effettuare su richieste del cliente, né tanto meno la proprietà delle somme stesse è acquisita da tali intermediari così come avviene in tutte le ipotesi di raccolta del risparmio da parte delle banche"; nonché, GIANNELLI, in *diritto degli intermediari e dei mercati finanziari a cura di Sfameni-Giannelli*, Milano, 2013, 179, ad avviso del quale dall'art. 114-*quater* co. 2 TUB sarebbe ricavabile "lo stretto legame funzionale esistente tra l'attività di ricezione dei fondi da parte degli IMEL e quella di trasformazione dei fondi medesimi in moneta elettronica" che giustifica l'impossibilità per la prima di costituire, per espressa previsione legislativa, attività di raccolta del risparmio tra il pubblico (art. 11 co. 2-*bis* TUB).

parte dell'istituto emittente e la loro trasformazione in moneta digitale,⁹² costituisca tuttora una “zona grigia” nello spazio di operatività degli IMEL, per certi versi comunque riconducibile ad attività di raccolta (ancorché, indiretta) di risparmio.⁹³

Speculare al procedimento di emissione, poi, è la previsione della rimborsabilità (obbligatoria) della moneta elettronica, predicato indefettibile di tale *genus* monetario.⁹⁴ Più dettagliatamente, il detentore ha il diritto di chiedere (ed ottenere, considerata la natura di obbligo caratterizzante la correlativa posizione soggettiva dell'emittente) il rimborso della moneta elettronica, in *ogni tempo* ed al *valore nominale* (diversamente, infatti, l'istituto di emissione si troverebbe nella condizione di “retribuire” un deposito, vicenda questa, come visto, vietata dall'ordinamento), nell'ordinario termine prescrizione (art. 2946 c.c.).⁹⁵ La determinazione delle

⁹² L'eventualità, peraltro, non appare meramente “teorica”: il provvedimento della Banca d'Italia del 20 giugno 2012 recante “disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica”, al cap. IV, sez. II par. 3 in tema di “modalità di tenuta delle somme di denaro dei clienti registrate nei conti di pagamento o ricevute a fronte della moneta elettronica emessa”, sembrerebbe riconoscere l'esistenza di un lasso di tempo in cui fondi ricevuti dal cliente restino depositati presso l'emittente, non essendo convertiti immediatamente in moneta elettronica. È, infatti, previsto, che “l'istituto di moneta elettronica applica le disposizioni previste dal presente paragrafo alle somme ricevute dalla clientela - a fronte della moneta elettronica emessa - mediante strumenti di pagamento *a partire dal giorno in cui acquisisce la disponibilità di tali somme e in ogni caso, entro cinque giorni dall'emissione della moneta elettronica*”.

⁹³ Il par. 3 della sezione II, capitolo IV, del provvedimento della Banca d'Italia del 20 giugno 2012, infatti, si limita a statuire che “le *somme di denaro* ricevute dai clienti e registrate nei conti di pagamento dall'istituto ovvero quelle *ricevute dall'istituto di moneta elettronica a fronte della moneta elettronica emessa* sono: *depositate presso una banca* autorizzata ad operare in Italia in conti intestati agli istituti depositanti con l'indicazione che si tratta di beni di terzi; detti conti sono tenuti distinti da quelli dell'istituto; *investite in titoli di debito qualificati*, depositati presso depositari abilitati; *investite in quote di fondi comuni di investimento* armonizzati il cui regolamento di gestione preveda esclusivamente l'investimento in titoli di debito qualificati o in fondi di mercato monetario”.

⁹⁴ In verità, in sede europea, la previsione della rimborsabilità non è stata inserita (né nel testo della direttiva 2000/46/CE né in quello della direttiva 2009/110/CE) tra i requisiti necessari previsti per la qualificazione della fattispecie. Tuttavia, tale qualifica appare desumibile in maniera implicita dalla stessa definizione di moneta elettronica come “valore monetario rappresentato da un credito nei confronti dell'emittente”, da cui si evince la determinazione del contenuto in termini di diritto di credito riconosciuto al titolare del mezzo di pagamento. Del resto, in perfetta continuità con la direttiva 2000/46/CE (cfr. *Considerando* n. 10), secondo il *Considerando* n. 18 della direttiva 2009/110/CE “occorre che la moneta elettronica sia rimborsabile *per salvaguardare la fiducia del detentore di detta moneta*. La rimborsabilità non implica che i fondi ricevuti in cambio di moneta elettronica dovrebbero essere considerati depositi o altri fondi rimborsabili ai fini della direttiva 2006/48/CE. 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 [...]”. Dello stesso avviso, in dottrina, anche ZENO-ZENCOVICH, *Temi e problemi economico-giuridici della moneta elettronica*, op. cit., 19, laddove sottolinea come la rimborsabilità delle somme non spese rappresenti uno dei “maggiori fattori di equiparazione alla moneta cartacea”.

⁹⁵ In particolare, a norma dell'art. 114-ter TUB come modificato dalla d.lgs. 16 aprile 2012, n. 45, il detentore può chiedere il rimborso, alternativamente, prima della scadenza del contratto e nella misura richiesta, oppure, alla scadenza del contratto o successivamente (ed in quest'ultimo caso, per il valore monetario totale della moneta elettronica detenuta, oppure, nella misura richiesta, se l'emittente è un istituto di moneta elettronica autorizzato a svolgere l'attività di emissione ancorché eserciti anche altre attività

modalità e delle condizioni del rimborso, invece, è rimessa all'autonomia contrattuale.⁹⁶

Le peculiarità della moneta elettronica e del suo procedimento di emissione, unitamente alla necessità, vieppiù avvertita, di garantire la stabilità del sistema finanziario ed il corretto funzionamento del sistema dei pagamenti, inizialmente, ha indotto il legislatore comunitario a prevedere un sistema in cui l'offerta di *e-money* fosse riservata esclusivamente agli enti creditizi,⁹⁷ nonché, a soggetti diversi dagli istituti di credito ma altamente specializzati nel settore, quali gli Istituti di moneta elettronica. A fondamento dell'ampia formulazione utilizzata dal legislatore della direttiva 2000/46/CE,⁹⁸ innanzitutto, il recepimento delle esperienze maturate in alcuni Stati membri, nei quali l'emissione di *e-money* veniva già svolta, di fatto, da intermediari non bancari i quali, talvolta, limitavano lo svolgimento della propria attività alla sola emissione di moneta elettronica e, pertanto, non rientravano nella nozione di *enti creditizi* di cui alla direttiva 2000/12/CE.⁹⁹ Inoltre, l'opportunità di

imprenditoriali ed 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. L'attuale formulazione della norma risponde all'esigenza di far fronte ad una prassi invalsa sul mercato nella vigenza della direttiva 2000/46/CE e considerata elusiva dei principi in materia di diritto al rimborso fissati dalla stessa direttiva, ossia, quella di prevedere, mediante clausole *ad hoc*, l'estinzione del diritto al rimborso del valore monetario residuo trascorsi 12 mesi dalla scadenza del rapporto, con conseguente diritto dell'emittente di moneta elettronica di trattenere le relative somme.

⁹⁶ L'attuale formulazione dell'art. 114-*ter* TUB, infatti, tace in ordine alla possibilità di ottenere il rimborso della moneta elettronica mediante conversione della stessa, alternativamente, in moneta "fisica" (*rectius*, legale) o scritturale, espressamente prevista, invece, dall'art. 114-bis comma 3 TUB nella vigenza della direttiva 2000/46/CE. Sotto questo profilo, essa pare aver preso atto delle difficoltà pratiche connesse al rimborso in moneta fisica dell'*e-money*, soprattutto, nell'ipotesi di suo utilizzo su *Internet*: secondo LEMME, *Moneta scritturale e moneta elettronica*, cit., 179, in tali casi, infatti, gli istituti di moneta elettronica sarebbero costretti ad appoggiarsi ad una banca per procedere a tale operazione, con evidenti svantaggi in termini di costi aggiuntivi da sostenere.

⁹⁷ Per quanto concerne gli enti creditizi, questi, si sottolinea nel *Considerando* n. 6 della direttiva 2000/46/CE, "in forza del punto 5 dell'allegato I della direttiva 2000/12/CE sono già autorizzati ad emettere e gestire mezzi di pagamento, tra i quali la moneta elettronica, nonché a svolgere tali attività a livello comunitario in base al mutuo riconoscimento ed al sistema generale di vigilanza prudenziale cui sono soggetti a norma delle direttive bancarie europee".

⁹⁸ L'art. 1, lett. b) della direttiva in parola definiva, ai sensi e per gli effetti della direttiva stessa, gli Istituti di emissione della moneta elettronica (c.d. IMEL) come, "qualsiasi impresa o altra persona giuridica diversa dagli enti creditizi di cui all'articolo 1, punto 1, primo comma, lettera a), della direttiva 2000/12/CE, che emetta mezzi di pagamento in forma di moneta elettronica". Sul punto, secondo DESIDERIO, *L'attività bancaria*, Milano, 2004, 26, la qualificazione dell'IMEL in termini di "impresa" deve essere ricondotta "all'urgenza di tranquillizzarsi con una espressione tendenzialmente onnicomprensiva di ogni fenomeno non bancario di emissione di moneta elettronica" piuttosto che "alla volontà di comprendere nella nozione di istituto di moneta elettronica anche soggetti diversi dalle imprese".

⁹⁹ Ciò, in particolare, è accaduto anche nel nostro ordinamento: infatti, tale attività era, già prima dell'emanazione delle citate direttive, riservata alle banche sulla base di quanto disposto dall'art. 10, co. 3 T.U.B. La norma, tuttora, legittima gli enti creditizi ad esercitare, in uno all'attività bancaria *ex co.* 1 del medesimo articolo, "ogni altra attività finanziaria, secondo la disciplina propria di ciascuna, nonché attività

contemperare due opposte esigenze: da un lato, infatti, era sempre più avvertita l'esigenza di limitare il novero dei soggetti abilitati ad emettere moneta elettronica in ragione delle possibili difficoltà, soprattutto da un punto di vista regolamentare, derivanti dal dover disciplinare nuove categorie di intermediari, prevedendo per essi una disciplina *ad hoc*; dall'altro, la convinzione che una simile limitazione avrebbe potuto influire in maniera negativa sul livello di concorrenzialità nel mercato dei sistemi di pagamento, condizionandone negativamente l'innovazione e lo sviluppo. L'adeguamento dell'ordinamento italiano alle previsioni comunitarie ha avuto luogo a seguito dell'entrata in vigore della l. 1 marzo 2002, n. 39 (c.d. "l. comunitaria 2001"), la quale, agli artt. 55 e 56, ha introdotto modifiche di rilievo al T.U.B., attuate mediante l'introduzione, nello stesso, del Titolo V-bis (artt. 114-bis -114-quinquies), dedicato agli "Istituti di moneta elettronica" (IMEL). Più dettagliatamente, l'art. 114-bis del T.U.B., ha recepito gli orientamenti espressi in ambito comunitario, fissando il *principio di riserva* dell'attività di emissione di *e-money* a favore di due categorie di soggetti: banche ed IMEL.¹⁰⁰

Nell'ambito del processo europeo di armonizzazione del mercato dei pagamenti, cui ha contribuito l'emanazione della Direttiva 2007/64/CE (cd. PSD),¹⁰¹ finalizzato ad accrescere la concorrenza in tale settore, ampliando il novero dei prestatori dei servizi di pagamento e diffondendone l'accessibilità al pubblico,¹⁰² la direttiva 2009/110/EC

connesse e strumentali". Inoltre, l'emissione e la gestione di strumenti di pagamento sono annoverate tra le attività ammesse al mutuo riconoscimento *ex art. 1, secondo comma, lett. f), n. 5 del T.U.B.,* cui fa da *pendant* l'art. 11, quinto comma, T.U.B., il quale nega la possibilità a soggetti diversi dalle banche di "effettuare ogni forma di raccolta di fondi a vista collegata all'emissione o alla gestione di mezzi di pagamento a spendibilità generalizzata".

¹⁰⁰ In quest'ottica, da un lato all'art. 1 co. 2 lett. h-bis) TUB, gli IMEL sono stati definiti come "le imprese, diverse dalle banche, che emettono moneta elettronica", mentre dall'altro, all'art. 114-bis TUB, si precisava che "l'emissione di moneta elettronica è riservata alle banche e agli istituti di moneta elettronica. Gli istituti possono svolgere esclusivamente l'attività di emissione di moneta elettronica, mediante trasformazione immediata dei fondi ricevuti. Nei limiti stabiliti dalla Banca d'Italia, gli istituti possono svolgere altresì attività connesse e strumentali, nonché prestare servizi di pagamento; è comunque preclusa la concessione di crediti in qualunque forma". Per effetto, poi dell'art. 2, co. 5, D.P.R. 14 marzo 2001, n. 144, "Regolamento recante norme sui servizi di *bancoposta*", pubblicato in G.U. n. 94 del 23 aprile 2001, 32", alla posizione rivestita in tale settore dalle banche, è stata equiparata quella delle Poste Italiane S.p.A. Sul punto, v. PACILEO, *L'attuazione in Italia delle direttive comunitarie in materia di e-money*, cit., 232.

¹⁰¹ Come si vedrà nel successivo capitolo, il legislatore comunitario ha, con tale direttiva, introdotto una nuova categoria di soggetti autorizzati a prestare, anche in aggiunta alla propria attività commerciale tipica, servizi di pagamento all'interno dell'intera Unione Europea: i cd. *Istituti di pagamento* (IP).

¹⁰² In tal senso, i *Consideranda* n. 2 e 4 della direttiva 2009/110/EC, nella parte in cui esplicitano la necessità di modificare la precedente direttiva 2000/46/CE rappresentata, da un lato, dalla circostanza che "alcune delle sue disposizioni hanno ostacolato l'emergenza di un vero mercato unico dei servizi di moneta elettronica nonché lo sviluppo di servizi di agevole utilizzo" e, dall'altro, di "agevolare l'avvio e l'esercizio dell'attività di emissione di moneta elettronica, in modo da assicurare condizioni di parità a tutti i prestatori di servizi di pagamento".

(cd. IMEL 2), riguardante l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale dell'attività degli Istituti di moneta elettronica, ha abrogato la precedente 2000/46/EC, introducendo nuove regole ed, al contempo, abilitando nuove opportunità per gli IMEL, di cui si dirà ampiamente nel prosieguo della trattazione.¹⁰³

¹⁰³ Sul punto, si rinvia al Cap. II, par. 4.

Par. 2.3. Tipologie ed evoluzione della moneta elettronica: *smart card*, *borsellino elettronico* e *bitcoin*.

Secondo l'impostazione tradizionale, la moneta elettronica può articolarsi secondo *due diversi schemi tipologici*, a seconda che il valore monetario risulti memorizzato su una carta, piuttosto che sulla memoria di un computer: le *smart cards*, ovvero, borsellini elettronici¹⁰⁴ ed i c.d. sistemi *software-based*, ovvero, basati su memoria di elaboratore.¹⁰⁵

La c.d. *smart card* costituisce la tipologia di moneta elettronica che per prima si è diffusa nella pratica, innanzitutto, straniera (segnatamente, nordamericana).¹⁰⁶ Essa, talora definita *stored-value product* (letteralmente, “prodotto con valore immagazzinato”), è rappresentata da una tessera plastificata di piccole dimensioni, dotata al suo interno di un *microchip* (microprocessore) nel quale sono memorizzate, sotto forma di impulsi elettronici, le somme che il titolare ha versato all'istituto emittente e che questi ha “trasformato” in una corrispondente quantità di moneta elettronica.¹⁰⁷

¹⁰⁴ In realtà, dottrina attenta distingue le nozioni di “*smart card*” e “*borsellino elettronico*”: secondo DE POLI, in *Trattato delle Obbligazioni*, diretto da L. GAROFALO E M. TALAMANCA, V, Padova, 2010, 153, quest'ultimo, infatti, costituisce “una carta di credito *pre-pagata* caratterizzata per la presenza di un microprocessore e per l'assenza della banca magnetica, circostanza che non le permette di essere considerata una carta *smart*; il microprocessore consente l'utilizzo della carta *offline*, ossia senza la necessità di collegarsi alla società emittente per ottenere l'autorizzazione, come accade invece per le carte di credito. Per tale ragione, il commerciante o il prestatore del servizio erogato ottengono immediatamente il pagamento del bene o del servizio”; secondo S. KORPER-J. ELLIS, in *Il libro del commercio elettronico. Il progetto, le tecnologie, il marketing, la distribuzione: una mappa operativa*, Milano, 2000, p. 176 ss., dal canto loro “i cd. borsellini elettronici non supportano soltanto la moneta elettronica, ma anche assegni elettronici e diversi tipi di carte di credito”, in ciò differenziandosi dalla *smart card*. Di questi ultimi costituisce *species* il cd. *Mobile Wallet*, ovvero, un borsellino elettronico che in ambito operatori di telefonia mobile, risulta idoneo a svolgere la funzione di *contenitore e gestore* di varie applicazioni *NFC*, sia dell'operatore stesso sia di terze parti (*Service Provider*), per la cui specifica trattazione si rinvia a Cap. II, par.

¹⁰⁵ In tal caso, il P.O.S. che stabilisce il collegamento con il computer sul quale è memorizzato il valore monetario, è di tipo *virtuale*.

¹⁰⁶ Le origini di tale fenomeno possono essere ricondotte al giornalista francese Roland Moreno, il quale, nel 1974, brevettò la c.d. *smart card*, ossia una tessera a banda magnetica con microprocessore incorporato, dotato di capacità di memorizzazione di una notevole quantità di dati. Sul punto v. per tutti OLIVIERI, *Compensazione e circolazione della moneta nei sistemi di pagamento*, cit., 247. Tra i primi esempi di utilizzo di tale schema di pagamento nell'esperienza statunitense si ricorda il servizio fornito dalla Visa (denominato *Visa Cash*) durante le Olimpiadi di Atlanta nel 1996. Sul punto si veda, *ex plurimis*, FEIN, *Law of Electronic Banking*, New York, 2001, Supplement, par. 6.02, C.3.

¹⁰⁷ Da tale definizione può cogliersi la similitudine ed, al contempo, la differenza rispetto ai sistemi di pagamento, pure fondati su carte, generalmente denominati di *trasferimento elettronico di fondi*, ampiamente diffusi in ambito bancario (si pensi a *pagobancomat* e carte di credito). In tali ultimi sistemi, diversamente da quel accade nei sistemi *card based*, il valore monetario non è memorizzato sul *chip* della carta, ma depositato

In realtà, a tale tipologia si sono affiancati, nel corso degli anni ed in uno al progresso tecnologico, ulteriori “strumenti di moneta elettronica latamente intesa”. In quest’ottica, senza alcuna pretesa di esaustività¹⁰⁸ e nel rispetto dell’opzione legislativa, comunitaria ed interna, per una nozione di moneta elettronica *tecnicamente neutra*, appare possibile (soltanto) distinguere, innanzitutto, tra strumenti a pagamento posticipato (le carte di credito), simultaneo (le carte di debito e gli assegni elettronici) ed anticipato (le carte prepagate); nonché, tra strumenti di pagamento a spendibilità limitata (“*single*” o “*limited purpose smart card*” o cd. chiuse) in quanto il loro utilizzo è possibile nei confronti del solo emittente della carta (le carte telefoniche) o comunque nei confronti di un numero limitato di punti vendita,¹⁰⁹ e strumenti di pagamento a spendibilità generalizzata (“*general purpose smart cards*” o cd. aperte) che, invece, consentono un utilizzo tendenzialmente generalizzato, per quanto comunque limitato ai soli punti vendita convenzionati con l’emittente (così avviene per le carte di credito, le quali, però, sono strumenti di *credito* e non di *pagamento*).

sul conto che il titolare ha acceso presso il proprio istituto, sicché per il trasferimento delle somme sarà sempre necessaria la connessione telematica tra P.O.S. ed istituto di credito. Sul punto si veda SELLA, *La moneta elettronica nel sistema bancario italiano*, in *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, cit., 3.

¹⁰⁸ Del resto, secondo G. LEMME, voce *Moneta*, cit., 2., “l’art. 1 della Raccomandazione chiarisce come gli strumenti di pagamento elettronici presi in considerazione dalla stessa non si identifichino *totalmente* con il concetto di moneta elettronica, comprendendo ipotesi, come il prelievo di denaro per il tramite di strumenti elettronici, non costituenti moneta elettronica, ed escludendo altri, come le *smart cards* non ricaricabili, rientranti di certo nel concetto di moneta bancaria”.

¹⁰⁹ La diffusione delle carte prepagate cd. chiuse è iniziata in Italia nella prima metà degli anni novanta: da quel momento tali carte si sono diffuse prevalentemente nell’ambito dell’offerta di servizi caratterizzati da pagamenti frequenti, ma di entità limitata. Se i settori merceologici di iniziale diffusione delle carte come strumento di pagamento prepagato sono stati principalmente quello dei servizi telefonici, fissi e mobili, successivamente questa modalità di pagamento si è estesa a molti altri servizi, come ad esempio quello del trasporto autostradale (si pensi alla *viacard*) o quello della televisione a pagamento (si pensi alla carta prepagata per la fruizione di servizi televisivi in digitale terrestre): in ognuno di questi settori la scelta per la modalità di fruizione prepagata, sia in via esclusiva sia in alternativa a forme di fruizione post-pagata, è stata motivata da ragioni diverse. Da ultimo, l’impiego delle carte prepagate chiuse ha interessato anche ulteriori settori merceologici connotati da caratteristiche più specifiche, riguardanti principalmente l’offerta di servizi pubblici locali (trasporto pubblico locale, parcheggi pubblici, etc.) o l’offerta di vari beni e servizi come, ad esempio, il noleggio di DVD, il servizio di accesso a Internet ed, infine, per la gestione del conto relativo alle scommesse. Riguardate sotto il profilo della spendibilità, nonostante l’ampliamento dei settori merceologici interessati dallo strumento di pagamento prepagato, le ipotesi descritte non appaiono riconducibili alla nozione di “moneta elettronica” in quanto caratterizzate da un fondamentale limite di utilizzo: si tratta, invero, di carte non accettate come mezzo di pagamento generale, ma per il pagamento soltanto dei beni e/o servizi offerti dallo stesso emittente, sicché l’emissione e la gestione delle stesse non è considerabile, alla luce della disciplina vigente, come prestazione di un servizio finanziario di pagamento. Come si vedrà nel successivo capitolo, tuttavia, la rilevanza a fini definitivi del criterio della spendibilità (generalizzata o limitata) pare esser mitigato, in tempi recenti, dalla diffusione di carte telefoniche cd. di tipo “*multipurpose*”, ossia utilizzabili non solo per telefonare, ma anche per pagare beni o servizi, (talora) offerti da un soggetto diverso dall’emittente.

Agli strumenti di pagamento che consentono l'accesso, a distanza, al proprio conto corrente consentendo al titolare dello strumento di impartire, a favore di terzi, ordini di pagamento a valere sullo stesso (le carte di credito, quelle di debito, i cc.dd. sistemi di *phone* ed *home banking*), si contrappongono gli strumenti che non lo consentono, come le carte cd. prepagate, che sono forme di immagazzinamento di un valore monetario (o comunque di un credito), spendibile e ricaricabile ma non collegato ad una risorsa di liquidità esterna ad essi, come il conto corrente.

Infine, particolarmente rilevante per le sue recenti evoluzioni, appare la distinzione tra strumenti di pagamento basati su “*hardware*”, in genere, carte (*cards*, tessere) dotate di un microprocessore sul quale l'emittente la carta stessa ha memorizzato l'importo del versamento di denaro ricevuto, confinato entro un determinato tetto, che possono essere utilizzate per effettuare pagamenti attraverso appositi lettori di carte o attraverso reti di telecomunicazione, quale internet,¹¹⁰ e strumenti di pagamento basati su “*software*” (cd. “*software e-money*”), invece, più sofisticati (ne sono esempi l'*e-money*, l'*e-cash*, etc.), che non richiedono necessariamente l'emissione di una carta in quanto il valore monetario, caricabile senza limiti, è immagazzinato sulla memoria di un computer ed è utilizzabile esclusivamente in forma telematica (o digitale), chiamati anche *moneta virtuale* o *e-cash*. I primi sono utilizzati nelle transazioni caratterizzate da un incontro fisico tra *solvens* ed *accipiens*, anche cd. “*face-to-face*”, mentre, invece, i secondi per effettuare pagamenti a distanza tramite *internet* (è il caso dell'*e-commerce*): entrambi non richiedono l'intermediazione di un istituto di credito (depositario di fondi o erogatore di credito), anche se, in genere, sono emessi proprio da istituti bancari.

Riconducibili a quest'ultima tipologia, ma in realtà per molti aspetti estranei alla nozione stessa di moneta elettronica in senso stretto, risultano il cd. *bitcoin* e le *criptovalute* in generale. Si tratta di *valute virtuali*¹¹¹ nate con lo scopo principale di

¹¹⁰ Più dettagliatamente, nell'ipotesi di acquisti *on-line*, attraverso l'utilizzo di un lettore di *smart card* direttamente collegato al computer, l'acquirente è in grado di effettuare pagamenti utilizzando il proprio computer come se fosse un terminale P.O.S., inserendo sul sito *web* gli estremi identificativi della propria carta e l'importo da pagare.

¹¹¹ La Banca Centrale Europea, con un report del 2012 (European Central Bank, *Virtual Currency Schemes*, 2012), ha precisato che i *bitcoin*, così come le altre *criptovalute*, vanno classificate nell'ambito dei sistemi di pagamento virtuali cd. del “terzo tipo”, come tali intendendosi quei sistemi in cui è possibile scambiare moneta reale con moneta virtuale e viceversa. In altre parole, la valuta virtuale può essere utilizzata come merce di scambio per ottenere denaro o altri beni; allo stesso modo è possibile acquistare valuta virtuale pagando un corrispettivo in denaro o in natura. I sistemi di pagamento virtuale, infatti, sono classificati in tre categorie. Oltre quella testé illustrata, esistono quelli di primo tipo, ovvero sistemi chiusi che non consentono di scambiare moneta virtuale al di fuori di una determinata comunità virtuale, utilizzabile esclusivamente per

rendere più veloci e sicure le transazioni sulla rete, assicurando al contempo un abbattimento dei costi legati all'operazione: la loro circolazione ed emissione avviene, infatti, senza l'ausilio di intermediari ed autorità centrali.

Più dettagliatamente il *bitcoin* costituisce valuta digitale basata sulla crittografia¹¹² a chiave pubblica.¹¹³ Non esiste, pertanto, come moneta di carta o metallo, ma come mera successione di "bit": i *bitcoin*, infatti, sono *files* criptati ovvero creati da qualsiasi computer, purché connesso alla rete su cui operi un *software open source* in grado di eseguire transazioni.¹¹⁴ Con questa installazione qualsiasi computer, dunque, può

acquistare beni e servizi all'interno della comunità stessa. I sistemi di pagamento virtuali del secondo tipo, infine, sono quelli in cui è sì possibile scambiare denaro reale per valuta virtuale, ma non il contrario. In questo caso la moneta virtuale può essere acquistata, ma non può essere rivenduta, potendo essere utilizzata solo per l'acquisto di beni e servizi virtuali ed, in taluni casi, anche di beni e servizi reali. In tal senso si veda anche, CAPACCIOLI, *Introduzione al trattamento tributario delle valute virtuali: criptovalute e bitcoin*, in *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, n. 1/2014, 27-68.

¹¹² La crittografia costituisce branca della tecnologia che studia come occultare informazioni o, per meglio dire, garantirne la riservatezza, mediante l'autenticazione del mittente, al quale non è consentito effettuare l'operazione inversa, annullando il messaggio, ed assicurando che lo stesso sia integro e non alterato. Per un approfondimento della materia si veda, *ex multis*: SINGH, *Codici & Segreti*, 2001; SACCO, *Manuale di crittografia*, Roma, 2012; GIUSTOZZI, MONTI, ZIMUEL, *Segreti, spie, codici cifrati*, Milano, 2003.

¹¹³ In realtà con il termine *bitcoin* s'intende sia il sistema di pagamento virtuale, sia la vera e propria "moneta" digitale, identificata anche semplicemente come BTC. Si tratta di una moneta virtuale limitata, destinata a crescere nel tempo asintomaticamente secondo un algoritmo che ne consente la creazione di un numero massimo di *ventuno milioni*, nata dall'intuizione di Satoshi Nakamoto, pseudonimo dietro il quale probabilmente si cela un'equipe di persone che, a cavallo degli anni 2008-2009, ha introdotto sul mercato un nuovo sistema basato su una rete *peer to peer*, al fine di rendere i pagamenti effettuati su *Internet* più veloci, economici e sicuri, a tale scopo servendosi della crittografia e creando un sistema decentralizzato di distribuzione di moneta virtuale che non necessita di un soggetto/ente che funga da emittente o garante. Fino al 2011, peraltro, i *bitcoin* non hanno avuto grande diffusione, salvo poi esplodere in una crescita esponenziale, dando vita ad un vero e proprio sistema economico virtuale e suscitando l'attenzione di investitori, speculatori, nonché dei *mass media*. Loro "antenato" ed ulteriore esempio di moneta cd. virtuale, può considerarsi il cd. *Linden dollar*, moneta digitale utilizzata, sin dal 2003, nel mondo virtuale di "*second life*", piattaforma informatica operante nel settore dei nuovi media e che trova applicazione in molteplici campi (intrattenimento, arte, formazione, musica, cinema, architettura, impresa, etc.). Sulla scia del successo riscosso dai *bitcoin*, poi, sono state immesse su questo nuovo mercato virtuale altre *criptovalute*, come ad esempio il *litecoin*, *peercoin*, *dogecoin* e *ripple*.

¹¹⁴ In particolare, il sistema risulta basato su una rete *peer to peer* (P2P) di cui esempio classico è la rete per la condivisione di file (*file sharing*). Più dettagliatamente, si tratta di un'architettura logica di rete informatica in cui i nodi non sono gerarchizzati unicamente sotto forma di client o server fissi (clienti e serventi), ma sotto forma di nodi equivalenti o paritari (cd. *peer*) che possono cioè fungere sia da cliente che da server verso gli altri nodi terminali (cd. *host*) della rete. Essa dunque costituisce un caso particolare dell'architettura logica di rete client - server. Mediante questa configurazione qualsiasi nodo è in grado di avviare o completare una transazione. I nodi equivalenti possono differire nella configurazione locale, nella velocità di elaborazione, nella ampiezza di banda e nella quantità di dati memorizzati. Nel caso di *bitcoin*, la rete è costruita in modo che ogni utente trasmetta le transazioni degli altri utenti. E, fatto di importanza cruciale, nessuna banca è richiesta come terzi. In altre parole i nodi, che tecnicamente stanno ad indicare hardware capaci di comunicare *online* con altri dispositivi, possono essere anche identificati con coloro che materialmente dispongono di tali attrezzature, ovvero gli utenti. Tali nodi sono connessi tra loro senza la presenza di server centrali ed ognuno di essi ha la responsabilità sia di creare *bitcoin* che di garantire l'autenticità delle transazioni effettuate con l'impiego di tale moneta. Sotto quest'ultimo profilo, infatti, se è vero che il descritto sistema è in grado di velocizzare le transazioni con un notevole risparmio in termini di

“emettere” moneta, in quanto ognuno può, senza alcun costo, scaricare il *software* da *internet*.

In tale contesto, non pare revocabile in dubbio che la fattispecie *de qua*, pur presentando sicuri punti di contatto con la nozione di moneta elettronica (è anch’essa, infatti, un *valore memorizzato elettronicamente* che svolge la funzione di *mezzo di intermediazione negli scambi*),¹¹⁵ se ne differenzia e marcatamente.¹¹⁶ Il *bitcoin*,

tempo e costi, è altrettanto vero che non mancano gli inconvenienti, primo fra tutti la necessità di autenticazione. In tale contesto, i creatori dei *bitcoin* hanno dovuto studiare un metodo che consentisse ad un determinato utente, e non ad altri, di disporre in maniera esclusiva del proprio pacchetto di *bitcoin*. Ciò si è reso possibile con l’ausilio della crittografia, motivo per il quale tali valute vengono anche denominate *criptovalute*. In particolare, ciascun utente possiede una chiave pubblica, chiamata correntemente anche indirizzo, conoscibile dagli altri utenti, ed una chiave privata conosciuta, invece, soltanto dall’utente stesso; ed è proprio quest’ultima a consentirgli la gestione esclusiva dei *bitcoin* di cui è titolare trasferendoli al destinatario. In definitiva, la transazione avviene mediante la computazione di un messaggio, “firmato” con la propria chiave privata, contenente la quantità di *bitcoin* che si intende trasferire, nonché la chiave pubblica/indirizzo dell’utente destinatario. Quest’ultimo, pertanto, avrà la possibilità di verificare l’emittente, il destinatario e l’ammontare di *bitcoin* trasferiti.

¹¹⁵ V’è da dire, peraltro, che anche la funzione di *mezzo di scambio* va ridimensionandosi. Ed invero, con il passare degli anni s’è assistito alla tendenza da parte degli utenti ad accantonare *bitcoin* piuttosto che impiegarli per l’acquisto di beni e servizi. Ciò in quanto il valore dei *bitcoin* non è fisso ed immutato, ma, al contrario, soggetto a forti oscillazioni, il che incentiva gli utenti ad acquistare il maggiore numero possibile di *bitcoin* quando il valore degli stessi è relativamente basso, accantonandoli in portafogli virtuali in attesa di un loro maggiore apprezzamento, per poi cederli e lucrare sulla differenza tra costo d’acquisto e prezzo di vendita. In definitiva, intorno ai *bitcoin* s’è creata una speculazione assimilabile a quella realizzata sui mercati finanziari, ma con la differenza che quest’ultima attività è soggetta ad una regolamentazione ben precisa, determinata ed uniforme. Questo fenomeno, noto anche come *hoarding*, contribuisce all’allontanamento dei *bitcoin* dal concetto di moneta, comportando la perdita della sua originaria funzione di scambio, senza sottovalutare l’ulteriore aspetto derivante dalla mancanza di una loro circolazione diffusa tra gli utenti. Allo stato, infatti, i *bitcoin* non sono distribuiti equamente nel sistema, ma sono concentrati nella mani di pochi utenti.

¹¹⁶ In tale contesto, piuttosto incerta appare la *natura giuridica* dei *bitcoin*. Esclusa la natura di moneta, ancorché *elettronica*, è peraltro innegabile che i valori in parola *esistono, circolano, vengono scambiati ed hanno un valore economico*. In altre parole, non pare revocabile in dubbio che s’è in presenza di un bene secondo la definizione fornita dall’art. 810 c.c., a tenore del quale “*sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti*”. Ed invero, secondo l’impostazione più recente, lo sviluppo della civiltà e l’incessante progredire delle tecnologie hanno reso non più attuale una definizione di bene che tenga conto esclusivamente della loro fisicità, sicché o si accede ad una nozione più ampia di *cosa*, in grado di ricomprendervi anche entità ideali e non corporali, come pure sostenuto, oppure è necessario tenere ben distinti i concetti di bene e di cosa, dove *i beni sono tutte le entità fisiche o ideali idonee a costituire in generale oggetto di diritti, mentre le cose sono i beni corporali*. In altre parole, il concetto di cosa risulta ricompreso in quello di bene, ma senza esaurirlo, rientrandovi anche quelle entità che, seppur non dotate di corporalità, sono comunque idonee a formare oggetto di diritti. Allo stesso tempo, non tutte le cose sono necessariamente beni, ma solo quelle idonee a *soddisfare un bisogno umano*. E proprio quest’ultimo connotato risulta rilevante al fine di stabilire quando si è in presenza di un bene giuridicamente qualificabile come tale, non già la sua materialità e fisicità. Tutto ciò che è esterno al soggetto ed è da questi utilizzabile per il soddisfacimento di un determinato interesse, dunque, deve essere giuridicamente considerato “bene”, consentendone l’appropriazione, nonché l’esercizio di una serie di poteri e facoltà tutelati *erga omnes* dall’ordinamento giuridico. In definitiva, la nozione di bene giuridico è inevitabilmente collegata a quella di *bene economico*, in quanto i concetti di utilità ed utilizzabilità non possono prescindere da un ulteriore elemento, ovvero la valutabilità: un bene per essere considerato tale giuridicamente e, quindi, per ricevere adeguata tutela, deve anche essere economicamente valutabile. Per la definizione testé illustrata del concetto

infatti, non fa riferimento ad alcuna valuta corrente con valore legale.¹¹⁷ Al contrario, la sua unità di conto ha un valore che non risponde e non dipende da alcuna autorità finanziaria esterna, sicché reciso risulta ogni collegamento con la moneta legale (se non in, successiva ed eventuale, sede di conversione).¹¹⁸ Inoltre, tale sistema di moneta

di cosa, si veda *ex multis*: DE MARTINO, *Beni in generale – Proprietà*, in Commentario del Codice Civile, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Libro Terzo, 1976; MAIORCA, *La cosa in senso giuridico*, 1978; CICALA, *Elementi reali ed elementi ideali della formazione del concetto giuridico di cosa*, in Riv. dir. Agr., 1942; PINO, *Contributo alla teoria giuridica dei beni*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1948; BIONDI, *Cosa fungibile e non fungibile*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, 1019 ss.; VENTURINI, voce *Beni immateriali (dir. int. priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, V, Milano, 1959, 247; BIANCA, *Diritto civile, La proprietà*, 1999, 54; MINUSSI, *Proprietà, Possesso, Diritti Reali*, Napoli, 2009; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1947, 55; TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2007, 166. Anche secondo ZENO ZENCOVICH, voce *Cosa*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civile, 1989, 443, “le cose costituiscono solo una parte delle entità suscettibili di essere qualificate come beni e si distinguono dalle altre per il connotato della *corporalità*”. *Contra*, invece, FAVA – GIULIANO – SORANO, *La tutela della proprietà e degli altri diritti reali*, 2006, 2014: secondo gli Autori “nel significato dell’art. 810 c.c., il termine cosa può comunque identificarsi in ogni oggetto o entità che sia distinguibile rispetto al soggetto. Altre volte, nella terminologia codicistica, il termine cosa viene utilizzato nel comune senso di oggetto materiale dotato di dimensione fisica: si pensi, a tale riguardo, alle norme sull’obbligo del venditore di consegnare la cosa al compratore. La cosa va intesa, dunque, come bene corporale. Pertanto, nonostante l’assenza di una specifica nozione codicistica, può dirsi che il termine cosa è stato assunto dal legislatore con il significato ormai comunemente acquisito di porzione delimitata del mondo esterno, percepibile con i sensi e utile a soddisfare un bisogno del soggetto”. Tali ultimi autori, in buona sostanza, negano l’esistenza della categoria dei beni immateriali, ritenendo che non possano formare oggetto di diritto reale.

In quest’ottica, non pare revocabile in dubbio che i *bitcoin* sono in possesso di tutti i requisiti necessari per poter essere considerati *beni*: infatti, sono senz’altro idonei a soddisfare un bisogno umano, essendo utilizzati per reperire sul *web* beni, servizi o denaro, ed avendo un valore economico, se non determinato, quantomeno determinabile sulla base di una serie di fattori che possono essere rinvenuti, ad esempio, nel costo necessario per svolgere l’attività di *mining* e sicuramente nel rapporto domanda/offerta; inoltre essi presentano un’ulteriore caratteristica tipica della definizione di bene in senso economico, ossia, la limitatezza rispetto alla domanda, in quanto il sistema è stato pensato per consentire l’emissione di un numero massimo di *bitcoin* (ventuno milioni). Si tratta, in particolare, di *beni immateriali*, sicché la disciplina applicabile è quella dettata in materia di *beni mobili* che a norma dell’art. 812 c.c. costituisce categoria residuale (sono mobili tutti i beni che non possono essere considerati immobili). D’altronde, dottrina e giurisprudenza sono giunte alle medesime conclusioni in ordine alla natura delle quote di partecipazione sociali con riferimento sia alle società a responsabilità limitata, sia alle società di persone, stabilendo che la quota, pur non potendo essere configurata come un bene materiale, deve essere considerata un bene immateriale equiparabile ad un bene mobile, in considerazione del suo effettivo valore economico. Ad avvalorare la tesi qui sostenuta, inoltre, v’è la recente costituzione della prima società di capitali italiana avvenuta mediante conferimento di *bitcoin* effettuato ai sensi e per gli effetti dell’art. 2465 c.c. (in data 24 marzo 2015, infatti, è stata costituita la società a responsabilità limitata denominata “ORACLIZE S.R.L.”, avente ad oggetto sostanzialmente l’esercizio di attività informatiche e telematiche). Quest’ultimo aspetto non è di poco momento se si tiene conto del fatto che il citato articolo disciplina il conferimento di *beni in natura*, come tale intendendosi tutti gli apporti diversi dal denaro. In pratica, i *bitcoin*, anche in questo caso, non sono stati assimilati al denaro, ma si è ritenuto opportuno applicare la più rigida disciplina dettata per il conferimento in società di beni in natura (necessità di una relazione giurata di stima ad opera di un revisore legale o di una società di revisione legale iscritti nell’apposito registro e scelti dal conferente), a tutela dell’effettività del capitale.

¹¹⁷ Ad oggi, comunque, il valore dei *bitcoin* si aggira intorno a duecentosessantacinque euro circa.

¹¹⁸ Ed invero, mentre la moneta elettronica, come sopra evidenziato, è emessa in seguito alla dazione di una somma di denaro rappresentata da valuta legale ed acquista valore proprio sulla base del credito che il disponente vanta nei confronti dell’emittente, i *bitcoin* possono essere generati soltanto attraverso l’operazione di *mining* (ossia, di *estrazione*, che costituisce il processo di emissione della moneta virtuale

virtuale si basa su un *tasso di cambio* specifico che può variare anche di molto, in quanto il valore è di solito agganciato soltanto alla domanda ed alla dimensione dell'offerta della stessa moneta virtuale.¹¹⁹ Tale circostanza, in uno all'assenza dell'obbligo di rimborsare il valore nominale dei fondi corrispondenti al valore memorizzato, comporta che il controllo completo della “moneta” sia, in definitiva, rimesso al suo emittente (di regola una società finanziaria),¹²⁰ il che spiega peraltro la preoccupazione degli Stati in cui il fenomeno va diffondendosi.¹²¹

svolto dai nodi particolari e, quindi, da determinati utenti cd. *miner*) ed il loro valore è dato dal rapporto domanda/offerta e, quindi, dalla fiducia che gli utenti ripongono in tale mezzo di pagamento. Per un'analisi più approfondita delle differenze esistenti tra moneta elettronica e valuta virtuale, si veda CAPACCIOLI, *Introduzione al trattamento tributario delle valute virtuali: criptovalute e bitcoin*, in *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, cit., 30, secondo il quale “Detta definizione evidenzia immediatamente le differenze tra moneta elettronica e moneta virtuale: 1. Nei sistemi di moneta elettronica il legame tra quest'ultima e la moneta tradizionale è conservato da un fondamento giuridico: la moneta elettronica è espressa nella stessa unità di conto (dollari, euro, ecc.). 2. Nella moneta virtuale l'unità di conto può essere una valuta reale o una valuta virtuale (ad esempio Facebook Credits, Linden Dollars, bitcoins, Q Coin, VEN). 3. Nel caso di valuta virtuale, il tasso di cambio (qualora consentito) per la valorizzazione della stessa è legato esclusivamente alle interazioni tra domanda e offerta. 4. La convertibilità della valuta virtuale in valuta reale non è regolata né obbligatoria e dipende dalla volontà (o dagli schemi contrattuali) dell'emittente. 5. Nel caso di criptovaluta, non essendovi alcun emittente, tale conversione è assolutamente incerta. In aggiunta, i sistemi di moneta elettronica sono regolamentati e gli emittenti sono soggetti a vigilanza, mentre nei regimi di moneta virtuale può esservi carenza di regole e assenza di vigilanza nei confronti degli emittenti. I rischi cui l'utente si espone nel possedere moneta elettronica o moneta virtuale sono diversi. La moneta elettronica è principalmente soggetta al rischio operativo associato a potenziali interruzioni del sistema su cui è memorizzata. Le monete virtuali, oltre ad essere esposte a rischi di credito, sono soggette a rischi di liquidità, a incertezza giuridica e rischi operativi per mancanza di regolamentazione e di controllo pubblico”.

¹¹⁹ D'altro canto, innegabili appaiono i *vantaggi economici* derivanti dall'uso della moneta virtuale: innanzitutto, il contenimento delle spese che il loro utilizzo comporta, nonché, soprattutto, l'assenza di rischio di deprezzamento da inflazione cui, invece, risultano esposte le “normali” valute. Sotto quest'ultimo profilo, infatti, a differenza delle valute a corso legale, i *bitcoin* hanno la caratteristica che nessuno può controllarne il valore a causa della natura decentralizzata del metodo di creazione della valuta. Nel caso dei *bitcoin* la quantità di valuta in circolazione è limitata a priori, inoltre, è perfettamente prevedibile e quindi conosciuta da tutti i suoi utilizzatori in anticipo: l'inflazione da valuta in circolazione non può quindi essere utilizzata da un ente centrale per redistribuire la ricchezza tra gli utenti. Sotto il primo profilo, invece, i *bitcoin* rendono più facili ed economici i trasferimenti su *Internet*, eliminando la necessità di intermediari. Le transazioni *online*, infatti, avvengono solitamente a mezzo di un server centrale che contiene tutti i dati degli utenti e funge da “bilancio”, registrando tutte le operazioni in entrata ed in uscita che vengono effettuate dagli utenti stessi. L'innovazione determinata dai *Bitcoin* consiste proprio nella mancanza di un server centrale e, quindi, di un soggetto terzo al quale affidarsi necessariamente per concludere una transazione. Ciò, come evidenziato, è stato possibile connettendo gli utenti in un sistema di rete *peer to peer*, ovvero consentendo a ciascun utente di connettersi direttamente con gli altri utenti senza passare per un soggetto terzo (server centrale).

¹²⁰ I *rischi* connessi all'utilizzo di tale “moneta” aumentano se si considera che, allo stato attuale, manca un quadro giuridico di riferimento (europeo ed internazionale) che ne disciplini quantomeno gli aspetti critici, sancendo regole certe ed uniformi in ordine all'emissione, alla circolazione e soprattutto alle sanzioni per il caso in cui venga utilizzata per il compimento di operazioni vietate dalla legge. Ed invero, tra le principali problematiche connesse alla tipologia di “moneta” in parola, può annoverarsi innanzitutto quelle legate al *riciclaggio di denaro*: i *bitcoin*, garantendo l'anonimato di coloro che ne dispongono e consentendo lo spostamento anche di ingenti somme di denaro in qualsiasi posto del mondo in maniera praticamente

Infine, un ulteriore schema di “moneta elettronica” può essere ravvisato, secondo alcuni, nell’utilizzo della telefonia mobile (c.d. *M-payment*), segnatamente in quei pagamenti “nei quali i dati e l’ordine di pagamento sono emessi, trasmessi o confermati tramite un telefono o un dispositivo mobile”,¹²² per la cui specifica trattazione si rinvia al successivo capitolo.

istantanea e ad un costo insignificante, possono essere utilizzati, come spesso è accaduto, come mezzo per “ripulire” denaro proveniente da attività illecite e per trasferire capitali all’estero. Non stupisca, quindi, che tale valuta sia stata utilizzata anche come porta d’ingresso ai principali “mercati neri”. L’anonimato delle transazioni, infatti, ha consentito l’acquisto di beni e servizi illegali ed in particolar modo i *bitcoin* in passato di sovente sono stati impiegati per l’acquisto di sostanze stupefacenti. Si pensi al noto caso “*Silk Road*”: l’omonimo sito, nato nel 2011 negli Stati Uniti, veniva utilizzato quale piattaforma per la compravendita di droghe, armi, carte di credito rubate ed in generale di materiale illegale, sicché a distanza di un paio di anni è stato chiuso e sequestrato dalle autorità statunitensi, con il conseguente arresto dei realizzatori e gestori del sito. Un’ulteriore insidia determinata dall’utilizzo delle *criptovalute* è ravvisabile poi nell’evasione fiscale: ancora una volta il tassello debole è costituito dall’anonimato che non consente di ricollegare pubblicamente un utente a quella determinata transazione. Infine, il sistema di generazione dei *bitcoin* è completamente decentralizzato e la sua emissione, non dipendendo da alcuna autorità centrale, sia pubblica che privata, *non consente di individuare una giurisdizione competente*. Per una disamina più approfondita delle problematiche connesse alla diffusione dei *bitcoin* e delle *criptovalute* in genere, si veda STOKES, *Virtual money laundering: the case of Bitcoin and the Linden dollar*, Information & Communications Technology Law, 2012, 221236, nonché ARAGUENA-CAROLI-NICOLI-RIZZATI-CHIARI, *Bitcoin, L’altra faccia della moneta*, Firenze, 2014. Per un approfondimento dei profili tributari e fiscali dei *Bitcoin*, si veda: CAPACCIOLI, *Introduzione al trattamento tributario delle valute virtuali: criptovalute e bitcoin*, in *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, n. 1/2014, 27-68, nonché CAPACCIOLI, *Criptovalute, bitcoin e IVA*, in *Il Fisco*, n. 27/2014, 2671-2678.

¹²¹ Ed invero, le opinioni in materia sono fortemente contrastanti e possono sostanzialmente suddividersi in due macrocategorie: i fervidi sostenitori dei *bitcoin*, da un lato, e coloro che guardano con diffidenza a questo nuovo sistema di scambio, dall’altro. I primi affascinati dalle potenzialità della nuova “moneta” virtuale, la quale potrebbe portare all’agognato libero mercato delle monete private; i secondi, al contrario, preoccupati delle conseguenze che la diffusione delle valute virtuali potrebbero avere sull’economia mondiale. In genere gli Stati hanno cercato di estendere ai *bitcoin* la normativa vigente in materia di moneta elettronica, ma alcune caratteristiche tipiche dei *bitcoin* lo escluderebbero: prima fra tutte la circostanza che la moneta elettronica è emessa dietro ricezione di fondi in una quantità non inferiore al valore monetario emesso, cosa che non accade per la moneta virtuale. Ciò spiega perché se da un lato, gran parte delle Nazioni consente l’utilizzo dei *bitcoin*, dall’altro ed in altri Stati (si pensi alla Russia) i *bitcoin* sono stati dichiarati illegali. In ambito europeo, sono pochi i Paesi che, ad oggi, hanno dato importanza al fenomeno crescente delle *criptovalute*, o quantomeno sono pochi i Paesi che si siano attivati per affrontarlo tempestivamente. Tra questi v’è la Germania che ha in qualche modo equiparato i *bitcoin* a strumenti finanziari, azioni e obbligazioni, almeno da un punto di vista fiscale. In Francia s’è sancito che le operazioni effettuate con i *bitcoin* non possano rientrare nell’ambito dell’erogazione di servizi di pagamento. In alcuni Paesi, poi, il fenomeno dei pagamenti virtuali è stato affrontato in relazione alla materia dell’antiriciclaggio, come è accaduto in Canada ed in Svizzera. Al riguardo, si veda CAPACCIOLI, *Riciclaggio, antiriciclaggio e bitcoin*, in *Il Fisco*, 2014 n. 46/2014, 6-7. In Italia la Banca d’Italia, con la *Comunicazione del 30 gennaio 2015*, aderendo all’orientamento dell’Autorità Bancaria Europea, ha scoraggiato le banche e gli altri intermediari dal detenere o vendere valuta virtuale, invitandoli ad informare i clienti in ordine ai rischi che da essa valuta possono derivare. Dello stesso tenore è anche la comunicazione effettuata dalla *People Bank of China* che ha raccomandato le banche di non garantire o investire sulle monete virtuali, nonostante la Cina vanta la più grande piattaforma di *bitcoin* al mondo. Sul punto, si veda FATIGUSO, *Bitcoin al bando in Cina, crolla sotto i mille dollari*, in *Il Sole 24 Ore*, edizione 6 dicembre 2013.

¹²² Si tratta della definizione fornita dalla stessa Commissione europea nel Libro verde “*Verso un mercato europeo integrato dei pagamenti tramite carte, Internet e telefono mobile*”.

CAPITOLO 2. I PAGAMENTI ELETTRONICI

Sommario: **Par. 3.** Il quadro normativo del sistema dei pagamenti elettronici: le raccomandazioni e le linee guida dell'EPC nell'ambito della SEPA - **Par. 3.1.** La direttiva 2007/64/CE (cd. PSD): l'ambito oggettivo – **Par. 3.1.1.** *Segue.* Il cd. *negative scope* – **Par. 3.2.** L'ambito soggettivo e l'emersione di una nuova categoria di prestatori di servizi di pagamento: gli Istituti di Pagamento – **Par. 3.2.1** *Segue.* La natura giuridica degli Istituti di pagamento: analogie e differenze rispetto agli Istituti bancari - **Par. 4.** Il contributo della direttiva 2009/110/CE (cd. IMEL2) alla realizzazione del progetto SEPA: le nuove opportunità per gli IMEL nel mercato dei servizi di pagamento - **Par. 5.** Le deroghe allo statuto normativo dei prestatori di servizi di pagamento: i prestatori cd. *ad operatività limitata* - **Par. 5.1.** I prestatori di servizi di pagamento cd. *ibridi* - **Par. 5.1.1.** *Segue.* L'incerta natura giuridica del "patrimonio destinato" di cui all'art. 114-*terdecies* TUB **Par. 6.** Il ruolo degli operatori di telecomunicazione nel mercato dei servizi di pagamento - **Par. 6.1.** Nozione e tipologie di *Mobile Payment*: le tecnologie impiegate e gli strumenti di pagamento abbinati o sottesi - **Par. 6.1.1.** *Segue.* La spinta verso la diffusione del *Mobile Payment*: il *Mobile Wallet* e la novità della tecnologia NFC - **Par. 6.2.** Aspetti problematici dell'ingresso degli operatori di telecomunicazione nel mercato dei servizi di pagamento: l'ambito oggettivo della PSD e l'incerta natura giuridica dei valori finanziari intermediati dall'operatore telefonico – Istituto di Pagamento - **Par. 6.2.1** *Segue.* La natura giuridica dei valori finanziari intermediati dall'operatore telefonico – Istituto di pagamento. Una proposta interpretativa - **Par. 6.3.** L'incerta natura giuridica dei valori finanziari gestiti dall'operatore telefonico in regime di cd. *negative scope*: la spendibilità del credito telefonico alimentato con moneta *bancaria* ovvero *elettronica* - **Par. 6.3.1.** *Segue.* La spendibilità del credito telefonico alimentato mediante *versamento diretto* e la labile nozione di *bene digitale* - **Par. 6.4.** L'ambito soggettivo della PSD ed il ruolo degli operatori di telecomunicazione: Istituti di pagamento, IMEL o *tertium genus*?

Par. 3. Il quadro normativo del sistema dei pagamenti elettronici: le raccomandazioni e le linee guida dell'EPC nell'ambito della SEPA.

In epoca recente, tra gli obiettivi della Comunità Europea ha assunto rilievo, vieppiù primario, quello di realizzare per gli strumenti di pagamento elettronico lo stesso percorso che nel 2002 s'è compiuto per il contante, allorché è stata introdotta una moneta unica in tutti i Paesi dell'UE.¹²³ Ed invero, l'introduzione dell'euro ha determinato una radicale trasformazione dei sistemi di pagamento dei Paesi che hanno abbandonato le valute nazionali: questo processo ha interessato, con modalità e tempi diversi, i sistemi che regolano le transazioni interbancarie, cd. *all'ingrosso*, e quelli che trattano i pagamenti disposti dalla clientela, cd. *al dettaglio*.

Sotto il primo profilo, in vista dell'adozione della moneta unica, le banche centrali dell'Eurosistema hanno realizzato un *sistema di pagamento integrato* per il regolamento delle operazioni di politica monetaria e delle transazioni interbancarie in euro, cd. TARGET.¹²⁴ Consentendo il trasferimento immediato e definitivo delle disponibilità monetarie, il sistema TARGET (successivamente, TARGET 2) ha facilitato l'immediato allineamento dei tassi a breve termine dei prestiti interbancari e, per questa via, ha consentito un'efficace conduzione della politica monetaria unica.

I sistemi di pagamento al dettaglio, invece, hanno continuato ad operare su base nazionale: ogni Paese ha mantenuto norme, strumenti, infrastrutture tecniche e schemi operativi diversi, originariamente realizzati per rispondere alle esigenze delle singole comunità. Il mercato dei pagamenti al dettaglio è stato, quindi, a lungo caratterizzato da un insieme eterogeneo di sistemi, all'interno del quale le crescenti operazioni transfrontaliere nell'area dell'euro potevano essere regolate solo mediante accordi

¹²³ L'euro è stato adottato nel corso del 1999 per le transazioni eseguite nei mercati monetari e finanziari e per il regolamento delle transazioni interbancarie; nel corso del 2002, invece, per l'esecuzione dei pagamenti al dettaglio e come valuta unica a corso legale. Per un'analisi delle problematiche giuridiche connesse all'introduzione dell'Euro e del quadro giuridico di riferimento, si rinvia, in particolare, a C.M. BIANCA, *Diritto civile*. IV, cit., 143; S. SACERDOTI, *Aspetti giuridici dell'introduzione dell'Euro*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 1997, 341 ss.; S. BARBAGALLO, *Brevi note sull'introduzione dell'Euro*, in *Dir. unione eur.*, 1998, 206; A. DI MAJO, *In margine agli aspetti giuridici dell'introduzione dell'Euro*, in *Corriere giur.*, 1999, 248 ss.; G. BARBUTO, *La moneta 'Euro': aspetti giuridici derivanti dalla sua introduzione*, in *Giust. civ.*, 1999, 75 ss.; B. INZITARI, *La disciplina giuridica dell'introduzione dell'Euro quale moneta unica europea*, in *Profili del diritto delle obbligazioni*, Padova, 2000, 37 ss.; A. MALOMO, *L'introduzione dell'euro e il principio di continuità dei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 233 ss.

¹²⁴ TARGET: Sistema europeo di regolamento interbancario (*Trans-European Automated Real-time Gross Settlement Express Transfer System*), ovvero, sistema di trasferimento espresso trans-europeo automatizzato di regolamento lordo in tempo reale.

bilaterali fra intermediari, ovvero, utilizzando schemi internazionali consolidati. Nell'offerta dei servizi di pagamento alla clientela, pertanto, il grado di segmentazione è rimasto a lungo non dissimile da quello preesistente all'introduzione dell'euro, senza riduzioni di costo per le operazioni transfrontaliere.

In risposta a questo problema ed in vista dei più ampi benefici collegati alla realizzazione di una piena integrazione, è stato istituito, dal settore bancario, l'*European Payments Council* (EPC),¹²⁵ organismo costituito da più di settanta membri che rappresentano banche, *banking communities* e *payment institutions*, con funzioni di decisione e coordinamento delle attività volte alla realizzazione della SEPA, ovvero, la *Single Euro Payments Area* (Area Unica dei Pagamenti in Euro). Quest'ultima costituisce progetto promosso dalla BCE e dalla Commissione europea che, facendo seguito all'introduzione dell'euro, mira ad estendere il processo d'integrazione europea ai pagamenti al dettaglio in euro effettuati con strumenti diversi dal contante (bonifici, addebiti diretti e carte di pagamento).¹²⁶ Sullo sfondo, inoltre, la finalità di favorire lo sviluppo degli *strumenti elettronici*, che presentano costi per la collettività inferiori a quelli degli strumenti cartacei e caratteristiche di flessibilità che ne favoriscono l'integrazione con canali innovativi di vendita di beni e servizi (*mobile shops* ed *e-commerce*).

Inizialmente, la SEPA è stata sviluppata lungo *due direttrici* fortemente interconnesse, ovvero, la definizione di schemi di pagamento utilizzabili in modo uniforme in tutta l'area, cd. *SEPA for instruments*, e l'adeguamento delle infrastrutture per la compensazione ed il regolamento dei pagamenti con l'obiettivo di assicurare la "raggiungibilità" di tutte le potenziali controparti europee, cd. *SEPA for infrastructures*.¹²⁷ Successivamente, segnatamente nel giugno 2002, l'EPC ha assunto

¹²⁵ In verità, un primo tentativo di risoluzione del problema è stato compiuto ancor prima, segnatamente nel 2001, allorché, su proposta della Commissione europea, è stato emanato il *Regolamento (CE) n. 2560 del 19 dicembre 2001 del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo ai pagamenti transfrontalieri in euro* che imponeva agli intermediari di applicare sui pagamenti transfrontalieri al dettaglio in euro *commissioni uguali a quelle dei pagamenti domestici*. L'inadeguatezza della misura, tuttavia, è risultata da subito evidente: essa interveniva, infatti, esclusivamente sulle condizioni di offerta ignorando gli assetti infrastrutturali dei sistemi nazionali, rischiando così di determinare un aumento del prezzo medio dei servizi, senza alcun beneficio in termini di efficienza.

¹²⁶ Più dettagliatamente, la "*Single Euro Payments Area*" costituisce progetto volto a concepire l'Europa come un'area domestica in cui cittadini ed imprese possono ricevere ed effettuare pagamenti in euro, utilizzando *un unico conto bancario ed un'unica carta di credito, secondo condizioni di base, diritti ed obblighi uniformi, indipendentemente dalla loro ubicazione in Europa*.

¹²⁷ In particolare, per quanto riguarda il trasferimento credito e l'addebito diretto, l'EPC ha predisposto specifici strumenti di regolamentazione. Si tratta di due tipologie di documenti: i "*Rulebook*" e le "*Implementation Guidelines*". I primi costituiscono la risorsa primaria per la definizione di regole ed obblighi all'interno dello schema di pagamento in quanto forniscono informazioni autorevoli su come esso

il ruolo di guida del progetto, definendo i seguenti *tre strumenti* per raggiungere l'interoperabilità rispetto ai sistemi di pagamento a livello interbancario: *SEPA Credit Transfer Scheme* (SCT), che abilita i Prestatori di Servizi di Pagamento (PSP) ad offrire servizi di trasferimento credito attraverso la SEPA; *SEPA Direct Debit Scheme* (SDD), che crea strumenti di pagamento utilizzabili per addebiti diretti nazionali ed internazionali; *SEPA Card Framework* (SCF), che abilita i clienti ad utilizzare carte *general purpose* per fare e ricevere pagamenti, nonché prelevare denaro all'interno della SEPA.

Si tratta, come evidente, di strumenti volti a realizzare nell'ambito della SEPA l'obiettivo di creare uno standard unico, a livello europeo, che, unitamente a procedure interbancarie condivise, consenta di scambiarsi pagamenti e di regolarli come se fossero all'interno di un'unica entità nazionale. Sullo sfondo, l'idea che la realizzazione di un'area unica dei pagamenti in cui ai cittadini europei sia consentito effettuare pagamenti in euro a favore di beneficiari situati in qualsiasi Paese della SEPA, con la stessa facilità e sicurezza su cui si può contare nel proprio contesto nazionale, costituisce un passaggio obbligato nel processo, tuttora in atto, di integrazione non solo economica, ma anche (e soprattutto, politica) tra i diversi Paesi dell'UE.

Gli schemi di pagamento SEPA appena menzionati, peraltro, assicurano *l'interoperabilità esclusivamente a livello interbancario*, segnatamente, anche tra istituti bancari appartenenti a Paesi diversi. I rapporti tra l'utente finale ed il prestatore dei servizi di pagamento, invece, sono risultati ancora fortemente segmentati nei diversi Paesi dell'UE.¹²⁸

Solo nel 2007, con l'approvazione della *Payment Services Directive* (Direttiva 2007/64/EC), recante regole armonizzate per l'esecuzione di *tutti i pagamenti*, ovvero, intermediati da banche, Istituti di Moneta Elettronica (IMEL), uffici postali, Pubbliche Amministrazioni, banche centrali nazionali ed Istituti di Pagamento (categoria di intermediari introdotta con la nuova normativa), l'armonizzazione del quadro giuridico del mercato dei pagamenti, presupposto di una piena integrazione, ha avuto un impulso

funziona, mentre le seconde stabiliscono gli standard implementativi sulla base delle regole definite dai *Rulebook*.

¹²⁸ D'altra parte l'adeguamento agli standard SEPA non è risultato soddisfacente, principalmente a causa di due fattori. Da un lato, la fase critica del progetto SEPA ha coinciso con l'intensificarsi della crisi finanziaria (2011), che ha ridotto le risorse da destinare agli investimenti di riconversione ed innovazione delle linee di attività da parte degli operatori. Dall'altro, l'assetto preesistente ha mantenuto il suo ruolo: le infrastrutture nazionali sono rimaste, infatti, tutte operative ed i sistemi SCT e SDD sono risultati scarsamente utilizzati.

decisivo. Essa, infatti, rappresenta la cornice normativa di supporto alla SEPA con cui condivide *due obiettivi fondamentali*: l'innovazione nell'offerta di servizi di pagamento e l'aumento della contendibilità del mercato.

Più dettagliatamente, tale direttiva mira a disciplinare diversi aspetti generali relativi ai servizi di pagamento, rispetto a *tre aree principali* di riferimento: sostegno alla creazione di un *mercato unico europeo dei servizi di pagamento ed incremento della concorrenza* tra gli operatori e tra i mercati nazionali dei pagamenti, garantendo parità di condizioni; *accrescimento della trasparenza delle condizioni e dell'accessibilità alle informazioni* sui servizi di pagamento, sia per i prestatori che per gli utenti; *standardizzazione dei diritti, obblighi e requisiti informativi*, in capo sia all'utente che ai prestatori di servizi di pagamento.¹²⁹ Ciò spiega, peraltro, la struttura della direttiva

¹²⁹ La cd. PSD, peraltro, non rappresenta il punto di arrivo del progetto SEPA. Ed invero, nel 2009 la Commissione ha definito uno scadenziario delle iniziative per la SEPA, concentrando l'attenzione sul ruolo delle autorità pubbliche. Il documento perseguiva l'obiettivo di minimizzare il periodo di coesistenza dei formati nazionali e pan-europei, promuovere la conoscenza dei prodotti SEPA presso tutti gli *stakeholders*, definire fasi di avanzamento del progetto chiare e precise nei tempi, *promuovere l'uso di Internet e dei telefoni cellulari per l'effettuazione dei pagamenti e favorire lo sviluppo della fattura elettronica*, assicurare livelli di standardizzazione, interoperabilità e sicurezza coerenti con lo sviluppo del progetto, definire un assetto efficace di governance della SEPA. In esso (pag. 4) si afferma che *"to make the Single Euro Payments Area (SEPA) a success, strong commitment by all actors concerned is required; while SEPA is primarily market driven, some uncertainty can only be resolved with the aid of the public authorities. Action is needed now by all stakeholders."* In attuazione di ciò, nel 2010 è stato costituito il *SEPA Council*, co-presieduto dalla Commissione europea e dalla Banca Centrale Europea, cui partecipano in misura paritetica rappresentanti della domanda (consumatori e imprese) e dell'offerta (banche e altri prestatori di servizi di pagamento). Successivamente, segnatamente nel 2012, la Commissione europea, sostenuta dalla maggior parte degli *stakeholders* e di concerto con l'Eurosistema, ha fissato un termine (1° febbraio 2014 per i Paesi dell'Area Euro e 31 ottobre 2016 per gli altri) per la dismissione delle soluzioni nazionali, segnando il passaggio della SEPA da un progetto gestito dal mercato ad uno guidato dalle istituzioni, ovvero, per la migrazione dei sistemi di trasferimento credito e addebito diretto nazionali agli schemi definiti a livello comunitario. Nello specifico, il Regolamento CE n. 260 del 14 marzo 2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio (cd. *Regolamento "end date"*), ha fissato la data ultima per la migrazione alla SEPA, definendo le caratteristiche tecniche dei bonifici e degli addebiti diretti europei, l'obbligo di raggiungibilità per i prestatori di servizi di pagamento, l'obbligo di interoperabilità per i sistemi di pagamento al dettaglio che trattano strumenti europei e l'individuazione, da parte di ciascuno Stato Membro, di "autorità competenti" responsabili per il rispetto del Regolamento, dotate di poteri per l'adempimento delle loro funzioni. In Italia il ruolo di autorità competente è stato affidato alla Banca d'Italia, per i compiti che l'ordinamento le attribuisce come autorità di sorveglianza sul sistema dei pagamenti. Quest'ultima, con provvedimento del 12 febbraio 2013, ha esplicitato in termini pratici l'ambito applicativo del Regolamento ed individuato i servizi per i quali la migrazione è differita al 1° febbraio 2016 (*prodotti cd. di nicchia*), concentrando in un'unica sede i necessari riferimenti applicativi (cd. Comitato nazionale di migrazione, co-presieduto con l'Associazione Bancaria Italiana). Nel predisporre il provvedimento, la Banca d'Italia ha delineato *la SEPA come punto non di arrivo ma di partenza* per l'evoluzione del mercato dei pagamenti. È stato quindi chiesto ai prestatori dei servizi di individuare, anche attraverso le loro associazioni ed in collaborazione con gli utenti, "possibili linee di razionalizzazione dei servizi di incasso e pagamento offerti", al fine di ricondurre ai nuovi standard anche una buona parte dei prodotti che continuano a essere trattati in formato domestico (*prodotti cd. fuori ambito*), con l'evidente obiettivo di superare ogni frammentazione.

In sede europea, il persistente interesse per la costituzione di un mercato unico dei pagamenti elettronici risulta confermato anche dalla pubblicazione, nel gennaio 2012, del Libro Verde intitolato "Verso un

che risulta articolata in *quattro titoli* riguardanti, rispettivamente, *oggetto, ambito di applicazione e definizioni* (titolo I), *il diritto di prestare servizi di pagamento al pubblico* (titolo II), *i requisiti di trasparenza ed informazione* (titolo III), *i diritti e gli obblighi degli utenti e dei prestatori di servizi di pagamento* (titolo IV).

mercato europeo integrato dei pagamenti tramite carte, internet e telefono mobile”, e più recentemente, dalla pubblicazione del c.d. “*Payments Legislative Package*”, ossia dalla quasi contemporanea entrata in vigore di due importanti provvedimenti europei, il *Regulation on Interchange Fees for Card-Based Payment Transactions* (cd. MIF), il 19 maggio del 2015, e la nuova *Payment Services Directive* (cd. PSD2), il 23 dicembre del 2015, che, non solo abroga la precedente (cd. PSD), ma, come si vedrà (Cap. IV), innova (quanto meno nelle intenzioni) fortemente il sistema, allargando il mercato dei pagamenti online, attraverso l’inclusione di nuovi operatori e servizi innovativi a partire, tuttavia, dal 3 gennaio 2018 termine finale entro cui le nuove previsioni dovranno esser recepite dagli Stati UE: nelle more, dunque, risulta ancora applicabile il quadro normativo delineato dalla PSD, seppur nei limiti della sua compatibilità con la disciplina transitoria prevista all’art. 109 della PSD2.

Par. 3.1. Il recepimento della direttiva 2007/64/CE (PSD): l'ambito oggettivo.

Sulla base del rilievo che “*il recepimento della PSD nel nostro Paese è tanto più importante perché rappresenta un volano fondamentale per favorire lo sviluppo del mercato dei pagamenti elettronici e colmare il divario che ancora separa l'Italia dal resto d'Europa, dove le operazioni in contante sono molto meno diffuse a vantaggio di strumenti più evoluti, efficienti e sicuri*”,¹³⁰ con il d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11 è stato introdotto nell'ordinamento italiano un corpo normativo completamente nuovo, per dare attuazione alla direttiva 64/2007/CE, *Payment System Directive* (cd. PSD).

Il provvedimento in parola risulta scomposto in due parti: un *corpus* normativo a sé stante ed una parte innovativa del Testo Unico Bancario. Più dettagliatamente, la disciplina dei diritti ed obblighi delle parti e dei relativi diritti soggettivi (contenuti rispettivamente nel Titolo IV della PSD e nel Titolo II del d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11) costituisce la completa trasposizione della Direttiva all'interno del decreto legislativo di recepimento,¹³¹ mentre la disciplina riguardante gli Istituti di Pagamento e la tutela della clientela dei servizi di pagamento (contenuti nei Titoli II e III della PSD e nei Titoli III e IV del decreto legislativo) risulta inserita in un tessuto normativo in realtà già esistente, ovvero, all'interno del Testo Unico Bancario.¹³²

¹³⁰ Comunicato stampa del 22 Gennaio 2010 da parte del Direttore dell'ABI (Associazione Bancaria Italiana) GIOVANNI SABATINI, dal titolo “*Pagamenti: da recepimento PSD più concorrenza e più tutela per i clienti.*” Per una prima analisi dell'impatto del recepimento della PSD sul mercato dei pagamenti, sulle banche e sugli utenti, si veda 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; P. BUCCI, *SEPA e PSD - Le banche stanno attuando, con qualche ritardo, gli obiettivi dell'Europa dei pagamenti. Il ruolo attivo dell'Italia affinché l'adeguamento a questa normativa diventi anche un fattore di successo*, in *Data Manager*, dicembre 2009, disponibile alla pagina www.datamanager.it

¹³¹ La disciplina risulta completata, a livello secondario dalle disposizioni attuative della Banca d'Italia: l'art. 31 del decreto legislativo di recepimento, infatti, statuisce che “*nell'esercizio della funzione di cui all'articolo 146 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, la Banca d'Italia emana disposizioni di carattere generale o particolare volte a: a) dare attuazione al presente titolo; b) recepire le ulteriori misure di attuazione eventualmente adottate dalla Commissione europea ai sensi dell'articolo 84, lettere a) e c), della direttiva 2007/64/CE.*” In tale contesto, la Banca d'Italia ha emanato, il 5 luglio 2011, il provvedimento recante norme di “*Attuazione del titolo II del Decreto legislativo n. 11 del 27 gennaio 2010 relativo ai servizi di pagamento (Diritti ed obblighi delle parti)*”, in vigore dal 1° ottobre 2011.

¹³² Il dettato introdotto, quindi, segue la stessa impostazione del Testo Unico Bancario: previsione di principi generali nelle norme primarie ed attribuzione alla Banca d'Italia del compito di emanare disposizioni attuative. In tale contesto, la Banca d'Italia ha emanato, il 15 febbraio 2010, il provvedimento recante le

Sia il Titolo I della PSD che del decreto legislativo di recepimento, recano poi le norme in tema di *oggetto, ambito di applicazione e definizioni*, ovvero, i pilastri sui quali è costruita la condotta dei requisiti di *business* previsti dai Titoli III e IV della PSD (II e III del decreto legislativo di recepimento).

La definizione di *servizio di pagamento*, in particolare, delinea *l'ambito oggettivo* della direttiva: nella PSD questa risulta sancita all'art. 4, co. 3, mediante rinvio alle «*attività commerciali elencate nell'allegato*»¹³³; nelle norme nazionali il medesimo elenco, invece, è stato trasfuso all'art. 1, co. 1, lett. b), del decreto legislativo di recepimento.¹³⁴ Si tratta di un elenco complesso¹³⁵ in cui, peraltro, non tutte le attività

“*Disposizioni di vigilanza per gli Istituti di Pagamento*”, successivamente abrogato dal provvedimento della Banca d'Italia del 20 giugno 2012, recante “*Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica*”, per la cui analisi v. *infra*, sub par. 3.2.2.

¹³³ In verità, in Italia non mancava, già in precedenza, una disciplina dei servizi di pagamento: la previgente versione degli artt. 106 e 107 TUB, infatti, riconosceva agli intermediari ivi menzionati, la facoltà di prestare servizi di pagamento. Successivamente, il significato di tale espressione è stato puntualizzato dall'art. 5, co. 1, del d.m. 17 febbraio 2009, n. 29, nel senso che per “prestazione dei servizi di pagamento” deve intendersi: “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”. 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 soggetto che effettua tali operazioni non possa disporre per proprio conto dei fondi medesimi”.

¹³⁴ L'attuale formulazione dell'art. 106 TUB, a sua volta, non annovera più 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. Ed invero, la norma in parola, al co. 2 lett. a), statuisce che “*oltre alle attività di cui al comma 1 gli intermediari finanziari possono emettere moneta elettronica e prestare servizi di pagamento a condizione che siano a ciò autorizzati ai sensi dell'articolo 114–quinquies, comma 4, e iscritti nel relativo albo, oppure prestare solo servizi di pagamento a condizione che siano a ciò autorizzati ai sensi dell'articolo 114–novies, comma 4, e iscritti nel relativo albo.*” Per una ricognizione del nuovo assetto normativo degli intermediari finanziari come delineato dal D.lgs. n. 141 del 13 agosto 2010, si veda DI AMATO A., *Disfunzione e crisi degli intermediari ed interventi di vigilanza*, in (a cura di) Sandro Amorosino, *Manuale di diritto del mercato finanziario*, 2014, p. 195-210.

¹³⁵ Per la prima volta, peraltro, viene ricompreso in un unico provvedimento la disciplina dell'universo dei servizi di pagamento: risultano comprese, senza limitazioni di importo e senza limiti di profilatura soggettiva in chiave consumeristica dell'utilizzatore del servizio, operazioni basilari (versamenti e prelievi in contanti), operazioni comuni (bonifici), operazioni più complesse (carte e addebiti diretti). Precedentemente, invece, la direttiva sui bonifici transfrontalieri 97/5/CE del 27 gennaio 1997 fissava in euro 50.000 il limite massimo per la sua applicabilità (art. 2 par. 2). Su tale ultima direttiva, si veda: G. OLIVIERI, *Prime riflessioni in margine alla direttiva (n. 97/5/CE) sui bonifici transfrontalieri*, in *Dir. Un. eur.*, 1997, p. 143; F. MOLITERNI, *I bonifici transfrontalieri dalla legge modello UNCITRAL alla direttiva 97/5/CE*, in *Dir. comm.*

indicate hanno lo stesso rilievo: alcune, infatti, hanno carattere commercialmente marginale rispetto ai servizi di pagamento più diffusi e tradizionali,¹³⁶ mentre altre, all'opposto, presentano carattere innovativo.¹³⁷

Ancorché non tecnicamente innovativa, ha certamente carattere di novità rispetto alla previgente normativa, l'acquisizione di strumenti di pagamento, ovvero, *l'attività consistente 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, cd. acquiring.*¹³⁸ La rimessa, invece, costituisce 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. Più dettagliatamente, quest'ultima altro non è che

int., 1999, p. 547; SCIARRONE ALIBRANDI, *I bonifici transfrontalieri dalla direttiva 97/5/CE al d.lgs. 28 luglio 2000 n. 253*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, I, p. 736 ss.

¹³⁶ Tra queste, giova ricordare che sono state incluse nei servizi di pagamento le operazioni basilari «nell'ambito del cd. *servizio di cassa*», ossia, ai servizi che «permettono di depositare il contante su un conto di pagamento» ed a quelli che «permettono prelievi in contante da un conto di pagamento» (n. 1 e 2). Si tratta di operazioni che attengono alla normale operatività di un deposito di danaro e solo 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 ed i prelievi non sono mai operazioni di pagamento, ma solo attività teleologicamente collegate al vero e proprio pagamento intermediato. Sul punto, si veda: CIRCOLARE ABI, serie tecnica n. 14, 31 marzo 2010; 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. Ma, in senso contrario, 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.

¹³⁷ In particolare, l'elenco risulta 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 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; 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*».

¹³⁸ In tal senso, il par. 2 del Provvedimento Banca d'Italia 5 luglio 2011, recante disposizioni di *"Attuazione del Titolo II del Decreto legislativo n. 11 del 27 gennaio 2010 relativo ai servizi di pagamento (Diritti ed obblighi delle parti)"*.

“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”.¹³⁹

Nella logica della PSD e del d.lgs. n. 11/2010, dunque, la rimessa 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 che alle riscossioni da terzi.¹⁴⁰ Ed invero, il conto di pagamento 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 occasionalmente*.¹⁴¹

Si giunge così al cuore della prestazione di servizi di pagamento rappresentato, senza dubbio, dal *trasferimento dei fondi*, segnatamente, 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, al contempo, non si sostanzia in 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, ossia, il *credit transfer*

¹³⁹ In tal senso, l’art. 4, n. 13, PSD che definisce la *rimessa di denaro* come “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”. Più dettagliatamente, secondo il par. 2 del provvedimento Banca d’Italia del 5 luglio 2011, recante disposizioni di “Attuazione del Titolo II del Decreto legislativo n. 11 del 27 gennaio 2010 relativo ai servizi di pagamento (Diritti ed obblighi delle parti)”, “il servizio di rimessa di denaro si configura come un incasso e trasferimento di fondi senza utilizzo di conti di pagamento. Rientra nella fattispecie l’ipotesi del coinvolgimento di un unico prestatore di servizi di pagamento che, eventualmente attraverso la propria rete di agenti, incassa il denaro dal pagatore e lo detiene per conto del beneficiario. I servizi di rimessa vengono usualmente iniziati e conclusi con denaro contante (cd. *cash in/cash out*). Resta ferma la possibilità per l’ordinante di fornire la provvista per la successiva esecuzione del servizio di rimessa attingendo i fondi da un conto di pagamento. Parimenti, in alternativa al ritiro dei fondi in contante, il beneficiario può chiederne l’accredito su un conto di pagamento successivamente alla conclusione dell’operazione di rimessa.”

¹⁴⁰ In realtà l’art. 4, n. 14, PSD si limita a definire il conto di pagamento come “un conto detenuto a nome di uno o più utenti di servizi di pagamento che è utilizzato per l’esecuzione delle operazioni di pagamento.” 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” è, invece, opinione di V. SANTORO, *I conti di pagamento degli Istituti di pagamento*, in AA.VV., *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, a cura di M. Mancini, M. Perassi, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d’Italia* n. 63, Roma, 2008.

¹⁴¹ Di tale avviso, anche 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 ss.

ed il *debit transfer*, cui va aggiunta l'esecuzione di operazioni di pagamento “*mediante carte di pagamento o dispositivi analoghi.*”¹⁴²

Dal breve *excursus* compiuto, emerge che i servizi di pagamento sono precipuamente funzionali ai pagamenti che devono essere adempiuti tra soggetti giuridici. Sullo sfondo *l'irrilevanza*, invece, *della natura giuridica del pezzo monetario trasferito* (*contante* ad es. nella rimessa, *scritturale* nei trasferimenti di fondi, bancaria nei bonifici). Ed invero, evidente appare il “disinteresse” della disciplina in parola per il sistema civilistico delle obbligazioni pecuniarie (artt. 1277 c.c. e ss.), ove si consideri che la stessa trova applicazione anche allorché la causa del trasferimento monetario risulti gratuita (e dunque non *solutoria* di un'obbligazione) e finanche, nel contesto di un trasferimento da un conto ad un altro, allorché le persone dell'ordinante e del beneficiario coincidano (tanto risulta possibile ad es. nella rimessa di denaro).¹⁴³

¹⁴² Tutte queste attività sono elencate due volte, sia al n. 3 che al n. 4 dell'art. 1, co. 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. 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 beneficiario. Per *direct debit*, 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”. Si tratta, in altre parole, di operazione che, per quanto sia disposta dal beneficiario, necessita comunque dell'autorizzazione del pagatore. 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 beneficiario, ma si distingue dal *direct debit* in ragione della non “stornabilità” del pagamento per mancanza di fondi e per la particolare attenzione in ordine all'uso fraudolento delle carte (cfr. *Considerando* n. 56 PSD). Per un'analisi più approfondita dei tratti caratterizzanti i servizi di pagamento in parola, si vedano, in dottrina: 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.; MAVROMATI, *The Law Of Payment Services In The EU: The EC Directive on Payment Services in the Internal Market*, 2008, 159 ss.; 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 - DELLA ROSA, sub art. 25, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 266 ss.

¹⁴³ In verità, il legislatore europeo ha surrettiziamente regolato, ancorché solo parzialmente, 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 all'art. 126-*octies*, co. 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*”, così contrapponendosi, peraltro, all'art.1278 c.c. che, invece, riconosce la facoltà al debitore di adempiere “*in moneta legale.*” Per una diffusa impostazione, 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 applica alle obbligazioni pecuniarie di tale area, mentre l'art. 1278 c.c. continua ad applicarsi alle obbligazioni pecuniarie denominate nelle altre valute straniere. Sul punto, si vedano: MUCCIARONE, sub art. 126-*octies*, in PORZIO - BELLÌ - LOSAPIO - 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; V. SANTORO,

In definitiva, nell'impianto della disciplina *de qua*, comunitaria e nazionale, ciò che conta è che nel sistema dei pagamenti si consegua il risultato che le scritturazioni contabili, a debito ed a credito, corrispondano su altro conto di pagamento (o anche su un conto provvisorio) all'operazione contabile opposta.¹⁴⁴

La circostanza, se da un lato, appare coerente con la più recente impostazione propensa a riconoscere la piena fungibilità rispetto al danaro contante (*rectius*, alla moneta legale) di tutte le tipologie di moneta, finanche di quella elettronica,¹⁴⁵ dall'altro solleva più d'una perplessità, in termini di coerenza sistematica, laddove si tratti di *servizi a carattere marcatamente innovativo*. Il riferimento è, segnatamente, alle operazioni di pagamento eseguite *con modalità digitali o informatiche*, il cui inserimento nell'elenco dei servizi di pagamento, peraltro, sottende la presa di coscienza che, in tempi recenti, le maggiori innovazioni di processo e di prodotto, nell'industria dei pagamenti, sono state determinate non da istituti bancari, ma da *operatori di telecomunicazione*, e proprio nel campo dei cd. pagamenti elettronici. Più dettagliatamente, l'art.1, co. 1, lett. b) del decreto di recepimento, al n. 7), annovera tra i servizi di pagamento riconducibili al suo ambito applicativo, *“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'utilizzatore di servizi di pagamento e il fornitore di beni e servizi”*. In altre parole, integrano la fattispecie *de qua* i pagamenti effettuati mediante dispositivi di telecomunicazione, digitali o informatici, nel caso in cui ricorra la compresenza delle seguenti condizioni: a) *il consenso all'esecuzione dell'operazione di pagamento sia dato mediante un dispositivo di telecomunicazione, digitale o*

sub art. 126-octies, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 571 ss.

¹⁴⁴ Il che, peraltro, appare coerente con gli obiettivi perseguiti dalla novella, come consacrati al considerando n. 1, a tenore del quale, *“ai fini della creazione del mercato interno è essenziale che tutte le frontiere interne alla Comunità siano smantellate in modo da rendere possibile la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali. Il buon funzionamento del mercato unico dei servizi di pagamento è pertanto fondamentale. Attualmente la mancanza di armonizzazione in questo settore ostacola il funzionamento di tale mercato”*, ed al Considerando n. 4, a tenore del quale *“È pertanto essenziale istituire un quadro giuridico comunitario moderno e coerente per i servizi di pagamento, siano essi compatibili o meno con il sistema derivante dall'iniziativa del settore finanziario a favore della creazione di un'area di pagamento unica in euro, che risulti neutrale in modo da garantire parità di condizioni per tutti i sistemi di pagamento, mantenendo così la libertà di scelta dei consumatori, e che rappresenti un chiaro progresso in termini di costi per i consumatori, nonché di sicurezza e di efficacia rispetto ai sistemi attualmente esistenti a livello nazionale.”*

¹⁴⁵ Si veda il Cap. I, par. 2.1.

*informatico; b) il pagamento sia effettuato all'operatore del sistema o della rete di telecomunicazione o digitale o informatica al quale è riconducibile la gestione del dispositivo di cui alla lett. a); c) l'operatore agisca esclusivamente come intermediario tra l'utilizzatore di servizi di pagamento e il fornitore di beni e servizi.*¹⁴⁶ A titolo meramente esemplificativo, la normativa secondaria menziona i servizi di pagamento via telefono cellulare (*mobile payment*) gestiti da operatore di telecomunicazione per l'acquisto di beni o servizi, *anche di natura fisica*, presso punti di accettazione convenzionati.

¹⁴⁶ Secondo 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., perché si configuri un servizio di tal fatta, peraltro, 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 telecomunicazione

La compresenza delle condizioni descritte, ad ogni modo, caratterizza i servizi di pagamento sub n. 7 rispetto agli altri servizi di pagamento di cui all'art. 1, co. 1, lett. b), n. 3 e 4, per l'esecuzione dei quali il ricorso a dispositivi di telecomunicazione, digitali o informatici rappresenta solo una delle possibili modalità di colloquio tra l'utilizzatore e il prestatore di servizi di pagamento (ad es. esecuzione di ordini di pagamento attraverso internet banking): si veda, il par. 2 del provvedimento Banca d'Italia del 5 luglio 2011, recante disposizioni di "*Attuazione del Titolo II del Decreto legislativo n. 11 del 27 gennaio 2010 relativo ai servizi di pagamento (Diritti ed obblighi delle parti)*".

Par. 3.1.1. Segue. Il cd. *negative scope*.

I servizi di pagamento, quali concepiti dalla PSD e dalle norme di attuazione, non sono definiti solo positivamente, come illustrato nel paragrafo precedente, ma anche *negativamente* dall'art. 3 della PSD e dall'art. 2, co. 2, d.lgs. n. 11/2010 (cd. *negative scope*). In altre parole, per le attività che si ritrovano in tale ambito, il legislatore ha ritenuto opportuno statuire la disapplicazione del testo normativo. Appare evidente, dunque, la rilevanza di tale contesto, poiché è con esso (ed in esso) che si rinvencono i *perimetri delle deroghe*, entro i quali è possibile prestare servizi di pagamento, *senza l'obbligo di operare nel regime di vigilanza previsto per gli intermediari di pagamento*.¹⁴⁷

Comprendere con esattezza i limiti del cd. *negative scope* non risulta agevole, considerato che l'art. 3 della PSD (e l'art. 2, co. 2, d.lgs. n. 11/2010) è disposizione complessa: ivi si trovano disciplinati, infatti, *quindici casi* di servizi ed operazioni di pagamento la cui interpretazione costringe (spesso) ad una lettura in doppia negazione al fine di stabilirne la sicura esclusione dall'ambito di applicazione della disciplina in parola.¹⁴⁸ Le ragioni di alcune esclusioni, peraltro, appaiono evidenti: si tratta di

¹⁴⁷ Come meglio evidenziato nel prosieguo della trattazione (v. *sub par.* 3.2. e 4), ciò significa che un'attività rinvenuta nel cd. *negative scope* non è riservata ai PSP e, pertanto, un soggetto non bancario può esercitarne il servizio senza operare come PSP, ossia senza l'obbligo di essere (o diventare) Istituto di Pagamento o IMEL, ovvero, senza l'obbligo di ricorrere a soluzioni di partenariato con PSP autorizzati (Banche, Poste, Istituti di Pagamento, IMEL). In tali casi, peraltro, resta comunque ferma la competenza della Banca d'Italia per l'esercizio della funzione di cui all'art. 146 del TUB (*Sorveglianza sul sistema dei pagamenti*).

¹⁴⁸ Secondo l'art. 3 PSD, “ La presente direttiva non si applica: a) alle operazioni di pagamento effettuate esclusivamente in contante direttamente dal pagatore al beneficiario, senza alcuna intermediazione; b) alle operazioni di pagamento dal pagatore al beneficiario effettuate tramite un agente commerciale autorizzato a negoziare o a concludere la vendita o l'acquisto di beni o servizi per conto del pagatore o del beneficiario; c) al trasporto materiale, a titolo professionale, di banconote e monete, ivi compresa la raccolta, il trattamento e la consegna; d) alle operazioni di pagamento consistenti nella raccolta e nella consegna di contante, a titolo non professionale, nel quadro di un'attività senza scopo di lucro o a fini di beneficenza; e) ai servizi in cui il beneficiario fornisce contante al pagatore nel contesto di un'operazione di pagamento, a seguito di una richiesta esplicita dell'utente di servizi di pagamento immediatamente precedente l'esecuzione dell'operazione di pagamento attraverso un pagamento destinato all'acquisto di beni o servizi; f) alle attività di cambio di valuta contante, ossia alle operazioni di cambio di contante contro contante nell'ambito delle quali i fondi non sono detenuti su un conto di pagamento; g) alle operazioni di pagamento basate su uno dei seguenti tipi di documenti, con i quali viene ordinato al prestatore di servizi di pagamento di mettere dei fondi a disposizione del beneficiario: i) assegni cartacei ai sensi della Convenzione di Ginevra, del 19 marzo 1931, che stabilisce una legge uniforme sull'assegno bancario (chèque); ii) assegni cartacei analoghi a quelli di cui al punto i) e disciplinati dal diritto degli Stati membri che non sono parte della Convenzione di Ginevra del 19 marzo 1931 che stabilisce una legge uniforme sull'assegno bancario (chèque); iii) titoli cambiari su supporto cartaceo ai sensi della Convenzione di Ginevra, del 7 giugno 1930, concernente la legge uniforme sulla cambiale e il vaglia cambiario; iv) titoli cambiari su supporto cartaceo analoghi a quelli

attività accessorie, ovvero, materiali, o ancora, svolte in circuiti ristretti. La maggior parte delle esclusioni appare ancorata al requisito, negativo, dell'assenza di un *intermediario*: solo i pagamenti intermediati, dunque, sono e possono essere effettivamente disciplinati dalla PSD e dal d.lgs. 11/2010.¹⁴⁹

di cui al punto iii) e disciplinati dalle normative degli Stati membri che non sono parte della Convenzione di Ginevra, del 7 giugno 1930, che stabilisce una legge uniforme sulla cambiale e sul vaglia cambiario; v) voucher su supporto cartaceo; vi) traveller's cheque su supporto cartaceo; vii) vaglia postali su supporto cartaceo conformemente alla definizione dell'Unione postale universale; h) alle operazioni di pagamento realizzate all'interno di un sistema di pagamento o di un sistema di regolamento dei titoli tra agenti di regolamento, controparti centrali, stanze di compensazione e/o banche centrali e altri partecipanti al sistema e prestatori di servizi di pagamento, fatto salvo l'articolo 28; i) alle operazioni di pagamento collegate all'amministrazione degli strumenti finanziari, compresi i dividendi, le entrate o altre distribuzioni, o ai rimborsi o proventi di cessioni, effettuate dalle persone di cui alla lettera h), ovvero da imprese di investimento, enti creditizi, organismi di investimento collettivo o società di gestione patrimoniale che prestano servizi di investimento ed ogni altra entità autorizzata ad avere la custodia di strumenti finanziari; j) ai servizi forniti dai prestatori di servizi tecnici, che supportano la prestazione dei servizi di pagamento, senza mai entrare in possesso dei fondi da trasferire, compresi l'elaborazione e la registrazione di dati, i servizi fiduciari e di protezione della privacy, l'autenticazione dei dati e delle entità, la fornitura di reti informatiche e di comunicazione, la fornitura e la manutenzione di terminali e dispositivi utilizzati per i servizi di pagamento; k) ai servizi basati su strumenti che possono essere utilizzati per acquistare beni o servizi solo nella sede utilizzata dall'emittente o in base ad un accordo commerciale con l'emittente, all'interno di una rete limitata di prestatori di servizi o per una gamma limitata di beni o servizi; l) *alle operazioni di pagamento eseguite tramite qualsiasi dispositivo di telecomunicazione, digitale o informatico, quando i beni o servizi acquistati sono consegnati al dispositivo di telecomunicazione, digitale o informatico, o devono essere utilizzati tramite tale dispositivo, a condizione che l'operatore di telecomunicazione, digitale o informatico, non agisca esclusivamente quale intermediario tra l'utente di servizi di pagamento e il fornitore dei beni e servizi*; m) alle operazioni di pagamento realizzate tra prestatori di servizi di pagamento, relativi agenti o succursali per proprio conto; n) alle operazioni di pagamento tra un'impresa madre e la relativa filiazione, o tra filiazioni della stessa impresa madre, senza alcuna intermediazione da parte di un prestatore di servizi di pagamento diverso da una delle imprese appartenenti al medesimo gruppo; o) ai servizi, forniti da prestatori, di prelievo di contante tramite sportelli automatici per conto di uno o più emittenti della carta, che non sono parti del contratto quadro con il cliente che preleva denaro da un conto di pagamento, a condizione che detti prestatori non gestiscano altri servizi di pagamento elencati nell'allegato.”

¹⁴⁹ In quest'ottica, peraltro, meno agevole risulta spiegare l'esclusione, dall'ambito di applicazione del decreto, anche dei *pagamenti con effetti cambiari* ed in particolare con assegni, vale a dire proprio i pagamenti effettuati con la forma più antica di intermediazione. Dal considerando n. 19 della PSD si evince 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. Secondo 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., a fondamento dell'esclusione dei titoli cartacei dall'ambito di applicazione della PSD v'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. 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. Sul punto si vedano, *amplius*, PROFETA, *L'evoluzione dei*

Tale ultima, in particolare, appare la *ratio* sottesa alla previsione di cui alla lett. l) dell'elenco in parola (art. 2 co., 2 lett. n, del decreto legislativo di recepimento), laddove esclude dall'ambito applicativo della PSD “*le operazioni di pagamento eseguite tramite dispositivo di telecomunicazione, digitale o informatico quando i beni o servizi acquistati sono consegnati e possono essere utilizzati solo tramite tale dispositivo e purché l'operatore di telecomunicazione, digitale o informatico, non agisca esclusivamente come intermediario fra utente di servizi di pagamento e fornitore di beni.*”¹⁵⁰ In altre parole, perché i servizi di pagamento gestiti dagli operatori di telecomunicazione, digitali o informatici siano esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina in parola, risulta necessaria la compresenza delle seguenti condizioni: a) l'operazione di pagamento sia riferibile all'acquisto di *beni o servizi digitali*; b) *l'operatore di telecomunicazione, digitale o informatico non agisca quale mero intermediario del pagamento tra l'utilizzatore e il fornitore di beni e servizi ma apporti a questi ultimi un valore aggiunto* (es. funzioni di accesso, ricerca o distribuzione) *in assenza del quale non sarebbe possibile usufruire del bene con le medesime modalità*; c) la consegna o l'utilizzo dei beni e servizi in questione siano

servizi di pagamento non armonizzati: l'assegno nella prospettiva della dematerializzazione, in MANCINI - PERASSI (a cura di), cit., 183 ss.

¹⁵⁰ Tanto risulta, del resto, dal *Considerando* n. 6 della PSD, a tenore del quale, “*Si dovrebbe inoltre fare una differenziazione nel caso di strumenti offerti da operatori di rete o di sistemi di telecomunicazione o informatici per facilitare l'acquisto di servizi o beni digitali quali suonerie, musica o giornali on line oltre ai servizi vocali tradizionali e relativa distribuzione ad apparecchi digitali. Il contenuto di tali beni o servizi può essere prodotto o da un terzo o dall'operatore, che può aggiungervi valore intrinseco sotto forma di funzioni di accesso, distribuzione o consultazione. Nel secondo caso, allorché i beni o servizi sono distribuiti da uno degli operatori, o per ragioni tecniche da terzi, e possono essere utilizzati solo mediante apparecchi digitali quali telefoni mobili o computer, tale quadro giuridico non dovrebbe applicarsi in quanto l'attività dell'operatore va al di là della semplice operazione di pagamento. Tuttavia è opportuno che tale quadro giuridico si applichi ai casi in cui l'operatore agisce esclusivamente come intermediario che si limita ad assicurare che il pagamento venga effettuato a un terzo fornitore.*” Dello stesso avviso, anche il *Considerando* n. 6 della direttiva 2009/110/CE (cd. IMEL 2), a tenore del quale, “*è altresì opportuno che la presente direttiva non si applichi al valore monetario utilizzato per l'acquisto di beni o di servizi digitali quando, a causa della natura del bene o del servizio, l'operatore apporta a tale bene o servizio un valore aggiunto intrinseco, ad esempio sotto forma di strumenti di accesso, ricerca o distribuzione, a condizione che il bene o il servizio in questione possa essere utilizzato soltanto tramite un apparecchio digitale, quale un telefono mobile o un computer, e a condizione che l'operatore di telecomunicazione, digitale o informatico non agisca esclusivamente come intermediario tra l'utente dei servizi di pagamento e il fornitore dei beni e dei servizi. Ciò avviene nel caso in cui un abbonato a una rete di telefonia mobile o altra rete digitale paga direttamente all'operatore di rete senza che sussista né un rapporto diretto di pagamento né un rapporto diretto debitore - creditore tra l'abbonato alla rete e qualsiasi prestatore terzo di merci o servizi forniti nell'ambito dell'operazione*”.

effettuati *tramite il dispositivo di telecomunicazione, digitale o informatico gestito dall'operatore*.¹⁵¹

L'esatto significato delle condizioni in parola risulta, poi, ulteriormente specificato dalla *normativa secondaria*. Ed invero, con particolare riferimento al requisito di cui alla lett. a), essa reputa qualificabile come *digitale* il bene o il servizio se “*non è in alcun modo utilizzabile per l'ottenimento di beni o servizi nel mondo fisico*”,¹⁵² mentre con particolare riferimento al requisito di cui alla lett. b), specifica che *il valore aggiunto* apportato dall'operatore di telecomunicazione, digitale o informatico *deve assumere un ruolo essenziale, tale che senza di esso non sarebbe stato possibile fruire del bene o del servizio, ovvero, lo sarebbe stato con modalità affatto diverse*.¹⁵³ Con particolare riferimento al requisito di cui alla lett. c), poi, essa specifica che “*l'esenzione opera se la fruizione o la consegna del bene o servizio digitale avviene su un dispositivo oppure tramite un servizio di trasmissione dati riconducibile allo stesso operatore*”, precisando che “*tale condizione non esclude tuttavia la possibilità che il contenuto digitale, successivamente alla consegna (es. in caso di download), venga fruito su altri dispositivi*.”

¹⁵¹ Quale esempio di esenzione, la normativa secondaria menziona i pagamenti effettuati all'operatore della rete di telecomunicazioni per l'acquisto di contenuti multimediali suscettibili di essere scaricati sul telefono cellulare o su altro dispositivo dell'acquirente (es. *smartphone, decoder, tablet, personal computer*) nell'ambito dei servizi di trasmissione dati offerti dall'operatore medesimo: in tal senso, il par. 2 del provvedimento Banca d'Italia recante disposizioni di “*Attuazione del Titolo II del Decreto legislativo n. 11 del 27 gennaio 2010 relativo ai servizi di pagamento (Diritti ed obblighi delle parti)*”.

¹⁵² A titolo meramente esemplificativo, il par. 2.2.9 del provvedimento Banca d'Italia del 5 luglio 2011, recante disposizioni di “*Attuazione del Titolo II del Decreto legislativo n. 11 del 27 gennaio 2010 relativo ai servizi di pagamento (Diritti ed obblighi delle parti)*”, reputa *non riconducibile alla fattispecie in esame* “*un titolo di legittimazione elettronico abilitativo all'ottenimento di diversi beni o servizi (es. di trasporto)*.”

¹⁵³ Secondo il par. 2.2.9 del provvedimento Banca d'Italia del 5 luglio 2011, recante disposizioni di “*Attuazione del Titolo II del Decreto legislativo n. 11 del 27 gennaio 2010 relativo ai servizi di pagamento (Diritti ed obblighi delle parti)*”, un indice del ruolo essenziale dell'operatore è rappresentato “*dalla circostanza che esso assume una responsabilità diretta nei confronti della clientela per la corretta consegna o fruizione del bene o servizio digitale*.” A titolo meramente esemplificativo, la previsione in parola menziona la “*fornitura di codici di accesso con memorizzazione dell'autorizzazione accordata per i successivi utilizzi*.”

Par. 3.2. L'ambito soggettivo e l'emersione di una nuova categoria di prestatori di servizi di pagamento: gli Istituti di Pagamento.

I servizi di pagamento risultano qualificati anche sotto il *profilo soggettivo* da peculiari caratteristiche del “prestatore”, ossia, del soggetto che offre servizi di pagamento.¹⁵⁴ Ai sensi dell'art. 4, n. 9 PSD e delle norme di attuazione (art. 1, lett. g), infatti, *prestatori dei servizi di pagamento* (cd. PSP) possono essere esclusivamente: banche centrali, Stati ed altri enti pubblici territoriali. Complessivamente queste prime tre categorie *non*

¹⁵⁴ L'altra parte del rapporto è, invece, *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 alla definizione del prestatore, quest'ultima non ha una funzione qualificativa, ma *meramente descrittiva*. In altri termini *utilizzatore* è, tautologicamente, chiunque utilizzi servizi di pagamento: s'è in presenza quindi di un accorgimento volto alla semplificazione del discorso normativo ed 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”: in tal senso, V. SANTORO, sub *art. 1, comma 1, lett. c, e, f, h, m. o*, in *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, cit., 17.

Giova evidenziare, peraltro, che 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, poi, 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 del rapporto, il legislatore si riferisce all'utilizzatore, prevalentemente, quale parte più debole: 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. Si tratta, se si vuole, dell'esplicitazione di ciò che la dottrina e giurisprudenza legge nei principi generali iscritti negli artt. 1176 e 1375 c.c. Sotto quest'ultimo profilo, si pensi alle disposizioni contenute nell'art. 7 in tema di obblighi dell'utilizzatore in relazione agli strumenti di pagamento ed, ancora, nell'art. 9 in tema di obblighi di avviso dell'utilizzatore in caso di operazioni non autorizzate. In tale contesto, secondo i primi commentatori, 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 pagamento. 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 trasparenza (di cui ai Titoli II e IV del d.lgs. n. 11/2010 che riproducono le disposizioni dei Titoli IV e III della PSD dedicati, rispettivamente, ai diritti ed obblighi del prestatore e dell'utente dei servizi, ed alla trasparenza delle condizioni contrattuali) che, altrimenti, rimarrebbero contrattualmente disponibili (v. il par. 3.2 delle Disposizioni della Banca d'Italia di attuazione del Titolo II del d.lgs. n. 11/2010). In termini critici in ordine a tale impostazione del legislatore europeo, peraltro, risulta 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.*”

svolgono, ordinariamente, servizi per il pubblico ma sono classificati tra i prestatori in quanto partecipanti al sistema dei pagamenti.¹⁵⁵

Sono, invece, deputati¹⁵⁶ a svolgere i servizi verso una clientela indifferenziata: banche, Poste italiane S.p.a.,¹⁵⁷ istituti di moneta elettronica (IMEL)¹⁵⁸ ed *Istituti di Pagamento*,¹⁵⁹ nuova categoria di prestatori specificamente istituita dalla PSD.¹⁶⁰

¹⁵⁵ In tal senso, anche MECATTI, sub *art. 114-sexies*, MANCINI – RISPOLI - FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), cit., 404 ss. Peraltro, come si vedrà (Cap. IV), lo scenario va rapidamente mutando, e ciò anche nell'ordinamento interno. Risale, invero, al 2001 la nascita del Sistema informatizzato dei pagamenti della PA (cd. SIPA) in virtù della sottoscrizione di un Protocollo d'intesa quadro tra la Ragioneria Generale dello Stato, la Corte dei Conti, la Banca d'Italia e AIPA (oggi Agenzia per l'Italia Digitale), nel contesto del progetto strategico *PagoPA* funzionale all'attuazione della strategia per la *Crescita Digitale*. Il SIPA è aperto a tutte le pubbliche amministrazioni aderenti che si servono della tesoreria statale ed è finalizzato allo scambio di flussi applicativi attraverso un servizio di cooperazione applicativa simile a quello in uso presso il sistema bancario. In particolare, il sistema risulta costituito dal SIPA stesso, che realizza lo scambio dei flussi tra le amministrazioni e il sistema finanziario attraverso l'interconnessione tra il Sistema Pubblico di Connettività (SPC) e la Rete Nazionale Interbancaria (RNI), alla quale è connesso il sistema finanziario, e dal Sistema per la gestione integrata della contabilità economica e finanziaria (SICOGE), utilizzato da tutte le amministrazioni centrali e gestito dalla Ragioneria Generale dello Stato. Solo il 7 febbraio 2014, tuttavia, AgID ha redatto le *Linee Guida* per l'effettuazione dei pagamenti elettronici, che definiscono regole, standard e specifiche tecniche che le PA devono seguire per integrarsi al sistema pagoPA e di cui costituiscono parte integrante l'Allegato A, recante specifiche attuative dei codici identificativi di versamento, riversamento e rendicontazione, che descrive le attività legate alla fase di generazione del pagamento, le specifiche dei codici da utilizzare per il versamento, nonché le modalità e le informazioni da utilizzare per la fase di regolamento contabile e riversamento dei fondi; e l'Allegato B, recante Specifiche attuative del nodo dei pagamenti-SPC, che descrive le caratteristiche generali del sistema dei pagamenti, i protocolli applicativi per lo scambio delle informazioni, gli aspetti tecnici di dettaglio (Appendice 3 all'Allegato B), nonché i ruoli e le responsabilità nell'ambito del sistema. Per effetto dell'entrata in vigore delle suddette linee guida, le pubbliche amministrazioni sono obbligate ad aderire al sistema e a programmare le attività di implementazione dei servizi entro il 31 dicembre 2015. Sono circa 10.000 le PA che ad oggi hanno aderito al sistema dei pagamenti elettronici: tra gli enti che hanno già aderito anche Equitalia Spa, INPS per il versamento dei contributi volontari relativi al sistema pensionistico e 19 tra regioni e province autonome per il pagamento di bollo auto e ticket sanitario; le PA centrali sono presenti con 10 ministeri, 2 enti previdenziali e assistenziali e 52 altre amministrazioni; il sistema di pagamenti elettronici è in corso di implementazione anche da parte di INAIL per quanto riguarda il pagamento online dei contributi volontari per le casalinghe. Al fine di favorire la partecipazione al sistema da parte di tutte le istituzioni scolastiche, poi, il MIUR in collaborazione con AgID ha realizzato una specifica piattaforma applicativa denominata "PagoinRete" che colloquia con PagoPA e consente alle oltre 8.500 scuole italiane di aderire al sistema dei pagamenti elettronici in un unico momento. La piattaforma "PagoinRete" permette alla segreteria scolastica di configurare i propri avvisi telematici di pagamento in relazione ai contributi richiesti per tasse e servizi scolastici. Gli avvisi di pagamento sono messi a disposizione di genitori e alunni che possono selezionarli e pagarli online utilizzando il canale e lo strumento di pagamento preferito ed il processo si completa con l'invio di notifiche che confermano l'avvenuto pagamento. Tale piattaforma, già in fase di sperimentazione per le prime scuole aderenti sarà resa disponibile progressivamente per tutte le istituzioni scolastiche nel corso del 2016 favorendo l'informatizzazione dell'intero sistema dei pagamenti scolastici. Va vieppiù aumentando, infine, anche il numero dei servizi messi a disposizione di cittadini e imprese da parte di Enti e PA centrali e locali: circa 800 sono i comuni che hanno aderito al nodo tramite Unioncamere per il pagamento degli oneri SUAP (Sportello Unico Attività Produttive).

¹⁵⁶ Ed invero, l'art. 114-sexies TUB statuisce che "la prestazione di servizi di pagamento è riservata alle banche, agli istituti di moneta elettronica e agli istituti di pagamento."

¹⁵⁷ Peculiare il regime delle *Poste S.p.a.* che continuano ad essere disciplinate da una legislazione speciale: in conformità agli indirizzi della Dir. 2008/6/CE, infatti, conservano i caratteri del *servizio di interesse pubblico*. La PSD, peraltro, ha consentito agli Stati nazionali di designare gli uffici postali «che hanno il

Ed invero, col dichiarato obiettivo di garantire un maggior grado di competizione nel mercato dei pagamenti ed, in conseguenza, l'abbattimento dei costi di transazione, in passato elevati in ragione della posizione oligopolistica degli operatori tradizionali,¹⁶¹ il legislatore europeo ha scelto di introdurre e disciplinare tale nuova figura di prestatori di servizi di pagamento, consentendo loro di ottenere l'*autorizzazione* per l'accesso al mercato dei servizi di pagamento, senza discriminazioni rispetto alle banche ed agli altri operatori tradizionali.

Di più, le condizioni per l'autorizzazione in parola risultano più "favorevoli" rispetto a quelle per l'esercizio del credito, con particolare riguardo ai requisiti di

diritto di prestare servizi di pagamento a norma del diritto nazionale» (art. 1, par. 1, lett. c, PSD); in tale quadro il legislatore nazionale ha potuto designare Poste italiane tra i soggetti abilitati all'esercizio dei servizi di pagamento (art. 114-*sexies*, TUB). Sul punto, si veda 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*" in quanto, nonostante l'introduzione di un certo grado di liberalizzazione, il servizio postale ha mantenuto un carattere di *servizio di interesse pubblico*.

¹⁵⁸ Rinviando al prosieguo della trattazione (v. par. 4 in questo capitolo) un'analisi più approfondita dell'istituto, in questa sede giova evidenziare che gli IMEL, che fino alla direttiva 2009/210/CE non hanno avuto una grande diffusione dal punto di vista che qui interessa, vale a dire lo svolgimento dei servizi di pagamento, sono in buona sostanza equiparati a quelli di pagamento, tant'è che, al pari di questi ultimi, è loro consentita la concessione di credito in modo funzionale all'esecuzione di operazioni di pagamento. Con specifico riferimento agli IMEL, si veda GIMIGLIANO, sub *artt. 114- bis/114-quinquies*, in PORZIO – BELLIS – LOSAPPIO – RISPOLI FARINA – V. SANTORO (a cura di), cit., 896 ss.

¹⁵⁹ Il termine compare, per la prima volta nel contesto della legislazione europea, nel Reg. 2560/2001 in tema di pagamenti transfrontalieri in euro. La PSP (art. 4 co. 4) fornisce, invece, una *specifica definizione di Istituto di Pagamento*, quale "*persona giuridica che è stata autorizzata a prestare ed eseguire servizi di pagamento in tutta la Comunità.*" La prestazione di servizi di pagamento costituisce l'unica *riserva di attività* disposta a favore degli Istituti di pagamento ai quali però non è precluso, come si vedrà di qui a breve, l'esercizio di altre attività cd. *accessorie* (art. 114-*octies* TUB).

¹⁶⁰ Il titolo III del Decreto Legislativo di recepimento della *Payment Services Directive* consta di un solo articolo (art. 33) che ha apportato però una significativa innovazione introducendo un nuovo titolo *V-ter* nel TUB, rubricato "Istituti di pagamento" e composto di 11 nuovi articoli (114-*sexies* – 114-*sexiesdecies*) riproductivi, quasi integralmente, del titolo II della Direttiva 2007/64/CE. In particolare, il legislatore, seguendo l'impostazione del Testo Unico Bancario ed "assimilando" gli istituti di pagamento alle imprese bancarie ha fatto largo uso della tecnica del rinvio alla normativa secondaria, demandando alla Banca d'Italia l'emanazione della stessa, e tuttavia sollevando in qualche caso dubbi circa la corretta applicazione del principio di legalità: sul punto, si veda F. MERUSI, *Fra omissioni ed eccessi: la recezione della direttiva comunitaria sui servizi di pagamento*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2010, 05, 1171. Nello specifico, la Banca d'Italia ha provveduto ad adottare il provvedimento del 20 giugno 2012, attuativo del Titolo V-ter del Testo Unico Bancario e recante *Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica* che disciplinano in maniera particolarmente dettagliata il procedimento di autorizzazione degli stessi, le regole applicabili ai partecipanti del capitale ed esponenti aziendali, le attività esercitabili, la disciplina prudenziale, l'organizzazione amministrativa e contabile ed i controlli interni, l'operatività delle succursali, degli agenti e la libera prestazione dei servizi, l'operatività in Italia degli istituti di pagamento comunitari, gli istituti di pagamento *ad operatività limitata*, gli istituti di pagamento cd. *ibridi*, la vigilanza informativa e la vigilanza ispettiva.

¹⁶¹ La chiusura del mercato alle sole banche, alle quali si aggiungevano comunque Poste e gestori di carte di credito ha, infatti, impedito le innovazioni di processo e di prodotto: sul punto, si veda 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.

capitalizzazione ed all'esenzione dal regime della garanzia dei depositi, ancora una volta in ragione dell'abbattimento dei costi (giuridici) di transazione in tale ambito. Sotto il primo profilo, infatti, l'art. 114-novies TUB¹⁶² statuisce che *“la Banca d'Italia autorizza gli istituti di pagamento quando ricorrano le seguenti condizioni: a) sia adottata la forma di società per azioni, di società in accomandita per azioni, di società a responsabilità limitata o di società cooperativa; b) la sede legale e la direzione generale siano situate nel territorio della Repubblica; c) il capitale versato sia di ammontare non inferiore a quello determinato dalla Banca d'Italia;¹⁶³ d) venga presentato un programma concernente l'attività iniziale e la struttura organizzativa, unitamente all'atto costitutivo e allo statuto;¹⁶⁴ e) sussistano i presupposti per il*

¹⁶² La stessa norma, peraltro, precisa che *“la Banca d'Italia nega l'autorizzazione quando dalla verifica delle condizioni indicate nel co. 1 “non risulti garantita la sana e prudente gestione ovvero il regolare funzionamento del sistema dei pagamenti.”*

¹⁶³ Più dettagliatamente, l'ammontare del capitale minimo richiesto risulta differenziato in relazione alla tipologia di servizio di pagamento prestato. Ed invero, il provvedimento della Banca d'Italia del 20 giugno 2012, recante *Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica*, al Cap. II, Sez. II, par. 1, precisa che il capitale minimo iniziale, interamente versato, degli istituti di pagamento è pari a: *20 mila euro*, quando l'istituto di pagamento presta solo il servizio di cui al punto 6 dell'art. 1, co. 1, lett. b) del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, ovvero, il servizio di *rimessa di denaro*; *50 mila euro*, quando l'istituto di pagamento presta il servizio di cui al punto 7 dell'art. 1, co. 1, lett. b) del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, ovvero, *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'utilizzatore di servizi di pagamento e il fornitore di beni e servizi*; *125 mila euro*, quando l'istituto di pagamento presta uno o più dei servizi di cui ai punti da 1 a 5 dell'art. 1, co. 1, lett. b) del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11.

¹⁶⁴ Il provvedimento della Banca d'Italia del 20 giugno 2012, recante *Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica*, al Cap. II, Sez. III, precisa che *“l'istituto predispone un programma che illustra: i servizi di pagamento che intende svolgere e le modalità di prestazione degli stessi; i principali investimenti attuati ovvero in corso di attuazione; gli obiettivi perseguiti e le strategie imprenditoriali che la società intende seguire per la loro realizzazione”*. Il programma di attività è accompagnato: dalla *relazione sulla struttura organizzativa*, redatta secondo lo schema contenuto nell'allegato C del Cap. VI (Schema della relazione sulla struttura organizzativa) del provvedimento in parola; dalla *descrizione degli specifici servizi di pagamento che l'istituto intende prestare, delle relative caratteristiche, delle modalità di gestione e regolamento delle relative operazioni di pagamento, nonché del sistema di pagamento a cui intende partecipare*, secondo quanto previsto nell'allegato D, Sezioni A e B, del Cap. VI del medesimo provvedimento; *dai bilanci previsionali dei primi tre esercizi da cui risultino*, tra l'altro: l'ammontare degli investimenti che l'istituto intende effettuare per impiantare la struttura tecnico-organizzativa e le relative coperture finanziarie; le dimensioni operative che l'istituto si propone di raggiungere; i risultati economici attesi; il rispetto dei requisiti prudenziali; da una relazione che descriva le misure adottate per tutelare i fondi ricevuti dalla clientela, secondo quanto previsto nel Cap. IV, Sez. II. Il provvedimento *de quo*, infine, precisa che *“la Banca d'Italia può richiedere modifiche del programma quando le linee di sviluppo in esso previste contrastino con la sana e prudente gestione ovvero con il regolare funzionamento del sistema dei pagamenti. La Banca d'Italia, nel rilasciare l'autorizzazione, può fornire indicazioni all'istituto perché quest'ultimo conformi le previste linee di sviluppo della propria attività al rispetto delle regole prudenziali, alle esigenze informative di vigilanza nonché a quelle di regolare funzionamento del sistema dei pagamenti.”*

rilascio dell'autorizzazione prevista dall'articolo 19 TUB¹⁶⁵ per i titolari delle partecipazioni ivi indicate;¹⁶⁶ e-bis) i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo siano idonei, secondo quanto previsto ai sensi dell'articolo 114-undecies TUB;¹⁶⁷ f) 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".¹⁶⁸

Più dettagliatamente, il rilascio dell'autorizzazione costituisce condizione per l'iscrizione dell'istituto nel registro delle imprese. In particolare, sotto il profilo procedurale,¹⁶⁹ dopo la stipula dell'atto costitutivo e prima di dar corso al procedimento di iscrizione nel registro delle imprese, gli amministratori inoltrano la domanda di autorizzazione alla Banca d'Italia, alla quale devono esser allegati: a) l'atto costitutivo e lo statuto sociale; b) il programma di attività; c) l'elenco dei soggetti che partecipano direttamente e indirettamente al capitale dell'istituto, con l'indicazione delle rispettive quote di partecipazione in valore assoluto ed in termini

¹⁶⁵ L'art. 19 TUB statuisce che la Banca d'Italia autorizza preventivamente l'acquisizione a qualsiasi titolo in una banca di partecipazioni che comportano il controllo o la possibilità di esercitare un'influenza notevole sulla banca stessa o che attribuiscono una quota dei diritti di voto o del capitale almeno pari al 10 per cento, tenuto conto delle azioni o quote già possedute. A tal fine, essa verifica la ricorrenza delle condizioni atte a garantire una gestione sana e prudente della banca, valutando la qualità del potenziale acquirente e la solidità finanziaria del progetto di acquisizione in base ai seguenti criteri: la reputazione del potenziale acquirente ai sensi dell'articolo 25; l'idoneità, ai sensi dell'articolo 26, di coloro che, in esito all'acquisizione, svolgeranno funzioni di amministrazione, direzione e controllo nella banca; la solidità finanziaria del potenziale acquirente; la capacità della banca di rispettare a seguito dell'acquisizione le disposizioni che ne regolano l'attività; l'idoneità della struttura del gruppo del potenziale acquirente a consentire l'esercizio efficace della vigilanza. L'autorizzazione non può essere rilasciata in caso di fondato sospetto che l'acquisizione sia connessa ad operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo.

¹⁶⁶ Si tratta di condizione prima introdotta dall'art. 4, co. 1, d.lgs. 29 dicembre 2011, n. 230 e successivamente modificata dall'art. 1, comma 42, lett. a), d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72.

¹⁶⁷ Non pare ardito osservare che la condizione *de qua* determina (*rectius*, sottende) la "parziale assimilazione" degli Istituti di pagamento agli enti creditizi. Ed invero, l'art. 114-undecies TUB, nella misura in cui rinvia all'art. 26 TUB per l'individuazione dei requisiti di idoneità dei soggetti investiti delle funzioni di amministrazione, direzione e controllo, realizza, in buona sostanza l'assoggettamento al regime prescritto per gli esponenti aziendali degli enti creditizi sanciti al co. 2 di quest'ultima previsione (possesso dei requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza, soddisfacimento dei criteri di competenza e correttezza, destinazione del tempo necessario all'efficace espletamento dell'incarico, in modo da garantire la sana e prudente gestione della banca), come ulteriormente specificati con decreto adottato dal Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia.

¹⁶⁸ Più dettagliatamente, a norma del Cap. II, Sez. IV, par. 2 del provvedimento BDI del 20 giugno 2012, "la Banca d'Italia valuta che la struttura del gruppo di appartenenza dell'istituto non sia tale da pregiudicare l'effettivo esercizio della vigilanza sullo stesso. A tal fine, la Banca d'Italia tiene conto sia dell'articolazione del gruppo sia dell'idoneità dei soggetti che ne fanno parte a garantire la sana e prudente gestione dell'istituto. Qualora l'istituto appartenga a un gruppo che comprende società insediate all'estero, la Banca d'Italia valuta se la localizzazione delle stesse o le attività svolte in questi paesi siano tali da consentire l'esercizio di un'efficace azione di vigilanza sull'istituto."

¹⁶⁹ Si tratta, segnatamente della disciplina contenuta nel Cap. II, Sez. V del provvedimento della Banca d'Italia del 20 giugno 2012, recante "Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica".

percentuali (per le partecipazioni indirette va specificato il soggetto tramite il quale si detiene la partecipazione); d) la documentazione richiesta per la verifica dei requisiti di onorabilità e della qualità dei soggetti che detengono, anche indirettamente, partecipazioni qualificate nell'istituto; e) la mappa del gruppo di appartenenza; f) l'attestazione del versamento del capitale nella misura minima stabilita, rilasciata dalla direzione generale della banca presso la quale il versamento è stato effettuato; g) il verbale della riunione nel corso della quale l'organo amministrativo ha verificato il possesso dei requisiti di professionalità, di onorabilità e di indipendenza dei soggetti chiamati a svolgere funzioni di amministrazione, direzione e controllo;¹⁷⁰ h) informazioni sulla provenienza delle somme con le quali viene sottoscritto il capitale dell'istituto.¹⁷¹

La Banca d'Italia, in base agli esiti delle verifiche effettuate circa la sussistenza delle condizioni per l'autorizzazione e tenuto conto dell'esigenza di assicurare la *sana e prudente gestione* dell'istituto ed il *regolare funzionamento del sistema dei pagamenti*, *rilascia o nega l'autorizzazione entro novanta giorni dalla data di ricevimento della domanda*, corredata dalla richiesta documentazione.¹⁷² L'istituto di pagamento, dal canto suo, inoltra alla Banca d'Italia il certificato che attesta la data di iscrizione della società nel registro delle imprese. La Banca d'Italia iscrive, quindi, l'istituto di pagamento all'albo di cui all'art. 114-*septies* TUB, indicando le succursali dell'istituto di pagamento e gli agenti di cui lo stesso intende servirsi.¹⁷³ *Successivamente*

¹⁷⁰ Si rinvia al Cap- III, Sez. IV, par. 2 del provvedimento della Banca d'Italia del 20 giugno 2012, recante “*Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica*” per la disciplina dettagliata della procedura di verifica dei requisiti e per le comunicazioni alla Banca d'Italia.

¹⁷¹ La documentazione indicata alle lett. d), f) e g), deve avere data *non anteriore ai 6 mesi* da quella di presentazione della domanda di autorizzazione: in tal senso, il Cap. II, Sezione V, par. 1 del provvedimento della Banca d'Italia del 20 giugno 2012.

¹⁷² L'autorizzazione così rilasciata può, peraltro, *decadere o esser revocata* (Cap. II, Sez. VII del provvedimento della Banca d'Italia del 20 giugno 2012). Nello specifico, l'istituto *decade* dall'autorizzazione rilasciata se: rinuncia all'autorizzazione o non si serve dell'autorizzazione entro 12 mesi dall'iscrizione all'albo (prima della scadenza di tale termine, tuttavia, l'istituto può chiedere alla Banca d'Italia, in presenza di giustificate e sopravvenute motivazioni, un periodo di proroga di norma non superiore a 6 mesi; ha cessato la prestazione dell'attività per un periodo continuativo superiore a 12 mesi. Intervenuta la decadenza, la Banca d'Italia, senza ulteriori formalità, cancella l'istituto dal relativo albo con conseguente obbligo dell'istituto alla modifica dell'oggetto sociale. Quanto alla *revoca*, al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 113-*ter* del TUB, la Banca d'Italia revoca l'autorizzazione a un istituto e lo cancella dall'albo quando lo stesso non soddisfa più le condizioni previste per la concessione dell'autorizzazione previste. La revoca dell'autorizzazione è effettuata secondo le modalità di cui all'art. 113-*ter* TUB qualora vi siano somme di denaro ricevute dai clienti ancora registrate nei conti di pagamento ovvero ricevute a fronte della moneta elettronica emessa, nonché attivi derivanti dall'esercizio dell'attività di concessione di finanziamenti: negli altri casi l'istituto modifica l'oggetto sociale.

¹⁷³ E' anche possibile la *variazione dell'autorizzazione* rilasciata. In particolare, gli Istituti di Pagamento sono obbligati a comunicare preventivamente alla Banca d'Italia l'intenzione di prestare servizi di

*all'iscrizione all'albo, l'istituto di pagamento comunica alla Banca d'Italia l'avvio della propria operatività.*¹⁷⁴

pagamento diversi da quelli per i quali sono autorizzati, corredandola con un nuovo programma di attività, redatto secondo quanto previsto nella Sezione III del Cap II del provvedimento della Banca d'Italia del 20 giugno 2012, recante “*Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica.*” Se, entro sessanta giorni dalla comunicazione, la Banca d'Italia non comunica eventuali motivi ostativi, gli Istituti di Pagamento possono prestare i nuovi servizi di pagamento in relazione ai quali, peraltro, la Banca d'Italia aggiorna il relativo albo (Cap. II, Sez. VIII del provvedimento della Banca d'Italia del 20 giugno 2012).

¹⁷⁴ La disciplina illustrata concerne società di nuova costituzione che intendano configurarsi come Istituti di Pagamento. Parzialmente diverse, invece, sono le condizioni e la procedura di autorizzazione per il caso di *società già esistenti*: sul punto si rinvia al Cap. II, Sez. VI del provvedimento della Banca d'Italia del 20 giugno 2012, recante “*Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica.*”

Par. 3.2.1. Segue. La natura giuridica degli Istituti di Pagamento: analogie e differenze rispetto agli Istituti bancari.

L'introduzione, nel mercato dei servizi di pagamento, della nuova figura d'intermediario appena descritta, ha determinato la risoluzione di problemi non di poco momento. Vero è, da un lato, che i fondamenti teorici del tradizionale privilegio delle banche nella gestione dei sistemi di pagamento erano già stati posti in dubbio dalla dottrina sia economica che giuridica,¹⁷⁵ ma è altrettanto vero che gli intermediari non bancari non hanno la capacità di creare moneta attraverso i prestiti,¹⁷⁶ come è invece tipico delle banche, cosicché, per un verso, da più parti s'è profilato il rischio di sottrarre al sistema economico importanti risorse finanziarie.

Come per gli enti creditizi, tuttavia, agli Istituti di Pagamento è riconosciuto il potere di *concedere finanziamenti*.¹⁷⁷ Come per gli Istituti bancari, poi, è previsto che la Banca d'Italia eserciti nei confronti degli Istituti di pagamento la *vigilanza prudenziale, ispettiva, informativa e regolamentare* secondo modalità, peraltro, sostanzialmente analoghe.¹⁷⁸ Per altro verso, dunque, da più parti s'è profilato il rischio di determinare un'assimilazione della nuova figura di intermediari a quelli bancari.

In realtà, nonostante l'indubbia esistenza di taluni indizi della riconducibilità degli Istituti di Pagamento a quelli bancari (e più in generale, agli enti creditizi), non pare revocabile in dubbio l'impossibilità di assimilare i primi ad un *ente creditizio*. Sul

¹⁷⁵ In tal senso, 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.

¹⁷⁶ Né agli stessi è riconosciuta la possibilità di svolgere attività di emissione di moneta elettronica: al Cap. IV, Sez. I, par. 1 del provvedimento della Banca d'Italia del 20 giugno 2012 è perentoriamente statuito, infatti, che "agli istituti di pagamento è vietata l'attività di emissione di moneta elettronica." Tale circostanza, come si vedrà di qui a breve, costituisce il principale *discrimen* rispetto alla figura degli IMEL.

¹⁷⁷ L'art. 114-*octies* TUB, al co. 1 lett. a), infatti, così recita: "Gli istituti di pagamento possono esercitare le seguenti attività accessorie alla prestazione di servizi di pagamento: a) concedere crediti in stretta relazione ai servizi di pagamento prestati e nei limiti e con le modalità stabilite dalla Banca d'Italia."

¹⁷⁸ Ed invero, gli Istituti di Pagamento hanno, ad esempio, l'*obbligo di segnalare periodicamente le informazioni prescritte, trasmettere i bilanci, nonché, inviare i dati e i documenti richiesti*. La Banca d'Italia vigila sull'*adeguatezza patrimoniale, sul contenimento del rischio, sull'organizzazione amministrativa e contabile, nonché sull'assetto dei controlli interni* ed ha il *potere di convocare* gli esponenti e gli organi aziendali degli Istituti di Pagamento per esaminare la situazione degli stessi, nonché, procedere direttamente alla convocazione degli organi collegiali quando gli organi competenti non abbiano ottemperato; inoltre, può adottare, per le materie relative all'esercizio della vigilanza regolamentare, ove la situazione lo richieda, *provvedimenti specifici nei confronti di singoli Istituti di Pagamento*, riguardanti anche la restrizione delle attività o della struttura territoriale, nonché il divieto di effettuare determinate operazioni e di distribuire utili o altri elementi del patrimonio.

punto, significative indicazioni promanano dalla legislazione secondaria, segnatamente, dal provvedimento della Banca d'Italia del 20 giugno 2012, attuativo del Titolo V-ter del Testo Unico Bancario e recante *Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica*, nella parte in cui, al Cap. IV, Sez. II, par. 3, attuativo dell'art. 114-duodecies TUB,¹⁷⁹ impone che le somme di denaro dei clienti, *quando eccedano i cento euro e risultino 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 ad operare in Italia in conti intestati agli istituti depositanti, con l'indicazione che si tratta di beni di terzi e tenuti distinti da quelli dell'istituto*). In altre parole, gli istituti di Pagamento sono *obbligati a depositare* i fondi dei clienti presso un ente diverso, specificamente una *banca autorizzata ad operare in Italia*, ovvero, in alternativa, i fondi dei clienti possono essere investiti in titoli di debito qualificati, depositati presso depositari abilitati.¹⁸⁰ Evidente l'obiettivo perseguito dalla previsione *de qua*: dare attuazione alla tutela degli utenti dei servizi di pagamento *evitando che gli Istituti di Pagamento svolgano anche l'attività creditizia che continua, dunque, ad essere coperta da riserva*.

In tale modo, è stata anche recuperata la centralità delle banche in ordine alla raccolta delle disponibilità degli utenti degli Istituti di Pagamento ed, al contempo, s'è fatta salva la funzione del moltiplicatore monetario che continuerà a realizzarsi avvalendosi della specificità delle banche.¹⁸¹ Ed invero, spazzando via ogni dubbio in ordine all'assimilabilità degli Istituti di pagamento agli enti creditizi, il co. 2 dell'art. 114-duodecies TUB dispone che le somme di denaro del singolo cliente costituiscono

¹⁷⁹ L'art. 114-duodecies TUB, co. 1 e 2, così recita: "Gli istituti di pagamento registrano per ciascun cliente in poste del passivo, nel rispetto delle modalità stabilite dalla Banca d'Italia, le somme di denaro della clientela in conti di pagamento utilizzati esclusivamente per la prestazione dei servizi di pagamento.

Le somme di denaro sono investite, nel rispetto delle modalità stabilite dalla Banca d'Italia, in attività che costituiscono patrimonio distinto a tutti gli effetti da quello dell'istituto di pagamento. Su tale patrimonio distinto non sono ammesse azioni dei creditori dell'istituto di pagamento o nell'interesse degli stessi, né quelle dei creditori dell'eventuale soggetto presso il quale le somme sono depositate. Le azioni dei creditori dei singoli clienti degli istituti di pagamento sono ammesse nel limite di quanto registrato ai sensi del comma 1. Se le somme di denaro registrate nei conti di pagamento sono depositate presso terzi non operano le compensazioni legale e giudiziale e non può essere pattuita la compensazione convenzionale rispetto ai crediti vantati dal depositario nei confronti dell'istituto di pagamento."

¹⁸⁰ Non pare superfluo ricordare, del resto, che l'art. 10 co. 1 TUB statuisce che "la raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito costituiscono l'attività bancaria".

¹⁸¹ Ed invero, a differenza del conto corrente bancario, il *conto di pagamento* (v. par. 3.1. in questo capitolo) *non produce interessi sulle somme depositate*, mentre le stesse, proprio perché successivamente depositate presso banche, godranno dell'ordinaria garanzia dei depositi bancari.

patrimonio distinto rispetto al patrimonio dell'intermediario e rispetto al patrimonio di ogni altro utente. In conseguenza di ciò, gli Istituti di pagamento devono provvedere ad *un'evidenza contabile separata* con riferimento a ciascun cliente al fine di consentire la ricostruzione della singola operazione di pagamento a questi riferibile, in quanto ogni operazione di pagamento rileva nella sua individualità. È fondamentale, poi, che la tenuta dei conti sia costantemente aggiornata in modo tale da ricostruire in qualsiasi momento con certezza la posizione di ciascun cliente.¹⁸² Sempre che i conti siano tenuti in ordine, dunque, non v'è confusione con le somme di pertinenza di altri utenti ed, ancor più, dell'istituto di pagamento.¹⁸³ In definitiva, la differenza che marca il confine tra gli Istituti di pagamento e gli Istituti bancari consiste nella *segregazione patrimoniale* che, ai sensi dell'art. 114-*duodecies* TUB, distingue i depositi presso questi ultimi.¹⁸⁴ In particolare, 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 società¹⁸⁵ e resta a tutela dei creditori del patrimonio stesso.

Chiare indicazioni nel senso dell'impossibilità di ricondurre l'attività di *concessione di finanziamenti* degli intermediari in parola all'attività di *esercizio del credito* degli Istituti bancari, poi, promanano sia dalla normativa primaria, che da quella secondaria. Ed invero, da un lato l'art. 114-*octies* TUB riconosce agli Istituti di Pagamento il potere di concedere finanziamenti in relazione, *esclusivamente, a specifici servizi di*

¹⁸² Gli istituti di pagamento, infatti, istituiscono e conservano “*apposite evidenze contabili: distintamente per ciascun cliente, delle somme di denaro ricevute da registrare nei conti di pagamento e delle attività in cui le somme ricevute sono state investite. Tali evidenze indicano, fra l'altro, le banche depositarie delle somme di denaro ricevute dai clienti e i depositari degli strumenti finanziari in cui sono eventualmente investite le somme di denaro ricevute dai clienti. Le evidenze devono essere aggiornate in via continuativa e con tempestività, in modo tale da poter ricostruire in qualsiasi momento con certezza la posizione di ciascun cliente. Esse devono essere regolarmente riconciliate con gli estratti conto prodotti dai depositari*” (Cap. IV, Sez. II, par. 2 del provvedimento della Banca d'Italia del 20 giugno 2012).

¹⁸³ Ciò, anche allorché lo stesso versi in stato di *liquidazione coatta amministrativa*. In quest'ultimo caso, infatti, ai sensi dell'art. 91, co. 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.

¹⁸⁴ 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, come in precedenza osservato, possono essere adottati ai sensi dell'art. 114-*novies* TUB.

¹⁸⁵ Controverso, peraltro, è se il *patrimonio destinato* degli istituti di pagamento rappresenti *species* del *genus patrimoni destinati ad uno specifico affare* di diritto societario (art. 2447-bis ss. c.c.), ovvero, se l'art. 114-*terdecies* TUB 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. Sul punto si rinvia al par. 5.1.1., in questo capitolo.

*pagamento*¹⁸⁶ mentre, dall'altro, il par. 3, Cap. IV, Sez. I, del provvedimento Banca d'Italia del 20 giugno 2012, subordina lo svolgimento dell'attività in parola al rispetto di *quattro condizioni*, ovvero che il finanziamento sia *accessorio e concesso esclusivamente in relazione all'esecuzione di un'operazione di pagamento*, sia di *breve durata* (non superiore a dodici mesi, ma può essere di durata superiore a 12 mesi il finanziamento concesso in relazione ai pagamenti effettuati con carta di credito) e *non sia concesso utilizzando fondi ricevuti o detenuti ai fini dell'esecuzione di un'operazione di pagamento*.¹⁸⁷ Come evidente, pertanto, i requisiti prescritti conferiscono all'attività di concessione di credito degli Istituti di pagamento *natura accessoria* rispetto alla primaria attività di prestazione di servizi di pagamento, configurandola come una sorta di *finanziamento di scopo*.¹⁸⁸

In conclusione, ancorché il *potere di concessione del credito può dirsi ormai non più esclusivo degli Istituti bancari*,¹⁸⁹ non pare sussistano dubbi in ordine all'impossibilità

¹⁸⁶ Si tratta, in particolare, dei servizi di cui ai punti 4, 5 e 7 dell'articolo 1, co. 1, lett. b) del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, ovvero, di esecuzione di operazioni di pagamento quando i fondi rientrano in una linea di credito accordata ad un utilizzatore di servizi di pagamento ed, in particolare, di esecuzione di addebiti diretti, inclusi addebiti diretti *una tantum*, esecuzione di operazioni di pagamento mediante carte di pagamento o dispositivi analoghi ed esecuzione di bonifici, inclusi ordini permanenti (n. 4). Nonché, di emissione e/o acquisizione di strumenti di pagamento (n. 5) e di *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* (n. 7).

¹⁸⁷ A fronte del rischio di credito derivante dai finanziamenti concessi, poi, gli Istituti sono tenuti a mantenere la *dotazione patrimoniale minima* stabilita nel Capitolo V del Provvedimento della Banca d'Italia del 20 giugno 2012.

¹⁸⁸ Tanto risulta anche del co. 2 dell'art. 114-*octies* TUB che riconosce potestà normativa integrativa alla Banca d'Italia, laddove *la concessione del credito sia collegata all'emissione o gestione di carte di credito*: si tratta, infatti, di *carte cd. revolving*, ossia, che assolvono ad una funzione di finanziamento e non di mero differimento dei pagamenti, finanziamento che deve essere però rigidamente preordinato alla prestazione di servizi di pagamento.

L'attività di concessione di crediti, peraltro, non rappresenta l'unica attività *cd. accessoria* esercitabile dagli Istituti di Pagamento. Ed invero, l'art. 114-*octies* TUB annovera tra le stesse anche la *prestazione di servizi operativi* (lett. b) e la *gestione di sistemi di pagamento* (lett. c). Quest'ultima attività è relativa alla infrastrutture necessarie ai servizi di pagamento, sicché pare si possa affermare che l'accessorietà è *in re ipsa*. Più problematica, invece, risulta l'individuazione della natura accessoria dell'attività di cui alla lett. b): l'accessorietà dovrebbe scaturire dalla circostanza che si deve trattare di attività "*operative o strettamente connesse*" nelle quali risultano raggruppate sia attività meramente esecutive o comunque non implicanti un'attività negoziale complessa (servizi di cambio, attività di custodia, registrazione e trattamento dati), ossia i servizi operativi, sia attività che, pur implicando una distinta rilevanza giuridica, sono però preordinate all'esecuzione di operazioni di pagamento (la prestazione di garanzie), ossia i servizi connessi.

¹⁸⁹ Sotto quest'ultimo profilo, dunque, maggiormente appropriata appare la loro riconduzione al *genus* degli *enti creditizi*, fermo restando l'impossibilità di assimilarli agli Istituti bancari atteso che appannaggio di questi ultimi risulta la *riscossione degli interessi* sui prestiti concessi.

di assimilare gli Istituti di pagamento a quelli bancari, considerato che ancora appannaggio soltanto di questi ultimi risulta *l'attività di raccolta di risparmio*.¹⁹⁰

¹⁹⁰ Del resto, non pare superfluo ricordare che l'art. 11 TUB, dopo aver statuito, con previsione di carattere generale, che “*costituisce raccolta del risparmio l'acquisizione di fondi con obbligo di rimborso, sia sotto forma di depositi sia sotto altra forma*” (co. 1), precisa ai successivi co. 2, 2-bis e 2-ter, che “la raccolta del risparmio tra il pubblico è vietata ai soggetti diversi dalle banche”, ma soprattutto che “non costituisce raccolta del risparmio tra il pubblico né la ricezione di fondi connessa all'emissione di moneta elettronica, né la ricezione di fondi da inserire in conti di pagamento utilizzati esclusivamente per la prestazione di servizi di pagamento”.

Par. 4. Il contributo della direttiva 2009/110/CE (cd. IMEL2) alla realizzazione del progetto SEPA: le nuove opportunità per gli IMEL nel mercato dei servizi di pagamento.

Nell'ambito del processo europeo di armonizzazione del mercato dei pagamenti avviato dalla Direttiva 2007/64/CE (cd. PSD) e, come visto, finalizzato alla creazione di un'area unica dei pagamenti e ad accrescere la concorrenza in tale settore ampliando il novero dei prestatori dei servizi di pagamento e diffondendone l'accessibilità al pubblico, un significativo contributo risulta fornito dalla direttiva 2009/110/EC (cd. IMEL 2),¹⁹¹ riguardante l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale dell'attività degli Istituti di moneta elettronica, che ha abrogato la precedente 2000/46/EC, introducendo nuove regole e, nel contempo, abilitando nuove opportunità per gli IMEL.

Più dettagliatamente, all'ampliamento del novero dei soggetti abilitati ad emettere moneta elettronica,¹⁹² s'è affiancata una formulazione più ampia della nozione di IMEL,¹⁹³ non più incentrata sul principio di esclusività dell'attività esercitabile (essenzialmente, l'emissione di moneta elettronica e le attività ad essa connesse e strumentali), comprensiva anche degli IMEL cd. "*a operatività limitata*", ovvero, sottoposti ad una regolamentazione "meno invasiva" in ragione delle limitazioni alle attività esercitabili,¹⁹⁴ in uno, soprattutto, al riconoscimento della *possibilità di prestare servizi di pagamento*.¹⁹⁵

¹⁹¹ In tal senso, anche i *Considerando* n. 2 e 4 della direttiva 2009/110/EC, nella parte in cui esplicitano la necessità di modificare la direttiva 2000/46/CE rappresentata, da un lato, dalla circostanza che "alcune delle sue disposizioni hanno ostacolato l'emersione di un vero mercato unico dei servizi di moneta elettronica nonché lo sviluppo di *servizi di agevole utilizzo*" e, dall'altro, di "agevolare l'avvio e l'esercizio dell'attività di emissione di moneta elettronica, *in modo da assicurare condizioni di parità a tutti i prestatori di servizi di pagamento*".

¹⁹² Secondo il *Considerando* n. 17 della direttiva 2009/110/EC "per ragioni prudenziali è opportuno che gli Stati membri assicurino che possano emettere moneta elettronica soltanto gli istituti di moneta elettronica debitamente autorizzati o che beneficiano di una deroga conformemente alla presente direttiva, gli enti creditizi autorizzati ai sensi della direttiva 2006/48/CE, gli uffici postali autorizzati a emettere moneta elettronica a norma del diritto nazionale, gli istituti di cui all'articolo 2 della direttiva 2006/48/CE, la Banca centrale europea, le banche centrali nazionali ove non agiscono in veste di autorità monetaria o altre autorità pubbliche e gli Stati membri o le rispettive autorità regionali o locali ove agiscono in veste di autorità pubbliche".

¹⁹³ L'art. 2 n. 1 della direttiva 2009/110/EC definisce, infatti, gli IMEL come una "*persona giuridica che è stata autorizzata ad emettere moneta elettronica conformemente al titolo II della stessa direttiva*".

¹⁹⁴ In tal senso, il *Considerando* n. 10 della direttiva 2009/110/EC, nella misura in cui prevede che "è riconosciuto che gli istituti di moneta elettronica, attraverso persone fisiche o giuridiche che agiscono a loro nome conformemente ai requisiti dei rispettivi modelli commerciali, distribuiscono moneta elettronica, tra l'altro mediante la vendita o la rivendita al pubblico di prodotti di moneta elettronica, l'offerta di uno strumento di distribuzione di moneta elettronica ai clienti o il rimborso di moneta elettronica su richiesta dei

Con l'entrata in vigore del d.lgs. 16 aprile 2012, n. 45 il legislatore italiano ha, sotto il primo profilo, recepito le indicazioni comunitarie, da un lato, riservando l'attività di emissione di moneta elettronica a banche ed IMEL, dall'altro, riconoscendo la *facoltà* di emissione anche alla Banca centrale europea, allo Stato italiano ed agli altri Stati comunitari, alle pubbliche amministrazioni statali, regionali e locali, nonché, infine, a Poste Italiane S.p.A.¹⁹⁶ In tale contesto, gli IMEL, pur mantenendo la qualifica di soggetto *non bancario*,¹⁹⁷ hanno assunto, in uno alle banche, un ruolo privilegiato nell'emissione di moneta elettronica (che come visto è attività, invece, preclusa agli Istituti di pagamento) collocandosi, al contempo ed a pieno titolo, tra i *prestatori di servizi di pagamento in quanto abilitati a svolgere anche l'intera gamma di servizi di pagamento*, nonché ad erogare, a determinate condizioni e con limiti di durata, *finanziamenti* in relazione ai servizi di pagamento prestati,¹⁹⁸ *senza necessità*, peraltro, *di apposita autorizzazione*.¹⁹⁹

clienti o l'apporto di un'integrazione ai prodotti di moneta elettronica dei clienti. Sebbene gli istituti di moneta elettronica non siano autorizzati a emettere moneta elettronica tramite agenti, *essi dovrebbero essere tuttavia autorizzati a fornire i servizi di pagamento elencati all'allegato della direttiva 2007/64/CE tramite agenti qualora siano soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 17 di tale direttiva*".

¹⁹⁵ In tal senso, il Considerando n. 12 della direttiva 2009/110/EC secondo cui *"la gestione dei sistemi di pagamento è un'attività che non è riservata a specifiche categorie di istituti. È importante tuttavia riconoscere che, come nel caso degli istituti di pagamento, l'attività di gestione dei sistemi di pagamento può anche essere svolta dagli istituti di moneta elettronica."*

¹⁹⁶ Cfr. art. 114-bis co. 1 e 2, TUB.

¹⁹⁷ Tuttora e perentoriamente, infatti, l'art. 1 co. 2 lett. h-bis) TUB, definisce gli IMEL come *"le imprese, diverse dalle banche, che emettono moneta elettronica"*.

¹⁹⁸ A norma dell'art. 114-*quater* co. 3 TUB, infatti, gli istituti di moneta elettronica possono prestare *servizi di pagamento e le relative attività accessorie* ai sensi dell'articolo 114-*octies* TUB *senza necessità di apposita autorizzazione* di cui all'articolo 114-*novies* TUB, ossia concedere crediti in stretta relazione ai servizi di pagamento prestati e nei limiti e con le modalità stabilite dalla Banca d'Italia, prestare servizi operativi o strettamente connessi, come la prestazione di garanzie per l'esecuzione di operazioni di pagamento, servizi di cambio, attività di custodia e registrazione e trattamento di dati e gestire sistemi di pagamento; nonché, prestare *servizi operativi e accessori strettamente connessi all'emissione di moneta elettronica*, quali ad esempio, la progettazione e realizzazione di procedure, dispositivi e supporti relativi all'attività di emissione di moneta elettronica, la prestazione, per conto di terzi emittenti di moneta elettronica, di servizi connessi con l'emissione di moneta elettronica (Cap. IV, Sez. 1, par. 1 del provvedimento della Banca d'Italia del 20 giugno 2012, recante *Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica*).

L'attività di concessione di finanziamenti, peraltro, è consentita nel rispetto delle stesse condizioni previste per gli Istituti di Pagamento dal Cap. IV, Sez. 1 par. 1 del provvedimento della Banca d'Italia del 20 giugno 2012, recante *"Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica"* (v. *supra sub* par. 3.2.1. in questo capitolo): il finanziamento può esser concesso esclusivamente in relazione ai servizi di pagamento indicati ai punti 4, 5 e 7 dell'articolo 1, comma 1, lett. b) del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, e purché si configuri come accessorio e concesso esclusivamente in relazione all'esecuzione di un'operazione di pagamento, nonché di breve durata, non superiore a dodici mesi (anche in tal caso, tuttavia, può essere di durata superiore a 12 mesi il finanziamento concesso in relazione ai pagamenti effettuati con carta di credito). Come per gli istituti di pagamento, poi, agli IMEL è preclusa la possibilità di concedere finanziamento utilizzando fondi ricevuti o detenuti ai fini dell'esecuzione di un'operazione di pagamento, mentre, a fronte del rischio di credito derivante da tali finanziamenti, è fatto

Per un verso, dunque, risulta addirittura “capovolto” l’ordine di rilevanza delle attività attualmente esercitabili dagli IMEL: l’attività di emissione di moneta elettronica appare, infatti, essenzialmente “funzionale” allo svolgimento dell’attività di gestione dei servizi di pagamento, attratta alla competenza (anche) dei nuovi IMEL.²⁰⁰ Ed

loro obbligo di mantenere la dotazione patrimoniale minima stabilita nel Cap. V del provvedimento della Banca d’Italia del 20 giugno 2012, ma esclusivamente in relazione alla prestazione di servizi di pagamento non connessi con l’emissione di moneta elettronica.

¹⁹⁸ Sotto quest’ultimo profilo, dunque, non appare del tutto fuori luogo la loro riconduzione al *genus* degli *enti creditizi*, fermo restando l’impossibilità, invece, di assimilarli agli Istituti bancari atteso che appannaggio (soltanto) di questi ultimi risulta la *riscossione degli interessi* sui prestiti concessi.

¹⁹⁹ *Prima facie*, non sembrerebbe arduo sostenere che l’ampliamento del novero di attività esercitabili dagli IMEL voluto dal legislatore comunitario e recepito da quello interno, in special modo il riconoscimento della possibilità di concedere “crediti” (ancorché non utilizzando i fondi ricevuti o detenuti al fine di emettere moneta elettronica), abbia ridotto le distanze tra IMEL ed Istituti di credito. D’altro canto, secondo il *Considerando* n. 25 della direttiva 2009/110/EC, poiché “gli istituti di moneta elettronica sono considerati *enti creditizi*, sebbene essi non possano né raccogliere depositi dal pubblico, né concedere crediti utilizzando fondi ricevuti dal pubblico,” è opportuno, “*tenuto conto del sistema introdotto dalla presente direttiva, modificare la definizione di ente creditizio nella direttiva 2006/48/CE in modo che gli istituti di moneta elettronica non siano considerati enti creditizi*. Gli enti creditizi dovrebbero, tuttavia, conservare il diritto di emettere moneta elettronica e di esercitare questa attività in tutta la Comunità, su riserva del riconoscimento reciproco e dell’applicazione a questi enti del regime integrale di vigilanza prudenziale previsto dalla normativa comunitaria in materia di attività bancarie.” Inoltre, diversamente dal passato, l’art. 114-*bis* TUB, non prevede in maniera espressa il divieto di esercizio del credito a carico degli istituti di moneta elettronica, ma soltanto, al co. 3, che “l’emittente di moneta elettronica non concede interessi o qualsiasi altro beneficio commisurato alla giacenza della moneta elettronica”.

Spazza via ogni dubbio circa la possibilità di ricondurre l’attività svolta dagli IMEL a quella bancaria in senso stretto, tuttavia, il disposto dell’art. 114-*quater* co. 2 TUB che, come in precedenza osservato (Cap. I, par. 2.1.), obbliga gli IMEL a trasformare *immediatamente* i fondi ricevuti in moneta elettronica: questa disposizione, letta in combinato disposto dell’art. 114-*bis* co. 3 TUB poc’anzi richiamato, impedisce invero che l’operatività degli IMEL possa svolgersi nelle forme previste per le banche (deposito di somme su un conto con finalità di risparmio e corresponsione di interessi). Nel senso che risulterebbe tuttora precluso nel nostro ordinamento agli IMEL lo svolgimento di quelle attività (raccolta del risparmio ed esercizio del credito) il cui esercizio congiunto costituisce il cuore dell’attività bancaria, ed anche con riferimento all’attività di gestione di servizi di pagamento svolta dagli Istituti di pagamento, GIORGIANNI-TARDIVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, Milano, 2012, 524, e GIANNELLI, in *diritto degli intermediari e dei mercati finanziari* a cura di SFAMENI-GIANNELLI, Milano, 2013, 179. Sul punto, tuttavia, si veda quanto in precedenza rilevato per il caso “patologico”, ma non infrequente di difetto di contestualità tra la ricezione di fondi da parte dell’istituto emittente e la loro trasformazione in moneta digitale (Cap. 1, par. 2.1.).

²⁰⁰ In tal senso, GIANNELLI, in *diritto degli intermediari e dei mercati finanziari* a cura di SFAMENI-GIANNELLI, Milano, 2013, 179, ad avviso del quale, “l’emissione di moneta elettronica costituisce evidentemente una *fase* dei servizi di pagamento [...] e al pari di questi ultimi, è in grado di incidere sui tempi e le modalità di circolazione della moneta. Per tale ragione gli IMEL rientrano nel novero dei soggetti autorizzati allo svolgimento dei servizi di pagamento e rappresentano *una figura di intermediario affine agli istituti di pagamento* da cui peraltro si distinguono in quanto gli istituti di pagamento – a differenza di IMEL, banche e intermediari finanziari a ciò espressamente autorizzati – non possono emettere moneta elettronica”. In quest’ottica, taluno in dottrina propone un nuovo acronimo, “*e-money Payment institutions*” (sostitutivo del vecchio “IMEL”) per la individuazione degli IMEL autorizzati, in uno all’attività di emissione di moneta elettronica, alla prestazione dei servizi di pagamento: sul punto, si veda anche MANNELLA, in *Diritto delle comunicazioni elettroniche: telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, a cura di F. BASSAN, Milano, 2010, 359.

invero, la normativa secondaria,²⁰¹ nell'attribuire alla Banca d'Italia la competenza a rilasciare l'*autorizzazione* ad un IMEL per l'emissione di moneta elettronica, specifica che la stessa può esser rilasciata *anche* per la prestazione di *servizi non connessi con l'emissione di moneta elettronica*: la predetta (unica) autorizzazione, cioè, risulta comprensiva, *ipso iure*, anche dell'autorizzazione alla prestazione di servizi di pagamento qualora questi ultimi si configurino come *connessi* all'emissione di moneta elettronica. Tanto risulta, inoltre, dalla previsione che obbliga gli IMEL, nella predisposizione del programma di attività, ad illustrare, in uno alle attività di emissione di moneta elettronica, esclusivamente i servizi di pagamento *non connessi* all'emissione di moneta elettronica che intende svolgere e le relative modalità di prestazione: non anche, dunque, i servizi di pagamento *connessi* all'emissione di moneta elettronica.²⁰²

Il *procedimento di autorizzazione* prescritto per gli IMEL, del resto, risulta disciplinato in maniera non dissimile da quello previsto per gli Istituti di pagamento. Nello specifico, ferma la verifica da parte della Banca d'Italia dell'esistenza delle condizioni atte a garantirne la *sana e prudente gestione* ed il *regolare funzionamento del sistema dei pagamenti*,²⁰³ non molte risultano le previsioni specificamente dedicate agli IMEL ed espressione delle peculiarità dell'Istituto, rappresentate, in buona sostanza,

²⁰¹ In tal senso, il Cap. I, Sez. I, par. 2 del provvedimento della Banca d'Italia del 20 giugno 2012, recante "*Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica*".

²⁰² Si veda il Cap. 1 Sez. III del provvedimento della Banca d'Italia del 20 giugno 2012, recante "*Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica*".

²⁰³ A tal fine, anche in tal caso, la Banca d'Italia *verifica* la sussistenza dei seguenti presupposti: adozione della forma di società per azioni, di società in accomandita per azioni, di società a responsabilità limitata o di società cooperativa; presenza della sede legale e della direzione generale dell'istituto nel territorio della Repubblica italiana; esistenza di un capitale versato di ammontare non inferiore a quello indicato nella Sezione II o, nel caso di istituti a operatività limitata, nel Capitolo IX del provvedimento della Banca d'Italia del 20 giugno 2012, recante *Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica*; presentazione, unitamente all'atto costitutivo e allo statuto, di un programma di attività; possesso da parte dei partecipanti qualificati al capitale dell'istituto di moneta elettronica dei requisiti di onorabilità previsti, rispettivamente, dall'art. 114 – *novies*, co. 1, lettera e), e 114-*quinquies*, co. 1, lettera e) del TUB; possesso da parte dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo nell'istituto di moneta elettronica dei requisiti di professionalità, di onorabilità e di indipendenza, previsti, rispettivamente, dall'art. 114 – *novies*, co. 1, lettera e), e 114-*quinquies*, co. 1, lettera e) del TUB; insussistenza di impedimenti ad un esercizio efficace delle sue funzioni di vigilanza con riferimento al gruppo di appartenenza dell'istituto, a eventuali stretti legami tra l'istituto, o i soggetti del suo gruppo di appartenenza, e altri soggetti. Inoltre, la Banca d'Italia *valuta*: l'adeguatezza del programma di attività; la sussistenza delle condizioni di idoneità di coloro che detengono una partecipazione qualificata al capitale e del gruppo di appartenenza dell'istituto a garantirne la sana e prudente gestione; che l'organizzazione amministrativa e contabile ed il sistema dei controlli interni siano adeguati e proporzionati alla natura, ampiezza e complessità delle attività che l'istituto intende esercitare. Come nel caso degli Istituti di Pagamento, poi, la Banca d'Italia nega l'autorizzazione quando dalla verifica delle predette condizioni non risulti garantita la sana e prudente gestione dell'istituto o il regolare funzionamento del sistema dei pagamenti.

dall'obbligo di un *unico ammontare minimo di capitale iniziale* pari a 350 mila euro²⁰⁴ e dal *diverso contenuto del programma di attività* chiamato ad illustrare, nel caso di istituti di moneta elettronica, le attività di emissione di moneta elettronica ed i servizi di pagamento non connessi all'emissione di moneta elettronica che intende svolgere e le relative modalità di prestazione.²⁰⁵

Conseguita l'autorizzazione, poi, anche l'IMEL inoltra alla Banca d'Italia il certificato che attesta la data di iscrizione della società nel registro delle imprese. La Banca d'Italia iscrive quindi l'IMEL all'albo di cui all'art. 114-*quater* del TUB, indicando le succursali dell'istituto di moneta elettronica, nonché gli agenti di cui l'istituto di moneta elettronica intende servirsi per la prestazione di servizi di pagamento.²⁰⁶

²⁰⁴ In tal senso, il par. II del Cap. II, Sez. II del provvedimento della Banca d'Italia del 20 giugno 2012.

²⁰⁵ Per il resto, invece, la disciplina risulta identica a quella degli Istituti di pagamento, sicché il programma deve indicare: le linee di sviluppo dell'attività; i principali investimenti attuati ovvero in corso di attuazione; gli obiettivi perseguiti e le strategie imprenditoriali che la società intende seguire per la loro realizzazione. Il programma di attività è, poi, accompagnato: dalla relazione sulla struttura organizzativa, redatta secondo lo schema contenuto nell'allegato C del Capitolo VI (Schema della relazione sulla struttura organizzativa) del provvedimento della Banca d'Italia del 20 giugno 2012, recante "*Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica*"; dalla descrizione degli specifici servizi di pagamento che l'istituto intende prestare, delle relative caratteristiche, delle modalità di gestione e regolamento delle relative operazioni di pagamento, nonché del sistema di pagamento a cui intende partecipare, secondo quanto previsto nell'allegato D, Sezioni A e B, del Capitolo VI del provvedimento della Banca d'Italia del 20 giugno 2012, recante "*Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica*"; dalla descrizione dell'attività di emissione di moneta elettronica e di gestione del relativo circuito, secondo quanto previsto nell'allegato D, Sezioni B (1) e C del Capitolo VI del provvedimento della Banca d'Italia del 20 giugno 2012, recante "*Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica*"; dai bilanci previsionali dei primi tre esercizi da cui risultino, tra l'altro, l'ammontare degli investimenti che l'istituto intende effettuare per impiantare la struttura tecnico-organizzativa e le relative coperture finanziarie, le dimensioni operative che l'istituto si propone di raggiungere, i risultati economici attesi ed il rispetto dei requisiti prudenziali; da una relazione che descriva le misure adottate per tutelare i fondi ricevuti dalla clientela, secondo quanto previsto nel Capitolo IV, Sezione II del provvedimento della Banca d'Italia del 20 giugno 2012, recante "*Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica*".

La Banca d'Italia, come per gli Istituti di Pagamento, può poi richiedere *modifiche del programma* quando le linee di sviluppo in esso previste contrastino con la sana e prudente gestione ovvero con il regolare funzionamento del sistema dei pagamenti. Nel rilasciare l'autorizzazione, può inoltre fornire indicazioni all'istituto perché quest'ultimo conformi le previste linee di sviluppo della propria attività al rispetto delle regole prudenziali, alle esigenze informative di vigilanza nonché a quelle di regolare funzionamento del sistema dei pagamenti.

²⁰⁶ Anche per gli IMEL risulta possibile la *variazione dell'autorizzazione* rilasciata. In particolare, come gli Istituti di Pagamento, gli IMEL che intendono prestare servizi di pagamento non connessi con l'emissione di moneta elettronica diversi da quelli specificamente indicati nel programma di attività, sono obbligati a comunicare preventivamente alla Banca d'Italia l'intenzione di prestare servizi di pagamento diversi da quelli per i quali sono autorizzati, corredandola con un nuovo programma di attività, redatto secondo quanto previsto nella Sezione III del Cap II del provvedimento della Banca d'Italia del 20 giugno 2012, recante "*Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica*". Se, entro sessanta giorni dalla comunicazione, la Banca d'Italia non comunica eventuali motivi ostativi, gli IMEL possono prestare i nuovi servizi di pagamento in relazione ai quali, peraltro, la Banca d'Italia aggiorna il relativo albo (Cap. II, Sez. VIII del provvedimento della Banca d'Italia del 20 giugno 2012).

Successivamente all'iscrizione all'albo, l'IMEL comunica alla Banca d'Italia *l'avvio della propria operatività*.²⁰⁷

Radicalmente dissimile, invece, appare la disciplina delle *modalità di tenuta delle somme* ricevute dagli IMEL. Ed invero, se per un verso, come per gli Istituti di Pagamento, le attività in cui risultano investite le somme di denaro ricevute a fronte della moneta elettronica emessa costituiscono *patrimonio distinto* a tutti gli effetti da quello dell'istituto (artt. 114-*quinquies* co. 1 e 114-*duodecies* TUB),²⁰⁸ per altro verso, l'Istituto di moneta elettronica applica i requisiti di tutela alle somme ricevute dalla clientela - a fronte della moneta elettronica emessa - mediante strumenti di pagamento già *a partire dal giorno in cui acquisisce la disponibilità di tali somme ed in ogni caso, entro cinque giorni dall'emissione della moneta elettronica*.²⁰⁹ In altre parole, qualora le somme di denaro dei clienti ricevute dall'IMEL a fronte della moneta elettronica emessa, in relazione ai singoli clienti, superino la soglia di 100,00 euro, le stesse sono depositate presso una banca autorizzata ad operare in Italia in conti intestati agli istituti depositanti con l'indicazione che si tratta di beni di terzi (detti conti sono tenuti distinti da quelli dell'istituto), ovvero, investite in titoli di debito qualificati, depositati presso depositari abilitati, ovvero ed infine, investite in quote di fondi comuni di investimento armonizzati il cui regolamento di gestione preveda esclusivamente l'investimento in titoli di debito qualificati o in fondi di mercato monetario: il tutto, *sin dal giorno in cui l'IMEL acquisisce la disponibilità delle somme* e comunque non oltre 5 giorni

²⁰⁷ Speculare a quella degli Istituti di pagamento risulta anche la disciplina della *revoca e decadenza dell'autorizzazione*. Peraltro, *la revoca dell'autorizzazione è effettuata secondo le modalità di cui all'art. 113-ter TUB qualora vi siano somme di denaro ricevute a fronte della moneta elettronica emessa, nonché attivi derivanti dall'esercizio dell'attività di concessione di finanziamenti. Negli altri casi l'istituto modifica l'oggetto sociale*.

²⁰⁸ Ed invero, a tenore del Cap. IV, Sez. 2, par. 1 e 2 del Provvedimento della Banca d'Italia del 20 giugno 2012, recante "*Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica*", gli IMEL "*applicano le previsioni dei due capoversi precedenti anche alle somme di denaro ricevute a fronte della moneta elettronica emessa. Le evidenze contabili relative alla moneta elettronica emessa sono tenute distinte rispetto a quelle relative alle somme di denaro detenute per la prestazione dei servizi di pagamento*". In altre parole, come gli Istituti di Pagamento, anche gli IMEL sono tenuti ad istituire e conservare *apposite evidenze contabili*: distintamente per ciascun cliente, delle somme di denaro ricevute da registrare nei conti di pagamento e delle attività in cui le somme ricevute sono state investite. Tali evidenze indicano, fra l'altro, le banche depositarie delle somme di denaro ricevute dai clienti e i depositari degli strumenti finanziari in cui sono eventualmente investite le somme di denaro ricevute dai clienti, secondo quanto osservato in precedenza (Cap. II, par. 3.2.) Le evidenze, poi, devono essere aggiornate in via continuativa e con tempestività, in modo tale da poter ricostruire in qualsiasi momento con certezza la posizione di ciascun cliente. Esse devono essere regolarmente riconciliate con gli estratti conto prodotti dai depositari.

²⁰⁹ Come in precedenza osservato (Cap. II, par. 3.2.), l'Istituto di Pagamento è invece chiamato ad applicare i requisiti di tutela alle somme ricevute dai clienti e registrate nei conti di pagamento che non siano 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*.

dall'emissione della moneta elettronica.²¹⁰ La circostanza, come si vedrà di qui a breve, non è priva di rilievo, segnatamente in ordine al problema dell'esatta qualificazione giuridica dei valori finanziari intermediati dall'operatore telefonico mobile nella prestazione di servizi di pagamento.

²¹⁰ Peraltro, nel caso in cui le somme di denaro ricevute dalla clientela e registrate nei conti di pagamento siano utilizzabili sia per operazioni di pagamento sia per servizi diversi dai servizi di pagamento, le modalità testé illustrate di tutela delle somme in parola si applicano solo alla percentuale delle somme di denaro da utilizzare per future operazioni di pagamento. Se tale percentuale è variabile o non conosciuta in anticipo, gli Istituti stimano una percentuale rappresentativa che si presume sia utilizzata per i servizi di pagamento, sempre che tale percentuale rappresentativa possa essere ragionevolmente stimata in base a dati storici; periodicamente, inoltre, gli Istituti verificano la congruità di tale percentuale rispetto all'effettivo utilizzo delle somme di denaro effettuato dai clienti. Gli Istituti sono comunque tenuti a comunicare alla Banca d'Italia: la decisione di applicare le citate modalità di tutela solo a una percentuale delle somme di denaro ricevute dai clienti; le motivazioni di tale decisione e le modalità con cui è stata determinata detta percentuale; almeno annualmente, gli esiti delle verifiche effettuate in ordine alla congruità della percentuale determinata. La disciplina testé illustrata, si applica anche agli Istituti di moneta elettronica, nel caso in cui le somme di denaro ricevute a fronte della moneta elettronica emessa siano utilizzabili anche per operazioni di pagamento non connesse con la moneta elettronica o per servizi diversi (Cap IV, Sez. II, par. 4 del Provvedimento della Banca d'Italia del 20 giugno 2012, recante “Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica”).

Par. 5. Le deroghe allo statuto normativo dei prestatori di servizi di pagamento: i prestatori cd. *ad operatività limitata*.

Una significativa deviazione dallo statuto “ordinario” dei prestatori di servizi di pagamento, segnatamente dalla disciplina applicabile agli Istituti di Pagamento ed IMEL cd. *ad operatività completa* (ossia autorizzati ad operare secondo le previsioni, di ordine oggettivo e soggettivo, sinora illustrate), è rappresentata dalla possibilità per l’IP, ovvero IMEL, di configurarsi nel mercato dei servizi di pagamento quale prestatore cd. *ad operatività limitata*. Si tratta di una “deroga” che, per certi aspetti, presenta connotati *peculiari*: essa risulta prevista, *esclusivamente*, dalla normativa secondaria, la normativa primaria (TUB e decreti legislativi di recepimento delle direttive PSD ed IMEL2) non facendo menzione alcuna di tale *species* di prestatori di servizi di pagamento.

Ed invero, il Cap. IX del Provvedimento della Banca d’Italia 20 giugno 2012, recante “*Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica*”, riconosce agli Istituti di Pagamento *la cui media mensile, calcolata sui precedenti dodici mesi, dell’importo complessivo delle operazioni di pagamento eseguite, non superi i 3 milioni di euro*, ovvero agli IMEL *la cui moneta elettronica media in circolazione non superi i 5 milioni di euro*,²¹¹ la possibilità di prestare servizi di pagamento secondo uno statuto normativo connotato di *specialità* e in ordine al novero delle *attività esercitabili* e, correlativamente, in ordine al *regime di vigilanza*.

Sotto il primo profilo e con particolare riferimento agli Istituti di Pagamento, infatti, l’IP cd. *ad operatività limitata*, da un lato, risulta autorizzato a prestare *esclusivamente* i servizi di pagamento previsti ai punti n. 6 e 7 dell’art. 1, co. 1, lett. b) del d.lgs. 27

²¹¹ Ferma la necessità di conseguire l’autorizzazione all’esercizio dell’attività di prestazione di servizi di pagamento secondo la disciplina in precedenza descritta (par. 3.2. e 4 in questo capitolo), in fase di autorizzazione (all’operatività limitata) dell’istituto (Istituto di Pagamento, ovvero IMEL), la sussistenza dei limiti quantitativi in parola risulta verificata *sulla base dell’importo complessivo delle operazioni di pagamento previste nel bilancio di previsione allegato al programma di attività*, nel caso degli Istituti di Pagamento, mentre *sulla base dell’importo complessivo della moneta elettronica in circolazione prevista nel bilancio di previsione allegato al programma di attività*, nel caso degli IMEL.

Peraltro, il superamento dell’importo delle operazioni di pagamento o dell’ammontare di moneta elettronica media in circolazione determina *significative conseguenze*: da un lato, i PSP cd. ad operatività limitata risultano *obbligati a comunicare il superamento alla banca d’Italia entro trenta giorni dal verificarsi di tale circostanza*, dall’altro, essi risultano *obbligati ad adeguarsi alle disposizioni degli istituti di pagamento e degli istituti di moneta elettronica ad operatività completa o, in alternativa, a dismettere l’attività entro i successivi sessanta giorni*.

gennaio 2010, n. 11,²¹² dall'altro, *non può concedere finanziamenti* in relazione ai servizi di pagamento prestati. Ulteriore limite di operatività, segnatamente *soggettivo*, è rappresentato dal *divieto di operare in altri Paesi mediante lo stabilimento di succursali, l'impiego di un agente o in regime di libera prestazione di servizi*.

I limiti di operatività di carattere *oggettivo* previsti per l'IP operano, poi, in maniera non dissimile per l'IMEL, tuttavia, *esclusivamente ove intenda prestare servizi di pagamento non connessi con l'emissione di moneta elettronica*.²¹³ Per ogni IMEL cd. *ad operatività limitata*, invece, da un lato, è fatto *divieto di operare in altri Paesi mediante lo stabilimento di succursali, l'impiego di soggetti convenzionati o in regime di libera prestazione di servizi*, dall'altro, è fatto *obbligo di emettere moneta elettronica con un limite di avvaloramento per cliente di 150 euro*.

Quale contraltare delle limitazioni, *oggettive e soggettive*, prescritte all'operatività degli Istituti configuratisi come prestatori cd. *ad operatività limitata*, la normativa secondaria esclude l'applicabilità di talune, ma significative, cautele poste a presidio della corretta prestazione dei servizi di pagamento e dell'attività di emissione di moneta elettronica e, più in generale, *della sicurezza del mercato dei pagamenti*. Ed invero, ferma l'applicabilità dello statuto ordinario dei prestatori di servizi di pagamento, segnatamente della regola in base alla quale *il patrimonio di vigilanza non può essere in nessun momento inferiore al livello del capitale iniziale minimo richiesto per la costituzione*, agli IP ed agli IMEL cd. *ad operatività limitata*, in via d'eccezione, non trovano applicazione le previsioni in materia di *disciplina prudenziale*, prevista al Cap. V del Provvedimento della Banca d'Italia 20 giugno 2012, né, nel caso di prestazione di servizi di pagamento, i *requisiti in materia di tutela dei fondi ricevuti dai clienti*, previsti al Cap. IV, Sez. II del medesimo provvedimento.

Le limitazioni prescritte all'operatività dei prestatori di servizi di pagamento cd. *ad operatività limitata*, peraltro, riverberano i propri effetti anche sull'*organizzazione amministrativa* dei soggetti *de quo*, la cui idoneità all'esercizio dell'attività, ancorché limitata, di prestazione di servizi di pagamento risulta rimessa ad una *valutazione* della

²¹² Si tratta, rispettivamente della cd. *rimessa di denaro e dell'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*.

²¹³ In tal senso, il par. 1, Cap. IX del Provvedimento della Banca d'Italia 20 giugno 2012, recante "Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica" nella parte in cui dispone che "L'istituto di moneta elettronica a operatività limitata [...] se intende prestare servizi di pagamento non connessi con l'emissione di moneta elettronica, rispetta le condizioni indicate nel precedente alinea".

Banca d'Italia che tenga parimenti conto, da un lato, del *minor livello di complessità dell'attività svolta* da tali soggetti, dall'altro, dell'*esigenza di preservare condizioni atte ad assicurare la sana e prudente gestione dell'istituto, nonché la corretta prestazione dei servizi di pagamento e dell'attività di emissione di moneta elettronica, nonché il corretto adempimento degli obblighi in materia di riciclaggio e finanziamento al terrorismo.*²¹⁴

Dalla breve analisi normativa compiuta emerge che la disciplina testé illustrata, ancorché voluta dal solo legislatore interno, pure concorre a realizzare gli obiettivi perseguiti con le direttive PSD ed IMEL2. Ed invero, se, come si vedrà, la previsione dei PSP cd. *ibridi* realizza l'intento comunitario di agevolare l'ingresso nel mercato dei pagamenti di *imprese commerciali* legittimate così a competere, a parità di condizioni, con i soggetti tradizionalmente operanti nel mercato dei servizi di pagamento, dall'altro, la previsione dei PSP cd. *ad operatività limitata* pure realizza (quantomeno nelle intenzioni) l'obiettivo di connotare quest'ultimo di maggiore competitività, attesa la possibilità di accedervi ed operarvi secondo schemi organizzativi più snelli e maglie di vigilanza più larghe, a fronte della minore complessità dell'attività svolta.

Peraltro, tale ultima disciplina, come del resto quella dettata per i PSP cd. *ibridi*, appare volta a realizzare anche l'obiettivo di diffondere gli *strumenti elettronici di pagamento* e, dunque, il *Mobile Payment*, considerato che nel novero delle attività esercitabili dai PSP cd. *ad operatività limitata* figura, in uno alla cd. *rimessa di denaro*, 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*

²¹⁴ In tal senso, il Par. 2 Cap. IX del Provvedimento della Banca d'Italia 20 giugno 2012, recante "*Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica*", a tenore del quale, "La Banca d'Italia, inoltre, nella valutazione delle soluzioni organizzative prospettate dagli istituti di pagamento e dagli istituti di moneta elettronica a operatività limitata, *tiene conto del minor livello di complessità dell'attività svolta da tali soggetti, ferma restando l'esigenza di preservare condizioni atte ad assicurare la sana e prudente gestione dell'istituto nonché la corretta prestazione dei servizi di pagamento e dell'attività di emissione di moneta elettronica, nonché il corretto adempimento degli obblighi in materia di riciclaggio e finanziamento al terrorismo*". Non pare arduo evidenziare, peraltro, che la previsione *de qua*, finisce col configurare la *valutazione* della Banca d'Italia in ordine alle soluzioni organizzative prospettate dai prestatori ad operatività limitata, come variabile al variare delle peculiarità del caso concreto, e dunque, essenzialmente *discrezionale*: dalla presenza delle generiche e, per certi versi, troppo ampie formule utilizzate, infatti, non pare possibile inferire sicuri criteri guida di valutazione, né, soprattutto, sicuri indici normativi della prevalenza, tra le esigenze rilevanti ai fini dell'operazione di valutazione *de qua*, dell'una, piuttosto che dell'altra.

esclusivamente come intermediario tra l'utilizzatore di servizi di pagamento e il fornitore di beni e servizi.

Par. 5.1. I prestatori di servizi di pagamento cd. ibridi.

La disciplina testé illustrata concerne i PSP (ad operatività completa, ovvero, limitata) cd. *puri*, ovvero, Istituti di Pagamento o IMEL, il cui oggetto sociale sia rappresentato *esclusivamente* dalla prestazione di servizi di pagamento.

Con l'introduzione della disciplina dei PSP che la più recente dottrina non esita a qualificare "*ibridi*",²¹⁵ invece, il legislatore interno ha recepito l'intento comunitario di agevolare l'ingresso nel mercato dei pagamenti di *imprese commerciali* (si pensi ai soggetti operanti nel settore della grande distribuzione e delle telecomunicazioni) legittimati così a competere, a parità di condizioni, con i soggetti tradizionalmente operanti nel mercato dei servizi di pagamento.²¹⁶ Ed invero, gli artt. 114-*quinquies* e 114-*novies* TUB, entrambi al co. 4, riconoscono alla Banca d'Italia il potere di autorizzare *la prestazione di servizi di pagamento da parte di soggetti che esercitano altre attività imprenditoriali, diverse dalla prestazione dei servizi di pagamento.*²¹⁷ In tal caso, ferma la necessaria compresenza delle condizioni prescritte per il rilascio dell'autorizzazione alla prestazione dei servizi di pagamento e delle relative attività accessorie e strumentali degli Istituti di Pagamento e degli IMEL cd. *puri*,²¹⁸ risulta necessaria la costituzione, con le modalità ed agli effetti stabiliti dall'art. 114-*terdecies* TUB,²¹⁹ di un *patrimonio destinato* del quale, pure a mente delle norme *de qua*, devono esser individuati *uno o più soggetti responsabili.*²²⁰

²¹⁵ In tal senso, *ex multis*, GIANNELLI, in *diritto degli intermediari e dei mercati finanziari* a cura di SFAMENI-GIANNELLI, Milano, 2013, 180; MANNELLA, in *Diritto delle comunicazioni elettroniche: telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, a cura di Fabio Bassan, Milano, 2010, 359; ANTONUCCI, in *diritto delle banche*, Milano, 2012, 124.

²¹⁶ In particolare, si tratta della conseguenza, in termini di ordinamento nazionale, dell'osservazione che è alla base del corrispondente art. 16, par. 1, lett. c), PSD; nel *Considerando* n. 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.*"

²¹⁷ In pratica, la normativa *de qua* si rivolge a soggetti a tutti gli effetti *commerciali*, come ad esempio, supermercati, distributori di benzina, etc., che alla loro normale attività possono oggi affiancare l'offerta dei servizi di pagamento, finora monopolio esclusivo delle banche. Tale categoria di operatori, dunque, risulta legittimata a fiancheggiare gli Istituti di credito nell'offerta di servizi come la gestione dei conti di pagamento, gli addebiti diretti, i bonifici, le operazioni con carte di pagamento, le rimesse di denaro ed anche la concessione di prestiti.

²¹⁸ Giova peraltro precisare che, diversamente da quanto prescritto per gli Istituti di Pagamento cd. *puri*, l'art. 114-*novies* co. 4 TUB espressamente esclude dal novero delle condizioni necessarie per il rilascio dell'autorizzazione, il *possesso dei requisiti di professionalità degli esponenti aziendali*.

²¹⁹ Art. 114-*terdecies* TUB : "Gli istituti di pagamento che svolgano anche attività imprenditoriali diverse dalla prestazione dei servizi di pagamento, autorizzati ai sensi dell'articolo 114-*novies*, co. 4, devono

In altre parole, da un lato, per gli Istituti di Pagamento come per gli IMEL, il carattere dell'esclusività dell'oggetto sociale non costituisce requisito per ottenere l'autorizzazione ad emettere moneta elettronica e prestare servizi di pagamento,²²¹ dall'altro, l'obbligo di segregazione patrimoniale prescritto per i PSP cd. *puri* assume connotati più rigorosi quando, accanto al servizio di pagamento, l'istituto, IP ovvero IMEL, svolga anche un'attività commerciale del tutto estranea alla prestazione di

costituire un patrimonio destinato per la prestazione dei servizi di pagamento e per le relative attività accessorie e strumentali. A tal fine essi adottano apposita deliberazione contenente l'esatta descrizione dei beni e dei rapporti giuridici destinati e delle modalità con le quali è possibile disporre, integrare e sostituire elementi del patrimonio destinato. La deliberazione è depositata e iscritta a norma dell'articolo 2436 del codice civile. Si applica il secondo comma dell'articolo 2447-*quater* del codice civile (co. 1). Decorso il termine di cui al secondo comma dell'articolo 2447-*quater* del codice civile ovvero dopo l'iscrizione nel registro delle imprese del provvedimento del tribunale ivi previsto, *i beni e i rapporti giuridici individuati sono destinati esclusivamente al soddisfacimento dei diritti degli utenti dei servizi di pagamento e di quanti vantano diritti derivanti dall'esercizio delle attività accessorie e strumentali e costituiscono patrimonio separato a tutti gli effetti da quello dell'istituto e dagli altri eventuali patrimoni destinati. 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 azioni soltanto a tutela dei diritti dei predetti soggetti*" (co. 2). Il co. 3 precisa, poi che *"in caso di incapienza del patrimonio destinato l'istituto di pagamento risponde anche con il proprio patrimonio delle obbligazioni nei confronti degli utenti dei servizi di pagamento e di quanti vantano diritti derivanti dall'esercizio delle attività accessorie e strumentali"*.

*La disciplina, prevista per gli Istituti di Pagamento cd. ibridi, risulta interamente applicabile anche agli IMEL cd. ibridi in virtù del richiamo operato dal co. 5 dell'art. 114-*quinquies* co. 1 all'art. 114-*terdecies* TUB: "Gli istituti di moneta elettronica che svolgano anche altre attività imprenditoriali diverse dall'emissione di moneta elettronica e dalla prestazione dei servizi di pagamento, autorizzati ai sensi dell'articolo 114-*quinquies*, co. 4, costituiscono un patrimonio destinato unico per l'emissione di moneta elettronica, la prestazione dei servizi di pagamento e per le relative attività accessorie e strumentali. A tale patrimonio destinato si applica l'articolo 114-*terdecies*, anche con riferimento all'emissione di moneta elettronica."*

²²⁰ Art. 114-*novies*, co. 4, TUB: "La Banca d'Italia, autorizza alla prestazione di servizi di pagamento soggetti che esercitano altre attività imprenditoriali quando: a) ricorrano le condizioni indicate al comma 1, ad eccezione del possesso dei requisiti di professionalità degli esponenti aziendali; b) per la prestazione dei servizi di pagamento e per le relative attività accessorie e strumentali sia costituito un patrimonio destinato con le modalità e agli effetti stabiliti dall'articolo 114-*terdecies*; c) siano individuati uno o più soggetti responsabili del patrimonio di cui alla lettera b)". Art. 114-*quinquies*, co. 4, TUB: "la Banca d'Italia autorizza all'emissione di moneta elettronica soggetti che esercitino anche altre attività imprenditoriali quando: a) ricorrano le condizioni indicate al comma 1, ad eccezione del possesso dei requisiti di professionalità degli esponenti aziendali; b) per l'attività di emissione di moneta elettronica, la prestazione dei servizi di pagamento e per le relative attività accessorie e strumentali sia costituito un unico patrimonio destinato con le modalità e agli effetti stabiliti dagli articoli 114-*quinquies*, comma 5, e 114-*terdecies*; c) siano individuati uno o più soggetti responsabili del patrimonio di cui alla lettera b); ad essi si applica l'articolo 26, comma 3, lettere a) e b)." Con particolare riferimento agli IMEL, peraltro, giova precisare che per attività imprenditoriale "diversa" deve intendersi *un'attività diversa dall'emissione di moneta elettronica e dalla prestazione dei servizi di pagamento non connessi con l'emissione di moneta elettronica*: tanto risulta dal Cap. X, par. 1 del provvedimento della Banca d'Italia del 20 giugno 2012, recante *"Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica"*.

²²¹ La modifica, unitamente alla diffusione delle *smart card* abilitate al pagamento di beni e/o servizi diversi da quello telefonico (talora forniti da soggetti diversi dall'emittente), ha dischiuso nuove opportunità per gli operatori delle telecomunicazioni chiamati a decidere, come si vedrà di qui a breve, in ordine alla possibilità (*rectius*, opportunità) di configurarsi come IMEL o Istituti di pagamento. Tra i fattori suscettibili di incidere su tale decisione, non appare ardito annoverare la considerazione da parte degli operatori di rete del *diverso regime di vigilanza* cui sarebbero esposti optando per l'una o l'altra qualifica.

servizi di pagamento. Come evidente, in tale ultimo caso, la preoccupazione alla base della scelta normativa è quella di evitare che una crisi,²²² inerente l'attività commerciale, possa trasmettersi anche al servizio di pagamento minacciando così il buon funzionamento e, quindi, la credibilità e la fiducia che deve circondare il sistema dei pagamenti.²²³ La stessa *ratio*, del resto, sottende la previsione che riconosce alla Banca d'Italia il potere di imporre la costituzione di *una società che svolga esclusivamente l'attività di prestazione dei servizi di pagamento*, qualora lo svolgimento delle altre attività imprenditoriali rischi di danneggiare *la solidità finanziaria dell'istituto o l'esercizio effettivo della vigilanza*.²²⁴

La segregazione patrimoniale attuata mediante la necessaria costituzione di un patrimonio destinato riverbera i suoi effetti, evidentemente, anche sull'*organizzazione*

²²² Ed invero, l'art. 114-*terdecies* TUB, stabilisce che “*in caso di sottoposizione a procedura concorsuale del soggetto autorizzato alla prestazione di servizi di pagamento ai sensi dell'articolo 114-novies, co. 4, l'amministrazione del patrimonio destinato è attribuita agli organi della procedura, che provvedono con gestione separata alla liquidazione dello stesso secondo le regole ordinarie. Gli ordini di pagamento e le attività accessorie e strumentali a valere sul patrimonio destinato che siano state avviate prima dell'avvio della procedura continuano ad avere esecuzione e ad esso continuano ad applicarsi le previsioni contenute nel presente articolo. A decorrere dalla data di apertura della procedura non possono essere accettati nuovi ordini di pagamento né stipulati nuovi contratti. Gli organi della procedura possono trasferire o affidare in gestione a banche o altri intermediari autorizzati alla prestazione di servizi di pagamento, i beni e i rapporti giuridici ricompresi nel patrimonio destinato e le relative passività. Ai fini della liquidazione del patrimonio destinato si applica l'articolo 91, commi 2 e 3, intendendosi equiparati gli utenti dei servizi di pagamento ai clienti aventi diritto alla restituzione di strumenti finanziari (co. 5). La Banca d'Italia può nominare un liquidatore per gli adempimenti di cui al comma 5, in luogo degli organi della procedura, ove ciò sia necessario per l'ordinata liquidazione del patrimonio destinato (co. 6). Il tribunale competente per l'avvio della procedura concorsuale del soggetto autorizzato alla prestazione di servizi di pagamento informa la Banca d'Italia della pendenza del procedimento*” (co. 7).

²²³ Secondo PAPA, *sub art. 114-terdecies*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *cit.*, 480 ss., “*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.*”

²²⁴ Artt. 114-*novies* co. 5 e 114-*quinquies* co. 5 TUB. Sul punto, il Cap X, par. 3 del provvedimento della Banca d'Italia del 20 giugno 2012, recante “*Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica*” specifica, ulteriormente, che nel caso in cui l'istituto presti allo stesso tempo servizi di pagamento o attività di emissione di moneta elettronica e altre attività imprenditoriali e la Banca d'Italia abbia richiesto la costituzione di una società dedicata esclusivamente alla prestazione dei servizi di pagamento o all'emissione di moneta elettronica, atteso che le attività diverse dai servizi di pagamento o dall'emissione di moneta elettronica danneggiano o rischiano di danneggiare la solidità finanziaria dell'istituto, l'affidabilità e l'efficienza dei servizi di pagamento o dell'emissione di moneta elettronica o la capacità della Banca d'Italia di esercitare i previsti controlli sull'istituto, l'istituto deve comunicare alla Banca d'Italia le modifiche del/dei soggetto/i responsabile/i del patrimonio destinato entro dieci giorni dalla nomina. Per le modifiche degli altri esponenti aziendali, invece, il provvedimento in parola rinvia, *mutatis mutandis*, alla disciplina prevista dal Cap. III, Sez. IV per i PSP cd. *puri*.

contabile dei PSP cd. *ibridi*.²²⁵ Questi ultimi, invero, hanno l'obbligo di mantenere separata da un punto di vista amministrativo e contabile l'attività relativa ai servizi di pagamento e quella di emissione di moneta elettronica dalle altre esercitate; inoltre, nella relazione sulla struttura organizzativa una specifica sezione deve essere dedicata ad illustrare se e quali risorse (umane, organizzative e tecnologiche) e processi aziendali sono utilizzati sia per la prestazione dei servizi di pagamento e per l'emissione di moneta elettronica, sia per lo svolgimento delle altre attività esercitate.²²⁶ In tal caso, devono essere indicati i presidi e meccanismi definiti per assicurare che, nella prestazione dei servizi di pagamento e nell'attività di emissione della moneta elettronica, siano rispettati i requisiti generali di organizzazione e l'adeguatezza del sistema dei controlli interni.

La necessaria presenza di un patrimonio destinato, peraltro, riverbera i suoi effetti sulla disciplina applicabile agli Istituti cd. *ibridi*, anche sotto altri profili.²²⁷ Ed invero, ancorché sia previsto che agli Istituti che prestano anche attività imprenditoriali diverse dalla prestazione dei servizi di pagamento e dall'emissione di moneta elettronica si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni previste per gli Istituti cd. *puri*, è altresì precisato che le stesse *vanno però riferite al patrimonio destinato*.²²⁸

²²⁵ Il co. 4 dell'art. 114-*terdecies* TUB impone, infatti, all'Istituto di Pagamento, con riferimento al patrimonio destinato, di tenere separatamente i libri e le scritture contabili prescritti dagli articoli 2214 ss. cc., nel rispetto dei principi contabili internazionali. Gli amministratori redigono un separato rendiconto per il patrimonio destinato, da allegare al bilancio d'esercizio dell'istituto di pagamento.

²²⁶ Il *rendiconto del patrimonio destinato*, poi, redatto ai sensi delle istruzioni dettate dalla Banca d'Italia, ovvero, del Provvedimento della Banca d'Italia del 13 marzo 2012, recante "*Istruzioni per la redazione dei bilanci e dei rendiconti degli intermediari finanziari ex art. 107 del TUB, degli istituti di pagamento, degli IMEL, delle SGR e delle SIM*", e allegato al bilancio della società che lo ha costituito, deve essere oggetto di una relazione redatta dal soggetto incaricato della revisione legale dei conti, che attesta la coerenza dei dati contenuti nel rendiconto con quelli riportati nel bilancio della società. Il bilancio, il rendiconto del patrimonio destinato e i rispettivi allegati sono trasmessi alla Banca d'Italia secondo quanto disposto nel capitolo XI, par. 2. del provvedimento della Banca d'Italia del 20 giugno 2012, recante *Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica*.

²²⁷ Con particolare riferimento alle *modalità di tenuta delle somme*, il co. 2 dell'art. 114-*terdecies* TUB statuisce invece l'*applicabilità dell'art. 114-duodecies, co. 2* in tema di Istituti di pagamento cd. *puri*: queste, dunque, "sono investite, nel rispetto delle modalità stabilite dalla Banca d'Italia, in attività che costituiscono patrimonio distinto a tutti gli effetti da quello dell'istituto di pagamento. Su tale patrimonio distinto non sono ammesse azioni dei creditori dell'istituto di pagamento o nell'interesse degli stessi, né quelle dei creditori dell'eventuale soggetto presso il quale le somme sono depositate. Le azioni dei creditori dei singoli clienti degli istituti di pagamento sono ammesse nel limite di quanto registrato ai sensi del comma 1. Se le somme di denaro registrate nei conti di pagamento sono depositate presso terzi non operano le compensazioni legale e giudiziale e non può essere pattuita la compensazione convenzionale rispetto ai crediti vantati dal depositario nei confronti dell'istituto di pagamento."

²²⁸ Ciò anche in tema di *disciplina prudenziale*: in tal senso, il Cap. X, par. 2 del provvedimento della Banca d'Italia del 20 giugno 2012, recante "*Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica*", laddove specifica che "*le disposizioni relative al patrimonio di vigilanza (Cap. V), vanno riferite al patrimonio destinato*."

Più dettagliatamente, è dato ravvisare la presenza di significative deviazioni dallo statuto normativo degli Istituti cd. *puri*, innanzitutto, in tema di *autorizzazione*. In uno alle (parzialmente diverse) condizioni all'uopo prescritte,²²⁹ dissimile risulta segnatamente il procedimento volto al rilascio dell'autorizzazione: alla relativa domanda, infatti, deve esser allegata la *delibera costitutiva del patrimonio destinato approvata dall'organo amministrativo e non ancora depositata per l'iscrizione nel registro delle imprese; ottenuta l'autorizzazione e prima dell'iscrizione nell'albo, l'istituto inoltra alla Banca d'Italia il certificato che attesta la data di iscrizione del patrimonio destinato nel registro delle imprese; conseguentemente la Banca d'Italia iscrive l'istituto nell'albo, ma solo una volta spirato il termine entro il quale i creditori sociali anteriori all'iscrizione nel registro delle imprese possono fare opposizione* (art. 2447-*quater* c.c.). Viceversa, *in caso di opposizione, la Banca d'Italia iscrive l'istituto nell'albo soltanto se il Tribunale, nonostante l'opposizione, disponga che la deliberazione sia eseguita.*²³⁰

Significative, poi, appaiono le deviazioni in tema di *organizzazione*, giustificate dalla necessaria presenza di uno o più responsabili del patrimonio separato. Ed invero, la normativa secondaria specifica che, fermo restando il ruolo degli organi aziendali, *la responsabilità di assicurare che i requisiti generali di organizzazione siano correttamente attuati (Sezione I, par. 2) compete anche al al/i responsabile/i del*

²²⁹ Tanto risulta dal provvedimento della Banca d'Italia del 20 giugno 2012, recante *Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica*, il quale, al Cap. X, par. 2, specifica che “*le disposizioni relative al Capitale minimo iniziale (Sezione II) debbono esser interpretate nel senso che si riferiscono all'ammontare del patrimonio destinato ed alle attività conferite in detto patrimonio. Il soggetto incaricato della revisione legale dei conti dell'istituto attesta che il valore netto delle attività e delle passività conferite nel patrimonio destinato non è inferiore al capitale minimo iniziale. Si applica quanto previsto nel Capitolo II, Sezione VI, par. 3, con riferimento al patrimonio destinato.*” Inoltre, “*i bilanci previsionali allegati al programma di attività (Sezione III) devono essere riferiti alla prestazione dei servizi di pagamento e all'emissione di moneta elettronica*”, mentre, per quanto attiene agli esponenti aziendali, è specificato che “*i componenti dell'organo amministrativo della società che costituisce il patrimonio destinato devono possedere esclusivamente i requisiti di onorabilità; i soggetti responsabili del patrimonio destinato devono possedere, invece, i requisiti di onorabilità e professionalità*” previsti per gli amministratori degli Istituti cd. *puri*.

²³⁰ In tal senso, il Cap. X, par. 2 del provvedimento della Banca d'Italia 20 giugno 2012, recante *Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica*. Quello descritto, peraltro, rappresenta il procedimento per il rilascio dell'autorizzazione previsto per un Istituto cd. *ibrido* di *nuova costituzione*. Parzialmente diversa risulta, poi, la disciplina applicabile ad un Istituto, IP ovvero IMEL, dunque già autorizzato (esclusivamente) alla prestazione di servizi di pagamento o attività di emissione di moneta elettronica, per il caso in cui intenda svolgere altre attività imprenditoriali, ovvero per il caso in cui intenda “trasformarsi” da cd. *puro* a cd. *ibrido*: prima di depositare per l'iscrizione nel registro delle imprese le modifiche statutarie, deve inviare alla Banca d'Italia la delibera di modifica dello statuto, la delibera di costituzione del patrimonio destinato ed una nuova relazione sulla struttura organizzativa, mentre la Banca d'Italia rende noto, entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione della comunicazione, se esistono motivi ostativi all'estensione dell'operatività.

*patrimonio destinato. In quest’ottica, “del ruolo e delle funzioni assegnate a tale/i soggetto/i deve essere fornita descrizione nella relazione sulla struttura organizzativa.”*²³¹

²³¹ In tal senso, il Cap. X, par. 2 del provvedimento della Banca d’Italia 20 giugno 2012, recante “*Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica*”.

Par. 5.1.1. Segue. L'incerta natura giuridica del "patrimonio destinato" di cui all'art. 114-terdecies TUB.

Come in precedenza osservato, rappresenta condizione imprescindibile per l'autorizzazione alla prestazione di servizi di pagamento e delle relative attività accessorie e strumentali, la costituzione da parte degli Istituti di Pagamento cd. *ibridi* (come pure degli IMEL, cd. *ibridi*) di un *patrimonio destinato* (art. 114-terdecies co. 1 TUB). S'è altresì evidenziato che la previsione realizza una forma di *segregazione patrimoniale* voluta dal legislatore, comunitario ed interno, al fine di evitare che una crisi, inerente l'attività commerciale, possa trasmettersi anche al servizio di pagamento minacciando così il buon funzionamento e, quindi, la credibilità e la fiducia che deve circondare il sistema dei pagamenti. Sotto questo profilo, peraltro, non può sfuggire che l'ordinamento interno contempla già diversi istituti idonei a realizzare la separazione di una "fetta" del proprio patrimonio per destinarlo al perseguimento di specifiche finalità.²³² In ambito societario, in particolare, primario rilievo assumono i due modelli di *patrimonio* cd. *destinato ad uno specifico affare* di cui agli artt. 2447-bis e ss. c.c.²³³ Il riferimento è, segnatamente, alla possibilità per la società per azioni di *costituire uno o più patrimoni ciascuno dei quali destinato in via esclusiva ad uno specifico affare* (cd. *patrimonio destinato ad uno specifico affare*, art. 2447-bis co. 1 lett. a), o anche, di *convenire che nel contratto relativo al finanziamento di uno*

²³² Ed invero, nel codice civile, numerose risultano le ipotesi di separazione patrimoniale, le quali costituiscono eccezione al principio generale della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. Senza alcuna pretesa di esaustività, si pensi, nell'ambito del diritto di famiglia, al *fondo patrimoniale* (artt. 167 e ss. c.c.) la cui costituzione determina l'insorgere di un vincolo su taluni individuati beni al fine di soddisfare *i bisogni della famiglia*, ovvero in materia successoria, all'*eredità accettata con beneficio d'inventario* (art. 484 ss. c.c.) ed all'*eredità giacente* (art. 528 e ss. c.c.), ovvero in ambito contrattuale, al *trust*, in relazione al quale l'interesse da tutelare non è definibile aprioristicamente ma con riferimento ad ogni caso concreto, ovvero ancora, al *vincolo di destinazione* ex art. 2645-ter c.c. che pure realizza una forma di segregazione patrimoniale volta a soddisfare interessi connessi alle pubbliche amministrazioni, alla disabilità e, più in generale, qualsiasi ulteriore interesse meritevole di tutela. Sul punto, per un approfondimento delle nozioni di destinazione, separazione ed autonomia patrimoniale, non di rado utilizzate impropriamente, sia consentito rinviare a COSCONATI, "*Destinazione, autonomia e separazione patrimoniale: tra figure tipiche ed atipiche*", in *La Rivista Neldiritto*, VI, 2016, 810 ss.

²³³ Per parte della dottrina, peraltro, ancora in ambito societario, costituirebbe ulteriore forma di segregazione patrimoniale la *cartolarizzazione dei crediti* di cui all'art. 3 co. 2, l. 30 aprile 1999, n. 130 che, per certi versi, costituirebbe l'antecedente storico del patrimonio destinato. Tale previsione, infatti, prevede che "i crediti relativi a ciascuna operazione costituiscono patrimonio separato a tutti gli effetti da quello della società e da quello delle altre operazioni". In tal senso, in particolare, MESSINETTI, *La nuova legislazione commerciale, il concetto di patrimonio separato e la cd. cartolarizzazione dei crediti*, in *Rivista di diritto civile*, II, 2002, 101, ss., nonché, FAUCEGLIA, *La cartolarizzazione dei crediti: commento alla legge n. 130 del 1999*, Torino, 2002, 61 ss.

specifico affare al rimborso totale o parziale del finanziamento medesimo siano destinati i proventi dell'affare stesso, o parte di essi (cd. *finanziamento destinato ad uno specifico affare*, art. 2447-bis co. 1 lett. b).

Considerate le analogie, quantomeno apparenti, del *patrimonio destinato* di cui all'art. 114-terdecies TUB col primo dei modelli in parola, e dunque tralasciando in questa sede la disamina dei cd. *finanziamenti destinati*,²³⁴ giova analizzare gli aspetti più significativi delle rispettive discipline al fine di verificare la riconducibilità o non della fattispecie a quella del cd. *patrimonio separato in senso stretto* (o anche cd. *operativo o industriale*, o semplicemente, *patrimonio separato*), ossia, all'istituto che consente alla società di destinare una parte del proprio patrimonio sociale allo svolgimento di uno specifico affare, con l'effetto che tale parte del patrimonio è esclusa, per tutta la durata dell'operazione, dalla funzione di garanzia generica nei confronti dei creditori sociali, rimanendo a disposizione soltanto dei soggetti coinvolti nello specifico affare (art. 2740 c.c.). Sullo sfondo, le difficoltà interpretative caratterizzanti la disciplina di cui all'art. 114-terdecies: il legislatore del TUB, infatti, pur optando, da un lato, per l'utilizzo di una terminologia *simile*, dall'altro, ha scelto di non statuire l'applicabilità *per intero* della disciplina concernente il *patrimonio separato in senso stretto*, limitandosi, per converso, a richiamarne soltanto alcune previsioni. A complicare il quadro, poi, contribuisce la previsione di chiusura di cui all'art. 114-terdecies TUB che, al co. 7-bis, stabilisce che “*ai patrimoni destinati costituiti ai sensi del presente articolo si applicano esclusivamente le disposizioni del codice civile espressamente richiamate*”.

In tale contesto, non resta allora che verificare se, al di là della terminologia utilizzata, il *patrimonio destinato* di cui all'art. 114-terdecies TUB risulti riconducibile alla nozione di *patrimonio separato ex art. 2247-bis c.c., sotto il profilo sostanziale*, ossia, indagando le *analogie*, e le eventuali *differenze*, di disciplina degli istituti in parola.

Innanzitutto, non può sfuggire che mentre la costituzione del patrimonio *ex art. 2447-bis e ss. c.c.* rappresenta l'esercizio di una *facoltà* per la società (“*la società può*”), la costituzione del patrimonio destinato rappresenta un *obbligo* per i PSP cd. *ibridi* (gli

²³⁴ Potrebbe, tuttavia, domandarsi se ai PSP cd. *ibridi* possa esser riconosciuta la possibilità di dar vita anche a questo modello di patrimonio cd. destinato ad uno specifico affare. In senso affermativo, parrebbe giocare l'assenza di qualsiasi riferimento alla diversa previsione di *leggi speciali* (invece, presente all'art. 2447-bis co. 2 per i cd. *patrimoni destinati in senso stretto*). Ciò nondimeno permane il dubbio, considerato che in senso negativo gioca il co. 7-bis dell'art. 114-terdecies TUB a tenore del quale “*ai patrimoni destinati costituiti ai sensi del presente articolo si applicano esclusivamente le disposizioni del codice civile espressamente richiamate*”.

istituti di pagamento “*devono*”). Del resto, diversa risulta la *ratio* sottesa ai due istituti: dotare la S.p.a.²³⁵ di uno strumento, alternativo alla costituzione di un’apposita società unipersonale,²³⁶ per limitare il rischio di impresa nello svolgimento di uno specifico affare, nell’un caso, mentre (anche) evitare che una crisi, inerente l’attività commerciale, possa trasmettersi anche al servizio di pagamento minacciando così il buon funzionamento e quindi la credibilità e la fiducia che deve circondare il sistema dei pagamenti nel caso dei PSP cd. *ibridi*, nell’altro caso. In altre parole, la separazione patrimoniale risponde, nel caso dei PSP cd. *ibridi*, ad un’esigenza di carattere, non solo privatistico (*rectius*, egoistico), ma anche, soprattutto, *pubblicistico*, attesa la primaria rilevanza delle funzioni da questi ultimi svolte nel mercato dei pagamenti.

Ancorché la terminologia utilizzata risulti simile, non può sfuggire inoltre l’assenza di una puntuale coincidenza tra la disciplina del TUB e quella del codice civile, con particolare riferimento alla nozione di “*specifico affare*” individuato nel primo caso, nell’attività di prestazione di servizi di pagamento: quest’ultima contraddistingue anche l’istituto di cui all’art. 2447-*bis* e ss. c.c., e può consistere, per dottrina prevalente,²³⁷ sia nel compimento di un *singolo atto giuridico*, che in un *ramo di attività d’impresa*.²³⁸

²³⁵ E, per il rinvio operato dall’art. 2454 c.c., la S.p.a. Secondo la prevalente dottrina, la normativa di cui agli artt. 2447-*bis* e ss. c.c. non è, invece, applicabile alla S.r.l.: in tal senso, GIANNELLI, *Art. 2447- bis*, in Commentario NICCOLINI-STAGNO D’ALCONTRES, Napoli, 2004, 1223, nonché GENGHINI-SIMONETTI, *Le società di capitali e le Cooperative*, in *Manuali notarili*, vol. III, Padova, 2012, pag. 818, ad avviso dei quali l’inapplicabilità andrebbe ravvisata nella circostanza che “la s.r.l., in seguito alla riforma del diritto societario, costituisce un modello autonomo, *distinto dalla società per azioni*”. Tale impostazione, ove accolta, rappresenterebbe un ulteriore indizio dell’impossibilità di ricondurre la fattispecie di cui all’art. 114-*terdecies* TUB a quella di cui all’art. 2447-*bis* c.c.: come in precedenza osservato (par. 3.2.), infatti, tra le possibili forme societarie assumibili dall’Istituto di Pagamento (anche cd. *ibrido*) per il rilascio dell’autorizzazione alla prestazione di servizi di pagamento figura, in uno a quella della S.p.a. e della S.a.p.a., anche quella della S.r.l. e della *società cooperativa* (art. 114-*novies* co. 1 lett. a TUB).

²³⁶ Invero, anche i PSP cd. *ibridi* potrebbero trovarsi a svolgere l’attività di prestazione di servizi di pagamento per il tramite di una società all’uopo costituita: il Cap. X, par. 3 del Provvedimento della Banca d’Italia del 20 giugno 2012 recante “*Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica*”, infatti, stabilisce che “nel caso in cui l’istituto preli a stesso tempo servizi di pagamento o attività di emissione di moneta elettronica e altre attività imprenditoriali, *la Banca d’Italia può richiedere che sia costituita una società dedicata esclusivamente alla prestazione dei servizi di pagamento o all’emissione di moneta elettronica, se le attività diverse dai servizi di pagamento o dall’emissione di moneta elettronica danneggiano o rischiano di danneggiare la solidità finanziaria dell’istituto, l’affidabilità e l’efficienza dei servizi di pagamento o dell’emissione di moneta elettronica o la capacità della Banca d’Italia di esercitare i previsti controlli sull’istituto.*” Come evidente, peraltro, anche in tal caso, la circostanza non rappresenta il risultato dell’esercizio di una legittima facoltà dei PSP cd. *ibridi*, ma, piuttosto, l’effetto di un (eventuale) *atto coercitivo* preordinato alla tutela di interessi reputati di primario rilievo.

²³⁷ Tale impostazione fa leva sull’art. 2447-*sexies* c.c. che, nell’indicare gli obblighi degli amministratori in merito alla tenuta separata dei libri e delle scritture contabili, richiama gli artt. 2214 e ss. c.c. In tal senso, in dottrina: RAGUGNO, *La rappresentazione contabile dello specifico affare*, in *Giurisprudenza commerciale*, 5,

Parzialmente analoga appare, invece, la disciplina dettata per la *costituzione e la relativa pubblicità*,²³⁹ dei patrimoni in parola: l'art. 114-*terdecies* TUB, del resto, al co. 1, rinvia *espressamente* all'art. 2447-*quater* co. 2 c.c. (*pubblicità della costituzione del patrimonio destinato*), mentre al co. 2 ripropone (pur non richiamandolo espressamente), in buona sostanza, il disposto dell'art. 2447-*quinquies* co. 1 c.c. (*diritti dei creditori*).²⁴⁰

La *segregazione patrimoniale* costituisce, invece, il sicuro tratto comune ai due istituti: in entrambi i casi, infatti, la costituzione del patrimonio, *separato* ovvero *destinato*, determina l'isolamento di parte dello stesso dal restante patrimonio sociale, per esser destinato alla realizzazione di specifiche finalità; in altre parole, in entrambi i casi, si realizza il fenomeno della separazione patrimoniale che ricorre quando una parte del patrimonio di un soggetto, pur continuando ad appartenere al soggetto medesimo, è assoggettato ad una disciplina peculiare per quanto riguarda la *responsabilità*.²⁴¹ Ciò

2007, 622; GENGHINI-SIMONETTI, *Le società di capitali e le Cooperative*, in *Manuali notarili*, vol. III, Padova, 2012, pag. 817; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 2, Diritto delle società*, Torino, 2010, 184; COMPORTE, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *La riforma delle società* a cura di SANDULLI-SANTORO, Torino, 2003, 950 e ss.; PORTALE, *Dal capitale "assicurato" alle "tracking stocks"*, in *Rivista delle società*, 2002, 167; FAUCEGLIA, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Fall.*, 2003, 809; SCARPA, *Nozione di affare del patrimonio destinato*, in *Notariato*, 6, 2008, 712.

²³⁸ Minoritaria in dottrina risulta, invece, l'impostazione che, facendo leva sul dato letterale, segnatamente l'art. 2447-*ter* co. 1 lett. c) (che menziona "*la realizzazione dell'affare*") e l'art. 2447-*bis* co. 2 c.c. (che si riferisce "*ad affari attinenti ad attività*"), individua nello specifico affare una *singola operazione*, ovvero, una precisa iniziativa economica destinata a realizzarsi entro un lasso di tempo previamente indicato: in tal senso, GIANNELLI, *Art. 2447- bis*, in *Commentario NICCOLINI-STAGNO D'ALCONTRES*, Napoli, 2004, 1220, nonché GENGHINI-SIMONETTI, *Le società di capitali e le Cooperative*, in *Manuali notarili*, vol. III, Padova, 2012, pag. 813. Come evidente, l'adesione a tale impostazione determinerebbe l'impossibilità di ricondurre il patrimonio di cui all'art. 114-*terdecies* TUB alla nozione di patrimonio separato ex art. 2447-*bis* c.c., attesa la difficoltà di qualificare l'attività di prestazione di servizi di pagamento in termini di *iniziativa economica destinata a realizzarsi, entro un lasso di tempo previamente indicato*.

²³⁹ Non pare superfluo evidenziare, peraltro, che la costituzione del patrimonio di cui all'art. 2447-*bis* c.c. è subordinata al rispetto di un limite sia *quantitativo* (non previsto per i cd. *finanziamenti destinati*) che *qualitativo*: salvo leggi speciali, infatti, i patrimoni separati *non possono esser costituiti per un valore complessivamente superiore al 10 % del patrimonio netto* della società e *non possono esser comunque costituiti per l'esercizio di affari attinenti ad attività riservate in base alle leggi speciali*.

²⁴⁰ Inoltre, anche il patrimonio di cui all'art. 114-*terdecies* TUB risulta costituito mediante l'adozione di apposita deliberazione che realizza una modificazione statutaria: in tal senso, il co. 1 della suddetta previsione che, nel richiamare espressamente l'art. 2436 c.c., ripropone (ancorché in maniera meno articolata) il contenuto dell'art. 2447-*ter* c.c. (*deliberazione costitutiva del patrimonio separato*).

²⁴¹ In entrambi i casi, poi, ed in maniera non dissimile, la segregazione patrimoniale così realizzata riverbera i suoi effetti sull'*organizzazione contabile* dell'ente. Ed invero, con particolare riferimento agli Istituti di pagamento l'art. 114-*terdecies* TUB, da un lato rinvia espressamente al disposto dell'art. 114-*duodecies* co. 2 TUB (in tema di *modalità di tenuta dei conti di pagamento*), mentre, dall'altro, al co. 4, obbliga l'Istituto di pagamento a *tenere separatamente*, con riferimento al patrimonio destinato, *i libri e le scritture contabili* prescritti dagli artt. 2214 e ss. c.c., nel rispetto dei principi contabili internazionali, nonché gli amministratori a redigere un *separato rendiconto* per il patrimonio destinato, da allegare al bilancio d'esercizio dell'istituto di pagamento. Dello stesso tenore, con riferimento al patrimonio di cui all'art. 2447-*bis* e ss. c.c., risulta poi il disposto dell'art. 2447-*sexies* c.c.

nondimeno, piuttosto incerta nei due casi appare la coincidenza di *effetti* prodotti dalla separazione patrimoniale. Ed invero se, da un lato, per pacifica impostazione, il patrimonio di cui all'art. 2447-*bis* c.c. costituisce un'eccezione sia al principio della *responsabilità patrimoniale* (art. 2740 c.c.) che a quello della *par condicio creditorum* (art. 2741 c.c.),²⁴² dall'altro, dubbia appare l'idoneità del patrimonio di cui all'art. 114-*terdecies* TUB a realizzare una deroga (totale) ai suddetti principi. Sotto il primo profilo, infatti, per un verso, il co. 2 prima parte dell'art. 114-*terdecies* TUB statuisce che decorso il termine di cui al co. 2 dell'art. 2447-*quater* c.c. ovvero dopo l'iscrizione nel registro delle imprese del provvedimento del tribunale ivi previsto, “*i beni e i rapporti giuridici individuati sono destinati esclusivamente al soddisfacimento dei diritti degli utenti dei servizi di pagamento e di quanti vantano diritti derivanti dall'esercizio delle attività accessorie e strumentali e costituiscono patrimonio separato a tutti gli effetti da quello dell'istituto e dagli altri eventuali patrimoni destinati*”, mentre, per altro verso, il co. 3 della medesima previsione precisa che “*in caso di incapienza del patrimonio destinato, l'istituto di pagamento risponde anche con il proprio patrimonio delle obbligazioni nei confronti degli utenti dei servizi di pagamento e di quanti vantano diritti derivanti dall'esercizio delle attività accessorie e strumentali*”. Diversamente da quanto previsto dall'art. 2447-*quinquies* co. 3 c.c., dunque, non si realizza un'insensibilità *assoluta* del patrimonio sociale rispetto alle vicende riguardanti il *patrimonio destinato*, in relazione alle quali, anzi, il primo risulta investito di una responsabilità *illimitata*, ancorché *sussidiaria*.²⁴³

Parimenti incerta, poi, può dirsi l'idoneità a derogare al principio della *par condicio creditorum*, considerato il tenore dell'art. 114-*terdecies* co. 2 seconda parte, a norma del quale, “*fino al completo soddisfacimento dei diritti dei soggetti a cui vantaggio la*

²⁴² Art. 2740 c.c.: “il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri”. Sotto questo profilo, infatti, l'art. 2447-*quinquies* co. 3 c.c. stabilisce che “qualora la deliberazione prevista dall'art. 2447-*ter* non disponga diversamente, per le obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare la società risponde nei limiti del patrimonio ad esso destinato”. Art. 2741 c.c.: “i creditori hanno uguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione”. Sotto questo profilo, infatti, l'art. 2447-*quinquies* co. 1 c.c. stabilisce che “i creditori della società non possono far valere alcun diritto sul patrimonio destinato allo specifico affare, né, salvo che per la parte spettante alla società, sui frutti o proventi da esso derivanti”. In altre parole, in virtù della costituzione del patrimonio separato, si hanno due distinte ed autonome masse patrimoniali: una corrispondente ai beni destinati alla realizzazione dello specifico affare, l'altra corrispondente a tutti gli altri cespiti del patrimonio sociale. Parallelamente si individuano due distinte categorie di creditori: quella dei *creditori speciali dello specifico affare*, e quella dei *creditori generali della società*.

²⁴³ Giova precisare che anche il patrimonio di cui all'art. 2447-*bis* e ss. c.c. risulta investito di tale responsabilità, ma soltanto per il caso di *obbligazioni derivanti da fatto illecito*, come confermato dall'art. 2447-*quinquies* co. 3 ultima parte c.c., a norma del quale, “*resta salva, tuttavia, la responsabilità illimitata della società per le obbligazioni derivanti da fatto illecito*”.

destinazione è effettuata, sul patrimonio destinato e sui frutti e proventi da esso derivanti sono ammesse azioni soltanto a tutela dei diritti dei predetti soggetti". Ed invero, diversamente da quanto previsto dall'art. 2447-*quinquies* co. 1 c.c., la previsione *de qua* non realizza una deroga assoluta al principio di cui all'art. 2741 c.c. sembrando, piuttosto, configurare gli utenti dei servizi di pagamento come *creditori privilegiati*, sicché, una volta intervenuta la soddisfazione *per intero* delle relative ragioni, sulla (eventuale) parte residua di patrimonio destinato sarà possibile (anche) il concorso dei creditori sociali. In definitiva, mentre la segregazione patrimoniale realizzata dal *patrimonio separato in senso stretto* risulta *bilaterale*,²⁴⁴ dal momento che i *creditori speciali* potranno soddisfarsi *in via esclusiva* soltanto sui beni destinati e correlativamente i *creditori generali* potranno soddisfarsi *in via esclusiva* su tutti gli altri beni (nonché, limitatamente alla parte spettante alla società, sui frutti e proventi derivanti dallo specifico affare), non altrettanto può dirsi per il *patrimonio destinato* di cui all'art. 114-*terdecies* TUB.

Dal breve raffronto compiuto emerge allora che, in disparte talune (invero non significative) *analogie* sopra evidenziate ed il richiamo a specifiche previsioni della disciplina dettata per il patrimonio di cui all'art. 2447-bis e ss. c.c., le due fattispecie in parola differiscono sotto il profilo *sostanziale*, segnatamente degli *effetti conseguenti alla separazione patrimoniale prodotta*, la quale, in buona sostanza, finisce col rappresentare l'unico tratto (parzialmente) comune agli istituti *de quo*. In tale contesto, non pare, quindi, ardito concludere nel senso che l'art.114-*terdecies* TUB, in realtà, introduca nell'ordinamento una fattispecie di segregazione patrimoniale *nuova e del tutto autonoma* rispetto a quella già prevista agli artt. 2447-*bis* e ss. c.c.,²⁴⁵ in ciò condividendosi, ancorché in parte, l'opinione già espressa da parte della dottrina.²⁴⁶

²⁴⁴ In tal senso, in particolare, LENZI, *I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare*, in Riv. Not., 3/2003, 557. In verità, un regime di separazione *unilaterale* può esser previsto in via convenzionale quale eccezione al regime legale della separazione bilaterale che, dunque, presenta carattere dispositivo e non imperativo. Ed invero, tanto risulta dall'inciso di cui all'art. 2247-*quinquies* co. 3 c.c. "*qualora la deliberazione prevista dall'art. 2447-ter non disponga diversamente*". In altre parole, in tal caso, i creditori speciali potranno soddisfarsi su tutti i beni della società, mentre i creditori generali soltanto su quelli che non abbiano formato oggetto di destinazione.

²⁴⁵ In quest'ottica, non pare superfluo evidenziare che, da un lato, l'art. 2447-*bis* co. 2 c.c. fa salva, ancorché con specifico riferimento al limite quantitativo e qualitativo ivi previsto, la diversa previsione di *leggi speciali*, dall'altro, la disciplina del TUB del *patrimonio destinato* risulta completata da specifiche previsioni (commi 5, 6 e 7 dell'art. 114-*terdecies* TUB) per il caso di sua sottoposizione a *procedura concorsuale*, ciò che concorre connotare l'istituto *de quo* in termini di autonomia.

²⁴⁶ In tal senso, infatti, già PAPA, sub art. 114-*terdecies*, in MANCINI - RISPOLI FARINA - V. SANTORO - SCIARRONE ALIBRANDI - O. TROIANO (a cura di), *cit.*, 480 ss., ad avviso della quale, infatti, la fattispecie di cui all'art. 114-*terdecies* TUB risulterebbe "*derogatoria del solo principio generale della garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c.*" Di diverso avviso, V. SANTORO, sub art. 114-*terdecies*, in PORZIO -

Par. 6. Il ruolo degli operatori di telecomunicazione.

Dal breve *excursus* normativo compiuto è emerso che, in tempi recenti, l'assetto del mercato dei servizi di pagamento elettronico, comunitario ed interno, è risultato estremamente modificato dalle Direttive sui Servizi di Pagamento (PSD) e sulla Moneta Elettronica (IMEL2), e dal loro relativo recepimento (d.lgs. 27 gennaio 2010 n. 11 e d.lgs. 16 aprile 2012, n. 45).

In particolare, per effetto dei suddetti provvedimenti, si configurano oggi tre diverse tipologie di prestatori di servizi di pagamento: *Payment Institution* o *Istituti di Pagamento*, che in quanto abilitati ad offrire i servizi di pagamento, ma non ad accumulare riserve di denaro identificate come moneta elettronica, si limitano a svolgere il ruolo di “facilitatori” dei pagamenti; *Istituti di Moneta Elettronica*, abilitati ad offrire servizi di pagamento e ad emettere moneta elettronica; infine, gli *Istituti bancari* abilitati ad offrire servizi di pagamento, ad emettere moneta elettronica ed a gestire i depositi.²⁴⁷ In altre parole, muovendosi dalla sfera d'azione degli Istituti di Pagamento verso quella delle banche aumentano i servizi finanziari possibili: per le banche, dunque, i nuovi PSP rappresentano dei *competitor* soltanto in relazione alle operazioni di intermediazione dei servizi di pagamento e per l'emissione della moneta elettronica.²⁴⁸

Per altro verso, è pure emerso l'innegabile *favor* del legislatore europeo, e di riflesso di quello interno, verso l'ingresso nel mercato dei pagamenti delle società che svolgono *attività commerciali*: gli operatori della GDO (grande distribuzione organizzata), quelli

BELLI - LOSAPPIO - RISPOLI FARINA - V. SANTORO (a cura di), cit., 934, ad avviso del quale, il *patrimonio destinato* degli Istituti di pagamento “rappresenta *species* del *genus* patrimoni destinati ad uno specifico affare” di diritto societario (art. 2447-bis ss. c.c.).

²⁴⁷ E la considerazione risulta ancora valida, nonostante l'entrata in vigore della nuova direttiva sui servizi di pagamento (cd. PSD 2). Sotto il profilo *soggettivo*, invero, la PSD2 non apporta modifiche dirette alla gamma degli operatori coinvolti nella catena del valore dei servizi di pagamento, sicché il suo ambito *soggettivo* coincide, (quantomeno) formalmente, con quello della PSD: per gli effetti indirettamente prodotti su quest'ultimo dall'ampliamento dell'ambito *oggettivo* (ora comprensivo di nuove tipologie di servizi idonee di dar vita ad un vero e proprio nuovo mercato, quello dei TPP, ovvero *Third Party Service Provider*), v. *infra* Cap. IV, par. 11.1.

²⁴⁸ I servizi aggiuntivi delle banche riguardano la *gestione dei depositi* e la *concessione dei prestiti*. Tali attività, segnatamente la riscossione degli interessi sui prestiti, rappresentano ad oggi le entrate principali degli Istituti bancari cui, come in precedenza osservato, non è assimilabile l'attività di *concessione di finanziamenti* pure riconosciuta ad IP ed IMEL (v. *supra* par. 3.2 e 4). Per tale ragione, ancora in tempi recenti si ritiene che la presenza di nuovi attori che svolgono funzioni in parte sovrapposte a quelle delle banche non influenzi in modo massiccio la *mission* e gli introiti delle stesse. In tal senso, in particolare, MEDAGLIA – MORONI – OPROMOLLA – VOLPI, “Pagamenti elettronici: a che punto siamo?” in, *Glocus*, luglio 2012, pag. 8.

del settore turistico, del settore trasporti e, soprattutto, le TELCO (società di telecomunicazioni). Tali soggetti, ed in generale tutti quelli che effettuano incassi o pagamenti, possono quindi decidere di configurarsi come IP o IMEL cd. *ibridi*, senza necessità alcuna di un istituto bancario intermediario per la prestazione di servizi di pagamento, ma nel rispetto delle condizioni create affinché le due attività coesistano.²⁴⁹ Si tratta di una nuova opportunità offerta dal rinnovato mercato dei servizi di pagamento e colta, sin da subito, soprattutto dalle TELCO di numerosi Paesi UE, segnatamente dagli operatori di telecomunicazione mobile: in ambito comunitario, infatti, diverse sono state, sin dagli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della PSD, le iniziative di successo da parte di queste ultime legate all'ambito dei *Mobile Payment*.²⁵⁰

²⁴⁹ Innanzitutto, la costituzione di un *patrimonio destinato* alle sole attività di emissione di moneta elettronica e di prestazione dei servizi di pagamento, individuando uno o più soggetti responsabili del patrimonio stesso (v. *supra* par. 2.2).

²⁵⁰ Nel Regno Unito, ad esempio, si sono subito mosse le principali TELCO operanti nel Paese, creando una *joint venture* tra *Vodafone*, *Telefónica* ed il *carrier Everything Everywhere* (*France Télécom* e *Deutsche Telekom*). In generale, il Regno Unito si può considerare un pioniere dei *Mobile Payment*, grazie anche alla *Barclays Bank*, che ha mostrato un grande interesse sia per le carte *contactless* ed i borsellini elettronici su cellulare (si pensi a *Barclaycard*, *PayTag* e *QuickTap*, tra i diversi prodotti rilasciati), sia per i pagamenti tramite mobile in generale, rilasciando *Pingit*, un sistema che permette di effettuare pagamenti da *smartphone* utilizzando il proprio numero di cellulare. Con il lancio di questa *mobile app*, in particolare, ha anticipato tutte le banche concorrenti, gettando le basi per uno standard nei sistemi di trasferimento di denaro via mobile e nel *mobile banking*.

Altro Paese europeo leader nel campo dei *Mobile Payment* è risultata sin da subito la Francia, che per prima ha lanciato sperimentazioni su scala nazionale relative ai pagamenti tramite cellulare *NFC-enabled*. L'iniziativa è nata dalla volontà degli operatori di telefonia mobile francesi (*Bouygues Télécom*, *Orange*, *SFR* e l'operatore virtuale *Nrj Mobile*) in collaborazione con istituti bancari e finanziari (*BNP Paribas*, *Crédit Mutuel-CIC*, *Crédit Agricole*, *Lcl*, *Société Générale*, *Banche Postale* e *Groupe Caisse d'Épargne*) di creare un sistema integrato e organico, così da gettare le basi per un solido modello di accordi commerciali tra i diversi *stakeholder*, espandibile a livello di standard in tutta Europa. A tale scopo, è stata costituita nel 2008 l'AEPM (*Association Européenne Payez Mobile*) che raccoglie le adesioni dei maggiori operatori telefonici e degli enti di credito della Francia e mira ad incentivare lo sviluppo dei *Mobile Payment* di prossimità in tutta Europa. L'AEPM collabora con le maggiori organizzazioni nel campo dei pagamenti mobile, come l'EPC, il Forum des Services Mobiles Sans Contacte e AFSCM (*Association Française pour le sans Contact Mobile*), nonché con i circuiti di pagamento *Visa* e *Mastercard*. Inoltre, nel 2009, un progetto pilota di *Mobile Proximity Payment* (via *NFC*) nella città di Nizza è stato voluto e finanziato dal Ministero dell'Economia, dell'Industria e dell'Occupazione con la partecipazione del Comune e della già citata AFSCM. Rispetto ad altre sperimentazioni attuate fino a quel momento, il progetto *Cityzi* si poneva come obiettivo lo sviluppo di un prodotto "cobranded" derivante dall'interoperabilità tra i diversi operatori di telefonia mobile *Bouygues Télécom*, *Orange*, *SFR* e l'operatore virtuale *Nrj Mobile*, la rete di trasporti *Veolia* e le banche francesi *BNP Paribas*, *Crédit Mutuel* e *Crédit Générale*.

Anche in Austria i primi ad essersi interessati al tema dei *Mobile Payment* sono stati gli operatori telefonici (si pensi al servizio *Paybox*), dove il principale attore, *Mobilkom Austria AG*, ha addirittura creato una banca, la *AI Bank di Mobilkom*, per gestire la parte finanziaria del servizio.

In modo più contenuto rispetto al caso francese, anche in Spagna è stato sviluppato un progetto interoperabile di *Mobile Remote Payment* attraverso la formazione di un consorzio denominato *Mobipay España S.A.*, composto dai principali operatori mobili presenti in Spagna, ovvero *Telefónica Móviles*, *Vodafone* e *Orange*, e dagli istituti finanziari *BBVA*, *SCH*, *Santander*, *Banco Popular*, *Caja Madrid*,

Focalizzando l'attenzione sul contesto italiano, peraltro, può dirsi non ancora realizzata in concreto la prevista entrata di operatori non bancari nel mercato del *Mobile Payment* in qualità di prestatori di servizi di pagamento: ad oggi, infatti, la maggior parte degli Istituti di Pagamento ed IMEL accreditati dalla Banca d'Italia provengono ancora dal mondo *financial*.²⁵¹ Ciò nondimeno, non è mancato anche nel contesto interno l'interesse delle TELCO²⁵² verso il tema dei pagamenti tramite cellulare divenuto,

Banesto, Banco de Andalucia, Banco de Castilla, Banco de Vasconia, Banco de Galicia. Altre sperimentazioni hanno coinvolto il consorzio e l'azienda di trasporti *Empresa Malagueña de Transportes* e le aziende *Telefónica* e *Movistar* insieme alla banca *La Caxia* e *Visa*. Non dissimile, poi, risulta il quadro in Belgio, Olanda e Polonia ove gli attori maggiormente interessati ad essere a capo di uno scenario integrato di *Mobile Payment* sono gli operatori telefonici. E' interessante notare, infine che, sebbene non rientri tra i Paesi Membri dell'UE o dell'EEA, e quindi non sia soggetta al recepimento delle Direttive PSD ed EMD, anche in Turchia è stato avviato un progetto di *Mobile Proximity Payment* (NFC) in collaborazione con *MasterCard paypass* e *BlackBerry* dall'operatore telefonico *Turkcell*, il quale ha rilasciato il proprio *mobile wallet* basato su SIM card.

²⁵¹ Ed invero, i più interessati alle nuove opportunità del rinnovato mercato dei servizi di pagamento sono risultati sin da subito i soggetti "nativamente" legati all'ecosistema dei pagamenti, primi tra tutti i *circuiti internazionali di pagamento*, che vedono il telefono cellulare come un ulteriore strumento di trasformazione del denaro dalla forma contante a quella elettronica. Ciò, del resto, pare essere particolarmente vero per l'Italia, dove la penetrazione dello *smartphone*, al contrario di quella delle carte di pagamento, è molto elevata. D'altra parte, in quanto soggetti all'apice della catena del valore, i circuiti di pagamento potrebbero coinvolgere tutti gli altri operatori del settore: in tempi recenti invero la spinta maggiore verso l'adozione di sistemi di *Mobile Payment* sta provenendo proprio da questi operatori finanziari e, come si vedrà, soprattutto in riferimento ai pagamenti di prossimità (cd. NFC), in relazione ai quali i circuiti internazionali di pagamento sono attivi nella definizione degli standard di sicurezza e dei processi di certificazione, al fine di favorire la piena interoperabilità e compatibilità anche con i pagamenti tramite cellulare.

Gli *Istituti bancari*, altro player legato in maniera intrinseca all'ecosistema dei pagamenti tramite cellulare, dopo una fase in cui sono rimasti in secondo piano, senza prendere una posizione ben definita rispetto al tema dei *Mobile Payment*, sembrano ora più attivi nella sperimentazione di soluzioni di pagamento innovative, nonché di partenariato con i circuiti internazionali di pagamento e gli operatori di telecomunicazione. Del resto, già nel dicembre 2011 Intesa Sanpaolo ha lanciato il primo servizio di *Mobile Proximity Payment* in Italia, *Move and Pay*, che ha consentito a 600 utenti selezionati di pagare negli esercizi convenzionati avvicinando il proprio cellulare al POS *contactless*.

²⁵² Non sono mancate, inoltre, iniziative da parte degli *esercenti*, segnatamente, di alcune categorie maggiormente interessate al tema dei *Mobile Payment*. Tra queste rientrano sicuramente gli *operatori del Trasporto Pubblico Locale* (TPL): tra questi, alcuni (*AMAT* di Palermo, *ATAC* di Roma, *ATM* di Milano, *ATAF* di Firenze, *APS* di Padova) hanno, sin da subito, offerto la possibilità di acquistare il biglietto dell'autobus o di altri mezzi del trasporto urbano tramite telefono cellulare. Anche gli operatori del trasporto ferroviario hanno sin da subito colto le nuove opportunità offerte dal rinnovato mercato dei servizi di pagamento: in particolare, *Trenitalia*, attraverso l'applicazione *ProntoTreno*, offre la possibilità di prenotare un viaggio ed acquistare il relativo biglietto inserendo direttamente sull'applicazione mobile i dati della carta di credito da utilizzare per l'acquisto. Altra categoria di esercenti sensibile al tema dei *Mobile Payment* è risultata, poi, quella dei *gestori dei parcheggi urbani*: in particolare, *TelePark*, società che si occupa della gestione dei parcheggi nelle principali città italiane, rappresenta uno dei protagonisti di questa tipologia di servizi, tanto da essere presente nei due più importanti consorzi multi-esercente attualmente presenti in Italia, ovvero *Movincom* e *PosteMobile* ai quali, in tempi recenti, s'è affiancata la piattaforma *MobilePay*. Ulteriore tipologia di esercenti interessati al canale mobile è quella dei *rivenditori dei biglietti di eventi* quali concerti, spettacoli, cinema, mostre (si pensi a *VivaTicket*). Da ultimo, giova segnalare che anche le *compagnie di assicurazione* propongono taluni servizi di *Mobile Payment* per il rinnovo delle polizze assicurative.

anzi, vieppiù crescente negli ultimi anni, specialmente in riferimento agli acquisti di *beni digitali*, per i quali, come in precedenza osservato, operano le deroghe concesse dalla PSD (e dalla relativa normativa interna di recepimento), con conseguente possibilità di addebitarne il costo (direttamente) sul *credito telefonico*.²⁵³

Per quanto riguarda l'acquisto di *beni fisici*, invece, le TELCO, piuttosto che configurarsi come Istituti di pagamento o IMEL, hanno preferito associarsi a banche o ad altri operatori del mondo finanziario, attraverso i quali l'utente gestisce un conto individuale che può essere alimentato con sistemi di pagamento "tradizionali", quali bonifici o carta di credito.

Dalle circostanze da ultimo evidenziate emerge un quadro assai articolato in cui se, da un lato, l'opzione (soprattutto, iniziale) delle TELCO per il *partenariato* con gli intermediari "tradizionali" ha rappresentato (ed in parte, tuttora rappresenta) la ragione primaria della scarsa incisività del contributo italiano al processo europeo "*verso la creazione di un mercato integrato dei pagamenti tramite carte, internet e telefono mobile*", dall'altro, il crescente interesse degli operatori di telecomunicazione per il tema dei pagamenti in mobilità tradottosi, in tempi recenti, nell'ampliamento del novero dei beni e/o servizi acquistabili con addebito diretto sul *credito telefonico*,

Una minore spinta è invece derivata dagli operatori legati alla *Grande Distribuzione Organizzata*, nonostante all'indomani della pubblicazione del d.lgs. n. 11 del 2010 diversi operatori del settore avessero annunciato i loro piani di espansione nel settore finanziario. Il segnale più significativo in questo senso promana da *Carrefour*, che ad ottobre 2011 è stato autorizzato dalla Banca d'Italia ad aprire la filiale italiana di *Carrefour Banque*, con 23 sportelli bancari in altrettanti ipermercati. Ad oggi, peraltro, *Carrefour Banca* offre prestiti personali e crediti al consumo finalizzati all'acquisto di diverse tipologie di beni all'interno degli ipermercati, in uno a carte di credito utilizzabili sul circuito *MasterCard*. Per certi versi, la circostanza sorprende considerato che la maggiore capacità di adattarsi alle esigenze del consumatore della GDO rispetto a quella degli intermediari di pagamento tradizionali, pone questo operatore in una posizione di indubbio privilegio, soprattutto in un'ottica d'integrazione dei servizi di *couponing* e di *advertising* con quelli di pagamento, il tutto a bordo di uno *smartphone*.

²⁵³ A Maggio 2011 *TIM*, *Vodafone*, *Wind*, *3 Italia*, *PosteMobile* e *Fastweb* hanno annunciato la creazione di una *piattaforma comune* tra i diversi operatori di rete mobile per offrire ai propri clienti la possibilità di pagare *beni digitali* utilizzando all'uopo il *credito telefonico*, ed inserendo *online* il numero di cellulare ed una *password*. La piattaforma di pagamento realizzata, denominata *MobilePay*, permette oggi di acquistare sia contenuti singoli che servizi in abbonamento, senza necessità di ricorrere ad carta di credito o ad un conto corrente bancario: il costo del contenuto, infatti, risulta addebitato direttamente sul credito telefonico per il caso di carta ricaricabile, ovvero, in conto telefonico per il caso dei clienti con abbonamento. Tra gli interessati ad utilizzare questa soluzione nel mercato italiano figurano aziende di primario rilievo dell'editoria (come *Gruppo Caltagirone Editore*, *Class Editori*, *Guida Monaci*, *Espresso*, *Il Sole 24 Ore*, *La Stampa*, *Microsoft Italia*, *Mondadori*) e dell'*entertainment*. Giova, peraltro, evidenziare che in virtù dell'art. 15 co. 6 del D.M. n. 145 del 2 marzo 2006, "*Regolamento recante la disciplina dei servizi a sovrapprezzo*", il limite per ogni singolo acquisto di contenuti digitali è fissato in *12,50 euro*, *IVA esclusa*. Per limitare la possibilità di frodi, inoltre, il medesimo articolo, al co. 7 reca anche la previsione di una soglia mensile (indicativamente tra 150 e 200 euro).

determina la necessità d'indagare la coerenza sistematica del *modus operandi* prescelto dalle TELCO.²⁵⁴

Ancor prima di analizzare gli aspetti problematici dell'ingresso delle TELCO nel mercato interno dei pagamenti, giova, tuttavia, approfondire le *tecnologie* da queste ultime impiegate per la prestazione dei servizi di pagamento: occorre cioè individuare l'esatto significato dell'espressione "*Mobile Payment*", non di rado utilizzata in modo improprio, anche nel contesto interno.

²⁵⁴ Emblematico della graduale trasformazione del *modus operandi* dei *soggetti commerciali*, segnatamente delle TELCO, nel mercato dei servizi di pagamento, risulta il caso di *Telecom Italia – ATM*. Nel Marzo 2011, l'operatore di telecomunicazione, insieme ad ATM (Azienda Trasporti Milanesi), ha dato il via ad un progetto pilota, denominato *Mobile Pass*, che permetteva a cento utenti selezionati di acquistare i biglietti per il trasporto pubblico e ricaricare gli abbonamenti mensili attraverso un'applicazione residente su SIM ed un cellulare dotato di tecnologia NFC. In particolare, il pagamento avveniva in remoto collegando l'applicazione su SIM ad un conto *PayPal*, mentre la convalida del titolo di viaggio avveniva in modalità *contactless*, avvicinando il telefonino al tornello della metropolitana. Successivamente, la stessa ATM ha sviluppato una propria *App* denominata *ATM APP* che consente l'acquisto del biglietto secondo le modalità appena illustrate, ovvero mediante ricorso ad un conto *PayPal* o ad una carta di credito. In tempi recenti, tuttavia, ATM ha consentito, in alternativa, l'acquisto del biglietto mediante l'invio di un semplice *sms* il cui costo, in uno a quello previsto per l'invio dell'*sms* (variabile al variare dell'operatore telefonico), viene *addebitato direttamente* sul *conto* o *credito telefonico* a seconda che l'acquirente sia titolare, rispettivamente, di un conto telefonico in abbonamento, ovvero di una carta telefonica prepagata. Come si vedrà di qui a breve, altro importante operatore interessato a porsi come punto di passaggio per ampliare i servizi di acquisto tramite *mobile*, risulta *Vodafone* che ha, invero per primo, avviato processi per l'acquisto di beni e servizi tramite il *mobile browsing*: nello specifico, nel 2008 con *Onebip* e nel 2010 con *Trenitalia*.

Par. 6.1. Nozione e tipologie di *Mobile Payment*: le tecnologie impiegate e gli strumenti di pagamento abbinati o sottesi.

In via generale, per *Mobile Payment* possono intendersi quei pagamenti “*nei quali i dati e l’ordine di pagamento sono emessi, trasmessi o confermati tramite un telefono o un dispositivo mobile*”,²⁵⁵ ovvero il processo che coinvolge due parti che si scambiano un dato valore finanziario, relativo ad un bene o ad un servizio (acquistato o venduto), per il tramite di un terminale mobile, impiegato per iniziare e/o eseguire l’operazione di pagamento.²⁵⁶ Come evidente, si tratta di definizioni che (proprio in quanto generali) non tengono conto della tecnologia e delle diverse esperienze d’uso, né della diversa natura degli strumenti di pagamento abbinati o sottesi al sistema di *Mobile Payment* utilizzato.

In funzione della tecnologia, infatti, è possibile individuare diverse declinazioni della nozione in parola: *Mobile remote payment*, *Mobile proximity payment* e *Mobile proximity remote payment*. Nel primo caso, la transazione, sempre *online*, avviene a distanza (impiegando la rete mobile) tra soggetti in relazione B2C (*Business-To-Consumer*), quale ad esempio la più semplice relazione esercente-acquirente, o P2P (*Person-To-Person*), ossia una relazione tra soggetti che trasferiscono fondi, non necessariamente in una relazione formale esercente-acquirente (si pensi, ad esempio, allo scenario relazionale genitore-figlio, o a quello delle rimesse). Tale tipologia di *mobile payment* risulta supportata da diverse tecnologie tra le quali è possibile annoverare: Sms,²⁵⁷ Wap, App, Html5.

Nel secondo caso, la transazione avviene in un contesto *face-to-face*, tra soggetti in relazione B2C o P2P, tramite l’utilizzo di dispositivi che impiegano tecnologia di prossimità, e può avvenire *offline* oppure *online*.²⁵⁸ Anche, tale tipologia di *Mobile Payment* risulta supportata da diverse tecnologie tra le quali, principalmente: Nfc²⁵⁹ e

²⁵⁵ Si tratta della definizione fornita dalla stessa Commissione europea nel Libro verde “*Verso un mercato europeo integrato dei pagamenti tramite carte, Internet e telefono mobile*”.

²⁵⁶ In tal senso, R. GARAVAGLIA, “*Mobile Payment e dintorni*”, in *Consumatori, Diritti e Mercato*, gennaio 2012, pag. 37 ss.

²⁵⁷ Trattasi del sistema più largamente adottato, che presuppone la trasmissione di opportuni codici e messaggi sintattici, atti ad avviare una transazione di pagamento.

²⁵⁸ In quest’ultimo caso, la rete utilizzata per il circuito di accettazione può non essere una rete mobile (ad esempio interazione Telefonino - Pos connesso a rete telefonica fissa).

²⁵⁹ Il sistema di comunicazione *Near field communication* opera a pochi centimetri di distanza tra due dispositivi ed è stato originariamente concepito per semplificare l’accoppiamento *bluetooth*. Per un

QR Code.²⁶⁰ In definitiva, con la locuzione “*Mobile Proximity Payment*” ci si riferisce ai pagamenti per i quali si realizza una *prossimità fisica* tra l’acquirente ed il beneficiario del pagamento che si verificano, generalmente, all’interno del punto vendita e utilizzano la tecnologia NFC per lo scambio dei dati in modalità *contactless*. Nel caso del *Mobile proximity remote payment*, infine, la transazione può avvenire sia in un contesto *face-to-face* sia a distanza, tra soggetti in relazione B2C o P2P, tramite l’utilizzo di dispositivi che impiegano tecnologia di prossimità (ad esempio fra due telefonini che supportano l’Nfc). La transazione può avvenire *offline* oppure *online* e, nel secondo caso, per entrambe le reti utilizzate dal circuito di accettazione (*Acquiring*) e di emissione (*Issuing*)²⁶¹ può essere sfruttata la rete dell’operatore mobile. Fra le tecnologie a supporto del *Mobile proximity payment*, è possibile annoverare: Nfc e QR Code.

Maggiormente variegato appare, poi, lo scenario delle soluzioni di *Mobile Payment* riguardato in funzione della diversa *natura degli strumenti di pagamento abbinati o sottesi* al sistema di *Mobile Payment* utilizzato. Nel caso del cd. *Mobile wallet*, il telefono cellulare (o la Sim) contiene, a sua volta, uno o più strumenti di pagamento tradizionali (ad esempio, la carta di credito o prepagata), oppure, indirizza una modalità di pagamento precedentemente scelta dall’utilizzatore ed associata al *Mobile wallet* (ad esempio, un bonifico). In tal caso, dunque, la transazione si realizza sul sistema di pagamento sottostante ed il cellulare, “contenitore” dello strumento di pagamento, permette di disporre l’ordine di pagamento.²⁶²

approfondimento dei tratti caratterizzanti il sistema *de quo* e per i significativi effetti che la sua recente diffusione potrebbe determinare sul mercato dei servizi di pagamento, si rinvia al successivo par. 6.1.1.

²⁶⁰ I *codici bidimensionali* rappresentano, in buona sostanza, un’evoluzione dei *codici a barre*, e permettono di veicolare informazioni relative ad un pagamento o funzionali all’avvio di una transazione di pagamento. Il cellulare può “fotografare” il *QR Code* (impiegando la microcamera di cui è dotato) sia esso stampato su supporto cartaceo, sia esso presentato a video (su pc, su schermo televisivo o generato da un altro cellulare).

²⁶¹ Con l’attività di *Issuing* s’intende, genericamente, un processo di emissione dello strumento di pagamento, mediante il quale è possibile disporre ordini di pagamento. Nel mondo del *Mobile payment*, lo strumento che abilita una transazione è una specifica “Applicazione di pagamento” (o “*Payment application*”), che può sottendere uno o più strumenti di pagamento tradizionali, come le carte di credito (*Digital wallet*). I soggetti (economici) che prendono parte al processo di *Issuing* sono costituiti da: utilizzatori dello strumento di *Mobile payment*; titolari di strumenti di pagamento sottostanti; intermediari di pagamento abilitati, che svolgono la funzione di *issuer* (il soggetto che “emette” lo strumento di *m-Payment* e che addebita lo strumento di pagamento dell’utilizzatore, per trasferire i fondi al creditore).

²⁶² Più dettagliatamente, con il termine *Mobile wallet* ci si riferisce, non di rado in modo inappropriato, a differenti strumenti che permettono di eseguire una transazione di pagamento in mobilità. La poca chiarezza contribuisce notevolmente a confondere ruoli, attori e strumenti, nei possibili ambiti applicativi del *Mobile payment*. Secondo R. GARAVAGLIA, “*Mobile Payment e dintorni*”, in *Consumatori, Diritti e Mercato*, gennaio 2012, pag. 41, in particolare, due sono le *macrocategorie*, cui correttamente ascrivere il *Mobile wallet*: *Mobile wallet che contiene uno (o più) strumenti di pagamento* e *Mobile wallet che contiene un valore monetario*. Nel primo caso il *wallet* contiene uno specifico strumento di pagamento (ad esempio una

Nel caso del cd. *Stored value account* (Sva), invece, il telefono cellulare (o la Sim) contiene un valore monetario precaricato, ossia memorizza moneta elettronica e gestisce un conto di “moneta elettronica”, a valere sul quale si determina la transazione di pagamento. Gli strumenti di pagamento eventualmente associati allo Sva sono impiegati unicamente per finanziare il conto di moneta elettronica (ossia per emettere moneta elettronica) ed il trasferimento di fondi tra pagatore e beneficiario avviene sempre e solo in moneta elettronica.

Nel caso del cd. *Pin pad mobile*, il telefono, ma anche qualsiasi altro dispositivo mobile (ad esempio, una console o un lettore multimediale portabili), connesso ad una rete (anche WiFi), risulta collegato ad un dispositivo fisico costituito da una *Pin pad*, ovvero, una specie di terminale Pos che legge solo la carta di pagamento ed acquisisce il Pin. Il canale mobile del dispositivo cui è connessa la *Pin pad* viene mutuato per permettere la transazione di pagamento online. In alcuni casi, anche lo schermo del dispositivo mobile può essere condiviso per permettere la visualizzazione dello scontrino di pagamento.²⁶³ Nel cd. *App pos*, poi, il telefono cellulare implementa la logica applicativa di un Pos speciale e può avere un dispositivo ausiliare (*Card dongle*), con cui legge la carta di pagamento (banda magnetica e/o micro-chip). In alcuni scenari d’uso (fra i quali figurano l’Nfc in modalità combinata), il cellulare può anche non necessitare del *Card dongle* e la transazione avviene, di norma, in “prossimità mobile” (passaggio dei dati relativi allo strumento di pagamento in prossimità, transazione di pagamento *online*, mutuando il canale mobile dell’operatore). Una *App Pos* necessita di comunicare in modo sicuro con un *gateway*, raggiungibile via rete mobile, dal quale si origina la vera transazione di pagamento verso (o su) i circuiti/sistemi tradizionali.

carta di credito), emesso da una terza parte, che potrebbe anche non coincidere con l’emittitore del *wallet* stesso. Il pagamento viene effettuato con lo strumento associato al *wallet* e non con il *wallet*. Il *wallet* non rappresenta in sé alcun valore monetario intrinseco e per il *wallet* non transitano fondi di alcun tipo. In tale tipo di *wallet*, inoltre, possono altresì essere ospitate applicazioni non di pagamento (ad esempio *loyalty*, *couponing*, etc.). Nel caso del *Mobile wallet che contiene un valore monetario*, invece, il *wallet* è “caricato” con moneta spendibile nell’ambito di un generico circuito di soggetti convenzionati (ossia la rete di accettazione). In questo caso il *wallet* è il c.d. *Stored value account* (Sva), ossia, un “conto di moneta elettronica”, nell’accezione più tecnologicamente neutrale: i fondi sul conto possono essere accreditati sia tramite un’operazione di ricarica sia tramite un’operazione d’incasso. Secondo l’Autore, inoltre, in quest’ultimo caso “in qualsiasi scenario d’uso, il pagamento avviene unicamente con la *moneta elettronica* caricata e sempre con il *wallet*, su cui transitano i fondi fra debitore e creditore.” Come si vedrà di qui a breve, in realtà affatto pacifica appare la cui riconducibilità del *credito telefonico*, utilizzato quale corrispettivo del pagamento, alla nozione di *moneta*, ancorché *elettronica*.

²⁶³ Inoltre, questa soluzione, a differenza di quella cd. *App pos*, si caratterizza per mantenere separata la logica applicativa (e la sicurezza) di un terminale Pos dal cellulare, unicamente asservito, per il solo fine trasmissivo, alla *Pin pad* stessa.

Realizza una soluzione di *Mobile Payment* anche la categoria dei cd. *Closed loop*, ovvero, dei cd. *circuiti privativi*, in cui rientrano quei sistemi di pagamento che sfruttano le deroghe previste dalla Psd e dalla direttiva IMEL2, per le cc.dd. “*reti a spendibilità limitata*”. In tali ambiti, prescindendo dalla tecnologia adottata, l’*issuer* e l’*acquirer* di uno strumento di *Mobile Payment* possono non essere intermediari di pagamento, ossia, agire al di fuori del regime di regolamentazione previsto.²⁶⁴

Infine, primario rilievo nel contesto delle possibili soluzioni di *Mobile Payment* hanno assunto, in tempi recenti, i cd. *sistemi basati sul credito telefonico*. Con questa classificazione s’intendono, in particolare, quei sistemi per cui l’intermediario di pagamento risulta un *operatore telefonico*, che rende possibile la negoziazione di un bene abilitando il pagamento con il credito telefonico (sia esso *prepagato* o *postpagato*), senza necessità di essere o diventare Istituto di Pagamento o IMEL, né di accordarsi con altri intermediari abilitati. Come in precedenza osservato, peraltro, in riferimento ai servizi di *Mobile Payment* offerti da tali operatori, l’operatività descritta è individuata all’interno di un perimetro di deroga segnato dalla compresenza di taluni presupposti, previsti dalla Psd (cd. *negative scope*) e dal relativo decreto di recepimento.

Ciò nondimeno, si tratta di declinazione di *Mobile Payment* che va di fatto viepiù diffondendosi, atteso l’ampliamento anche nel contesto interno, ed ancorché per importi di spesa contenuti (cd. micropagamenti), della gamma dei cd. “*servizi di pagamento in deroga*” a nuovi settori (innanzitutto, quelli legati alla mobilità cittadina, quali ad esempio l’acquisto del biglietto dell’autobus o il pagamento del parcheggio).²⁶⁵ Tale tendenza, se per un verso può dirsi “virtuosa” in quanto idonea a determinare la riduzione della cd. “*evasione di necessità*” (grazie alla semplificazione delle procedure) nonché la sicura e crescente diffusione di sistemi di *Mobile Payment*,

²⁶⁴ Di solito, tali sistemi trovano il proprio campo d’azione in contesti dove la rete di accettazione (ovvero di spendibilità) è limitata (sia geograficamente, sia in forza di accordi commerciali) o dove la tipologia di prodotto/servizio per cui viene intermediato il pagamento è circoscritta *ex ante*. Giova ricordare, invero, che l’operatività di tali sistemi è predeterminata all’origine; ciò è vero non solo per le tipologie di prodotti/servizi venduti, ma anche per la rete di esercenti convenzionati; in altre parole, la normativa non permette che uno strumento di pagamento all’origine *Closed loop* possa aprirsi ad un numero di esercizi convenzionabili non noto a priori. Qualora ciò volesse avvenire e non fosse applicabile la deroga riferita al concetto di limitatezza dei prodotti vendibili, v’è obbligo per il gestore del sistema di essere un *intermediario bancario*, o di esser autorizzato ad operare nel rispetto del regime degli *Istituti di pagamento/Imel* (oppure di concludere un accordo di *partnership* con uno degli stessi soggetti menzionati).

²⁶⁵ A partire dal 2014, infatti, le principali TELCO hanno dato vita ad un’applicazione (*Tim mobility*, *3mobility*, *Smartmobility*) che permette, tramite la composizione automatica di un *sms*, di acquistare titoli “digitali” per i servizi di cd. *Mobile ticketing*. L’applicazione si basa sull’addebito del costo del titolo digitale e di quello dell’*sms* di richiesta, sul credito telefonico per i clienti titolari di carta prepagata, mentre sul conto telefonico per i clienti in abbonamento.

(aumentando la fiducia da parte del consumatore nei confronti di questi servizi e facendo da apripista per altre tipologie di acquisto tramite mobile, anche per importi più consistenti),²⁶⁶ per altro verso, risulta caratterizzata da aspetti problematici non di poco momento, per la cui specifica disamina si rinvia al prosieguo della trattazione.²⁶⁷

²⁶⁶ Di quest'avviso, ALLOCCO – SANTANGELO, *Quale sarà il futuro dei mobile payment?*, in *Computer Word Italia*, 2007, pag. 16. Secondo gli autori, in particolare: “Se l'acquisto di beni digitali, quali ad esempio giochi, suonerie, canzoni pagate mediante il proprio credito telefonico, è entrato nell'uso comune da parte di una significativa percentuale dell'utenza mobile, da qualche tempo s'è assistito al progressivo diffondersi di forme di pagamento analoghe anche per beni non necessariamente “digitali”, quali ad esempio biglietti per mezzi di trasporto e parcheggi, ma anche taxi e biglietti per eventi. E' opinione diffusa pensare che proprio questa tipologia di pagamento nota anche con il termine di *micropagamenti* (in quanto il valore della transazione è generalmente modesto) possa contribuire nel tempo al diffondersi di questo fenomeno, in considerazione anche del fatto che il telefono cellulare rappresenta uno strumento dalla diffusione pressoché totale.” Dello stesso avviso, anche MEDAGLIA – MORONI – OPROMOLLA – VOLPI, “*Pagamenti elettronici: a che punto siamo?*”, in *Glocus*, luglio 2012, p. 24. Secondo gli Autori, peraltro, nel realizzare il suddetto l'ampliamento, “*naturalmente sarà fondamentale in quest'ambito riuscire a trovare il giusto equilibrio tra le indicazioni di controllo e razionalizzazione contenute nella PSD (e rappresentate da Banca d'Italia) e la “deregulation” richiesta dagli operatori del settore.*”

²⁶⁷ In uno alla scarsa coerenza sistematica del *modus operandi* prescelto dalla TELCO (v. *infra* par. 6.4), la tendenza all'ampliamento del novero dei beni e/o servizi acquistabili con addebito diretto sul credito telefonico risulta problematica anche ove riguardata sotto il profilo dei *costi* del *Mobile Payment* (v. *infra* Cap. III), segnatamente dei *costi per la sicurezza del pagamento dal punto di vista dell'utente*. Basti pensare che in relazione al servizio di cd. *Mobile ticketing*, che permette, tramite la composizione automatica di un *sms*, di acquistare titoli “digitali”, taluni operatori di telecomunicazione (ad esempio, *3Italia*) prevedono che “*una volta effettuato l'acquisto, non è esercitabile alcun diritto di ripensamento*”.

Par. 6.1.1. Segue. La spinta verso la diffusione del *Mobile Payment*: il *Mobile Wallet* e la novità della tecnologia NFC.

Delle declinazioni di *Mobile Payment* sopra brevemente descritte, il *Mobile Proximity Payment* costituisce, per pacifica opinione,²⁶⁸ quella destinata a rivoluzionare le nostre abitudini ed, in un futuro non lontano, a realizzare la piena diffusione del *Mobile Payment*: con questo sistema è possibile, infatti, interagire con POS bancari, tornelli, *display* multimediali, punti servizio, obliterate. ²⁶⁹ Ed invero, i cellulari dotati della tecnologia NFC,²⁷⁰ che come in precedenza osservato rappresenta una delle possibili tecnologie a supporto del *Mobile proximity Payment*, possono esser utilizzati a tutti gli effetti come strumenti di pagamento analoghi a quelli “tradizionali” (carte di debito o di credito): al momento di effettuare un pagamento, infatti, lettori appositamente predisposti “leggono” le informazioni contenute nel *chip* della SIM in cui risultano memorizzati, in modo confidenziale e protetto, i dati della propria carta (di credito o prepagata). Più dettagliatamente, NFC si basa su un *chip* che, dialogando con la SIM, può essere configurato per funzionare secondo *tre diverse modalità*: nel primo caso,

²⁶⁸ In tal senso, *ex multis*, R. GARAVAGLIA, “*Mobile Payment e dintorni*”, in Consumatori, Diritti e Mercato, gennaio 2012, pag. 37 ss.; MEDAGLIA – MORONI – OPROMOLLA – VOLPI, “*Pagamenti elettronici: a che punto siamo?*”, in *Glocus*, luglio 2012, p. 16; RICCIATO, *Mobile wallet e tag: dimentichiamo il portafogli ed interagiamo con gli oggetti*, in *Notiziario tecnico Telecom Italia*, Marzo 2012, pag. 53 ss.; ALLOCCO – SANTANGELO, *Quale sarà il futuro dei mobile payment?*, in *Computer Word Italia*, 2007, pag. 16

²⁶⁹ Complessivamente il mondo dei *New Digital Payment*, a fine 2014, ha raggiunto un valore di transato di circa 18 miliardi di euro crescendo di più del 20% rispetto al 2013 ed è interessante notare come la crescita sia innanzitutto spinta dalla componente di *Mobile Payment*, cresciuto del 55% rispetto al 2013. Il *Mobile Remote Payment & Commerce* ha superato i 2 miliardi di euro nel 2014; in particolare, la componente di *Mobile Remote Commerce* di beni e servizi è raddoppiata, toccando quota 1,2 miliardi di euro. Il *Mobile Remote Payment* di beni e servizi ha raggiunto invece i 160 milioni di euro, con i servizi legati al mondo del trasporto che hanno quadruplicato il loro transato. Il 2014 ha visto, poi, i primi lanci commerciali nel *Mobile Proximity Payment & Commerce*, con soluzioni NFC SIM-based lanciate da banche ed operatori telefonici. Se l’offerta commerciale avanza lentamente, continua invece il forte lavoro di consolidamento della base infrastrutturale NFC: sono circa 12 milioni gli utenti dotati di un telefono cellulare NFC ed oltre 250.000 i POS *contactless* attivi. Per un approfondimento, si veda il REPORT “*Pagamenti elettronici e Mobile Payment & Commerce: i valori del transato*”, 10 luglio 2015, a cura dell’Osservatorio *Mobile payment & commerce* del Politecnico di Milano.

²⁷⁰ Near Field Communication, standardizzata dal *Near Field Communication (NFC) Forum*, è stata fondata da Nokia, Philips e Sony nel 2004, e consente ad un cellulare di comunicare in prossimità con altri oggetti. Si tratta, in particolare, di una tecnologia che unisce la *volontarietà del gesto* alla *prossimità*: l’utente con un gesto volontario (“tap”) può avvicinare il proprio cellulare ad altri cellulari o ad altri oggetti per scambiare informazioni in maniera confidenziale e sicura. Con particolare riferimento al mercato dei servizi di pagamento, poi, tale tecnologia s’è sviluppata inizialmente, soprattutto in Asia: il gestore di telefonia giapponese *NTT DoCoMo* è stato, infatti, il primo operatore ad introdurre sul mercato cellulari dotati di tecnologia Felica (sviluppata da Sony), ossia caratterizzati dall’introduzione all’interno del telefono di un *chip* per i *contactless payment*.

cd. *card-emulation mode*, il cellulare viene riconosciuto dal *reader* come una carta “*contactless*”, sicché può “emulare” il funzionamento delle carte “tradizionali”. Nel caso del cd. *reader mode*, il cellulare si comporta come un *reader* e può leggere ed interagire con carte “*contactless*”. Nel caso, infine, del cd. *P2P mode*, il cellulare può comunicare con un altro cellulare.²⁷¹

L'utilizzo della tecnologia in parola sottende, peraltro, la presenza sullo *smartphone* di un “portafoglio virtualizzato”, ovvero, un *Mobile Wallet*, che ospita le diverse carte di servizio (pagamento, trasporto, fidelity, accesso fisico, identificazione, sanitarie) per fruirne in prossimità (fino a circa 5 cm e ad una velocità di circa 400 kbit/s). In definitiva, l'obiettivo è di configurare il cellulare quale unico “inquilino” delle tasche degli utenti, in quanto contenitore di portafogli, chiavi e denaro “virtualizzati” in un'unica applicazione: il *Mobile Wallet*.²⁷² Si tratta di un servizio che, allo stato, vede

²⁷¹ Particolarmente complessa risulta, poi, la tecnologia sottesa ad un'applicazione NFC, in quanto formata da: un'applicazione sicura sul Secure Element (SIM) che gestisce le parti sicure della transazione (SIM Applet); un'applicazione di User Interface sul cellulare che gestisce l'interazione con l'utente (UI) e comunica con il SIM Applet (ad esempio per visualizzare alcune informazioni o abilitare alcune transazione come il pagamento prima di avvicinare il cellulare a POS o visualizzare la data di scadenza di un biglietto della metro); un'applicazione sul reader, pronta ad accogliere un “tap” dell'utente, e che interagisce in maniera “*contactless*” con SIM applet (ad esempio il POS o il tornello di una metro) e con i server di back-end applicativi; back-end applicativi di gestione (ad esempio i centri elaborazione dati delle banche o delle aziende trasporti); un applicativo di gestione delle applicazioni NFC, rappresentato dal *Mobile Wallet*.

²⁷² Questo l'obiettivo perseguito, in tempi recenti, anche dalle maggiori compagnie telefoniche italiane. TIM ha lanciato sul mercato, a partire dal 23 giugno 2014, il cd. *TIM Wallet* ovvero, un servizio, sviluppato in collaborazione con *Banca Mediolanum*, utilizzabile sia dai titolari di SIM ricaricabile che dai titolari del servizio telefonico in abbonamento, che consente di trasformare il proprio *smartphone* in un vero e proprio portafoglio per effettuare pagamenti, acquistare *coupon*, biglietti del bus, eventi. All'uopo, non risulta necessario né che lo *smartphone*, né che la SIM siano NFC compatibili, qualora si tratti di specifici servizi: acquisto di biglietti del bus, metro e parcheggi delle principali città italiane; memorizzazione delle proprie carte fedeltà, semplicemente inquadrando con la fotocamera; acquisto di coupon. Peraltro, *TIM Wallet* risulta compatibile con tutti gli *smartphone* NFC SIM based (ancora necessari per la fruizione di taluni servizi: ad es. accesso alle location EXPO Milano 2015 avvicinando lo *smartphone* ai varchi), ovvero, terminali in grado di leggere le informazioni memorizzate sulla SIM con la sicurezza richiesta da banche e circuiti di pagamento. In tale contesto, TIM ha successivamente lanciato sul mercato anche *TIM SMARTPAY*, ovvero, una carta di pagamento prepagata ricaricabile sviluppata da *Intesa SanPaolo*, co-branded TIM in collaborazione con *Visa Europe*, che consente, ai titolari di una SIM NFC based dell'operatore TIM, di compiere operazioni tramite i circuiti di pagamento indicati sulla carta stessa. Si tratta di carta disponibile in due versioni: *al portatore* richiedibile, sia nella forma virtuale (ovvero, senza supporto in plastica) oppure con supporto in plastica, dai possessori di una SIM TIM NFC, anche non clienti del *Gruppo Intesa SanPaolo*, ovvero, *nominativa* e disponibile soltanto con supporto in plastica richiedibile, invece, esclusivamente dai clienti del *Gruppo Intesa SanPaolo* ivi titolari di un conto corrente abilitato all'utilizzo dei servizi via internet, cellulare e telefono. Essa consente di effettuare pagamenti a debito della carta mediante l'avvicinamento dello *smartphone* NFC abilitato (oppure del supporto plastico) al POS *contactless* presso gli esercizi convenzionati col circuito *Visa payWave*, senza necessità di digitare il codice PIN o firmare lo scontrino per acquisti inferiori a 25 euro, ma anche di compiere le operazioni che connotano le “tradizionali” carte di debito o di credito (talune, ad esempio il prelievo di contanti presso sportelli automatici, evidentemente solo qualora si tratti di carta con supporto in plastica). Ancor prima, Vodafone ha lanciato sul mercato un servizio non dissimile, denominato *Vodafone Wallet*, ed ha realizzato (già

tuttavia la fattiva partecipazione degli Istituti bancari, coinvolti, “*ob torto collo*”, dagli operatori di telecomunicazione nel processo di diffusione del *Mobile Payment*: la carte di pagamento virtualizzabili, infatti, sono emesse da Istituti bancari, ovvero, da operatori di telecomunicazione in *partnership* con i primi (o con i circuiti di pagamento internazionali). Peraltro, il ruolo di protagoniste viepiù assunto dalle TELCO nell’intermediazione del pagamento, riverbera i suoi effetti anche sulle modalità operative del servizio in parola: anche nell’ambito del *Mobile Wallet*, infatti, taluni operatori²⁷³ offrono la possibilità di acquistare talune categorie di beni (biglietti del bus, metropolitana e parcheggio) mediante il servizio di cd. *sms ticketing*, ossia, senza necessità di associare una carta di pagamento al *Mobile Wallet*, attesa la possibilità di addebitarne il costo direttamente sul *credito telefonico prepagato*, ovvero, *postpagato*.

Considerata la primaria rilevanza dei beni virtualizzati, ossia, contenuti nel *chip* della SIM *NFC abilitata*, ed il carattere sensibile delle informazioni ivi memorizzate, particolarmente avvertita risulta, come evidente, l’esigenza di garantire la *sicurezza* del sistema di pagamento e dei canali trasmissivi, nonché la *protezione dei dati personali* e la prevenzione delle frodi. Ben può accadere, infatti, che lo *smartphone* NFC abilitato venga posizionato, *involontariamente*, ad una distanza dal *reader* tale da poter generare il pagamento in prossimità con conseguente rischio di vedersi addebitato il costo di un bene servizio da altri fruito, ovvero, ancor peggio, che lo *smartphone* sia rubato o smarrito. Si tratta, in buona sostanza, di aspetti che sostanziano veri e propri *costi*, per così dire “naturali”, nell’utilizzo del servizio in parola, e più in generale del *Mobile Payment*, per la cui disamina si rinvia, pertanto, al prosieguo della trattazione.²⁷⁴

nell’ottobre 2012) una carta di pagamento da associare alla SIM NFC based, sviluppata in *partnership* con i circuiti di pagamento *CartaSi* e *Mastercard*, dotata di *chip* NFC che permette di effettuare micro pagamenti di prossimità.

Infine, *PosteMobile* che ha lanciato il proprio servizio di *Mobile wallet*, come TIM, soltanto a fine ottobre 2014. Esso permette di digitalizzare ed utilizzare direttamente dallo *Smartphone* le proprie carte di pagamento BancoPosta (ivi compresa la prepagata virtuale *ePostepay*) per i pagamenti in mobilità, sia da remoto (*Remote Payment*) ovunque il cliente si trovi, sia in prossimità (*Proximity Payment*) con la tecnologia NFC, nonché le tessere trasporti di alcune città (Milano e Torino) e le proprie carte fedeltà.

Ad oggi, non ancora presenti sul mercato dei *Mobile Payment contactless* che sfruttano la tecnologia NFC risultano, invece, *3 Italia* e *Wind*.

²⁷³ In particolare, si tratta degli operatori di telecomunicazione che hanno già lanciato sul mercato il servizio di *Mobile Wallet* (v. *supra* par. 3.1.1, nota n. 150).

²⁷⁴ V. *infra* Cap. III.

Par. 6.2. Aspetti problematici dell'ingresso degli operatori di telecomunicazione nel mercato dei pagamenti: l'ambito oggettivo della PSD e l'incerta natura giuridica dei valori finanziari intermediati dall'operatore telefonico – Istituto di pagamento.

Come in precedenza osservato, innegabile, in tempi recenti, risulta il *favor*, del legislatore europeo e di riflesso di quello interno, verso l'ingresso nel mercato dei servizi di pagamento anche di soggetti diversi da quelli tradizionalmente appartenenti al mondo *financial*, ovvero di società che svolgono anche *attività commerciali*: gli operatori della GDO (grande distribuzione organizzata), quelli del settore turistico, del settore trasporti e, soprattutto, le TELCO (società di telecomunicazioni). Tali soggetti, ed in generale tutti quelli che effettuano incassi o pagamenti, possono oggi decidere di configurarsi come IP o IMEL cd. *ibridi*, e dunque di operare senza necessità di partenariato con un Istituto bancario intermediario, nel rispetto delle condizioni prescritte affinché le due attività coesistano. Più dettagliatamente, giova ricordare che costituisce cd. *positive scope* della PSD (e dell' art. 1, co. 1, lett. b, n. 7 del decreto legislativo di recepimento), ovvero rientra tra i servizi di pagamento riconducibili all'ambito applicativo della direttiva, “*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'utilizzatore di servizi di pagamento e il fornitore di beni e servizi*”. Con particolare riferimento alle TELCO, dunque, nell'impianto della PSD, ove l'operatore di telecomunicazione decida di prestare servizi di pagamento nella veste di *mero intermediario* tra l'utilizzatore del servizio ed il fornitore di beni e servizi, per tale profilo della complessiva attività svolta, è tenuto al rispetto delle prescrizioni ivi contenute, pertanto, sotto il profilo *soggettivo*, a configurarsi come Istituto di Pagamento. In alternativa, la TELCO può anche decidere di configurarsi come IMEL, l'altra categoria di soggetti che, come in precedenza illustrato, in uno agli Istituti bancari (nonché, banche centrali, Stati ed altri enti pubblici territoriali), risulta abilitata a prestare servizi di pagamento nell'ordinamento interno e comunitario (cd. PSP).

S'è pure evidenziato, peraltro, che per espressa previsione della stessa Direttiva, l'assoggettamento alla stringente disciplina dei PSP è escluso per “*le operazioni di*

pagamento eseguite tramite dispositivo di telecomunicazione, digitale o informatico quando i beni o servizi acquistati sono consegnati e possono essere utilizzati solo tramite tale dispositivo e purché l'operatore di telecomunicazione, digitale o informatico, non agisca esclusivamente come intermediario fra utente di servizi di pagamento e fornitore di beni" rientrandosi, in tal caso, nel cd. *negative scope* della direttiva (art. 3 PSD ed art. 2, co. 2, d.lgs. n. 11/2010). In tal caso, dunque, nella prestazione delle operazioni di pagamento eseguite tramite dispositivo di telecomunicazione (nonché digitale o informatico), l'operatore di telecomunicazione non risulta obbligato a configurarsi come PSP, dunque, ad operare nel regime di vigilanza previsto per gli intermediari di pagamento. Ed invero, un'attività riconducibile al cd. *negative scope* non è riservata ai PSP, sicché qualsiasi soggetto (anche non bancario) può esercitarne il servizio senza operare come PSP, ossia senza l'obbligo di essere (o diventare) Istituto di Pagamento o IMEL, ovvero senza l'obbligo di ricorrere a soluzioni di partenariato con PSP autorizzati (Banche, Poste, Istituti di Pagamento, IMEL). È necessario tuttavia ricorrano *due condizioni*, ovvero che i beni o servizi acquistati e cui il servizio di pagamento prestato inerisce, sia *consegnato* e possa essere *utilizzato solo tramite tale dispositivo*, ossia che si tratti di un *bene digitale*, e sempre che l'operatore di telecomunicazione, digitale o informatico, *non agisca esclusivamente come intermediario* fra utente di servizi di pagamento e fornitore di beni. E' la contestuale presenza delle suddette condizioni, dunque, che rende possibile l'impiego del *credito telefonico* ai fini dell'intermediazione del pagamento per l'acquisto di beni e/o servizi, segnatamente a contenuto digitale, al netto delle stringenti prescrizioni, oggettive e soggettive, previste dalla PSD e dalla normativa primaria e secondaria di recepimento.

Nonostante l'evidente (e meritorio) intento del legislatore comunitario rappresentato, da un lato, dalla volontà d'incentivare l'ingresso nel mercato dei pagamenti di nuovi attori, sì da incrementarne il grado di concorrenza (cd. *positive scope*), dall'altro, di non ostacolare la diffusione di un sistema di cd. *micro-pagamenti* (cd. *negative scope*) particolarmente in uso presso l'utenza (si pensi a beni di natura digitale, quali suonerie o sfondi per il telefono cellulare), entrambe le previsioni (testualmente riprodotte anche nel decreto legislativo di recepimento), tuttavia, appaiono fornite di *scarsa coerenza sistematica*.

Sotto il primo profilo (*positive scope*), infatti, se "certa" può dirsi la natura giuridica dei valori monetari intermediati dalla TELCO nell'ipotesi in cui decida di configurarsi

come IMEL,²⁷⁵ meno agevole risulta, invece, l'individuazione dell'esatta natura giuridica dei *valori finanziari impiegati nell'esecuzione dell'operazione di pagamento*, *allorché l'operatore di telecomunicazione decida di configurarsi come un Istituto di Pagamento*.

Innanzitutto, non appare percorribile l'opzione per la natura di *moneta bancaria o scritturale*, considerato il carattere *sui generis*²⁷⁶ del *conto di pagamento* (qualora vi sia: ciò non accade, ad esempio, nel caso della *rimessa di denaro*),²⁷⁷ per molti aspetti

²⁷⁵ Ed invero, come in precedenza osservato (v. *supra* Cap I, par. 2.2), il procedimento di emissione della moneta elettronica non comporta la creazione di “nuova” moneta: l'istituto emittente, infatti, procede soltanto alla *conversione* di un determinato tipo di moneta, sia essa fisica o scritturale, in un altro (*moneta elettronica*), la cui caratteristica precipua risiede nel fatto di essere rappresentata sotto forma di impulsi elettronici. In tal senso, anche il PARERE del COMITATO ECONOMICO E SOCIALE, pubblicato in G.U.C.E., n. C 101 del 12 aprile 1999, punto n. 2.2. il quale sottolinea come “attraverso tale procedimento non si giunga alla creazione di nuova moneta, quanto piuttosto alla *trasformazione* di una particolare forma di moneta (fisica o scritturale) in un'altra (elettronica)”. Più dettagliatamente, l'art. 114-*quater* co. 2 TUB obbliga gli IMEL a trasformare, *immediatamente*, i fondi ricevuti in moneta elettronica: questa disposizione, in uno a quella sancita all'art. 11 co. 2-bis TUB impedisce che l'operatività degli IMEL possa svolgersi nelle forme previste per le banche (deposito di somme su un conto con finalità di risparmio e corresponsione di interessi). Ciò nondimeno, non pare revocabile in dubbio che l'eventuale difetto di contestualità tra la ricezione di fondi da parte dell'istituto emittente e la loro trasformazione in moneta digitale costituisca tuttora una “zona grigia” nello spazio di operatività degli IMEL, per certi versi comunque riconducibile ad attività di raccolta (ancorché, indiretta) di risparmio. Ed invero, come in precedenza osservato (v. *supra* Cap I, par. 2.2), l'eventualità non appare meramente “teorica”: il provvedimento della Banca d'Italia 20 giugno 2012 recante “*disposizioni di vigilanza per gli Istituti di pagamento e gli Istituti di moneta*” al Capitolo IV, sezione II par. 3 in tema di “*modalità di tenuta delle somme di denaro dei clienti registrate nei conti di pagamento o ricevute a fronte della moneta elettronica emessa*”, sembrerebbe riconoscere l'esistenza di un lasso di tempo in cui fondi ricevuti dal cliente restino depositati presso l'emittente, non essendo convertiti immediatamente in moneta elettronica, nella parte in cui statuisce che “l'istituto di moneta elettronica applica le disposizioni previste dal presente paragrafo alle somme ricevute dalla clientela - a fronte della moneta elettronica emessa - mediante strumenti di pagamento *a partire dal giorno in cui acquisisce la disponibilità di tali somme e in ogni caso, entro cinque giorni dall'emissione della moneta elettronica*”.

²⁷⁶ Secondo O. TROIANO, cit, “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.” Conferma parzialmente la fondatezza di tali rilievi, l'inciso di cui al paragrafo 2 lett. h) del Provvedimento BDI, 5 luglio 2011, recante norme di “*attuazione del titolo II del Decreto legislativo n. 11 del 27 gennaio 2010 relativo ai servizi di pagamento (Diritti ed obblighi delle parti)*”, nella parte in cui statuisce che “*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*.”

²⁷⁷ Come in precedenza osservato (v. *supra* par. 3.1), infatti, nella logica della PSD e del d.lgs. n. 11/2010, al *conto di pagamento* si contrappone la *rimessa di denaro*, che costituisce 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 e dunque, altro non è che “*un servizio di pagamento in cui i fondi sono consegnati da un pagatore senza che siano aperti conti di*

non assimilabile ad un conto corrente bancario. I conti di pagamento delle non banche, invero, hanno *punti di contatto e punti di differenza* con il *conto corrente bancario*: da un lato, entrambi obbligano l'intermediario alla prestazione di servizi di pagamento,²⁷⁸ dall'altro, soltanto il conto corrente bancario comprende la convenzione di assegno²⁷⁹ e può essere collegato con un *apertura di credito bancaria* e/o con un *deposito bancario*.²⁸⁰ In altre parole, il conto di pagamento non coincide con il conto corrente

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".

²⁷⁸ Il conto di pagamento contiene infatti un programma contrattuale di esecuzione continuativa di servizi di pagamento con riferimento sia ai trasferimenti verso terzi, che alle riscossioni da terzi. Ed invero, è 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, ovvero, un contratto di durata con il quale l'intermediario si mette stabilmente a disposizione del cliente per effettuare operazioni di pagamento. Tale definizione sembrerebbe determinare la (apparente) assimilazione del conto di pagamento alla nozione di conto corrente bancario: in realtà, nella prospettiva della PSD e del d.lgs. n. 11/2010, la funzione già svolta dal contratto di conto corrente è attribuita al cd. "contratto quadro", ossia, 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." In tal senso, in particolare, V. SANTORO, *I conti di pagamento degli Istituti di pagamento*, in AA.VV., *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, a cura di M. Mancini, M. Perassi, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia n. 63*, Roma, 2008, ad avviso del quale, peraltro, "mentre il conto di pagamento è sempre un contratto quadro, 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". In tale contesto, O. TROIANO, cit., preferisce parlare di *contratto di pagamento* piuttosto che usare l'espressione "contratto quadro", in ragione del fatto che con l'espressione contratto quadro "è possibile intendere qualsivoglia contratto, singolo o quadro, finalizzato alla fornitura di servizi di pagamento (bonifico, addebiti diretti, uso di una carta di pagamento)".

²⁷⁹ Secondo V. SANTORO, *I conti di pagamento degli Istituti di pagamento*, cit., l'esclusione dei pagamenti a mezzo assegni dal novero dei servizi di pagamento inclusi dalla PSD ha un'importante implicazione in termini contrattuali: tale scelta ha infatti prodotto uno "spiazzamento" del contratto di conto corrente (bancario), vale a dire proprio di quel contratto con il quale, secondo l'impostazione tradizionale, la banca si mette a disposizione del cliente per offrirgli i servizi di pagamento. Dello stesso avviso, in dottrina, G. FERRI JR, 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*, II ed., Torino, 2002, 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*, Cass. civ., 28 febbraio 2007, n. 4762, in *Dir. fall.*, 2008, II, 227 e Cass. civ., 19 settembre 2008, n. 23864, in *Corriere giur.*, 2009, 963.

²⁸⁰ Ed invero, per ciò che concerne l'*apertura di credito* giova evidenziare che se, da un lato, è vero che anche gli Istituti di Pagamento possono concedere *credito* alla loro clientela, è parimenti vero dall'altro che tanto risulta possibile soltanto a condizione "che il credito sia accessorio e concesso esclusivamente in relazione all'esecuzione di un'operazione di pagamento" (art. 114-octies TUB e par. 3, Cap. IV, Sez. I, del provvedimento Banca d'Italia del 20 giugno 2012). In tale contesto, non pare superfluo evidenziare che l'accessorietà della concessione di credito ad uno o più pagamenti predeterminati risulta incompatibile con le modalità operative proprie dell'*apertura di credito*, ove l'obbligo di tenere le somme a disposizione del

bancario²⁸¹ in quanto quest'ultimo può dar adito ad operazioni più ampie e diverse, sicché, in disparte ogni considerazione in ordine alle differenze soggettive intercorrenti tra un Istituto bancario ed un Istituto di pagamento non bancario,²⁸² non pare revocabile in dubbio l'impossibilità di ricondurre i valori finanziari immagazzinati nel conto di pagamento tenuto dall'operatore telefonico - Istituto di pagamento, alla nozione di moneta *bancaria* ovvero *scritturale*, quale moneta basata su strumenti gestiti ed organizzati dall'istituto bancario (giroconti, bonifici, assegni, carte di credito o di debito, etc.).

Un indizio della natura *bancaria* dei flussi finanziari *de quo*, peraltro, sembrerebbe emergere dalla normativa secondaria, segnatamente dal Cap. IV, Sez. II, par. 3 del provvedimento della Banca d'Italia 20 giugno 2012, recante “*Disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica*” ed attuativo del Titolo V-ter TUB, nella parte in cui, specificando il contenuto dell'art. 114-duodecies TUB,²⁸³ prescrive che le somme di denaro dei clienti, quando eccedano i *cento euro* e

cliente *permane* indipendentemente dall'utilizzazione che ad essa voglia imprimere il correntista e, persino, se la disponibilità rimanga inutilizzata (artt. 1842 e 1843 c.c.).

Per ciò che concerne il *deposito bancario*, poi, giova ricordare che le somme consegnate agli Istituti di Pagamento, devono essere *subdepositate* presso una “banca autorizzata ad operare in Italia” oppure investite “*in titoli di debito qualificati*”, qualora restino presso l'Istituto per un tempo superiore alle ventiquattro ore (Cap. IV, Sez. II, par. 3 del provvedimento della Banca d'Italia 20 giugno 2012): evidente, dunque, l'incompatibilità del conto di pagamento con le modalità operative del deposito bancario (artt. 1834 ss. c.c.).

²⁸¹ Secondo O. TROIANO, cit., peraltro, “*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.*” Secondo V. SANTORO, *I conti di pagamento degli Istituti di pagamento*, cit., invece, “*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 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. 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.*”

²⁸² Sul punto si rinvia a Cap. II, par.

²⁸³ Art. 114-duodecies TUB, co. 1 e 2: “*Gli istituti di pagamento registrano per ciascun cliente in poste del passivo, nel rispetto delle modalità stabilite dalla Banca d'Italia, le somme di denaro della clientela in conti di pagamento utilizzati esclusivamente per la prestazione dei servizi di pagamento.*”

risultino 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 ad operare in Italia in conti intestati agli Istituti depositanti, con l'indicazione che si tratta di beni di terzi e tenuti distinti da quelli dell'Istituto. Dal necessario deposito presso un Istituto bancario, invero, potrebbe inferirsi la natura bancaria dei valori finanziari gestiti dall'Istituto di pagamento.*

D'altra parte, tale ultima previsione si presta anche ad una diversa lettura. Non pare arduo sostenere, infatti, che certamente escludibile è la natura bancaria dei valori finanziari in parola, *“qualora il loro ammontare risulti inferiore ai 100 euro”* (nel qual caso, peraltro, sembrerebbe che lo stato d'incertezza sia destinato a perdurare finché non risulti superata tale soglia: anteriormente, infatti, non sorge l'obbligo in capo all'IP di depositare le somme presso una banca); nonché, sotto il profilo temporale, *per tutta la durata del giorno in cui l'Istituto acquisisce la disponibilità delle somme*, considerato che l'Istituto applica i requisiti di tutela sopra menzionati, *“entro la prima giornata operativa successiva al giorno in cui i fondi sono stati ricevuti.”*

Che i valori monetari intermediati da un operatore di telecomunicazione autorizzato a prestare servizi di pagamento in qualità di Istituto di Pagamento non costituiscono *moneta elettronica* (né, *bancaria*) invece, è risultato abbastanza certo, quanto meno fino ad un recente passato, ossia fino all'entrata in vigore del d.lgs. 29 dicembre 2011, n. 230 recante *“Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11”*. L'art. 114-*duodecies* co. 1 TUB, nella versione antecedente le modifiche introdotte dal suddetto provvedimento, infatti, statuiva che *“le somme di denaro immesse nei conti di pagamento non costituiscono fondi con obbligo di rimborso ai sensi dell'articolo 11, né moneta elettronica ai sensi dell'articolo 1, co. 2, lettera h-ter)”*.

L'eliminazione della previsione *de qua* dal corpo dell'art. 114-*duodecies* TUB, se, per un verso, testimonia l'incertezza (anche del legislatore) in ordine all'esatta

Le somme di denaro sono investite, nel rispetto delle modalità stabilite dalla Banca d'Italia, in attività che costituiscono patrimonio distinto a tutti gli effetti da quello dell'istituto di pagamento. Su tale patrimonio distinto non sono ammesse azioni dei creditori dell'istituto di pagamento o nell'interesse degli stessi, né quelle dei creditori dell'eventuale soggetto presso il quale le somme sono depositate. Le azioni dei creditori dei singoli clienti degli istituti di pagamento sono ammesse nel limite di quanto registrato ai sensi del comma 1. Se le somme di denaro registrate nei conti di pagamento sono depositate presso terzi non operano le compensazioni legale e giudiziale e non può essere pattuita la compensazione convenzionale rispetto ai crediti vantati dal depositario nei confronti dell'istituto di pagamento.”

qualificazione giuridica dei valori finanziari *de qua*, per altro verso, ha determinato l'assoluto disorientamento dell'interprete, attesa la scarsa coerenza sistematica del vigente quadro normativo. Da un lato, infatti, parrebbe possibile inferire la natura di *moneta elettronica* dei valori in parola dal disposto dell'art. 1 co. 2 lett. h-ter) TUB, a norma del quale, costituisce *moneta elettronica* “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”, dall'altro, la previsione *de qua* non può non esser letta in combinato disposto, per un verso, con l'art. 114-bis TUB che annovera tra i soggetti legittimati ad *emettere* moneta elettronica *soltanto* banche ed IMEL (nonché, la Banca centrale europea, le banche centrali comunitarie, lo Stato italiano e gli altri Stati comunitari, le pubbliche amministrazioni statali, regionali e locali, Poste Italiane S.p.a.) senza menzione alcuna, dunque, degli Istituti di Pagamento, per altro verso e soprattutto, con la previsione di cui al Cap. IV, Sez. I, par. 1 del Provvedimento Banca d'Italia 20 giugno 2012 (peraltro, successivo all'entrata in vigore del d.lgs. 230 del 2011), a tenore della quale, “agli istituti di pagamento è vietata l'attività di emissione di moneta elettronica.” In tale, assai incerto contesto normativo, dunque, non sembrano sussistere dubbi in ordine all'impossibilità di ricondurre, quantomeno in maniera certa, i valori finanziari in parola, neppure, alla nozione di *moneta elettronica* (quanto meno *in senso stretto*).

Par. 6.2.1. Segue. La natura giuridica dei valori finanziari intermediati dall'operatore telefonico – Istituto di pagamento. Una proposta interpretativa.

Esclusa la natura di *moneta elettronica* e, certamente, quella di *moneta bancaria*, quantomeno per i valori d'importo *inferiore ai 100 euro*, non pare ardito concludere per l'impossibilità di ricondurre i valori finanziari immagazzinati nel conto di pagamento di una TELCO – Istituto di Pagamento, alla nozione di *moneta, in senso stretto*.²⁸⁴

D'altra parte, è innegabile che i “pezzi monetari” in parola *esistono, circolano, vengono scambiati*²⁸⁵ ed hanno, soprattutto, un *valore economico*.²⁸⁶ In tale contesto, non pare allora ardito sostenere che s'è in presenza di un *bene*, secondo la definizione fornita dall'art. 810 c.c., a tenore del quale, “*sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti*”. La nozione di *bene giuridico*, infatti, risulta inevitabilmente collegata a quella di *bene economico*, in quanto i concetti di utilità ed utilizzabilità non possono prescindere da un ulteriore elemento, ovvero, la *valutabilità*: un bene per essere considerato tale giuridicamente e, quindi, per ricevere adeguata tutela, deve anche essere *economicamente valutabile*.²⁸⁷ E non pare revocabile in dubbio che i

²⁸⁴ Se non a patto di voler considerare i valori finanziari in parola una nuova *species* di *moneta*, riconducibile ad una neo nata *quinta generazione dei sistemi di pagamento*. Sotto questo profilo, peraltro, giova ricordare che, ancorché non pacificamente, quella *elettronica* è reputata, nell'evoluzione che ha connotato la moneta nel corso del tempo, la *species* ultima dei sistemi di pagamento, ovvero, la “quarta generazione”, dopo l'era della moneta *legale, bancaria e scritturale*: in tal senso, in particolare, PACILEO, *L'attuazione in Italia delle direttive comunitarie in materia di e-money*, in *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, a cura di SICA- STANZIONE- ZENO ZENCOVICH, Milano, 2006, 191, sulla scia di quanto autorevolmente argomentato da SPADA, *Carte di credito: “terza generazione” dei mezzi di pagamento*, in *Riv. Dir. civ.*, 1976, I, 490.

²⁸⁵ Ed in misura viepiù crescente: v. *amplius* nota n. 310 *sub par.* 6.3.1, in tema di servizi “*Paghetta*” e “*Ti ricarico con TIM*”.

²⁸⁶ Non a caso, in questa sede, si utilizza l'espressione “pezzi monetari” per indicare i valori finanziari in parola. Ed invero, non può sfuggire che questi ultimi, ancor prima di esser immagazzinati nel conto di pagamento della TELCO – Istituto di Pagamento, costituiscono, senza alcun dubbio, *moneta*: legale (contante), bancaria, ovvero, elettronica, a seconda degli strumenti impiegati per il loro trasferimento alla TELCO – Istituto di Pagamento.

²⁸⁷ In tal senso, in particolare, l'impostazione più recente, ad avviso della quale lo sviluppo della civiltà e l'incessante progredire delle tecnologie hanno reso non più attuale una definizione di bene che tenga conto esclusivamente della loro fisicità, sicché o si accede ad una nozione più ampia di *cosa*, in grado di ricomprendervi anche entità ideali e non corporali, come pure sostenuto, oppure è necessario tenere ben distinti i concetti di bene e di cosa, dove *i beni sono tutte le entità fisiche o ideali idonee a costituire in generale oggetto di diritti, mentre le cose sono i beni corporali*. In altre parole, il concetto di cosa risulta ricompreso in quello di bene, ma senza esaurirlo, rientrandovi anche quelle entità che, seppur non dotate di corporalità, sono comunque idonee a formare oggetto di diritti. Allo stesso tempo, non tutte le cose sono necessariamente beni, ma solo quelle idonee a *soddisfare un bisogno umano*. E proprio quest'ultimo

pezzi monetari immagazzinati nel conto di pagamento di una TELCO – Istituto di Pagamento siano in possesso di tutti i requisiti necessari per poter essere considerati *beni*: senz'altro idonei a soddisfare un *interesse umano*, essendo utilizzati per reperire beni, servizi o denaro, infatti, risultano dotati, senza dubbio alcuno, di *valore economico*, per così dire, “*predeterminato*”. Del resto, ancor prima di esser immagazzinati nel conto di pagamento della TELCO – Istituto di Pagamento, i valori *de quo* costituiscono (certamente) un *valore monetario*: legale (contante), bancario, ovvero, elettronico, a seconda degli strumenti impiegati per il loro trasferimento alla TELCO – Istituto di Pagamento.²⁸⁸

Più dettagliatamente, sembra possa concludersi nel senso che s'è in presenza di *beni immateriali*, sicché la disciplina applicabile è quella dettata in materia di *beni mobili* che a norma dell'art. 812 c.c. costituisce categoria residuale.²⁸⁹

L'ipotesi ricostruttiva avanzata, pur nella consapevolezza che s'innesta nel contesto di una questione che, allo stato, presenta un rilievo meramente teorico,²⁹⁰ è destinata ad avere significativi *riflessi sul piano operativo*, non soltanto qualora (come auspicabile)

connotato risulta rilevante al fine di stabilire quando si è in presenza di un bene giuridicamente qualificabile come tale, non già la sua materialità e fisicità. Tutto ciò che è esterno al soggetto ed è da questi utilizzabile per il soddisfacimento di un determinato interesse, dunque, deve essere giuridicamente considerato “bene”, consentendone l'appropriazione, nonché l'esercizio di una serie di poteri e facoltà tutelati *erga omnes* dall'ordinamento giuridico. Per la definizione testé illustrata del concetto di cosa, si veda *ex multis*: DE MARTINO, *Beni in generale – Proprietà*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Libro Terzo, 1976; MAIORCA, *La cosa in senso giuridico*, 1978; CICALA, *Elementi reali ed elementi ideali della formazione del concetto giuridico di cosa*, in *Riv. dir. Agr.*, 1942; PINO, *Contributo alla teoria giuridica dei beni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948; BIONDI, *Cosa fungibile e non fungibile*, cit.; VENTURINI, voce *Beni immateriali (dir. int. priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, V, Milano, 1959, 247; BIANCA, *Diritto civile, La proprietà*, 1999, 54; MINUSSI, *Proprietà, Possesso, Diritti Reali*, Napoli, 2009; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1947, 55; TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2007, 166. Anche secondo ZENO ZENCOVICH, voce *Cosa*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, 1989, 443, “le cose costituiscono solo una parte delle entità suscettibili di essere qualificate come beni e si distinguono dalle altre per il connotato della *corporalità*”. *Contra*, invece, FAVA – GIULIANO – SORANO, *La tutela della proprietà e degli altri diritti reali*, 2006, 2014: secondo gli Autori “nel significato dell'art. 810 c.c., il termine cosa può comunque identificarsi in ogni oggetto o entità che sia distinguibile rispetto al soggetto. Altre volte, nella terminologia codicistica, il termine cosa viene utilizzato nel comune senso di oggetto materiale dotato di dimensione fisica: si pensi, a tale riguardo, alle norme sull'obbligo del venditore di consegnare la cosa al compratore. La cosa va intesa, dunque, come bene corporale. Pertanto, nonostante l'assenza di una specifica nozione codicistica, può dirsi che il termine cosa è stato assunto dal legislatore con il significato ormai comunemente acquisito di porzione delimitata del mondo esterno, percepibile con i sensi e utile a soddisfare un bisogno del soggetto”. Tali ultimi Autori, in buona sostanza, negano l'esistenza della categoria dei beni immateriali, ritenendo che non possano formare oggetto di diritto reale.

²⁸⁸ I valori in parola sembrerebbero, invece, essere sprovvisti di un'ulteriore caratteristica tipica della definizione di bene in senso economico, ossia, la *limitatezza rispetto alla domanda*.

²⁸⁹ Art. 812 co. 3 c.c.: “*sono mobili tutti i beni che non possono essere considerati immobili*”.

²⁹⁰ Non pare superfluo ricordare, infatti, che nessuna TELCO risulta registrata, ad oggi, all'Albo degli Istituti di Pagamento *ex art. 114-septies TUB*, né a quello degli IMEL *ex art. 114-quater TUB*, entrambi tenuti dalla Banca d'Italia.

le TELCO decideranno di assumere, nel mercato dei servizi di pagamento, la veste di Prestatore di servizi di pagamento, ma anche, soprattutto, quando, in un futuro solo apparentemente lontano,²⁹¹ nella gamma dei beni acquistabili mediante il *Mobile Payment* risulteranno annoverabili anche i *beni immobili*. Come evidente, in un simile e, ad oggi, surreale scenario, dall'individuazione dell'esatta *natura giuridica* dei valori intermediati dall'operatore telefonico – prestatore di servizi di pagamento ed utilizzati, mediante cellulare, per il pagamento del corrispettivo per l'acquisto di un bene immobile, dipenderà l'esatta individuazione del *negozio giuridico idoneo al trasferimento immobiliare*. E' di tutt'evidenza, infatti, che l'impossibilità di ricondurre i valori in parola alla nozione di *moneta* (legale) esclude la possibilità che questo sia rappresentato dalla *compravendita*: ai sensi dell'art. 1470 c.c., è *vendita* il contratto avente ad oggetto il trasferimento di un bene verso il pagamento di un *prezzo*; quest'ultimo costituisce il corrispettivo *pecuniario* dell'obbligazione di trasferire il bene immobile, e dunque, è espresso in *denaro*. In tale contesto, allora, lo strumento contrattuale idoneo a realizzare il trasferimento potrebbe esser rappresentato, *soltanto*,²⁹² dalla *permuta* che a norma dell'art. 1552 c.c., “è il contratto che ha per oggetto il reciproco trasferimento della proprietà di cose, o di altri diritti, da un contraente all'altro”, ovvero, il negozio che realizza lo *scambio tra beni*.²⁹³

²⁹¹ Ed invero, non può sfuggire il fermento che sta caratterizzando il mondo degli strumenti di pagamento che va vieppiù arricchendosi di *valori* ai quali, ancorché non assimilabili al denaro (o comunque alla moneta in senso stretto), viene riconosciuta efficacia *solutoria*, determinando l'incessante “adeguamento” delle categorie generali. Tanto risulta, del resto, dalla recente costituzione della prima società di capitali italiana mediante conferimento di *bitcoin*, effettuato ai sensi e per gli effetti dell'art. 2465 c.c., che, come in precedenza osservato, denaro non sono. In data 24 marzo 2015, infatti, è stata costituita la società a responsabilità limitata denominata “ORACLIZE S.R.L.”, avente ad oggetto l'esercizio di attività informatiche e telematiche.

²⁹² In verità, nello scenario immaginato, potrebbe anche concludersi per la presenza di un negozio di *compravendita*, laddove si ricostruisse la natura giuridica dei valori intermediati dalla TELCO – prestatore di servizi di pagamento, in termini di *credito* verso quest'ultima. Così ragionando, infatti, si trasferirebbe un titoli di credito (*rectius*, il credito in essi incorporato), sicché non potrebbe dubitarsi della natura di vendita del sottostante negozio, attesa la loro natura di strumenti di pagamento equivalenti al *denaro* (Cass. civ. Sez. Un. n. 26617 del 18 dicembre 2007). Osta, peraltro, a tale ricostruzione la circostanza, quantomeno per il caso in cui il titolo di credito considerato sia rappresentato dall'assegno (circolare, ovvero bancario), che le TELCO (ed in generale gli IP), ad oggi, non risultano (*rectius*, non dovrebbero) in alcun modo assimilabili agli *Istituti bancari* (v. *supra*, par. 3.2.1).

²⁹³ Per una lucida distinzione tra *vendita* e *permuta* si veda RUBINO, *La compravendita*, Milano, 1952, 185 ss., secondo il quale “Dal punto di vista economico, la *compravendita* è uno dei principali mezzi attraverso i quali si attua lo scambio. Lo scambio può concernere beni o servizi: la *compravendita* si riferisce solo allo scambio di beni. Per questi ultimi, lo scambio può avvenire o fra beni direttamente, oppure attraverso la mediazione del denaro, cioè come scambio tra beni contro denaro: la prima ipotesi si traduce giuridicamente nella *permuta*, la seconda nella *compravendita*. Occorre tuttavia avvertire che non ogni scambio economico di beni contro denaro è giuridicamente una *compravendita*”. Si veda anche COTTINO, *Del riporto, della permuta*, in Commentario del Codice civile, a cura di SCIALOJA E BRANCA, Bologna-

Par. 6.3. L'incerta natura giuridica dei valori finanziari intermediati dall'operatore telefonico in regime di cd. *negative scope*: la spendibilità del credito telefonico alimentato con moneta *bancaria* ovvero *elettronica*.

L'individuazione dell'esatta *natura giuridica* dei valori finanziari impiegati nell'esecuzione dell'operazione di pagamento da parte delle TELCO, risulta ancor meno agevole allorché inerisca l'acquisto di *beni digitali* (cd. *negative scope*), ossia allorché l'operatore di telecomunicazione presti servizi di pagamento senza l'obbligo di essere (o diventare) Istituto di Pagamento o IMEL, ovvero, senza l'obbligo di ricorrere a soluzioni di partenariato con PSP autorizzati (Banche, Poste, Istituti di Pagamento, IMEL). In verità, non pare revocabile in dubbio che, in tal caso, si tratti di valori che rappresentano il *necessario corrispettivo* del traffico telefonico utilizzato dall'utente, ed erogato dall'operatore telefonico. Proprio tale ultima considerazione, peraltro, genera dubbi in ordine alla natura giuridica dei valori finanziari intermediati quale corrispettivo dell'acquisto di *beni diversi* dal traffico telefonico. Con particolare riferimento al contesto interno, infatti, le TELCO hanno ampliato la gamma di prodotti offerti all'utenza telefonica: loghi, suonerie, sfondi, internet ed, in tempi recenti, *biglietti dei mezzi di trasporto* delle principali città italiane, risultano acquistabili anche utilizzando quale corrispettivo dell'acquisto il credito telefonico, cd. *prepagato*, ovvero, cd. *postpagato*.²⁹⁴

Roma, 1966, 95; CAGNASSO, *La permuta*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, Torino, 2000, 797 e ss. In giurisprudenza: Cass. civ., 31 maggio 1952 n. 1579 e Cass. civ., 5 luglio 1969 n. 2490.

²⁹⁴ Quella *postpagata*, costituisce l'altra forma in uso per il pagamento del corrispettivo del traffico telefonico utilizzato dall'utente che, in virtù della stipula di un *contratto di abbonamento* con la TELCO, legittima l'*addebito diretto* delle somme corrispondenti sul proprio conto corrente (bancario o postale), anche per il tramite di uno strumento di pagamento collegato al conto (carta di credito). Il pagamento del corrispettivo del traffico telefonico erogato, dunque, avviene *ex post* rispetto al suo effettivo utilizzo, ciò che differenzia tale forma di pagamento dall'altra pure in uso, rappresentata dalla costituzione di una "provvista" da parte dell'utente, dunque, *ex ante*, mediante la procedura di "ricarica" della carta prepagata emessa dall'operatore telefonico di riferimento. Come evidente, l'espressione "*credito telefonico*" in realtà risulta riferibile soltanto a quest'ultima ipotesi: soltanto nel caso *de quo*, infatti, l'utente risulta titolare di un *credito* verso l'operatore telefonico avente ad oggetto il traffico telefonico e gli altri servizi erogati dall'operatore, ed il cui ammontare è commisurato al *quantum* di provvista costituito; nel caso di stipula di un contratto di abbonamento, per converso, titolare di un *credito pecuniario* verso l'utente è l'operatore telefonico, attesa l'anticipazione da parte di quest'ultimo della propria prestazione (l'erogazione del traffico telefonico).

In verità, in tempi recenti, notevolmente ampliata risulta la gamma delle forme per il pagamento del corrispettivo del traffico telefonico mobile. Si pensi all'operatore telefonico TIM che, oltre a riconoscere la possibilità (già da tempo) di utilizzare il servizio *SOS Ricarica* (che abilita i titolari di *smart card* ricaricabile ad utilizzare il traffico telefonico anche qualora la provvista risulti esaurita con l'obbligo, tuttavia, di restituirne l'importo alla prima ricarica effettuata e, dunque, *ex post*) e *Pay for me Voce* (che abilita l'utente

In realtà, *nulla quaestio* allorché, in presenza di una *smart card cd. non ricaricabile*, i pezzi monetari corrispondenti al credito telefonico, rappresentino il risultato del collegamento *volontariamente* instaurato tra il conto telefonico e quello bancario (o postale): in tal caso, infatti, non pare revocabile in dubbio la natura di *moneta, bancaria ovvero elettronica*, dei valori monetari intermediati.

Meno agevole risulta, invece, la soluzione del quesito allorché il credito telefonico, sprovvisto di un conto collegato al sistema bancario (o postale), risulti alimentato per il tramite del *sistema delle carte cd. ricaricabili o prepagate*.

Se, infatti, da un lato, l'iniziale versamento delle somme ad un Istituto bancario, a Poste S.p.a. o ad un IMEL, potrebbe indurre ad affermare la "sicura" presenza di *moneta bancaria ovvero elettronica* del credito telefonico in tal modo alimentato, inferendola dalla natura dei soggetti coinvolti nella procedura di ricarica della *smart card*,²⁹⁵ dall'altro, non pare revocabile in dubbio che le somme in parola, una volta "convertite" in *credito telefonico*, risultino gravate da un *vincolo di destinazione* (in quanto costituenti il naturale corrispettivo del traffico telefonico utilizzato), che non ne consente (*rectius*, non dovrebbe consentirne) la spendibilità generalizzata e, dunque, la riconducibilità alla nozione di moneta, né *bancaria, né elettronica*. Ed invero, come in precedenza osservato, nonostante l'ampliamento dei settori merceologici interessati dallo strumento di pagamento prepagato, la famiglia delle carte *cd. chiuse* (cui è riconducibile anche la carta telefonica *cd. prepagata o ricaricabile*) non appare riconducibile alla nozione di *moneta in senso stretto*, ancorché *elettronica*, in quanto caratterizzata da un fondamentale *limite di utilizzo*: si tratta, infatti, di carte non accettate come mezzo di pagamento generale, ma per il pagamento soltanto di taluni beni e/o servizi offerti dallo stesso emittente, sicché l'emissione e la gestione delle stesse non è considerabile, alla luce della disciplina vigente, come prestazione di un servizio finanziario di pagamento. Non pare superfluo ricordare, inoltre, che le

del servizio telefonico, prepagato o in abbonamento, ad addebitare il costo del traffico telefonico utilizzato ad altro utente, anche di altro operatore telefonico mobile, e finanche all'utente di una rete telefonica fissa), ha lanciato sul mercato taluni innovativi servizi: *Ti ricarico di TIM, Paghetta, TIM automatica e Tim Passpartout*.

²⁹⁵ Ed invero, in tempi recenti, alla procedura di alimentazione *diretta* del credito telefonico, s'è affiancata la procedura che prevede il coinvolgimento (*rectius*, intermediazione) di banche, Istituti di pagamento ed IMEL, con conseguente possibilità per gli utenti di ricaricare la propria *smartcard*, in buona sostanza, presso qualsiasi esercizio commerciale dotato di *Pos* abilitato. Peraltro, nonostante il rinnovato sistema di alimentazione del credito telefonico, la soluzione prospettata non pare comunque esente da critiche: così ragionando, infatti, nel caso di *carte cd. prepagate o ricaricabili*, l'individuazione dell'esatta natura giuridica dei valori finanziari impiegati per l'esecuzione dell'operazione di pagamento risulterebbe, in buona sostanza, rimessa ad una scelta di colui che effettua il versamento, ovvero, variabile al variare della tipologia della *moneta* utilizzata nella procedura di ricarica (contante, bancaria, ovvero, elettronica).

TELCO, non sono in alcun modo assimilabili ad un Istituto bancario, mentre potrebbero configurarsi come Prestatori di servizi di pagamento cd. *ibridi* (Istituti di Pagamento ovvero IMEL): finché, peraltro, non decideranno di cogliere le nuove opportunità offerte dal rinnovato quadro normativo del mercato dei servizi di pagamento, restano società svolgenti attività *esclusivamente* commerciale, come tali non legittimate ad emettere *moneta elettronica*, né a *prestare servizi di pagamento* diversi da quelli riconducibili al cd. *negative scope* della PSD.²⁹⁶

Peraltro, come in precedenza osservato,²⁹⁷ per un'impostazione, il problema *de quo* sarebbe solo *apparente*: la rilevanza, a fini definatori della nozione di moneta, del criterio della spendibilità (*generalizzata* o *limitata*), infatti, risulterebbe mitigata, in tempi recenti, proprio dalla diffusione di carte telefoniche cd. *multipurpose*, ossia, utilizzabili non solo per telefonare, ma anche per pagare beni o servizi, (talora) offerti da un soggetto diverso dall'emittente, sicché sarebbe comunque ravvisabile la presenza di *moneta elettronica, ancorché latamente intesa*.²⁹⁸

Sotto questo profilo, tuttavia, giova ricordare che la PSD (cd. *negative scope*) esige che si tratti di *beni digitali*: si giunge, così, al cuore del problema, ovvero, l'individuazione dell'esatto significato dell'espressione "bene digitale" oggetto, non a caso, di forte tensione interpretativa nei diversi Stati Membri, per la cui specifica disamina si rinvia al prosieguo della trattazione.

²⁹⁶ Di tale circostanza appaiono, del resto, consapevoli, le stesse TELCO. Significativa, in tale contesto, risulta la precisazione contenuta all'art. 3 (*oggetto sociale*) dello statuto della società capogruppo *Telecom Italia S.p.a.* (alla cui attività di direzione e coordinamento risulta assoggettata, tra gli altri, anche l'operatore mobile *TIM*) nella parte in cui, al punto 3.2., nel definire il perimetro dell'oggetto sociale, statuisce che "Sono espressamente escluse le attività riservate a soggetti iscritti in albi professionali, le attività di cui all'art. 106 del decreto legislativo n. 385/1993 nei confronti del pubblico." Ancor più perentoriamente, poi, l'art. 4 dello statuto (*oggetto sociale*) di *3Italia S.p.a.*, statuisce che "Sono tassativamente escluse dall'oggetto sociale le attività finanziarie nei confronti del pubblico".

²⁹⁷ V. *supra* Cap. I, par. 2.

²⁹⁸ D'altra parte, non può non osservarsi che la tendenza all'ampliamento del novero dei beni e/o servizi acquistabili con addebito diretto sul credito telefonico va realizzandosi secondo schemi difficilmente riconducibili a quello della moneta elettronica in senso stretto. Basti pensare che nell'ambito del servizio di cd. *Mobile ticketing* (che permette, tramite la composizione automatica di un *sms*, di acquistare titoli "digitali") taluni operatori di telecomunicazione (ad esempio, *3Italia*) prevedono che "una volta effettuato l'acquisto, non è esercitabile alcun diritto di ripensamento, ciò che stride, evidentemente, con la (necessaria) rimborsabilità, in ogni tempo ed al valore nominale, della moneta elettronica.

Par. 6.3.1. Segue. La spendibilità del credito telefonico alimentato mediante versamento diretto e la labile nozione di bene digitale.

Ancora meno agevole, poi, risulta l'individuazione dell'esatta *natura giuridica* dei valori finanziari gestiti dall'operatore telefonico, allorché il credito telefonico risulti alimentato per il tramite del sistema delle *carte cd. prepagate o ricaricabili cartacee* (o con supporto plastico), ossia mediante *versamento diretto* delle somme alla TELCO di riferimento.²⁹⁹ Ed invero, in tal caso, certa l'impossibilità di reputare i valori *de quo* quale moneta *bancaria*, altrettanto certa appare l'impossibilità di ricondurre il credito telefonico così alimentato alla nozione di moneta *elettronica*.

Per la verità, molteplici appaiono i "punti di contatto" tra i valori finanziari in parola e la nozione di moneta elettronica.³⁰⁰ Innanzitutto, pure *creditoria* risulta la posizione del titolare della carta prepagata; diverso, tuttavia, è l'*oggetto* del diritto di credito: nell'un caso si tratta di credito *pecuniario* corrispondente, nel suo ammontare, ai fondi preventivamente ricevuti dall'emittente (debitore), nell'altro di credito avente ad oggetto *l'erogazione di traffico telefonico* da parte della TELCO nell'ambito di un contratto ad esecuzione continuata, qual è il contratto di fornitura del servizio telefonico. Come la moneta elettronica, poi, anche i valori immagazzinati nella sim prepagata o ricaricabile risultano *rimborsabili* e ad un valore non inferiore a quello nominale caricato sulla sim. Peraltro, mentre la moneta elettronica risulta rimborsabile *in ogni momento ed a semplice richiesta*,³⁰¹ la rimborsabilità del credito telefonico

²⁹⁹ Ed invero, risulta ancora possibile il versamento, *diretto*, allo stesso operatore telefonico emittente della carta, delle somme destinate ad alimentare il credito telefonico che, anzi, costituisce il sistema tuttora più diffuso di alimentazione del credito telefonico. Ciò, in particolare, risulta possibile acquistando vere e proprie *ricariche cartacee* (o con supporto plastico), disponibili presso svariati esercizi commerciali: la comunicazione del suo numero di serie all'operatore telefonico di riferimento, mediante la sua digitazione a mezzo telefono, determina l'immediato accredito delle somme, *sub specie credito telefonico*.

³⁰⁰ S'è già dato conto (Cap I, par. 2) della possibilità di considerare, nel contesto di un'opzione normativa per una nozione "tecnologicamente neutra" di moneta elettronica, la *cd. smart card* (di cui esempio tipico sono proprio le carte ricaricabili per cellulari) un "valore memorizzato elettronicamente ovvero magneticamente", considerata la presenza di un "*chip*" con memoria ove vengono immagazzinati i dati del titolare della carta e la somma disponibile.

³⁰¹ Art. 114-*ter* TUB: "L'emittente di moneta elettronica rimborsa, *su richiesta del detentore*, la moneta elettronica *in ogni momento e al valore nominale*, secondo le modalità e le condizioni indicate nel contratto di emissione in conformità dell'articolo 126 -*novies*. Il diritto al rimborso si estingue per prescrizione nei termini ordinari di cui all'articolo 2946 del codice civile.

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

risulta possibile soltanto nel caso in cui il titolare della carta *receda ovvero aderisca alle offerte di un operatore concorrente*, dunque soltanto nel caso, eventuale, di *scioglimento del rapporto contrattuale*.³⁰²

finalità diverse dall'utilizzo di moneta elettronica, senza che sia predeterminata la quota utilizzabile come moneta elettronica.

I soggetti, diversi da un consumatore, che accettino in pagamento moneta elettronica possono regolare in via contrattuale con l'emittente di moneta elettronica il diritto al rimborso loro spettante nei suoi confronti, anche in deroga al comma 2".

³⁰² In tempi recenti, invero, quantomeno ridimensionati appaiono gli ostacoli frapposti alla *rimborsabilità* ed alla *circolazione* del credito (*rectius*, valore monetario) in parola. Sotto il profilo della *scadenza* della carta, invero, con il d.l. 31 gennaio 2007 n. 7 recante "*Misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese*", all'art. 1, co. 1, i settori della telefonia, delle trasmissioni televisive e delle altre comunicazioni elettroniche, sono stati equiparati introducendo un generale divieto di previsione di termini temporali massimi per l'utilizzo di servizi acquistati con carte prepagate, sancendo la nullità di pieno diritto delle eventuali clausole adottate in difformità. Con la successiva legge di conversione 2 aprile 2007 n. 40, all'art. 1, co. 1, il legislatore ha stabilito che "[...] *è altresì vietata la previsione di termini temporali massimi di utilizzo del traffico o del servizio acquistato. Ogni eventuale clausola difforme è nulla e non comporta la nullità del contratto, fatti salvi i vincoli di durata di eventuali offerte promozionali comportanti prezzi più favorevoli per il consumatore*". Tale ultima disposizione si applica sia alle carte prepagate che riportano una scadenza fissa (indicata con una data predefinita ovvero calcolabile come numero di giorni decorrenti dall'attivazione del servizio), sia per le carte la cui validità si rinnova automaticamente ad ogni ricarica effettuata. In relazione alla *rimborsabilità* dell'eventuale *credito residuo*, poi, il co. 1 dell'art. 1 della legge in parola, letto in combinato disposto con il co. 3 del medesimo articolo, statuisce che "i contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore e non possono imporre un obbligo di preavviso superiore a trenta giorni". Tale ultima disposizione, successivamente, è stata interpretata in via regolamentare da parte dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM), che con delibera 416/07/CONS, ne ha derivato *l'obbligo di restituzione del credito residuo*. Secondo l'Autorità, infatti, tale obbligatorietà, per le società emittenti, deriverebbe da un'applicazione dei principi civilistici della sinallagmaticità e della causalità delle attribuzioni patrimoniali, per cui a fronte dell'estinzione anticipata di un rapporto, le prestazioni a suo tempo anticipate a cui non abbia ancora fatto seguito la controprestazione devono essere restituite. Diversamente se gli operatori incamerassero il credito rimasto inutilizzato al momento del recesso/trasferimento dell'utenza si configurerebbe un *arricchimento senza causa* dal momento che essi introiterebbero il corrispettivo per una prestazione non resa. Sotto il profilo della *circolazione*, invece, con successiva delibera 353/08/CONS, l'AGCOM ha fissato le modalità attuative degli obblighi di cui alla legge n. 40/2007 per il completamento delle attività tecniche e gestionali necessarie alla realizzazione della *portabilità del credito residuo interoperatori in caso di trasferimento delle utenze*. Tali principi, sono stati successivamente ribaditi anche dalla giurisprudenza amministrativa, segnatamente prima da Consiglio di Stato n. 2839 del 7 maggio 2009 e poi da Consiglio di Stato, Sezione III, del 5 aprile 2011, n. 2122: "*L'obbligo di restituzione del credito residuo da parte delle compagnie telefoniche deve ritenersi un'implicita modalità attuativa di quanto disposto dai commi 1 e 3 dell'art. 1 del D.L. n. 7 del 2007, convertito nella L. n. 40 del 2007. Ed infatti, dal primo comma dell'art. 1, nella parte in cui prevede che nei contratti di telefonia, di reti televisive e di comunicazioni elettroniche è vietata la previsione di limiti temporali massimi di utilizzo del traffico telefonico o del servizio acquistato, si desume il principio della conservazione del credito acquistato dall'utente il quale può, quindi, sempre disporre, sia che receda sia che aderisca alle offerte di un operatore concorrente, con la conseguenza che il diritto degli utenti alla sopravvivenza del credito residuo è riconosciuto anche nell'eventuale scioglimento del rapporto contrattuale. La norma di cui al successivo comma 3 dell'art. 1 poi, nel sancire la facoltà di recesso e di trasferimento delle utenze in assenza di vincoli temporali o ritardi non giustificati, nonché senza spese non giustificate da costi dell'operatore, ulteriormente conferma la sopravvivenza del credito residuo rispetto allo scioglimento del rapporto contrattuale con il*

Tuttavia, in disparte le considerazioni sopra svolte in ordine alla rilevanza o non a fini definitori del criterio della *spendibilità generalizzata*,³⁰³ costituisce un insormontabile ostacolo alla predetta configurazione, il disposto di cui all'art. 1 TUB co. 1, lett. *h-ter*), a norma del quale “*Non costituisce moneta elettronica il valore monetario utilizzato per le operazioni di pagamento previste dall'articolo 2, comma 2, lettera n), del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, ossia, per le “operazioni di pagamento eseguite tramite qualsiasi dispositivo di telecomunicazione, digitale o informatico, quando i beni o servizi acquistati sono consegnati al dispositivo di telecomunicazione, digitale o informatico, o devono essere utilizzati tramite tale dispositivo, a condizione che l'operatore di telecomunicazione, digitale o informatico, non agisca esclusivamente quale intermediario tra l'utilizzatore di servizi di pagamento e il fornitore dei beni e servizi”*”. Né, d'altronde, sarebbe possibile inferire la natura di moneta *elettronica* dei valori finanziari in parola, dalla natura dei soggetti coinvolti nella procedura di *ricarica*: come in precedenza osservato, infatti, finché le TELCO non decideranno di cogliere le nuove opportunità offerte dal rinnovato quadro normativo del mercato dei servizi di pagamento, segnatamente configurandosi come IMEL (quantomeno cd. *ibrido*), restano società svolgenti attività *esclusivamente commerciale*, come tali non legittimate ad emettere *moneta elettronica*.

Nonostante l'incertezza giuridica in ordine all'esatta natura giuridica dei valori finanziari in parola, in tempi recenti, s'è assistito ad un *ampliamento* (da parte dei principali operatori di telecomunicazione) della gamma dei beni e/o servizi *digitali*, ossia acquistabili dall'utenza telefonica mediante *addebito diretto* del relativo costo sul credito telefonico: non più soltanto, loghi, suonerie, sfondi, internet, ma anche ad es.,

singolo operatore e determina il diritto alla sua restituzione per l'utente che recede, oltre che alla sua portabilità nel caso di trasferimento dell'utenza. Di talché, sebbene l'obbligo di restituzione non sia espressamente previsto dal citato art. 1, esso discende comunque direttamente dal divieto legislativamente imposto agli operatori, dal comma 1 dell'art. 1, di prefissare unilateralmente limiti temporali massimi all'utilizzo del traffico telefonico o del servizio acquistato, atteso che la ratio dalla succitata norma sarebbe frustrata se, al suddetto obbligo, non si accompagnasse quello di restituire all'utente o di trasferire al nuovo operatore il credito residuo. Del resto, la sopravvivenza del diritto dell'operatore a conservare gli importi residui verrebbe anche ad ostacolare la realizzazione di una concorrenza effettiva sul mercato di riferimento, creando degli ostacoli alle scelte degli utenti che, laddove sapessero di non poter recuperare la parte di traffico non consumato, difficilmente abbandonerebbero l'operatore con cui hanno stipulato il contratto di ricarica per passare ad altro operatore che propone sul mercato offerte più convenienti”. Per un approfondimento in ordine al percorso logico seguito dal Consiglio di Stato, si veda CANGIANO, *Il trattamento del credito residuo nei contratti di comunicazione elettronica tra problematiche risolte e questioni ancora aperte*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione elettronica*, I, 2010, p. 85 ss.; CARBONE – VICARIO, *Riconoscimento del credito residuo agli utenti del servizio di telefonia mobile*, nota Cons. St. sez. III, 05/04/2011, n. 2122, in *Giornale di diritto amministrativo*, VII, 2011, 762 ss.

³⁰³ Si veda quanto osservato *sub* Cap. I, par. 2, nota 65.

biglietti dei mezzi di trasporto delle principali città italiane.³⁰⁴ In altre parole, la nozione *de qua* s'è dilatata nel corso del tempo fino ricomprendere beni che di "digitale" hanno ben poco: beni *prima facie essenzialmente digitali*, ma suscettibili di acquistare una connotazione *fisica*. Anche a voler considerare il biglietto dei mezzi di trasporto quale bene "*nativamente digitale*", invero, non può fuggire la sua idoneità a "trasformarsi" in *bene fisico*: in qualsiasi momento, infatti, sarebbe comunque possibile la *stampa* del documento digitale, la cui fruizione, dunque, si trasferirebbe dal mondo *digitale* a quello *reale*.³⁰⁵

Probabilmente questa ed altre considerazioni³⁰⁶ sono alla base della previsione di cui all'art. 2, punto 2.2.9. del Provvedimento Banca d'Italia 5 luglio 2011, recante disposizioni di "*Attuazione del Titolo II del Decreto legislativo n. 11 del 27 gennaio 2010 relativo ai servizi di pagamento (Diritti ed obblighi delle parti)*",³⁰⁷ che dopo aver

³⁰⁴ Il riferimento è al servizio di cd. *Mobile ticketing*. A partire dal 2014, infatti, le principali TELCO hanno dato vita ad un'applicazione (*Tim mobility, 3mobility, Smartmobility*) che permette, tramite la composizione automatica di un *sms*, di acquistare titoli "digitali" di trasporto. L'applicazione si basa sull'addebito del costo del titolo digitale e di quello dell'*sms* di richiesta, sul credito telefonico per i clienti titolari di carta prepagata, mentre sul conto telefonico per i clienti in abbonamento.

³⁰⁵ Non pare arduo sostenere, del resto, che in alcune ipotesi "patologiche" (si pensi a difetti di funzionamento dello *smartphone* ovvero del lettore digitale nel caso in cui il servizio sia utilizzato in modalità NFC, o ancora della rete telefonica che determini il ritardo nell'invio dell'*sms*, etc.), la procedura di conversione del bene da digitale a fisico (*rectius*, la stampa) risulterebbe, in buona sostanza, l'*unica* strada percorribile per la fruizione del bene, il cui costo risulta peraltro già addebitato sul credito telefonico dell'utente. Del resto, a titolo meramente esemplificativo, tanto si legge sul portale *TIM* alla pagina dedicata al servizio *TimMobility*: "*Non è richiesta alcuna registrazione, né obliterazione. Fanno fede, per il calcolo della validità del biglietto, la data e l'ora indicate sul biglietto ricevuto via SMS*".

Mutis mutandis, le stesse considerazioni potrebbero esser svolte per *altre tipologie* di beni "digitali": si pensi, ad un *quotidiano* o ad un *libro* "digitali".

³⁰⁶ Prima fra tutte, probabilmente, la necessità che l'attività di intermediazione nel "mondo reale", *rectius* l'attività di prestazione di servizi di pagamento per l'acquisto di *beni fisici*, sia svolta da soggetti all'uopo autorizzati e vigilati (banche, IP ed IMEL), al fine di garantire la sicurezza del pagamento e, quindi, la credibilità e la fiducia che deve circondare il sistema dei pagamenti.

³⁰⁷ Art. 2, punto 2.2.9. del Provvedimento Banca d'Italia 5 luglio 2011, recante disposizioni di "*Attuazione del Titolo II del Decreto legislativo n. 11 del 27 gennaio 2010 relativo ai servizi di pagamento (Diritti ed obblighi delle parti)*": "I servizi di pagamento gestiti dagli operatori di telecomunicazione, digitali o informatici sono esclusi dall'ambito di applicazione del Decreto al ricorrere di tutte le condizioni di cui all'art. 2, co. 2, lett. n), del Decreto. In particolare, è necessario che: a) le operazioni di pagamento siano riferibili all'acquisto di beni o servizi digitali; b) l'operatore di telecomunicazione, digitale o informatico non agisca quale mero intermediario del pagamento tra l'utilizzatore e il fornitore di beni e servizi ma apporti a questi ultimi un valore aggiunto (es. funzioni di accesso, ricerca o distribuzione) in assenza del quale non sarebbe possibile usufruire del bene con le medesime modalità; c) la consegna o l'utilizzo dei beni e servizi in questione siano effettuati tramite il dispositivo di telecomunicazione, digitale o informatico gestito dall'operatore (Un esempio di esenzione è rappresentato dai pagamenti effettuati all'operatore della rete di telecomunicazioni per l'acquisto di contenuti multimediali che possono essere scaricati sul telefono cellulare o su altro dispositivo dell'acquirente, come ad es. *smartphone, decoder, tablet, PC*, nell'ambito dei servizi di trasmissione dati offerti dall'operatore medesimo).

Con riferimento al requisito di cui alla lett. a), il bene o il servizio è qualificabile come *digitale* se esso non è in alcun modo utilizzabile per l'ottenimento di beni o servizi nel mondo fisico: a titolo esemplificativo, non

elencato le condizioni cui è subordinata la *spendibilità* del credito telefonico, e segnatamente, alla lett. a), la riferibilità dell'operazione di pagamento all'acquisto di beni o servizi *digitali*, specifica che “il bene o il servizio è qualificabile come digitale se esso *non è in alcun modo utilizzabile per l'ottenimento di beni o servizi nel mondo fisico: a titolo esemplificativo, non rientra nella fattispecie in esame un titolo di legittimazione elettronico abilitativo all'ottenimento di diversi beni o servizi (es. di trasporto).*”³⁰⁸

In definitiva, irrisolto appare il problema dell'esatta natura giuridica dei valori finanziari impiegati nelle operazioni di pagamento *intermediate*³⁰⁹ dalle TELCO, certamente, allorché si tratti di credito alimentato per il tramite del *versamento diretto* delle corrispondenti somme. In tal caso, invero, i valori in parola, né moneta elettronica, né moneta bancaria ovvero scritturale, né infine E.F.T.,³¹⁰ paiono collocarsi in una sorta di “*limbo monetario*”, presentando punti di contatto ed al contempo di divergenza con tutte le fattispecie testé richiamate. Considerato, peraltro, l'ampliamento, vieppiù crescente, della gamma di beni e servizi per il loro tramite

rientra nella fattispecie in esame un titolo di legittimazione elettronico abilitativo all'ottenimento di diversi beni o servizi (es. di trasporto).

Con riferimento al requisito di cui alla lett. b), il *valore aggiunto* apportato dall'operatore di telecomunicazione, digitale o informatico deve assumere un ruolo essenziale, tale che senza di esso non sarebbe stato possibile fruire del bene o del servizio ovvero lo sarebbe stato con modalità affatto diverse (es. fornitura di codici di accesso con memorizzazione dell'autorizzazione accordata per i successivi utilizzi) Con riferimento al requisito di cui alla lett. c), l'esenzione opera se la fruizione o la consegna del bene o servizio digitale avviene su un dispositivo oppure tramite un servizio di trasmissione dati riconducibile allo stesso operatore; tale condizione non esclude tuttavia la possibilità che il contenuto digitale, successivamente alla consegna (es. in caso di download), venga fruito su altri dispositivi”.

³⁰⁸ Invero, un indice della *natura digitale* del bene *de quo* potrebbe inferirsi dalle altre condizioni prescritte dalla suddetta previsione perché si verta nel cd. *negative scope*. Da un lato, questa esige, alla lett. b), che l'operatore *non agisca* come *mero intermediario* del pagamento tra l'utilizzatore e il fornitore di beni e servizi, ma apporti a questi ultimi un *valore aggiunto* (es. funzioni di accesso, ricerca o distribuzione), *in assenza del quale non sarebbe possibile usufruire del bene con le medesime modalità*, specificando, in particolare, che il *valore aggiunto* apportato dall'operatore deve assumere un *ruolo essenziale* (es. fornitura di codici di accesso con memorizzazione dell'autorizzazione accordata per i successivi utilizzi), dall'altro, alla lett. c), che la *consegna o l'utilizzo* dei beni e servizi in questione *siano effettuati tramite il dispositivo* (di telecomunicazione, digitale o informatico) *gestito dall'operatore*, specificando che tale condizione non esclude la possibilità che il contenuto digitale, successivamente alla consegna (es. in caso di *download*), venga fruito su altri dispositivi. Non può sfuggire, tuttavia, che la norma in parola esordisce statuendo che “I servizi di pagamento gestiti dagli operatori di telecomunicazione, digitali o informatici sono esclusi dall'ambito di applicazione del Decreto al ricorrere di *tutte* le condizioni di cui all'art. 2, co. 2, lett. n), del Decreto legislativo n. 11 del 27 gennaio 2010”.

³⁰⁹ Non pare arduo sostenere, infatti, che di fatto le TELCO stiano svolgendo attività d'intermediazione applicando una commissione, ancorché *mascherata*, al servizio (finanziario) prestato. Ed invero, il prezzo dell'acquisto del biglietto di trasporto comprende il costo del biglietto così come stabilito dalle municipalizzate, *più* il costo del servizio, ossia, il costo dell'SMS inviato dal proprio telefono cellulare al momento dell'acquisto (variabile al variare dell'operatore di riferimento).

³¹⁰ Per le considerazioni svolte *supra*: Cap. I, par. 2, nota 65.

acquistabili utilizzando,³¹¹ non pare arduo sostenere che questi ultimi vanno acquisendo i crismi di un'*ulteriore species monetaria*, cd. *telefonica*.³¹²

Non può sfuggire, tuttavia, che ciò va realizzandosi, *di fatto*, ossia, in assenza di un quadro normativo di riferimento che, chiarendo la *natura giuridica* del *credito telefonico*, ne definisca con certezza il perimetro di spendibilità, ed, ancor più grave, in parziale violazione della normativa, comunitaria ed interna, attualmente in vigore. Il *trend* normativo nazionale è, infatti, nel senso di determinare il *graduale allargamento* delle maglie di spendibilità del credito telefonico, in nome della più che avvertita necessità di modernizzare il Paese. Significativo sotto questo profilo, risulta il tenore dell'art. 8 co. 3 del d.l. 18 ottobre 2012 n. 179 (cd. *decreto crescita*), convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012 n. 221, a norma del quale “*tenuto conto del carattere di pubblica utilità del servizio ed al fine di assicurarne la massima diffusione*, le aziende di trasporto di cui al co. 1 e le amministrazioni interessate, anche in deroga alle normative di settore, *consentono l'utilizzo della bigliettazione elettronica attraverso strumenti di pagamento in mobilità, anche attraverso l'addebito diretto su credito telefonico* e nel rispetto del limite di spesa per ciascun biglietto acquistato, previsto dalle vigenti disposizioni, tramite qualsiasi dispositivo di telecomunicazione. Il titolo digitale del biglietto é consegnato sul dispositivo di comunicazione”.

³¹¹ Come in precedenza osservato, infatti, la piattaforma di pagamento realizzata dai principali operatori interni di telecomunicazione, denominata *MobilePay*, permette oggi di acquistare svariati contenuti singoli e servizi in abbonamento. Tra gli interessati ad utilizzare questa soluzione nel mercato italiano figurano aziende di primario rilievo dell'editoria (come *Gruppo Caltagirone Editore*, *Class Editori*, *Guida Monaci*, *Espresso*, *Il Sole 24 Ore*, *La Stampa*, *Microsoft Italia*, *Mondadori*) e dell'*entertainment*). Ma si pensi anche *DropTicket*, la piattaforma di pagamento con *credito telefonico* per i servizi di pubblica utilità, che consente l'acquisto, mediante il sistema del mobile ticketing, non soltanto dei biglietti di trasporto, ma anche dei *parcheggi*, delle *zone a traffico limitato* e del *bike e car sharing*, in numerose città italiane.

³¹² In siffatto scenario, desta più d'una perplessità il lancio, in tempi recenti, di taluni servizi “innovativi”, volti ad aumentare le “*chances* di circolazione” dei valori in parola. Il riferimento è, a titolo meramente esemplificativo, a “*Ti Ricarico di TIM*” e “*Paghetta*”, due servizi per *clienti prepagati* che permettono di trasferire una parte del proprio *credito residuo* ad un altro numero prepagato dello stesso operatore secondo due modalità: nel primo caso, si trasferisce una parte del proprio credito residuo ad un altro numero prepagato TIM, all'uopo risultando sufficiente scegliere l'importo che si vuol trasferire e compilare il campo del numero telefonico beneficiario del trasferimento; nel secondo caso, risulta possibile impostare un *trasferimento automatico* di parte del proprio credito residuo ad intervalli di 7, 15 o 30 giorni ed il trasferimento del credito avviene il giorno successivo a quello pianificato in base alla frequenza scelta. Sullo sfondo, una serie di (consuete) cautele di ordine squisitamente quantitativo: è fissato un importo massimo di 80€ mensili (dal 3 Luglio 2016 l'importo massimo mensile trasferibile diventa 30€), indipendenti dal numero di operazioni, sia per chi effettua un trasferimento di credito residuo sia per chi lo riceve, è possibile creare ed avere attivi contemporaneamente fino a 2 servizi *Paghetta*; non è possibile ricevere il servizio *Paghetta* da più di 1 un numero contemporaneamente; per poter usufruire dei servizi di entrambi i servizi in parola, occorre avere un credito residuo superiore al valore del taglio da trasferire incrementato di 2€ per il servizio “*Ti Ricarico di TIM*” e di 1,50€ per il servizio “*Paghetta*”.

Si tratta di una tendenza produttiva di conseguenze, allo stato, relativamente significative,³¹³ che, tuttavia, appare suscettibile di produrre conseguenze ancor più rilevanti, ove si consideri che in un futuro, solo apparentemente lontano, il *credito telefonico* potrebbe esser utilizzato anche quale corrispettivo per l'acquisto di *beni immobili*.³¹⁴

³¹³ Relativamente significativo, infatti, risulta allo stato l'importo suscettibile di esser intermediato dalle TELCO, considerato che in virtù dell'art. 15 comma 6 del D.M. n. 145 del 2 marzo 2006, "*Regolamento recante la disciplina dei servizi a sovrapprezzo*", il limite per ogni singolo acquisto di contenuti digitali è fissato in *12,50 euro*, IVA esclusa. Per limitare la possibilità di frodi, inoltre, il medesimo articolo, al co. 7 reca anche la previsione di una soglia mensile (indicativamente tra *150 e 200 euro*).

³¹⁴ I timori sopra paventati e le considerazioni ivi svolte (v. *supra*, par. 6.2.1), infatti, possono riproporsi, *mutatis mutandis*, e con ancor maggior vigore, in questa sede.

Par. 6.4. Segue. L'ambito soggettivo della PSD ed il ruolo degli operatori di telecomunicazione: Istituti di pagamento, IMEL o *tertium genus*?

Come in precedenza osservato, innegabile, in tempi recenti, risulta il *favor*, del legislatore europeo e di riflesso di quello interno, verso l'ingresso nel mercato dei servizi di pagamento anche di *soggetti diversi* da quelli tradizionalmente appartenenti al mondo *financial*, ovvero, di società che svolgono anche *attività commerciali*: tali soggetti possono oggi decidere di configurarsi come IP o IMEL cd. *ibridi* e, dunque, di prestare servizi di pagamento, non necessitando, all'uopo, di un istituto bancario intermediario, ma nel rispetto delle condizioni prescritte affinché le due attività coesistano. Si tratta di una nuova opportunità, offerta dal rinnovato quadro normativo del mercato dei servizi di pagamento e colta, sin da subito, soprattutto dalle TELCO di numerosi Paesi UE. Con particolare riferimento al contesto interno, peraltro, non può certo dirsi che ciò sia avvenuto nel *pieno* rispetto delle prescrizioni comunitarie ed interne.

Giova sin da subito evidenziare, infatti, che, ad oggi, *nessuna* TELCO risulta *registrata* all'*Albo* degli Istituti di Pagamento *ex art. 114-septies* TUB, né a quello degli IMEL *ex art. 114-quater* TUB, entrambi tenuti dalla Banca d'Italia.³¹⁵ Tale circostanza se, per un verso, assume *scarso rilievo* ove riguardata in riferimento al mercato dei pagamenti concernenti l'acquisto di *beni fisici*,³¹⁶ rappresentando, in buona sostanza, una scelta *discrezionale* di politica aziendale, per altro verso, solleva non pochi dubbi in ordine alla *legittimità* del *modus operandi* delle TELCO, ove riguardata in riferimento al mercato dei pagamenti concernenti l'acquisto di *beni diversi da quelli fisici*. Il riferimento è, ancora una volta, al mercato dei pagamenti per l'acquisto di "beni digitali" in relazione al quale, come in precedenza osservato, *fattivo* risulta il contributo degli operatori di telecomunicazione nazionali al processo di attuazione di un "mercato integrato dei pagamenti mediante carte, internet e telefono mobile". Considerato l'ampliamento, viepiù crescente, dei servizi di pagamento

³¹⁵ Né, del resto, risulta la registrazione delle piattaforme di pagamento che prevedono l'utilizzo di credito telefonico, quali *Mobile Pay* e *DropTicket*.

³¹⁶ Nel mercato dei pagamenti per l'acquisto dei beni in parola, piuttosto che configurarsi come Istituti di pagamento o IMEL, infatti, le TELCO hanno preferito associarsi a banche o ad altri operatori del mondo finanziari, attraverso i quali l'utente gestisce un conto individuale che può essere alimentato con sistemi di pagamento "tradizionali" (quali bonifici o carta di credito), sicché, l'attività d'intermediazione nel pagamento risulta svolta da soggetti all'uopo legittimati.

prestati in regime di cd. *negative scope*, infatti, non pare revocabile in dubbio che le TELCO stiano riuscendo nell'opera di assumere il ruolo di *indiscusse* ed *assolute* protagoniste in tale settore del mercato dei pagamenti.

Sotto questo profilo, peraltro, giova ricordare che la normativa comunitaria ed interna (primaria e secondaria) annovera tra le condizioni imprescindibili perché l'operatore possa prestare servizi di pagamento in regime di cd. *negative scope*, la circostanza che lo stesso “*non agisca quale mero intermediario del pagamento tra l'utilizzatore ed il fornitore di beni e servizi, ma apporti a questi ultimi un valore aggiunto* (es. funzioni di accesso, ricerca o distribuzione), in assenza del quale non sarebbe possibile usufruire del bene con le medesime modalità”. Orbene, in disparte ogni considerazione in ordine alla (quantomeno) incerta natura “digitale” di talune categorie di beni,³¹⁷ non pare ardito sostenere che la formula “valore aggiunto” risulti tanto generale (o comunque, tanto mal congegnata), da riconoscere la possibilità alle TELCO di operare, *di fatto*, come (meri) *intermediari*, nel mercato dei pagamenti in parola.

A titolo meramente esemplificativo, e con particolare riferimento al servizio di cd. *Mobile ticketing*, non pare revocabile in dubbio, infatti, che il *bene* (biglietto di trasporto) rimane tale, sia esso *digitale* ovvero *fisico*, in quanto in entrambi casi null'altro rappresenta che un *titolo* (digitale o cartaceo) legittimante il possessore ad usufruire del relativo servizio (di trasporto): ciò che cambia è *soltanto* la *modalità* di accesso e fruizione dello stesso. Secondo la scienza economica, invero, il *valore aggiunto* si sostanzia nel *plusvalore*, ossia la misura dell'*incremento di valore* che si verifica nell'ambito della produzione e distribuzione di beni e servizi *finali*, grazie all'intervento dei fattori produttivi (capitale e lavoro) a partire da beni e risorse primarie *iniziali*. In definitiva, esso costituisce la misura dell'*incremento* del valore risultante dall'attività economica, ossia dal processo di *trasformazione* delle materie prime iniziali in prodotto finale.³¹⁸ In tale contesto, quantomeno incerta appare, dunque, la possibilità d'inferire la sussistenza di un “valore aggiunto” nel processo di trasformazione del bene (biglietto di trasporto) da *fisico* a *digitale*, attesa, per un verso, l'inesistenza di un incremento di valore conseguente alla sua

³¹⁷ Sul punto si rinvia alle considerazioni svolte *supra*: par. 6.3.1.

³¹⁸ In tal senso, *ex multis*, S. FISCHER, R. DORNBUSCH, R. SCHMALENSEE, *Economia*, 1992.

digitalizzazione,³¹⁹ per altro, la (sempre) possibile facoltà per il titolare di porre in essere l'operazione inversa, ossia, di *riconvertire* il bene da digitale a fisico.³²⁰

In verità, la presenza di un “valore aggiunto” parrebbe confermata dalla circostanza che le TELCO prevedono un *costo* per il servizio reso: il prezzo dell'acquisto del biglietto di trasporto comprende non soltanto il costo del biglietto così come stabilito dalle municipalizzate, ma anche il costo del servizio (“aggiuntivo”), ossia il costo dell'SMS inviato dal proprio telefono cellulare al momento dell'acquisto (variabile al variare dell'operatore di riferimento). Peraltro, in un contesto in cui *scarsamente decifrabile* risulta il “valore aggiunto” apportato dall'operatore di telecomunicazione, sorge spontaneo il dubbio che il costo *de quo*, anziché costituire il corrispettivo di un servizio che realizzi un valore aggiunto per il bene, rappresenti in realtà, una *commissione*, ancorché *mascherata*, applicata al servizio *finanziario* prestato (ovvero, al pagamento intermediato), sostanziando in tal modo un ulteriore indizio della natura, *di fatto*, di *meri intermediari finanziari* delle TELCO nazionali.

D'altra parte, oltre ad esser confermato dalla normativa interna (primaria e secondaria),³²¹ che gli operatori di telecomunicazione non rappresentano un *intermediario finanziario* costituisce circostanza di cui appaiono “consapevoli” anche le stesse TELCO. In tal senso, significativo risulta il tenore delle previsioni statutarie di taluni operatori di telecomunicazione nella parte in cui, nel definire il perimetro dell'*oggetto sociale*, precisano che “*Sono espressamente escluse le attività riservate a soggetti iscritti in albi professionali, le attività di cui all'art. 106 del decreto legislativo n. 385/1993 nei confronti del pubblico*”,³²² ovvero, ancor più

³¹⁹ Né pare possibile inferire un tale incremento dalle attività, peraltro indicate a titolo meramente esemplificativo dalla normativa in parola, suscettibili d'integrare un “valore aggiunto”: “*funzioni di accesso, ricerca o distribuzione*”.

³²⁰ S'è già avuto modo di dimostrare, infatti, che in alcune ipotesi “patologiche” (si pensi a difetti di funzionamento dello *smartphone* ovvero del lettore digitale nel caso in cui il servizio sia utilizzato in modalità NFC o QR code, o ancora della rete telefonica che determini il ritardo nell'invio dell'sms, etc.), la procedura di *conversione* del bene da digitale a fisico (*rectius* la stampa) risulterebbe, in buona sostanza, l'*unica* strada percorribile per la fruizione del bene, il cui costo risulta peraltro già addebitato sul credito telefonico dell'utente. Del resto, a titolo meramente esemplificativo tanto si legge sul portale *TIM* alla pagina dedicata al servizio *TimMobility*: “*Non è richiesta alcuna registrazione, né obliterazione. Fanno fede, per il calcolo della validità del biglietto, la data e l'ora indicate sul biglietto ricevuto via SMS*”.

³²¹ Finché, infatti, non decideranno di cogliere le nuove opportunità offerte dal rinnovato quadro normativo del mercato dei servizi di pagamento, restano società svolgenti attività *esclusivamente commerciale*, come tali non legittimate ad emettere *moneta elettronica*, né a *prestare servizi di pagamento* diversi da quelli riconducibili al cd. *negative scope* della PSD.

³²² Si tratta dell'art. 3 (*oggetto sociale*) punto 3.2. dello statuto della società capogruppo *Telecom Italia S.p.a.* (alla cui attività di direzione e coordinamento risulta assoggettata, tra gli altri, anche l'operatore mobile *TIM*).

perentoriamente, che “Sono tassativamente escluse dall’oggetto sociale le attività finanziarie nei confronti del pubblico”.³²³

Conclusivamente, irrisolto appare il problema dell’esatta individuazione della veste in cui le TELCO nazionali stanno prestando servizi di pagamento, ancorché, limitatamente all’acquisto di talune peculiari (ed, allo stato, poco significative, considerato l’importo delle somme “intermediate” necessarie per il relativo acquisto) categorie di beni e servizi. In tale contesto, non pare ardito concludere, dunque, che s’è in presenza, *di fatto*, di un’ulteriore *species* di prestatori di servizi di pagamento (*rectius*, intermediari finanziari)³²⁴ in quanto nient’affatto assimilabile né agli Istituti bancari,³²⁵ né agli IP ovvero IMEL, ancorché cd. *ibridi*, che opera sul mercato dei pagamenti secondo schemi organizzativi più *snelli* e maglie di *vigilanza* più larghe rispetto a quelle prescritte per gli altri cd. PSP, con conseguente, inevitabile, frustrazione degli obbiettivi sottesi al progetto SEPA.³²⁶

In siffatto scenario, peraltro, la tendenza all’ampliamento del novero dei beni e/o servizi acquistabili con *addebito diretto sul credito telefonico* risulta ancor più foriera di timori, ove riguardata sotto il profilo dei *costi* del *Mobile Payment*, segnatamente dei costi del pagamento *dal punto di vista dell’utente*. Rinviando per la disamina della problematica *de qua* al prosieguo della trattazione, in questa sede, basti pensare che in relazione al servizio di cd. *Mobile ticketing*, taluni operatori di telecomunicazione³²⁷ prevedono che “una volta effettuato l’acquisto, non è esercitabile alcun diritto di ripensamento”.

³²³ Si tratta dell’art. 4 (*oggetto sociale*) dello statuto di *3Italia* S.p.a.

³²⁴ Non pare superfluo ricordare che per effetto del combinato disposto degli artt. 1 lett. g) e 106 TUB, intermediari finanziari sono soltanto i soggetti iscritti nell’elenco prevista da quest’ultima previsione, ovvero abilitati all’esercizio di almeno una delle attività finanziarie ivi elencate, ferma restando l’accessorietà delle attività di cui al co. 2 rispetto a quelle di cui al co. 1, costituenti, in verità, l’ubi consistam dell’attività d’intermediazione finanziaria.

³²⁵ Sotto questo profilo, non contribuisce certo a chiarire il quadro il lancio, in tempi recenti, di taluni servizi “innovativi” da parte del TELCO nazionali, volti ad aumentare le *chances* di circolazione del credito telefonico prepagato. Il riferimento è, a titolo meramente esemplificativo, a “*Ti Ricarico di TIM*” e “*Paghetta*”. Si tratta invero di servizi che come in precedenza osservato (v. *supra*, par. 6.3.1 *sub* nota n. 310) permettono di trasferire una parte del proprio credito residuo ad un altro numero prepagato dello stesso operatore, e che (al pari di un bonifico bancario) prevedono un costo fisso di *1 euro* iva inclusa per ogni operazione di trasferimento effettuata.

³²⁶ Giova ricordare, infatti, che tra questi figura anche l’incremento della *concorrenza* tra gli operatori e tra i mercati nazionali dei pagamenti, ma garantendo *parità di condizioni*. In altre parole, l’obiettivo è di incentivare la *concorrenza leale*, non anche (ovviamente) quella *sleale*.

³²⁷ Si pensi, come in precedenza osservato (v. *supra*, nota n. 298 *sub* par. 6.3), a *3Italia*.

CAPITOLO 3. I COSTI DEL MOBILE PAYMENT

Sommario: **Par. 7.** I rischi connessi all'utilizzo del *Mobile Payment*: gli ostacoli alla sua lenta, ma inesorabile, diffusione – **Par. 7.1.** La *sicurezza* del pagamento veicolato dai sistemi operativi mobili *dal punto di vista dell'utente* - **Par. 7.2.** La *sicurezza* del pagamento veicolato dai sistemi operativi mobili *dal punto di vista del prestatore del servizio*: la *sicurezza dal punto di vista tecnologico* – **Par. 7.3.** Le *variabili* della *sicurezza* del pagamento dal punto di vista tecnologico: *tipologie di utenti, licenze e canali trasmissivi* - **Par. 7.3.1.** *Segue.* La *sicurezza* del canale trasmissivo NFC (*Near Field Communication*) - **Par. 7.3.2.** *Segue.* La *sicurezza* del canale trasmissivo SMS (*Short Message Service*) - **Par. 8.** La protezione dei dati personali e la prevenzione delle frodi nell'ambito dei servizi di *Mobile Remote Payment*: il provvedimento generale del Garante della privacy n. 258 del 22 maggio 2014 - **Par. 9.** I *costi fiscali* dei servizi di pagamento prestati dagli operatori telefonici. *Cenni.*

Par. 7. I rischi connessi all'utilizzo del *Mobile Payment*: gli ostacoli alla sua lenta, ma inesorabile, diffusione.

Se, da un lato, significative risultano le ragioni sottese ad un'auspicabile diffusione dell'uso dei pagamenti elettronici nelle transazioni finanziarie,³²⁸ dall'altro, non di poco momento appaiono i *rischi* connessi al loro utilizzo che, a ben vedere, si traducono in veri e propri "costi" suscettibili di minare la *fiducia* degli utenti e, dunque, di rallentarne la diffusione. Ed invero, nonostante l'innegabile crescita, in tempi recenti, dei pagamenti elettronici,³²⁹ non pare revocabile in dubbio che la strada verso un loro diffuso utilizzo sia ancora lunga e legata, indissolubilmente, alla piena implementazione del sistema di pagamento mobile,³³⁰ segnatamente della declinazione di *Mobile Payment* che si avvale della tecnologia *Nfc*.³³¹

³²⁸ Non pare superfluo evidenziare, infatti, che i sistemi di pagamento elettronico offrono un elevato *risparmio dei costi* rispetto all'utilizzo del denaro cartaceo. E ciò sia per lo *Stato*, in quanto la loro diffusione riverbera positivamente i suoi effetti sul contrasto all'*evasione fiscale* le transazioni risultando registrate e monitorate, sia per banche e *merchant*, non necessitando la moneta elettronica, diversamente dal contante, di trasporto, gestione, archiviazione e distribuzione, sia infine per l'*utente*, in quanto meno esposto al rischio di frodi che connotano tipicamente il danaro contante (si pensi al rischio di *contraffazione*).

³²⁹ Secondo i dati forniti dall'*Osservatorio Mobile Payment & Commerce* del Politecnico di Milano, infatti, ancorché gli italiani non abbiano ancora rinunciato al contante, la diffusione dei pagamenti digitali innovativi (*New Digital Payment*) li sta progressivamente abituando ad utilizzare la carta di credito con maggiore frequenza e per beni di piccolo importo, soprattutto tramite acquisti e pagamenti via cellulare. Mentre i pagamenti elettronici con carta di credito sono cresciuti nel 2014 solo dell'1,6% passando da 126 a 128 miliardi di euro, infatti, i *New Digital Payment* hanno ottenuto un incremento del 20%: passando da 15 a 18 miliardi di euro e conquistando il 12% dell'intero mercato dei pagamenti digitali, che può così registrare un incremento complessivo del 3,6% arrivando a quota 146 miliardi di euro. I *New Digital Payment* comprendono: *eCommerce*; *ePayment*, ovvero il pagamento da PC di ricariche e bollette; *Mobile Commerce*, ovvero acquisto di beni e servizi o contenuti cellulare via *smartphone* tramite *App* o *Mobile site*; *Mobile Payment (Remote e Proximity)*, ovvero i pagamenti di ricariche telefoniche, parcheggi, mezzi pubblici, multe via *smartphone*; *Mobile POS* e *Contactless Payment*, che rappresentano i pagamenti mediante carta *contactless*. L'*eCommerce* di prodotti, servizi e contenuti digitali e l'*ePayment* detengono la quota principale: assieme valgono l'86% dei pagamenti digitali innovativi. E mentre l'*eCommerce* ha registrato una crescita del 18% toccando i 12,8 miliardi di euro, l'*ePayment* vale quasi 2,5 miliardi di euro, in gran parte transati per il pagamento di ricariche e bollette. Sul punto si veda: *Comunicato stampa 19 febbraio 2015* dell'*Osservatorio Mobile Payment & Commerce* del Politecnico di Milano.

³³⁰ Secondo l'*Osservatorio Mobile Payment & Commerce* del Politecnico di Milano, la componente più dinamica dei nuovi pagamenti è rappresentata dal *Mobile Payment & Commerce* di beni e servizi: nel 2014, infatti, è cresciuta del 55% e superato i 2 miliardi di euro. Alla base della crescita complessiva del mercato dei pagamenti elettronici, c'è la componente del *Mobile (Remote) Commerce* di beni e servizi che raddoppia, passando da 610 milioni di euro nel 2013 a 1,2 miliardi di euro nel 2014, pari al 9% del totale transato via *eCommerce* (nel 2013 rappresentava il 4,5%). Questa dinamica, secondo l'Osservatorio, costituisce l'effetto, da un lato, del crescente numero di esercenti che stanno attivando iniziative di vendita anche tramite *App* o *Mobile site* (circa 110 esercenti tra i primi 200 nell'*eCommerce* offrono una soluzione di *Mobile Commerce*, mentre erano 75 nel 2013), dall'altro, dell'evidente mutamento di predisposizione da parte degli utenti. Gli italiani, si osserva, "non vedono più il Mobile solo come un canale per gli acquisti in mobilità, ma sempre più come uno strumento comodo anche per gli acquisti e i pagamenti più tradizionali".

In tale contesto, primario rilievo assume, innanzitutto, la *sicurezza del pagamento*, e *dal punto di vista dell'utente e dal punto di vista del prestatore del servizio*, che sottende, evidentemente, la *sicurezza delle tecnologie* all'uso utilizzate.

In particolare, Il *Mobile Remote Payment di beni e servizi*, ovvero il pagamento dei biglietti di trasporto pubblico locale, parcheggi, ricariche telefoniche e bollettini, ha raggiunto i 160 milioni di euro. Le ricariche telefoniche continuano a rappresentare il 70% del mercato (+22% rispetto al 2013), ma crescono anche i pagamenti di bollette e bollettini (+37% rispetto al 2013).

Il vero protagonista, tuttavia, è il *trasporto pubblico*: quadruplica, infatti, il transato per servizi legati al mondo del trasporto (biglietti dei bus, pagamenti delle soste e *car sharing*) anche se in valore assoluto rimane ancora marginale. Nel 2014 sono stati acquistati più di 3 milioni di biglietti, pagati oltre 2 milioni di servizi di *car sharing* e pagate 1 milione di soste attraverso il telefono cellulare. In Italia, dei 235 servizi di *Mobile Remote Payment* (erano 135 nel 2013), il 77% è legato al trasporto pubblico.

Il *Mobile Remote Payment & Commerce di contenuti digitali* è cresciuto, invece, di circa il 20% nel 2014, sorpassando i 760 milioni di euro, spinto dal mondo delle Applicazioni che rappresenta oltre il 38% di questo mercato. Il *Mobile Proximity Payment & Commerce*, ovvero gli acquisti e pagamenti “in prossimità” e agevolati dalla tecnologia NFC, non è ancora decollato, ma gli italiani sono pronti a utilizzarlo. Sono circa 12 milioni gli utenti con in mano un telefono cellulare NFC e oltre 250.000 i POS *contactless* attivi. Ancora poche le SIM NFC (si stimano circa 800.000 SIM già in mano ai consumatori), ma con la promessa da parte degli operatori telefonici di raggiungere quota 5 milioni entro la fine del 2015. Ed invero, grandi aspettative ricadono su questo segmento di mercato, considerato che si prevede che nel 2017 si possano raggiungere 4,8 milioni di utenti attivi per un transato di oltre 6 miliardi di euro, nel caso in cui alcuni fattori abilitanti venissero messi in atto: l'avvio delle iniziative di tutte le Banche e degli operatori telefonici, la distribuzione massiva delle SIM NFC, il raggiungimento di accordi da parte di Apple con almeno le tre principali banche italiane, l'arrivo delle soluzioni HCE sul mercato italiano e una forte azione promozionale. Del resto, la possibilità di pagare in negozio con carte *contactless* e *Mobile POS* si sta allargando: le transazioni hanno raggiunto i 300 milioni di euro nel 2014. Inoltre, l'infrastruttura *contactless* è cresciuta nel 2014: 1 carta su 8 è *contactless* (si stimano 12 milioni di carte a fine 2014, raddoppiate rispetto al 2013) e 1,2 milioni (pari al 10% del totale) sono le carte attive (hanno effettuato almeno una transazione in modalità senza contatto); 1 POS su 6 è attivo in modalità *contactless* (250.000 a fine 2014, + 67% rispetto al 2013). Tuttavia solo 1 transazione su 300 di quelle con carta è *contactless*, per un transato complessivo pari a circa 200 milioni di euro. È un risultato ancora limitato, ma in forte crescita rispetto al 2013 (cinque volte in più), grazie anche agli sforzi messi in atto dagli esercenti che, con l'aiuto dei circuiti e degli *acquirer*, hanno fatto alcune azioni per abituare il cliente a questo tipo di pagamenti (ad esempio girando il POS verso il cliente ed invitandolo a svolgere il pagamento in autonomia).

Peraltro, secondo lo stesso Osservatorio, “è possibile fare qualcosa in più e ci attendiamo una crescita media, tra il 2015 e il 2017, pari al 7% annuo, che porterà questo mercato a raggiungere i 176 miliardi di euro. Per agevolare questa crescita occorrono sia un intervento normativo che proponga incentivi e diffonda conoscenza, sia l'impegno, da parte del mondo dell'offerta, a puntare sui *New Digital Payment*”.

³³¹ Dello stesso avviso anche l'Osservatorio *Mobile Payment & Commerce* del Politecnico di Milano: “il futuro dei pagamenti digitali è legato alla sfida della diffusione del *Mobile Payment & Commerce di prossimità* e il 2015 è un anno cruciale per il comparto: si aprirà la competizione delle diverse filiere dell'offerta”. “Da una parte la filiera cosiddetta *SIM-based* che vede coinvolti operatori telefonici e banche in una configurazione collaborativa (nelle infrastrutture abilitanti). Dall'altra, filiere basate sulle più recenti tecnologie HCE (*Host Card Emulation*) che potranno consentire ad alcune banche di offrire soluzioni di pagamento su cellulare direttamente senza utilizzare la SIM. Ed infine *Apple Pay*. Si accettano scommesse su chi vincerà la partita conquistando quote maggiori di mercato. Certo, dipenderà molto dalla strategia commerciale degli attori che hanno già investito molto. Quello che più importa, lato consumatori, è che le regole del gioco sono ormai per buona parte definite e qualsiasi soluzione non potrà che arrivare rapidamente ed essere estremamente sicura e facile da usare”. Sul punto si veda: *Comunicato stampa 19 febbraio 2015* dell'Osservatorio *Mobile Payment & Commerce* del Politecnico di Milano.

Alla necessità di soddisfare l'esigenza di contrasto alle frodi,³³² peraltro, fa da contraltare la necessità di soddisfare altra esigenza di non poco momento: significativa, infatti, risulta la quantità di *dati* cui ha accesso il prestatore di servizi di pagamento con conseguente rischio di un loro "poco ortodosso" trattamento, sicché primario rilievo assume anche la *tutela dei dati sensibili* degli utenti, il cui trattamento pure finisce per tradursi in un "costo" del *Mobile Payment* suscettibile di condizionarne la diffusione. In altre parole, se, da un lato, l'esigenza di contrasto alle frodi sottende, necessariamente, il trattamento dei dati sensibili degli utenti, dall'altro, ed altrettanto necessariamente, il trattamento in parola non può non avvenire nel rispetto della normativa posta a tutela della *privacy*.³³³

Ad un'analisi più approfondita, poi, significativi appaiono anche i riflessi che gli aspetti *fiscali* del *Mobile Payment* sono suscettibili di spiegare sulla crescita del

³³² E' di tutt'evidenza che le *frodi* costituiscono un *costo*, e per il prestatore del servizio di pagamento e per l'utilizzatore: non solo, infatti, determinano un *danno economico* ai soggetti coinvolti nell'operazione di pagamento, ma sono anche suscettibili di incrinare la *fiducia* degli utilizzatori.

³³³ Dietro il poco ortodosso trattamento dei dati, invero, si annidano *rischi* di varia natura: innanzitutto, quello di cd. *profiling*, ossia, l'attività di raccolta ed elaborazione dei dati inerenti gli utenti di servizi per suddividerli in gruppi di comportamento che, in ambito commerciale, rappresenta strumento del cd. *marketing mirato* il quale, a sua volta, fa ampio uso di questa ed altre tecniche per ottenere accurate analisi dei potenziali clienti, operando spesso al limite del legalmente consentito, quando non oltre. A titolo meramente esemplificativo, si pensi a *Google* che, come motore di ricerca, processa oltre 24 *petabyte* di dati al giorno, un volume pari a 1.000 volte il materiale a stampa contenuto nella Biblioteca del Congresso degli Stati Uniti; a *Facebook* i cui iscritti cliccano "Mi piace" o lasciano un commento 3 miliardi di volte al giorno; a *Twitter* che nel 2012 ha superato la barriera di 400 milioni di "tweet" su base giornaliera. In tale contesto, ricorrente è la battuta secondo cui "Amazon sarebbe in sostanza in grado di farti recapitare un bene prima ancora che tu l'abbia ordinato". Il colosso delle vendite *on line*, del resto, ha depositato negli Stati Uniti una domanda di brevetto per un servizio di "*anticipatory shipping*", relativamente alla collocazione da parte della stessa Amazon di prodotti nel magazzino più vicino a colui che sarà verosimilmente l'acquirente di un certo bene, previsione effettuata sulla base dell'analisi delle precedenti esperienze di acquisto e di navigazione sul sito effettuate da tale soggetto, "interpretate" anche alla luce delle conoscenze derivanti dall'analisi della immensa casistica detenuta della stessa Amazon. Tali poco virtuosi obiettivi avuti di mira con l'attività di profilazione è alla base della scelta del nostro Garante per la protezione dei dati personali di adottare in data 10 luglio 2014, al termine di un'approfondita istruttoria condotta a livello europeo e nazionale iniziata nel 2012, il "*Provvedimento prescrittivo nei confronti di Google Inc. sulla conformità al Codice dei trattamenti di dati personali effettuati ai sensi della nuova privacy policy*", recante le regole per assicurare maggiore trasparenza e garanzie nel trattamento dei dati personali degli utenti delle diverse funzionalità offerte da *Google*, individuando dettagliate modalità per rendere agli utenti l'informativa *online* e acquisirne il consenso. L'attività di profilazione, peraltro, può rivolgersi anche al conseguimento di obiettivi maggiormente *virtuosi*: l'analisi dei "Big Data" ha consentito, ad esempio, a *Google* di mappare in tempo reale la diffusione dell'influenza, senza il ritardo medio di 1 o 2 settimane accusato dalle istituzioni governative. Il portale ha preso infatti i 50 milioni di parole chiave più digitate dagli americani e ha confrontato l'elenco con i dati sulla diffusione dell'influenza nel quinquennio il 2003-2008, individuando ben 45 parole chiave (e quindi non solo le *query* ovvie, come "medicine per tosse e febbre") che ricorrono nelle aree in cui il virus è diffuso. L'analisi di questi stessi dati, inoltre, consente in medicina di prevedere quali neonati prematuri contrarranno infezioni dopo la nascita, in anticipo di 24 ore rispetto alla comparsa dei primi sintomi, oppure di valutare l'affidabilità creditizia di un soggetto che chiedi un prestito, etc. Sul punto, si veda: BOGNI - DEFANT, *Big Data: diritti IP e problemi della privacy*, in *Dir. Industriale*, 2015, 2, p. 117; V. MAYER - SCHÖMBERG, K. CUKIER, *Big Data*, Milano, 2013

mercato dei pagamenti elettronici. Se, per un verso, infatti, il sistema tributario di riferimento risulta coerente con l'obiettivo, consacrato in sede comunitaria e recepito in ambito nazionale, di realizzare una piena liberalizzazione del mercato dei pagamenti e di sviluppare ulteriormente quello dei pagamenti elettronici,³³⁴ per altro verso, la recente e diffusa tendenza delle TELCO a consentire la spendibilità del credito telefonico per l'acquisto di beni e servizi non solo "digitali", genera riflessi *fiscali* di non poco momento e di non agevole inquadramento.

Rinviando al prosieguo della trattazione la disamina delle criticità testè evidenziate in riferimento al *Mobile Payment*, giova preliminarmente ed in via generale dar conto dei rischi connessi all'utilizzo della *moneta elettronica* considerato che, come in precedenza osservato, quest'ultimo è, per diffusa opinione, schema tipologico riconducibile a tale specie monetaria. Innanzitutto, viene in rilievo la *sicurezza* che costituisce senz'altro requisito preteso da entrambe le parti di una compravendita in cui il corrispettivo del bene sia rappresentato da moneta elettronica, a sua volta soddisfatta attraverso tre attributi: la *riservatezza*, l'*integrità* e l'*autenticazione*.³³⁵

Sotto il primo profilo, infatti, il servizio di moneta elettronica è chiamato a rispettare e mantenere la *privacy* dei due attori della transazione: come per la moneta legale, pertanto, l'uso dell'e-money non dovrebbe rendere possibile determinare, da parte di

³³⁴ Rinviano al prosieguo della trattazione la disamina dei *profili fiscali* del *Mobile Payment*, giova in questa sede ricordare che i profili tributari della moneta elettronica emergono con riguardo alle *commissioni di addebito, di ricarica della smart card*, nonché, in riferimento alle *commissioni per il trasferimento dei fondi agli aderenti del circuito di pagamento relative all'emittente* (attività di *acquiring*). Con particolare riferimento all'*imposizione indiretta*, tutte le menzionate ipotesi sono, peraltro, riconducibili all'area di *esenzione* dell'IVA operante per i servizi finanziari, all'evidente scopo di incentivare l'utilizzo degli strumenti di pagamento in parola: in tal senso, la prassi ministeriale (Ris. 6 dicembre 2007, n. 354/E e Ris. 18 settembre 2002 n. 160/E). Dello stesso avviso, la dottrina prevalente la quale perviene a statuire l'esenzione IVA anche delle commissioni relative all'attività di *issuing* (attività di distribuzione, attivazione, ricarica effettuata da esercizi commerciali differenti dall'istituto emittente moneta elettronica) in quanto reputata riconducibile all'attività di intermediazione, mediazione e mandato afferenti a servizi finanziari ex art. 10 n. 9 d.p.r. n. 633 del 1972, conformemente del resto a quanto previsto dalla Ris. 6 dicembre 2007, n. 354/E: sul punto, si veda M. SIRRI, R. ZAVATTA, *Moneta elettronica e altre modalità di pagamento in rete*, in *Corriere tributario*, n. 38, 2004, 3003 e ss.; F. RICCA, *Gli acquisti effettuati con tessere ricaricabili*, in *Corriere tributario*, n. 27, 2002, 2464 e ss.; G. MANNELLA, *La nuova disciplina comunitaria degli istituti di pagamento: aspetti fiscali (relativi all'Iva) dei servizi di pagamento offerti dagli operatori telefonici*, in *Diritto delle comunicazioni elettroniche* a cura di F. BASSAN, 2010, 336 e ss.

³³⁵ Esigenze, peraltro, già avvertite da tempo dalla dottrina più attenta: si veda D. VALENTINO, *Moneta elettronica e tutela del consumatore*, in *Dir. inform. e informatica*, 2004, 49 e ss., ove si precisa che le condizioni contrattuali dovrebbero prevedere, fra l'altro, "*le caratteristiche tecniche dello strumento*" su cui è memorizzata moneta elettronica, "*gli elementi che ne consentono l'impiego, una descrizione degli obblighi e delle responsabilità del titolare e dell'emittente, nonché un elenco dettagliato delle tariffe, spese, commissioni e oneri a carico del titolare*", dati che, per la verità, i moduli contrattuali diffusi nella prassi generalmente contemplano. Secondo l'Autrice, inoltre, nel corso del rapporto, al titolare deve esser concesso "*di identificare l'operazione svolta, il suo importo e le singole spese connesse; costantemente il titolare, prescindendo dall'uso, deve poter verificare le ultime operazioni compiute ed il saldo disponibile*".

nessuno, se, quali e quante transazioni sono state effettuate dallo stesso utente. Ciò che, in verità, rappresenta uno dei tratti distintivi della specie monetaria in parola: in via generale, infatti, ad essa connaturata risulta l'assenza di informazioni riguardo il proprietario dell'*e-money* sicché, salvo non risultino informazioni personali memorizzate nella rappresentazione digitale di moneta, il suo possessore rimane *anonimo*.

Più precisamente, la moneta elettronica può fornire *differenti gradi di anonimato*: dall'anonimato totale alla completa identificazione dell'utente, a seconda delle caratteristiche tecniche del singolo schema di *e-money*. Riguardata sotto il profilo della *riservatezza*, quindi, essa può suddividersi in cd. *nominativa* ovvero identificabile, allorché contenga informazioni relative all'identità della persona che ha originariamente versato moneta legale o bancaria all'emittente,³³⁶ oppure in cd. *anonima* ovvero *digital cash* allorché, funzionando come il contante, non richiede l'identificazione dell'utilizzatore.³³⁷

Nel contesto interno la tutela dell'anonimato, ovvero della *privacy* del cliente-consumatore, è sancita all'art. 4 del codice di autoregolamentazione per i servizi Internet (adottato dall'AIIP, Associazione italiana degli internet provider) il quale, non reputando necessaria l'individuazione del soggetto in rete, ed anzi considerando sufficiente l'astratta capacità di individuarlo ove occorra, stabilisce che “*tutti i soggetti di Internet devono essere identificabili*”, ma che ciascun soggetto, “*una volta identificato, ha diritto di mantenere l'anonimato nell'utilizzo della rete, al fine della tutela della proprio sfera privata*”. Come evidente, si tratta di previsione che, per come formulata, esprime il tentativo di contemperare due contrapposte esigenze ad essa sottese: da un lato quella di tutelare il consumatore e la sua riservatezza personale impedendo l'uso incontrollato delle informazioni contenute nei mezzi di pagamento elettronico,³³⁸ dall'altro quella di consentire un pieno sviluppo economico delle iniziative commerciali, nonché di evitare che i sistemi di *e-payment* entrino in conflitto con le disposizioni della legge *antiriciclaggio*. Lo sviluppo di Internet e la possibilità

³³⁶ Si pensi a *PostPay*.

³³⁷ Nella realtà pratica, la tecnica maggiormente diffusa per mantenere l'anonimato è la c.d. blind signature, o firma cieca, in virtù della quale l'utente, attraverso il proprio computer, preleva direttamente dal proprio conto la moneta digitale avente lo stesso valore e la stessa spendibilità della moneta legale, e ottiene, al contempo, la piena tutela della sua *privacy* grazie all'applicazione delle tecniche crittografiche e delle *z* che garantiscono, oltre all'anonimato dell'utilizzatore, anche la sicurezza del sistema.

³³⁸ Si pensi alla lesione della riservatezza del consumatore derivante dalla diffusione di informazioni economiche a lui riferite, oppure dall'incrocio dei dati relativi alle operazioni compiute per elaborare informazioni allo scopo di ricostruire abitudini di consumo e inviare comunicazioni commerciali non desiderate.

di non lasciar traccia attraverso la trasformazione della valuta legale in moneta elettronica, invero, rappresentano i fattori che in tempi recenti hanno massimamente contribuito alla *digitalizzazione* del riciclaggio di capitali (cd. *cyberlaundering*). E la maggior parte delle transazioni illegali avviene oggi attraverso i circuiti di trasferimento elettronico, senza necessità dunque di spostarsi da casa o dalla sala *trading* di una banca.³³⁹

Anche il fenomeno del riciclaggio in Internet, peraltro, segue lo *schema trifasico* del riciclaggio classico.³⁴⁰ Alla fase del cd. *placament* che si sostanzia nel “piazzare” il denaro sporco su Internet (ad es. caricandolo su carte prepagate anonime con cui condurre transazioni in forma altrettanto anonima), segue la fase del cd. *layering*, ossia la stratificazione del capitale che determina l’eliminazione delle tracce contabili del denaro sporco: convertito il denaro in forma elettronica, si sfrutta la velocità di Internet ed in pochi secondi si trasferiscono piccole somme di denaro su banche differenti, in Paesi differenti. Infine, la fase della cd. *integration*: il denaro viene reintegrato nel circuito legale e reso nuovamente disponibile per nuovi impieghi, ciò che di regola accade ricomponendosi la somma su una banca off shore in un Paese non allineato alle regolamentazioni internazionali contro il riciclaggio.

In definitiva, il denaro sporco, trasformato in denaro elettronico, viene spezzettato in giro per il mondo in cifre irrisorie (di solito più basse delle soglie imposte dalle leggi antiriciclaggio), successivamente ricomposto su una banca *off shore* e quindi rimesso in circolazione.

La consapevolezza della semplicità dell’operazione testè descritta ha quindi indotto i regolatori sovranazionali (internazionale e comunitario) e nazionale, a dar vita ad un complesso quadro normativo (per la verità non sempre omogeneo e coordinato) che nel contesto interno risulta consacrato nella L. n. 197/1991 (cd. legge antiriciclaggio), recante provvedimenti urgenti per limitare l’uso del contante e prevenire l’utilizzazione del sistema finanziario a scopo di riciclaggio, e nel D.Lgs. 20 febbraio 2004, n. 56 (Attuazione della direttiva 2001/97/CE117 in materia di prevenzione all’uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi da attività illecite),

³³⁹ Per un approfondimento sul punto, si veda DI AMATO A., *Il mercato finanziario on line*, in (a cura di) As. Di Amato, *Appunti di diritto dei mezzi di comunicazione*, Napoli, 2006, pp. 279-291.

³⁴⁰ Il fenomeno del riciclaggio “classico” infatti si articola in tre passi: processo di accumulazione di denaro fatto con attività illecite; trasformazione dei capitali illeciti attraverso l’interposizione di schermature idonee ad allontanare il denaro dalle sue origini illecite sotto il profilo giuridico e dal punto di vista geografico; investimenti dei capitali “lavati” in attività lecite.

che ha avuto il merito di estendere l'applicabilità degli ormai consolidati obblighi di identificazione e di conservazione delle informazioni, nonché degli obblighi di segnalazione delle operazioni sospette, ed infine nelle recenti modifiche apportate al D.Lgs. 21 novembre 2007, n. 231 (dapprima dal Decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201cd. decreto Salva Italia e poi dalla legge di stabilità 2016).³⁴¹

Riguardati dal punto di vista dell'*integrità* dei valori monetari memorizzati sul dispositivo e dell'*autenticazione*, ossia dell'accesso alle credenziali di ingresso alle disponibilità ivi presenti, i rischi connessi all'utilizzo di moneta elettronica possono esser suddivisi in due categorie, a seconda che tale specie monetaria si configuri come *card-based* ovvero *software-based*. Nel primo caso, la frode informatica assume i crismi della cd. *plastic fraud* cui risultano riconducibili le ipotesi di cd. *skimming* (la lettura dei dati contenuti nella carta all'insaputa del titolare), cd. *computation* (la violazione mediante alterazione e modifica dell'integrità o del corretto funzionamento del dispositivo di pagamento), cd. *carding* (clonazione o contraffazione, che consiste nella duplicazione dell'intera carta o della parte contenente i dati ovvero la banda magnetica o microchip), e cd. *rencoding* (la sostituzione illecita dei dati della carta di pagamento, operata mediante l'aggiunta, la sostituzione o la cancellazione delle informazioni in essa contenute).

³⁴¹ Si tratta, peraltro, di disciplina in rapida evoluzione e destinata ancora a cambiare, per effetto della pubblicazione, in data 5 giugno 2015, della nuova direttiva 2015/849/CE in materia di antiriciclaggio. La novella costituisce il risultato finale di un'intensa mediazione volta a uniformare le norme antiriciclaggio per tutti i membri dell'Unione al fine di evitare che misure adottate soltanto a livello locale possano produrre effetti negativi sul mercato unico, cui gli Stati membri hanno l'obbligo di uniformarsi entro il 26 giugno 2017. L'ambito di tutela dell'anonimato risulta ulteriormente ridotto dal nuovo Regolamento (UE) 2015/847 in tema di dati informativi che accompagnano i trasferimenti di fondi, destinato a trovare applicazione a decorrere dal 26 giugno 2017 anche ai prodotti di moneta elettronica e Mobile Payment. Più dettagliatamente, i trasferimenti di fondi dovranno essere trasparenti, e ad ogni *intermediario abilitato* che ne gestisce le transazioni è fatto obbligo di assicurare che gli stessi siano accompagnati da alcuni dati informativi: (i) il nome dell'ordinante e del beneficiario; (ii) il numero di conto di pagamento; (iii) l'indirizzo e il numero del documento personale ufficiale; (iv) il numero di identificazione come cliente o la data e il luogo di nascita dell'ordinante. In particolare, prima di trasferire i fondi, il prestatore di servizi di pagamento dell'ordinante dovrà verificare l'accuratezza e la completezza dei predetti dati informativi, basandosi su documenti, dati o informazioni ottenuti da una fonte affidabile e indipendente.

Il nuovo regolamento, *non si applicherà ai trasferimenti di fondi effettuati utilizzando una carta di pagamento, uno strumento di moneta elettronica o un telefono cellulare o qualsiasi altro dispositivo digitale o informatico prepagato o postpagato con caratteristiche simili, purché risultino soddisfatte le seguenti condizioni: la carta, lo strumento o il dispositivo siano utilizzati esclusivamente per il pagamento di beni o servizi; il numero della carta, dello strumento o del dispositivo accompagni tutti i trasferimenti generati dalla transazione.* Il nuovo regolamento troverà invece applicazione quando la carta di pagamento, lo strumento di moneta elettronica o il telefono cellulare (o qualsiasi altro dispositivo digitale o informatico prepagato o postpagato con caratteristiche simili), sia utilizzato per effettuare trasferimenti di fondi da persona a persona (*person-to-person*) senza implicare l'acquisto di beni o servizi.

Nel secondo caso, la frode informatica può assumere le forme del cd. *Phishing* (pratica dell'invio di email fittizie a un utente, provenienti in apparenza da un istituto di credito o da una società di pagamenti. L'utente così viene indotto a collegarsi al sito il cui link è presente nell'email, e dopo aver effettuato l'accesso al sito viene invitato a inserire le credenziali di autenticazione al servizio di e-banking del proprio istituto di credito o il numero della propria carta, permettendo di acquisire tali dati), del cd. *Pharming* (il truffatore manipola i DNS di un server di un provider di connettività, o direttamente i file di sistema del computer di un utente, modificando così l'associazione tra un indirizzo IP e dominio Internet; tale manipolazione reindirizza l'utente, ogni qualvolta digiti l'indirizzo del dominio compromesso, verso un sito clone messo in rete dal truffatore per carpire i dati immessi durante la navigazione), del cd. *Man in the middle* (intercettazione dei dati che transitano tra due o più host; il truffatore convoglia sul proprio computer i dati che la vittima desidera inviare in via telematica a un istituto di credito o viceversa, e si frappone tra i due soggetti, senza interrompere la trasmissione), del cd. *Malware* (invio di virus in grado di pregiudicare direttamente o indirettamente il computer di un utente e di acquisire credenziali di accesso e altri dati personali della vittima), ed infine del cd. *Vishing* o voice phishing (tecnica di acquisizione dei dati che sfrutta la linea telefonica su un canale VOIP - tecnologia digitale che consente la trasmissione di pacchetti vocali mediante reti internet, intranet, extranet e VPN - grazie al quale risulta più facile per i truffatori camuffare il proprio Callerid, inducendo la vittima a credere di chiamare un numero telefonico realmente appartenente alla società che ha emesso la carta di pagamento).

Par. 7.1. La sicurezza del pagamento veicolato dai sistemi operativi mobili dal punto di vista dell'utente.

Riguardata dal punto di vista dell'utente, la sicurezza del pagamento può configurarsi come *oggettiva*, ovvero, *soggettiva*. Nel primo caso essa sottende l'esistenza di un insieme di concrete caratteristiche tecniche della soluzione tecnologica considerata, mentre nel secondo, si sostanzia nella sicurezza percepita dall'utilizzatore e, dunque, nella *fiducia* dal medesimo risposta nella soluzione tecnologica considerata.³⁴²

Nello specifico, se da un lato, pare innegabile che è quest'ultima (la quale, più precisamente, misura la *qualità della fiducia* percepita dall'utilizzatore di una procedura di sicurezza) a fare la differenza tra l'*accettazione* di una tecnologia e la sua *effettiva adozione* da parte degli utenti,³⁴³ parimenti indubbio è che il soddisfacimento dell'esigenza di sicurezza *soggettiva* del pagamento risulta strettamente connesso al soddisfacimento dell'esigenza di sicurezza *oggettiva* che anzi, per certi aspetti, ne costituisce il *prius* logico. Sotto quest'ultimo profilo, invero, una determinata soluzione tecnologica può dirsi idonea a soddisfare l'esigenza di sicurezza del pagamento riguardata dal punto di vista dell'utente allorché risulti provvista di *cinque proprietà base: confidenzialità, autenticazione, integrità, autorizzazione e non-ripudio*. La *confidenzialità* costituisce proprietà volta ad evitare che le informazioni concernenti la transazione siano nella disponibilità anche di soggetti non autorizzati, ed è attuata tramite meccanismi di *cifratura* ed occultamento dell'informazione, che assicurano la confidenzialità per un determinato intervallo di tempo, segnatamente quello necessario ad un *hacker* per decrittare il messaggio.³⁴⁴

L'*autenticazione* assicura che le informazioni della transazione siano realmente originate dal partner presunto della transazione, e può esser attuata attraverso *tre*

³⁴² In tal senso, LINCK, POUSTTCHI, KEY, WIEDEMANN, DIETMAR, *Security Issues in Mobile Payment from the Customer Viewpoint*, University of Augsburg, 2006.

³⁴³ Sul punto, recenti studi dimostrano che la preoccupazione più diffusa concerne la *confidenzialità*. In particolare, da un questionario *online* proposto ad un gruppo di utenti interessati all'argomento delle transazioni con dispositivo mobile ed avente ad oggetto la risposta alla domanda a risposta aperta "Di cosa avresti bisogno per sentirti sicuro nell'usare pagamenti con dispositivi mobili?" è emersa la propensione a far riferimento a concetti quali la "protezione dei dati", la "sicurezza dei dati", ovvero, ad esigenze suscettibili di essere soddisfatte dalla categoria della confidenzialità. Sul punto si veda, *Security Issues in Mobile Payment from the Customer Viewpoint*, LINCK, K., POUSTTCHI, KEY and WIEDEMANN, DIETMAR GEORG, University of Augsburg (2006).

³⁴⁴ Trascorso un apprezzabile lasso di tempo, peraltro, la decrittazione di un messaggio risulta sempre possibile, sicché può affermarsi che non esistono, allo stato, meccanismi di cifratura resistenti in assoluto, ma soltanto meccanismi più o meno robusti.

modalità: attraverso qualcosa *che è* (ad es., impronte digitali, scansione della retina, DNA, etc.), ovvero, attraverso qualcosa *che ha* (ad es., un tesserino identificativo), ovvero, attraverso qualcosa *che conosce* (ad es., una *password*, un *PIN*). Spesso, inoltre, tali meccanismi risultano usati in combinazione tra di loro.³⁴⁵

L'*integrità* è proprietà volta ad evitare che le informazioni della transazione risultino alterate durante la trasmissione, attraverso campi di controllo noti come *checksum* o algoritmi crittografici di *hash*. L'*autorizzazione* è, invece, la proprietà che permette alle parti coinvolte nella transazione di verificare se, ad entrambe, sia permesso compiere la transazione ed è, dunque, spesso legata all'autenticazione.

Il *non ripudio*, infine, proprietà volta ad evitare che la transazione risulti compiuta nell'inconsapevolezza delle parti, risulta attuabile mediante *due modalità*: il *non ripudio della sorgente* (funzionale a provare chi sia il mittente dei dati in una particolare transazione), ed il *non ripudio della destinazione* (funzionale a provare che i dati siano effettivamente giunti a destinazione). Si tratta di proprietà assai utile in molte applicazioni ma, come evidente, vitale in materia di transazioni monetarie.

Parimenti evidente, peraltro, è che la compresenza di tutte le descritte proprietà se, da un lato, può dirsi sufficiente ad assicurare la sicurezza del pagamento sul piano squisitamente *teorico*, dall'altro, risulta insufficiente di per sé sola a garantirla sul piano operativo, a tal fine rilevando, per converso, l'idoneità della soluzione tecnologica utilizzata ad assicurare l'operatività *in concreto* delle predette proprietà. In altre parole, la sicurezza *oggettiva*, a sua volta, risulta strettamente connessa alla sicurezza della soluzione tecnologica utilizzata, ovvero, alla *sicurezza del pagamento dal punto di vista tecnologico* che, in definitiva, finisce col rappresentare l'esigenza primaria da soddisfare per una reale diffusione del sistema di pagamento mobile.

³⁴⁵ In ambito informatico sono stati sviluppati taluni *metodi crittografici* (sui quali, si veda *infra*, in questo capitolo, *sub* par. 7.2 e 7.3) i quali, allo stato, non sono raggiungibili a meno che (e soltanto nel caso che) la chiave originaria non sia stata compromessa.

Par. 7.2. La sicurezza del pagamento veicolato dai sistemi operativi mobili dal punto di vista del prestatore del servizio: la sicurezza dal punto di vista tecnologico.

Riguardata *dal punto di vista del prestatore del servizio*, la sicurezza della transazione veicolata dal sistema di pagamento mobile si risolve nella sicurezza della *tecnologia* all'uso utilizzata, a sua volta strettamente dipendente, innanzitutto, dalla *tipologia* del *sistema operativo mobile* utilizzato.

Con specifico riferimento ai sistemi ad oggi maggiormente in uso, recenti studi³⁴⁶ dimostrano come *iOS*, al pari di *Android*, risulti provvisto di un livello di protezione più che soddisfacente. In verità, in riferimento alla sicurezza dell'accesso al dispositivo, ossia l'accesso compiuto fisicamente da una persona non autorizzata (ad es. nel caso di perdita o furto), i sistemi in parola appaiono dotati di un analogo livello di protezione: in *iOS* è, infatti, possibile bloccare l'accesso con una *password*, selezionare il numero massimo di inserimenti errati della *password* prima che il telefono si blocchi e la frequenza con cui l'utente è forzato a modificarla.³⁴⁷ *Android*, dal canto suo, pure fornisce un discreto numero di opzioni della configurazione della *password*, inclusa la possibilità di specificare la robustezza della *password*, il numero di tentativi falliti prima che intervenga un blocco del dispositivo, nonché la possibilità di impostare la scadenza della *password*.³⁴⁸

Maggiormente soddisfacente, invece, risulta il grado di protezione di *iOS* in riferimento al controllo della provenienza e dell'autenticità delle applicazioni, quantomeno nel caso in cui il dispositivo sia integro e non abbia subito *jailbreak*.³⁴⁹

³⁴⁶ Nonostante la difficoltà di porre in essere un'oggettiva comparazione tra i diversi sistemi operativi mobili, attesa l'indisponibilità al pubblico del codice sorgente degli stessi, *iOS Symantec*, un'importante azienda operante nel campo della sicurezza, ha compiuto, in tempi relativamente recenti, uno studio sulla sicurezza dell'*Apple iOS* e del *Google Android*, valutandoli e comparandoli secondo diversi punti chiave relativi ai diversi tipi di minacce cui tali sistemi risulterebbero esposti. Nello specifico, si tratta dei risultati illustrati in *A Window Into Mobile Device Security*, NACHENBERG C., SYMANTEC, giugno 2011.

³⁴⁷ In tempi recenti, peraltro, l'accesso può essere condizionato anche al previo riconoscimento delle impronte digitali del proprietario del dispositivo.

³⁴⁸ Peraltro, la politica di *Android* riguardo alla *password* risulta sufficiente a proteggere il dispositivo da un accesso casuale. In un recente passato, tuttavia, *Android* non permetteva di cifrare i dati salvati nella *memory card*, e quindi un attaccante in grado di accedere fisicamente ad un dispositivo *Android* poteva semplicemente estrarre la *memory card* ed accedere in poco tempo ai dati salvati.

³⁴⁹ Il *jailbreak*, ossia, l'*evasione* è procedura che permette di installare su un *device* *Apple* (*iPhone*, *iPad* ed *iPod*) meccanismi di distribuzione di applicazioni e pacchetti alternativi a quello ufficiale dell'*App Store*. Dopo aver effettuato il *jailbreak* al proprio dispositivo gli utenti possono infatti installare numerose applicazioni altrimenti non disponibili tramite l'*App Store* attraverso applicazioni non ufficiali (come *Cydia*, *Icy*, *Rock* ed *Installer*: *Cydia* è l'applicazione più diffusa, mentre *Icy* e *Installer* sono ormai

Nell'ambito della politica di *Apple*, infatti, primaria rilevanza assume l'obiettivo di consentire l'installazione di applicazioni *solo* dall'*Apple store* (cui uno sviluppatore può inviare le proprie applicazioni soltanto dopo essere registrato ed aver pagato una quota, e le cui applicazioni risultano testate e controllate da *Apple* prima di essere messe in vendita), ovvero applicazioni create da aziende esterne per un utilizzo interno, ma che per essere installate richiedono l'installazione sul dispositivo di un certificato firmato dall'azienda stessa. Meno affidabile, per converso, è reputato il controllo sulla provenienza delle applicazioni nel sistema *Android*. Il sistema operativo *de quo*, infatti, se da un lato, si caratterizza per la possibilità di installare ed eseguire solo applicazioni che siano state firmate con un certificato digitale (il che dovrebbe assicurare un controllo sulla provenienza), dall'altro, diversamente da *Apple*, non obbliga gli sviluppatori *software* a registrarsi presso *Google* per ottenere un certificato: questi ultimi, dunque, possono generare un proprio certificato digitale senza controllo alcuno, sicché risulta sufficiente firmare un *malware* con un certificato anonimo per superare ogni controllo.³⁵⁰

Meno soddisfacente, peraltro, è reputato il livello di protezione caratterizzante anche *iOs* in riferimento alla *crittografia dei dati*³⁵¹ attesa la possibilità di bypassarlo in diversi modi. Ed invero, se da un lato, *iOS* si caratterizza per l'isolamento delle applicazioni (ogni singola applicazione risulta collocata in una cd. *sandbox*, sicché un'applicazione non può leggere o modificare i dati di altra, né sapere se una data applicazione sia installata o meno), dall'altro, le applicazioni possono accedere a dati

ufficialmente non più supportati dagli sviluppatori ed usati più raramente); un *iDevice jailbroken* rimane comunque in grado di lanciare ed aggiornare applicazioni comprate dallo store ufficiale. Si tratta, in definitiva, di una *modifica volontaria* da parte del proprietario volta a dare allo stesso il pieno controllo sul dispositivo, superando i controlli di sicurezza imposti, che sostanzia un processo diverso e ben distinto da quello di cd. *unbrick*: procedura che consente al primo avvio o dopo un ripristino di associare tramite *iTunes* la propria carta SIM al dispositivo e di scaricare i dati del relativo operatore telefonico, e da quello di quello cd. *di sblocco della Sim* che consente, nei Paesi in cui un dispositivo venduto da un determinato operatore telefonico può essere utilizzato in maniera esclusiva attraverso SIM di quello stesso operatore, di utilizzare il telefono anche con altri operatori.

³⁵⁰ Inoltre, uno sviluppatore che voglia vendere la propria applicazione sul sito ufficiale dell'*Android Marketplace* è costretto a registrarsi presso *Google* pagando una tariffa con la propria carta di credito, il che, per un verso, inibisce molti creatori di *malware* dall'uploadare le proprie creazioni sullo store ufficiale, per altro verso, consente ad un utente *Android* di installare le applicazioni da un qualsiasi sito invece che essere limitato all'*Android Marketplace* ciò che amplia, quindi, la possibilità di imbattersi in *malware*. Anche le maglie del controllo sulle applicazioni dell'*Android Marketplace*, del resto, risultano più larghe rispetto a quello dell'*Apple Store*: ciò ha permesso, non di rado, la messa in vendita sul primo di *malware* e *software* di *phishing*.

³⁵¹ Gli ultimi sistemi *iPhone*, *iPad* e *iPod* utilizzano un approccio *ibrido*. Esso prevede un sistema di cifratura AES-256 su tutti i dati salvati sulla memoria flash; inoltre *iOS* protegge alcuni specifici dati, come ad esempio le email, utilizzando un secondo strato di cifratura.

condivisi (quali *files* multimediali, calendario e *database* dei contatti) spesso contenenti informazioni sensibili. Inoltre, *iOS* si caratterizza per un sistema di permessi relativamente limitato: sono solo quattro, infatti, le risorse di sistema cui un'applicazione può accedere che richiedono un permesso specifico da parte dell'utente (accesso ai dati della posizione ottenuti dal GPS del dispositivo; ricezione di notifiche remote attraverso Internet; avvio di una chiamata verso un numero; invio di un'email o SMS); tutti gli altri accessi ai servizi del sistema o ai dati risultano esplicitamente permessi ovvero bloccati dalla politica di isolamento di *iOS*.

Tuttavia, tali criticità caratterizzano, ed ancor più marcatamente, anche *Android* che, pur impiegando un sistema di isolamento idoneo ad impedire che le applicazioni possano interferire con i dati di altre applicazioni, si caratterizza per la possibilità riconosciuta alle applicazioni di accedere ai dati salvati sulla *memory card*, alla lista delle applicazioni installate, nonché di lanciare una qualsiasi altra applicazione installata. Nel sistema *Android*, inoltre, un'applicazione non può fare molto in assenza di un previo ed esplicito permesso da parte dell'utente: ogni applicazione *Android*, infatti, contiene una lista di permessi necessari per poter funzionare ed al momento dell'installazione viene specificato all'utente di che tipo di permessi ha bisogno l'applicazione per essere eseguita, di talché quest'ultimo possa scegliere se concederli oppure se non installarla. La circostanza se, da un lato, pare indice della sicura presenza di un sistema di protezione "robusto", dall'altro ed in realtà finisce col sostanziare un elemento di vulnerabilità: il grado di sicurezza del sistema, infatti, risulta in buona sostanza rimesso ad una scelta dell'utente, non di rado sprovvisto di adeguate conoscenze tecniche necessarie per una decisione che possa dirsi consapevole.

Sotto il profilo della *crittografia dei dati*, la sicurezza costituisce, invece, il punto di forza di altro sistema operativo mobile pure assai diffuso: ancorché non immune da *malware*,³⁵² la piattaforma *Blackberry* utilizza infatti protocolli crittografici forti per comunicare con i server *Blackberry* e tutto il traffico passa attraverso server *Blackberry* dedicati (*Blackberry Network Operation Center, NOC*) che comunicano

³⁵² Si pensi ad *Inception*, *malware* scoperto nel corso del 2014 dalla società di sicurezza *Blue Coat Labs*, in grado di sfruttare una serie di falle presenti su *Android* e *BlackBerry* (anche i dispositivi *iOS* possono esserne infetti, ma soltanto se *jailbroken*), segnatamente di spiare letteralmente il dispositivo, tanto che pare sia stato utilizzato su smartphone appartenenti a militari, dirigenti d'azienda e politici. Sul punto si veda, DAN GOODIN, *Nation-backed malware targets diplomats' iPhones, Androids, and PCs*, in *Arstecnica*, dicembre 2014.

con il dispositivo soltanto attraverso un protocollo di crittografia molto robusto.³⁵³ Inoltre, il *Blackberry Enterprise Server* (BES), diversamente dai sistemi *iOs* ed *Android*,³⁵⁴ riconosce all'amministratore la possibilità di controllare ed impostare individualmente politiche di sicurezza per ogni singolo dispositivo *Blackberry*, nonché, di compiere la cancellazione totale di un dispositivo da remoto.³⁵⁵

³⁵³ La crittografia ed il sistema di comunicazione del *Blackberry* sono così robusti che diversi Paesi come Dubai, India e Arabia Saudita hanno chiesto (ma non ottenuto) alla RIM (*Research In Motion*, l'azienda produttrice) l'accesso al *Blackberry NOC* al fine di poter intercettare e controllare il traffico degli utenti *Blackberry* residenti in quegli Stati.

³⁵⁴ Possibilità queste che non risultano offerte nativamente, invece, né da *iOS* né da *Android*, risultando a tal fine necessaria l'installazione di specifiche applicazioni.

³⁵⁵ Un rilievo marginale nella problematica *de qua* assumono, allo stato, altri due sistemi operativi mobili. Sino al lancio sul mercato del recentissimo *Windows Phone 10* (presentato nel settembre 2014 e reso disponibile nel luglio 2015, ma soltanto nell'ottobre 2015 in Italia), infatti, *Windows Phone* (versioni 7 e 8) s'è caratterizzato come sistema volto più a fornire informazioni all'utente piuttosto che a consentire l'utilizzo di applicazioni. Ciò risulta comprovato dalla presenza, nelle versioni in parola, di un minore numero di applicazioni nel suo *store* rispetto ai principali concorrenti, dovuta al ritardato arrivo del sistema sul mercato rispetto a questi ultimi. Tale circostanza, se da un lato, ha rappresentato il problema principale per gli utenti di *Windows Phone*, dall'altro, in uno all'obbligo per l'utente di scaricare le applicazioni dallo *store Windows* ed al drastico approccio di *Windows* nei confronti della scheda memoria (all'atto dell'inserimento della scheda nel dispositivo infatti questo formatta la scheda stessa utilizzando un formato proprietario e generando una chiave di memoria associata con lo *smartphone* stesso che rende i dati contenuti nella scheda di memoria illeggibili per qualunque altro dispositivo) ha rappresentato il punto di forza sotto il profilo della sicurezza del sistema in quanto ha reso meno probabile l'installazione involontaria di *malware* da parte degli utenti. Sul punto, si veda: M. FITZSIMMONS, *Windows Phone has an app problem, but don't tell that to Microsoft*, in *Techradar*, marzo 2013; A. CHANG, *Microsoft Endlessly Disappoints With "New" Windows Phone Apps*, in *Wired.it*, marzo 2013; D. JOHONSON, *Microsoft has an app problem*, in *CBS news*, ottobre 2013. Il divario, sotto il profilo delle applicazioni utilizzabili, peraltro, s'è dapprima assottigliato nel corso del 2013 e del 2014 con l'arrivo di quasi tutte le principali applicazioni del mondo mobile e successivamente, con il lancio sul mercato di *Windows Phone 10*: allo stato risulta, tuttavia, arduo stabilire se ed in che misura tale ultima circostanza sarà idonea ad incidere sul grado di sicurezza caratterizzante il nuovo sistema. Sul punto, si veda: T. WARREN, *Why Microsoft is calling Windows 10 "the last version of Windows"*, in *The Verge*, maggio 2015; B. SIMONETTA, *Microsoft cambia il mondo degli OS: il 10 sarà l'ultimo Windows della storia*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 maggio 2015; M. DE MORI, *Perché Microsoft ha saltato Windows 9*, in *Wired.it*, 3 ottobre 2014; M. MUCHMORE, *Windows 10: How to Protect Your Privacy*, in *PCMag.com*, 7 agosto 2015.

Diverso il discorso, invece, per il sistema operativo mobile *Symbian*, ossia l'erede del sistema operativo EPOC, creato dalla Psion alla fine degli anni novanta per la sua linea di palmari. La sua nascita, in particolare, risale al giugno del 1998 con la creazione della compagnia indipendente *Symbian Limited* nata dalla cooperazione di diverse compagnie telefoniche e dalla stessa Psion. Nel giugno del 2008, Nokia ha comunicato l'intenzione di rilevare le quote azionarie delle altre società al fine di divenire l'unico proprietario del sistema operativo, ed una volta completata l'acquisizione, di renderlo *open source* con la creazione di *Symbian Foundation*. Nel 2011, tuttavia, la stessa Nokia ha annunciato, dapprima l'esternalizzazione totale dello sviluppo della piattaforma *Symbian* alla società Accenture e, successivamente, il 24 gennaio 2013, di non voler più utilizzare *Symbian* per i propri dispositivi. L'11 giugno 2013, quindi, è terminata la produzione di dispositivi dotati di *Symbian*, sicché dal 1° gennaio 2014 Nokia ha chiuso lo store *Symbian* e non accetta più nuovi contenuti per lo store *Symbian*, né aggiornamenti per le applicazioni già pubblicate.

Par. 7.3. Le variabili della sicurezza del pagamento dal punto di vista tecnologico: tipologie di utenti, licenze e canali trasmissivi.

Prima ancora che dalla *tipologia* del sistema utilizzato, la sicurezza del dispositivo, e quindi del pagamento veicolato, risulta condizionata dal suo *utilizzo*: non di rado, infatti, le falle nella sicurezza del sistema risultano causate da comportamenti poco accorti, se non addirittura fraudolenti, dell'utilizzatore. Diversi invero risultano i modelli di comportamento che, in linea teorica, un utente potrebbe adottare nei confronti del dispositivo mobile: l'utilizzatore di *smartphone*, infatti, potrebbe configurarsi come un utente *base*, un utente *standard*, ovvero, un utente *esperto*.

In disparte ogni considerazione in ordine alla prima categoria di utenti (comprensiva di coloro che utilizzano il proprio dispositivo unicamente per telefonare o inviare *sms*) attesa la scarsa conoscenza delle ulteriori modalità di utilizzo del dispositivo e dunque, del sistema di pagamento mobile, nonché in ordine alla seconda categoria (comprensiva di coloro che utilizzano *consapevolmente* tutte le funzionalità dello *smartphone*, quale installazione ed utilizzo di applicazioni, navigazione in rete, controllo della posta, etc.) attesa la consapevolezza dei rischi connessi all'utilizzo del dispositivo, è di tutt'evidenza che la seconda categoria di utenti rappresenta quella maggiormente interessata dalla problematica in parola e dunque, una sicura variabile suscettibile di incidere sull'effettiva sicurezza del pagamento veicolato dal sistema operativo mobile, attesa l'*imprevedibilità* delle azioni poste in essere. Si tratta di utenti che, non di rado, utilizzano le funzionalità dello *smartphone* ignorando i rischi connessi alle azioni compiute: si pensi alla (frequente) poco consapevole installazione di *malware* sul dispositivo, ovvero all'esposizione del proprio dispositivo a truffe generate da siti di *phishing* o simili, come evidente, facilmente suscettibili di determinare falle nel sistema di sicurezza.³⁵⁶ In quest'ottica, più che condivisibile

³⁵⁶ In particolare, una sicuro fattore di vulnerabilità può essere considerato l'installazione di applicazioni apparentemente utili, ma che funzionano in realtà come “*cavalli di Troia*” permettendo a malintenzionati l'accesso al dispositivo, ovvero inviando a terzi non autorizzati informazioni personali. Sul punto, peraltro, giova ricordare che il grado di rischio d'imbattersi in applicazioni malevoli varia al variare delle modalità con cui gli utenti ottengono le applicazioni che, a loro volta, risultano strettamente legate al modello di mercato delle applicazioni stesse. In linea generale esistono due diversi modelli di mercato: il primo che permette all'utente di acquistare ed installare applicazioni scaricabili da qualsiasi sito (si pensi, ad *Android*), ed il secondo cd. “*walled garden*”, che obbliga l'utente a comprare applicazioni soltanto dal sito del produttore (si pensi all'*Apple Store*). Un'applicazione infatti è generalmente creata da sviluppatori indipendenti e quando è messa in vendita sul sito ufficiale del produttore il relativo codice generalmente viene controllato: se l'applicazione contiene un codice malevolo, dunque, non viene messa in vendita. Ciò

appare l'opinione di chi, nel richiamare l'attenzione generale sulla *sensibilità* che ogni utente dovrebbe mostrare rispetto all'uso che fa del proprio *smartphone*, prospetta la diffusione di un *vademecum* per l'uso accorto di questo dispositivo che, come il PC, rappresenta oggi vero e proprio crocevia delle nostre relazioni ed informazioni personali, anche riservate.³⁵⁷

Ulteriore variabile suscettibile di condizionare la sicurezza del pagamento mobile è la *tipologia di licenza* dei diversi sistemi operativi. Nello specifico, se da un lato, l'utilizzo di licenze *open source* presenta indubbi vantaggi considerato che l'accesso al codice sorgente³⁵⁸ da parte degli sviluppatori di tutto il mondo aumenta la possibilità di individuarne errori e falle di sicurezza (con conseguente possibile correzione degli stessi in modo più rapido ed efficiente), dall'altro, l'approccio *open* determina anche la (più agevole) visibilità delle falle nella sicurezza e le rende quindi disponibili ad eventuali malintenzionati.³⁵⁹

Le licenze *proprietario*, invece, per un verso rendono il *software* sicuro considerate le maggiori difficoltà (derivanti dalla mancata conoscenza del codice sorgente) per un *hacker* di individuarne le falle, per altro verso si presentano scarsamente idonee a garantire la sicurezza del software, nel caso in cui venga rilevata la presenza di un *bug* o falla di sicurezza: il *software* proprietario, infatti, non risulta sviluppato da una comunità potenzialmente molto grande di programmatori, ma soltanto dal team (certamente più piccolo) della casa produttrice, sicché la correzione della falla rilevata

nondimeno, gli utenti possono scaricare ed installare applicazioni da qualsiasi sito web, sicché il rischio di installare un *malware* aumenta enormemente. Nel contesto di un mercato "*walled garden*", inoltre, un utente potrebbe compiere il *jailbreak* del proprio dispositivo, ossia rimuovere le limitazioni al fine di conseguire un controllo totale sul dispositivo, nonché installare applicazioni non certificate. In realtà, quindi, anche il solo utilizzo di un dispositivo aderente al modello di mercato "*walled garden*" non rappresenta garanzia di assoluta sicurezza.

³⁵⁷ In tal senso, PORTALE, *Il Mobile Payment in Italia: stato attuale e nuove opportunità*, in *Informatica e Docum.*, 2012, p. 28 ss.

³⁵⁸ Il *codice sorgente* (spesso detto semplicemente *sorgente* o *codice* o *listato*), in informatica, è il testo di un algoritmo di un programma scritto in un linguaggio di programmazione da parte di un programmatore in fase di programmazione. Il sorgente *scritto* deve essere opportunamente elaborato per giungere ad un programma eseguibile dal processore ponendosi, dunque, come punto di partenza (appunto "sorgente") dell'intero processo che porta all'esecuzione del programma stesso da parte dell'*hardware* della macchina, e che può includere altre fasi come *precompilazione*, *compilazione*, *interpretazione*, *caricamento* e *linking* (a seconda del tipo di linguaggio di programmazione utilizzato) per concludersi con l'*installazione*. Per estensione, l'espressione in parola è anche utilizzata per far riferimento al testo scritto in linguaggi informatici non di programmazione, come i linguaggi di *markup* (ad es. HTML, XML, etc.).

³⁵⁹ Si pensi ad esempio alla licenza di *Android*. In verità, recenti studi dimostrano che tale sistema, nonostante i proclami, non sia molto *open*, considerato che relativamente significativo risulta il grado di apertura del suo codice: l'intero processo di sviluppo, infatti, avviene a porte chiuse, e solo alcuni utenti selezionati dall'azienda possono accedere al codice; inoltre, anche il processo di contribuzione da parte degli utenti allo sviluppo risulta molto opaco. Sul punto, si veda: L. LAFFAN, *Open Governance Index*, in *VisionMobile*, luglio, 2011.

richiede generalmente tempi molto più lunghi (anche settimane), ciò che rende, nel mentre, l'applicazione o il sistema evidentemente più vulnerabile.

Da ultimo, non pare revocabile indubbio che una sicura variabile della sicurezza del sistema operativo mobile suscettibile di incidere sulla sicurezza del pagamento veicolato, sia rappresentata dalla sicurezza dei *canali trasmissivi*.³⁶⁰ Il protocollo *GSM*, ad oggi ancora il più diffuso al mondo,³⁶¹ se da un lato, assicura l'anonimato dell'identità dell'utente attraverso l'assegnazione di *identità temporanee*, dall'altro si presenta scarsamente idoneo a garantire un livello di sicurezza adeguato se riguardato sotto il profilo della cifratura delle comunicazioni e dei dati,³⁶² lasciando spazio ad

³⁶⁰ La sicurezza dei canali trasmissivi costituisce tematica distinta, ancorché connessa, rispetto alla sicurezza dei *protocolli applicativi*. Tra questi ultimi, il protocollo applicativo cd. *SSL* risulta robusto se riguardato sotto il profilo della sicurezza: nonostante esistano in letteratura alcuni tipi di attacchi a questo gruppo di protocolli, infatti, nessuno di questi attacchi ha rivelato gravi vulnerabilità di *SSL*. Inoltre tutti i tipi di attacchi conosciuti si basano su debolezze nell'implementazione piuttosto che su vulnerabilità gravi del protocollo in sé considerato. Il protocollo applicativo cd. *HTTPS* consiste, invece, in una combinazione di *HTTP* sopra *SSL/TLS*, utilizzata in maniera da ottenere una comunicazione cifrata ed un'identificazione sicura del *server* di rete. Se il certificato di sicurezza è genuino, tale protocollo risulta resistente agli attacchi: peraltro, lo stesso risulta vulnerabile ad un particolare tipo di attacco *Man-in-the-Middle* suscettibile di esser compiuto allorché l'attaccante risiede nella stessa *LAN* del client ed emette un certificato falso. Sul punto, si veda: DOBERITZ, *Cryptographic Attacks on and Security Flaws of SSL/TLS*, 2007; COLLEGATI, CERRONI, RAMILLI, *Man-in-the-Middle Attack to the HTTPS Protocol*, 2009.

Il protocollo applicativo *OTP (One-Time Password)*, infine, si caratterizza per l'utilizzo di algoritmi reputati sicuri: ad ogni autenticazione, infatti, il *server* controlla che la *password* sia calcolata con un passaggio in meno rispetto all'autenticazione precedente, rendendo di fatto impossibile per un attaccante scoprire la *password* usata allo *step* n+1 (che è la *password* calcolata dopo n-1 iterazioni) avendo ascoltato la *password* usata allo *step* n.

³⁶¹ *GSM* rappresenta la sigla di *Global System for Mobile Communications* (in origine *Groupe spécial mobile*), ed è lo standard *2G* (seconda generazione) di telefonia mobile che più di 3 miliardi di persone in 200 Paesi al mondo utilizzano, attraverso l'omonima rete cellulare. Successivi sviluppi del *GSM* sono stati il *GPRS (2.5G)*, che ha introdotto la commutazione di pacchetto e la possibilità di accesso ad Internet, e l'*EDGE (2.75G)* che ha incrementato ulteriormente la velocità di trasmissione del *GPRS*. Per utilizzare *GPRS* ed *EDGE*, che attualmente convivono con il *GSM*, la rete *GSM* ha necessitato di un *upgrade software* di alcuni apparati e di modifiche *hardware*: ciò ha reso questi nuovi standard particolarmente appetibili per le compagnie di telefonia mobile, le quali hanno potuto implementare servizi di accesso ad Internet affrontando costi nettamente inferiori rispetto all'*UMTS (3G)* che ha richiesto, invece, sostanziali modifiche agli apparati della rete *GSM*.

³⁶² Ed invero, nella cifratura delle comunicazioni, *GSM* utilizza cifrari a flusso *A5/1* e *A5/2* che non danno un'identificazione della rete. Inoltre, le chiavi di cifratura ed i dati di autenticazione sono trasmessi in chiaro tra ed all'interno delle reti, la cifratura non si estende fino all'interno della *core network* ed i dati sono trasmessi in chiaro attraverso i *link* a microonde, sicché non ne viene assicurata l'integrità. In tale contesto vi sono alcuni momenti, durante la comunicazione, in cui l'*International Mobile Subscriber Identity* è spedita in chiaro quando viene assegnata all'utente la sua *Temporary Mobile Subscriber Identity*, ciò che potrebbe permettere di risalire all'identità di un utente conoscendone l'identità temporanea. Sul punto, si veda: BOMAN, HORN, HOWARD, NIEMI, *UMTS Security*, in *Electronics and communication engineering journal*, ottobre 2002; BAIS, PENZHORN, PALENSKY, *Evaluation of UMTS security architecture and services*, in *International Conference on Industrial Informatics*, 2006.

attacchi di tipo *man-in-the-middle*.³⁶³ Assicura, invece, un maggior grado di sicurezza, l'evoluzione del protocollo GSM, ovvero, il protocollo *UMTS*³⁶⁴ che rappresenta lo standard di telefonia mobile cellulare 3G.³⁶⁵ Diversamente da GSM, infatti, UMTS fornisce una procedura di autenticazione per entrambe le parti, risolvendo quindi il problema dell'attacco di tipo *man-in-the-middle*.³⁶⁶ Ciò nondimeno, residuano taluni problemi: i dati dell'utente spediti via etere non sono protetti riguardo all'integrità dei singoli pacchetti; inoltre, poiché UMTS è progettato per interagire con GSM, resta ferma la possibilità di compiere per questa via un attacco di tipo *man-in-the-middle*.

In disparte ogni considerazione in ordine a taluni canali trasmissivi poco adatti alle transazioni mobili,³⁶⁷ infine, maggiore attenzione richiede, atteso il loro utilizzo

³⁶³ Tale locuzione, in informatica, indica un tipo di *attacco crittografico* in cui l'attaccante è in grado di leggere, inserire o modificare a piacere, messaggi tra due parti comunicanti tra di loro. In particolare, caratteristica è il non permettere che nessuna delle due sia in grado di sapere se il collegamento che li unisce reciprocamente sia stato effettivamente compromesso da una terza parte, ovvero appunto un attaccante. L'attaccante è così in grado di osservare, intercettare e replicare verso la destinazione prestabilita il transito dei messaggi tra le due vittime. Sul punto, si vedano MEYER, WETZEL, *A Man-in-the-Middle Attack on UMTS*, in *WiSe 2004 Proceedings of the 3rd ACM workshop on Wireless security*.

³⁶⁴ Il Sistema mobile universale di telecomunicazioni, noto anche come UMTS (sigla dell'*Universal Mobile Telecommunications System*), presenta la peculiarità di impiegare lo standard base W-CDMA che è più evoluto come interfaccia di trasmissione nell'accesso radio al sistema, compatibile con lo standard 3GPP e rappresenta la risposta europea al sistema ITU di telefonia cellulare 3G. L'UMTS si è ormai ampiamente diffuso nel mondo occidentale come successore o evoluzione del GSM, mentre la diffusione è tuttora in atto in Paesi del secondo e terzo mondo. In tempi recenti, è stato lanciato sul mercato occidentale anche la sua ulteriore evoluzione ovvero l'LTE noto anche come standard pre-4G. Ed invero, quest'ultima, dal punto di vista teorico, si colloca in una posizione intermedia fra le tecnologie 3G come l'UMTS e quelle di quarta generazione pura (4G) ancora in fase di sviluppo (LTE Advanced). Nonostante ciò, con l'intento di porre fine alla confusione tra l'utilizzo in marketing del termine 4G e la vera classificazione come 4G, l'ITU ha recentemente deciso di applicare il termine 4G anche all'LTE.

³⁶⁵ La locuzione *3G* (sigla di *3rd Generation*), nel campo della telefonia cellulare, indica le tecnologie e gli standard di terza generazione introdotte per la prima volta su scala commerciale dal Giappone nel 2005. Originariamente pensato per essere uno standard univoco ed unificato a livello mondiale, il 3G è stato in realtà implementato in quattro differenti standard: UMTS, CDMA 2000, TD-SCDMA, Wideband CDMA. Nello specifico, lo standard UMTS risulta quello prevalente nei Paesi dove viene usato il GSM (la maggioranza di quelli europei) ed è gestito dal 3GPP (organizzazione responsabile anche degli standard GSM, GPRS ed EDGE); gli operatori che hanno installato reti basate sullo standard CDMA 2000 (gestito dal 3GPP2, organizzazione separata ed indipendente dalla 3GPP, ed adottato dall'ITU), invece, sono prevalentemente in America, Giappone e Corea.

³⁶⁶ Del resto, riguardo alla cifratura, il protocollo 3G utilizza un cifrario *a blocchi* A5/3, che è molto più resistente rispetto ad A5/1 e A5/2; inoltre, è presente un meccanismo di integrità che fornisce protezione rispetto ad alcuni tipi di attacco attivo.

³⁶⁷ Il riferimento è, segnatamente, ai protocolli *Wi-fi* e *Bluetooth*. Nel primo caso, si tratta di una tecnologia (comprensiva dei relativi dispositivi) che consente a terminali di utenza di collegarsi tra loro attraverso una rete locale in modalità *wireless* (WLAN). A sua volta la rete locale così ottenuta può essere allacciata alla rete Internet per il tramite di un router e usufruire di tutti i servizi di connettività offerti da un Internet Service Provider. Qualunque dispositivo o terminale di utenza (computer, cellulare, palmare, tablet, etc.) può connettersi a reti di questo tipo, se integrato con le specifiche tecniche del protocollo Wi-Fi. Sotto il profilo della sicurezza, lo standard in parola si caratterizza per un protocollo di cifratura a sua volta caratterizzato dalla necessità di utilizzare una chiave pre-condivisa con chiunque abbia bisogno di utilizzare la connessione: in tal modo, peraltro, forte è il rischio che anche un attaccante abbia accesso alla chiave pre-

viepiù diffuso nell'ambito del *Mobile Payment*, l'analisi di altri due protocolli: il riferimento è, innanzitutto, al canale trasmissivo NFC (*Near Field Communication*), ma anche allo *Short Message Service* (SMS).

condivisa, con conseguente esposizione del sistema a facili attacchi (il cui costo di equipaggiamento necessario, inoltre, risulta assai modesto). Sul punto, si vedano HE, MITCHELL, *Security Analysis and Improvements for IEEE 802.11i*, in *Proceedings of 12th Annual Network and Distributed System Security Symposium*, 2005, p. 90-100.

Nel secondo caso, si tratta di uno standard tecnico-industriale di trasmissione dati per reti personali senza fili tra dispositivi diversi, attraverso una frequenza radio sicura a corto raggio. In particolare, *Bluetooth* cerca i dispositivi coperti dal segnale radio entro un raggio di qualche decina di metri mettendoli in comunicazione tra loro: si può trattare di palmari, telefoni cellulari, personal computer, portatili, stampanti, fotocamere digitali, console per videogiochi purché provvisti delle specifiche *hardware* e *software* richieste dallo standard stesso. Sotto il profilo della sicurezza, il suo utilizzo appare abbastanza sicuro, quantomeno finché il ricevente accetti connessioni provenienti soltanto da dispositivi conosciuti. Ciò nondimeno, tale standard risulta poco adatto alle transazioni mobili: *Bluetooth*, infatti, rivela troppe informazioni riguardo alla periferica che l'ha attivo, ciò che costituisce un evidente ausilio per un hacker; inoltre, eccessivamente lungo risulta l'intervallo di tempo (almeno 30 secondi) necessario per la scoperta degli altri dispositivi, anche se lo standard viene utilizzato senza l'associazione tra i dispositivi. Sul punto, si vedano: ZOLFAGHAR, MOHAMMADI, *Securing Bluetooth-based payment system using honeypot*, in *International Conference on Innovations in Information Technology*, 2009; DUNNING, *Taming the Blue Beast: A Survey of Bluetooth Based Threats*, in *Security & Privacy, IEEE*, vol. 8, cap. 2, p. 20-27, aprile 2010.

Par. 7.3.1. Segue. La sicurezza del canale trasmissivo NFC (Near Field Communication).

Come in precedenza osservato, la tecnologia NFC³⁶⁸ rappresenta una delle possibili tecnologie a supporto del *Mobile proximity Payment*. In particolare, i cellulari dotati della tecnologia in parola possono esser utilizzati a tutti gli effetti come strumenti di pagamento analoghi a quelli “tradizionali” (carte di debito o di credito): al momento di effettuare un pagamento, infatti, lettori appositamente predisposti “leggono” le informazioni contenute nel *chip* della SIM in cui risultano memorizzati, in modo confidenziale e protetto, i dati della propria carta (di credito o prepagata). Più dettagliatamente, NFC si basa su un *chip*³⁶⁹ che, dialogando con la SIM, può essere configurato per funzionare secondo *tre diverse modalità*: nel primo caso, cd. *card-emulation mode*, il cellulare viene riconosciuto dal *reader* come una carta “*contactless*”, sicché può “emulare” il funzionamento delle carte “tradizionali”. Nel caso del cd. *reader mode*, il cellulare si comporta come un *reader* e può leggere ed interagire con carte “*contactless*”. Nel caso, infine, del cd. *P2P mode*, il cellulare può comunicare con un altro cellulare.³⁷⁰

Considerata la primaria rilevanza dei beni virtualizzati, ossia contenuti nel *chip* della SIM *NFC abilitata*, e del carattere sensibile delle informazioni ivi memorizzate, particolarmente avvertita risulta, come evidente, l’esigenza di garantire nel contesto

³⁶⁸ Near Field Communication, standardizzata dal *Near Field Communication (NFC) Forum*, è stata fondata da Nokia, Philips e Sony nel 2004, e consente ad un cellulare di comunicare in prossimità con altri oggetti. Si tratta, in particolare, di una tecnologia che unisce la *volontarietà del gesto* alla *prossimità*: l’utente con un gesto volontario (“*tap*”) può avvicinare il proprio cellulare ad altri cellulari o ad altri oggetti per scambiare informazioni in maniera confidenziale e sicura. Con particolare riferimento al mercato dei servizi di pagamento, poi, tale tecnologia s’è sviluppata inizialmente, soprattutto in Asia: il gestore di telefonia giapponese *NTT DoCoMo* è stato, infatti, il primo operatore ad introdurre sul mercato cellulari dotati di tecnologia *Felica* (sviluppata da Sony), ossia caratterizzati dall’introduzione all’interno del telefono di un *chip* per i *contactless payment*.

³⁶⁹ Si tratta del cd. *Secure Element*: un *chip* resistente agli attacchi noti e contenente i dati sensibili necessari a portare a termine una transazione (chiavi private, firma digitale, identificativo dello strumento di pagamento, etc.).

³⁷⁰ Particolarmente complessa risulta, poi, la tecnologia sottesa ad un’applicazione NFC, in quanto formata da: un’applicazione sicura sul Secure Element (SIM) che gestisce le parti sicure della transazione (SIM Applet); un’applicazione di User Interface sul cellulare che gestisce l’interazione con l’utente (UI) e comunica con il SIM Applet (ad esempio per visualizzare alcune informazioni o abilitare alcune transazione come il pagamento prima di avvicinare il cellulare a POS o vedere la data di scadenza di un biglietto della metro); un’applicazione sul reader, pronta ad accogliere un “*tap*” dell’utente, e che interagisce in maniera *contactless* con SIM applet (ad esempio il POS o il tornello di una metro) e con i server di back-end applicativi; back-end applicativi di gestione (ad esempio i centri elaborazione dati delle banche o delle aziende trasporti); un applicativo di gestione delle applicazioni NFC, rappresentato dal *Mobile Wallet*.

della tecnologia in parola la *sicurezza* del sistema di pagamento e dei canali trasmissivi, nonché la *protezione dei dati personali* e la *prevenzione delle frodi*.³⁷¹ Ed invero, riguardata sotto il profilo della sicurezza, NFC si caratterizza per la circostanza che i dati veicolati possono essere ricevuti da un attaccante fino ad un raggio di 10 m e possono essere modificati. In altre parole, la tecnologia *de qua* sembrerebbe vulnerabile ad attacchi di tipo *Man-in-the-Middle* ed all’inserimento di pacchetti di dati all’interno del canale, sicché da più parti si suggerisce l’utilizzo di protocolli di sicurezza a livelli superiori.³⁷² Per altro verso, il ristretto raggio d’azione richiesto per compiere un attacco, in uno al ristretto tempo necessario per inizializzare una connessione, rappresenta il più evidente vantaggio del protocollo NFC. Peraltro, considerata la frequenza e la potenza operativa dello standard *NFC*, la distanza massima che consente di effettuare l’*eavesdropping* (ovvero, l’intercettazione dei segnali radio e la decodifica dei dati trasmessi) è di 10 m, ma soltanto con l’ausilio di antenne direttive con alto guadagno, amplificatore di segnale, etc. e soltanto se entrambi i dispositivi NFC funzionano in modalità attiva, ovvero trasmettono dati (come nel caso del *pairing* effettuato attraverso l’*NFC* tra due dispositivi). Nel caso in cui uno dei dispositivi NFC funzioni in modalità passiva (ovvero, si ponga in ascolto della comunicazione iniziata da un altro dispositivo, e risponda di conseguenza), infatti, la distanza massima che consente l’*eavesdropping* crolla ad 1 m. Tale ultima circostanza, come evidente, assume primario rilievo nell’ambito del *Mobile Payment*:

³⁷¹ Da ultimo si veda, *Nfc, croce e delizia dei pagamenti: facile da usare e nel mirino dei criminali*, in *Adnkronos*, 20 gennaio 2015. Tali esigenze, come evidente, vengono in rilievo anche per le carte di pagamento *contactless* in quanto anch’esse utilizzano la tecnologia *NFC*: sul punto, si veda P. D’ANGELO, *Carte di credito contactless, come le transazioni diventano a rischio*, in *Corriere della Sera*, 22 luglio 2014.

³⁷² Vanno diffondendosi, invero, soluzioni come “*NFCproxy*” che consentono di intercettare i segnali radio. Ciò nondimeno, secondo l’*Osservatorio NFC & Mobile Payment della School of Management* del Politecnico di Milano, è ampiamente dimostrata l’impraticabilità nel caso di pagamenti *NFC* di attacchi di tipo *Man-in-The Middle*, in cui un hacker che si interpone nella conversazione tra un client ed un server, inganna il server facendo da “passaparola” delle informazioni trasmesse dal client e nel frattempo carpendo l’informazione di interesse. Un attacco di questo tipo funziona, si osserva, solo se si soddisfano contemporaneamente i seguenti requisiti: il dispositivo “malintenzionato” dovrebbe essere posto tra il POS ed il telefonino *NFC*, assicurandosi che il POS ed il telefonino non riescano a comunicare direttamente, altrimenti si accorgerebbero dalla presenza di un terzo che “ripete la conversazione”. Dal momento che la tecnologia *NFC* ha una distanza massima di funzionamento di pochi cm (basti pensare all’esperienza comune, ad esempio alle tessere del trasporto pubblico urbano) è impensabile che si interponga fisicamente un dispositivo maligno tra i due, senza che esso sia visto; il dispositivo maligno, in ogni caso, dovrebbe rispondere al POS in modo tempestivo in modo che la transazione non vada in *timeout*, ed al contempo schermare la comunicazione diretta telefono – POS. Già la prima di queste due condizioni è poco realizzabile, dal momento che se i dati vengono veicolati attraverso un link wireless (*WiFi*), come nel caso di *NFCProxy*, i tempi di risposta del dispositivo maligno sarebbero incompatibili con i tempi di risposta imposti dal protocollo, che sono tenuti strettissimi proprio per avere la certezza che la comunicazione sia interamente avvenuta attraverso il canale *NFC*, che è un canale di prossimità (come dice l’acronimo stesso, *Near Field Communication*).

nei pagamenti NFC, infatti, soltanto il POS lavora in modalità attiva, mentre il dispositivo mobile lavora in modalità *card-emulation* che corrisponde ad una modalità di comunicazione passiva. In altri termini, il telefono opera come una qualsiasi carta di pagamento *contactless* e risponde con la sola energia raccolta dalla comunicazione del dispositivo interrogante (il POS), sicché un malintenzionato potrebbe “origliare” i dati veicolati dal POS fino a 10 m, ma i dati veicolati dal telefonino NFC possono essere colti solo fino ad un massimo di 1 m. Ne consegue che per poter ascoltare l’intera “conversazione” tra i due dispositivi al fine di carpire le credenziali scambiate, risulta necessario posizionare il proprio sistema di *eavesdropping* (ingombrante e visibilissimo, per via delle antenne ad alto guadagno) a meno di 1 m dal POS, situazione, in via generale, del tutto inverosimile in un scenario reale.

Parimenti remota, quantomeno in via teorica, appare la possibilità di appropriarsi dei dati di una carta di pagamento (cd. *skimming*) semplicemente avvicinando un lettore al telefonino (si pensi ad un malintenzionato che tenga attivo il proprio ricevitore NFC in posti affollati dove ci si ritrova molto vicini, come in bus, metrò, etc., al fine di impossessarsi delle informazioni contenute in telefoni NFC). Ed invero, l’applicazione di pagamento che ha i privilegi per accedere al *Secure Element* deve essere attivata dall’utente (come una normale applicazione) e mantiene i diritti di accesso al *secure element* entro un certo *time-out* (generalmente 60 secondi) trascorso il quale essa va riattivata con un *click*.³⁷³

Da più parti si paventa anche il rischio di interferenze/intercettazioni nella rete cellulare tali da consentire ad un malintenzionato di rubare i dati dello strumento di pagamento di un utente di un servizio di *Mobile Payment*, ovvero di errori o problemi generati dalla ricezione, durante una transazione di *Mobile Payment*, di un Sms o di una chiamata. Sul punto, peraltro, si evidenzia che durante un pagamento NFC, le informazioni vengono scambiate non attraverso la rete cellulare, ma, per l’appunto, attraverso una comunicazione NFC tra il POS ed il cellulare, con conseguente impossibilità di generare interferenze tra i due canali di comunicazione (quello GSM e quello NFC), mentre il conflitto tra applicazioni (di chiamata o messaging *vs* di pagamento) sarebbe del tutto inverosimile. Del resto, il cd. *Single Wire Protocol*,

³⁷³ Del resto, come in precedenza osservato, la piramide di sicurezza prevede che solo transazioni molto piccole (generalmente inferiori a 25€) e per cumulati di spesa molto contenuti (generalmente fino ad un massimo cumulato di 50€) possano avvenire senza l’inserimento di un PIN, così da replicare la praticità d’uso del contante, ma controllando comunque l’accumulo di transazioni. Questi parametri possono anche essere personalizzati dall’utente (in senso più restrittivo) impostando che la propria applicazione richieda un PIN per soglie più basse.

ovvero il protocollo fisico di comunicazione tra la SIM ed il cellulare, permette che la SIM possa essere utilizzata *contemporaneamente* per chiamare (ad es. conversando con un auricolare *bluetooth*) e per effettuare un pagamento.

In definitiva, il pagamento via Mobile NFC abilitato risulta molto sicuro, tale sicurezza risultando costruita attraverso una serie di elementi di controllo che sono radicati nelle scelte *hardware*, protocollari ed applicative che sono alla base della tecnologia in parola.

Minore, tuttavia, risulta il grado di sicurezza della tecnologia *de qua*, nel caso in cui ad essere compromesso risulti il *POS* di un esercente, generando un pagamento verso terzi senza il consenso di acquirente e venditore. Il caso in parola, teoricamente possibile, appare peraltro di difficile implementazione: i *POS*, infatti, per funzionare devono essere allacciati ad un circuito, che li identifica, censisce ed autorizza ad operare.³⁷⁴ In ogni caso, ammesso che ciò possa avvenire, il grado di rischio cui è soggetto l'utente titolare del telefono NFC abilitato non pare dissimile da quello connotante l'utilizzo di uno strumento di pagamento elettronico (bancomat o carta di credito) tradizionale. Lo stesso è a dirsi, del resto, per il caso di *clonazione* del telefono cellulare. Ed invero, se per un verso, l'elemento di sicurezza che contiene le credenziali, ovvero il *secure element*, costituisce elemento fisico separato e sicuro, per altro verso, esiste sempre la possibilità che i dati ivi contenuti possano essere estratti o che il *chip* sia clonato. Peraltro, se da un lato ciò contraddistingue anche le carte tradizionali con *chip*, dall'altro ed evidentemente, più difficile risulta la clonazione del telefono cellulare: appare quantomeno arduo, infatti, ipotizzare che ciò avvenga senza che i sistemi di sicurezza (che sono parte stessa del protocollo di pagamento, ossia il *PIN*) vengano violati, o ancora, senza che i servizi di sicurezza accessori avvertano l'utente (ad es. i servizi di *SMS alerting*).

Conclusivamente, appare più che condivisibile l'opinione propensa a reputare il *Mobile Proximity Payment* quale canale trasmissivo dotato di livelli di sicurezza superiori o quantomeno pari a quelli degli altri strumenti di pagamenti elettronici *Card Present* (quindi non i pagamenti online) garantiti dai tradizionali circuiti di pagamento,

³⁷⁴ Ciò nondimeno, all'ordine del giorno risultano le truffe ideate nelle pieghe della tecnologia: l'ultima tecnica messa in atto dai truffatori ha messo nel mirino proprio il sistema *contactless*. Un uomo spostandosi su un vagone di una metro con lo stesso dispositivo che solitamente si trova nei negozi e permette al cliente di pagare senza strisciare il bancomat (*POS* abilitato per pagamenti senza contatto che possono spingersi fino a 25€ senza bisogno dell'inserimento del *PIN*), usava appoggiarsi alle vittime per sottrarre denaro dal conto bancario. Sul punto si veda, VALENZA, *L'ultima truffa del bancomat col contactless*, in *ilG.it*, 16 febbraio 2016.

sulla base del rilievo che un telefonino, ossia un oggetto più “intelligente” di una carta di plastica, può solo innalzare il livello complessivo di sicurezza della transazione.³⁷⁵ Sullo sfondo, peraltro, la consapevolezza che la *sicurezza assoluta* della transazione rappresenta, per la moneta elettronica come per il contante, un *quid intrinsecamente irraggiungibile*: si pensi all’ipotesi in cui lo *smartphone* NFC abilitato venga posizionato, *involontariamente*, ad una distanza dal *reader* tale da poter generare il pagamento in prossimità con conseguente rischio di vedersi addebitato il costo di un bene servizio da altri fruito, ovvero ancor peggio, all’ipotesi in cui lo *smartphone* sia rubato o smarrito. Ciò nondimeno, non pare revocabile in dubbio che, diversamente dal contante, la moneta elettronica risulti provvista di strumenti più efficaci di tutela.³⁷⁶

³⁷⁵ In tal senso, G. MIRAGLIOTTA - V. PORTALE, *Osservatorio NFC & Mobile Payment*.

³⁷⁶ Ciò pare comprovato anche dai dati pubblicati dal Dipartimento del Tesoro che nel “*Rapporto statistico sulle frodi con le carte di pagamento*” mostrano chiaramente che pagare con bancomat, carte di credito e carte prepagate in Italia sta diventando sempre più sicuro: le frodi, infatti, con carte di pagamento sono in netta diminuzione e nel 2011 si sono registrate 284.339 “transazioni non riconosciute” per un valore di soli 52 milioni di euro, contro le 319.818 registrate nel 2010 corrispondenti a circa 60 milioni di euro di valore. Il tasso di frode per l’Italia nel 2011 (valore del frodato sul totale delle transazioni effettuate) risulta quindi pari a 0,0196% (in diminuzione, rispetto al tasso del 2010), molto inferiore all’analogo valore di UK (0,061%), Francia (0,061%) e Australia (0,051%). Oltre che rispetto al valore, anche rispetto al numero delle transazioni fraudolente il fenomeno risulta in calo, essendo la percentuale di operazioni non riconosciute nel 2011 sul totale delle transazioni effettuate scesa allo 0,0121%, circa il 14% in meno sul 2010, segno che le ultime innovazioni (carte con chip rispetto alla banda magnetica, utilizzo di PIN e ulteriori conferme per acquisti online, servizi di *alerting*, etc.) stanno operando efficacemente.

Par. 7.3.2. Segue. La sicurezza del canale trasmissivo SMS (Short Message Service).

Maggiori le criticità, invece, del canale trasmissivo SMS (*Short Message Service*)³⁷⁷ se riguardato dal punto di vista della *sicurezza*. Ed invero, le tecniche di protezione e riservatezza dei messaggi fanno leva *esclusivamente* sulla sicurezza della rete di comunicazione ove sono trasmessi; inoltre, il SMSC³⁷⁸ può in qualsiasi momento interrompere la disponibilità del servizio, non garantendo pertanto l'integrità del messaggio spedito. In altre parole, gli SMS non utilizzano misure di sicurezza generalmente utilizzate da altri protocolli, che prevedono l'impiego di una crittografia durante la trasmissione tale da rendere le informazioni leggibili solamente al possessore della chiave di decodifica del messaggio cifrato.³⁷⁹

Poiché, poi, ogni messaggio spedito è conservato all'interno del SMSC per un *intervallo di tempo limitato*, qualora non ne sia possibile l'inoltro immediato al destinatario il sistema presenta un significativo inconveniente: nel caso in cui il dispositivo ricevente non ritorni raggiungibile nel lasso di tempo in parola (si pensi all'ipotesi in cui il destinatario del messaggio si trovi in una zona non coperta dal segnale del SMS), non è più possibile consegnare l'SMS in quanto ormai eliminato dal centro servizi. A ciò s'aggiunge l'ulteriore inconveniente derivante dalla circostanza

³⁷⁷ SMS costituisce tecnologia che consente di ricevere ed inviare brevi messaggi, sfruttando l'utilizzo delle reti telefoniche. Il termine è comunemente usato per indicare non soltanto il servizio ma anche il singolo messaggio il cui nome corretto sarebbe, invece, SM (*Short Message*). Il servizio è stato originariamente sviluppato sulla rete GSM, ma risulta oggi disponibile anche su altre reti, come la UMTS ed alcune reti fisse. È possibile inviare SMS ad un telefono cellulare, nonché, da un computer, tramite Internet, e dal telefono di rete fissa. Si tratta del servizio più utilizzato, con una stima di 3,5 miliardi di utenti attivi, ovvero circa l'80% di tutti gli abbonati di telefonia mobile alla fine del 2010. Tra i principali vantaggi alla base della sua straordinaria diffusione come sistema di comunicazione, il basso costo rispetto ad una lunga telefonata nonché la possibilità di rendere la comunicazione *asincrona*, ossia di leggere il messaggio in un qualsiasi momento successivo alla ricezione. Il primo SMS della storia è stato inviato dall'ingegnere britannico Neil Papworth il 3 dicembre 1992 da un computer ad un cellulare sulla rete GSM Vodafone; il primo SMS da cellulare a cellulare, invece, è stato inviato all'inizio del 1993 da uno stagista Nokia.

³⁷⁸ I messaggi vengono inviati ad un Centro servizi, cd. SMSC (*Short Message Service Center*), cui spetta il compito di gestire l'instradamento e la consegna degli SMS, utilizzando un approccio di tipo *store-and-forward* (letteralmente, "immagazzina e rimanda"): il messaggio inviato viene ricevuto interamente, ma memorizzato *soltanto temporaneamente*, ossia finché il dispositivo ricevente non diventa disponibile per la rete, rendendo così possibile l'inoltro. Il messaggio inviato inizialmente può attraversare uno o più centri servizi SMSC, realizzando una sorta di "ponte", da stazione a stazione, in grado di raggiungere il destinatario finale. Nel caso in cui, quindi, il dispositivo destinatario non sia raggiungibile (per una qualsiasi causa), il centro servizi conserva il messaggio per un certo intervallo di tempo, decorso il quale provvede alla sua eliminazione.

³⁷⁹ Per la tecnologia in parola è previsto, invece, un cd. *cyclic redundancy check*, ossia un *controllo di ridondanza ciclico* che permette di rilevare modifiche involontarie su dati grezzi, consentendo ai messaggi brevi in transito sul canale di trasmissione di poter arrivare a destinazione senza essere danneggiati.

che il messaggio, una volta inviato, potrebbe attraversare diversi centri servizi collegati fra loro che provvederanno all'inoltro del testo non appena le condizioni opportune saranno soddisfatte, con conseguente rischio di non garantire la tempestività della consegna. In altre parole, gli SMS offrono un servizio in modalità cd. *Best-effort*, ovvero non forniscono di fatto alcuna garanzia in ordine all'effettività ed alla tempestività della consegna dei dati, di fatto variabili al variare del traffico di rete.

In definitiva, gli SMS possono essere *manomessi*, *falsificati* o ancora *persi* o *non pervenire tempestivamente*, e ciò non necessariamente in presenza di un attacco.³⁸⁰

Dall'assenza di una forma di crittografia funzionale alla protezione del contenuto e dalla circostanza che i messaggi risultano memorizzati all'interno dei SMSC sotto forma di testo prima di essere consegnati al destinatario, invero, consegue la possibilità di intercettarli e spiarli durante la loro trasmissione.³⁸¹ Riguardato dal punto di vista della sicurezza, dunque, SMS costituisce protocollo che, non fornendo di per sé adeguate garanzie, risulta strettamente dipendente dall'implementazione che ne viene fatta dal fornitore del servizio. In tale contesto, non sorprende allora il recente tentativo di introdurre un nuovo protocollo, cd. SSMS (*secure short message service*), che, allo scopo di garantire adeguata protezione, segnatamente per i pagamenti di tipo mobile,

³⁸⁰ Si pensi allo *spoofing*, tecnica di falsificazione di pacchetti che permette di far apparire una trasmissione di dati ritenuta sicura, perché proveniente da una fonte attendibile, una comunicazione falsificata, perché proveniente invece da un soggetto che punta a violare la sicurezza del destinatario. Lo *spoofing* consente di stabilire una connessione fra due utenti, su una stessa rete, in cui l'unico modo sicuro per bloccare un messaggio falsificato è dato dal verificare l'autenticità del soggetto mittente e controllare che le informazioni contenute nell'SMS provengano effettivamente da un percorso veritiero ed affidabile.

Il *Dos* (Denial of Service) è, invece, un attacco che prova ad impedire agli utenti proprietari dei dispositivi mobili di poter accedere ai servizi di rete. Questa tecnica è realizzabile perché la debolezza del protocollo SMS consentirebbe ad un utente malintenzionato di attaccare il telefono utilizzando l'invio di messaggi ripetuti, inondando così tanto la rete da non poter più rendere accessibile il dispositivo mobile. Visto che i messaggi e le chiamate vocali vengono trasmessi all'interno del medesimo canale, l'inondazione di questo, ad esempio con SMS, non darebbe la possibilità di poter utilizzare il servizio opposto, ovvero le chiamate. È stato possibile assistere ad un attacco di questo genere, nell'isola di Manhattan, dove l'invio di 165 messaggi di testo al secondo fu sufficiente per rendere inutilizzabili tutti i telefoni.

L'*SMS Phishing* (dall'unione del termine SMS e *phishing*, da qui il termine *Smishing*) è un attacco in cui il soggetto malintenzionato invia un SMS contenente un *link* fasullo che rimanda, o all'apertura di una pagina web, simile a quella di un sito conosciuto, ma prontamente contraffatto, oppure al *download* di una applicazione *malware* (applicazione *software* malevola) sul proprio dispositivo mobile. Grazie a questa falsificazione riescono a spingere l'utente ignaro, garantendogli ovviamente un qualsiasi vantaggio, ad inserire informazioni personali in grado di poter essere utilizzate dagli attaccanti, per poter commettere successivamente truffe informatiche, come per esempio attivare un servizio di abbonamento non richiesto dalla vittima ed iniziando così purtroppo, a sottrargli ingenti somme di denaro dal credito telefonico o da altri strumenti di pagamento collegati.

³⁸¹ Ciò, in particolare, risulta possibile per gli utenti del centro servizi che hanno accesso al sistema. Allo stato, peraltro, già esistono *programmi spia* che consentono di registrare tutti gli SMS inviati e ricevuti, memorizzandoli su un *file* copiato su un *server* remoto, in maniera da garantire successivamente la visualizzazione: un esempio è dato da *Flexispy8*, un *software* in grado di poter spiare alcune applicazioni di messaggistica.

fa leva sulla generazione di una *crittografia a chiave asimmetrica* (ovvero chiave doppia, pubblica e privata), nonché sull'emissione un *certificato* per la chiave pubblica di ogni utente.³⁸²

³⁸² Recente esempio di tale modalità di pagamento può esser considerato il servizio *Cash-Mobile*, brevettato dall'azienda *4Tech+*. Questo sistema si basa su un'architettura *client-server*, dove il *client* è una applicazione che risiede fisicamente sul dispositivo utilizzato, che si occupa di gestire l'interfaccia e la criptazione dei dati, mentre il *server* si occupa della comunicazione con la struttura di pagamento (Banca, Pos, società carta di credito, PayPal). Il soggetto che vuole utilizzare questo servizio, deve registrarsi su *Cash-Mobile*, inviando, tramite Internet, informazioni personali ed indicando oltre al numero del cellulare, le strutture di pagamento di cui vuole servirsi. Successivamente questa persona riceverà un SMS contenente un *link* che gli consentirà di scaricare l'applicazione ed installarla, ed una volta effettuato il primo accesso sarà possibile terminare la registrazione, impostando un codice PIN (*Personal Identification Number*) scelto appositamente dall'utente. Per gli acquisti, basterà che il negoziante invii i dati necessari per la transazione a *Cash-Mobile*, tramite un cellulare o qualsiasi altro dispositivo mobile. *Cash-Mobile* provvederà ad inviare a sua volta il messaggio di richiesta al cliente, sul numero di cellulare scelto precedentemente, con le informazioni dell'acquisto, ed a questo punto l'utente potrà dare conferma inserendo il proprio codice PIN. Questo servizio, a differenza di altri, è basato su crittografia a doppia chiave (asimmetrica) che consente di avere un grado di protezione elevato; inoltre, le comunicazioni riguardanti le transazioni avvengono attraverso SMS cifrati. I vantaggi che contraddistinguono questo sistema di pagamento sono dati da fattori che consentono l'avvio della transazione da parte del venditore e mai da parte del compratore, dalla comunicazione tra client e server che avviene esclusivamente tramite SMS *push* cifrati, e dalla possibilità di decisione del PIN da parte del cliente, senza quindi la possibilità che qualcuno diverso dal proprietario ne entri in possesso. Ulteriore vantaggi sono la trasparenza del servizio per venditore e cliente, considerato che a quest'ultimo spetta la decisione di inserire il PIN o meno per poter procedere all'acquisto, e l'adattamento all'ambiente circostante, considerato che il pagamento richiede soltanto l'utilizzo di un dispositivo mobile, è più semplice utilizzarlo per vendite che richiedono una disponibilità di spazio limitato.

Par. 8. La protezione dei dati personali e la prevenzione delle frodi nell'ambito dei servizi di *Mobile Remote Payment*: il provvedimento generale del Garante della privacy n. 258 del 22 maggio 2014.

Come in precedenza osservato, la sicurezza della transazione nell'ambito dei servizi di *Mobile Proximity Payment* risulta strettamente legata alla sicurezza delle nuove tecnologie implementate (innanzitutto, *NFC*) dalla quale dipende, in ultima istanza, anche la possibilità in concreto di arginare le frodi nonché di tutelare i dati sensibili degli utenti, attesa l'assenza di un organico quadro normativo di riferimento.

Peraltro, la presa di coscienza che la diffusione del *Mobile Payment* sta radicalmente innovando il commercio tradizionale ed elettronico determinandone, anche nel nostro Paese, una profonda rivoluzione, ha indotto il Garante della privacy ad individuare, in tempi recenti, le prescrizioni dirette ai diversi soggetti coinvolti nelle operazioni di pagamento tramite telefonia mobile, al fine di prevenire i rischi connessi ad un utilizzo improprio dei dati personali degli utenti, segnatamente degli utenti che intendono avvalersi del *Mobile Remote Payment*.³⁸³ Ed invero, la profonda innovazione del commercio tradizionale ed elettronico è andata di pari passo con l'enorme crescita della mole di dati trattati connessa al *Mobile Payment* ed al conseguente ricorso a reti di comunicazione elettronica che comportano il trattamento di dati personali dell'utente non solo identificativi, ma anche potenzialmente *sensibili*.³⁸⁴ A seguito

³⁸³ Per la verità, il primo provvedimento in tale direzione è datato 10 luglio 2014. In questa data, infatti, il Garante per la protezione dei dati personali, al termine di approfondita istruttoria condotta a livello europeo e nazionale iniziata nel 2012, con il "*Provvedimento prescrittivo nei confronti di Google Inc. sulla conformità al Codice dei trattamenti di dati personali effettuati ai sensi della nuova privacy policy*" adottato in data 10 luglio 2014, ha individuato le regole per assicurare maggiore trasparenza e garanzie nel trattamento dei dati personali degli utenti delle diverse funzionalità offerte da Google, individuando dettagliate modalità per rendere agli utenti l'informativa *online* e acquisirne il consenso. Tale provvedimento presenta aspetti di interesse generale, in quanto rappresenta uno dei primi interventi concreti, in tutta Europa, in grado di fornire delle vere e proprie linee guida tecniche a tutte le imprese *web* che operano nell'ambito del *behavioural advertising* raccogliendo i dati personali degli utenti (siti *web* preferiti, eventuali acquisti *online*, gusti e preferenze, etc.) per finalità di profilazione e pubblicità mirata, anche mediante l'integrazione ed il raffronto con le diverse funzioni e servizi offerti all'utente.

³⁸⁴ Secondo BOGNI - DEFANT, *Big Data: diritti IP e problemi della privacy*, in *Dir. Industriale*, 2015, 2, p. 117, "Non è azzardato affermare che i *Big Data* sono i giacimenti petroliferi del Terzo Millennio, giacimenti che abbiamo appena iniziato a sfruttare". "Con l'avvento dell'era digitale", osservano gli autori, "l'umanità ha infatti raggiunto una capacità di generare, acquisire, immagazzinare e processare quantità di dati inimmaginabile anche solo fino ad un decennio fa. Si stima che, nel 2013, la quantità di informazioni "stoccate" nel Mondo equivalesse a 1200 *exabyte*, dei quali solo il 2% non in forma digitale (giornali, libri, stampe fotografiche ecc.). Per dare un'idea della progressione del fenomeno, basti pensare che nel 2007 la mole di dati ammontava a 300 *exabyte*, con un 7% di informazioni non digitali, percentuale che si attestava ancora al 25% nel (non remoto) anno 2000." [...] "Le fonti di provenienza dei "Big Data" sono le più

dell'avvio dell'operazione di acquisto del bene l'operatore, infatti, oltre ai dati relativi alla data ed all'ora della transazione, a quelli che riguardano l'indicazione del prodotto richiesto ed il relativo importo, acquisisce il numero di telefonia mobile dell'utente, i relativi dati anagrafici, nonché quelli legati al contratto di attivazione del servizio.³⁸⁵ E' di tutt'evidenza, dunque, la varietà e molteplicità dei dati suscettibili di trattamento nel quadro delle operazioni di *Mobile Payment*, sicché più che concreto appare il rischio di pregiudicare diritti e libertà fondamentali, nonché la dignità dei soggetti interessati.

Con l'obiettivo, allora, di contemperare l'esigenza di assicurare la protezione di dati sensibili e di non ostacolare lo sviluppo del mercato digitale il Garante della privacy ha definitivamente³⁸⁶ adottato il provvedimento n. 258 del 22 maggio 2014 recante un primo quadro organico di regole per il trattamento dei dati personali nell'ambito dei servizi di *Mobile Remote Payment*. Le misure a tutela della *privacy* sono destinate a tutti i soggetti coinvolti nella fornitura del servizio di micropagamento: gli *operatori di comunicazione elettronica* (ovvero, le compagnie telefoniche che forniscono il servizio di pagamento tramite cellulare), gli *aggregatori* (ovvero, le società che forniscono l'interfaccia tecnologica),³⁸⁷ i *venditori* (ovvero, le aziende che offrono contenuti

disparate: motori di ricerca, siti Internet sui quali operano i cosiddetti "cookies", che memorizzano le visite e le operazioni effettuate dagli utenti, social network, le carte fedeltà dei negozi ed il cosiddetto "Internet delle cose", con dispositivi che rilevano e inviano informazioni, a partire dalle App dei cellulari, che registrano posizione, attività e numerosissimi altri dati. I "Big Data" hanno un valore economico (e non solo) relevantissimo sia sul piano più facilmente immaginabile (e avvertito come preoccupante) della profilazione degli utenti al fine di proporre pubblicità mirata, sia perché la possibilità di analizzare enormi quantità di dati consente di rilevare correlazioni fra fenomeni, mettendo in mano a chi abbia la capacità di analizzare tale mole di dati una "sfera di cristallo", che fornisce previsioni con un alto livello di probabilità statistica."

³⁸⁵ Ed invero, osserva il Garante all'art. 5 del *provvedimento n. 258 del 22 maggio 2014*, "attraverso il *mobile remote payment* vengono trattate numerose informazioni riferibili all'utente che riguardano, in particolare, i dati relativi alla numerazione telefonica, i dati anagrafici, i dati legati alla tipologia del servizio o del prodotto digitale richiesto ed al relativo importo. Ad essi si aggiungono i dati inerenti alla sottoscrizione ed alla revoca del servizio, quelli relativi agli addebiti degli acquisti nella fattura o sulla carta prepagata e, eventualmente, quelli di posta elettronica richiesti per una maggiore fruibilità del contenuto digitale, nonché l'indirizzo IP dell'utente. Ai suddetti dati se ne possono peraltro aggiungere altri, anche di natura sensibile (art. 4 co. 1, lett. d del Codice), legati alla fruizione del contenuto o del servizio digitale."

³⁸⁶ Con provvedimento n. 546 del 20 novembre 2014, invero, il Garante della privacy ha *prorogato* il termine precedentemente fissato per l'attuazione delle prescrizioni del provvedimento n. 258 del 22 maggio 2014 in materia di *mobile remote payment* al 31 marzo 2015 al fine di consentire, a tutti i soggetti coinvolti nelle operazioni di *mobile remote payment*, l'attuazione delle suddette prescrizioni, ed attesa la relativa istanza da parte di ASSTEL (l'Associazione rappresentativa, nel sistema di Confindustria, delle Imprese della filiera delle telecomunicazioni) dovendosi ancora adottare significativi adeguamenti quali: "la revisione di tutti i messaggi scambiati tra Operatori e Merchant di cui al punto 6.4 del Provvedimento"; "la revisione della classificazione dei servizi in abbonamento acquistati dai clienti di cui non si potrà conoscere il contenuto (...); "gli altri adeguamenti tecnici necessari anche con riferimento ai servizi Adult."

³⁸⁷ L'aggregatore o *hub* tecnologico, è normalmente il soggetto (o i soggetti) cui è affidata la realizzazione di una serie di attività legate all'operatività della piattaforma tecnica che rende disponibili contenuti digitali

digitali e servizi),³⁸⁸ nonché tutti gli *altri soggetti eventualmente coinvolti* nella transazione (come quelli che consentono, anche tramite apposite *app*, l'accesso al mercato digitale).³⁸⁹

attraverso il ricorso al *mobile remote payment*. All'aggregatore può competere infatti, tra le possibili attività da svolgere, la gestione del processo di acquisto del bene digitale e del processo di disattivazione del servizio, la creazione dell'interfaccia di *customer relationship management* destinata ai call center di ciascun operatore, l'eventuale attività di reportistica destinata alla funzione marketing, nonché la gestione di un cruscotto *self care* attraverso il quale il singolo utente può verificare, in ogni momento, il dettaglio dei propri acquisti e dei relativi addebiti. Tale ultima modalità può consentire inoltre, allo stesso utente di disattivare il servizio, nonché all'aggregatore di fornire un'apposita interconnessione che permette anche ai *customer care* degli operatori la consultazione dello storico degli acquisti effettuati dai clienti con i diversi *merchant*. Nell'ambito dell'attività di gestione all'aggregatore è poi generalmente attribuita la funzione di conservazione di tutti gli *sms* di attivazione e disattivazione del servizio.

Con specifico riguardo all'attività di reportistica l'aggregatore può provvedere anche alla realizzazione dei report di verifica che contengono, in forma aggregata, i dati relativi al totale delle transazioni effettuate dagli operatori in un determinato lasso di tempo, nonché i dati inerenti alla spesa complessiva realizzata rispetto ad ogni singolo *merchant*. Detti report vengono normalmente inviati sia agli operatori che ai *merchant*. L'invio a questi ultimi permette infatti di valutare tutti i dati relativi agli acquisti, ai fini dell'emissione delle relative fatture e della definizione degli importi da percepire una volta detratte le royalties destinate agli operatori. Su richiesta dell'operatore, poi, l'aggregatore può produrre anche un report dettagliato sui clienti che hanno effettuato degli acquisti sui siti web dei *merchant* attraverso il *mobile remote payment*, con indicazione del numero di telefonia mobile e del prodotto o servizio digitale acquistato. In tal caso, secondo l'art. 7 del *provvedimento n. 258 del 22 maggio 2014*, le informazioni che l'aggregatore invia all'operatore, con riguardo al prodotto o servizio digitale, non devono riguardare lo specifico contenuto richiesto dall'utente, ma riferirsi esclusivamente alla classe o al genere di appartenenza del servizio o prodotto, ovvero al servizio in abbonamento.

³⁸⁸ Nell'ambito del *Mobile Remote Payment*, viepiù crescente è divenuta la platea di *merchant* che aderiscono al servizio (dal settore editoriale, a quello dei contenuti multimediali in modalità streaming, broadcasting quali serie tv e Film, nonché download, giochi, community e servizi inerenti). Il servizio offerto risulta fruibile dal cliente sia da web, sia da dispositivo mobile. Nel primo caso, attraverso l'uso del personal computer (ricorrendo alla linea ADSL o wireless) i prodotti possono essere acquistati dall'utente collegandosi direttamente al sito del *merchant*: è l'utente stesso ad inserire, in un apposito form, nella pagina web del *merchant*, il proprio numero di telefonia mobile e l'operatore telefonico di riferimento; terminata questa fase, il sistema verifica la corretta associazione tra il numero telefonico e l'operatore e reindirizza l'utente su una pagina web del soggetto aggregatore; contestualmente, l'utente riceve un sms sul numero indicato, contenente un PIN che funge da password ed abilita all'acquisto, una volta inserito in un apposito form presente all'interno della suddetta pagina web; eseguita tale operazione, l'utente riceve un sms di conferma dell'acquisto. Se si utilizzano, invece, *dispositivi mobili* la procedura prevista per l'attivazione del servizio risulta essere più veloce in quanto, una volta che l'utente abbia inserito nella pagina web del *merchant* il numero di telefonia mobile e l'operatore di riferimento è quest'ultimo ad effettuare immediatamente l'associazione tra il terminale mobile ed il numero di telefono.

In alcuni casi, poi, l'utente può avvalersi anche di un'opzione "multicanale" che consiste nella possibilità di fruire del contenuto digitale da più terminali. In tale ipotesi l'utente deve effettuare una registrazione al sito del *merchant*, fornendo anche il proprio indirizzo di posta elettronica che può essere utilizzato da quest'ultimo sia per comunicazioni di servizio, sia come chiave identificativa.

Nel contesto delle suddette operazioni, come evidente, i dati trattati dal *merchant* risultano essere molteplici e riguardano il numero di telefonia mobile indicato dall'utente all'atto dell'acquisto del contenuto digitale, ovvero comunicato dall'operatore, la data e l'ora dell'operazione, la descrizione del bene acquistato ed il relativo importo, l'identificativo della sessione e l'indirizzo IP, nonché, in alcune ipotesi, l'indirizzo di posta elettronica dell'utente.

³⁸⁹ Sotto il profilo *soggettivo*, peraltro, particolarmente avvertita dal Garante è la preoccupazione di non limitare alle sole categorie soggettive in parola l'applicazione del provvedimento. Tanto, invero, pare desumersi dalla precisazione contenuta all'art. 3 del *Provvedimento*, ove si legge che "le suddette

Più dettagliatamente, è innanzitutto prescritto per l'*operatore* un *obbligo di informativa*: gli utenti devono essere quindi informati in ordine alle modalità di trattamento dei propri dati, e ciò sin dalla sottoscrizione o adesione al servizio di pagamento da remoto.³⁹⁰ Peraltro, poiché all'*aggregatore* può essere riconosciuta, sulla base di specifici accordi contrattuali con l'*operatore* ed il *merchant*, la possibilità

considerazioni non intendono, tuttavia, limitare l'applicazione del presente provvedimento, il quale si rivolge all'intero contesto in cui può realizzarsi un'operazione di mobile remote payment volta all'acquisto di beni e servizi digitali, quindi anche attraverso altri scenari tecnologici ed altre configurazioni soggettive. Difatti sono da considerarsi ricompresi, nell'ambito di riferimento delle misure che vengono indicate dall'Autorità, anche altri soggetti diversi dagli operatori telefonici, dai merchant e dagli aggregatori, i quali, tramite proprie applicazioni ovvero applicazioni sviluppate da terze parti abilitate, consentono l'accesso ad un mercato di beni digitali, offrendo all'utente la possibilità di acquistare contenuti, giochi o programmi informatici di varia natura mediante l'utilizzo del credito telefonico".

³⁹⁰ Secondo l'art. 6 del provvedimento n. 258 del 22 maggio 2014 "Con riguardo alle operazioni di acquisto di beni e servizi digitali attraverso il *mobile remote payment* l'operatore deve rendere agli utenti un'*informativa chiara e completa degli elementi di cui all'art. 13 del Codice*. In particolare, oltre al richiamo alla finalità di erogazione del servizio attraverso la nuova modalità, l'*informativa* deve specificare se i dati personali dell'utente sono trattati anche per scopi ulteriori, ovvero per finalità di marketing, quali invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale (ex artt. 7, comma 4, lett. b e 140 del Codice), specificando, se le suddette attività vengono effettuate anche attraverso il ricorso a modalità automatizzate di contatto (quali, ad esempio, fax, email, sms o mms).

Un ulteriore richiamo deve riguardare i *trattamenti di profilazione*, anche nell'ambito di eventuali programmi di fidelizzazione e di comunicazione dei dati a soggetti terzi. Rispetto a tale ultimo profilo l'*informativa* deve chiarire che la trasmissione del numero di telefonia mobile dell'utente al *merchant* nell'ambito delle operazioni di *mobile remote payment* è effettuata esclusivamente per consentire a quest'ultimo un'efficace gestione del servizio con riferimento alle necessarie attività di assistenza alla clientela.

Sia nel caso in cui vengano svolte attività di marketing, sia in quello in cui si effettui un'attività di profilazione o, ancora, di comunicazione dei dati a terzi, nell'*informativa* rilasciata dall'operatore dovrà risultare chiaramente che dette attività possono svolgersi solo previa acquisizione del *consenso espresso*, libero e specifico dell'utente per ciascuna finalità del trattamento, sulla base di quanto dispone l'art. 23 del Codice e, nel caso in cui si ricorra a modalità automatizzate di contatto, sulla base dell'art. 130 del Codice, tenuto conto di quanto evidenziato dall'Autorità nel citato provvedimento del 15 maggio 2013.

Un'ulteriore, esplicita, indicazione deve poi riguardare l'esercizio da parte dell'utente dei diritti sanciti dall'art. 7 del Codice. Nell'*informativa* deve inoltre emergere la chiara indicazione del titolare del trattamento e del soggetto o dei soggetti designati responsabili ai sensi dell'art. 29 del Codice, in particolare avuto riguardo al ruolo dell'*hub* tecnologico che può anche agire in veste di responsabile esterno del trattamento, nonché dei soggetti incaricati del trattamento ai sensi dell'art. 30 del Codice. Analogamente, deve risultare chiaro all'utente l'eventuale rapporto di co-titolarità tra l'operatore ed il *merchant*. L'*informativa* deve anche richiamare l'eventuale utilizzo di dati di natura sensibile da parte dell'operatore e le relative modalità di trattamento.

L'*informativa* deve essere rilasciata al momento dell'iscrizione o adesione dell'utente ai servizi fruibili tramite *mobile remote payment*.

Posti i vincoli di spazio, legati alle dimensioni degli schermi dei terminali mobili normalmente utilizzati per la fruizione di tali servizi, all'*informativa* deve essere data idonea evidenza adottando, in particolare, una formula basata sull'approccio cd. *layered*, ovvero a strati. In tal senso, all'utente dovrà essere fornita una prima *informativa* breve, contenente il riferimento agli elementi essenziali del trattamento (tra i quali almeno, l'indicazione delle finalità e gli estremi identificativi del titolare), da inserirsi all'interno di un'apposita sezione della pagina web dell'operatore, ovvero nella *landing page* predisposta dall'aggregatore ed un'ulteriore *informativa*, più lunga e dettagliata, alla quale il cliente potrà accedere selezionando, nella suddetta pagina, uno specifico link."

di rendere direttamente disponibili i prodotti ed i servizi normalmente offerti da quest'ultimo,³⁹¹ anche costui può esser chiamato ad operare come *titolare autonomo del trattamento*: in tale veste deve, dunque, provvedere a rilasciare all'utente un'adeguata ed esaustiva informativa che, oltre a contenere tutti gli elementi caratterizzanti l'informativa dell'operatore, deve anche essere adeguatamente evidenziata.³⁹²

Chiaramente volte alla prevenzione del rischio di cd. *profiling* dell'utente appaiono, poi, le prescrizioni in tema di *consenso* e *conservazione* dei dati. Sotto il primo profilo, infatti, il consenso³⁹³ dell'utente è *obbligatorio* per la comunicazione dei dati personali a terzi, oppure, in caso di loro utilizzo per attività di marketing e profilazione.³⁹⁴ In riferimento alla *conservazione*, invece, i dati degli utenti trattati nell'ambito delle operazioni di *Mobile Remote Payment* dagli operatori, dagli aggregatori e venditori,

³⁹¹ A tal fine l'aggregatore può svolgere una serie di attività quali l'organizzazione e l'offerta del contenuto digitale al cliente, l'assistenza al medesimo (in genere previa attivazione di un apposito numero telefonico e/o di un indirizzo e-mail), la realizzazione di eventuali campagne o iniziative di comunicazione promozionale sul contenuto digitale offerto: sul punto, si veda l'art. 7.2 del *provvedimento n. 258 del 22 maggio 2014*.

³⁹² In linea generale, peraltro, tutte le attività connesse alla gestione della piattaforma tecnologica sono svolte dall'aggregatore in veste di *responsabile esterno del trattamento dei dati personali*, designato sia dall'operatore, sia dal merchant ai sensi dell'art. 29 del Codice. Conseguentemente, i suddetti soggetti sono tenuti ad indicare, nell'informativa da rilasciare agli utenti in qualità di titolari del trattamento, gli estremi identificativi dell'aggregatore che agisca come responsabile esterno del trattamento stesso (art. 13, co. 1, lett. f del Codice). In questa veste l'aggregatore può anche predisporre, per conto dell'operatore, la *landing page* prevista per il rilascio dell'informativa e dei consensi da richiedere all'utente.

³⁹³ Il consenso può essere espresso tramite un *flag* da inserire in una specifica casella presente in una apposita sezione della pagina web dell'operatore, ovvero nella *landing page* predisposta dall'aggregatore, oppure attraverso altre idonee modalità informatiche. Peraltro, laddove dalla fruizione del contenuto o del servizio digitale sia possibile dedurre un orientamento dell'utente che implichi il trattamento di dati di natura sensibile, il consenso dell'interessato deve essere manifestato per iscritto, ovvero con altra modalità telematica equiparabile allo scritto, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 26, comma 1, del Codice. In tal senso la modalità telematica equiparabile allo scritto può implicare, oltre al ricorso ad un documento sottoscritto con firma elettronica qualificata o digitale, anche il ricorso a forme alternative più diffuse, secondo quanto previsto dal menzionato d.P.R. n. 445/2000. In ogni caso resta ferma la possibilità, per il titolare del trattamento, di individuare forme alternative di manifestazione del consenso che possano supplire alle modalità previste dalla normativa e che l'Autorità si riserva di valutare ai sensi dell'art. 17 del Codice (art. 6.3 del *provvedimento n. 258 del 22 maggio 2014*).

³⁹⁴ Peraltro, in via generale, il consenso al trattamento dei dati personali dell'utente che fruisce del servizio di *mobile remote payment* non è necessario ai fini della relativa fornitura, stante il disposto dell'art. 24, co. 1, lett. b) del Codice (art. 6.3 del *provvedimento n. 258 del 22 maggio 2014*). Analogamente, il consenso non deve essere richiesto dall'aggregatore per altre finalità realizzate in veste di responsabile esterno del trattamento. Laddove, tuttavia, l'aggregatore rivesta il ruolo di titolare del trattamento la necessità di acquisire il consenso dell'utente sussiste nel caso in cui i dati forniti da quest'ultimo vengano utilizzati per finalità di marketing diretto e/o per finalità di profilazione, anche nell'ambito di eventuali programmi di fidelizzazione, o per comunicazioni a terzi, così come nell'ipotesi in cui dalla fruizione del contenuto si possa dedurre un orientamento dell'utente che implichi un trattamento di dati di natura sensibile. In questi casi operano, con riguardo al consenso ed alle relative modalità di rilascio, tutte le disposizioni previste per il trattamento svolto dall'operatore, nonché tutte le considerazioni espresse dall'Autorità (art. 7.3 del *provvedimento n. 258 del 22 maggio 2014*).

devono essere conservati per un *limitato periodo di tempo proporzionato alle finalità realizzate con il trattamento*,³⁹⁵ le quali non si esauriscono con la definizione del processo che conduce all'acquisto del contenuto digitale, ma si estendono alla gestione di attività correlate, quali la fatturazione e quelle di carattere amministrativo e contabile: in considerazione di ciò, il periodo massimo di conservazione dei dati personali è individuato in *6 mesi*.³⁹⁶

Specifiche *misure di sicurezza*, inoltre, sono prescritte a tutti i soggetti coinvolti nella fornitura del servizio di *Mobile Remote Payment*, al fine di garantire la *confidenzialità dei dati*. Variegata, in particolare, risulta la tipologia di misure prescritte all'*operatore*: innanzitutto, sulla base del rilievo che “le categorie merceologiche di riferimento dei prodotti digitali offerti sono normalmente definite dal *merchant* il quale deve limitarsi a trasmetterle all'operatore senza alcun riferimento allo specifico contenuto del prodotto o servizio fornito”, l'art. 6.4 del provvedimento n. 258 del 22 maggio 2014 prescrive all'operatore di utilizzare *tabelle interne di classificazione* che prevedano criteri di codifica dei prodotti e servizi basati non sul loro specifico contenuto, ma esclusivamente sull'individuazione di classi e/o genere (ad es. video sportivo, cronaca, etc.), al fine di garantire il corretto trattamento delle informazioni relative al prodotto o servizio richiesto dall'utente. La stessa previsione peraltro specifica che, nel caso di *servizi in abbonamento*, l'operatore può conoscere il nome del servizio acquistato dall'utente, ma *soltanto* al fine di poter distinguere tra più abbonamenti dello stesso tipo e fornirgli informazioni, effettuare disattivazioni dal servizio stesso, nonché effettuare una corretta attività di fatturazione.³⁹⁷ Con specifico riguardo ai dati presenti

³⁹⁵ Alla scadenza del suddetto periodo l'operatore, l'aggregatore ovvero il *merchant* deve, pertanto, provvedere alla *cancellazione* dei dati dai propri sistemi, ferma restando l'ulteriore, specifica, conservazione necessaria in presenza di una contestazione anche in sede giudiziale ed avuto riguardo alla disciplina sulla conservazione dei dati di traffico per fini di giustizia. Con specifico riguardo all'*indirizzo IP* dell'utente, peraltro, tale dato deve, invece, essere *immediatamente cancellato* dai sistemi del *merchant* ovvero dell'aggregatore (che in veste di titolare del trattamento, effettui attività che, al pari del *merchant*, implicano l'utilizzo dell'*indirizzo IP* dell'utente), una volta terminata la procedura di acquisto del contenuto digitale (artt. 7.6 e 8.3 del *provvedimento n. 258 del 22 maggio 2014*).

³⁹⁶ Ai fini della decorrenza del periodo di conservazione in parola, peraltro, a norma dell'art. 6.6. del *provvedimento n. 258 del 22 maggio 2014* è necessario differenziare gli acquisti di prodotti digitali cd. *one shot* dagli abbonamenti, posto che per questi ultimi detto periodo deve cominciare a decorrere dalla scadenza dell'abbonamento stesso. Analogamente, in presenza di una violazione di dati personali, l'operatore è tenuto al rispetto di quanto espressamente sancito dall'art. 32 bis del Codice, nonché dal provvedimento dell'Autorità del 4 aprile 2013 in materia di cd. *data breach*.

³⁹⁷ Tale ultima *ratio* pare sottendere anche la previsione che abilita l'operatore a gestire il numero di telefonia mobile dell'utente anche per effettuare le necessarie verifiche sotto il profilo della sussistenza o meno di credito telefonico, a tal fine inviando al *merchant* un messaggio di *ok* o *ko* a seconda che l'operazione sia andata o meno a buon fine. All'evidente scopo di evitare che sia il *merchant* che l'aggregatore vengano a conoscenza di informazioni riferite ad un dato economico dell'utente che non presenta alcun rilievo sotto il

nella piattaforma dell'operatore utilizzata per le operazioni di *Mobile Remote Payment*, poi, quest'ultimo è tenuto ad adottare, in uno alle misure di sicurezza dei dati e dei sistemi previste dall'art. 31 e ss. del Codice, nonché dal Disciplinare tecnico in materia di misure minime di sicurezza di cui all'All. B) dello stesso Codice, *ulteriori cautele*. In particolare, è necessario che l'operatore preveda una forma di *mascheramento dei dati* (ad es. mediante applicazione di un meccanismo crittografico, cd. *hash*) le cui chiavi di decifrazione siano nella disponibilità dei propri addetti esclusivamente con riguardo alle operazioni di *customer care*: invero, si osserva, se da un lato, gli addetti all'attività di *customer care* devono essere posti in grado di visualizzare, per finalità di assistenza alla clientela, lo storico di tutte le operazioni di acquisto effettuate da un determinato numero telefonico, i riferimenti temporali ed i relativi importi, nonché la categoria merceologica e la classe di prodotto o servizio digitale acquistato, dall'altro, tali soggetti (che devono essere nominati incaricati del trattamento ai sensi dell'art. 30 del Codice) devono essere sottoposti ad una procedura di autenticazione per l'accesso alle predette interrogazioni, basata su *token* e account nominale con attribuzione dello specifico profilo "operatore di *customer care*" (cd. *strong authentication*). Gli stessi, si precisa altresì, devono essere abilitati all'uso di un *numero limitato di chiavi di interrogazione* del sistema in merito alle operazioni da effettuare, costituito esclusivamente dal numero di telefonia mobile del cliente, dal codice fiscale o dalla partita Iva, con esclusione di forme di "ricerca inversa" che utilizzino come chiave i dati identificativi del bene digitale. Le operazioni di accesso al sistema devono essere, infine, sottoposte a *tracciamento analitico e dettagliato*, soprattutto, laddove l'operatore utilizzi un'unica piattaforma di *provisioning* sulla quale confluiscono tutti i dati relativi alle operazioni effettuate, non solo rispetto ai servizi di *Mobile Remote Payment*, ma anche ad altri servizi erogati (ad es. quelli a valore aggiunto, cd. VAS), con la conseguenza che il tracciamento deve estendersi a tutti i profili di autorizzazione impostati sulla predetta piattaforma. Sullo sfondo, come evidente, l'idea per cui la previsione di una *strong authentication* e di *file di log* che consentano di risalire all'incaricato che effettua gli accessi al sistema sia idonea ad offrire un'adeguata

profilo della gestione dell'operazione di mobile *payment* e che risulta ultroneo rispetto alle finalità del trattamento che i menzionati soggetti sono chiamati a svolgere, si specifica tuttavia che tale messaggio non deve risultare accompagnato da codici che consentano di risalire puntualmente a cause ostative, diverse da quelle tecniche (ad es. problemi di rete), legate all'indisponibilità od insufficienza di credito telefonico. Pertanto, il segnale di *ko* che l'operatore invia può essere accompagnato, da un codice che permetta solo di distinguere, tra le diverse causali di errore, quelle che danno luogo ad un *retry* da quelle che, invece, non prevedono la ripetizione della transazione.

protezione anche a quelle informazioni personali dalle quali si possa dedurre un orientamento dell'utente che implichi un trattamento di dati di natura sensibile.³⁹⁸

³⁹⁸ Non dissimili appaiono, poi, le misure prescritte all'*aggregatore* ed al *merchant*. Ed invero, le informazioni contenute nella piattaforma gestita dall'aggregatore riguardano normalmente il numero telefonico mobile dell'utente, il codice identificativo del prodotto digitale, la descrizione del prodotto digitale, la data e l'ora dell'operazione di acquisto con il relativo importo, nonché l'esito (positivo-negativo) della stessa. A tali dati si aggiungono, inoltre, quelli che ineriscono alla disattivazione del servizio, nonché tutti gli sms che riguardano la relativa attivazione e disattivazione. L'aggregatore può inoltre mantenere traccia di tutte le richieste di contenuti/servizi digitali comunque effettuate dai clienti, di tutti i contenuti digitali offerti dai *merchant* (ovvero, direttamente, se previsto) con indicazione del relativo destinatario, orario, stato di erogazione, oltre alla classe di costo associata a ciascuno di essi. In tale contesto, secondo l'art. 7.5 *provvedimento n. 258 del 22 maggio 2014* rispetto ai dati contenuti nella piattaforma tecnologica l'aggregatore deve adottare le *medesime misure già evidenziate con riguardo all'operatore* (cfr. nota): procedura di *strong authentication* degli addetti che hanno accesso alla piattaforma e che devono essere nominati incaricati del trattamento, nonché *tracciamento analitico e dettagliato delle operazioni di accesso*, per le quali opera, tuttavia, l'abilitazione tramite l'utilizzo di un'unica chiave di interrogazione del sistema, costituita dal numero di telefonia mobile dell'utente. Inoltre, in riferimento ai messaggi sull'esito delle transazioni che vengono inviati all'aggregatore, ai fini della necessaria gestione dell'operazione di *mobile payment* e della successiva attività di reportistica, quest'ultimo deve, nelle proprie *tablette interne di codifica*, disporre solo di indicazioni relative a messaggi e codici che non consentano di risalire puntualmente a dati legati alla mancanza od insufficienza di credito telefonico.

Come in precedenza osservato, i dati trattati dal *merchant* nell'ambito delle operazioni di *mobile remote payment* spaziano invece dal numero di telefonia mobile dell'utente, all'indirizzo IP sino, eventualmente, al relativo indirizzo di posta elettronica. Al *merchant* può essere altresì inviato un messaggio o un codice identificativo della causa della mancata erogazione del servizio da cui, tuttavia, secondo il *provvedimento n. 258 del 22 maggio 2014*, per le medesime considerazioni svolte rispetto all'operatore, non deve essere possibile risalire alle motivazioni di carattere economico per le quali l'operazione di acquisto non è andata a buon fine. Conseguentemente, anche il *merchant* nelle proprie *tablette interne di codifica*, deve disporre solo di indicazioni relative a messaggi e codici che non consentano di risalire puntualmente a dati legati alla mancanza od insufficienza di credito telefonico. La medesima ratio, peraltro, sottende il livello di profondità e di dettaglio dei dati che il *merchant* trasmette a propria volta all'operatore: le *tablette* inviate a quest'ultimo non devono contenere dati immediatamente identificativi dello specifico contenuto digitale acquistato dall'utente, essendo sufficiente la menzione della sola categoria merceologica di appartenenza, o del solo servizio in abbonamento. Sullo sfondo, l'idea secondo cui determinati beni digitali possono risultare idonei a rivelare orientamenti dell'utente che possono implicare un trattamento di dati di natura sensibile, ovvero le peculiarità stesse dell'attività svolta dal *merchant*, risultino un chiaro indicatore di gusti e preferenze di consumo dell'utenza. In tal senso, secondo il provvedimento in parola, idonee misure di sicurezza sono costituite dall'applicazione sull'anagrafica del bene digitale, censito nella banca dati interna del *merchant*, di un *criterio di codificazione del dato*, nonché dall'uso di *report aggregati* da inviare all'operatore.

Rispetto ai dati presenti nel database del *merchant* ed al relativo accesso da parte dei soggetti addetti al trattamento nell'ambito dell'attività di *customer care*, valgono le medesime indicazioni già individuate per l'operatore: la nomina di tali soggetti ad incaricati ai sensi dell'art. 30 del Codice, la disponibilità di *chiavi di decifrazione dei dati solo rispetto all'attività di assistenza alla clientela*, l'adozione di una *procedura di strong authentication* ed il *tracciamento analitico e dettagliato delle operazioni effettuate*, nonché, in questo caso, il ricorso all'utilizzo di una sola chiave di interrogazione del sistema, costituita dal numero di telefonia mobile dell'utente.

Con specifico riguardo, poi, al dato costituito dal *numero di telefonia mobile dell'utente*, secondo il *provvedimento n. 258 del 22 maggio 2014* il trattamento è ammissibile senza l'acquisizione del consenso dell'utente, ma solo per talune specifiche finalità, proprio in quanto connesse all'erogazione del servizio ed alla corretta gestione del medesimo: il *merchant* ne dispone infatti nell'ambito della sessione di navigazione al proprio sito per la fase di pagamento immediatamente successiva alla scelta del bene, per eventuali contestazioni in merito alla relativa fruizione, nonché per attività di *customer care*. Secondo il Garante, anche il trattamento del dato relativo all'*indirizzo di posta elettronica dell'utente*, talvolta inserito nella pagina web del *merchant*, deve essere limitato a specifiche finalità ed alla migliore e più efficace gestione

Ulteriori ed ancor più stringenti misure, infine, sono previste, ancorché *non in via obbligatoria*,³⁹⁹ al fine di impedire l'*integrazione delle diverse tipologie di dati* a disposizione dell'operatore telefonico (dal consumo telefonico ai dati sull'uso della tv interattiva), nonché di evitare la *profilazione incrociata* dell'utenza basata su abitudini, gusti e preferenze. Tra i dati che normalmente identificano l'utente nei sistemi degli operatori figurano, infatti, in uno ai dati relativi alla linea di rete fissa, anche altri quali il numero di telefonia mobile e l'indirizzo di posta elettronica, che ben potrebbero essere utilizzati come chiave comune tra i diversi sistemi dedicati alle differenti attività di profilazione dell'utenza, proprio al fine di far emergere fenomeni di correlazione tra consumi telefonici e consumi di beni digitali. Allo scopo di impedire un'eventuale profilazione incrociata dell'utenza, dunque, secondo il *provvedimento n. 258 del 22 maggio 2014* devono essere individuati appositi *meccanismi di rotazione* che consentano di applicare allo stesso utente chiavi di codifica differenti, destinate a mascherare i relativi dati all'interno dei diversi sistemi dedicati alle attività di profilazione che l'operatore può svolgere.⁴⁰⁰

del servizio: tale dato, si osserva, può essere infatti utilizzato per inviare al cliente un messaggio di riscontro dell'avvenuta operazione di acquisto, nonché le istruzioni per accedere al contenuto digitale, consentendo al *merchant* di gestire meglio il servizio ed il rapporto con l'utente, anche rispetto alla risoluzione di eventuali contestazioni legate alla mancata o insoddisfacente fruizione del bene. A ciò può aggiungersi la possibilità di garantire all'utente il disaccoppiamento tra il canale di pagamento ed il canale di fruizione del contenuto, consentendogli di pagare il bene digitale attraverso il proprio credito telefonico e di fruirne su qualsiasi altro terminale, in quanto il contenuto acquistato può essere recuperato in qualsiasi momento, accedendo al link indicato nell'e-mail che il *merchant* invia all'indirizzo di posta elettronica fornito dall'interessato. Un'ulteriore possibilità offerta è poi quella di arricchire nel tempo il contenuto acquistato attraverso aggiornamenti ed altre informazioni, che non sarebbe altrimenti possibile offrire all'utente se si vincolasse la fruizione del contenuto al terminale con il quale quest'ultimo effettua il pagamento e al momento in cui lo stesso contenuto è scaricato. Infine, con particolare riferimento all'eventuale utilizzo dell'*indirizzo IP* da parte del *merchant*, secondo il *provvedimento n. 258 del 22 maggio 2014* tale dato deve essere utilizzato esclusivamente ai fini della navigazione dell'utente sul relativo sito, nonché dell'instradamento del bene digitale richiesto: i *merchant*, si osserva, non rientrano infatti tra le categorie di soggetti che possono conservare tale dato ai sensi delle direttive europee 2002/58/CE del 12 luglio 2002 e 2006/24/CE del 15 marzo 2006.

³⁹⁹ Dal momento che i fornitori di reti e servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, oltre a trattare i dati relativi alle operazioni di *Mobile Remote Payment* ed alle scelte di consumo dei contenuti digitali, trattano anche dati di consumo/traffico telefonico e dati relativi alla fornitura di altre tipologie di beni digitali (ad es. quelli legati alla cd. Tv interattiva) per finalità di profilazione e marketing, il *provvedimento n. 258 del 22 maggio 2014* prevede come *opportuna* l'adozione di alcune misure ed accorgimenti anche nell'ottica di un'eventuale integrazione tra le diverse tipologie di dati e, quindi, di un'analisi incrociata delle abitudini, dei gusti e delle preferenze di consumo della clientela nei diversi ambiti individuati.

⁴⁰⁰ Con riguardo poi al trattamento dei dati che l'operatore può realizzare nell'ambito di eventuali *programmi di fidelizzazione* proposti all'utente, il provvedimento in parola statuisce che tali programmi devono basarsi *esclusivamente su dati cumulati di spesa* e non riguardare il singolo dato relativo allo specifico evento di acquisto del prodotto digitale effettuato dallo stesso.

In definitiva, in virtù delle prescrizioni testé brevemente analizzate, risulta aumentato il grado di tutela per gli utenti che decidono di effettuare acquisti di beni e servizi digitali utilizzando forme di pagamento elettronico, quantomeno nel contesto del *Mobile Remote Payment*. Ed invero, da un lato, in difetto di uno specifico consenso è fatto divieto di utilizzare per altre finalità (come l'invio di pubblicità o analisi delle abitudini) i dati personali degli utenti telefonici (sia in abbonamento che con carta prepagata) acquisiti per la transazione (dal numero telefonico ai dati anagrafici, dalle informazioni sul servizio o prodotto digitale richiesto all'indirizzo IP di collegamento), dall'altro, i dati in parola risultano adeguatamente protetti dal rischio di un uso fraudolento.

Si tratta, come evidente, di misure per certi versi necessarie in un contesto in cui la rete va vieppiù assumendo il ruolo di “luogo privilegiato” per l'interazione sociale e la conclusione di transazioni e, dunque, di raccogliitore ove confluisce un'enorme quantità di dati idonei a svelare ogni aspetto della propria vita. Riguardate da altro angolo visuale, peraltro, le misure in parola paiono configurarsi anche come un “incentivo” alla diffusione del *Mobile Payment*. In un contesto in cui, nonostante gli innegabili vantaggi (la facilità di utilizzazione e la velocità di conclusione della transazione commerciale, con conseguente possibilità di acquistare in ogni momento ed ovunque ci si trovi), il *Mobile Payment* risulta, per opinione allo stato ancora diffusa tra gli utenti, modalità di pagamento *non del tutto sicura*,⁴⁰¹ invero, innegabile appare l'idoneità delle prescrizioni del Garante ad aumentare il grado di sicurezza del pagamento *dal punto di vista dell'utente*, ovvero la qualità della *fiducia* percepita dall'utilizzatore ciò che segna, del resto, la differenza tra l'*accettazione* di una tecnologia e la sua *effettiva adozione* da parte degli utenti.⁴⁰²

⁴⁰¹ Ciò pare dimostrato dai dati interni. Secondo l'*Osservatorio NFC & Mobile Payment della School of Management* del Politecnico di Milano, invero, dal punto di vista del mercato, a fine 2012 in Italia soltanto 2,5 milioni (meno del 5% degli utenti che in Italia hanno un telefonino) sono risultati gli utenti dotati di un telefonino dotato di tecnologia NFC, e soltanto 30.000 sono risultati i POS *contactless* attivi (meno del 2,5% del totale dei POS attivi in Italia).

⁴⁰² Come in precedenza osservato, infatti, recenti studi dimostrano che la preoccupazione più diffusa concerne la *confidenzialità*. In particolare, da un questionario *online* proposto ad un gruppo di utenti interessati all'argomento delle transazioni con dispositivo mobile ed avente ad oggetto la risposta alla domanda a risposta aperta *Di cosa avresti bisogno per sentirti sicuro nell'usare pagamenti con dispositivi mobili?* è emersa la propensione a far riferimento a concetti quali la “protezione dei dati”, la “sicurezza dei dati”, ovvero, ad esigenze suscettibili di essere soddisfatte dalla categoria della confidenzialità. Sul punto si veda, *Security Issues in Mobile Payment from the Customer Viewpoint*, LINCK, K., POUSTTCHI, KEY and WIEDEMANN, DIETMAR GEORG, University of Augsburg (2006).

Par. 9. I costi fiscali dei servizi di pagamento prestati dagli operatori telefonici. Cenni.

Se, come testé illustrato, l'aumento del grado di sicurezza del pagamento *dal punto di vista dell'utente*, segnatamente di sicurezza *soggettiva*, costituisce presupposto indefettibile per la sicura crescita del mercato dei pagamenti elettronici, un significativo contributo nello stessa direzione pare possa conseguire anche alla (più che auspicabile) esatta individuazione degli *aspetti fiscali* del *Mobile Payment*.

Per la verità, un quadro normativo, ancorché “embrionale”, può dirsi allo stato già esistente, quantomeno in riferimento ai profili tributari della *moneta elettronica*: il riferimento è, in particolare, alle *commissioni di addebito, di ricarica della smart card*, nonché, alle *commissioni per il trasferimento dei fondi agli aderenti del circuito di pagamento relative all'emittente* (attività di cd. *acquiring*) che, riguardate sotto il profilo dell'*imposizione indiretta*, sono tutte repute ipotesi riconducibili all'area di *esenzione dell'IVA*, prevista per i servizi finanziari proprio allo scopo di incentivare l'utilizzo degli strumenti di pagamento elettronico.⁴⁰³ Tuttavia, in un contesto quale l'attuale, in cui, nonostante la viepiù crescente tendenza delle TELCO a consentire la spendibilità del credito telefonico per l'acquisto di beni e servizi non solo “digitali”, nessuna TELCO risulta ancora registrata all'Albo degli Istituti di Pagamento *ex art. 114-septies TUB* né, soprattutto, a quello degli IMEL *ex art. 114-quater TUB*, è di tutt'evidenza l'impossibilità di procedere ad un'applicazione *diretta ed integrale* del suddetto regime per l'esatto inquadramento degli aspetti fiscali del *Mobile Payment* attesa, come in precedenza osservato, l'incerta natura dei valori finanziati veicolati, quantomeno nell'ipotesi in cui il credito telefonico risulti alimentato mediante *versamento diretto* delle corrispondenti somme.

⁴⁰³ L'esistenza del suddetto quadro normativo, invero, viene ricavata in via interpretativa: in tal senso, infatti, la prassi ministeriale (Ris. 6 dicembre 2007, n. 354/E e Ris. 18 settembre 2002 n. 160/E). Dello stesso avviso, inoltre, anche la dottrina prevalente la quale perviene a statuire l'esenzione IVA anche delle commissioni relative all'attività di *issuing* (attività di distribuzione, attivazione, ricarica effettuata da esercizi commerciali differenti dall'istituto emittente moneta elettronica) in quanto reputata riconducibile all'attività di intermediazione, mediazione e mandato afferenti a servizi finanziari *ex art. 10 n. 9 d.p.r. n. 633 del 1972*, conformemente del resto a quanto previsto dalla Ris. 6 dicembre 2007, n. 354/E: sul punto, si veda M. SIRRI, R. ZAVATTA, *Moneta elettronica e altre modalità di pagamento in rete*, in *Corriere tributario*, n. 38, 2004, 3003 e ss.; F. RICCA, *Gli acquisti effettuati con tessere ricaricabili*, in *Corriere tributario*, n. 27, 2002, 2464 e ss.; G. MANNELLA, *La nuova disciplina comunitaria degli istituti di pagamento: aspetti fiscali (relativi all'Iva) dei servizi di pagamento offerti dagli operatori telefonici*, in *Diritto delle comunicazioni elettroniche* a cura di F. BASSAN, 2010, 336 e ss.

Peraltro, anche a voler considerare, in ipotesi, gli operatori telefonici come IMEL, di non poco momento e di non agevole inquadramento appaiono i riflessi fiscali dell'operazione sottesa al *Mobile Payment*. I gestori telefonici, invero, sono soggetti al regime dell'IVA cd. *monofase*⁴⁰⁴ che si caratterizza per la previsione di un *unico momento impositivo* coincidente con l'esecuzione della prestazione, a sua volta rappresentata dall'erogazione del servizio (l'erogazione di traffico telefonico) o dalla consegna di beni (ad es. la carta prepagata). Tutti i successivi passaggi, per converso, sono reputati *esclusi* dal campo di applicazione del tributo: il traffico prepagato acquistato dall'utente, infatti, ha già assolto alla fonte l'applicazione dell'imposta. E' di tutt'evidenza, dunque, la scarsa conciliabilità del regime in parola con quello, sopra descritto, caratterizzante la moneta elettronica: in quest'ultimo caso, infatti, tutte le operazioni di pagamento (financo, di ricarica della moneta elettronica) costituiscono prestazioni *esenti* IVA. In altre parole, nel momento in cui l'utente decida di utilizzare

⁴⁰⁴ Si tratta del regime di cui all'art. 74 lett. d) D.p.r. n. 633 del 1972. Nel dettaglio l'articolo in parola, come novellato dalla l. n. 244/2007, stabilisce che, in deroga alla disciplina generale, l'Iva è dovuta: "per le prestazioni dei gestori di telefoni posti a disposizione del pubblico, nonché per la vendita di qualsiasi mezzo tecnico, ivi compresa la fornitura di codici di accesso, per fruire dei servizi di telecomunicazione, fissa o mobile, e di telematica, dal titolare della concessione o autorizzazione ad esercitare i servizi, sulla base del corrispettivo dovuto dall'utente o, se non ancora determinato, sulla base del prezzo mediamente praticato per la vendita al pubblico in relazione alla quantità di traffico telefonico messo a disposizione tramite il mezzo tecnico". In altre parole, per l'applicazione del regime monofase nel settore della telefonia risulta indispensabile che: il soggetto che presta il servizio di telecomunicazioni sia titolare della concessione o autorizzazione (cd. *requisito soggettivo*); il servizio sia reso mediante un "mezzo tecnico" idoneo alla fornitura del servizio stesso (cd. *requisito oggettivo*). Sul punto, la Circolare 25 marzo 2008 n. 25/E ha chiarito che "i supporti fisici necessari al funzionamento dei terminali (c.d. SIM), di solito ceduti contestualmente e unitamente ai medesimi, sono soggetti ad un trattamento fiscale variabile in funzione della loro destinazione. In particolare, il regime monofase e gli adempimenti ad esso connessi si applicano alle SIM destinate al traffico telefonico in "abbonamento prepagato", in genere contenenti già una quantità di traffico strumentale alla loro attivazione, mentre sono escluse dal campo di applicazione della norma le SIM funzionali al traffico telefonico in abbonamento al consumo". L'esclusione delle SIM destinate al traffico telefonico in "abbonamento al consumo" si giustifica in considerazione del fatto che, in tale ipotesi, non sussistono intermediari nella filiera di commercializzazione, in quanto il rapporto si instaura unicamente tra l'utente dei servizi telefonici e il gestore telefonico titolare dell'autorizzazione ad esercitare il relativo servizio, ben identificato, che agisce certamente, ai fini Iva, in regime monofase. Infine, è necessario che *il prezzo al pubblico del servizio sia conosciuto al momento della vendita del mezzo tecnico*, in modo che l'Iva dovuta sia determinabile all'origine "sulla base del corrispettivo dovuto dall'utente" finale. Il sistema monofase trova applicazione, di norma, quando il soggetto tenuto al versamento abbia conoscenza del corrispettivo dovuto dall'utente finale. Inoltre, lo stesso si applica anche quando detto corrispettivo non sia ancora determinato. In tal caso, l'imposta dovrà essere calcolata sulla base del prezzo mediamente praticato per la vendita al pubblico in relazione alla quantità di traffico telefonico messo a disposizione tramite il mezzo tecnico, generalmente, secondo tagli prefissati. La Circolare n. 25/E/2008 sul punto ha chiarito che: se la SIM è destinata al traffico telefonico in "abbonamento prepagato", trova applicazione il regime monofase di cui all'art. 74, co. 1, lett. d), del D.P.R. n. 633/1972 e gli adempimenti ad esso connessi; se la SIM è destinata al traffico telefonico in "abbonamento al consumo", trova applicazione il regime Iva ordinario. Sul punto si veda M. REGGI, *Telefoni cellulari: il nuovo regime dell'iva monofase*, in *Corr. Tributario*, 1998, n. 21, p. 1592 ss.; R. FANELLI, *Ampliato il regime dell'IVA monofase nelle telecomunicazioni*, in *Corr. Tributario*, 2008, n. 8, p. 2008 e ss.

il proprio traffico telefonico (convertito in moneta elettronica attesa, per ipotesi, la natura di IMEL della TELCO) quale corrispettivo per l'acquisto di un bene o servizio, pare realizzarsi un *conflitto* tra due diversi regimi IVA: da un lato, quello caratterizzante il credito telefonico (*rectius*: moneta elettronica), che ha già scontato l'imposta, dall'altro, quello caratterizzante l'operazione di pagamento, che è invece esente.⁴⁰⁵

Resta, in ogni caso, che nessuna TELCO allo stato può esser considerata un IMEL: ancor più problematica, dunque, risulta l'esatta individuazione degli aspetti fiscali di talune declinazioni, già diffusamente in uso, del *Mobile Payment*. Il riferimento è, ancora una volta, al servizio di cd. *SMS ticketing*: in tal caso, infatti, il costo del servizio risulta assoggettato ad imposizione indiretta,⁴⁰⁶ ciò che, da un lato, sembrerebbe avvalorare l'idea per cui i valori veicolati non costituiscono moneta elettronica,⁴⁰⁷ dall'altro, l'idea per cui, nel caso di specie, si determini una lesione del

⁴⁰⁵ Peraltro, secondo parte della dottrina il conflitto sarebbe solo *apparente*: invero, si osserva, l'operatore telefonico dovrebbe avere il diritto di recuperare l'IVA già versata emettendo nota di variazione ai sensi dell'art. 26 D.p.r. n. 633 del 1972. Tale interpretazione sembrerebbe avvalorata dal regime caratterizzante i cd. *sms solidali*, ovvero, le donazioni effettuate tramite sms, operazione in cui le TELCO mettono a disposizione una tariffa di basso importo che i propri utenti possono decidere di donare ad una Onlus: in tal caso, infatti, la Ris. 12 agosto 2005 n. 124/E ha riconosciuto il buon diritto del gestore telefonico di recuperare l'imposta già assolta. Secondo l'impostazione in parola, invero, precisato che l'operazione sottostante nell'un caso risulta esser diversa da una conversione di traffico prepagato in moneta elettronica al fine di operare un pagamento, non dissimile appare il risultato dal punto di vista fiscale, sicché coerenza sistematica ed interpretativa vuole che la medesima soluzione valga anche nel secondo caso. Sul punto, si veda: G. MANNELLA, *La nuova disciplina comunitaria degli istituti di pagamento: aspetti fiscali (relativi all'Iva) dei servizi di pagamento offerti dagli operatori telefonici*, in *Diritto delle comunicazioni elettroniche* a cura di F. BASSAN, 2010, 336 e ss.; Ris. 12 agosto 2005 n. 124/E, in *Corr. Tributario*, 2005, n. 37, p. 2980 ss. con nota di P. CENTORE.

⁴⁰⁶ Come in precedenza osservato, infatti, le TELCO prevedono un *costo* per il servizio reso: il prezzo dell'acquisto del biglietto di trasporto comprende, invero, il costo del biglietto così come stabilito dalle municipalizzate, *più* il costo del servizio, ossia il costo dell'SMS inviato dal proprio telefono cellulare al momento dell'acquisto (variabile al variare dell'operatore di riferimento). A titolo meramente esemplificativo, si pensi a *Tim Mobility*: l'acquisto riguarda il costo del biglietto così come stabilito dalle municipalizzate, *più* il costo del servizio (*19,90 cent i.i.*, ossia il costo dell'SMS inviato dal proprio telefono cellulare al momento dell'acquisto).

⁴⁰⁷ Se così fosse, infatti, i valori in parola risulterebbero attratti, sotto il profilo fiscale, all'area di esenzione dall'IVA di cui all'art. 74 lett. d) D.p.r. n. 633 del 1972, configurando il servizio in parola un "passaggio successivo" all'unico momento impositivo iniziale coincidente con l'esecuzione della prestazione. Su punto, peraltro, s'è già avuto modo di osservare che, in un contesto in cui *scarsamente decifrabile* risulta il "valore aggiunto" apportato dall'operatore di telecomunicazione, sorge spontaneo il dubbio che il costo *de quo*, anziché costituire il corrispettivo di un servizio che realizzi un valore aggiunto per il bene, rappresenti in realtà una *commissione*, ancorché *mascherata*, applicata al servizio *finanziario* prestato (ovvero, al pagamento intermediato), che sostanzia un ulteriore indizio della natura, *di fatto*, di *meri intermediari finanziari* delle TELCO nazionali. Ed invero, l'intermediario non è *parte attiva* nella transazione, né tantomeno propone al mercato propri beni e/o servizi, sicché il suo profitto è generato esclusivamente dalle commissioni che richiede per ogni operazione portata a buon fine: le commissioni possono essere fisse (un *tot* per operazione), ovvero, rappresentare una percentuale (*rectius*: quota) del valore dell'operazione.

cd. *principio di neutralità dell'IVA*.⁴⁰⁸ Sullo sfondo, infatti, per un verso il regime dell'IVA cd. *monofase* previsto per i gestori telefonici (con la conseguenza, come evidenziato, che il traffico prepagato, di regola peraltro comprensivo di un numero massimo di SMS inviabili per giorno, settimana o mese⁴⁰⁹, ha già assolto, alla fonte, l'applicazione dell'imposta), per altro verso, la scarsa decifrabilità del “valore aggiunto” apportato dall'operatore di telecomunicazione, ciò che giustificherebbe l'applicazione del tributo in parola al momento della prestazione del servizio. In altre parole, l'utilizzatore del servizio di cd. *Mobile ticketing* sembrerebbe inciso dal tributo *de quo*, una prima volta, alla fonte, ed una seconda volta, al momento della fruizione del servizio: la circostanza, in uno all'impossibilità di ripetere il corrispettivo del servizio,⁴¹⁰ come evidente, non può che riverberare i propri effetti (negativi) sulla sicurezza soggettiva del pagamento, ossia sulla qualità della fiducia percepita dall'utilizzatore ciò che, come in precedenza osservato, segna la differenza tra l'accettazione di una tecnologia e la sua effettiva adozione da parte degli utenti. In definitiva, non pare ardito sostenere che la determinazione di un quadro normativo tributario di riferimento, contribuendo a far chiarezza sui costi fiscali connessi all'utilizzo del *Mobile Payment*, determinerebbe un sicuro incremento della qualità della fiducia degli utenti e, per questa via, della sua platea di utilizzatori.

⁴⁰⁸ Come noto, l'Iva rappresenta *imposta indiretta* che colpisce soltanto il *valore aggiunto* di ogni fase della produzione, segnatamente, colpisce esclusivamente l'incremento di valore che un bene o un servizio acquista ad ogni passaggio economico, dalla fase di produzione fino al fase finale di consumo. Si tratta di imposta che è detta *neutrale* in quanto la sua incidenza fiscale non è determinata dal numero dei passaggi intermedi che la merce compie dal produttore al consumatore. Nelle fasi precedenti a quella del consumo, infatti, il soggetto passivo d'imposta è neutrale: i produttori ed i possessori possono eliminare l'onere dell'imposta sul valore aggiunto mediante un sistema a detrazione e rivalsa, sicché l'IVA si presenta sotto la forma di un costo esclusivamente per i soggetti che non possono esercitare il diritto alla detrazione, ossia sui consumatori. In definitiva, gli operatori economici intermedi (imprese, partite iva, etc.) sono i soggetti passivi dell'imposta sul valore aggiunto ma, avendo la possibilità di detrarla, ad essere incisi dal tributo sono soltanto gli utilizzatori finali del prodotto (i consumatori).

⁴⁰⁹ Invero, in tempi recenti, per comune politica delle TELCO, probabilmente determinata dal dirompente ingresso nel mercato dei servizi SMS di *Whatsapp* (che consente, in uno allo scambio di messaggi testuali, di telefonare, inviare immagini, video, file audio, condividere la propria posizione geografica ed effettuare chiamate VoIP con chiunque abbia uno *smartphone* dotato di connessione a Internet e abbia installato l'applicazione; l'uso dell'applicazione è gratuito per il primo anno dall'installazione, al termine del quale occorre abbonarsi secondo una delle tariffe disponibili), la possibilità d'invio degli SMS è accordata “gratuitamente”: si pensi, a titolo meramente esemplificativo, a *TIM Tutto compreso* o *Vodafone Unlimited* che riconoscono all'utente sms senza limiti.

⁴¹⁰ In relazione al servizio di cd. *Mobile ticketing*, invero, taluni operatori di telecomunicazione (si pensi, a *3Italia*) prevedono che “una volta effettuato l'acquisto, non è esercitabile alcun diritto di ripensamento”.

CAPITOLO 4. LE PROSPETTIVE DEL MOBILE PAYMENT

SOMMARIO: Par. 10. Le ragioni sottese alla (necessaria) revisione della PSD: la Direttiva 2015/2366/UE (cd. PSD2) – **Par. 10.1.** L’ambito oggettivo della cd. PSD2: il nuovo cd. *positive scope* – **Par. 10.2.** Il nuovo cd. *negative scope* – **Par. 10.2.1.** *Segue.* La perdurante incertezza in ordine alla natura giuridica dei valori finanziari intermediati dall’operatore telefonico in regime di cd. *negative scope* – **Par. 11.** L’ambito soggettivo della cd. PSD2: nuove regole per gli Istituti di Pagamento – **Par. 11.1.** L’ingresso di nuovi attori nel mercato dei servizi di pagamento in qualità di TPP (*Third Party Payment Services Provider*): PISP (*Payment Initiator Service Provider*) ed AISP (*Account Information Services Provider*) – **Par. 11.2.** *Segue.* La perdurante incertezza in ordine al ruolo degli operatori di telecomunicazione nel mercato dei servizi di pagamento – **Par. 12.** La nuova disciplina di tutela dell’utilizzatore.

Par. 10. Le ragioni sottese alla (necessaria) revisione della PSD: la Direttiva (UE) 2015/2366 (cd. PSD2).

In tempi recenti, la rapida crescita del numero di pagamenti elettronici e tramite dispositivo mobile, in uno alla commercializzazione di nuovi tipi di servizi di pagamento, ha determinato la necessità di rimettere in discussione il quadro normativo del mercato dei pagamenti al dettaglio delineato dalla PSD.⁴¹¹

In particolare, dal riesame del quadro giuridico dell'Unione Europea sui servizi di pagamento, segnatamente dall'analisi dell'impatto della direttiva 2007/64/CE e dalla consultazione sul *Libro verde* della Commissione dell'11 gennaio 2012 "*Verso un mercato europeo integrato dei pagamenti tramite carte, Internet e telefono mobile*",⁴¹² è emerso che rilevanti settori del mercato dei pagamenti, in particolare i pagamenti tramite carta, Internet e dispositivo mobile, sono rimasti frammentati lungo le frontiere nazionali: molti prodotti e servizi di pagamento innovativi, invero, non sono risultati riconducibili, interamente o in buona parte, all'ambito di applicazione della PSD. Inoltre, l'ambito di applicazione della direttiva 2007/64/CE, segnatamente gli elementi da esso esclusi (cd. *negative scope*) quali determinate attività connesse ai pagamenti, si

⁴¹¹ S'è già avuto modo di dar conto (cap. II) del contributo fornito dalla Direttiva 2009/110/CE (cd. IMEL 2) al processo di integrazione del mercato dei pagamenti al dettaglio nell'Unione. In questa sede, giova peraltro evidenziare come un significativo apporto al processo in parola sia derivato anche dal Regolamento (CE) n. 924/2009 del 16 settembre 2009 relativo ai *pagamenti transfrontalieri nella Comunità* e che abroga il regolamento (CE) n. 2560/2001, dal Regolamento (UE) n. 260/2012 del 14 marzo 2012, che stabilisce i *requisiti tecnici e commerciali per i bonifici e gli addebiti diretti in euro* e che modifica il regolamento (CE) n. 924/2009, nonché dalla Direttiva 2011/83/UE del 25 ottobre 2011, sui *diritti dei consumatori*, recante modifica della direttiva 93/13/CEE e della direttiva 1999/44/CE e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE. Da ultimo, il nuovo quadro giuridico dell'Unione sui servizi di pagamento è stato integrato dal Regolamento (UE) 2015/751 del 29 aprile 2015, relativo alle *commissioni interbancarie sulle operazioni di pagamento basate su carta* (cd. MIF). Tale regolamento introduce, in particolare, regole sull'applicazione di commissioni interbancarie alle operazioni basate su carta e mira ad accelerare ulteriormente la realizzazione di un effettivo mercato integrato dei pagamenti basati su carta.

⁴¹² Anteriormente alla presentazione della proposta di PSD2, infatti, la Commissione europea ha compiuto una valutazione d'impatto in cui sono state valutate le probabili conseguenze dell'assenza di un mercato dei pagamenti nell'area dell'euro. Si tratta delle conclusioni contenute nel *General report on the transposition by the member states* dell'agosto 2011, in cui si evidenzia la necessità di: *rafforzare il progetto area unica dei pagamenti in euro; favorire la standardizzazione mediante norme adeguate e l'aiuto delle organizzazioni europee; dare una normativa unica alle commissioni interbancarie; abolire regole commerciali limitative rispetto ai pagamenti tramite carta; armonizzare le politiche degli Stati UE in materia di maggiorazioni delle commissioni interbancarie; definire condizioni d'accesso alle informazioni per terzi prestatori; adeguare l'ambito di applicazione e migliorare la coerenza del quadro legislativo per ciascun Stato UE; migliorare l'applicazione della direttiva sui servizi di pagamento; tutelare i diritti dei consumatori alla luce delle modifiche normative.*

sono rivelati in alcuni casi eccessivamente ambigui, generici o semplicemente superati rispetto all'evoluzione del mercato.

Come in precedenza osservato, tale situazione ha causato incertezza giuridica, potenziali rischi per la sicurezza della catena di pagamento e la mancanza di protezione dei consumatori in alcuni settori.⁴¹³ Correlativamente, s'è rivelato difficile per i prestatori lanciare servizi di pagamento digitali innovativi, sicuri e di facile utilizzo. In tale contesto, preso atto dell'esistenza di “*un grande potenziale positivo*”, Parlamento e Consiglio UE si sono determinati a dar vita ad un *corpus* normativo che, innovando il precedente quadro giuridico, consenta di “*sfruttare in modo più coerente*” il potenziale in parola.⁴¹⁴

Il 23 dicembre 2015 è stata dunque pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea la Direttiva (UE) 2015/2366, approvata da Parlamento e Consiglio il 25 novembre 2015, cd. PSD2, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che modifica le direttive 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE ed il regolamento (UE) n. 1093/2010, ed abroga la direttiva 2007/64/CE (cd. PSD). La nuova direttiva comunitaria che, in uno al regolamento cd. MIF in tema di commissioni di interscambio costituisce il cd. “*Payments Legislative Package*”,⁴¹⁵ dovrà essere recepita dagli Stati membri *entro 24 mesi* dalla sua entrata in vigore,⁴¹⁶ sicché, sino al *13 gennaio 2018*, può dirsi ancora applicabile il quadro normativo in precedenza illustrato (PSD), seppur nei limiti della sua compatibilità con la disciplina transitoria prevista all'art. 109 della PSD2.⁴¹⁷

⁴¹³ Sul punto, si veda il cap. II. Ciò che, peraltro, risulta ribadito a chiare lettere al *Considerando* n. 7 della PSD 2: “*Negli ultimi anni, i rischi di sicurezza relativi ai pagamenti elettronici sono aumentati. Ciò è dovuto alla crescente complessità tecnica dei pagamenti elettronici, al continuo aumento del numero di pagamenti elettronici effettuati in tutto il mondo e all'avvento di nuovi tipi di servizi di pagamento. La sicurezza dei servizi di pagamento è una condizione fondamentale per il buon funzionamento del relativo mercato. È quindi opportuno che gli utenti di tali servizi godano di un'adeguata protezione contro tali rischi. I servizi di pagamento sono essenziali per il funzionamento di attività economiche e sociali cruciali*”.

⁴¹⁴ Perentoriamente, invero, il *Considerando* n. 4 della PSD 2 statuisce che “*Esiste al riguardo un grande potenziale positivo che occorre sfruttare in modo più coerente*”.

⁴¹⁵ La commissione di interscambio (*interchange fees*) costituiscono le commissioni corrisposte dall'*acquirer* all'emittente ogniqualvolta uno strumento di pagamento viene utilizzato presso un esercizio commerciale. Per le *carte di credito* la commissione è in genere rappresentata da una piccola percentuale del valore della transazione, mentre per le *carte di debito* è solitamente rappresentata da un piccolo importo fisso o dal risultato della combinazione di un importo fisso e di una percentuale.

⁴¹⁶ *Ex art.* 115, par. 1, della nuova direttiva, invero, “*Entro il 13 gennaio 2018 gli Stati membri adottano e pubblicano le misure necessarie per conformarsi alla presente direttiva. Essi ne informano la Commissione*”.

⁴¹⁷ Art. 109 PSD2: “*Gli Stati membri autorizzano gli istituti di pagamento che hanno avviato l'attività in conformità della normativa nazionale di recepimento della direttiva 2007/64/CE entro il 13 gennaio 2018 a proseguire tale attività nel rispetto delle condizioni fissate dalla direttiva 2007/64/CE, senza essere tenute a chiedere l'autorizzazione a norma dell'articolo 5 della presente direttiva o a conformarsi alle altre*

Si tratta di *corpus* normativo articolato in *sei titoli*, che costituisce l'esito finale di un percorso a dir poco tortuoso,⁴¹⁸ destinato, quanto meno nelle intenzioni, ad incidere profondamente sullo sviluppo del mercato dei sistemi di pagamento elettronico nei

disposizioni di cui al titolo II della presente direttiva fino al 13 luglio 2018. Gli Stati membri prescrivono a tali istituti di pagamento di presentare alle autorità competenti tutte le informazioni pertinenti per permettere loro di valutare, entro il 13 luglio 2018 se tali istituti di pagamento soddisfano i requisiti fissati dal titolo II e, in caso contrario, di stabilire le misure da adottare per garantire tale rispetto o se sia opportuno revocare l'autorizzazione. Gli istituti di pagamento che, a seguito della verifica effettuata dalle autorità competenti, risultano conformi ai requisiti previsti nel titolo II ricevono l'autorizzazione e sono iscritti nei registri di cui agli articoli 14 e 15. Agli istituti di pagamento che non soddisfano i requisiti previsti nel titolo II entro il 13 luglio 2018 è fatto divieto di prestare servizi di pagamento in conformità dell'articolo 37.

Gli Stati membri possono decidere di autorizzare e iscrivere automaticamente nei registri di cui agli articoli 14 e 15 gli istituti di pagamento di cui al paragrafo 1, primo comma, del presente articolo se le autorità competenti dispongono già di prove attestanti il rispetto dei requisiti stabiliti dagli articoli 5 e 11. Le autorità competenti informano gli istituti di pagamento interessati prima della concessione dell'autorizzazione.

Il presente paragrafo si applica alle persone fisiche o giuridiche che hanno beneficiato dell'articolo 26 della direttiva 2007/64/CE prima del 13 gennaio 2018 ed esercitavano attività di servizi di pagamento ai sensi della direttiva 2007/64/CE. Gli Stati membri autorizzano tali soggetti a proseguire tale attività nello Stato membro interessato in conformità della direttiva 2007/64/CE fino al 13 gennaio 2019 senza essere tenute a chiedere l'autorizzazione ai sensi dell'articolo 5 della presente direttiva o a ottenere un'esenzione ai sensi dell'articolo 32 della presente direttiva, o a conformarsi alle altre disposizioni di cui al titolo II della presente direttiva. A qualunque persona di cui al primo comma a cui, entro il 13 gennaio 2019, non è stata accordata l'autorizzazione o non è stata concessa un'esenzione ai sensi della presente direttiva è fatto divieto di prestare servizi di pagamento conformemente all'articolo 37 della presente direttiva.

Gli Stati membri possono consentire che le persone fisiche e giuridiche che beneficiano di una esenzione di cui al paragrafo 3 del presente articolo siano considerati esentati e siano automaticamente iscritte nei registri di cui agli articoli 14 e 15 se le autorità competenti dispongono di prove attestanti il rispetto dei requisiti di cui all'articolo 32. Le autorità competenti informano gli istituti di pagamento interessati.

Nonostante il paragrafo 1 del presente articolo, gli istituti di pagamento autorizzati a prestare servizi di pagamento di cui al punto 7 dell'allegato della direttiva 2007/64/CE mantengono tale autorizzazione per la prestazione di quei servizi di pagamento considerati servizi di pagamento di cui al punto 3 dell'allegato I della presente direttiva se, entro il 13 gennaio 2020, le autorità competenti dispongono di prove attestanti il rispetto dei requisiti di cui all'articolo 7, lettera c), e dall'articolo 9 della presente direttiva”.

⁴¹⁸ Diversi, invero, i punti dolenti, fonti di attrito tra gli Stati, emersi durante il percorso finale del testo comunitario in parola, tra i quali si segnalano il “*passporting rules*” per gli Istituti di Pagamento comunitari che operano al di fuori del proprio territorio d'origine, nonché la possibilità che la PSD2 sia implementata prima che le *linee guida EBA* (Autorità Bancaria Europea) sulla sicurezza dei pagamenti internet entrino effettivamente in vigore presso tutti gli Stati membri, con particolare riferimento ai rischi che potrebbero derivare da pratiche inadeguate eventualmente poste in essere dalle TPP (nuova categoria di prestatori di servizi di pagamento introdotta dalla PSD 2). Con particolare riferimento al primo punto, ed a mero titolo esemplificativo, il Lussemburgo ha ritenuto di dover dichiarare per iscritto che, a proprio giudizio, la nuova PSD2 pregiudicherebbe il sistema di “*passporting*” istituito per gli Istituti di Pagamento comunitari ed il principio della vigilanza esercitata dallo Stato membro d'origine previsti dalla PSD, reintroducendo così una possibilità di frammentare il mercato. Più dettagliatamente, il Lussemburgo ha evidenziato come il testo *non rifletta un approccio coerente con la vigilanza transfrontaliera ed al relativo equilibrio tra i poteri delle autorità competenti dello Stato membro d'origine e dello Stato membro ospitante riguardo ad altri fascicoli concernenti i servizi finanziari*. In quest'ottica, non ha votato presso il Consiglio UE, il 16 novembre 2015, il testo di direttiva approvato al Parlamento Europeo l'8 ottobre 2015 (sui 28 voti degli Stati membri, peraltro, 27 hanno espresso parere favorevole). In relazione al secondo punto, non pare superfluo ricordare che la PSD2 grava l'EBA dell'obbligo di pubblicare i regolamenti e gli standard tecnici in riferimento ad autenticazione, sicurezza e comunicazione entro 12 mesi dalla sua entrata in vigore e che, da tale data, dovranno trascorrere ulteriori 18 mesi prima che i medesimi divengano cogenti.

prossimi anni, in linea con la strategia *Europa 2020*⁴¹⁹ e con l'*Agenda Digitale Europea*.⁴²⁰ Sullo sfondo, invero, l'obiettivo di dare ulteriore slancio alla creazione di un mercato paneuropeo per i pagamenti elettronici in cui consumatori, dettaglianti ed altri operatori di mercato possano godere appieno dei vantaggi offerti dal mercato interno, che si connota dunque per chiarezza giuridica, sicurezza, condizioni di parità e trasparenza dei servizi, funzionali alla convergenza verso il basso dei costi e dei prezzi a carico degli utenti di servizi di pagamento.⁴²¹

⁴¹⁹ Si tratta della *strategia decennale per la crescita e l'occupazione* che l'Unione europea ha varato nel 2010. Non mira soltanto a superare la crisi dalla quale le economie di molti Paesi stanno ora gradualmente uscendo, ma vuole anche colmare le lacune del nostro modello di crescita e creare le condizioni per una crescita più intelligente, sostenibile e solidale. In particolare, l'UE si è data *cinque obiettivi quantitativi* da realizzare entro la fine del 2020 che riguardano *l'occupazione, la ricerca e sviluppo, il clima e l'energia, l'istruzione, l'integrazione sociale e la riduzione della povertà*. La strategia comporta, inoltre, *sette iniziative prioritarie* che tracciano un quadro entro il quale l'UE e i governi nazionali sostengono reciprocamente i loro sforzi per realizzare le priorità di Europa 2020, quali *l'innovazione, l'economia digitale, l'occupazione, i giovani, la politica industriale, la povertà e l'uso efficiente delle risorse*. Altre leve dell'UE, come il mercato unico europeo, il bilancio europeo e le politiche estere contribuiscono al raggiungimento degli obiettivi della strategia Europa 2020. La strategia viene attuata e controllata nell'ambito del semestre europeo.

⁴²⁰ L'agenda digitale presentata dalla Commissione europea il 19 maggio 2010 è una delle sette iniziative faro della strategia Europa 2020, che fissa obiettivi per la crescita nell'Unione europea da raggiungere entro il 2020. In particolare, si propone di sfruttare al meglio il potenziale delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC) per favorire l'innovazione, la crescita economica ed il progresso.

⁴²¹ In un'epoca in cui, come s'è avuto modo di osservare (Cap. II), la distinzione tra Istituti di pagamento ed Istituti di moneta elettronica è sempre meno netta e si assiste alla convergenza delle tecnologie e dei modelli commerciali all'uopo utilizzati, riveste primaria importanza, del resto, la necessità di porre le basi per una piena ed effettiva armonizzazione anche in questo settore del mercato interno.

Par. 10.1. L'ambito oggettivo della cd. PSD2: il nuovo cd. *positive scope*.

Come la PSD, anche la cd. PSD2 chiarisce innanzitutto il suo *scopo*: dettare le regole in base alle quali gli Stati membri distinguono le *categorie* (sei) di *prestatori di servizi di pagamento*, nonché le regole concernenti la *trasparenza delle condizioni e dei requisiti informativi* per i servizi di pagamento, i rispettivi *diritti ed obblighi degli utenti*, da un lato, *e dei prestatori* di tali servizi, dall'altro (art. 1, par. 1 e 2). Ma se come per il passato, *prestatori dei servizi di pagamento* (cd. PSP) possono essere, esclusivamente, banche centrali, Stati ed altri enti pubblici territoriali, istituti bancari, uffici postali, istituti di moneta elettronica (IMEL) e di Pagamento (IP),⁴²² ed in buona sostanza invariata risulta la nozione di *servizio di pagamento*,⁴²³ diverso per converso risulta l'*ambito di applicazione* della nuova disciplina.

Sotto quest'ultimo profilo, riguardato segnatamente sotto il profilo del suo cd. *positive scope*, viene in rilievo infatti l'art. 2 che, nella sua nuova versione, si propone di estendere l'applicabilità delle regole di trasparenza e di corretta informativa, sia in *termini geografici*, che di *valute* considerate. Riguardate dal punto di vista geografico, in particolare, tali regole sono destinate a trovare applicazione nei confronti di *tutti* i servizi di pagamento prestati nell'Unione, dunque non soltanto laddove il prestatore di servizi di pagamento del pagatore ed il prestatore dei servizi del beneficiario risultino entrambi situati nell'UE e la valuta utilizzata sia l'Euro, ma anche, diversamente da quanto previsto dalla PSD, nei confronti di *tutte le operazioni di pagamento*, in *qualsiasi valuta*, effettuate verso Paesi terzi in riferimento alle quali soltanto uno dei prestatori di servizi di pagamento ha sede nell'Unione (operazioni cd. *one leg*), sebbene relativamente e limitatamente ai segmenti delle operazioni di pagamento eseguiti nell'ambito dell'Unione Europea.

⁴²² Sul punto possono dunque richiamarsi le osservazioni già svolte *sub* Cap. II, par. 3.2.

⁴²³ Come nella PSD (art. 4, co. 3), infatti, si rinvia alle “*attività commerciali elencate nell'allegato*”. Peraltro, non figura più la *species* di servizi di pagamento maggiormente rilevante ai fini della presente indagine, ovvero “*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*” (n. 7 dell'allegato alla PSD).

In uno all'introduzione di una *nuova definizione di servizi già previsti dalla PSD*,⁴²⁴ poi, la nuova direttiva estende l'applicabilità delle proprie previsioni anche a *nuovi servizi*, preso atto che, successivamente all'adozione della PSD, si sono diffusi nuovi tipi di servizi di pagamento, specialmente nel settore dei pagamenti tramite internet e che, soprattutto, i recenti sviluppi tecnologici hanno determinato la nascita di una serie di *servizi accessori*. Il riferimento è, segnatamente, ai servizi di cc.dd. *payment initiation* ed *account information*.

Quanto ai primi, ovvero ai *servizi cd. di disposizione di ordine di pagamento* (art. 4, n. 15 PSD2),⁴²⁵ s'è in presenza di servizi di pagamento che rientrano nel *genus* dell'esecuzione di operazioni di pagamento quando i fondi rientrano in una linea di credito accordata ad un utente di servizi di pagamento e che, come specifica la nuova direttiva,⁴²⁶ svolgono ormai un ruolo importante nei pagamenti del commercio elettronico mediante un *software* che fa da ponte tra il sito web del commerciante e la piattaforma di *online banking* della banca del pagatore per disporre pagamenti via internet sulla base di bonifici. Più dettagliatamente, i servizi in parola consentono al prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento di assicurare al beneficiario che il pagamento sia stato disposto, sì da incentivarlo a consegnare i beni o a prestare il servizio, senza indebiti ritardi. In definitiva, tali servizi offrono una soluzione a basso

⁴²⁴ Il riferimento è, in particolare, ai servizi di *Acquiring* ed *Issuing*, dei quali viene fornita una definizione *maggiormente neutrale*, e sotto il profilo tecnologico, e sotto il profilo soggettivo, ciò che peraltro risulta coerente col fine di consentire lo sviluppo di nuovi tipi di servizi di pagamento, garantendo pari condizioni operative ai prestatori di servizi di pagamento esistenti ed ai nuovi prestatori (*Considerando* n. 21). L'art. 4, al n. 44, invero, definisce il primo ("convenzionamento di operazioni di pagamento") come "*un servizio di pagamento fornito da un prestatore di servizi di pagamento che stipula un contratto con il beneficiario per l'accettazione e il trattamento delle operazioni di pagamento, che si traduce in un trasferimento di fondi al beneficiario*", mentre, al n. 45, l'*issuing* ("emissione di strumenti di pagamento") come "*un servizio di pagamento fornito da un prestatore di servizi di pagamento che stipula un contratto per fornire al pagatore uno strumento di pagamento per disporre e trattare le operazioni di pagamento del pagatore*". E ciò, come specificato al *Considerando* n. 10, "al fine di ricomprenservi non solo i modelli di convenzionamento tradizionali strutturati attorno all'uso delle carte di pagamento, ma anche modelli commerciali diversi, compresi quelli che comportano la presenza di più di un convenzionatore. Si dovrebbe in tal modo assicurare che i commercianti godano della medesima protezione, indipendentemente dallo strumento di pagamento usato, allorché l'attività è identica al convenzionamento delle operazioni tramite carta. I servizi tecnici offerti ai prestatori di servizi di pagamento, quali il semplice trattamento e la semplice registrazione di dati o gestione di terminali, non dovrebbero rientrare nella definizione di convenzionamento. Inoltre, alcuni modelli di convenzionamento non prevedono l'effettivo trasferimento di fondi al beneficiario da parte del convenzionatore, poiché le parti possono concordare altre forme di regolamento."

⁴²⁵ Art. 4, n. 15 PSD2 (*servizio di disposizione di ordine di pagamento*): "*un servizio che dispone l'ordine di pagamento su richiesta dell'utente di servizi di pagamento relativamente a un conto di pagamento detenuto presso un altro prestatore di servizi di pagamento*".

⁴²⁶ In tal senso, il *Considerando* n. 27.

costo per i commercianti ed i consumatori, consentendo a questi ultimi di fare acquisti *online* anche senza l'ausilio di carte di pagamento.⁴²⁷

I servizi di cd. *account information*, ovvero i *servizi di informazione sui conti*, forniscono invece all'utente di servizi di pagamento *informazioni online aggregate su uno o più conti di pagamento* detenuti presso un altro o altri prestatori di servizi di pagamento, e cui si ha accesso mediante interfacce online del prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto (art. 4, n. 16 PSD2).⁴²⁸ L'utente di servizi di pagamento può così disporre, immediatamente, di un quadro generale della sua situazione finanziaria in un dato momento.⁴²⁹

Come si avrà modo di vedere nel prosieguo della trattazione, all'introduzione dei nuovi servizi in parola risulta correlata la necessità di regolamentare, sotto il profilo *soggettivo*, gli operatori economici chiamati a prestarli: il riferimento è ai cc.dd. *TPP*, ovvero *PISP* ed *AISP* che, *di fatto*, rappresentano nuovi attori del mercato dei servizi di pagamento.

⁴²⁷ Poiché non soggetti alla PSD, i servizi di disposizione di ordine di pagamento non risultavano obbligati al rispetto dei requisiti ivi previsti, né risultavano necessariamente soggetti alla vigilanza di un'autorità competente, ciò che ha determinato incertezza giuridica sul piano della tutela dei consumatori, della sicurezza e responsabilità, nonché della concorrenza e protezione dati. In quest'ottica, specifica il *Considerando* n. 30, fermo restando che "le credenziali di sicurezza personalizzate, usate per l'autenticazione sicura del cliente dall'utente del servizio di pagamento o dal prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento, sono in genere quelle rilasciate dai prestatori di servizi di pagamento di radicamento del conto", e che "i prestatori di servizi di disposizione di ordine di pagamento non stabiliscono necessariamente una relazione contrattuale con i prestatori di servizi di pagamento di radicamento del conto", "i prestatori di servizi di pagamento di radicamento del conto dovrebbero consentire ai prestatori di servizi di disposizione di ordine di pagamento di fare ricorso alle procedure di autenticazione fornite dai prestatori di servizi di pagamento di radicamento del conto per disporre un determinato pagamento per conto del pagatore", e ciò "indipendentemente dal modello commerciale usato dai prestatori di servizi di disposizione di ordine di pagamento". Nella stessa direzione, va letto il successivo *Considerando* n. 31 che subordina ad autorizzazione "piena" il prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento allorché intenda prestare altri servizi di pagamento per i quali detenere fondi dell'utente è necessario, ciò che, al contrario, non risulta necessario allorché lo stesso presti esclusivamente tale tipo di servizi, non detenendo in tal caso, in alcuna fase della catena di pagamento, i fondi dell'utente. Ed invero, aggiunge il *Considerando* n. 35, se, da un lato, risulta "sproporzionato imporre requisiti di fondi propri" ai prestatori di servizi di disposizione di ordine di pagamento e i prestatori di servizi di informazione sui conti, allorché prestano esclusivamente detti servizi, considerato che non detengono fondi dei clienti, dall'altro, è importante che gli stessi "siano in grado di far fronte alle responsabilità in relazione alle loro attività", mediante la previsione dell'obbligo di dotarsi di "un'assicurazione per responsabilità civile professionale o una garanzia comparabile", la cui esatta individuazione viene demandata agli Stati membri sulla base dei criteri in tema di importo monetario minimo che l'ABE è chiamata ad indicare.

⁴²⁸ Art. 4, n. 16 PSD2 (*servizio di informazione sui conti*): "un servizio online che fornisce informazioni consolidate relativamente a uno o più conti di pagamento detenuti dall'utente di servizi di pagamento presso un altro prestatore di servizi di pagamento o presso più prestatori di servizi di pagamento".

⁴²⁹ Anche tali servizi, specifica il *Considerando* n. 28, dovrebbero essere trattati nella presente direttiva al fine di garantire ai consumatori una protezione adeguata relativamente ai dati di pagamento e contabili, nonché la certezza giuridica legata allo *status* di prestatore di servizi di informazione sui conti.

Par. 10.2. Il nuovo cd. *negative scope*.

Ancor più marcate e rilevanti ai fini della presente indagine, risultano, poi, le modifiche introdotte all'art. 3 concernente il cd. *negative scope*. Come nella PSD, ivi si trovano disciplinati *quindici casi* di servizi ed operazioni di pagamento esclusi dall'ambito applicativo della direttiva: si tratta di *attività accessorie, ovvero, materiali, o ancora, svolte in circuiti ristretti* la cui esclusione appare ancora, in via prevalente, ancorata al requisito, negativo, dell'assenza di un *intermediario*.⁴³⁰

In disparte ogni considerazione in ordine alla revisione del perimetro di deroga precedentemente previsto per gli *agenti commerciali*,⁴³¹ per gli *strumenti e reti a*

⁴³⁰ In perfetta continuità con l'approccio adottato dalla PSD, il *Considerando* n. 22 specifica infatti che la nuova direttiva si applica a tutti i tipi di servizi di pagamento elettronici, pertanto, non sarebbe opportuno che le nuove norme si applicassero ai servizi nell'ambito dei quali il trasferimento di fondi dal pagatore al beneficiario, o il loro trasporto, sia eseguito esclusivamente in banconote e monete o il trasferimento sia basato su assegni cartacei, cambiali su supporto cartaceo, pagherò o altro strumento, voucher su supporto cartaceo o carte ad uso interno, tramite i quali viene ordinato ad un prestatore di servizi di pagamento o ad altra parte di mettere dei fondi a disposizione del beneficiario. Come in passato, dunque, poco agevole risulta spiegare l'esclusione, dall'ambito di applicazione della nuova disciplina, dei *pagamenti con effetti cambiari* ed in particolare con *assegni*, vale a dire proprio dei pagamenti effettuati con la forma più antica di intermediazione. Al *Considerando* n. 23 della PSD2 risulta ribadita la ragione dell'esclusione: "*per loro natura non consentono un trattamento altrettanto efficace quanto altri mezzi di pagamento*". Sul punto, possono quindi richiamarsi le considerazioni di 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. 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.

⁴³¹ Alla base di tale scelta, la presa d'atto che l'esclusione dall'ambito di applicazione della PSD delle operazioni di pagamento effettuate tramite un agente commerciale per conto del pagatore o del beneficiario è stata "*applicata con modalità molto diverse negli Stati membri*", segnatamente alcuni Stati membri hanno consentito di applicare tale esclusione alle piattaforme di commercio elettronico che agiscono come intermediari per conto sia dei singoli acquirenti (pagatore) che dei singoli venditori (beneficiario) senza un reale margine nella negoziazione o conclusione della vendita o dell'acquisto di beni o servizi, ciò che andava al di là dell'ambito di applicazione previsto nella PSD con conseguente aumento dei rischi per i consumatori, tali prestatori non risultando soggetti alle norme sulla protezione garantita dal quadro giuridico, e con conseguenti effetti distorsivi della concorrenza nel mercato dei pagamenti. In quest'ottica, si suggerisce di applicare l'esclusione "*ove gli agenti agiscono soltanto per conto del pagatore o soltanto per conto del beneficiario, indipendentemente dal fatto che siano o meno in possesso dei fondi dei clienti*"; ove agiscono per conto sia del pagatore sia del beneficiario (ad esempio mediante una piattaforma di commercio elettronico), invece, gli agenti dovrebbero essere esclusi solo qualora non entrino mai in possesso dei fondi dei clienti o non li controllino (*Considerando* n. 11). In particolare, il nuovo art. 3 PSD2, alla lett. b), limita i precedenti confini dell'esenzione prevista per l'attività svolta dagli agenti commerciali, precisando che tale esenzione dovrà e potrà trovare applicazione solo relativamente agli agenti commerciali che agiscono per conto o del pagatore o del beneficiario, ma non per conto di entrambi.

spendibilità limitata (cd. *limited network*)⁴³² e per i cd. IAD (*Independent ATM deployers*),⁴³³ in questa sede assume primario rilievo la nuova formulazione dell'esclusione delle operazioni di pagamento di cui alla lett. l) dell'articolo in parola.⁴³⁴ Ed invero, nonostante “*le informazioni provenienti dal mercato non abbiano*

⁴³² In particolare, il perimetro di deroga risulta ancorato a nuovi (e più stringenti) presupposti di operatività. Alla base di tale scelta, la presa d'atto che le attività di pagamento soggette all'esclusione relativa alle reti limitate negli ultimi anni si sono spesso connotate per volumi e valori di pagamento significativi e per l'offerta ai consumatori di centinaia o migliaia di prodotti e servizi diversi, ciò che non corrispondeva alla finalità dell'esclusione prevista dalla PSD traducendosi in maggiori rischi e nella mancata protezione giuridica per gli utenti di servizi di pagamento (in particolare per i consumatori), nonché in chiari svantaggi per gli operatori di mercato soggetti a regolamentazione. Per contribuire a limitare tali rischi, dunque, il *Considerando* n. 13 della PSD2 specifica che *non dovrebbe essere possibile utilizzare lo stesso strumento per effettuare operazioni di pagamento relative all'acquisto di beni e servizi all'interno di più di una rete limitata o all'acquisto di una gamma illimitata di beni e servizi* e che, soprattutto, *uno strumento di pagamento è suscettibile di esser utilizzato nell'ambito di una tale rete limitata soltanto alla presenza delle seguenti circostanze: per l'acquisto di beni e di servizi da determinati rivenditori o determinate catene di rivenditori, qualora le entità coinvolte siano legate direttamente da un accordo commerciale che prevede, ad esempio, l'uso di un singolo marchio di pagamento e tale marchio di pagamento è utilizzato nei punti vendita e figura - ove possibile - sullo strumento di pagamento che può essere ivi utilizzato; per l'acquisto di una gamma molto limitata di beni o di servizi, ad esempio allorché l'ambito di utilizzo è effettivamente limitato a un numero chiuso di beni o servizi funzionalmente collegati indipendentemente dall'ubicazione geografica del punto vendita; ed infine, se lo strumento è regolamentato da un'autorità pubblica nazionale o regionale, per fini sociali o fiscali specifici allo scopo di acquistare beni o servizi specifici*. Ad ogni modo, specifica il successivo *Considerando* n. 14, “*l'esclusione relativa alle reti limitate dovrebbe applicarsi in combinazione con l'obbligo, per i potenziali prestatori di servizi di pagamento, di notificare attività rientranti nell'ambito di applicazione della medesima*”. A titolo esemplificativo, poi, quest'ultimo *Considerando* individua gli strumenti di pagamento suscettibili di rientrare nell'esclusione in parola: tessere clienti, carte carburante, tessere di membro, tessere per i mezzi di trasporto pubblici, biglietti per il parcheggio, buoni pasto o buoni per servizi specifici, che talvolta sono oggetto di disposizioni specifiche di diritto fiscale o del lavoro volte a promuovere l'uso di tali strumenti per raggiungere gli obiettivi previsti dalla legislazione sociale. Quando tale strumento ad uso specifico si trasforma in uno strumento ad uso generale, specifica tuttavia il *considerando* in parola, “*è opportuno che l'esclusione dall'ambito di applicazione della presente direttiva non sia più applicabile*”. In particolare, gli strumenti che possono essere utilizzati per effettuare acquisti presso i punti vendita di commercianti registrati non dovrebbero essere esclusi dall'ambito di applicazione della presente direttiva, atteso che tali strumenti di norma sono concepiti per una rete di prestatori di servizi in continua crescita. In quest'ottica, il nuovo art. 3 PSD2, lett. k), reca una nozione più precisa di “reti limitate”, allineandola altresì alla definizione già prevista dalla direttiva 2009/110/CE, nell'ottica, da un lato, di vietarne l'applicazione nei confronti delle grandi reti di servizi che registrano volumi di pagamenti elevati.

⁴³³ In riferimento al servizio di pagamento in parola, risulta aumentato in particolare il grado di trasparenza prescritto a carico del prestatore considerato che, a norma del nuovo disposto dell'art. 3 lett. o), “[...] *al cliente sono fornite le informazioni in merito a qualsiasi commissione sui prelievi di cui agli articoli 45, 48, 49 e 59 prima che esegua il prelievo nonché al momento del ricevimento dei contanti alla fine dell'operazione, dopo il prelievo.*”

⁴³⁴ Si tratta, come ribadito dal *Considerando* n. 15 della nuova direttiva, delle “*operazioni di pagamento eseguite tramite dispositivi di telecomunicazione o di tecnologia dell'informazione se l'operatore di rete non agisce solo quale intermediario per la fornitura di beni e servizi digitali attraverso il dispositivo in questione, ma conferisce anche un valore aggiunto a tali beni o servizi. In particolare, tale esclusione rende possibili la fatturazione con l'operatore (operator billing) o gli acquisti con addebito diretto sulla bolletta telefonica che, a partire dalle suonerie per telefoni cellulari e dai servizi SMS premium, contribuisce allo sviluppo di nuovi modelli commerciali basati sulla vendita a basso costo di contenuti digitali e di servizi a tecnologia vocale. Tali servizi comprendono l'intrattenimento, come chat, scaricamento di video, musica e*

confermato che tali operazioni di pagamento, che i consumatori ritengono comode per pagamenti di piccola entità, siano diventate un servizio generale di intermediazione di pagamento”,⁴³⁵ s'è reputato (più che) opportuno procedere ad una riscrittura della previsione in parola considerato che *“a causa dell’ambiguità nella formulazione della relativa esclusione, quest’ultima è stata applicata in maniera disomogenea dai diversi Stati membri, determinando mancanza di certezza giuridica per gli operatori e i consumatori e consentendo in alcuni casi ai servizi di intermediazione di pagamento di considerarsi ricompresi, in modo illimitato, nell’esclusione dall’ambito di applicazione della direttiva 2007/64/CE”*.

In quest’ottica, il nuovo art. 3 lett. l) esclude dall’ambito applicativo della PSD2 le *“operazioni di pagamento da parte di un fornitore di reti o servizi di comunicazione elettronica realizzate in aggiunta a servizi di comunicazione elettronica per un abbonato alla rete o al servizio per l’acquisto di contenuti digitali e servizi a tecnologia vocale, indipendentemente dal dispositivo utilizzato per l’acquisto o per il consumo dei contenuti digitali e addebitate alla relativa fattura, o anche effettuate da o tramite un dispositivo elettronico e addebitate mediante la relativa fattura nel quadro di un’attività di beneficenza o per l’acquisto di biglietti. In tali casi, l’esclusione opera “a condizione che il valore di ogni singola operazione di pagamento non superi 50 EUR e il valore complessivo delle operazioni di pagamento non superi, per un singolo abbonato, 300 EUR mensili, o qualora l’abbonato prealimenti il proprio conto presso il fornitore di reti o servizi di comunicazione elettronica, il valore complessivo delle operazioni di pagamento non superi 300 EUR mensili.”*

Innanzitutto, dunque, il perimetro di deroga risulta revisionato sotto il profilo soggettivo: diversamente che nella PSD, ove il riferimento era *“all’operatore di telecomunicazione, digitale o informatico”* che *“non agisca esclusivamente quale intermediario tra l’utente di servizi di pagamento e il fornitore dei beni e servizi”* e faceva da contraltare al richiamo *“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”* contenuto nella definizione di tale *species* di servizi di pagamento di cui al n. 7

giochi; l’informazione, ad esempio su meteo, notizie, aggiornamenti sportivi e borsa valori; la consultazione di elenchi; la partecipazione a programmi televisivi e radiofonici, ad esempio votazioni, iscrizione a concorsi, riscontro in tempo reale”.

⁴³⁵ In tal senso il Considerando n. 15 della PSD2.

dell'allegato alla PSD (cd. *positive scope*),⁴³⁶ nella nuova direttiva il riferimento è semplicemente al “*fornitore di reti o servizi di comunicazione elettronica*”, ciò che del resto risulta coerente con l'eliminazione delle operazioni di cui al n. 7 dell'allegato PSD dal novero delle attività riconducibili alla “nuova” nozione di servizio di pagamento.

Come evidente, si tratta di definizione, per un verso, più ampia in quanto idonea a ricomprendervi non soltanto le TELCO (ma anche, più in generale, gli operatori di comunicazione) e, per altro verso, meno attenta a fugare ogni dubbio in ordine alla riconducibilità dei soggetti in parola alla categoria degli *intermediari*.⁴³⁷ Ciò che, invero, s'è scelto di fare “*precisando i tipi di operazioni di pagamento a cui si applica*” l'esclusione in parola.⁴³⁸

Innanzitutto, tuttavia, s'è scelto di specificare che, perché l'esclusione possa dirsi integrata, è necessario che l'operazione venga realizzata “*in aggiunta a servizi di comunicazione elettronica per un abbonato alla rete o al servizio*” ciò che pare invero riproporre, quanto già statuito dalla direttiva cd. IMEL 2 in riferimento ai prestatori cd. ibridi di servizi di pagamento,⁴³⁹ ossia il carattere “ancillare” dell'attività di prestazione dei servizi di pagamento in parola, rispetto all'attività (quella di telecomunicazione) costituente il precipuo oggetto sociale delle TELCO.

Più convinto, per converso, appare il tentativo di delineare i “confini merceologici” dell'esclusione: le operazioni in parola, infatti, possono (*rectius*, devono) avere ad

⁴³⁶ Allegato PSD, n. 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'utente di servizi di pagamento e il fornitore di beni e servizi*”.

⁴³⁷ Sotto quest'ultimo profilo, dunque, non pare ardito sostenere che la previgente formulazione dell'art. 3 lett. l) si lasci preferire: nonostante, come in precedenza osservato, l'incertezza giuridica generata (Cap. II, par. 3.1.1., 6.3. e 6.3.1.), invero, la precedente formulazione presentava il pregio di annoverare tra le condizioni di operatività dell'esclusione la non riconducibilità delle operazioni poste in essere dall'operatore di telecomunicazione all'*agere* degli intermediari, sancendo così, a chiare lettere, l'impossibilità di assimilare i primi ai secondi. Non pare superfluo ricordare, poi, che la (ancora vigente) regolamentazione interna di attuazione della normativa di recepimento della PSD s'è preoccupata di prescrivere il rispetto di talune ulteriori condizioni, pure finalizzate ad evitare il rischio di tale assimilazione: il riferimento è, segnatamente, all'art. 2, punto 2.2.9. del *Provvedimento Banca d'Italia 5 luglio 2011* che, come in precedenza osservato, subordina la possibilità di beneficiare dell'esclusione dall'ambito applicativo del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11 alla condizione, tra l'altro, che l'operatore di telecomunicazione, digitale o informatico non solo non agisca quale mero intermediario del pagamento tra l'utilizzatore ed il fornitore di beni e servizi, “*ma apporti a questi ultimi un valore aggiunto in assenza del quale non sarebbe possibile usufruire del bene con le medesime modalità.*”

⁴³⁸ In tal senso il *Considerando* n. 15 della PSD2: “ [...] È pertanto opportuno chiarire e restringere la portata dell'ammissibilità di tale esclusione per tali prestatori di servizi precisando i tipi di operazioni di pagamento a cui si applica”.

⁴³⁹ Cap. II, par. 5.1.

oggetto l'acquisto di quattro diverse categorie di beni: “*contenuti digitali*” e “*servizi a tecnologia vocale*”, in entrambi i casi “*indipendentemente dal dispositivo utilizzato per l'acquisto o per il consumo ma purché “addebitate alla relativa fattura,”* ovvero, trasferimenti di valori finanziari effettuati (da o tramite un dispositivo elettronico e purché addebitate mediante la relativa fattura)⁴⁴⁰ “*nel quadro di un'attività di beneficenza*”, ovvero “*per l'acquisto di biglietti.*” Sul punto, se, da un lato, può accogliersi con favore la scelta di far riferimento, espressamente, non solo al *bene digitale* (ora: *contenuti digitali*), ma anche a beni diversi quali i *servizi a tecnologia vocale* e le operazioni di “*acquisto di biglietti*”,⁴⁴¹ dall'altro ed ai fini della presente indagine, non pare ardito sostenere che la previsione, per come formulata, non sia idonea a superare l'incertezza giuridica per operatori e consumatori cui aveva dato luogo nella sua precedente versione. Rinviando la disamina di quest'ultimo aspetto al prosieguo della trattazione, sotto il primo profilo, è infatti evidente che le modifiche introdotte sottendono l'obiettivo di fornire copertura normativa alla tendenza delle TELCO, vieppiù crescente, ad ampliare la gamma di prodotti offerti all'utenza telefonica: *loghi, suonerie, sfondi, internet* ed, in tempi recenti, *biglietti dei mezzi di trasporto* che, con particolare riferimento al contesto interno, risultano già acquistabili nelle principali città italiane anche utilizzando, quale corrispettivo dell'acquisto, il credito telefonico cd. *prepagato*, ovvero cd. *postpagato*.⁴⁴²

Nelle intenzioni, dunque, la nuova elencazione delle operazioni suscettibili di beneficiare dell'esclusione di cui all'art. 3 lett. l) PSD2 dovrebbe risultare idonea ad arginare l'ampliamento della gamma dei beni e/o servizi acquistabili dall'utenza telefonica mediante addebito diretto del relativo costo sul credito telefonico. Il richiamo alla nozione di “*bene digitale*”, dilatatasi nel corso del tempo fino

⁴⁴⁰ In verità, la nuova previsione fa riferimento alla nozione di “*operazione di pagamento*”: ciò che risulta quantomeno “improprio” in ordine ai trasferimenti di valori compiuti nel quadro di *attività beneficenza*, attesa l'assenza di una *causa solutionis* sottesa all'operazione, che si connota per converso per l'esistenza di un'evidente causa donativa.

⁴⁴¹ Meno felice, per converso, appare la scelta di collocare in questa *sede le operazioni di trasferimento di valori finanziari effettuate nel quadro di un'attività di beneficenza*, ciò che invero risulta coerente, da un lato, con la logica di fondo della disciplina sui servizi di pagamento che, come visto, poggiando *sull'irrilevanza della natura giuridica del pezzo monetario trasferito* e mostrando dunque “disinteresse” per il sistema civilistico delle obbligazioni pecuniarie (artt. 1277 c.c. e ss.), trova applicazione anche allorché la causa del trasferimento monetario risulti diversa da quella *solutoria* di un'obbligazione, dall'altro, con la circostanza che, di fatto e da tempo, le TELCO sono state chiamate a prestare tale tipologia di servizi (si pensi a *Telethon* la cui nascita, nel contesto interno, è datata 1990). Poiché, tuttavia, nel caso di specie l'operazione è chiaramente realizzata *causa donandi*, maggiormente coerente sarebbe risultata la collazione della relativa previsione in una separata norma o, quantomeno, in una separata lettera all'interno dell'art. 3 PSD2.

⁴⁴² Per una più precisa definizione della nozione di “*credito telefonico*”, non di rado impropriamente riferita sia all'ipotesi di carte cd. *prepagate* che non, si rinvia alle considerazioni svolte sub Cap. II, par. 6.3.

ricomprendere beni che di “digitale” hanno ben poco, risulta invero sostituito con il richiamo a quella (soltanto *prima facie* meno ampia) di “contenuto digitale”: “*i beni o i servizi prodotti e forniti in formato digitale il cui uso o consumo è limitato a un dispositivo tecnico e che non comprendono in alcun modo l’uso o il consumo di beni o servizi fisici*” (art. 4 n. 43 PSD2).

In disparte ogni considerazione in ordine all’utilità del richiamo ai “*servizi a tecnologia vocale*” (l’unica categoria, invero, certamente riconducibile alla nozione di “bene digitale”, anche anteriormente alle modifiche introdotte dalla PSD2), peraltro, non pare possa dirsi “felice” la scelta di annoverare, espressamente, tra le categorie merceologiche riconducibili all’esenzone in parola, le operazioni relative all’*acquisto di biglietti*. Ciò di cui, del resto, pare consapevole la stessa novella nella parte in cui, ancorché con l’efficacia di un *Considerando*,⁴⁴³ è costretta a ricordare che “*i biglietti elettronici consentono e facilitano la prestazione di servizi che i clienti potrebbero altrimenti acquistare sotto forma di biglietto cartaceo e comprendono il trasporto, l’intrattenimento, il parcheggio auto e l’ingresso ad eventi, ma escludono i beni fisici*”.⁴⁴⁴ In verità, il *Considerando* pare confondere (più o meno volutamente) i due profili coinvolti nella fattispecie in parola, ossia l’*oggetto immediato* dell’operazione di pagamento (il bene acquistato), ovvero il biglietto elettronico in sé considerato, e l’*oggetto mediato* dell’operazione di pagamento (il bene fruibile per il tramite del

⁴⁴³ Si tratta del *Considerando* n. 16: “*L’esclusione relativa a talune operazioni di pagamento eseguite tramite dispositivi di telecomunicazione o di tecnologia dell’informazione dovrebbe riguardare specificamente i micropagamenti per i contenuti digitali e i servizi a tecnologia vocale. Dovrebbe essere introdotto un chiaro riferimento alle operazioni di pagamento per l’acquisto di biglietti elettronici al fine di tenere conto degli sviluppi nei pagamenti in cui, in particolare, i clienti possono ordinare, pagare, ottenere e convalidare biglietti elettronici da qualsiasi luogo e in qualsiasi momento utilizzando telefoni cellulari o altri dispositivi. I biglietti elettronici consentono e facilitano la prestazione di servizi che i clienti potrebbero altrimenti acquistare sotto forma di biglietto cartaceo e comprendono il trasporto, l’intrattenimento, il parcheggio auto e l’ingresso ad eventi, ma escludono i beni fisici. Essi riducono in tal modo i costi di produzione e distribuzione connessi con i canali tradizionali di emissione di biglietti cartacei e aumentano la convenienza per il cliente grazie a modi semplici e nuovi di acquisto dei biglietti. Per alleviare l’onere sulle entità che raccolgono donazioni a fini caritatevoli, le operazioni di pagamento in relazione a quest’ultime dovrebbero essere escluse. Gli Stati membri dovrebbero avere la facoltà di limitare l’esclusione alle donazioni raccolte a favore di organizzazioni caritatevoli registrate. L’esclusione nel complesso dovrebbe applicarsi soltanto allorché il valore dell’operazione è inferiore a una determinata soglia, al fine di limitarla chiaramente ai pagamenti con basso profilo di rischio*”.

⁴⁴⁴ In tal modo, peraltro, discostandosi da quanto statuito all’art. 2, punto 2.2.9. del *Provvedimento Banca d’Italia 5 luglio 2011*, recante disposizioni di *Attuazione del Titolo II del Decreto legislativo n. 11 del 27 gennaio 2010 relativo ai servizi di pagamento (Diritti ed obblighi delle parti)*, che dopo aver elencato le condizioni cui è subordinata la spendibilità del credito telefonico, e segnatamente, alla lett. a), la riferibilità dell’operazione di pagamento all’acquisto di beni o servizi digitali, specifica che “*il bene o il servizio è qualificabile come digitale se esso non è in alcun modo utilizzabile per l’ottenimento di beni o servizi nel mondo fisico: a titolo esemplificativo, non rientra nella fattispecie in esame un titolo di legittimazione elettronico abilitativo all’ottenimento di diversi beni o servizi (es. di trasporto)*”.

primo), ovvero il servizio di trasporto, di parcheggio etc.. Orbene, se per un verso, la riconducibilità di questi ultimi al *genus* dei “beni fisici” appare, francamente, difficilmente revocabile in dubbio, per altro verso e con particolare riferimento all’*oggetto immediato*, non può che ribadirsi l’idoneità del biglietto elettronico, anche a volerlo reputare bene “nativamente digitale”, a “trasformarsi” in bene fisico: in qualsiasi momento, infatti, sarebbe comunque possibile la *stampa* del documento digitale, la cui fruizione, dunque, si trasferirebbe dal “mondo digitale” a quello reale. Emerge allora con tutt’evidenza che l’inclusione dei biglietti elettronici nell’elencazione in parola costituisce una *deroga* alla nozione di contenuto digitale sopra richiamata dettata da ragioni di *mera opportunità*,⁴⁴⁵ ovvero espressione, probabilmente, di una sorta di compromesso tra l’esigenza di incentivare la diffusione del *Mobile Payment* in taluni settori (trasporto, parcheggio, intrattenimento, etc.) e l’opposta esigenza di contenerla entro, come si avrà modo di evidenziare di qui a breve, specifiche e stringenti *soglie quantitative*. In tal contesto, maggiormente coerente sarebbe risultata, pertanto, la scelta di dedicare alla fattispecie in parola un’apposita previsione oggetto di una separata norma o, quantomeno, di una separata lettera all’interno dell’art. 3 PSD2.⁴⁴⁶ Tale collocazione, invero, avrebbe reso manifesta la scelta, si ribadisce dettata da ragioni di mera opportunità, di escludere dall’ambito applicativo della disciplina dei servizi di pagamento le operazioni relative a beni soltanto *prima facie* (in quanto “nativamente”) digitali, perché in realtà suscettibili di acquisire (in qualsiasi momento) una connotazione fisica.

⁴⁴⁵ Ed in particolare, si legge nel *Considerando* n. 16, perché i biglietti elettronici riducono “[...] i costi di produzione e distribuzione connessi con i canali tradizionali di emissione di biglietti cartacei e aumentano la convenienza per il cliente grazie a modi semplici e nuovi di acquisto dei biglietti”.

⁴⁴⁶ Di tale onere pare, in verità, investita la legislazione di recepimento: tanto sembra possibile desumersi dalla lettera del *Considerando* n. 16 nella parte in cui specifica che “[...] Dovrebbe essere introdotto un chiaro riferimento alle operazioni di pagamento per l’acquisto di biglietti elettronici al fine di tenere conto degli sviluppi nei pagamenti in cui, in particolare, i clienti possono ordinare, pagare, ottenere e convalidare biglietti elettronici da qualsiasi luogo e in qualsiasi momento utilizzando telefoni cellulari o altri dispositivi”.

Par. 10.2.1. Segue. La perdurante incertezza in ordine alla natura giuridica dei valori finanziari intermediati dall'operatore telefonico in regime di cd. *negative scope*.

Piuttosto timido, per non dire assente, appare invece il tentativo della nuova disciplina di superare le incertezze in ordine alla *natura giuridica* dei valori finanziari impiegati nell'esecuzione dell'operazione di pagamento da parte delle TELCO.

Sul punto, ribadito che si tratta di valori che rappresentano il *necessario corrispettivo* del traffico telefonico utilizzato dall'utente ed erogato dall'operatore telefonico, ciò proprio che genera più di un dubbio in ordine alla loro natura giuridica allorché rappresentino il corrispettivo dell'acquisto di *beni diversi* dal traffico telefonico, la novella pare incidere, seppur positivamente, su criticità “meno vistose” della precedente disciplina, per converso omettendo (più o meno volontariamente) di affrontare e, come sarebbe stato auspicabile, superare quelle “più evidenti”.

Ed invero, la nuova previsione, riguardata sotto il profilo del *beneficiario dell'operazione di pagamento*, si rivolge, esclusivamente,⁴⁴⁷ all'*abbonato alla rete o al servizio*, ossia, all'utente che scelga di ricorrere alla forma *postpagata* di pagamento del corrispettivo del traffico telefonico, ovvero, in presenza di una *smart card cd. non ricaricabile*.⁴⁴⁸ Come in precedenza osservato,⁴⁴⁹ infatti, in tal caso *nulla quaestio* in ordine alla natura giuridica dei pezzi monetari veicolati della TELCO considerato che gli stessi rappresentano il risultato del collegamento *volontariamente* instaurato tra il conto telefonico e quello bancario (o postale), sicché non pare revocabile in dubbio la natura di *moneta, bancaria ovvero elettronica*, dei valori monetari intermediati. Ciò nondimeno, non può non accogliersi con favore la scelta della PSD2 di subordinare l'operatività dell'esclusione dal suo ambito applicativo alla compresenza di una duplice condizione (*rectius*, limite) di ordine quantitativo: *ogni singola operazione di pagamento*, avente ad oggetto una delle “categorie merceologiche” sopra richiamate, *non deve superare i 50 euro ed il valore complessivo delle operazioni di pagamento*

⁴⁴⁷ Con qualche dubbio, come si avrà modo di evidenziare nel prosieguo della trattazione, in riferimento all'inciso di chiusura della norma.

⁴⁴⁸ Si tratta, come in precedenza osservato (Cap. II, par. 6.3), dell'ipotesi in cui l'utente si determini alla stipula di un *contratto di abbonamento* con la TELCO, che legittima l'*addebito diretto* delle somme corrispondenti sul proprio conto corrente (bancario o postale), anche per il tramite di uno strumento di pagamento collegato al conto (carta di credito). Il pagamento del corrispettivo delle traffico telefonico erogato, dunque, avviene *ex post* rispetto al suo effettivo utilizzo, ciò che differenzia tale forma di pagamento dall'altra in uso, rappresentata dalla costituzione di una “provvista” da parte dell'utente, dunque, *ex ante*, mediante la procedura di “ricarica” della carta prepagata emessa dall'operatore telefonico di riferimento.

⁴⁴⁹ Si veda quanto osservato *sub* Cap. II, par. 6.3.

non deve superare, per un singolo abbonato, i 300 euro mensili. L'introduzione dei limiti in parola, infatti, persegue la finalità di porre un freno alla quantità dei pezzi monetari veicolati dalle TELCO, così scongiurando, quantomeno al momento, il rischio che la “*moneta cd. telefonica*” risulti di fatto utilizzabile per l'acquisto di beni (fisici e) di valore significativo.⁴⁵⁰

Nessuna risposta, per converso, la nuova previsione fornisce per il caso in cui il credito telefonico, sprovvisto di un conto collegato al sistema bancario (o postale), risulti alimentato per il tramite del *sistema delle carte cd. ricaricabili o prepagate.*

Ed invero, a dir poco “oscuro” appare l'inciso di chiusura dell'art. 3 lett. 1) PSD2: nel fissare, in *300 euro mensili*, la soglia di valore complessivo dei valori finanziari veicolabili dalle TELCO (superata la quale le operazioni poste in essere non possono dirsi ricomprese nell'ambito applicativo dell'esclusione), la previsione, riguardata dal punto di vista del beneficiario dell'operazione, fa riferimento da un lato, all'*abbonato*, mentre dall'altro, all'ipotesi in cui quest'ultimo “*prealimenti il proprio conto presso il fornitore di reti o servizi di comunicazione elettronica*”. In altre parole, tale ultima soglia sembra, per un verso, rivolgersi all'utente che scelga di ricorrere alla forma *cd. postpagata* di pagamento del corrispettivo del traffico telefonico, per altro verso, al (diverso) utente (ma pur sempre qualificato “abbonato”) che scelga di alimentare il proprio credito telefonico per il tramite del *sistema delle carte cd. ricaricabili o prepagate.*

Anche a voler fornire un'interpretazione “autentica” della norma, e dunque a considerarla destinata, come auspicabile,⁴⁵¹ a quest'ultima categoria di utenti,⁴⁵²

⁴⁵⁰ Il riferimento è ai timori ed alle considerazioni svolte *sub* Cap. II, par. 6.2.1 (e successivamente richiamate *sub* par. 6.3.1. del medesimo capitolo) in ordine all'acquisto di beni *immobili*.

⁴⁵¹ Molto dipenderà, come evidente, dalle scelte compiute in sede di recepimento ed attuazione della nuova disciplina comunitaria. Sul punto, non pare superfluo ricordare che il *19 aprile 2016*, alla Camera è stata depositata una proposta emendativa al *Disegno di legge di delegazione europea 2015* (ddl n. 3540-A), con cui il Governo è impegnato al recepimento anche della PSD2. L'emendamento, a firma dei deputati Boccadutri e Carbone, interviene aggiungendo le previsioni di attuazione della nuova direttiva su servizi di pagamento a quelle, già presenti in origine, del nuovo regolamento sulle commissioni dei pagamenti con carte, ossia il regolamento (UE) 2015/751 (cd. “*IFR Interchange Fee Regulation*”): “Nell'esercizio della delega per l'attuazione della direttiva 2015/2366/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, il Governo è tenuto a seguire i seguenti principi e criteri direttivi specifici: a) apportare al decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11 e al d decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, le modifiche e le integrazioni necessarie al corretto e integrale recepimento della direttiva 2015/2366/UE e dei relativi atti delegati adottati dalla Commissione europea, con il duplice obiettivo di favorire la riduzione dell'uso del contante nelle operazioni di pagamento, privilegiando l'utilizzo di strumenti di pagamento elettronici, e promuovere lo sviluppo di un mercato concorrenziale dei servizi di pagamento; prevedere, ove opportuno, il ricorso alla disciplina secondaria della Banca d'Italia che, nell'esercizio dei poteri regolamentari, tiene conto delle linee guida emanate dall'Autorità bancaria europea ai sensi della menzionata direttiva; b) designare la Banca d'Italia quale autorità competente per assicurare

l'effettiva osservanza delle disposizioni di attuazione della direttiva 2015/2366/UE, attribuendole i poteri di vigilanza e di indagine previsti dalla medesima direttiva; c) individuare nella Banca d'Italia l'autorità competente a specificare le regole che disciplinano l'accesso degli istituti di pagamento ai conti detenuti presso banche e ad assicurarne il rispetto; d) prevedere che il servizio di disposizione di ordine di pagamento e il servizio di informazione sui conti, così come definiti dalla direttiva 2015/2366/UE, siano assoggettati alla riserva prevista per la prestazione di servizi di pagamento; e) con riferimento al servizio di disposizione di ordine di pagamento, individuare nella Banca d'Italia l'autorità competente a disciplinare la prestazione del servizio, anche ai fini del rilascio dell'autorizzazione all'avvio dell'attività e dell'esercizio del controllo sui relativi prestatori; f) con riferimento al servizio di informazione sui conti, individuare nella Banca d'Italia l'autorità competente a disciplinare la prestazione del servizio, anche ai fini della registrazione e dell'esercizio del controllo sui relativi prestatori; g) assicurare una chiara e corretta ripartizione di responsabilità tra i prestatori di servizi di pagamento di radicamento del conto e i prestatori di servizi di disposizione di ordine di pagamento coinvolti nell'operazione, con l'obiettivo di garantire che ciascun prestatore di servizi di pagamento si assuma la responsabilità per la parte dell'operazione sotto il proprio controllo; h) per i prestatori di servizi di pagamento di altro Stato Membro dell'Unione Europea che prestano servizi di pagamento nel territorio della Repubblica tramite agenti: 1) prevedere l'obbligo di istituire un punto di contatto centrale al ricorrere dei presupposti individuati dalle norme tecniche di regolamentazione previste dall'articolo 29, paragrafo 5 della direttiva 2015/2366/UE, in modo da garantire l'efficace adempimento degli obblighi previsti dai titoli III e IV della medesima direttiva; 2) attribuire alla Banca d'Italia il compito di adottare una disciplina di attuazione, con particolare riguardo alle funzioni che devono essere svolte dai punti di contatto; l) avvalersi della facoltà di vietare il diritto del beneficiario di imporre spese tenendo conto della necessità di incoraggiare la concorrenza e di promuovere l'uso di strumenti di pagamento efficienti e designare l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato quale autorità competente a verificare l'effettiva osservanza del divieto e ad applicare le relative sanzioni; m) prevedere le sanzioni amministrative per le violazioni delle disposizioni dettate in attuazione della direttiva, valutando altresì l'opportunità di razionalizzare il sistema sanzionatorio previsto in materia di servizi di pagamento al dettaglio con particolare riferimento alle sanzioni previste dal decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, e a quelle previste per le violazioni del Regolamento (CE) n. 924/2009 del 16 settembre 2009 e del Regolamento (UE) 260/2012 del 14 marzo 2012, anche attraverso l'introduzione di una disciplina omogenea a quella prevista dal Titolo VIII, Capi V e VI, del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385; con particolare riguardo alle violazioni commesse da società o enti, prevedere l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie da euro trentamila fino a 5 milioni di euro, ovvero fino al 10 per cento del fatturato quando tale importo è superiore a 5 milioni di euro e il fatturato è disponibile e determinabile; n) prevedere disposizioni transitorie in base alle quali gli istituti di pagamento e di moneta elettronica che hanno iniziato a prestare i servizi di pagamento di cui ai punti da 1 a 6 dell'allegato I alla direttiva conformemente alle disposizioni di diritto nazionale di recepimento della direttiva 2007/64/CE, vigenti prima della data di entrata in vigore del decreto legislativo, possano continuare tale attività fino al 13 luglio 2018; o) prevedere disposizioni transitorie in base alle quali i prestatori di servizi di pagamento autorizzati a prestare i servizi di pagamento di cui al punto 7) dell'allegato alla direttiva 2007/64/CE mantengano tale autorizzazione per la prestazione di servizi di pagamento che rientrano tra quelli di cui al punto 3) dell'allegato I alla direttiva 2015/2366/UE se, entro il 13 gennaio 2020, le autorità competenti dispongono di elementi che attestano il rispetto dei requisiti relativi al capitale iniziale e al computo dei fondi propri previsti dalla direttiva 2015/2366/UE; p) apportare tutte le abrogazioni, modificazioni e integrazioni alla normativa vigente, anche di derivazione europea, al fine di assicurare il coordinamento con le disposizioni emanate in attuazione del presente articolo e la complessiva razionalizzazione della disciplina di settore.”

⁴⁵² Tanto, invero, pare possibile inferirsi dalla formulazione della norma nella sua versione in inglese: “payment transactions by a provider of electronic communications networks or services provided in addition to electronic communications services for a *subscriber to the network or service*: (i) for purchase of digital content and voice-based services, regardless of the device used for the purchase or consumption of the digital content and charged to the related bill; or (ii) performed from or via an electronic device and charged to the related bill within the framework of a charitable activity or for the purchase of tickets; provided that the value of any single payment transaction referred to in points (i) and (ii) does not exceed EUR 50 and: — the cumulative value of payment transactions for an individual subscriber does not exceed EUR 300 per month, or — where a *subscriber pre-funds its account with the provider of the electronic communications network or service*, the cumulative value of payment transactions does not exceed EUR 300 per month”. Mentre,

tuttavia, essa, per come formulata, nulla aggiunge rispetto a quanto già previsto dalla PSD. Nessun elemento utile, invero, pare emergere ai fini dell'individuazione dell'esatta *natura giuridica* dei valori finanziari gestiti e veicolati dalla TELCO, allorché il credito telefonico risulti alimentato mediante *versamento diretto* delle somme all'operatore di riferimento.

In definitiva, ribadita la validità delle considerazioni svolte in ordine all'impossibilità (certa) di reputare i valori *de quo* quale moneta *bancaria o scritturale*, ovvero di ricondurli alla nozione di moneta *elettronica*,⁴⁵³ irrisolto può dirsi il problema dell'individuazione dell'esatta natura giuridica dei valori finanziari veicolati dalle TELCO, certamente allorché il corrispondente credito telefonico risulti alimentato mediante versamento diretto delle relative somme.

infatti, nell'inciso di apertura della norma si fa riferimento al “*subscriber to the network or service*”, ossia all’*abbonato*”, in quello di chiusura, per converso si fa riferimento semplicemente al *subscriber* (che pre-alimenta il proprio credito telefonico). D'altra parte, diversamente opinando, la previsione perderebbe ogni significato risolvendosi nella ripetizione del limite quantitativo dei 300 euro mensili.

⁴⁵³ Si veda quanto osservato *sub* Cap. II, par. 6.3.1.

Par. 11. L'ambito soggettivo della cd. PSD2: nuove regole per gli Istituti di pagamento.

L'obiettivo di ampliare lo spazio competitivo (cd. “*level playing field*”) del mercato dei servizi di pagamento è stato perseguito dal legislatore comunitario della novella, non soltanto, come in precedenza osservato, introducendo nuovi strumenti di pagamento, ma anche, sotto il profilo *soggettivo*, consentendo l'ingresso di nuovi attori ed abilitando, nel contempo, una dinamica competitiva idonea, nelle intenzioni, determinare un miglioramento qualitativo dell'offerta.

Individuato l'ambito di applicazione (Titolo I), dunque, nel successivo Titolo II risulta collocata la disciplina applicabile ai PSP,⁴⁵⁴ in più parti innovata.

Innanzitutto, con particolare riferimento ai requisiti in materia di *fondi ricevuti dagli utenti dei servizi di pagamento (Funds safeguarding rules)*, l'art. 9 PSD2 (art. 8 PSD) prevede una semplificazione dei requisiti in materia di tutela ed una loro ulteriore armonizzazione. In particolare, risulta abrogato il par. 4 così limitandosi la possibilità per gli Stati membri di modificare *in peius* i requisiti previsti della norma, ossia la *separazione patrimoniale* dei fondi ricevuti dagli utenti di pagamento e la previsione di coperture assicurative/garanzie degli stessi.

All'evidente scopo di aumentare il grado di trasparenza degli IP autorizzati e registrati, invece, il nuovo art. 15 prevede l'istituzione *ex novo* del cd. *Registro web EBA*,⁴⁵⁵ ossia di un *punto di accesso elettronico unico* finalizzato a collegare tra loro i

⁴⁵⁴ Il titolo in parola segue la stessa struttura che connota la PSD, ovvero risulta suddiviso ulteriormente in tre sezioni, rispettivamente dedicate: alle *disposizioni generali* (Sez. I) ed alle *disposizioni disciplinanti le modalità di rilascio* (art. 10) e *revoca* dell'autorizzazione all'attività (art. 12) - subordinata alla presentazione alle autorità competenti dello Stato membro d'origine di una domanda corredata di tutte le informazioni richieste dall'art. 5 - nonché i vincoli di capitale imposti ai soggetti prestatori (artt. 6-8) ed, infine disciplinanti l'obbligo di iscrizione nel registro pubblico dei soggetti prestatori di servizi di pagamento, istituito nello SM d'origine (art. 13). Si tratta di previsioni che ricalcano, in buona sostanza la disciplina prevista dalla PSD, sicché per la relativa disamina può rinviarsi al Cap. II.

⁴⁵⁵ Art. 15 PSD2 (*Registro dell'ABE*): “1. *L'ABE sviluppa, gestisce e mantiene un registro elettronico centrale contenente le informazioni notificate dalle autorità competenti conformemente al paragrafo 2. L'ABE è responsabile della corretta presentazione di tali informazioni. L'ABE, a titolo gratuito, mette il registro a disposizione del pubblico sul proprio sito web e consente un facile accesso alle informazioni elencate e una facile ricerca delle stesse.* 2. Le autorità competenti notificano senza indugio all'ABE le informazioni iscritte nei rispettivi registri pubblici di cui all'articolo 14 in una lingua di uso corrente nel settore della finanza.

3. Le autorità competenti sono responsabili dell'esattezza delle informazioni specificate al paragrafo 2 e dell'aggiornamento di tali informazioni. 4. *L'ABE elabora progetti di norme tecniche di regolamentazione che definiscono i requisiti tecnici relativi allo sviluppo, alla gestione e al mantenimento del registro elettronico centrale e all'accesso alle informazioni ivi contenute. I requisiti tecnici garantiscono che solo*

registri pubblici nazionali di cui al novellato art. 14.⁴⁵⁶ Al fine di rendere realmente efficace la nuova infrastruttura elettronica, al par. 4 della medesima previsione è tuttavia previsto che l'EBA elabori progetti di norme tecniche di regolamentazione definendo così i requisiti tecnici necessari per l'accesso alle informazioni contenute nei registri pubblici nazionali, mentre il successivo par. 5 attribuisce alla Commissione il potere di adottare le norme tecniche dell'EBA in conformità con la procedura di cui all'art. 10 del Regolamento n. 1093/2010 (Regolamento istitutivo dell'EBA).

Al perseguimento del medesimo scopo paiono, inoltre, finalizzate le modifiche introdotte in tema di *passport rules* di cui all'art. 28 PSD2 (art. 25 PSD)⁴⁵⁷ e di relativa

l'autorità competente e l'ABE possano modificare le informazioni. L'ABE presenta tali progetti di norme tecniche di regolamentazione alla Commissione entro il 13 gennaio 2018. Alla Commissione è delegato il potere di adottare le norme tecniche di regolamentazione di cui al primo comma conformemente agli articoli da 10 a 14 del regolamento (UE) n. 1093/2010. 5. L'ABE elabora progetti di norme tecniche di attuazione in merito ai dettagli e alla struttura delle informazioni da notificare a norma del paragrafo 1, compresi il formato e il modello comuni in cui si devono fornire tali informazioni. L'ABE presenta tali progetti di norme tecniche di attuazione alla Commissione entro il 13 luglio 2017. Alla Commissione è conferito il potere di adottare le norme tecniche di attuazione di cui al primo comma conformemente all'articolo 15 del regolamento (UE) n. 1093/2010."

⁴⁵⁶Art. 14 PSD2 (Iscrizione nello Stato membro di origine): "1. Gli Stati membri istituiscono un registro pubblico in cui sono iscritti: a) gli istituti di pagamento autorizzati e i relativi agenti; b) le persone fisiche e giuridiche a cui è stata concessa un'esenzione ai sensi degli articoli 32 o 33 e i relativi agenti; c) gli istituti di cui all'articolo 2, paragrafo 5, che hanno il diritto di prestare servizi di pagamento in base alla normativa nazionale. Le succursali degli istituti di pagamento sono iscritte nel registro dello Stato membro di origine se esse prestano servizi in uno Stato membro diverso da quello di origine. 2. Nel registro pubblico sono specificati i servizi di pagamento per i quali l'istituto di pagamento è autorizzato o per i quali la persona fisica o giuridica è stata registrata. Gli istituti di pagamento autorizzati sono elencati nel registro separatamente dalle persone fisiche e giuridiche a cui è stata concessa un'esenzione ai sensi dell'articolo 32 o 33. Il registro è pubblicamente consultabile e accessibile online e aggiornato tempestivamente. 3. *Le autorità competenti iscrivono nel registro pubblico ogni revoca di autorizzazioni o di esenzioni concesse a norma degli articoli 32 o 33.* 4. *Le autorità competenti notificano all'ABE le motivazioni sottostanti ogni revoca di autorizzazione e di esenzioni concesse a norma degli articoli 32 o 33."*

⁴⁵⁷ Art. 28 PSD2: "*Domanda per l'esercizio del diritto di stabilimento e della libera prestazione dei servizi*
1. Qualsiasi istituto di pagamento autorizzato che intenda prestare per la prima volta servizi di pagamento in uno Stato membro diverso dallo Stato membro di origine, in virtù del diritto di stabilimento o della libera prestazione dei servizi, comunica le seguenti informazioni alle autorità competenti dello Stato membro di origine: a) il nome, l'indirizzo e, se del caso, il numero di autorizzazione dell'istituto di pagamento; b) lo Stato membro o gli Stati membri in cui intende operare; c) il servizio o i servizi di pagamento da prestare; d) se l'istituto di pagamento intende avvalersi di un agente, le informazioni di cui all'articolo 19, paragrafo 1; e) se l'istituto di pagamento intende avvalersi di una succursale, le informazioni di cui all'articolo 5, paragrafo 1, lettere b) ed e), riguardo all'attività in materia di servizi di pagamento nel territorio dello Stato membro ospitante, una descrizione della struttura organizzativa della succursale e l'identità dei responsabili della gestione della succursale. Se intende esternalizzare le funzioni operative dei servizi di pagamento ad altre entità nello Stato membro ospitante, l'istituto di pagamento ne informa le autorità competenti del proprio Stato membro di origine. 2. Entro un mese dalla ricezione di tutte le informazioni di cui al paragrafo 1, le autorità competenti dello Stato membro di origine le trasmettono alle autorità competenti dello Stato membro ospitante. Entro un mese dalla ricezione delle informazioni dalle autorità competenti dello Stato membro di origine, le autorità competenti dello Stato membro ospitante valutano tali informazioni e forniscono alle autorità competenti dello Stato membro di origine le informazioni pertinenti in ordine ai servizi di pagamento che l'istituto di pagamento interessato intende prestare esercitando la libertà di

vigilanza di cui al nuovo art. 29 PSD2, ovvero le disposizioni disciplinanti l'esercizio del *diritto di stabilimento* e della *libera prestazione di servizi* per qualsiasi IP autorizzato che intenda prestare per la prima volta servizi di pagamento in uno Stato membro diverso da quello di origine, in riferimento alle quali risulta previsto il coinvolgimento dell'EBA, chiamata ora ad emanare orientamenti e progetti di norme tecniche di regolamentazione al fine di chiarire le disposizioni in parola.⁴⁵⁸

All'evidente scopo di aumentare il grado di competitività tra gli attori del mercato dei servizi di pagamento, invece, risultano finalizzate le previsioni di cui agli artt. 35 (art. 28 PSD)⁴⁵⁹ e 36,⁴⁶⁰ rispettivamente, in tema di *accesso ai sistemi di pagamento* ed

stabilimento o la libera prestazione di servizi. Le autorità competenti dello Stato membro ospitante comunicano alle autorità competenti dello Stato membro di origine, in particolare, eventuali motivi ragionevoli di preoccupazione in ordine al previsto impiego di un agente o stabilimento di una succursale riguardo al riciclaggio o al finanziamento del terrorismo ai sensi della direttiva (UE) 2015/849. Qualora le autorità competenti dello Stato membro di origine non concordino con la valutazione delle autorità competenti dello Stato membro ospitante comunicano a queste ultime le motivazioni della loro decisione. Se la loro valutazione non è favorevole, in particolare alla luce delle informazioni ricevute dalle autorità competenti dello Stato membro ospitante, le autorità competenti dello Stato membro di origine rifiutano di registrare l'agente o la succursale ovvero revocano la registrazione, qualora già avvenuta. 3. Entro tre mesi dalla ricezione delle informazioni di cui al paragrafo 1, le autorità competenti dello Stato membro di origine comunicano la propria decisione alle autorità competenti dello Stato membro ospitante e all'istituto di pagamento. Dal momento dell'iscrizione nel registro di cui all'articolo 14, l'agente o la succursale possono iniziare le attività nel pertinente Stato membro ospitante. L'istituto di pagamento notifica alle autorità competenti dello Stato membro di origine la data d'inizio delle attività attraverso l'agente o la succursale nel pertinente Stato membro ospitante. Le autorità competenti dello Stato membro di origine ne informano le autorità competenti dello Stato membro ospitante. 4. Gli istituti di pagamento comunicano senza indugio alle autorità competenti dello Stato membro di origine eventuali modifiche rilevanti alle informazioni comunicate conformemente al paragrafo 1, compresi ulteriori agenti, succursali o entità cui vengono esternalizzate attività negli Stati membri ospitanti in cui operano. Si applica la procedura prevista ai paragrafi 2 e 3".

⁴⁵⁸ Par. 5, art. 28 PSD2: "*L'ABE elabora progetti di norme tecniche di regolamentazione che definiscono il quadro per la cooperazione e per lo scambio di informazioni, conformemente al presente articolo, tra le autorità competenti dello Stato membro di origine e quelle dello Stato membro ospitante. Tali progetti di norme tecniche di regolamentazione precisano il metodo, i mezzi e le modalità dettagliate della cooperazione in materia di notifica degli istituti di pagamento che esercitano la loro attività su base transfrontaliera, in particolare la portata e il trattamento delle informazioni da presentare, compresi una terminologia comune e modelli di notifica standardizzati al fine di garantire una procedura di notifica uniforme ed efficiente. L'ABE presenta tali progetti di norme tecniche di regolamentazione alla Commissione entro il 13 gennaio 2018. Alla Commissione è delegato il potere di adottare le norme tecniche di regolamentazione di cui al primo comma conformemente agli articoli da 10 a 14 del regolamento (UE) n. 1093/2010*".

⁴⁵⁹ Art. 35 PSD2 (Accesso ai sistemi di pagamento): "*1. Gli Stati membri assicurano che le norme che disciplinano l'accesso ai sistemi di pagamento di prestatori di servizi di pagamento autorizzati o registrati, che siano persone giuridiche, siano obiettive, non discriminatorie e proporzionate e non limitino l'accesso più di quanto sia necessario per proteggere il sistema di pagamento da rischi specifici, come il rischio di regolamento, il rischio operativo e il rischio d'impresa, e tutelarne la stabilità finanziaria e operativa. I sistemi di pagamento non impongono alcuno dei seguenti requisiti ai prestatori di servizi di pagamento, agli utenti di servizi di pagamento o ad altri sistemi di pagamento: a) regole restrittive in materia di partecipazione effettiva ad altri sistemi di pagamento; b) norme che discriminino tra prestatori di servizi di pagamento autorizzati o tra prestatori di servizi di pagamento registrati in relazione ai diritti, agli obblighi ed alle prerogative dei partecipanti; c) restrizioni sulla base dello status istituzionale. 2. Il paragrafo 1 non si*

accesso ai conti detenuti presso enti creditizi, in quanto finalizzate ad evitare pratiche discriminatorie.⁴⁶¹ Tale finalità – naturalmente improntata a garantire un soddisfacente *level playing field* – è comune alle previsioni di cui al successivo par. 2, quelle relative al cd. “accesso indiretto” – ovvero l’ipotesi in cui un sistema di pagamento designato consente a un prestatore di servizi di pagamento, non partecipante, di trasmettere ordini di trasferimento mediante il sistema stesso, per il tramite di un partecipante diretto – degli istituti di pagamento autorizzati ai sensi della direttiva 98/26/CE.

applica: a) ai sistemi di pagamento designati ai sensi della direttiva 98/26/CE; b) ai sistemi di pagamento costituiti esclusivamente da prestatori di servizi di pagamento appartenenti ad un gruppo. Ai fini del primo comma, lettera a), gli Stati membri assicurano che - qualora il partecipante a un sistema designato consenta a un prestatore di servizi di pagamento autorizzato o registrato che non è un partecipante al sistema di trasmettere ordini di trasferimento mediante il sistema stesso - tale partecipante fornisca, su richiesta, la stessa opportunità in maniera obiettiva, proporzionata e non discriminatoria, ad altri prestatori di servizi di pagamento autorizzati o registrati, conformemente al paragrafo 1. Il partecipante fornisce al prestatore di servizi di pagamento richiedente motivazioni circostanziate per eventuali rifiuti.”

⁴⁶⁰ Art. 36 PSD2 (Accesso a conti detenuti presso enti creditizi): 1. *Gli Stati membri provvedono affinché gli istituti di pagamento abbiano accesso ai servizi relativi ai conti di pagamento degli enti creditizi in maniera obiettiva, proporzionata e non discriminatoria. L’accesso è sufficientemente ampio da consentire all’istituto di pagamento di fornire servizi di pagamento in modo agevole ed efficiente. L’ente creditizio fornisce all’autorità competente motivazioni debitamente circostanziate per eventuali rifiuti”.*

⁴⁶¹ Tanto si evince, invero, dal tenore del *Considerando* n. 49: “*Per qualsiasi prestatore di servizi di pagamento è essenziale essere in grado di accedere ai servizi delle infrastrutture tecniche dei sistemi di pagamento. È tuttavia opportuno che tale accesso sia soggetto a opportuni requisiti al fine di garantire l’integrità e la stabilità di tali sistemi. Ciascun prestatore di servizi di pagamento che chieda di partecipare a un sistema di pagamento dovrebbe assumersi il rischio del sistema scelto e fornire al sistema stesso la prova che le sue disposizioni interne sono sufficientemente solide per affrontare qualsiasi tipo di rischio. Detti sistemi di pagamento includono i sistemi a quattro parti delle carte nonché i principali sistemi per il trattamento dei bonifici e degli addebiti diretti. Per assicurare parità di trattamento in tutta l’Unione tra le diverse categorie di prestatori di servizi di pagamento autorizzati, in funzione delle condizioni dell’autorizzazione di cui sono dotati, è necessario chiarire le regole in materia di accesso ai sistemi di pagamento”.* E soprattutto, dal tenore del *Considerando* n. 50: “*È opportuno prevedere che gli istituti di pagamento e gli enti creditizi autorizzati non siano discriminati, in modo che qualsiasi prestatore di servizi di pagamento operante nel mercato interno sia in grado di utilizzare i servizi delle infrastrutture tecniche di tali sistemi di pagamento alle stesse condizioni. È opportuno prevedere un trattamento differenziato tra i prestatori di servizi di pagamento autorizzati e quelli che beneficiano di un’esenzione a norma della presente direttiva nonché di un’esenzione a norma dell’articolo 3 della direttiva 2009/110/CE in considerazione delle differenze nei rispettivi quadri prudenziali. In ogni caso, le differenze nelle condizioni di prezzo dovrebbero essere consentite solo se motivate da differenze nei costi sostenuti dai prestatori di servizi di pagamento. È opportuno che rimangano impregiudicati sia il diritto degli Stati membri di limitare l’accesso a sistemi di importanza sistemica a norma della direttiva 98/26/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, sia le competenze della BCE e del Sistema europeo di banche centrali in materia di accesso ai sistemi di pagamento.”*

Par. 11.1. L'ingresso di nuovi attori nel mercato dei servizi di pagamento in qualità di TPP (Third Party Payment Services Provider): PISP (Payment Initiator Service Provider) ed AISP (Account Information Services Provider).

Riguardata sotto il profilo *soggettivo*, tuttavia, la PSD2 non apporta modifiche dirette alla gamma degli operatori coinvolti nella catena del valore dei servizi di pagamento. Il suo ambito soggettivo coincide, *formalmente*, con quello della PSD: enti creditizi, IMEL, uffici postali, IP, banche centrali, amministrazioni statali, regionali e locali (art. 1 PSD2).⁴⁶²

Come in precedenza osservato, tuttavia, la novella si caratterizza per un ambito oggettivo (cd. *positive scope*) più ampio, comprensivo di nuove tipologie di servizi con ciò, *indirettamente*, tipizzando due nuove figure di PSP. Ed invero, se, per un verso, i nuovi servizi di *payment initiation* ed *account information* vengono delineati come attività poste in essere da soggetti autorizzati ad agire in qualità di PSP, per altro verso, AISP (*Account Information Services Provider*) e PISP (*Payment Initiator Service Provider*), ossia i nuovi PSP chiamati a prestare i servizi in parola, risultano individuati come soggetti dotati di propria autonomia funzionale, specializzati a fornire attività di *tramitazione*⁴⁶³ di vario genere tra l'utente ed il beneficiario di un pagamento elettronico, ancorché soggetti alla vigilanza previsti per i "tradizionali" istituti di pagamento e tenuti ad osservare misure di protezione dati, procedure di sicurezza ed autenticazione comuni a tutti i PSP, una volta conseguita la necessaria autorizzazione per l'esercizio delle attività in parola, ovvero l'iscrizione nei registri pubblici degli IP autorizzati (artt. 11 e 14 PSD2). Sullo sfondo, dunque, l'intenzione di dar vita ad un

⁴⁶² In tal senso, anche il *Considerando* n. 24 della PSD2: "È necessario specificare le categorie di prestatori di servizi di pagamento che possono legittimamente prestare servizi di pagamento in tutta l'Unione, ossia gli enti creditizi che raccolgono depositi da utenti che possono essere utilizzati per il finanziamento di operazioni di pagamento e che dovrebbero continuare ad essere soggetti ai requisiti prudenziali stabiliti dalla direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, gli istituti di moneta elettronica che emettono moneta elettronica che può essere utilizzata per finanziare operazioni di pagamento e che dovrebbero continuare ad essere soggetti ai requisiti prudenziali stabiliti dalla direttiva 2009/110/CE, gli istituti di pagamento e gli uffici postali che sono autorizzati dal diritto nazionale. L'applicazione di tale quadro giuridico dovrebbe limitarsi ai prestatori di servizi che prestano servizi di pagamento a titolo di occupazione principale o di attività commerciale regolare in conformità della presente direttiva."

⁴⁶³ L'espressione è di ARAGUENA-JEGERSON, in *Dal baratto ai portafogli digitali*, Firenze, 2016, ad avviso dei quali "il valore della PSD2 risiede proprio nell'aver ricondotto al perimetro di applicazione della normativa UE tali nuovi soggetti economici, colmando un vuoto giuridico riguardante le attività in parola, del tutto ignorate dalla PSD malgrado già presenti da tempo sul mercato dei sistemi di pagamento".

vero e proprio nuovo mercato: quello dei *TPP*, ovvero, dei *Third Party Service Provider*, ossia delle terze parti fornitrici di servizi.

Più dettagliatamente, i *PISP* costituiscono prestatori di servizi di pagamento che si pongono come intermediari tra il consumatore ed il suo conto online, fornendo l'impulso al pagamento: recepiscono il nome e le informazioni rilevanti relative al consumatore e funzionali ad accedere al suo conto, nonché a dare inizio ad un pagamento (*initiation*). Pur inserendosi nel processo tecnico di pagamento delle transazioni di *e-commerce*, peraltro, i soggetti in parola *non possono accedere, in alcun modo, ai fondi depositati sul conto dell'utente*⁴⁶⁴, né conseguentemente possono trasmetterli in previsione della messa in atto di un ordine di pagamento; inoltre, come per qualsiasi PSP, possono dar corso all'ordine di pagamento (senza possibilità di modificarlo) *soltanto dopo aver ricevuto il consenso dal titolare* (*rectius*: la notifica dell'autorizzazione dell'utente ad effettuare l'*initiation* del pagamento). Dal canto suo, il consumatore, una volta impartito il proprio consenso al servizio di *payment initiation*, non può revocare l'ordine di pagamento, né tantomeno provvedere ad effettuare un pagamento diretto al beneficiario, ma può, in qualsiasi momento, richiedere informazioni sullo stato dello stesso.

In definitiva, per il tramite del servizio in parola, il consumatore dà vita ad un pagamento collegandosi ed addebitandolo direttamente al proprio conto corrente (accessibile *online*, cd. *on line banking*, condizione necessaria perché possa compiersi il servizio di *payment initiation*), attraverso le prestazioni tecniche del *PISP*, il quale, malgrado rivesta un ruolo fondamentale nello svolgimento dell'operazione di pagamento, non entra mai in possesso dei fondi presenti sul conto del pagatore, ponendosi invero come terza parte rispetto al fornitore del servizio di pagamento (*TPP*). Evidenti dunque, i vantaggi per l'utente, da un lato e sotto il profilo dell'accesso ai dati di ogni operazione, maggiormente garantito dalla terzietà del *PISP* rispetto al fornitore del servizio di pagamento di radicamento del suo conto⁴⁶⁵ (cd. *ASPSP*),⁴⁶⁶ dall'altro, potendo disporre di operazioni di pagamento in maniera celere

⁴⁶⁴ Ciò che sinora, peraltro, ha rappresentato il motivo principale sotteso all'esclusione dall'ambito applicativo della disciplina dei servizi di pagamento. Tale circostanza, tuttavia, ha suscitato - se non in tutti, almeno in alcuni Stati membri - forti preoccupazioni in materia di sicurezza, protezione dati e regime di responsabilità.

⁴⁶⁵ Art. 4 n. 17 (*Prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto*): "un prestatore di servizi di pagamento che fornisce e amministra un conto di pagamento per un pagatore".

⁴⁶⁶ In verità, al momento di emanare la PSD2 molto si è dibattuto in ordine al processo di autenticazione del cliente ed alle relative ripercussioni in termini di responsabilità: il legislatore europeo ha voluto che le credenziali di sicurezza usate per l'autenticazione del cliente utilizzabili da parte del *PISP* fossero quelle

ed a basso costo. Sotto il primo profilo, invero, i PSP, pur essendo tenuti ad autenticarsi presso l'ASPSP (o il PSP se coincidenti) del proprietario del conto ed a comunicare con tutti i soggetti coinvolti in nell'operazione di pagamento, risultano obbligati a tutelare le informazioni dell'utente evitando che terzi possano avervi accesso; inoltre, non possono memorizzare i dati sensibili, né richiedere al pagatore dati diversi da quelli strettamente necessari ad avviare un ordine di pagamento, ovvero utilizzare i dati del consumatore per scopi diversi da quelli del servizio di pagamento.⁴⁶⁷

Alla scelta di ricondurre anche il servizio di *account information* all'ambito applicativo della disciplina dei servizi di pagamento,⁴⁶⁸ risulta correlata la previsione

fornite dai PSP ed, allo stesso, ha lasciato la possibilità al consumatore di potersi avvalere dei servizi di un PISP non necessariamente collegato contrattualmente e tecnicamente con i PSP dei clienti, cioè con fornitori dei servizi di radicamento dei conti di pagamento. Pertanto, nel rispetto del principio di trasparenza di pagamenti (uno dei pilastri della PSD2), qualora si adotti un servizio di *payment initiation*, spetterà agli Stati membri verificare che il PISP dia ai consumatori tutte le informazioni circa il servizio offerto e i dati concernenti la conferma della trasmissione di un ordine di pagamento, nonché il riferimento necessario al pagatore ed al beneficiario per individuare la singola operazione di pagamento e se opportuno per identificare l'importo dell'operazione e le spese pagate (art. 39). Fondamentale al riguardo è risultato l'intervento del 2014 dell'EBA la quale ha introdotto un protocollo standardizzato cui devono attenersi tutte le parti coinvolte nel processo di pagamento e che consente loro di comunicare nella massima sicurezza e nel rispetto delle regole. Secondo tale documento, spetta al ASPSP il compito di fornire ai PISP, subito dopo l'autorizzazione del cliente, tutte le informazioni riguardanti i tempi, le priorità e gli oneri direttamente dal consumatore. E l'ASPSP può anche negare l'accesso dei PISP ai dati del consumatore per motivi debitamente comprovati, ad esempio operazioni fraudolente.

⁴⁶⁷ Art. 66 PSD2 par. 3: "Il prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento: a) *non detiene in alcun momento i fondi del pagatore* in relazione alla prestazione del servizio di disposizione di ordine di pagamento; b) *provvede affinché le credenziali di sicurezza personalizzate dell'utente dei servizi di pagamento non siano accessibili ad altre parti, ad eccezione dell'utente e dell'emittente delle credenziali di sicurezza personalizzate, e che siano trasmesse dal prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento attraverso canali sicuri ed efficienti*; c) *provvede affinché qualunque altra informazione sull'utente dei servizi di pagamento, ottenuta nella prestazione di servizi di disposizione di ordine di pagamento, sia fornita esclusivamente al beneficiario e solo su consenso esplicito dell'utente dei servizi di pagamento*; d) ogniqualvolta sia disposto un pagamento, si identifica presso il prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto del pagatore e comunica in maniera sicura con il prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto, il pagatore e il beneficiario conformemente all'articolo 98, paragrafo 1, lettera d); e) *non conserva dati sensibili relativi ai pagamenti dell'utente* di servizi di pagamento; f) *non chiede all'utente dei servizi di pagamento dati diversi da quelli necessari a prestare il servizio di disposizione di ordine di pagamento*; g) *non usa né conserva dati né vi accede per fini diversi dalla prestazione del servizio di disposizione di ordine di pagamento come esplicitamente richiesto dal pagatore*; h) *non modifica l'importo, il beneficiario o qualsiasi altro dato dell'operazione.*"

⁴⁶⁸ Si tratta, come in precedenza osservato, di un'ulteriore tipologia di servizi di pagamento mediante i quali il consumatore può *aggregare più informazioni da diversi conti di pagamento a lui intestati e renderle gestibili attraverso la fornitura di un'unica interfaccia*. Con tale servizio, dunque, un utente può disporre di una panoramica globale della propria situazione finanziaria, seppur gestita dai diversi PSP. Come evidente, primario rilievo assume per questo tipo di servizio il tema della sicurezza: agli evidenti vantaggi per il consumatore in termini di risparmio di tempi e costi, invero, non possono (dovrebbero) corrispondere possibilità di utilizzo fraudolento delle credenziali di registrazione. Ciò che s'è ritenuto possibile evitare mediante lo sviluppo di standard comuni a livello europeo, lasciando così inalterata la possibilità di allargare il mercato anche a soggetti nuovi e non appartenenti al settore bancario e finanziario tradizionale.

di un'ulteriore categoria di prestatori, gli AISP, ovvero, gli *Account Information Services Provider*, soggetti ad una disciplina per molti aspetti coincidente con quella, testé illustrata, prevista per i PISP.⁴⁶⁹

⁴⁶⁹ Art. 67, par. 2 PSD2: “Il prestatore di servizi di informazione sui conti: a) *presta servizi unicamente sulla base del consenso esplicito dell'utente* dei servizi di pagamento; b) *provvede affinché le credenziali di sicurezza personalizzate dell'utente dei servizi di pagamento non siano accessibili ad altre parti ad eccezione dell'utente e dell'emittente delle credenziali di sicurezza personalizzate e la trasmissione di tali informazioni da parte del prestatore di servizi di informazione sui conti avvenga attraverso canali sicuri ed efficienti*; c) per ogni sessione di comunicazione, si identifica presso il prestatore o i prestatori di servizi di pagamento di radicamento del conto dell'utente di servizi di pagamento e comunica in maniera sicura con il prestatore o i prestatori di servizi di pagamento di radicamento del conto e l'utente dei servizi di pagamento conformemente all'articolo 98, paragrafo 1, lettera d); d) *accede soltanto alle informazioni sui conti di pagamento designati e sulle operazioni di pagamento a questi associati*; e) *non richiede dati sensibili relativi ai pagamenti, collegati ai conti di pagamento*; f) *non usa, accede o conserva dati per fini diversi da quelli della prestazione del servizio di informazione sui conti esplicitamente richiesto dall'utente dei servizi di pagamento, conformemente alle norme sulla protezione dei dati*”.

Par. 11.2. Segue. La perdurante incertezza in ordine al ruolo degli operatori di telecomunicazione nel mercato dei pagamenti.

Come testé illustrato, il *favor* del legislatore europeo verso l'ingresso nel mercato dei servizi di pagamento anche di *soggetti diversi* da quelli tradizionalmente appartenenti al mondo *financial* s'è tradotto, da ultimo, nel riconoscimento della qualità di IP (e nella previsione dell'assoggettamento ai relativi obblighi di iscrizione, informativi, di vigilanza) a taluni operatori economici (cd. TPP), preso atto della loro fattiva partecipazione alla catena del pagamento anche sotto la vigenza della PSD, ma al di fuori del suo ambito applicativo.⁴⁷⁰

E se tale scelta, per ovvie ragioni, appare più che condivisibile, riesce difficile comprendere per converso perché il legislatore europeo non abbia prescelto lo stesso *modus operandi* con riferimento alle TELCO. In verità, la spiegazione risulta consacrata al *Considerando* n. 15 PSD2, nella parte in cui si preoccupa di ricordare che “*le informazioni provenienti dal mercato dal mercato non confermano che tali operazioni di pagamento, che i consumatori ritengono comode per pagamenti di piccola entità, siano diventate un servizio generale di intermediazione di pagamento*”. In modo a dir poco contraddittorio, tuttavia, lo stesso *Considerando* soggiunge che, ciò nondimeno, s'è reputato opportuno riscrivere l'esclusione di cui all'art. 3 lett. l) PSD che, a causa dell'ambiguità nella formulazione, “è stata applicata in maniera disomogenea dai diversi Stati membri, determinando mancanza di certezza giuridica per gli operatori e i consumatori e consentendo in alcuni casi ai servizi di intermediazione di pagamento di considerarsi ricompresi, *in modo illimitato*, nell'esclusione dall'ambito di applicazione della direttiva 2007/64/CE”. In altre parole, secondo il legislatore europeo, le incertezze giuridiche connesse al *Mobile Payment* sarebbero riconducibili soltanto ai profili oggettivi dell'operazione di pagamento in parola, e non anche a quelli soggettivi: da qui, dunque, “coerentemente” la scelta d'intervenire, primariamente (*rectius*: esclusivamente) sull'ambito oggettivo della PSD (*positive e negative scope*).

⁴⁷⁰ Ciò che, invero, risulta in linea con la tendenza già manifestata di consentire l'ingresso nel mercato dei servizi di pagamento anche società che svolgono anche *attività commerciali*: tali soggetti, come in precedenza osservato (Cap. II, par. 6.4), possono oggi decidere di configurarsi come IP o IMEL cd. *ibridi* e, dunque, di prestare servizi di pagamento, non necessitando, all'uopo, di un istituto bancario intermediario, ma nel rispetto delle condizioni prescritte affinché le due attività coesistano.

Ma se, come s'è avuto modo di evidenziare, la riscrittura dell'art. 3 lett. 1), segnatamente la sostituzione dell'incerta nozione di bene digitale con quella non meno ampia ed incerta di contenuto digitale in uno alla poco condivisibile inclusione dei biglietti elettronici, non pare idonea superare le incertezze applicative cui ha dato luogo la PSD, allora a dir poco irragionevole appare la scelta del legislatore europeo. E ciò in quanto il quadro di riferimento risulta, per certi versi, addirittura peggiorato. All'agere o non in qualità di *intermediario*, che costituisce nell'impianto della PSD uno dei criteri discretivi "certi" (l'unico di carattere *soggettivo*) per ricondurre l'esecuzione di un'operazione di pagamento all'ambito applicativo della disciplina dei servizi di pagamento, e dunque per assoggettare il relativo prestatore al sistema di obblighi e garanzia previste a tutela dell'utilizzatore, si sostituisce infatti soltanto l'elencazione delle operazioni suscettibili di non esser ricondotte alla disciplina in parola, con la precisazione che ancorché rientranti in una delle categorie previste, deve trattarsi di operazioni "*realizzate in aggiunta a servizi di comunicazione elettronica*", ovvero "ancillare" rispetto all'attività costituente il precipuo oggetto sociale degli operatori di telecomunicazione. E se da questa ultima precisazione parrebbe possibile inferirsi, come auspicabile, la volontà del legislatore europeo di garantire l'assoggettamento delle TELCO alla disciplina della PSD2 allorché, seppur in presenza di una delle operazioni di cui all'art. 3 lett. 1), queste ultime svolgano, prevalentemente o esclusivamente, attività di prestazioni di servizi di pagamento, oscure per converso appaiono le ragioni sottese alla scelta di non adottare lo stesso *modus procedendi* prescelto per i cd. TPP.

In definitiva, l'eliminazione di ogni riferimento all'agere o non in qualità di intermediario, realizzata per un verso con la riscrittura dell'art. 3 lett. 1) e per altro con l'eliminazione del n. 7 allegato PSD, rendendo il quadro di riferimento più incerto, pare idonea ad allargare ulteriormente le maglie di operatività delle TELCO al di fuori dell'ambito applicativo della disciplina dei servizi di pagamento.

Con particolare riferimento al contesto interno, pare che il legislatore europeo non abbia considerato una "informazione di mercato" o comunque una informazione di mercato significativa la circostanza che ad oggi, *nessuna* TELCO risulta *registrata* all'*Albo* degli Istituti di Pagamento *ex art. 114- septies* TUB, né a quello degli IMEL *ex art. 114- quater* TUB, entrambi tenuti dalla Banca d'Italia.⁴⁷¹ Tale circostanza se,

⁴⁷¹ Né, come in precedenza osservato (Cap. II, par. 6.4), risulta la registrazione delle piattaforme di pagamento mediante l'utilizzo di credito telefonico *Mobile Pay* e *DropTicket*.

per un verso, assume *scarso rilievo* rappresentando, in buona sostanza, una scelta *discrezionale* di politica aziendale, per altro verso, solleva non pochi dubbi in ordine alla *legittimità* del *modus operandi* delle TELCO, che si sono ben guardate dall'assoggettarsi a stringenti obblighi informativi e di vigilanza previsti a tutela dell'utilizzatore, sicure di poter prestare servizi di pagamento, in misura vieppiù crescente ed in riferimento a sempre nuove categorie merceologiche, al di fuori dell'ambito applicativo della PSD.⁴⁷² Non resta che pensare che, il legislatore avrà considerato “informazioni di mercato” significative, ma soprattutto “affidabili”, quelle ricavabili dal tenore delle previsioni statutarie di taluni operatori di telecomunicazione interni, nella parte in cui, nel definire il perimetro dell'*oggetto sociale*, precisano che “Sono espressamente escluse le attività riservate a soggetti iscritti in albi professionali, le attività di cui all'art. 106 del decreto legislativo n. 385/1993 nei confronti del pubblico”,⁴⁷³ ovvero, ancor più perentoriamente, che “Sono tassativamente escluse dall'oggetto sociale le attività finanziarie nei confronti del pubblico”.⁴⁷⁴

Conclusivamente, irrisolto appare il problema dell'esatta individuazione della veste in cui le TELCO nazionali stanno prestando servizi di pagamento che, ancorché limitatamente all'acquisto di talune peculiari ed ora, per effetto delle modifiche introdotte dalla PSD2, “ben individuate” categorie merceologiche entro soglie

⁴⁷² S'è già avuto modo di evidenziare come le TELCO nazionali stiano riuscendo nell'opera di assumere il ruolo di *indiscusse* ed *assolute* protagoniste nel mercato dei pagamenti, segnatamente nel settore del *mobile ticketing*, nonostante l'incerta individuazione del “valore aggiunto” che le stesse sarebbero chiamate a garantire secondo la normativa comunitaria ed interna (primaria e secondaria), quale condizione imprescindibile per prestare servizi di pagamento in regime di cd. *negative scope*. Sorprende, peraltro, che ciò nondimeno, anche la novella abbia scelto di far riferimento a tale nozione: mentre tuttavia nel Considerando n. 6 della PSD il riferimento è alla necessità di garantire “un valore intrinseco sotto forma di funzioni di accesso, distribuzione o consultazione”, nella nuova direttiva il riferimento è alla nozione per certi versi ancor più generica (e dunque, di difficile individuazione) di “valore aggiunto a tali beni o servizi” (i beni e servizi digitali).

In tal contesto, s'è anche avuto modo di evidenziare come le TELCO prevedano un *costo* per il servizio reso: il prezzo dell'acquisto del biglietto di trasporto comprende, invero, il costo del biglietto così come stabilito dalle municipalizzate, *più* il costo del servizio, ossia, il costo dell'SMS inviato dal proprio telefono cellulare al momento dell'acquisto (variabile al variare dell'operatore di riferimento) che, in un contesto in cui *scarsamente decifrabile* risulta il “valore aggiunto” apportato dall'operatore di telecomunicazione, parrebbe integrare una *commissione*, ancorché *mascherata*, applicata al servizio *finanziario* prestatato (ovvero, al pagamento intermediato), indizio (ulteriore) della natura, *di fatto*, di *meri intermediari finanziari* delle TELCO nazionali. Infine, in relazione al medesimo servizio, s'è anche avuto modo di evidenziare come talune TELCO (ad. es. 3Italia) prevedano che “una volta effettuato l'acquisto, non è esercitabile alcun diritto di ripensamento”.

⁴⁷³ Si tratta dell'art. 3 (*oggetto sociale*) punto 3.2. dello statuto della società capogruppo *Telecom Italia S.p.a.* (alla cui attività di direzione e coordinamento risulta assoggettata, tra gli altri, anche l'operatore mobile *TIM*).

⁴⁷⁴ Si tratta dell'art. 4 (*oggetto sociale*) dello statuto di *3Italia S.p.a.*

quantitative determinate, vedono ampliarsi le maglie di operatività entro cui, ancora *di fatto*, potranno prestare servizi di pagamento al di fuori della disciplina dei servizi di pagamento, con ciò avvalorando l'idea di esser in presenza di un'ulteriore *species* di prestatori di servizi di pagamento, in quanto nient'affatto assimilabile né agli Istituti bancari, né agli IP ovvero IMEL, ancorché cd. *ibridi*, che opera sul mercato dei pagamenti secondo schemi organizzativi più *snelli* e maglie di *vigilanza* più larghe rispetto a quelle prescritte per gli altri cd. PSP con conseguente, inevitabile, frustrazione degli obiettivi sottesi alla PSD2.

Meglio avrebbe fatto la novella, invero, a prendere una posizione netta in ordine agli operatori coinvolti nell'esecuzione delle operazioni di pagamento in parola, ovvero a qualificarli anche dal punto di vista soggettivo, obbligandoli espressamente a registrarsi (quanto meno) come IP, sulla falsariga del *modus procedendi* prescelto per i cd. TPP.

Par. 12. La nuova disciplina di tutela dell'utilizzatore.

Ancor più significative appaiono le novità introdotte in tema di *trasparenza delle condizioni e requisiti informativi per i servizi di pagamento* (Titolo III), nonché in tema di *diritti e obblighi in relazione alla prestazione ed all'uso di servizi di pagamento* (Titolo IV). Si tratta di aspetti trasversali nella nuova disciplina, novellati avendo di mira, innanzitutto, il rafforzamento del sistema di tutele previsto per gli utilizzatori di uno strumento di pagamento (consumatori ed esercenti), ciò che si è scelto di perseguire, per un verso, aumentando il grado di sicurezza e protezione dei dati veicolati dall'operazione di pagamento, per altro verso, definendo nuove responsabilità per chi paga con uno strumento di pagamento e nuove regole commerciali relative all'applicazione di maggiorazioni (cd. *surcharge*) a carico del pagatore stesso, in alcuni casi non consentite.

Sotto quest'ultimo profilo, la presa di coscienza che l'ampia flessibilità accordata dalla PSD⁴⁷⁵ ha determinato un significativo livello di eterogeneità del mercato dei servizi di pagamento,⁴⁷⁶ ha indotto il legislatore della novella a rivedere la disciplina in materia di maggiorazioni addebitabili dal prestatore del servizio all'utente, anche al fine di realizzarne l'effettiva armonizzazione con le disposizioni contenute nella direttiva

⁴⁷⁵ L'art. 52 par. 3 PSD infatti consente, da un lato, agli esercenti di imporre una spesa ulteriore o di offrire una riduzione al pagatore, ovvero di orientarlo verso strumenti di pagamento più efficienti e, dall'altro, prevede la possibilità per ciascuno Stato di vietare o limitare tali maggiorazioni nel proprio territorio. In tale contesto, ben 13 SM si sono, sino ad oggi, avvalsi della facoltà di vietare le maggiorazioni, così determinando la nascita di differenti regimi a livello nazionale, nonché problemi e confusione per esercenti ed utenti, con particolare riguardo alle ipotesi di vendite o acquisti transfrontalieri di beni e servizi via internet.

⁴⁷⁶ A chiare lettere, infatti, il considerando n. 66 PSD2 ricorda che "*Diverse prassi nazionali in materia di applicazione di spese per l'utilizzo di un determinato strumento di pagamento («maggiorazioni») hanno portato a un'estrema eterogeneità del mercato dei pagamenti nell'Unione e confondono i consumatori, in particolare nel settore del commercio elettronico e in un contesto transfrontaliero. I commercianti situati negli Stati membri in cui è consentito applicare maggiorazioni offrono prodotti e servizi negli Stati membri in cui le maggiorazioni sono vietate e addebitano tali maggiorazioni ai consumatori. Vi sono inoltre molti esempi di commercianti che impongono ai consumatori maggiorazioni di livello molto più elevato rispetto al costo da essi stessi sostenuto per l'utilizzo di uno specifico strumento di pagamento.* Inoltre, la revisione delle pratiche relative alla maggiorazione è fortemente motivata dal fatto che il regolamento (UE) 2015/751 stabilisce norme in materia di commissioni interbancarie per i pagamenti basati su carta. Le commissioni interbancarie costituiscono la componente principale delle commissioni applicate dai commercianti per pagamenti basati su carta. Le maggiorazioni rappresentano una pratica di orientamento utilizzato talvolta dai commercianti per compensare i costi aggiuntivi dei pagamenti basati su carta. Il regolamento (UE) 2015/751 fissa dei limiti alle commissioni interbancarie. Tali limiti troveranno applicazione prima del divieto stabilito dalla presente direttiva. Conseguentemente, è opportuno che gli Stati membri valutino se impedire ai beneficiari di applicare commissioni per l'utilizzo di strumenti di pagamento per cui le commissioni interbancarie sono regolamentate nel capo II del regolamento (UE) 2015/751.

2001/83/UE in tema di diritti dei consumatori, nonché con le disposizioni contenute nel regolamento MIF. Più dettagliatamente, il nuovo art. 62 statuisce, al par. 4, l'obbligo per gli Stati membri di assicurare, in ogni caso, che il beneficiario (ovvero l'esercente) non imponga spese per l'utilizzo di strumenti di pagamento le cui commissioni interbancarie sono oggetto del capo II del Regolamento (UE) 2015/751 (cd. MIF) e per i servizi di pagamento cui si applica il Regolamento (UE) n. 260/2012 (cd. SEPA), in uno alla facoltà per agli Stati membri di vietare l'imposizione di maggiori spese ogniqualvolta ciò risulti necessario al fine di incoraggiare la concorrenza e promuovere strumenti di pagamento efficienti (par. 5). In altre parole, il divieto di maggiorazioni risulta direttamente legato alla previsione dei massimali introdotti dal regolamento MIF: in particolare, considerata la significativa riduzione delle commissioni interbancarie dovute dagli esercenti,⁴⁷⁷ non risulteranno più giustificate maggiorazioni per le carte soggette a commissione interbancaria multilaterale regolamentata, ossia oltre il 95% del mercato delle carte ad uso di privati. *A contrario* e con particolare riferimento alle carte non rientranti nell'ambito di applicazione del regolamento MIF, ossia carte aziendali e carte dei cd. "circuiti a tre parti", rimane ferma la possibilità per gli esercenti di applicare maggiorazioni, a condizione tuttavia che le stesse risultino corrispondenti ai costi reali sostenuti nonché alle disposizioni di cui alla direttiva 2011/83/UE.

Pure finalizzate ad elevare il grado di tutela degli utenti dei servizi di pagamento, risultano le novità introdotte in tema di regime di responsabilità dei prestatori dei servizi di pagamento e di responsabilità del pagatore, in caso di operazioni di pagamento non autorizzate. Più dettagliatamente, fatta salva l'ipotesi di frode e negligenza grave,⁴⁷⁸ l'importo massimo che, in qualsiasi circostanza, un utente potrà essere obbligato a pagare in caso di operazione non autorizzata, risulta ridotto da 150 (art. 61 PSD) a 50 euro (art. 74, par. 1 PSD2).

Per il perseguimento delle medesime finalità risulta novellata anche la norma recante la disciplina delle condizioni fondanti il *diritto al rimborso* in capo al pagatore per

⁴⁷⁷ Il regolamento in parola, infatti, fissa limiti pari allo 0,2% del valore per le transazioni abilitate tramite carte di debito ed allo 0,3% per quelle effettuate con carta di credito. Per le operazioni domestiche con le carte di debito, inoltre, i singoli Stati membri possono praticare una commissione fissa pari a 5 centesimi in combinazione con quella variabile, a condizione che risulti rispettato il limite dello 0,2% e che il volume di commissioni così generato non superi lo 0,2% del totale delle transazioni nazionali.

⁴⁷⁸ Nel caso in cui si tratti di operazioni di pagamento attuate in modo fraudolento o in maniera inadempiente rispetto agli obblighi disciplinati dall'art. 69 (gli obblighi previsti in capo agli utenti in relazione agli strumenti di pagamento), il pagatore sosterrà tutte le perdite discendenti dall'operazione medesima, senza che trovi applicazione il massimale di 50 euro (art. 74, par. 2 PSD2).

tutte quelle operazioni di pagamento disposte dal beneficiario o per suo tramite. L'art. 74 PSD2, in particolare, prevede l'applicazione di *due diversi regimi* di rimborso a seconda che, in riferimento alle operazioni di addebito diretto, l'autorizzazione non specifichi, quando viene data, l'importo esatto dell'operazione di pagamento, ovvero l'importo finale della transazione superi quello che il pagatore avrebbe potuto ragionevolmente aspettarsi alla luce del precedente modello di spesa, delle condizioni del contratto quadro con il prestatore di servizi di pagamento, nonché delle pertinenti circostanze del caso. Ad ogni modo, nei casi di addebiti diretti, si prevede espressamente (art. 74, ultimo par.) il carattere *incondizionato* del diritto al rimborso (salvo nei casi in cui il beneficiario abbia già adempiuto agli obblighi contrattuali e il pagatore abbia già ricevuti i servizi o consumato i beni), ciò che realizza l'allineamento della disciplina sul punto con le disposizioni di cui al *SEPA Core Direct Debit Rulebook*.

Significative anche le modifiche introdotte al Titolo IV in tema di *diritti ed obblighi discendenti dalla prestazione e dall'uso dei servizi di pagamento*. Primario rilievo assume, innanzitutto, l'introduzione della cd. *customer strong authentication*: l'autenticazione "a due fattori" del cliente che, a norma del nuovo art. 97 PSD2, il prestatore del servizio di pagamento nonché il terzo prestatore, è ora chiamato ad applicare, ogniqualvolta il soggetto pagatore acceda al proprio conto online, ovvero disponga di un'operazione di pagamento elettronico, o ancora compia qualsiasi operazione, attraverso canali remoti, che comporti un rischio di frode o, più in generale, di abusi.

All'introduzione dell'autenticazione in parola, risulta correlata la previsione in capo ai prestatori obbligati di munirsi di adeguate *misure di sicurezza* che garantiscano l'integrità e segretezza delle credenziali di autenticazione del cliente, soggetto pagatore. Sotto questo profilo, un ruolo sarà ricoperto dall'ABE la quale, a norma del successivo art. 98, viene individuata quale autorità deputata ad emanare, in stretta cooperazione con la BCE, i *regulatory technical standards*, ossia le specifiche tecniche e linee guida indirizzati di autenticazione del cliente, nonché le eventuali deroghe all'uso dell'autenticazione a due fattori.

Un cenno meritano, infine, le novità introdotte in tema di *procedure di reclamo e ricorso extragiudiziale*, funzionali a garantire il rispetto della nuova disciplina. Nello specifico, le nuove norme recano nuovi obblighi in capo agli Stati membri: assicurare che siano istituite procedure che consentano agli utenti dei servizi di pagamento ed alle

altre parti interessate di presentare reclami alle autorità competenti (artt. 100-101 PSD2), ogniqualvolta si ravvisino presunte violazioni della direttiva da parte dei prestatori dei servizi, nonché, in un'ottica deflattiva del contenzioso, che questi ultimi dispongano di procedure interne adeguate ed efficaci volte alla risoluzione dei reclami proposti dagli utenti dei servizi di pagamento (art. 102 PSD2).

Fatto salvo il diritto per gli Stati membri di imporre sanzioni penali, è altresì previsto che gli stessi provvedano affinché le autorità competenti siano investite del potere di imporre sanzioni amministrative effettive, proporzionate e dissuasive, ogni qualvolta sia ravvisabile una violazione delle disposizioni nazionali di attuazione della direttiva in esame.

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Il mercato dei pagamenti elettronici è sempre stato sotto il controllo esclusivo degli operatori bancari i quali, forti delle proprie competenze e delle altre barriere erette contro la concorrenza, hanno cristallizzato e dominato incontrastati il settore per circa cinquanta anni. Con l'apertura a nuovi operatori promossa dalla recente regolamentazione europea e con l'estensione delle nuove tecnologie in ambito finanziario, tuttavia, molto è cambiato e va cambiando: vanno, in particolare, viepiù fortificandosi le condizioni per la nascita di una nuova era di innovazione bancaria e finanziaria, specie nel campo degli strumenti di pagamento. Correlativamente, anche il comportamento dei consumatori va modificandosi: la crescente adozione di nuove tecnologie, invero, ha alzato l'asticella della *user experience* richiesta agli utenti ed, al contempo, spinge gli operatori a creare prodotti sempre più innovativi e semplici da utilizzare.

In siffatto scenario, la direttiva cd. PSD2 persegue l'ambizioso obiettivo di incentivare la circolazione di moneta elettronica e, soprattutto, di aumentare ulteriormente il grado di concorrenzialità del mercato dei pagamenti, migliorandone le condizioni sia per i prestatori dei servizi di pagamento, che per i consumatori. Nonostante l'approfondimento di importanti aspetti rimasti soltanto *in nuce* nella precedente disciplina, tuttavia, *l'impianto generale della novella risulta in buona parte coerente con l'impianto e la struttura del mercato dei sistemi di pagamento come già regolamentato dalla PSD.*

Piuttosto timido, per non dire assente, appare in particolare il tentativo di superare le incertezze applicative che la PSD ha generato: innanzitutto, in ordine alla *natura giuridica* dei valori finanziari impiegati nell'esecuzione dell'operazione di pagamento da parte delle TELCO, nonché alla veste giuridica con cui, di fatto, queste ultime si trovano ad operare nel mercato dei servizi di pagamento.

Ed invero, sotto il profilo *oggettivo*, se per un verso, non può non accogliersi con favore la scelta di subordinare la spendibilità del credito telefonico a *stringenti limiti quantitativi*, in quanto evidentemente finalizzata a porre un freno alla quantità di valori finanziari veicolati dalle TELCO e dunque, a scongiurare, almeno per il momento, il rischio che questi ultimi risulti di fatto utilizzabili per l'acquisto di beni (fisici e) di

valore significativo,⁴⁷⁹ nessuna risposta, per converso, la novella fornisce in ordine alla riconducibilità dei valori in parola ad una delle *species* monetarie note: ciò che rileva, specialmente, per il caso in cui il credito telefonico, sprovvisto di un conto collegato al sistema bancario (o postale), risulti alimentato per il tramite del *sistema* delle *carte cd. ricaricabili o prepagate*.

Riguardata sotto il profilo *soggettivo*, poi, la PSD2 non apporta modifiche dirette alla gamma degli operatori coinvolti nella catena del valore dei servizi di pagamento. Il suo ambito soggettivo coincide, *formalmente*, con quello della PSD: enti creditizi, IMEL, uffici postali, IP, banche centrali, amministrazioni statali, regionali e locali (art. 1 PSD2), sicché irrisolto appare il problema dell'esatta individuazione della veste in cui le TELCO stanno prestando servizi di pagamento, ancorché limitatamente all'acquisto di talune peculiari categorie di beni (ed, allo stato, poco significative, considerato l'importo delle somme "intermediate" necessarie per il relativo acquisto). Con particolare riferimento al contesto interno, infatti, giova ricordare anche in questa sede che, ad oggi, *nessuna* TELCO risulta *registrata* all'*Albo* degli Istituti di Pagamento *ex art. 114-septies* TUB, né a quello degli IMEL *ex art. 114-quater* TUB, entrambi tenuti dalla Banca d'Italia. D'altra parte, oltre ad esser confermato dalla normativa interna (primaria e secondaria),⁴⁸⁰ che gli operatori di telecomunicazione non rappresentino un *intermediario finanziario* costituisce circostanza di cui appaiono "consapevoli" anche le stesse TELCO. In tal senso, significativo risulta il tenore delle previsioni statutarie di taluni operatori di telecomunicazione nella parte in cui, nel definire il perimetro del proprio *oggetto sociale*, precisano che "*Sono espressamente escluse le attività riservate a soggetti iscritti in albi professionali, le attività di cui all'art. 106 del decreto legislativo n. 385/1993 nei confronti del pubblico*",⁴⁸¹ ovvero, ancor più perentoriamente, che "*Sono tassativamente escluse dall'oggetto sociale le attività finanziarie nei confronti del pubblico*".⁴⁸²

⁴⁷⁹ Rischio peraltro già scongiurato nell'ordinamento interno considerato che, come in precedenza osservato (v. *supra* Cap II, par. 6), in virtù dell'art. 15 co. 6 del D.M. n. 145 del 2 marzo 2006, "*Regolamento recante la disciplina dei servizi a sovrapprezzo*", il limite per ogni singolo acquisto di contenuti digitali è fissato in *12,50 euro, IVA esclusa*. Per limitare la possibilità di frodi, inoltre, il medesimo articolo, al co. 7 reca anche la previsione di una soglia mensile (indicativamente tra *150 e 200 euro*).

⁴⁸⁰ Finché, infatti, non decideranno di cogliere le nuove opportunità offerte dal rinnovato quadro normativo del mercato dei servizi di pagamento, restano società svolgenti attività *esclusivamente commerciale*, come tali non legittimate ad emettere *moneta elettronica*, né a *prestare servizi di pagamento*.

⁴⁸¹ Si tratta dell'art. 3 (*oggetto sociale*) punto 3.2. dello statuto della società capogruppo *Telecom Italia S.p.a.* (alla cui attività di direzione e coordinamento risulta assoggettata, tra gli altri, anche l'operatore mobile *TIM*).

⁴⁸² Si tratta dell'art. 4 (*oggetto sociale*) dello statuto di *3Italia S.p.a.*

In tale contesto, allora, la scelta della PSD2 di subordinare la spendibilità del credito telefonico a stringenti *limiti quantitativi* pare idonea soltanto a rimandare il momento in cui sarà necessario affrontare il cuore del problema: l'individuazione di un quadro normativo di riferimento che, chiarendo la *natura giuridica* del *credito telefonico*, definisca con certezza diritti e doveri, poteri ed obblighi, dei soggetti, innanzitutto le TELCO, chiamate a veicolare i valori finanziari in parola.⁴⁸³

Con ciò, peraltro, non si vuol dire che l'apertura del mercato dei pagamenti a nuovi servizi ed a nuovi attori costituisca un male in sé. Per converso, la creazione di un mercato paneuropeo dei pagamenti elettronici è certamente foriero di effetti benefici. La cd. *war on cash*,⁴⁸⁴ invero, giova specialmente al nostro Paese, considerato che la sparizione del contante consentirebbe di ridurre drasticamente, per non dire azzerare, una delle piaghe che da sempre lo attanaglia: il riferimento è, innanzitutto, all'evasione fiscale la cui riduzione determinerebbe la possibilità di far emergere il tanto sommerso che soffoca l'economia interna, impedendone la crescita.⁴⁸⁵ Auspicabile, inoltre, è che

⁴⁸³ In tale contesto, sbalordiscono, per certi versi preoccupano, gli esiti della recente ricerca "*Preparing for PSD2: exploring the business and technology implications of the new payment services directive*" curata da Finextra la quale ha rivelato che i fornitori di servizi di pagamento (banche tradizionali, imprese Fintech, TELCO, ed eventuali soggetti terzi prestatori quali TPP) vedrebbero la PSD2 *non solo e non tanto come un obbligo normativo*, ma anche come volano per sviluppare prodotti e servizi finanziari innovativi, offrire una *customer experience* sicura e agevole durante le operazioni di pagamento e incrementare il fatturato. Ed è per questi motivi che da più parti s'evidenzia l'importanza di recepire in tempi rapidi, anche nel nostro Paese, la nuova direttiva, senza attendere il 2018.

⁴⁸⁴ Il 5 aprile 2016 s'è celebrata la VI edizione del *No Cash Day*: l'iniziativa, che vede tra i suoi sostenitori il Parlamento europeo e, in Italia, la Presidenza del Consiglio dei ministri ed il ministero dello Sviluppo economico, è nata da un'idea del fondatore di *CashlessWay*, un'associazione che sin dal 2013 studia e promuove gli strumenti alternativi al contante, nonché una maggiore conoscenza e diffusione del denaro digitale. L'idea è anche quella di promuovere un cambiamento culturale in grado di offrire un contributo importante anche nei confronti di quella che viene definita come inclusione finanziaria, un fenomeno che coinvolge 2,5 miliardi di individui meno abbienti, i cd. non bancabili, che in Europa sono 1 su 10. Una maggiore apertura finanziaria, si evidenzia, anche attraverso i pagamenti alternativi al contante, potrebbe in questo senso allargare la partecipazione alla vita economica e rappresentare la base per una crescita e uno sviluppo più equilibrati. Secondo i dati forniti dall'associazione in parola, in Europa usano la carta di credito/debito soltanto i nordici e soprattutto la Svezia con 250 operazioni l'anno *pro capite*. A chiudere la classifica la Bulgaria con 7 operazioni l'anno. Tra i Paesi più industrializzati che registrano un basso uso di carte troviamo, risulta anche l'Italia con 30 operazioni l'anno *pro capite* (*Statistical Data Warehouse*, Bce). Secondo uno studio della Bce, poi, l'Europa spende ogni anno lo 0,46% del suo Pil (60 miliardi di euro) per la gestione del contante, mentre in Italia i costi superano i 10 miliardi di euro (0,52% del Pil). La Banca centrale europea riconosce ogni anno 387mila banconote false, e sono 6 miliardi ogni anno le banconote in euro che finiscono al macero per deterioramento. Da un sondaggio della Commissione europea, infine, è emerso che il 60% dei cittadini dell'eurozona trova difficoltà ad usare le monete da 1 cent (si sale al 69% con le monete da 2 centesimi): fabbricare una moneta da 1 centesimo costa 4,5 centesimi, mentre per fabbricarne una da 2 centesimi costa 5,2 centesimi.

⁴⁸⁵ Da più parti, peraltro, s'evidenziano i vantaggi, non solo finanziari e macroeconomici connessi alla sparizione del contante, ma anche *direttamente alle persone ed alle imprese*. In uno ai vantaggi oggettivi per la spesa pubblica (come la riduzione degli oneri di riconciliazione, di trasporto, assicurazione, custodia), in particolare, si fa leva sui vantaggi *soggettivi*: nessun rischio di pagare due volte per lo stesso servizio, poterlo

vieppiù fattivo divenga il contributo degli operatori di telecomunicazione al processo di attuazione di un mercato integrato dei pagamenti mediante carte, internet e telefono mobile, considerata la diffusione vieppiù crescente del telefonino e gli innegabili vantaggi (innanzitutto, la celerità) connessi al pagamento per il tramite di quest'ultimo posto in essere.

Non si condividono pienamente, invece, le “armi” selezionate per combattere la *cd. war on cash*, ossia il *modus operandi* prescelto: non dovrebbe esser consentito, invero, l'ingresso nel mercato dei pagamenti a nuovi attori, ancorché in riferimento al pagamento di beni (ad oggi, di scarso valore), abilitati ad agire *di fatto*, ovvero nel contesto di un quadro normativo di riferimento incerto, o comunque al di fuori del quadro regolatorio prescritto per i soggetti tradizionalmente operanti nel mercato dei pagamenti, e dunque, ancor peggio, beneficiari di un trattamento privilegiato (specialmente, sotto il profilo dell'esenzione dagli obblighi di vigilanza), con evidenti ripercussioni negative sul tanto agognato *level playing field*, ed in ultima istanza, sull'utente finale.

Conclusivamente, nonostante il meritorio tentativo della novella di contemperare due confliggenti esigenze (regolamentare l'ingresso delle TELCO nel mercato dei servizi di pagamento arginandone forme elusive ovvero lesive della normativa comunitaria, ed aumentare il grado di concorrenzialità del mercato consentendo la prestazione di nuovi servizi e l'ingresso di nuovi attori), s'è in presenza, *di fatto*, di un'ulteriore *species* di prestatori di servizi di pagamento in quanto nient'affatto assimilabile né agli Istituti

fare da casa evitando ulteriori attese, avere una traccia informatica che certifica il pagamento, senza dimenticare la possibilità di utilizzare gli sms per dare un'alternativa ai contanti alle persone *cd. unbanked*. Inoltre per la PA come per la GDO o nei casi di Franchising, i pagamenti digitali consentono una conoscenza in *real time* dei flussi di cassa e di altri dati, che possono essere anche impiegati in modelli per una migliore programmazione e allocazione delle risorse. Sullo sfondo, dunque, un approccio sostanzialmente diverso da quella della *cd. war on cash*, che reputa fondamentale aumentare il livello di fiducia nello strumento, far percepire i vantaggi e soprattutto garantire la libertà di scelta. In altre parole, da più parti si auspica un cambio di rotta ed una modifica del paradigma dove l'obbligo di accettare un pagamento elettronico non discende dalla necessità della lotta all'evasione ma, piuttosto, da quella di garantire a ciascuno di poter pagare come vuole. In tale contesto, peraltro, sorprende e non poco che dallo scorso 1° gennaio, per effetto dell'entrata in vigore della legge di stabilità 2016 (co. 898) ed al fine di adeguare il sistema dei pagamenti alle previsioni della normativa antiriciclaggio, risulti innalzato il limite, da 1,000 a 3,000 euro, a partire dal quale è obbligatorio l'utilizzo di strumenti di pagamento tracciabili (carte di credito e di debito, bonifici ed assegni). In base alla normativa in parola risultano inoltre ammessi, anche se superiori al limite previsto (3,000 euro): 1) i prelievi o i versamenti in contanti effettuati presso gli sportelli bancari o postali che hanno importo superiore al limite sancito in quanto operazioni non comportanti il trasferimento di denaro tra soggetti diversi, essendo bensì effettuate verso un intermediario terzo abilitato; 2) i pagamenti rateali, anche se di importo complessivo superiore al limite massimo, quando la rateizzazione è il risultato di un accordo preventivo tra le parti, formalizzato in un adeguato documento o direttamente in fattura; 3) il pagamento dell'acconto o della caparra in contanti sino al limite previsto, e del saldo usufruendo di strumenti di pagamento tracciabili.

bancari, né agli IP ovvero IMEL, ancorché cd. *ibridi*, che opera sul mercato dei pagamenti secondo schemi organizzativi più *snelli* e maglie di *vigilanza* più larghe rispetto a quelle prescritte per gli altri cd. PSP, con conseguente, inevitabile, frustrazione (quanto meno di parte) degli obbiettivi sottesi al progetto SEPA.

Sotto il profilo *oggettivo*, poi, tuttora irrisolto appare il problema dell'esatta natura giuridica dei valori finanziari impiegati nelle operazioni di pagamento *intermediate* dalle TELCO, certamente allorché si tratti di credito alimentato per il tramite del *versamento diretto* delle corrispondenti somme. E considerato l'ampliamento vieppiù crescente della gamma di beni e servizi acquistabili utilizzando, quale corrispettivo, i valori finanziari in parola⁴⁸⁶ nonché il diffondersi di *modelli collaborativi* di scambio di beni, servizi e conoscenze,⁴⁸⁷ non pare ardito sostenere che questi ultimi vanno

⁴⁸⁶ Come in precedenza osservato, infatti, la piattaforma di pagamento realizzata dai principali operatori interni di telecomunicazione, denominata *MobilePay*, permette oggi di acquistare svariati contenuti singoli e servizi in abbonamento. Tra gli interessati ad utilizzare questa soluzione nel mercato italiano figurano aziende di primario rilievo dell'editoria (come *Gruppo Caltagirone Editore*, *Class Editori*, *Guida Monaci*, *Espresso*, *Il Sole 24 Ore*, *La Stampa*, *Microsoft Italia*, *Mondadori*) e dell'*entertainment*). Ma si pensi anche *DropTicket*, la piattaforma di pagamento con *credito telefonico* per i servizi di pubblica utilità, che consente l'acquisto, mediante il sistema del *mobile ticketing*, non soltanto dei biglietti di trasporto, ma anche dei *parcheggi*, delle *zone a traffico limitato* e del *bike e car sharing*, in numerose città italiane. Ma i prossimi anni costituiranno un ulteriore momento di svolta per i pagamenti anche nel nostro Paese: *ApplePay* e *SamsungPay* hanno già annunciato che sbarcheranno entro l'anno anche in Italia spingendo in avanti tutto il sistema, compresa *Google* che sta anche implementando i suoi servizi. E presto i pagamenti mobili si sposteranno dallo *smartphone* a nuovi dispositivi: *Smartwatch*, bracciali ed anelli integreranno servizi di pagamento. Così come la ricerca su l'*internet of things* si arricchirà di servizi di pagamento automatizzati, statici o persino dinamici, sulla base delle nostre abitudini o scelte di consumo.

⁴⁸⁷ Il riferimento è in particolare alla cd. *sharing economy*, ovvero a quell'insieme di pratiche di scambio e condivisione che si propone come alternativo al consumismo classico in quanto costituente "*an economy system in which assets or services are shared between private individuals, either for free or for a fee, typically by means of the Internet*" ed in virtù del quale "*you can easily rent out your car, your apartment, your bike, even your wifi network when you don't need it*": tanto si legge, in www.oxforddictionaries.com/definition/english/sharing-economy.

Considerato il carattere contenuto delle relative transazioni, invero, il cd. *consumo collaborativo* ben potrebbe rappresentare, in un futuro non molto lontano, un nuovo settore in cui la nuova specie monetaria potrebbe definitivamente affermarsi. Anche nel nostro Paese, del resto, va vieppiù ampliandosi la gamma dei servizi riconducibili a tale *business model*: si pensi ad *Uberpop*, ossia al servizio che consente la condivisione ovvero l'affitto dei posti liberi della propria auto per il tramite di un'applicazione per *smartphone*, ma anche ad *AirBnb*, ossia al servizio che consente la condivisione ovvero l'affitto di una stanza della propria abitazione (o dell'intero alloggio) per limitati periodi di tempo e pur sempre per il tramite di un'applicazione per *smartphone*. Si tratta di servizi in riferimento ai quali risultano accettati diversi metodi di pagamento (dai tradizionali, quali carta di credito, bonifico e assegno, sino a Paypal), ma con esclusione, allo stato, del credito telefonico (già accettato, invece, in riferimento ai servizi di *car e bike sharing*). Per un'approfondita analisi della cd. *sharing economy*, si veda G. SMORTO, *Verso la disciplina della sharing economy*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2015, 245-277, 267, nonché *I contratti della sharing economy*, in *Foro it.*, 2015, V, 221. Per una compiuta disamina delle problematiche connesse allo sbarco in Italia dei servizi in parola, segnatamente di *Uberpop* (e che hanno indotto il Tribunale di Milano a disporre il blocco: Trib Milano, 25 maggio 2015, decisione confermata da App. Milano, 9 luglio, 2015), si veda DI AMATO A., *Uber and the Sharing Economy*, in corso di pubblicazione.

acquisendo i crismi di un' *ulteriore species monetaria*, cd. *telefonica*. Del resto, “[...] *la moneta è diventata un sostituto del bisogno per accordo comune e per questo ha il nome di moneta, perché non è per natura ma per convenzione e dipende da noi modificarla o porla fuori corso*”.⁴⁸⁸ Sullo sfondo della concezione Aristotelica di moneta, tuttavia, una comunità di *liberi cittadini*⁴⁸⁹ socialmente e politicamente unita, che si dota di leggi che s’impegna a rispettare, ovvero la *polis*: regime politico *democratico* in cui l’azione vera è quella che ha luogo nell’*agorà*, lo spazio di *discussione pubblico* per la gestione della città-stato.

⁴⁸⁸ ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, cit.

⁴⁸⁹ Per la verità, Aristotele non fu mai un *cittadino* di Atene, ma un *meteco*.

BIBLIOGRAFIA

- ALLOCCO – SANTANGELO, *Quale sarà il futuro dei mobile payment?*, in *Computer Word Italia*, 2007.
- ANDREOLI, *Riflessioni sull'atto solutorio non dovuto*, Milano, 1956.
- ANTONUCCI, *diritto delle banche*, Milano, 2012.
- ARAGUENA-CAROLI-NICOLI-RIZZATI-CHIARI, *Bitcoin, l'altra faccia della moneta*, Firenze, 2014.
- ARAGUENA-JEGERSON, *Dal baratto ai portafogli digitali*, Firenze, 2016.
- ASCARELLI T., *La moneta. Considerazioni di diritto privato*, Padova, 1928.
- ASCARELLI T., *Obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario al codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1959.
- BARASSI L., *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948.
- BAIS, PENZHORN, PALENSKY, *Evaluation of UMTS security architecture and services*, in *International Conference on Industrial Informatics*, 2006.
- BARBAGALLO S., *Brevi note sull'introduzione dell'Euro*, in *Dir. unione eur.*, 1998.
- BARBUTO G., *La moneta "Euro": aspetti giuridici derivanti dalla sua introduzione*, in *Giust. civ.*, 1999.
- BIANCA C.M., *Diritto civile, L'obbligazione*, vol. IV, 1995.
- BIANCA C.M., *Diritto civile, La proprietà*, vol. VI, 1999.
- BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico in Trattato di diritto civile diretto da F. Vassalli*, Torino, 1955.
- BIONDI, *Cosa fungibile e non fungibile*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959.
- BOGNI - DEFANT, *Big Data: diritti IP e problemi della privacy*, in *Dir. Industriale*, II, 2015.

- BOMAN, HORN, HOWARD, NIEMI, *UMTS Security*, in *Electronics and communication engineering journal*, 2002.
- BUCCI P., *SEPA e PSD - Le banche stanno attuando, con qualche ritardo, gli obiettivi dell'Europa dei pagamenti. Il ruolo attivo dell'Italia affinché l'adeguamento a questa normativa diventi anche un fattore di successo*, in *Data Manager*, dicembre 2009.
- BUFFA, *Moneta digitale e tutele*, in *Commercio elettronico e tutela del consumatore*, (a cura di) G. Cassano, Milano, 2003.
- BUSNELLI F. D., *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001.
- CAGNASSO, *La permuta*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, Torino, 2000.
- CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, II, Diritto delle società*, Torino, 2015.
- COMPORTE, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *La riforma delle società* a cura di Sandulli-Santoro, Torino, 2003.
- CANGIANO, *Il trattamento del credito residuo nei contratti di comunicazione elettronica tra problematiche risolte e questioni ancora aperte*, in *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione elettronica*, I, 2010.
- CAPACCIOLI, *Criptovalute, bitcoin e IVA*, in *Il Fisco*, 27, 2014.
- CAPACCIOLI, *Introduzione al trattamento tributario delle valute virtuali: criptovalute e bitcoin*, in *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, 1, 2014.
- CAPACCIOLI, *Riciclaggio, antiriciclaggio e bitcoin*, in *Il Fisco*, 46, 2014.
- CARBONE – VICARIO, *Riconoscimento del credito residuo agli utenti del servizio di telefonia mobile*, nota Cons. St. sez. III, 05/04/2011, n. 2122, in *Giornale di diritto amministrativo*, VII, 2011, 762 ss.
- CARBONETTI, voce *Moneta*, in *Dizionari del diritto privato*, V, *Diritto monetario*, a cura di Irti e Giacobbe, Milano, 1987.
- CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949.

- CAVALLI - CALLEGARI, *Lezioni sui contratti bancari*, Bologna, 2008.
- CENTORE P., *Nota a Ris. 12 agosto 2005 n. 124/E*, in *Corr. Tributario*, 2005.
- CHANG A., *Microsoft Endlessly Disappoints With “New” Windows Phone Apps*, in *Wired.it*, 2013.
- CHINÈ – FRATINI – ZOPPINI, *Manuale di Diritto civile*, VII, 2016, in *I manuali superiori* diretti da Alpa e Garofoli.
- CICALA, *Elementi reali ed elementi ideali della formazione del concetto giuridico di cosa*, in *Riv. dir. Agr.*, 1942.
- COLLEGATI, CERRONI., RAMILLI, *Man-in-the-Middle Attack to the HTTPS Protocol*, 2009.
- CONDEMI, *Gli istituti di pagamento tra orientamenti comunitari e disciplina nazionale*, 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.
- COSCONATI, “*Destinazione, autonomia e separazione patrimoniale: tra figure tipiche ed atipiche*”, in *La Rivista Neldiritto*, VI, 2016.
- COTTINO, *Del riporto, della permuta*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1966.
- 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), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011.
- D’ANGELO A., *La buona fede*, in *Trattato Bessone*, Torino, 2004.
- D’ORAZIO, *Il quadro giuridico della moneta elettronica*, in *Riv. Inf. e Informat.*, 2004.

- D'ORAZIO, *Il regolamento degli acquisti nel commercio elettronico*, in *Il contratto telematico*, (a cura di) Ricciuto-Zorzi, in *Tratt. Dir. comm. e dir. pubbl. ec.* (diretto da) F. Galgano, Padova, 2002.
- DALMARTELLO, *La prestazione nell'obbligazione di dare*, in *Riv. Trim. di diritto e procedura civile*, 1947.
- DE MARTINO, *Beni in generale – Proprietà*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, III, 1976.
- DE MORI M., *Perché Microsoft ha saltato Windows 9*, in *Wired.it*, 3 ottobre 2014.
- DE POLI, in *Trattato delle Obbligazioni*, diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, V, Padova, 2010.
- DE VESCOVI, *Titoli di credito e informatica*, Padova, 1991.
- DESIDERIO, *L'attività bancaria*, Milano, 2004.
- DI AMATO A., *Il mercato finanziario on line*, in (a cura di) As. Di Amato, *Appunti di diritto dei mezzi di comunicazione*, Napoli, 2006;
- DI AMATO A., *Disfunzione e crisi degli intermediari ed interventi di vigilanza*, in (a cura di) Sandro Amorosino, *Manuale di diritto del mercato finanziario*, 2014.
- DI AMATO A., *Uber and the Sharing Economy*, in corso di pubblicazione.
- DI MAJO A., *In margine agli aspetti giuridici dell'introduzione dell'Euro*, in *Corriere giur.*, 1999.
- DI MAJO A., *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996.
- DI MAJO A., *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enciclopedia del diritto*, 1979, XXXIX.
- DI MAJO A., *Pagamento (diritto priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1989.
- DOBERITZ, *Cryptographic Attacks on and Security Flaws of SSL/TLS*, 2007.
- DONADI, *Problemi giuridici del trasferimento elettronico di fondi*, in *Contratto e impresa*, 1988.

- DUNNING, *Taming the Blue Beast: A Survey of Bluetooth Based Threats*, in *Security & Privacy, IEEE*, 8, 2010.
- FABIANI E., *Clausole generali e sindacato della cassazione*, Torino, 2003.
- FANELLI R., *Ampliato il regime dell'IVA monofase nelle telecomunicazioni*, in *Corr. Tributario*, 2008.
- FARENGA L., *La moneta bancaria*, Torino, 1997.
- FATIGUSO, *Bitcoin al bando in Cina, crolla sotto i mille dollari*, in *Il Sole 24 Ore*, 6 dicembre 2013.
- FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, Torino, 2005.
- FAUCEGLIA, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Fall.*, 2003.
- FAUCEGLIA, *La cartolarizzazione dei crediti: commento alla legge n. 130 del 1999*, Torino, 2002.
- FAVA – GIULIANO – SORANO, *La tutela della proprietà e degli altri diritti reali*, 2006.
- FEIN, *Law of Electronic Banking*, New York, 2001.
- FERRI JR G., voce *banca*, in *Enc.dir.*, V, Milano, 1959.
- FERRO LUZZI P., *Dell'anatocismo, del conto corrente bancario e di altre tante cose poco commendevoli*, in *Riv. dir. privato*, 2000, V.
- FERRO LUZZI P., *Una nuova fattispecie giurisprudenziale: "l'anatocismo bancario"; postulati e conseguenze*, in *Giur. Comm.*, I, 2001.
- FISCHER F., DORNBUSCH R., SCHMALENSEE R., *Economia*, Milano, 1992.
- FITZSIMMONS M., *Windows Phone has an app problem, but don't tell that to Microsoft*, in *Techradar*, 2013.
- GALGANO F., *Equilibrio contrattuale e buona fede dei contraenti*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di N. Lipari, Napoli, 1998.
- GARAVAGLIA R., *"Mobile Payment e dintorni"*, in *Consumatori, Diritti e Mercato*, 2012.

- GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015.
- GENGHINI-SIMONETTI, *Le società di capitali e le Cooperative*, in *Manuali notarili*, III, Padova, 2012.
- GIANNANTONIO, *Trasferimenti elettronici di fondi e adempimento*, in *Foro it.*, V, 1990.
- GIANNANTONIO, *Trasferimenti elettronici di fondi e autonomia privata*, Milano, 1986.
- GIANNELLI, *Art. 2447- bis*, in *Commentario Niccolini-Stagno D'alcontres*, Napoli, 2004.
- GIANNELLI, *diritto degli intermediari e dei mercati finanziari* a cura di Sfamenni-Giannelli, Milano, 2013.
- GIMIGLIANO, *sub artt. 114- bis/114-quinquies*, in Porzio - Belli - Losapio - Rispoli Farina - V. Santoro (a cura di), *Testo unico bancario. Commentario. Addenda di aggiornamento ai d.lgs. 141/2010 e 218/2010*, Milano, 2011.
- GIORGIANNI, *Pagamento (diritto civile)* in *Nuovissimo Digesto Italiano*, XII, Torino, 1965.
- GIORGIANNI-TRADIVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, Milano, 2012.
- GIUSTOZZI – MONTI - ZIMUEL, *Segreti, spie, codici cifrati*, Milano, 2003.
- GOODHART, *L'evoluzione delle banche centrali*, in *trad. it.*, Roma-Bari, 1991.
- GORI, *Riuscirà la moneta elettronica a sostituire il contante?*, in *Bancaria*, 4, 1994.
- GUARRACINO, *Titolo di credito elettronico e documento informatico*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2001.
- GUIDA G., in *Trattato delle Obbligazioni*, diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, V, *Le figure speciali*, Padova, 2010.
- KORPER S. – ELLIS J., in *Il libro del commercio elettronico. Il progetto, le tecnologie, il marketing, la distribuzione: una mappa operativa*, Milano, 2000.

- HE, MITCHELL, *Security Analysis and Improvements for IEEE 802.11i*, in *Proceedings of 12th Annual Network and Distributed System Security Symposium*, 2005.
- INZITARI B., *Il conto corrente bancario*, in Urbani (a cura di), *L'attività della banche*, Padova, 2010.
- INZITARI B., *La disciplina giuridica dell'introduzione dell'Euro quale moneta unica europea*, in *Profili del diritto delle obbligazioni*, Padova, 2000.
- INZITARI B., *La natura giuridica della moneta elettronica*, in *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, a cura di Sica - Stanzione - Zeno Zencovich, Milano, 2006.
- INZITARI B., *Le funzioni giuridiche del denaro nella società contemporanea*, in *Profili del diritto delle obbligazioni*, Padova, I, 2000.
- INZITARI B., *Le obbligazioni nel diritto civile degli affari*, Padova, 2006.
- JOHONSON D., *Microsoft has an app problem*, in *CBS news*, 2013.
- LAFFAN L., *Open Governance Index*, in *VisionMobile*, luglio 2011.
- LEMME G., *La rivoluzione copernicana della Cassazione: la moneta legale, dunque, non coincide con la moneta fisica*, in *Banca borsa tit. cred.*, II, 2008.
- LEMME G., *Sistemi di pagamento*, in *Lezioni di diritto bancario* raccolte da P. Ferro Luzzi, II, Torino, 2004.
- LEMME G., *Moneta scritturale e moneta elettronica*, Torino, 2004.
- LENZI, *I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare*, in *Riv. Not.*, III, 2003.
- LINCK, POUSTTCHI, KEY, WIEDEMANN, DIETMAR, *Security Issues in Mobile Payment from the Customer Viewpoint*, University of Augsburg, 2006.
- LOJACONO, *Aspetti privatistici del fenomeno monetario*, Milano, 1955.
- MANCINI G. F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957.
- MACCARONE, *I trasferimenti elettronici di fondi nel diritto italiano*, in *Dir. inf.*, 1985.
- MAIORCA, *La cosa in senso giuridico*, 1978.

- MALAGUTI, *The Payments System in the European Union*, London, Dublin, Hong Kong, 1997.
- MALAGUTI, *Trasferimenti elettronici di fondi a confronto con il diritto della concorrenza: necessità e limiti della cooperazione interbancaria*, in *Contratto e impresa*, 1995.
- MALOMO A., *L'introduzione dell'euro e il principio di continuità dei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2002.
- 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.
- MANCINI - PERASSI, *I trasferimenti elettronici di fondi*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 23, Roma, 1991.
- MANNELLA G., *Diritto delle comunicazioni elettroniche: telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, a cura di F. Bassan, Milano, 2010.
- MANNELLA G., *La nuova disciplina comunitaria degli istituti di pagamento: aspetti fiscali (relativi all'Iva) dei servizi di pagamento offerti dagli operatori telefonici*, in *Diritto delle comunicazioni elettroniche* a cura di F. Bassan, 2010.
- MARTORANO, *Titoli di credito*, Milano, 1997.
- MARTUSCELLI, *Obbligazioni pecuniarie e pagamento virtuale*, Milano, 1998.
- 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.
- MAVROMATI, *The Law Of Payment Services In The EU: The EC Directive on Payment Services in the Internal Market*, 2008.
- MAYER V. - SCHÖMBERG, K. CUKIER, *Big Data*, Milano, 2013.

- MAZZARELLI, *Etica nicomachea, testo greco a fronte*, Milano, 1996.
- MECATTI, sub art. 114-sexies, Mancini – Rispoli - Farina - V. Santoro - Sciarrone Alibrandi - O. Troiano (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011.
- MEDAGLIA – MORONI – OPROMOLLA – VOLPI, *Pagamenti elettronici: a che punto siamo?*, in *Glocus*, 2012.
- MERUSI F., *Fra omissioni ed eccessi: la recezione della direttiva comunitaria sui servizi di pagamento*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 5, 2010.
- MESSINETTI, *La nuova legislazione commerciale, il concetto di patrimonio separato e la cd. cartolarizzazione dei crediti*, in *Rivista di diritto civile*, II, 2002.
- MEYER, WETZEL, *A Man-in-the-Middle Attack on UMTS*, in *WiSe 2004 Proceedings of the 3rd ACM workshop on Wireless security*.
- MINUSSI, *Proprietà, Possesso, Diritti Reali*, Napoli, 2009.
- MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955.
- MOLITERNI F., *I bonifici transfrontalieri dalla legge modello UNCITRAL alla direttiva 97/5/CE*, in *Dir. comm. int.*, 1999.
- MOTTI, *Intermediari finanziari non bancari e industria dei pagamenti*, in AA.VV., *Studi sugli intermediari finanziari non bancari*, a cura di M. Rispoli Farina, Napoli, 1998.
- MUCCIARONE, sub art. 126-octies, in Porzio - Belli - Losapio - Rispoli Farina - V. Santoro (a cura di), *Testo unico bancario. Commentario. Addenda di aggiornamento ai d.lgs. 141/2010 e 218/2010*, Milano, 2011.
- MUCHMORE M., *Windows 10: How to Protect Your Privacy*, in *PCMag.com*, 7 agosto 2015.

- NANNIPIERI L., *Trasferimento del lavoratore e obbligo di valutare le condizioni personali e familiari dell'interessato*, nota a Cass. 26 gennaio 1995 n. 909, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1995.
- NACHENBERG C., *A Window Into Mobile Device Security*, Symantec, 2011.
- NATOLI, *Attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale diretto da Cicu-Messineo*, II, Milano.
- OLIVIERI, *Appunti sulla moneta elettronica*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2001.
- OLIVIERI, *Compensazione e circolazione della moneta nei sistemi di pagamento*, Milano, 2002.
- OLIVIERI G., *Prime riflessioni in margine alla direttiva (n. 97/5/CE) sui bonifici transfrontalieri*, in *Dir. Un. eur.*, 1997.
- 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.
- PACILEO, *L'attuazione in Italia delle direttive comunitarie in materia di e-money*, in *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, a cura di Sica-Stanzione- Zeno Zencovich, Milano, 2005.
- PAPA, *sub art. 114-terdecies*, in Mancini - Rispoli Farina - V. Santoro - Sciarrone Alibrandi - O. Troiano (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011.
- PERLINGIERI P., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. Dir. Civ.*, II, 2001.
- PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006.
- PERSIANI M., *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro* diretto da Rita Sanseverino e Mazzoni, II, Padova, 1971.

- PINO, *Contributo alla teoria giuridica dei beni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948.
- PORTALE, *Dal capitale “assicurato” alle “tracking stocks”*, in *Rivista delle società*, 2002.
- PORTALE, *Il Mobile Payment in Italia: stato attuale e nuove opportunità*, in *Informatica e Docum.*, 2012.
- PORZIO, *Il conto corrente bancario*, in AA.VV., *I contratti delle banche*, II ed., Torino, 2002.
- PROFETA, *L'evoluzione dei servizi di pagamento non armonizzati: l'assegno nella prospettiva della dematerializzazione*, 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, 2008.
- QUADRIE., *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Trattato Rescigno*, IX, Torino, 1999.
- QUADRIE., *Principio nominalistico e disciplina dei rapporti monetari*, Milano, 1979.
- RAGUGNO, *La rappresentazione contabile dello specifico affare*, in *Giurisprudenza commerciale*, V, 2007.
- REGGI M., *Telefoni cellulari: il nuovo regime dell'iva monofase*, in *Corr. Tributario*, 1998.
- RESCIGNO, *Incapacità naturale e inadempimento*, Napoli, 1950.
- RICCA F., *Gli acquisti effettuati con tessere ricaricabili*, in *Corriere tributario*, 27, 2002.
- RICCIATO, *Mobile wallet e tag: dimentichiamo il portafogli ed interagiamo con gli oggetti*, in *Notiziario tecnico Telecom Italia*, Marzo 2012.
- RUBINO, *La compravendita*, Milano, 1952.
- SABATINI, *Pagamenti: da recepimento PSD più concorrenza e più tutela per i clienti*, in *Comunicato stampa ABI*, 22 Gennaio 2010.
- SACCO, *Manuale di crittografia*, Roma, 2012.

- SACERDOTI S., *Aspetti giuridici dell'introduzione dell'Euro*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 1997.
- SANTORO V., *Appunti sulla moneta elettronica*, in *Riv. Notar.*, 1986.
- SANTORO V., *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.
- SANTORO V., *I conti di pagamento degli Istituti di pagamento*, in AA.VV., *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, a cura di M. Mancini, M. Perassi, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia n. 63*, Roma, 2008.
- SANTORO V., *Il conto corrente bancario*, in *Codice civile. Commentario* diretto da Schlesinger, Milano, 1992.
- SANTORO V., sub *art. 126-octies*, in Mancini - Rispoli Farina - V. Santoro - Sciarrone Alibrandi - O. Troiano (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011.
- SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1947.
- SCARPA, *Nozione di affare del patrimonio destinato*, in *Notariato*, VI, 2008.
- SCIARRONE ALIBRANDI A., *L'interposizione della banca nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria*, Milano, 1997.
- SCIARRONE ALIBRANDI, *I bonifici transfrontalieri dalla direttiva 97/5/CE al d.lgs. 28 luglio 2000 n. 253*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2001.
- 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.

- SCIARRONE ALIBRANDI - DELLA ROSA, sub *art. 25*, in Mancini - Rispoli Farina - V. Santoro - Sciarrone Alibrandi - O. Troiano (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011.
- SCHELSINGER, *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961.
- SELLA, *La moneta elettronica nel sistema bancario italiano*, in *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, in S.Sica, P. Stanzione, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *La moneta elettronica*, Milano, 2006.
- SERRA, *Considerazioni in tema di pagamenti elettronici e moneta elettronica*, in *Il contratto telematico e i pagamenti elettronici*, a cura di Ricciuto, Milano, 2004.
- SICCHIERO, *Adempimento delle obbligazioni pecuniarie di rilevante importo*, Padova, 1992.
- SIMONETTA B., *Microsoft cambia il mondo degli OS: il 10 sarà l'ultimo Windows della storia*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 maggio 2015.
- SINGH, *Codici & Segreti*, 2001.
- SIRRI M., ZAVATTA R., *Moneta elettronica e altre modalità di pagamento in rete*, in *Corriere tributario*, 38, 2004.
- G. SMORTO, *Verso la disciplina della sharing economy*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2015.
- G. SMORTO, *I contratti della sharing economy*, in *Foro it.*, 2015, V.
- SPADA, *Carte di credito: "terza generazione" dei mezzi di pagamento*, in *Riv. Dir. civ.*, I, 1976.
- STANZIONE, *Presentazione al volume La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, in S.Sica, P. Stanzione, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *La moneta elettronica*, Milano, 2006.
- STOKES, *Virtual money laundering: the case of Bitcoin and the Linden dollar*, in *Information & Communications Technology Law*, 2012.

- TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2015.
- TROIANO O., *La moneta elettronica come servizio di pagamento*, in *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, in S.Sica, P. Stanzione, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *La moneta elettronica*, Milano, 2006.
- TROIANO V., *Gli istituti di moneta elettronica*, in Banca d'Italia, *Quaderni di ricerca giuridica n. 53*, Roma, 2001.
- TURRI, *La distinzione fra moneta e denaro: ontologia sociale ed economica*, Roma, 2009.
- VALENTINO D., *Moneta elettronica e tutela del consumatore*, in *Dir. inform. e informatica*, I, 2004.
- VALENTINO D., *Moneta elettronica e tutela del consumatore*, in *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, in S.Sica, P. Stanzione, V. Zeno-Zencovich (a cura di), Milano, 2006.
- VALENZA, *L'ultima truffa del bancomat col contactless*, in *ilG.it*, 16 febbraio 2016.
- VENTURINI, voce *Beni immateriali (dir. int. priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, V, Milano, 1959.
- VIANO, *Politica, introduzione, traduzione (con testo greco a fronte)*, Milano, 2002.
- VITALE P., *Pubblico e privato nell'ordinamento bancario*, Milano, 1977.
- WARREN T., *Why Microsoft is calling Windows 10 "the last version of Windows"*, in *The Verge*, 2015.
- ZENO-ZENCOVICH, *La moneta elettronica: profili giuridici e problematiche applicative*, in S.Sica, P. Stanzione, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *La moneta elettronica*, Milano, 2006.
- ZENO-ZENCOVICH, voce *Cosa*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, 1989.
- ZOLFAGHAR, MOHAMMADI, *Securing Bluetooth-based payment system using honeypot*, in *International Conference on Innovations in Information Technology*, 2009.

