

Vincenzo De Stasio

*Riparto di responsabilità e restituzioni
nei pagamenti non autorizzati*

SOMMARIO: 1. I fondi come oggetto del trasferimento regolato dalla PSD2: dalla logica bilaterale del pagamento come consegna di banconote e monete a quella dell'esecuzione del procedimento per il tramite di uno strumento (e di uno schema – e di un sistema) di pagamento che coinvolge uno o più PSP – 2. Logiche restitutorie e logiche risarcitorie: la confusione sorge dall'identità tra l'oggetto del trasferimento e l'oggetto del risarcimento – 3. Possibilità di mantenere una distinzione tra restituzioni e risarcimenti facendo leva sul concetto di disponibilità dei fondi sul conto di pagamento, funzionalmente equivalente al possesso del denaro mediante affidamento chiuso del borsellino a persona di fiducia. La sicurezza dei fondi e l'art. 73 PSD2: irrevocabilità dell'ordine nella PSD2 e definitività dell'ordine immesso in un sistema di pagamento. Eccezione dei servizi più complessi, secondo una recente proposta di lettura – 4. La corretta esecuzione del procedimento come paradigma interpretativo della PSD2: obblighi posti a carico del prestatore di servizi e a carico del pagatore – 5. La necessaria collaborazione del PSP e la verifica dell'identità dell'ordinante e dell'identità del beneficiario: le regole dell'autenticazione e la regola dell'esecuzione secondo prevalenza dell'IBAN sul nome del beneficiario – 6. I nuovi servizi della PSD2 e il rapporto tra i nuovi operatori e il PSP di radicamento del conto: logiche restitutorie e risarcitorie e rischio di overcompensation nell'attuazione italiana della Direttiva, probabilmente non coerente con le indicazioni del legislatore europeo (art. 73.2. PSD2).

1. I fondi come oggetto del trasferimento regolato dalla PSD2: dalla logica bilaterale del pagamento come consegna di banconote e monete a quella dell'esecuzione del procedimento per il tramite di uno strumento (e di uno schema – e di un sistema) di pagamento che coinvolge uno o più PSP

La disciplina unionale dei servizi di pagamento è simultaneamente presa d'atto e accompagnamento di una delle più intrusive modifiche delle quotidiane abitudini che la rivoluzione telematica ha portato con sé.

Abituati da millenni alla gestione dei micropagamenti – e talora anche di pagamenti più consistenti – mediante la dazione di banconote e monete metalliche, gli uomini del XXI secolo si vanno progressivamente

convertendo dall'atto bilaterale del pagamento, che comporta la consegna (cioè la trasmissione del possesso) di un oggetto materiale¹, all'utilizzo di un procedimento più sofisticato per adempiere le obbligazioni pecuniarie, mediante l'avvio e l'esecuzione di un'operazione di pagamento.

Le analogie con il pagamento a mezzo di contanti – che pure sono necessarie, al fine di collocare nella sua corretta visione funzionale il nuovo procedimento, almeno per quanto concerne il trasferimento dei fondi, che realizza una diminuzione di potere di spesa del pagatore e un simmetrico incremento in capo al beneficiario, né più né meno che se venisse consegnato denaro contante – non devono fare trascurare la dimensione aggiuntiva della trasmissione di un ordine, cioè di una serie di informazioni che sono essenziali per consentire tanto l'avvio quanto la corretta esecuzione dell'operazione di pagamento².

Dietro quest'ultima espressione si cela una pluralità di “schemi di pagamento”³, riconducibili alle categorie del bonifico⁴, dell'addebito diretto⁵, della carta di debito⁶ e della carta di credito⁷, ciascuno dei quali

¹ A. DI MAJO, *Il diritto comunitario dei pagamenti pecuniari*, in *Annuario del contratto 2010*, diretto da A. D'Angelo e V. Roppo, Giappichelli, Torino 2011, p. 6; D. LINARDATOS, *Das Haftungssystem im bargeldlosen Zahlungsverkehr nach Umsetzung der Zahlungsdiensterichtlinie*, Nomos, Baden-Baden 2013, p. 24.

² V. DE STASIO, *Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta*, Giuffrè, Milano 2016, p. 135.

³ Si tratta di un'impostazione figlia della “SEPA-Vision”, cioè della creazione di un'area unica dei pagamenti in euro, che valorizza la creazione di regole tecnico-operative bancarie omogenee, a opera del *European Payment Council*, organismo di autoregolamentazione nato nel 2002 dall'iniziativa del settore bancario europeo come organo decisionale e di coordinamento (A. SANTORO, *Commento all'art. 1, comma 1, lettera z*), in *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, a cura di M. Mancini, M. Rispoli Farina, V. Santoro, A. Sciarone Alibrandi e O. Troiano, Giappichelli, Torino 2011, p. 32 ss.; STAUDINGER/OMLOR Vorbem zu §§ 675c-676 c, *Rn.* 13, 2012; E. RIGLER, SEPA, in *Bankrechts-Kommentar* (2. Auflage), a cura di K. Langenbucher, D.H. Bliesener e G. Spindler, Grin, München 2016, p. 610 ss.; J.M. LÓPEZ JIMÉNEZ, *Comentarios a la Ley de Servicios de Pago*, Editorial Boch, Barcelona 2011, p. 146 ss.). Sulla nozione di “schema di pagamento”, v. in particolare art. 2, n. 7), del Regolamento (UE) n. 260/2012.

⁴ A. SCIARRONE ALIBRANDI, *L'interposizione della banca nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria*, Giuffrè, Milano 1997; sul SEPA *Credit transfer*, ora V. DE STASIO, *Sul momento e il luogo nel quale il beneficiario di un bonifico bancario acquista la disponibilità della somma oggetto dell'ordine di pagamento dell'ordinante*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, II, p. 304 ss., testo e nt. 7, e 311 ss.

⁵ G.B. BARILLA, *L'addebito diretto*, Giuffrè, Milano 2014.

⁶ F. CIRAIOLO, *Le carte di debito nell'ordinamento italiano*, Milano, 2008; M. ONZA, *Estinzione dell'obbligazione pecuniaria e finanziamento dei consumi: il pagamento con la “carta”*, Giuffrè, Milano 2013.

⁷ U. MALVAGNA, *Clausola di «riaddebito» e servizi di pagamento*, Giuffrè, Milano 2018.

regola un differente procedimento mediante il quale si trasmette non più una sola entità, “i fondi” che dal conto del pagatore devono pervenire a quello del beneficiario, bensì anche, necessariamente, un’informazione, costituita dall’ “ordine di pagamento”, che dà inizio al procedimento e che nella sua configurazione minima efficace deve contenere un importo, con la valuta che costituisce l’unità di conto numerata dall’importo, e consentire di individuare due conti di pagamento: quello del pagatore, da cui si devono prelevare i fondi nell’importo e nella valuta contenuti nell’ordine, e quello del beneficiario, dove i fondi devono essere accreditati.

Lo svolgimento dell’operazione di pagamento, come definita nelle direttive europee sui servizi di pagamento e nell’art. 1, lett. c), d.lgs. 11/2010, richiede l’esecuzione del trasferimento dei fondi da parte di uno o più imprenditori bancari o finanziari, che assumono il ruolo di prestatori del servizio di pagamento e che si pongono in una nuova relazione coi fondi del cliente e con le informazioni che il cliente trasmette.

Questa duplicità di dimensioni dell’operazione di pagamento deve essere costantemente tenuta presente: se il pagamento in contanti presso un distributore automatico comporta il totale anonimato del pagatore, di contro l’utilizzo di un servizio di pagamento comporta la trasmissione di dati che consentano di individuare e registrare gli estremi essenziali dell’operazione e gli utenti del servizio⁸. Con la inevitabile creazione di un enorme *database*, localizzato in primo luogo presso il prestatore di radicamento del conto, cioè la banca o l’istituto di pagamento presso il quale l’utente mantiene depositati i propri fondi.

Questo patrimonio di dati, se analizzato con i moderni strumenti dell’intelligenza artificiale, consente a chi ne disponga di produrre ulteriore informazione, proprio in un ambito nel quale le persone, nei precedenti millenni, hanno cercato di mantenere discreto riserbo. Informazione altamente affidabile, perché non espressiva di mere opinioni o desideri, bensì basata sull’inequivocabile dato economico del contestuale trasferimento dei fondi.

Se la prima Direttiva sui servizi di pagamento (2007/64/CE) ha accompagnato l’uniformazione dell’attività imprenditoriale di trasferimento dei fondi mediante servizi di pagamento, grazie all’armonizzazione massima⁹ delle regole relative ai rapporti tra clienti e prestatori del servizio, avendo principalmente di mira il problema della corretta esecuzione del trasferimento

⁸ D. JANSSEN, *Die Zahlungsdiensterichtlinie (PSD I) und ihre aufsichtrechtliche Umsetzung im Vereinigten Königreich und Deutschland*, Duncker & Humblot, Berlin 2017, p. 201 ss.

⁹ Sui limiti posti dall’interpretazione nazionale all’armonizzazione: H.-S. BUDDE, *Das Vertragsrecht der Zahlungsdienste*, Duncker & Humblot, Berlin 2017, e la recensione di V. DE STASIO, in *Eur. Rev. Contr. L.*, 2017, p. 332, e in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, I, p. 131 ss.

dei fondi in base alla corrispondenza con un ordine di pagamento autorizzato dal pagatore¹⁰, la seconda Direttiva (2015/2366/UE) focalizza l'attenzione sugli aspetti informativi relativi alla trasmissione dei dati dell'operazione di pagamento, aprendo il mercato ai nuovi prestatori di servizi di pagamento, non bancari perché definiti proprio in base al mancato “radicamento del conto”, che accedono – in base a un principio di stretta finalità - al “database” del cliente e si inseriscono nel procedimento di trasmissione delle informazioni che rendono possibile l'avvio dell'operazione di pagamento.

E' stato rilevato¹¹ che l'obbligo di cooperazione posto a carico dei “prestatori di radicamento” determina una ulteriore anomalia del diritto dei pagamenti rispetto al diritto privato comune, posto che l'obbligo di collaborazione della banca (o IP) presso cui è radicato il conto, con i nuovi prestatori di servizi di informazioni sui conti o di servizi di disposizione di ordine, non è fondato su un preesistente rapporto contrattuale con i suddetti operatori, ma direttamente nella legge. Ne consegue, per i giuristi tedeschi molto attenti alla coerenza dogmatica del diritto nazionale, un'ulteriore crisi del paradigma interpretativo dei servizi di pagamento, sempre più vicino a una configurazione di “Netzvertrag” inteso come strumento idoneo al superamento dei limiti della *privity of contract*.

Sempre che la logica del contratto sia davvero ancora idonea a cogliere il fatto regolato: sembrandomi invece, da tempo, più appropriata la sussunzione del pagamento in una logica procedimentale e di impresa¹², nella quale il contratto è “contratto quadro” avente la funzione di regolazione normativa dei procedimenti di pagamento – e cioè dei trasferimenti di fondi – che possono essere avviati dal prestatore di radicamento del conto, che è a sua volta l'unico soggetto presso il quale si trova la moneta scritturale, cioè i fondi nell'esclusiva disponibilità del cliente.

¹⁰ Sulla distinzione del procedimento di pagamento in fasi: B. SORG, *Die zivilrechtliche Haftung im bargeldlosen Zahlungsverkehr*, Duncker & Humblot, Berlin 2015, p. 337 e *passim*.

¹¹ J. KÖNDGEN, *Jenseits des Relativitätsprinzips: Haftungsstrukturen im neuen Zahlungsdiensterecht*, in *ZBB*, 2018, p. 141 ss.

¹² V. DE STASIO, *Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta*, cit., p. 237 s. e *passim*; ID., *Operazione di pagamento non autorizzata e restituzioni*, EDUCatt, Milano 2013; ID., *Sul momento e il luogo nel quale il beneficiario di un bonifico bancario acquista la disponibilità della somma oggetto dell'ordine di pagamento dell'ordinante*, cit., p. 311; M. ONZA, *Gli strumenti di pagamento nel contesto dei pagamenti on line*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2017, p. 683 ss.

2. Logiche restitutorie e logiche risarcitorie: la confusione sorge dall'identità tra l'oggetto del trasferimento e l'oggetto del risarcimento

Il diritto dei pagamenti è area nella quale la confusione tra restituzione e risarcimento può più facilmente instaurarsi¹³, dato che la moneta costituisce sia oggetto del servizio sia misura di un eventuale risarcimento. La posizione attiva di chi ha diritto a un risarcimento postula la necessità della liquidazione di un danno, cioè l'individuazione del momento rilevante per la liquidazione e l'accoglimento di una teoria che faccia riferimento o all'interesse positivo o a quello negativo¹⁴, oltre all'accertamento del nesso causale e all'individuazione dell'obbligato e degli obbligati solidali; infine dei rapporti interni tra questi ultimi¹⁵. La determinazione del *quantum* di un risarcimento richiede un'attività di valutazione del danno risarcibile, che rende improbabile un automatismo. La tutela restitutoria – riportare il conto di pagamento nelle condizioni in cui si sarebbe trovato se non fosse stato addebitato delle somme trasferite con l'operazione di pagamento non autorizzata – appare praticamente e concettualmente più efficace, per il cliente, rispetto alla titolarità di un credito risarcitorio¹⁶.

Una prima linea di distinzione tra i due rimedi dipende proprio dalla considerazione del procedimento di pagamento e dalla distinzione delle fasi in cui può verificarsi l'anomalia del procedimento stesso: se è la fase di autorizzazione a essere viziata, ecco che è la logica delegatoria a individuare nella carenza di consenso del pagatore all'ordine di pagamento il vizio di base dell'agire come delegato in capo al prestatore di radicamento del conto. La carenza dello *iussum* comporta la non conteggiabilità del pagamento nel rapporto tra cliente e PSP di radicamento del conto, e la titolarità dell'azione

¹³ G. MUCCIARONE, *La prima sentenza della Cassazione sulle conseguenze civilistiche dell'uso della carta di credito ad opera di portatore non titolare* (nota a Cass., 17 luglio 2006, n. 16102), in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, II, p. 7 ss.; V. DE STASIO, *Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta*, cit., p. 16 s.; I.A. CAGGIANO, *Pagamenti non autorizzati tra responsabilità e restituzioni. Una rilettura del d. legisl. 11/2010 e lo scenario delle nuove tecnologie*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 459 ss.

¹⁴ Sulla teoria del danno applicabile, v. di recente A. ZOPPINI, *La consulenza tecnica nel giudizio arbitrale: alla ricerca di standard condivisi nel risarcimento del danno contrattuale*, in *La consulenza tecnica nel giudizio arbitrale. Il danno da inadempimento contrattuale*, Atti del Convegno (Istituto Unidroit, 17 aprile 2015), a cura di S. Azzali, G. Rojas Elgueta e A. Zoppini, Giuffrè, Milano 2016, p. 14 ss.

¹⁵ Sull'argomento v. ora i saggi raccolti in *Le "nuove" obbligazioni solidali. Principi europei, orientamenti giurisprudenziali, interventi legislativi*, a cura di U. Breccia e F.D. Busnelli, Cedam, Padova 2016.

¹⁶ V. ora anche R. BOCCHINI, *La tutela assoluta dei servizi*, Iovene, Napoli 2018.

di ripetizione nei confronti del beneficiario in capo al PSP di radicamento del conto (privo di autorizzazione al pagamento) che abbia dato avvio al trasferimento dei fondi del cliente.

Nel caso in cui l'anomalia attenga all'esecuzione del trasferimento dei fondi, senza che sia negata l'imputazione al pagatore dell'ordine di trasferimento dei fondi non correttamente eseguito, la natura del rimedio va concettualmente ricercata nell'area del risarcimento del danno.

Si possono così individuare due fasi principali dell'operazione di pagamento: la iniziazione (tutte le fasi procedurali che antecedono l'inizio del trasferimento dei fondi da parte del PSP di radicamento del conto del pagatore) e la successiva esecuzione. Le anomalie della prima fase si lasciano trattare nello schema della delegazione di pagamento e danno spazio a rimedi restitutori. Le anomalie della seconda fase (l'esecuzione) si verificano in un procedimento che vede come normale o frequente la presenza di schemi (tecniche di trasferimento dei fondi) nei quali la cooperazione e il coordinamento di diversi soggetti è essenziale, nella realizzazione del risultato finale del trasferimento dei fondi al beneficiario. Le deviazioni dallo schema procedimentale in questa seconda fase danno luogo a rimedi la cui natura è risarcitoria di un danno provocato da un inadempimento o da un fatto illecito. La determinazione dell'esistenza di un inadempimento o di un illecito dipende dal concreto schema (o schemi) di pagamento utilizzati dal (o dai) PSP del pagatore e del beneficiario, ed è soggetta alle regole speciali della disciplina di settore, che integrano quelle generali del codice civile.

3. Possibilità di mantenere una distinzione tra restituzioni e risarcimenti facendo leva sul concetto di disponibilità dei fondi sul conto di pagamento, funzionalmente equivalente al possesso del denaro mediante affidamento chiuso del borsellino a persona di fiducia. La sicurezza dei fondi e l'art. 73 PSD2: irrevocabilità dell'ordine nella PSD2 e definitività dell'ordine immesso in un sistema di pagamento. Eccezione dei servizi più complessi, secondo una recente proposta di lettura

Nella restituzione l'oggetto della prestazione da rendere è già individuato e pertanto la disponibilità di un'azione restitutoria, o di un automatico rimedio di rimborso, costituisce la più efficace tutela, in assoluto, per il cliente, che si veda così ripristinare la disponibilità della moneta scritturale sul proprio conto. La possibilità di mantenere una distinzione concettuale

tra restituzioni e risarcimenti fa leva sul concetto di disponibilità dei fondi sul conto di pagamento, funzionalmente equivalente al possesso del denaro mediante affidamento chiuso del borsellino a persona di fiducia.

L'uso del denaro contante è in una fase di accentuata recessione, scoraggiato sia dai limiti antiriciclaggio, sia dagli obblighi di pagamento con mezzi tracciabili. Stipendi e salari, pagamenti nei quali è coinvolta la p.a., devono tutti avvenire con mezzi di pagamento diversi dal contante¹⁷.

¹⁷ G. GUERRIERI, *I rischi connessi alla circolazione della moneta elettronica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 1044, nt. 1, espone un elenco di recenti disposizioni normative volte a prevedere che specifiche tipologie di pagamenti non avvengano in contanti, bensì con altri strumenti di pagamento variamente denominati («pagamenti con modalità informatiche», per quanto concerne i pagamenti alle p.A. e le società interamente partecipate o a prevalente capitale pubblico: art. 5 cod. amm. digitale, ripetutamente novellato; «carte di debito», per i pagamenti dei clienti a imprese e professionisti: art. 15, comma 4, d.l. n. 197/2012, conv. dalla legge n. 221/12, a norma del quale «a decorrere dal 30 giugno 2014 i soggetti che effettuano l'attività di vendita di prodotti e di prestazione di servizi, anche professionali, sono tenuti ad accettare anche pagamenti effettuati attraverso carte di debito»; «strumenti di pagamento elettronico», per servizi di parcheggio, *bike sharing*, accesso ad aree a traffico limitato e sistemi di mobilità e trasporto; etc.). V. anche l'art. 1, lett. q), legge 7 agosto 2015, n. 124, con il quale il Governo è stato delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge, «uno o più decreti legislativi volti a modificare e integrare, anche disponendone la delegificazione, il codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82», nel rispetto, fra l'altro, del seguente principio e criterio direttivo: «... prevedere che i pagamenti digitali ed elettronici effettuati con qualsiasi modalità di pagamento, ivi incluso l'utilizzo per i micropagamenti del credito telefonico, costituiscano il mezzo principale per i pagamenti dovuti nei confronti della pubblica amministrazione e degli esercenti servizi di pubblica utilità». L'Art. 5 cod. amm. digitale (con rubrica: *Effettuazione di pagamenti con modalità informatiche*) attualmente prevede che «1. I soggetti di cui all'articolo 2, comma 2 [: a) le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nel rispetto del riparto di competenza di cui all'articolo 117 della Costituzione, ivi comprese le autorità di sistema portuale, nonché alle autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione; b) i gestori di servizi pubblici, ivi comprese le società quotate, in relazione ai servizi di pubblico interesse; c) le società a controllo pubblico, come definite nel decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, escluse le società quotate di cui all'articolo 2, comma 1, lettera p), del medesimo decreto che non rientrino nella categoria di cui alla lettera b)], sono obbligati ad accettare, tramite la piattaforma di cui al comma 2, i pagamenti spettanti a qualsiasi titolo attraverso sistemi di pagamento elettronico, ivi inclusi, per i micro-pagamenti, quelli basati sull'uso del credito telefonico. Tramite la piattaforma elettronica di cui al comma 2, resta ferma la possibilità di accettare anche altre forme di pagamento elettronico, senza discriminazione in relazione allo schema di pagamento abilitato per ciascuna tipologia di strumento di pagamento elettronico come definita ai sensi dell'articolo 2, punti 33), 34) e 35) del regolamento UE 2015/751 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2015 relativo alle commissioni interbancarie sulle operazioni di pagamento basate su carta. - 2. Al fine di dare attuazione al comma 1, l'Agenzia per l'Italia Digitale mette a disposizione, attraverso il Sistema pubblico di connettività, una piattaforma

A imprese e professionisti è imposto di munirsi di sistemi POS, che consentano di ricevere il pagamento a mezzo di carte¹⁸. Difficile oggi negare alla moneta scritturale la qualifica di moneta legale, nel senso dell'art. 1277 c.c. L'equiparazione della moneta scritturale al contante, impossibile sul piano fisico-strutturale, viene realizzata sul piano funzionale¹⁹. Gli strumenti e i paradigmi giuridici adoperati devono confrontarsi con l'antropologia e

tecnologica per l'interconnessione e l'interoperabilità tra le pubbliche amministrazioni e i prestatori di servizi di pagamento abilitati, al fine di assicurare, attraverso gli strumenti di cui all'articolo 64, l'autenticazione dei soggetti interessati all'operazione in tutta la gestione del processo di pagamento. - *2-bis*. Ai sensi dell'articolo 71, e sentita la Banca d'Italia, sono determinate le modalità di attuazione del comma 1, inclusi gli obblighi di pubblicazione di dati e le informazioni strumentali all'utilizzo degli strumenti di pagamento di cui al medesimo comma. - *2-ter*. I soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, consentono di effettuare pagamenti elettronici tramite la piattaforma di cui al comma 2 anche per il pagamento spontaneo di tributi di cui all'articolo *2-bis* del decreto-legge 22 ottobre 2016, n. 193, convertito, con modificazioni dalla legge 1° dicembre 2016, n. 225. - *2-quer*. I prestatori di servizi di pagamento abilitati eseguono pagamenti a favore delle pubbliche amministrazioni attraverso l'utilizzo della piattaforma di cui al comma 2. Resta fermo il sistema dei versamenti unitari di cui all'articolo 17 e seguenti del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241, Capo III, fino all'adozione di un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro delegato, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentite l'Agenzia delle entrate e l'AgID, che fissa, anche in maniera progressiva, le modalità tecniche per l'effettuazione dei pagamenti tributari e contributivi tramite la piattaforma di cui al comma 2. - *2-quinquies*. Tramite la piattaforma di cui al comma 2, le informazioni sui pagamenti sono messe a disposizione anche del Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento Ragioneria generale dello Stato. [...] - 4. L'Agenzia per l'Italia digitale, sentita la Banca d'Italia, definisce linee guida per la specifica dei codici identificativi del pagamento di cui al comma 1 e le modalità attraverso le quali il prestatore dei servizi di pagamento mette a disposizione dell'ente le informazioni relative al pagamento medesimo. - 5. Le attività previste dal presente articolo si svolgono con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente». Il D.Lgs. 13 dicembre 2017, n. 217 ha disposto (con l'art. 65, comma 2) che «L'obbligo per i prestatori di servizi di pagamento abilitati di utilizzare esclusivamente la piattaforma di cui all'articolo 5, comma 2, del decreto legislativo n. 82 del 2005 per i pagamenti verso le pubbliche amministrazioni decorre dal 1° gennaio 2019».

¹⁸ V. DE STASIO, *Verso un concetto europeo di moneta legale: valute virtuali, monete complementari e regole di adempimento*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, I, p. 750 s.

¹⁹ G.F. CAMPOBASSO, *Bancogiro e moneta scritturale*, Cacucci, Bari 1979; B. INZITARI, *Moneta*, in *Digesto* (4. Edizione), *Disc. priv., Sez. civ.*, vol. VIII, UTET, Torino 1991, p. 395 ss.; L. FARENGA, *La moneta bancaria*, Giappichelli, Torino 1997; G. LEMME, *Moneta scritturale e moneta elettronica*, Giappichelli, Torino 2003; I. A. CAGGIANO, *Circolazione del denaro e strumenti di tutela* (2. Edizione), ESI, Napoli 2012, p. 140 ss.; v. ora anche V. DE STASIO e S. BOATTO, *The Euro as Legal Tender from an Italian Perspective*, di prossima pubblicazione negli atti del Convegno (Frankfurt am Main, 21 settembre 2018), a cura di S. Omlor e R. Freitag.

l'umana necessità di realizzare sulla propria riserva di valore, costituita dalla moneta, un controllo altrettanto efficace di quello fisico. Se si può rinunciare a tuffarsi nel denaro contante, passatempo di un noto personaggio dei fumetti²⁰, non si può fare a meno di circondare il proprio deposito monetario di strumenti di difesa affidabili. L'introduzione del *bail-in* dei depositi ha lasciato il dubbio che una risoluzione bancaria possa fare sparire la moneta scritturale al pari di un incendio quella fisica, così riducendo di molto la fiducia nella sicurezza dei conti di pagamento²¹. Tuttavia la Direttiva sui servizi di pagamento ha invero circondato di particolare efficacia la difesa del conto di pagamento da prelievi per effetto di ordini di pagamento non autorizzati. Il rimedio di base è nell'art. 73 della PSD2, attuato in Italia mediante l'art. 11 d.lgs. 11/2010, che prevede un immediato ripristino del conto dell'utente, al momento del disconoscimento dell'operazione di pagamento non autorizzata, salvo il motivato sospetto di frode²².

La norma costituisce un aggravamento della posizione del PSP di radicamento del conto, posto che, una volta trasferiti i fondi al beneficiario, o una volta che l'ordine di trasferimento dei fondi stessi dell'utente pagatore presso il PSP di radicamento sia stato immesso per l'esecuzione in un sistema di pagamento regolato dalla Direttiva 98/26/CE, l'operazione è irrevocabile²³. Il PSP di radicamento del conto, per essere rimborsato dei fondi che abbia trasferito in esecuzione di un'operazione non autorizzata, deve riceverli in restituzione dal soggetto cui i fondi siano pervenuti. Il rischio di non ottenere il rimborso grava, cioè, in linea generale sul PSP di radicamento del conto che – in quanto delegato non autorizzato – è investito della legittimazione al recupero dei fondi trasmessi, mediante un'azione che è, nella sostanza, di ripetizione dell'indebitato. Nel rapporto con l'utente addebitato, l'obbligo di immediato rimborso (*i.e.*: la non conteggiabilità del pagamento effettuato) è il contraltare della titolarità in capo al PSP (di radicamento del conto) dell'azione di ripetizione, che appunto non spetta al pagatore non autorizzante²⁴.

²⁰ Cfr. il titolo del fascicolo monografico n. 1/2015 di *An. giur. econom.*: «La moneta ai tempi di Internet. Dove si tufferà zio Paperone?», a cura di U. Morera, G. Olivieri e A. Sciarrone Alibrandi.

²¹ M. CERA, *Il depositante bancario tra processo economico e mercati*, in *An. giur. econom.*, 2016, p. 271 ss.; N. CIOCCA, *Depositi e obbligazioni bancari: disciplina privatistica e strumenti contrattuali di tutela*, ibidem, p. 434 ss., V. DE STASIO, *Gestione di portafogli e bail-in*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 365 ss.

²² V. DE STASIO, *Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta*, cit., p. 169 ss.

²³ V. DE STASIO, *Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta*, cit., p. 178 ss., 181 ss. e 196 ss.

²⁴ V. DE STASIO, *Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta*, cit., p.

Un apprezzamento differente è forse possibile per i servizi più complessi, come quello di carta di credito, nel quale il prestatore del servizio, quanto meno negli schemi trilaterali, ha un previo rapporto contrattuale non solo con il pagatore, ma anche con il beneficiario. Una recente proposta interpretativa²⁵ sposta interamente il rischio di mancata autorizzazione sul gestore del circuito della carta di credito, incrementando la tutela dell'esercente associato di fronte al rischio di utilizzo della carta di credito da parte del non titolare. La responsabilità per l'esercizio di un'attività di impresa, in questa prospettiva, comporterebbe l'imputazione di ogni rischio al gestore della carta, con una limitazione all'operatività delle clausole di *charge-back* che si estenderebbe anche ai vizi dell'iniziazione del pagamento²⁶.

4. La corretta esecuzione del procedimento come paradigma interpretativo della PSD2: obblighi posti a carico del prestatore di servizi e a carico del pagatore

Lo scopo della disciplina dei servizi di pagamento è di regolare, nei reciproci rapporti, i comportamenti dovuti dall'utente e dal PSP, al fine della corretta esecuzione del procedimento di trasferimento dei fondi ("l'operazione di pagamento"), in conformità con un ordine di pagamento sorretto dal consenso del pagatore²⁷.

Fino ad ora più semplice è sembrata la questione delle regole di esecuzione dell'operazione di pagamento, contenute nel capo III del d.lgs. 11/2010, con una ben precisa formalizzazione della ricezione dell'ordine di pagamento, dei casi di rifiuto²⁸, del momento dell'irrevocabilità²⁹, dei tempi di esecuzione. Più complessa la questione delle regole di responsabilità per l'inadempimento³⁰.

208 s.; altri riferimenti alle "teorie delegatorie" in U. MALVAGNA, *Clausola di «riaddebito» e servizi di pagamento*, cit., p. 56 ss.; G.B. BARILLA, *Laddebito diretto*, cit., p. 57 ss.

²⁵ U. MALVAGNA, *Clausola di «riaddebito» e servizi di pagamento*, cit., p. 69 ss., 87 ss. e 116 ss.

²⁶ U. MALVAGNA, *Clausola di «riaddebito» e servizi di pagamento*, cit., p. 189 ss.

²⁷ V. DE STASIO, *Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta*, cit., p. 105 ss.; sul ruolo del consenso del pagatore v. anche O. TROIANO e V.V. CUOCCI, *Commento all'art. 5*, in *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, a cura di M. Mancini, M. Rispoli Farina, V. Santoro, A. Sciarrone Alibrandi e O. Troiano, cit., p. 84 ss.

²⁸ M.C. LUPACCHINO, *Commento all'art. 16*, in *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, a cura di M. Mancini, M. Rispoli Farina, V. Santoro, A. Sciarrone Alibrandi e O. Troiano, cit., p. 184 ss.

²⁹ V. DE STASIO, *Sul momento e il luogo nel quale il beneficiario di un bonifico bancario acquista la disponibilità della somma oggetto dell'ordine di pagamento dell'ordinante*, cit., pp. 303 e 307.

³⁰ A. SCIARRONE ALIBRANDI e E. DELLAROSA, *Commento all'art. 25*, in *La nuova disciplina*

Ferma l'autonomia di impresa dei prestatori di servizi di pagamento nel regolare la catena del trasferimento dei fondi, mediante l'adozione dell'uno o dell'altro schema, comunque entro l'ambito delle scelte inizialmente espresse dall'utente mediante l'adozione del contratto quadro, la struttura degli obblighi dell'una e dell'altra parte si incentra, nella sistematica unionale, intorno agli obblighi dell'utente e del prestatore rispetto al nuovo concetto di "strumento di pagamento", munito di "credenziali di sicurezza", e cioè sulla fase iniziale di autorizzazione dell'operazione di pagamento.

Lo strumento di pagamento è definito in termini funzionali rispetto alla sua idoneità a consentire all'utente di impartire un ordine di pagamento, che fa sorgere l'obbligo del PSP di dare corso all'operazione di pagamento. Il suo utilizzo costituisce il momento di avvio del procedimento, che trova la sua base consensuale nella circostanza che lo strumento di pagamento, tanto se sia un "dispositivo personalizzato" quanto se si limiti "a un insieme di procedure", è concordato tra l'utente e il prestatore di servizi di pagamento³¹. Un'operazione di pagamento a distanza, mancando la possibilità di riconoscimento fisico dell'ordinante, richiede appunto il mezzo dello strumento di pagamento per potere essere iniziata. La gravità del rischio consistente nell'impossessamento dello strumento di pagamento da parte di terzi richiede un bilanciamento degli obblighi di custodia tra utente e prestatore, di cui la legge delinea i capisaldi negli artt. 7 e 8 del d.lgs. 11/2010³². Costruiti solo in parte in termini di *rules*, e per aspetti essenziali alla stregua di *standard* rimessi alla concretizzazione interpretativa, sono questi articoli al centro dell'attenzione dell'ABF, che ha svolto in questi anni un importante lavoro di applicazione degli *standard* richiesti alle circostanze concrete³³. Di certo gli esiti interpretativi sono condizionati

dei servizi di pagamento, a cura di M. Mancini, M. Rispoli Farina, V. Santoro, A. Sciarrone Alibrandi e O. Troiano, *cit.*, p. 245 ss.

³¹ M.R. GUIMARÃES, *Los medios de pago en el derecho europeo y en los instrumentos europeos de armonización del derecho privado*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, I, p. 566.

³² A. PIRONTI, *Commento all'art. 7*, in *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, a cura di M. Mancini, M. Rispoli Farina, V. Santoro, A. Sciarrone Alibrandi e O. Troiano, *cit.*, p. 113 ss.; O. TROIANO e A. PIRONTI, *Commento all'art. 8*, *ibidem*, p. 118 ss.; M.R. GUIMARÃES, *Los medios de pago en el derecho europeo y en los instrumentos europeos de armonización del derecho privado*, *cit.*, p. 569 ss.

³³ Cfr., ad es., il componimento di orientamenti differenziati nei diversi collegi, menzionato nelle seguenti decisioni: ABF, Collegio di coordinamento, decisione n. 897 del 14 febbraio 2014; ABF, Collegio di coordinamento, decisione n. 991 del 21 febbraio 2014; ABF, Collegio di coordinamento, decisione n. 3947 del 24 giugno 2014. Per un'analisi degli orientamenti dell'ABF: I.A. CAGGIANO, *Pagamenti non autorizzati tra responsabilità e restituzioni. Una rilettura del d. legis. 11/2010 e lo scenario delle nuove tecnologie*, *cit.*, p. 474 ss.; F. CIRAOLO, *Pagamento fraudolento con carta di credito e ripartizione delle responsabilità*.

dallo stato della tecnica e delle conoscenze informatiche, ben più che in altri settori. Se la “ragionevolezza delle misure idonee a proteggere le credenziali di sicurezza personalizzate” può essere concretizzata con riferimento alle abitudini di vita quotidiane, da tutti apprezzabili, viceversa la verifica che “le credenziali di sicurezza personalizzate non siano accessibili a soggetti diversi dall’utente abilitato a usare lo strumento di pagamento” richiederebbe verifiche in concreto, estranee ai poteri istruttori dell’ABF, che deve limitarsi a cogliere l’evoluzione delle conoscenze specialistiche e della tecnica in materia. Deve comunque apprezzarsi l’attività su questi temi dell’ABF, che fa progressivamente evolvere la conoscenza delle regole del procedimento.

È da ricordare che l’ABF ha sostanzialmente anticipato la nuova Direttiva nell’imporre uno standard di autenticazione forte (basato cioè sull’uso di due o più elementi tra loro indipendenti)³⁴ come requisito di prova che un’operazione a distanza è stata correttamente autenticata. Ciò ha determinato un incremento degli standard di sicurezza applicati agli strumenti di pagamenti dai PSP in Italia, secondo un approccio ancora in corso di evoluzione³⁵ in base alle norme tecniche di regolamentazione della Commissione europea, che segue un principio di proporzionalità: possibilità di deroghe all’autenticazione per gli strumenti di pagamento di basso valore (art. 4 d.lgs. 11/2010), che applicano una modalità di inizializzazione *contactless*; autenticazione forte per i pagamenti con accesso al conto di pagamento *online*, e in tutti i pagamenti a distanza a rischio di frode o altri abusi [art. 10-*bis*, par. 1, lett. *a*) e *c*), d.lgs. 11/2010]; autenticazione forte “con elementi che colleghino in maniera dinamica l’operazione a uno specifico importo e a un beneficiario specifico”, per i pagamenti elettronici [cfr. art. 5 Reg. del. (UE) 2018/339].

L’approccio adottato è appunto di regolazione tecnica della fase iniziale del procedimento secondo requisiti di sicurezza delle credenziali e dello strumento di pagamento che vengono aggravati in proporzione al rischio di frode, massimo nella sfera dei pagamenti elettronici.

Dagli orientamenti attuali alla revisione della PSD, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2017, p. 150 ss.; v. ora anche ABF, Collegio di coordinamento, decisione n. 8553 del 28 marzo 2019.

³⁴ ABF, Collegio di coordinamento, decisione n. 3498 del 26 ottobre 2012.

³⁵ I.A. CAGGIANO, *Pagamenti non autorizzati tra responsabilità e restituzioni. Una rilettura del d. legisl. 11/2010 e lo scenario delle nuove tecnologie*, cit., p. 501 ss.

5. La necessaria collaborazione del PSP e la verifica dell'identità dell'ordinante e dell'identità del beneficiario: le regole dell'autenticazione e la regola dell'esecuzione secondo prevalenza dell'IBAN sul nome del beneficiario

Tra i profili di rischio maggiori di anomalia di un'operazione di pagamento vi è non solo l'errore sull'identità di colui che dà il consenso all'operazione di pagamento (cioè sull'identità dell'ordinante, pur con tutte le precisazioni e i distinguo che invece avvolgono di incertezza l'inquadramento dogmatico dell'ordine di pagamento nell'addebito diretto e nei pagamenti su carta il cui importo è determinato dal beneficiario, previsti dall'art. 12-*bis* d.lgs. 11/2010), ma anche l'errore sull'identità di colui che riceve l'accredito finale.

Se un pesante e ingombrante pacco, o una lettera in busta chiusa, giunge all'indirizzo sbagliato, vi sono buone probabilità che il destinatario ne rifiuti la consegna e dia così un'indicazione che è idonea a rendere avvertito il prestatore del servizio di trasporto della non corretta esecuzione. La necessaria cooperazione del beneficiario della consegna consente di ridurre gli errori del vettore nell'individuazione del destinatario.

L'errore nell'individuazione del conto del beneficiario, invece, incontra una maggiore probabilità di dare luogo a una anomalia definitiva del procedimento, perché l'accredito non richiede un comportamento attivo di collaborazione del beneficiario, ma la reazione all'erroneo accredito dipende da una verifica – che dovrebbe essere sollecitata successivamente all'accredito – e da un comportamento volontario conforme a correttezza da parte del beneficiario stesso.

La prassi bancaria anteriore alle Direttive sui servizi di pagamento conosceva dunque tempi lunghi di accredito dei bonifici, giustificati con la necessità di compiere opportune verifiche, da parte della banca del beneficiario, in tutti quei casi in cui risultassero difformità tra l'intestazione del conto di arrivo e il nome contenuto nell'ordine di pagamento.

Una rivoluzione copernicana è stata attuata mediante l'adozione della regola, di origine anglosassone, di prevalenza dell'identificativo unico del conto, indicato sull'ordine di pagamento, rispetto all'intestazione eventualmente difforme del conto, in caso di menzione del nome del beneficiario. Questa "spersonalizzazione" dell'operazione di pagamento, che collega un IBAN di partenza a un IBAN di arrivo, è il sacrificio richiesto dall'automazione bancaria. La regola iniziale della PSD era disumana: l'esecuzione corretta è quella secondo l'IBAN, se vi sono degli errori nel numero, non è un problema del PSP. La nuova versione introduce obblighi

di collaborazione sia del PSP del pagatore sia del PSP del beneficiario³⁶, che sostanzialmente fanno leva sulla circostanza che rendere avvertiti dell'errore il beneficiario può consentire il recupero della somma, poiché non tutte le persone sono scorrette e anzi la maggioranza si conforma spontaneamente a obblighi collaborativi.

L'autorità nazionale di sorveglianza sul sistema dei pagamenti ha molto insistito sulla necessità di compiere verifiche sulla corrispondenza tra IBAN e beneficiario, pur se non previsti dalla normativa unionale³⁷. Il punto più delicato è dato proprio dalla *privity of contract*, e dall'assenza di obblighi contrattuali tra il PSP del beneficiario e il pagatore³⁸, ove questi non abbia alcun rapporto contrattuale con il PSP che può compiere la verifica, ma solo con il PSP di radicamento del conto da cui i fondi sono stati trasmessi.

La risposta positiva al quesito implica una consapevole adesione alla ricostruzione dell'operazione di pagamento in termini procedurali, con obblighi delle parti, rispetto al procedimento, che non sono interamente riconducibili al contratto.

Anche in seno all'ABF si sono aperti diversi filoni interpretativi in ordine all'esistenza di obblighi di verifica in capo al PSP del beneficiario: la questione, recentemente risolta dal Collegio di Coordinamento dell'ABF in senso positivo³⁹, non può essere giudicata in termini difformi negli Stati membri e pertanto è stata di recente sottoposta da un Tribunale italiano alla Corte di Giustizia dell'Unione europea⁴⁰; che l'ha risolta nel senso che la limitazione di reponsabilità si applica anche al PSP del beneficiario.⁴¹

³⁶ V. DE STASIO, *Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta*, cit., p. 195.

³⁷ E. DEPETRIS, *La responsabilità della banca per pagamento illegittimo di bonifico bancario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, II, p. 209 ss.; V. DE STASIO, *Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta*, cit., p. 191 ss.

³⁸ D. EINSELE, *Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung von Zahlungen wegen falscher Kontoangabe*, in *Festschrift für Dieter Reuter*, Beck, Berlin 2010, p. 53 ss.

³⁹ ABF, Collegio di coordinamento, decisione n. 162 del 12 gennaio 2017.

⁴⁰ Trib. Udine, ord. 3 aprile 2018, consultata in data 12 gennaio 2019 all'URL http://www.fallimentiesocieta.it/sites/default/files/Trib.%20Udine%203.04.2018_0.pdf

⁴¹ CGUE, 21 marzo 20169, C-245/18.

6. *I nuovi servizi della PSD2 e il rapporto tra i nuovi operatori e il PSP di radicamento del conto: logiche restitutorie e risarcitorie e rischio di overcompensation nell'attuazione italiana della Direttiva, probabilmente non coerente con le indicazioni del legislatore europeo (art. 73.2. PSD2)*

Il superamento della *privity of contract* e la logica procedimentale sono passi e strumenti necessari a comprendere e correttamente applicare le novità della PSD2, che - per consentire un ordinato sviluppo del commercio elettronico - ha inquadrato come nuovi servizi di pagamento le attività di alcuni operatori professionali già esistenti sul mercato, volte a soddisfare il bisogno del venditore *online* di avere sicurezza del pagamento elettronico disposto dal cliente, prima di dare corso all'esecuzione della prestazione dovuta in forza del contratto sinallagmatico stipulato *online*.

L'affidamento che un pagamento disposto *online* da un utente sia effettivamente eseguito dal PSP di radicamento del conto può essere conseguito, dal beneficiario del pagamento stesso, se quest'ultimo può ottenere, da un terzo indipendente dal pagatore, la conferma che l'ordine sia stato regolarmente ricevuto dal PSP di radicamento e che quest'ultimo sia obbligato a darvi corso, per l'esistenza di un saldo disponibile sufficiente a coprire l'importo dell'ordine stesso⁴². Il soddisfacimento di tale esigenza, nell'intervallo tra la conclusione del contratto *online* e la sua esecuzione, è stato appunto l'oggetto dell'attività di operatori collocatisi in una vera e propria zona grigia del settore⁴³, vista l'operatività conseguita mediante la sollecitazione del cliente alla comunicazione delle proprie credenziali attraverso un canale che, per quanto protetto, non è nella sfera di controllo del PSP di radicamento, bensì in quella del nuovo operatore, che svolge il servizio di informazione sui conti e/o quello di disposizione di ordine di pagamento.

Questo ambito poco regolato, che avrebbe potuto dare luogo a reazioni degli operatori bancari tradizionali basate sulla contestazione della violazione dell'obbligo dell'utente di fornire a terzi le credenziali del proprio strumento di pagamento, e al contempo determinare l'assunzione di responsabilità da fatto illecito in capo a soggetti privi di autorizzazione, di presidi organizzativi e di coperture assicurative, è stato l'oggetto dell'originale intervento della PSD2, che ha richiesto l'assunzione della qualifica di PSP a tali operatori, assoggettandoli ad autorizzazione, obblighi di sicurezza e di *compliance*, assicurazione obbligatoria e sorveglianza, in base all'attribuito *status* di nuovi

⁴² S. WERNER, *Wesentliche Änderungen des Rechts der Zahlungsdienste durch Umsetzung der zweiten EU-Zahlungsdiensterichtlinie in deutsches Recht*, in *WM*, 2018, p. 449 ss.

⁴³ V. DE STASIO, *Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta*, cit., p. 157.

prestatori di servizi di pagamento. Legittimazione e regolazione al contempo hanno introdotto una nuova modalità di procedimento di autorizzazione dell'operazione di pagamento, che non contempla più soltanto un contatto diretto tra utente e PSP di radicamento, nella trasmissione delle credenziali, ma anche la nuova modalità del contatto mediato dai nuovi operatori, che deve svolgersi secondo regole e condizioni di sicurezza anch'esse oggetto di puntuale disciplina negli artt. 5-ter (per i servizi di informazione sui conti) e 5-quater (per i servizi di disposizione di ordine di pagamento) del novellato d.lgs. 11/2010.

La nuova operatività si inserisce appunto nella fase di autenticazione dell'operazione – per il servizio di disposizione di ordine – e nella acquisizione di informazioni sul saldo dell'utente, per il servizio di informazione sui conti. Lo scopo di apertura del mercato a nuovi operatori, non necessariamente bancari, ha determinato il legislatore unionale a stabilire un obbligo di collaborazione di fonte legale, non basato su contratto (artt. 5-ter, par. 1, secondo periodo, e 5-quater, par. 1, secondo periodo, d.lgs. 11/2010) a carico dei PSP di radicamento del conto che consentano agli utenti l'operatività *online*. In particolare i PSP di radicamento devono consentire a tali operatori di utilizzare le medesime procedure di autenticazione forte che abbiano fornito all'utente loro cliente, e dare corso alle richieste di informazione e agli ordini di pagamento trasmessi da tali operatori con parità di trattamento rispetto a quelli trasmessi direttamente dall'utente loro cliente [artt. 10-bis, par. 5; 5-ter, par. 3, lett. c); 5-quater, par. 3, lett. b), d. lgs. 11/2010]. Analogamente una conferma della disponibilità dei fondi al PSP di radicamento del conto può essere richiesta dal PSP che emette strumenti di pagamento basati su carta (purché non si tratti di carta prepagata), ma in questo caso il PSP di radicamento del conto deve ricevere l'esplicito consenso preventivo dell'utente pagatore, suo cliente, alla richiesta (art. 5-bis, d.lgs. 11/2010). Tanto non è invece previsto per i due nuovi servizi, che lasciano il PSP di radicamento esposto a richieste e ordini non preannunciati, che pongono nuovi profili di ripartizione delle responsabilità rispetto a eventuali anomalie del procedimento.

L'art. 73 della Direttiva e l'art. 11, par. 2-bis, con disposizioni non esattamente sovrapponibili, hanno fornito delle regole sui rimedi, mantenendo sempre come centrale la posizione di obbligato verso il proprio cliente del PSP di radicamento del conto, in una posizione che è sostanzialmente di garanzia. L'analisi del rimedio a carattere restitutorio a disposizione dell'utente contro il PSP di radicamento del conto, per i casi di addebiti non autorizzati avvenuti anche senza coinvolgimenti di

altri PSP, lascia comprendere che la natura del rimedio dell'utente non muta nell'art. 73.2. rispetto alla previsione dell'art. 73.1. Se l'ordine di pagamento non è autorizzato dal cliente, questi ha diritto all'immediata restituzione, indipendentemente dalla provenienza dell'ordine (che resta irrilevante). Viceversa la provenienza dell'ordine da un PSP, che si presenta come incaricato da un utente le cui credenziali di sicurezza siano state invece violate, o che trasmetta un ordine di pagamento modificato nell'importo, nel beneficiario o in qualsiasi altro dato dell'operazione, pone un problema di responsabilità per inadempimento o per fatto illecito del prestatore del servizio di disposizione di ordine.

Non mi sembra fondata la preoccupazione dei giuristi tedeschi che vedono in questa ipotesi un'anomalia sistematica, e cioè un caso di responsabilità senza colpa del PSP di radicamento verso il proprio cliente, contrario ai principi in materia di responsabilità bancaria⁴⁴. Non ritengo fondata la preoccupazione in quanto di per sé, a mio avviso, si tratta di titoli completamente diversi. Proprio la circostanza che il PSP che si limita a trasmettere l'ordine «non detiene in alcun momento i fondi del pagatore in relazione alla prestazione del servizio di disposizione di ordine di pagamento» [art. 5-ter, par. 2, lett. a), d. lgs. 11/2010] esclude che questi possa essere destinatario di un'azione a carattere restitutorio dei fondi dell'utente, in quanto per definizione non può appropriarsi di ciò che non detiene.

La netta distinzione tra rimedi risarcitori e restitutori traspare dal testo della Direttiva e invece si confonde nel dettato del secondo periodo del par. 2-bis dell'art. 11, che stabilisce un obbligo di rimborso "a catena", in favore del PSP di radicamento del conto, in ogni caso di iniziazione del pagamento non autorizzato per suo tramite. Questa disposizione manca nel testo della Direttiva, che invece richiama l'obbligo risarcitorio del terzo periodo del par. 2-bis (tanto si ricava in particolare, nel testo italiano della Direttiva, dall'uso della parola "rimborsa" come prestazione a carico del PSP di radicamento nei confronti dell'utente, e invece della parola "risarcisce" per sancire l'obbligo dell'altro PSP verso il primo). Tra secondo e terzo periodo del par. 2-bis vi è una sostanziale sovrapposizione di rimedi, che appare non giustificata e non conforme alla Direttiva, che viceversa menziona un rimedio risarcitorio in favore del PSP di radicamento.

Le differenze sono rilevanti sul piano pratico, in quanto la determinazione del *quantum* risarcibile deve tenere conto dell'eventualità di un recupero parziale dei fondi trasferiti e non conteggiabili all'utente nel rapporto di conto

⁴⁴ J. KÖNDGEN, *Jenseits des Relativitätsprinzip: Haftungsstrukturen im neuen Zahlungsdiensterecht*, cit., p. 150 s.

di pagamento, che rende il rimborso da parte del PSP misura eccessiva (di *overcompensation*) rispetto allo scopo. Tenuto conto dell'obbligo di polizza assicurativa posto a carico dei PSP che svolgano i nuovi servizi, si tratta di una norma la cui infelice formulazione potrebbe essere all'origine di eventuali contenziosi. A mio avviso, la duplicazione dei rimedi (restitutorio e risarcitorio) nell'attuazione italiana dell'art. 73.2 della Direttiva merita di essere sottoposta alla Corte di Giustizia, con un eventuale rinvio pregiudiziale.

ABSTRACT

L'operazione di pagamento nella Direttiva PSD2 deve essere inquadrata come un procedimento per il trasferimento di fondi. La circostanza che il denaro sia misura e oggetto sia delle obbligazioni risarcitorie sia di quelle restitutorie può portare a confusioni. L'analisi dei ruoli dei prestatori di servizi di pagamento e degli utenti porta a criticare l'attuazione italiana dell'art. 73.2 della Direttiva PSD2, per il rischio di *overcompensation* a carico dei nuovi operatori (TPP - *Third Party Providers*).

PAROLE CHIAVE: Operazione di pagamento – PSD2