



BANCA D'ITALIA
EUROSISTEMA

Quaderni di Ricerca Giuridica

della Consulenza Legale

Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi
di pagamento. Prime riflessioni

a cura di Marco Mancini e Marino Perassi

Dicembre 2008

numero

63



BANCA D'ITALIA
EUROSISTEMA

Quaderni di Ricerca Giuridica

della Consulenza Legale

Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi
di pagamento. Prime riflessioni

a cura di Marco Mancini e Marino Perassi

Numero 63 – Dicembre 2008

All'analisi economica e tecnica, sulla quale si basa l'azione che la Banca d'Italia svolge come banca centrale e organo di vigilanza, si accompagna, con crescente impegno, quella giuridica dei fenomeni creditizi e monetari e, più in generale, dei profili istituzionali dell'attività economica.

All'interno dell'Istituto è attribuito alla Consulenza Legale, accanto alle funzioni contenziosa e consultiva, il compito di svolgere indagini e ricerche in materia giuridico-bancaria.

I "Quaderni di ricerca giuridica" intendono essere, nell'ambito della Banca d'Italia e del sistema bancario, strumento di diffusione di lavori prodotti prevalentemente da appartenenti alla Consulenza Legale e originati da ricerche di specifico interesse per l'Istituto.

I "Quaderni" riflettono esclusivamente le opinioni dei singoli autori e non intendono, quindi, rappresentare posizioni ufficiali della Banca d'Italia.

Comitato di Coordinamento:

MARINO PERASSI, BRUNO DE CAROLIS, OLINA CAPOLINO, STEFANIA CECI, MARCO MANCINI,
ENRICO GALANTI

PREMESSA

L'adozione della *Payment Services Directive*, 2007/64/CE, da recepire nei singoli ordinamenti nazionali entro il 1° novembre 2009, l'istituzione da parte della Banca Centrale Europea, con atto di indirizzo BCE/2007/2, del 26 aprile 2007, del nuovo sistema di regolamento lordo in tempo reale TARGET2 e l'approvazione da parte dell'*European Payments Council* dei *Rulebooks* riguardanti le carte di pagamento e i nuovi schemi europei di *credit transfer* e *direct debit* e del *PE-ACH/CSM Framework*, relativo alle future infrastrutture paneuropee di regolamento, hanno dato un impulso decisivo alla realizzazione della *Single Euro Payments Area* e, più in generale, alla definitiva unificazione del sistema dei pagamenti europeo.

A tali tematiche è stato dedicato uno specifico approfondimento nell'ambito delle attività del Progetto di ricerca di interesse nazionale su “*tutela dei consumatori e servizi di pagamento nel nuovo quadro normativo comunitario*”, approvato dal Ministero per l'Università e la ricerca scientifica nel corso del 2006 e condotto congiuntamente dalle Università di Siena, Napoli, Foggia e dall'Università Cattolica del Sacro Cuore – sede di Piacenza, con la collaborazione della Banca d'Italia, dell'A.B.I. e di altre Autorità pubbliche.

Il presente Quaderno di Ricerca Giuridica, composto da dodici contributi ed articolato in due parti dedicate rispettivamente all'analisi dei servizi di pagamento e dei sistemi di pagamento, raccoglie i primi risultati degli studi sinora condotti nell'ambito del Progetto di ricerca e si propone di offrire una panoramica aggiornata del processo di realizzazione della *Single Euro Payments Area*.

I nove capitoli che formano la prima parte mirano essenzialmente ad analizzare la nuova disciplina armonizzata dei servizi di pagamento “*paneuropei*”, apprestati tramite *credit transfers*, *direct debits* e carte di pagamento, pur senza trascurare il *trend* evolutivo dei servizi prestatosi a mezzo assegno, il cui utilizzo in Europa è destinato a rimanere confinato in futuro ai soli pagamenti domestici.

I tre capitoli in cui è suddivisa la seconda parte sono invece dedicati all'analisi dell'evoluzione dei sistemi di pagamento, con specifico riferimento al ruolo attribuito in tale ambito alle banche centrali, all'illustrazione del nuovo sistema transeuropeo automatizzato di trasferimento fondi, TARGET 2, operativo nel comparto delle transazioni all'ingrosso, e all'esposizione dei principali cambiamenti interessanti oggi i sistemi di pagamento specializzati nel comparto *retail*, finalizzati ad estenderne l'operatività anche allo scambio e al regolamento di ordini di pagamento transfrontalieri.

L'opera è corredata da un CD-ROM in cui sono raccolte le principali fonti normative citate nel testo.

INDICE

PREFAZIONE

di Marco Mancini e Marino Perassi

PARTE PRIMA

I servizi di pagamento

Capitolo I

I conti di pagamento degli Istituti di pagamento

di Vittorio Santoro

1. Premessa	25
2. Profilo soggettivo	27
3. L'attività principale degli Istituti di pagamento	28
4. Le altre attività degli Istituti di pagamento	31
5. Conto di pagamento presso gli Istituti di pagamento e conto corrente bancario, caratteri comuni e differenze: la disponibilità	33
6. Segue: il collegamento negoziale	34
7. Segue	35
8. Il problema della clausola di interessi	37
9. Problematiche in caso di fallimento dell'Istituto di pagamento	38

Capitolo II

La nuova disciplina privatistica comunitaria dei servizi di pagamento: realizzazioni e problemi della *Single Euro Payments Area (SEPA)*

di Onofrio Troiano

1. Il mercato europeo dei pagamenti: una costruzione a più mani	41
2. L'architettura della direttiva: la scelta di varare una disciplina generale dei servizi di pagamento	45
3. Aspetti critici della scelta unitaria alla luce delle differenze tra incarichi di pagamento (<i>credit transfers</i>) ed incarichi di riscossione (<i>debit transfers</i>):	47
a) la disciplina della revoca dell'ordine;	47
b) la disciplina dell'inadempimento;	49
c) la disciplina degli ordini non autorizzati	51
4. La disciplina unitaria del mercato <i>retail</i> e del mercato dei pagamenti di importo rilevante: eterogenesi dei fini alla luce della distinzione tra norme cogenti (per i consumatori) e norme dispositive (per gli altri utenti)	53

Capitolo III

L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria tra diritto vivente e portata regolatoria indiretta della *Payment services directive* 2007/64/CE

di Antonella Sciarrone Alibrandi

1. <i>Payment Services Directive</i> , obbligazione pecuniaria intermediata e diritto vivente: note introduttive	61
2. Il diritto vivente: la sentenza della Cassazione a Sezioni Unite del dicembre 2007	65
3. (Segue): la sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee dell'aprile 2008	67
4. La portata regolatoria indiretta della <i>Payment Services Directive</i>	69

Capitolo IV

La trasparenza dei servizi di pagamento: profili ricostruttivi della disciplina comunitaria

di Gabriella Gimigliano

1. La direttiva 2007/64 CE, titolo III: una svolta?	77
2. Le ragioni dell'intervento normativo	78
3. La disciplina	84
4. Il confronto con il titolo VI, art. 115 ss. t.u.b.	92
5. Conclusioni	94

Capitolo V

Le liberalizzazioni nel sistema dei servizi di pagamento e l'impatto della direttiva comunitaria sull'industria delle carte di credito. Alcune riflessioni preliminari

di Massimiliano Granieri

1. Il mercato dei servizi di pagamento. Chiavi di lettura e elementi di contesto	97
2. Liberalizzazione e regolazione nel mercato dei servizi di pagamento	100
3. Gli antefatti e l' <i>acquis</i> comunitario	101
4. Strumenti di liberalizzazione dal punto di vista delle fonti.....	105
5. Strumenti di liberalizzazione dal punto di vista dei contenuti. La concorrenza come principio guida della direttiva 2007/64	108
6. Concorrenzialità del mercato sul lato dell'offerta	109
7. Neutralità tecnica e accesso ai servizi di pagamento	112
8. Concorrenzialità del mercato sul lato della domanda	116
9. Conclusioni	119

Capitolo VI

I *Rulebook* della SEPA: natura e funzioni

di Fabrizio Maimeri

1. Premessa	123
2. I documenti dell'EPC	124
3. Procedura di adesione al <i>Rulebook</i>	125
4. Lo schema del bonifico	126
5. La gestione dello schema SEPA	127
6. Risoluzione delle controversie fra partecipanti	128
7. Il ruolo dell'SMC in materia di conformità	129
8. Emolumenti	129
9. Considerazioni e valutazioni	130

Capitolo VII

Profili sanzionatori, procedure di reclamo e di ricorso extragiudiziali previsti dalla direttiva 2007/64/CE: spunti per una lettura sistematica

di Marcello Condemi

1. I considerando della “direttiva”	139
2. I contenuti della “direttiva”	141
3. Principi dell’impianto normativo e tipologia degli interventi previsti dal legislatore comunitario	146
3.1. segue: le disposizioni strettamente sanzionatorie e la natura degli interventi repressivi	147
3.2. La <i>ratio</i> della distribuzione delle scelte sanzionatorie	151
3.3. Le procedure di reclamo	153
3.4. Le procedure di ricorso extragiudiziale per la risoluzione delle controversie	154
4. Conclusioni	159

Capitolo VIII

Sistemi di pagamento e protezione dei dati personali. Prime note

di Roberto Lattanzi

1. Prologo	163
2. Aree di interferenza	163
3. (Segue) La vicenda <i>Swift</i>	166
4. (Segue) ...e qualche spunto di riflessione	168
5. Protezione dei dati personali quale ostacolo al contrasto alle frodi nei sistemi di pagamento?	171
6. Ultime considerazioni: l’art. 79 della direttiva 2007/64/CE	172

Capitolo IX

L’evoluzione dei servizi di pagamento non armonizzati: l’assegno nella prospettiva della dematerializzazione

di Vincenza Profeta

1. Premessa	177
2. La dematerializzazione dei titoli di massa	179
3. La dematerializzazione dei titoli individuali	180
4. Gli assegni e la <i>check-truncation</i>	181
5. La presentazione elettronica dell’assegno	183
6. Alcuni problemi:	185
6.a. Presentazione al pagamento e luogo di pagamento	186
6.b. Presentazione ad una stanza di compensazione e dichiarazione sostitutiva di protesto (artt. 34 e 45, comma 1, n. 3, l. ass.)	188
6.c. Protesto	189
6.d. Pagamento parziale	190

PARTE SECONDA
I sistemi di pagamento paneuropei

Capitolo I
Il sistema dei pagamenti e la banca centrale
di Marino Perassi

1. Premessa	195
2. Le operazioni delle banche centrali	197
3. Il <i>retail banking</i>	198

Capitolo II
Da TARGET a TARGET 2 : sistemi di pagamento a confronto
di Elena Papa

1. Introduzione	205
2. Il quadro giuridico di diritto comunitario	209
3. Da TARGET a TARGET2: come cambia la <i>governance</i> . Modelli di <i>governance</i> per accordi	214
3.1. La <i>governance</i> in TARGET	214
3.2. La <i>governance</i> in TARGET2	215
3.3. La <i>governance</i> per accordi	218
3.3.1. (i) L'organizzazione della <i>governance</i> "per accordi"	219
3.3.2. (ii) L'esercizio della <i>governance</i> "per accordi"	219
3.3.3. (iii) La definizione del contenuto delle competenze del Level 3 "per accordi" ...	222
3.3.4. (iiii) La risoluzione "per accordi" delle controversie in tema di <i>governance</i>	224
3.4. Funzioni e ruoli istituzionali, livello di <i>governance</i> del sistema e assetti proprietari	224
3.4.1. Funzioni istituzionali e livello di <i>governance</i> del sistema	224
3.4.2. Assetti proprietari	226
4. Da TARGET a TARGET2: il livello di armonizzazione "giuridica"	229
4.1. TARGET. Il principio della " <i>minimum harmonization</i> "	230
4.2. TARGET2. Sistema giuridicamente unitario o molteplicità di sistemi?	232
4.2.1. Partecipante indiretto e problemi della definitività dei pagamenti	233
4.2.2. TARGET2. Il principio della " <i>full harmonization</i> "	235
4.2.3. La disciplina delle " <i>deroghe</i> "	238

Capitolo III
I sistemi di pagamento *retail* verso la *Single Euro Payments Area (SEPA)*
di Marco Mancini

1. La <i>Single Euro Payments Area</i> naturale completamento del processo di unificazione monetaria europea	243
2. I sistemi di regolamento interbancari e la nuova dimensione transfrontaliera dei servizi di pagamento	245
3. I sistemi di pagamento nel Trattato CE	246
4. L'Eurosistema e la funzione di promozione del regolare funzionamento dei sistemi di pagamento	249

5. Le linee guida del SEBC nei confronti dei sistemi di pagamento <i>retail</i>	254
6. Le norme di autoregolamentazione dettate dall'EPC: il <i>PE-ACH/CSM Framework</i>	259
7. L'interoperabilità delle infrastrutture di <i>clearing</i> e <i>settlement</i> nel comparto <i>retail</i>	266
8. L'adeguamento dei sistemi di pagamento al dettaglio italiani al nuovo scenario europeo	271

ELENCO AUTORI

Marcello Condemi	Prof. Ass. di diritto dell'economia, Università G. Marconi di Roma
Gabriella Gimigliano	Assegnista di ricerca in diritto commerciale, Università di Siena
Massimiliano Granieri	Prof. Aggr. di diritto privato comparato, Università di Foggia
Roberto Lattanzi	Dirigente del Dipart. Realtà Econ. e Prod., Autorità Garante protezione dati personali
Fabrizio Maimeri	Prof. Straord. di diritto del mercato finanziario, Università G. Marconi di Roma
Marco Mancini	Avvocato della Banca d'Italia
Elena Papa	Avvocato della Banca d'Italia
Marino Perassi	Avvocato Capo della Banca d'Italia
Vincenza Profeta	Avvocato della Banca d'Italia
Vittorio Santoro	Prof. Ord. di diritto commerciale, Università di Siena
Antonella Sciarrone Alibrandi	Prof. Ord. di diritto dell'economia, Università Cattolica del Sacro Cuore – sede di Piacenza
Onofrio Troiano	Prof. Ord. di diritto privato comparato, Università di Foggia

PREFAZIONE

di Marco Mancini e Marino Perassi

Negli ultimi quindici anni il sistema dei pagamenti, articolato assetto istituzionale, tecnico-operativo ed infrastrutturale che negli stati moderni assicura la promozione della circolazione della moneta e la fiducia del pubblico nella sua efficacia liberatoria, è stato interessato da un eccezionale dinamismo, di gran lunga superiore a quello registrato in altri settori dell'economia.

Le continue e rilevanti trasformazioni che lo hanno caratterizzato possono ricondursi essenzialmente sia alla continua evoluzione della tecnologia informatica e telematica, che ha sensibilmente accelerato la conclusione delle transazioni commerciali ed accentuato la smaterializzazione dei trasferimenti di denaro, sia ai contestuali processi di innovazione e liberalizzazione finanziaria e di internazionalizzazione dei mercati, che hanno contraddistinto l'ultimo ventennio del secolo scorso.

Nel contesto europeo l'evoluzione del sistema dei pagamenti non è stata indotta solo da questi fattori di cambiamento, ma ha dovuto rispondere altresì alle specifiche esigenze derivanti dal processo di unificazione monetaria, attraverso cui, a partire dalla prima metà degli anni novanta, un gruppo di stati aderenti alla Comunità Europea, fra cui l'Italia, ha deciso di sostituire le rispettive divise nazionali con una nuova moneta, l'euro, di dotarsi di un sistema di banche centrali e di una politica monetaria comuni e di completare l'unificazione del mercato interno con la realizzazione di un unico sistema dei pagamenti.

L'adozione della moneta unica, pienamente conseguita nel 2002, ha costituito infatti soltanto il primo necessario passo di tale ambizioso programma che, lungi dall'esaurirsi nel mero superamento del carattere multivalutario delle transazioni transfrontaliere e nella conseguente semplificazione dei pagamenti da eseguire in numerario, deve affrontare oggi la sua sfida più importante: quella di estendere i benefici dell'unificazione monetaria alla parte, ben più rilevante, dei pagamenti da eseguire in moneta scritturale.

Il perseguimento di questo obiettivo richiede la realizzazione, programmata dalla Commissione europea e dalla BCE entro il 2010, della *Single Euro Payments Area*, vale a dire di un'unica area dei pagamenti in euro, all'interno della quale sia garantito a tutti i pagamenti *cross border* un trattamento quanto meno uniforme, in termini di costi e tempi di esecuzione, a quello applicato ai pagamenti domestici nei singoli contesti nazionali. Esso presuppone, inoltre, sia la piena armonizzazione delle disposizioni giuridiche nazionali disciplinanti i servizi di pagamento in moneta scritturale, i soggetti abilitati a prestarli, le relative condizioni contrattuali, i tempi, modi ed effetti del trasferimento monetario e gli strumenti solutori a tal fine utilizzabili, sia l'adozione da parte di tutti i prestatori di identici *standards* tecnico-operativi, sia, infine, la realizzazione di sistemi di pagamento (*rectius* di regolamento) paneuropei, in grado di trattare le transazioni transfrontaliere.

Le imponenti modifiche del quadro normativo e tecnico-operativo occorrenti hanno iniziato ad essere adottate di recente quando, nel breve arco temporale di un biennio, si è assistito alla definizione da parte dell'*European Payments Council*, organo decisionale e di coordinamento dell'industria bancaria europea nel settore dei pagamenti, dei *Rulebooks*, riguardanti i nuovi schemi di operazioni europee di *credit transfer* e *direct debit*, del *SEPA Cards Framework* e del *PE-ACH/CSM Framework*, concernente le future infrastrutture di regolamento paneuropee. Nel contempo, la Banca Centrale Europea ha istituito e disciplinato il nuovo sistema di trasferimento espresso transeuropeo automatizzato di regolamento lordo in tempo reale TARGET2 con atto di indirizzo BCE/2007/2, del 26 aprile 2007. Infine, il Parlamento europeo ed il Consiglio hanno

emanato la direttiva europea 13 novembre 2007, n. 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, c.d. “*direttiva PSD*”, la quale da un lato ha previsto e disciplinato gli istituti di pagamento, una nuova categoria di imprese abilitate a prestare servizi di pagamento nell’intera Comunità, dall’altro ha tipizzato il contratto di servizi di pagamento, dettando un vero e proprio codice uniforme europeo dei trasferimenti monetari eseguiti in moneta scritturale.

A completamento di tale disegno, vanno considerati, altresì, gli accordi di interoperabilità, attualmente in corso di stipula fra i singoli gestori di sistemi di pagamento nazionali, finalizzati ad assicurare alle banche partecipanti la piena raggiungibilità di ogni altra banca in Europa nonché le proposte all’attenzione della Commissione Europea, aventi ad oggetto rilevanti modifiche alle direttive 19 maggio 1998, n. 98/26/CE, e 18 settembre 2000, n. 2000/46/CE, destinate ad adeguare al quadro giuridico in evoluzione sia la definitività del regolamento nei sistemi di pagamento e nei sistemi di regolamento titoli, sia la disciplina degli istituti di moneta elettronica.

Tutto ciò significa che, se, utilizzando la similitudine felicemente coniata agli inizi degli anni novanta da Curzio Giannini – brillante economista della Banca d’Italia prematuramente scomparso – volessimo comparare il sistema dei pagamenti ad una piramide ordinata per piani, in cui partendo dal basso si trovano nell’ordine le transazioni da cui si originano le obbligazioni pecuniarie, gli enti abilitati ad emettere la moneta scritturale con cui le stesse vengono normalmente regolate, i sistemi di pagamento in cui vengono convogliate le transazioni da estinguere e, alla sommità, la banca centrale emittente la moneta finale di regolamento, le profonde trasformazioni occorrenti ad unificare il mercato dei pagamenti europeo sono destinate a coinvolgere l’intera piramide, interessandola a tutti i suoi livelli.

Ne discende che la realizzazione di tale obiettivo è certamente un’opera complessa da eseguire a più mani, poiché richiede la necessaria cooperazione sinergica delle istituzioni politiche comunitarie e nazionali, del Sistema Europeo delle Banche Centrali nonché degli enti e delle associazioni esponenziali degli interessi del sistema bancario e finanziario europeo e delle imprese coinvolte nel settore dei sistemi di pagamento.

In un processo evolutivo caratterizzato da trasformazioni di tale portata, assume ovviamente un ruolo fondamentale il contributo propositivo ed interpretativo offerto dal mondo accademico, i cui studi ed approfondimenti costituiscono un indispensabile supporto per i soggetti privati e pubblici chiamati ad adeguare il nostro ordinamento giuridico al mutato quadro normativo europeo, considerato che le modifiche da apportare sembrano idonee a determinare un impatto di assoluto rilievo, fra l’altro, sulla disciplina di istituti giuridici, che avevano assunto ormai una certa stabilità come, ad esempio, le fattispecie contrattuali regolanti i rapporti fra i *prestatori di servizi di pagamento*, in massima parte banche, e la relativa utenza.

È in tale prospettiva che, sin dal 2006, il Ministero per l’Università e la ricerca scientifica ha approvato il Progetto di Ricerca di Interesse Nazionale (PRIN), presentato congiuntamente dalle Università di Siena, Napoli, Foggia e dall’Università Cattolica del Sacro Cuore – sede di Piacenza, avente ad oggetto l’analisi, sotto il profilo giuridico, delle tematiche attinenti alla tutela dei consumatori e ai servizi di pagamento in relazione alle trasformazioni che, già all’epoca, iniziavano ad interessare il quadro normativo comunitario, affidandone il ruolo di coordinatore scientifico al prof. Vittorio Santoro, pro rettore dell’Università di Siena. La Banca d’Italia ha attivamente collaborato al Progetto sin dall’inizio attraverso la partecipazione di alcuni avvocati alle attività di ricerca.

I lavori del gruppo di studio, cui hanno collaborato anche esponenti dell'A.B.I., si sono articolati sino ad oggi in 7 seminari, svoltisi rispettivamente a Napoli il 31 gennaio 2007, a Piacenza il 7 ed 8 giugno 2007, a Foggia il 18 e 19 ottobre 2007, a Siena il 25 gennaio 2008, a Roma il 4 aprile 2008, a Napoli il 20 giugno 2008 e a Montepulciano il 3 ottobre 2008, nel corso dei quali è stato analizzato il complesso processo evolutivo che interessa il sistema dei pagamenti e sono state approfondite ed illustrate le più significative novità caratterizzanti il quadro giuridico comunitario dei servizi e dei sistemi di pagamento.

I primi risultati degli studi sinora condotti vengono raccolti e pubblicati oggi nella collana dei “*Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza legale*”.

L'attenzione di tale collana per le tematiche giuridiche inerenti al sistema dei pagamenti, materia connessa all'esercizio di rilevanti funzioni di *central banking*, è testimoniata dai numerosi studi ivi pubblicati negli ultimi vent'anni.

Al riguardo, meritano menzione, in particolare, i numeri dedicati alla moneta (1985), ai trasferimenti elettronici di fondi (1991), alla pubblicazione degli atti del Convegno giuridico, tenutosi a Perugia il 23 e 24 ottobre 1992, avente ad oggetto il sistema dei pagamenti (1993), al profilo giuridico del sistema dei pagamenti in Italia (1995), agli istituti di moneta elettronica (2001) e alla Centrale d'Allarme Interbancaria nella disciplina sanzionatoria dell'assegno (2007).

La presente opera, che ben si inserisce nel contesto degli studi precedentemente pubblicati, è formata da 12 contributi individuali, redatti da alcuni componenti del nucleo di ricerca e da altri specialisti della materia, ispirati nella maggior parte dei casi al contenuto delle relazioni tenute dagli autori nei vari seminari in cui l'attività di studio si è articolata sino ad oggi.

Essa si propone di offrire una prima significativa, seppur ancora interlocutoria, panoramica del complesso processo di realizzazione della *Single Euro Payments Area* e, più in generale, di illustrare l'odierno *trend* evolutivo dell'intero sistema dei pagamenti, senza peraltro dimenticare un importante settore, quello dei pagamenti a mezzo assegno, destinato a restare escluso dall'azione di armonizzazione intrapresa a livello europeo.

La pubblicazione rappresenta, quindi, a poco meno di un anno dalla scadenza del termine di recepimento nei singoli ordinamenti nazionali della direttiva 2007/64/CE, un importante momento di riscontro dei risultati dell'ampio lavoro di ricerca sinora svolto e delle rilevanti difficoltà che andranno ancora superate in vista di una completa unificazione del sistema dei pagamenti europeo.

Il quaderno si presenta diviso in due parti, rispettivamente dedicate all'analisi dei servizi e dei sistemi di pagamento.

La prima parte è articolata in nove capitoli: i primi sei si occupano dell'armonizzazione dei servizi di pagamento “*paneuropei*”, vale a dire di quei servizi – *credit transfers*, *direct debits* e carte di pagamento – che per il legislatore comunitario dovranno essere contraddistinti da identiche disciplina giuridica e caratteristiche tecnico-operative, il settimo e l'ottavo sono dedicati alla tutela degli utenti di tali servizi e l'ultimo analizza il processo evolutivo interessante i servizi di pagamento prestati a mezzo assegno.

I sei capitoli dedicati all'armonizzazione dei servizi di pagamento “*paneuropei*” sono prioritariamente concentrati sull'analisi delle nuove disposizioni comunitarie introdotte dalla direttiva 2007/64/CE, con le quali il legislatore comunitario, nella prospettiva della realizzazione di un'area unica dei pagamenti in euro, ha inteso disciplinare in

modo uniforme il contratto di prestazione di servizi di pagamento ed ampliare il novero dei soggetti abilitati a prestare al pubblico tali servizi, nonché sulle norme di *soft law* disciplinanti i nuovi schemi di pagamento SEPA, definite nei *Rulebooks* dall'*European Payments Council*.

In essi sono analizzati, innanzitutto, gli Istituti di pagamento, vale a dire la nuova categoria tipologica di intermediari abilitati a prestare al pubblico servizi di pagamento in moneta scritturale in virtù del disposto della direttiva 2007/64/CE, e la natura giuridica dei cc.dd. “*conti di pagamento*”, una delle novità più interessanti ed insieme più controverse della nuova disciplina comunitaria, tramite cui detti Istituti possono raccogliere dagli utenti i fondi necessari all'esecuzione dei servizi di pagamento.

Segue una verifica in chiave critica della scelta “*generalista*” adottata dal legislatore comunitario che, nel regolamentare in modo uniforme i diritti e gli obblighi delle parti del contratto di servizi di pagamento, non avrebbe tenuto adeguatamente in conto le differenze esistenti fra gli incarichi di pagamento (*credit transfers*) e gli incarichi di riscossione (*direct debit*) con specifico riferimento, fra l'altro, alla revoca dell'ordine nonché alla disciplina dell'inadempimento e degli ordini non autorizzati.

L'analisi si sposta, poi, sugli effetti regolatori indiretti, che le disposizioni della direttiva europea, pur concentrate sulla prestazione di servizi di pagamento, spiegherebbero nei riguardi di alcuni rilevanti profili dell'obbligazione pecuniaria sottostante, all'adempimento della quale il servizio di pagamento è preordinato, come, ad esempio, l'individuazione del momento solutorio nel caso di pagamento effettuato con moneta scritturale.

Lo studio dei nuovi servizi di pagamento paneuropei sottoposti ad armonizzazione continua con un saggio dedicato all'analisi dei profili ricostruttivi della disciplina comunitaria in tema di trasparenza, con specifico riferimento alle disposizioni contenute nel titolo III della direttiva 2007/64/CE.

Le nuove disposizioni del diritto comunitario sono, quindi, esaminate, nell'ottica del principio di libera concorrenza, individuato come principio guida della direttiva PSD, sia sotto un profilo generale con riferimento alla rimozione degli ostacoli all'accesso al mercato dei servizi di pagamento armonizzati, sia con particolare riguardo all'impatto che esse potranno spiegare nello specifico ambito costituito dal mercato delle carte di credito.

Vengono, infine, analizzate le disposizioni di *soft law* disciplinanti i servizi di pagamento paneuropei, contenute nei *Rulebooks* SEPA, e in particolare quelle relative al *credit transfer*, con riguardo, fra l'altro, alle procedure che le banche devono osservare per aderire allo schema, alla risoluzione delle controversie eventualmente insorte fra banche partecipanti e al ruolo affidato in tema di conduzione e di *compliance* al Comitato di gestione dello Schema (*Scheme Management Committee, SMC*).

Nei due capitoli dedicati alla tutela dell'utente dei servizi di pagamento paneuropei armonizzati, è esaminato innanzitutto il complesso impianto di *enforcement* che, nell'intento del legislatore comunitario, dovrebbe assicurare il rispetto della nuova disciplina, basato, oltre che sulla designazione di apposite Autorità di controllo, sulla previsione di sanzioni, penali ed amministrative, efficaci, proporzionate e dissuasive nonché di procedure di reclamo, di cui possano avvalersi anche associazioni di consumatori, e di procedure di ricorso extragiudiziale.

I profili della tutela dell'utente sono fatti poi oggetto di analisi anche sul versante della disciplina di protezione dei dati personali, approfondendo le possibili aree di in-

terferenza riscontrabili fra quest'ultima e il nuovo *legal framework* dei servizi di pagamento nonché le sedi e le modalità di composizione dei conflitti che possono insorgere fra le due discipline e i principi che, nelle ipotesi di contrasto, devono presiedere alla ponderazione degli interessi pubblici tutelati dalle stesse.

A completamento della panoramica sulle trasformazioni in corso aventi ad oggetto i servizi di pagamento, l'ultimo capitolo della parte prima è dedicato all'analisi delle linee evolutive interessanti in Italia i servizi di pagamento non armonizzati a livello europeo e si incentra, in particolare, sulle prospettive di dematerializzazione, mediante trasmissione dell'immagine digitale, dell'assegno, nella convinzione che la relativa riforma del trattamento interbancario del titolo contribuirebbe validamente all'obiettivo di migliorare i servizi di pagamento in moneta scritturale prestati nei singoli sistemi domestici.

L'armonizzazione della disciplina giuridica e delle caratteristiche tecnico-operative dei servizi di pagamento e degli strumenti tramite i quali può essere ordinato il trasferimento monetario, pur rappresentando una premessa indispensabile, è tuttavia di per sé sola insufficiente ad assicurare una completa unificazione del sistema dei pagamenti europeo, giacché le ragioni che hanno sino ad oggi impedito di raggiungere tale obiettivo non risiedevano solo nella mancanza di una regolamentazione uniforme del contratto di prestazione di servizi di pagamento e di *standards* tecnico operativi omogenei, ma potevano essere ricondotte anche, soprattutto per il comparto delle transazioni al dettaglio, all'assenza di adeguati sistemi di regolamento interbancario paneuropei in grado di trattare pagamenti transfrontalieri in moneta scritturale.

I sistemi di pagamento interbancari, sebbene poco considerati nella direttiva 2007/64/CE, che se ne occupa solo nell'art. 28 e in poche altre norme, per lo più contenenti generiche affermazioni di principi, sono però interessati in questa fase storica da cambiamenti e riforme di portata non inferiore rispetto a quelle che hanno riguardato i servizi di pagamento e sono oggetto di analisi nella seconda parte del quaderno.

Questa è composta da tre capitoli e si apre con una disamina avente ad oggetto le funzioni attribuite alla BCE, al SEBC e alle BCN che vi partecipano in materia di sistemi di pagamento e gli strumenti normativi normalmente utilizzati nell'esercizio delle stesse, per poi delineare le due grandi aree – all'ingrosso e al dettaglio – in cui va suddiviso il campo di intervento ed individuare proprio nel comparto *retail* il settore in cui la situazione si presenta più critica.

Segue l'illustrazione dei principali profili giuridici del nuovo sistema transeuropeo automatizzato di trasferimento fondi con regolamento lordo in tempo reale, TARGET 2, operativo nel comparto delle transazioni all'ingrosso, e una comparazione dello stesso al sistema TARGET, precedentemente utilizzato per quasi un decennio a far data dal 1° gennaio 1999. Lo studio esamina, in particolare, la disciplina della *governance* del sistema, gli assetti proprietari ed il livello di armonizzazione giuridica dei rapporti tra banche centrali e partecipanti al sistema nei diversi ambiti nazionali in cui si svolge la sua operatività.

La seconda parte si conclude, infine, con una panoramica dei cambiamenti che stanno interessando i sistemi di pagamento specializzati nel comparto *retail*, che ruotano oggi intorno a due obiettivi, l'interoperabilità e la raggiungibilità, da perseguire sia attraverso iniziative degli operatori di mercato tese a realizzare direttamente sistemi integrati di regolamento paneuropei (*Pan European Automated Clearing Houses, PE-ACH*), sia attraverso l'evoluzione dei sistemi di pagamento nazionali esistenti in *Clearing and Settlement Mechanisms (CSM)*, vale a dire in sistemi in grado di assicurare ai partecipanti lo scambio e il regolamento di ordini di pagamento *SEPA compliant* transfrontalieri.

Quest'ultimo studio, dopo essersi soffermato sulle linee guida tracciate in materia dal Sistema Europeo delle Banche Centrali e sulle norme di autoregolamentazione dettate con il *PE-ACH/CSM Framework* dall'*European Payments Council*, esamina le problematiche derivanti dagli accordi di interoperabilità, tramite i quali i sistemi di pagamento nazionali si propongono di estendere la propria operatività ai pagamenti transfrontalieri, e mette a fuoco, in particolare, il processo di adeguamento dei sistemi di pagamento al dettaglio italiani al nuovo scenario europeo.

Il quaderno è completato, infine, da un'appendice normativa su supporto digitale, contenente il testo della direttiva 2007/64/CE, i *Rulebooks SEPA*, il *PE-ACH/CSM Framework* e l'atto di indirizzo BCE/2007/2, adottato dalla Banca Centrale Europea il 26 aprile 2007.

* * *

L'ampio spettro di materie toccate dagli studi ed approfondimenti oggi pubblicati dà esauriente conto della vastità degli argomenti da indagare che, anche alla luce degli esigui margini temporali a disposizione – il termine di recepimento negli ordinamenti nazionali della direttiva comunitaria 2007/64/CE scadrà il 1° novembre 2009, mentre il completamento della *Single Euro Payments Area* è stato programmato dalla Banca Centrale Europea entro il 2010 – sembra richiedere per il buon esito del processo di trasformazione in corso un eccezionale sforzo congiunto da parte di tutti i soggetti, privati e pubblici, chiamati a cooperare in vista della realizzazione di un'area unica dei pagamenti in euro.

In tale ottica, può formularsi l'auspicio che la proficua collaborazione fra il mondo universitario, la banca centrale, il settore bancario e le altre Autorità pubbliche, felicemente sperimentata nel corso del PRIN e di cui il presente quaderno costituisce una concreta testimonianza, possa proseguire positivamente anche in futuro, consentendo di affrontare efficacemente la grande sfida rappresentata dalla modernizzazione e dall'unificazione del sistema dei pagamenti europeo, completando con successo le importanti riforme in corso.

PARTE PRIMA
I servizi di pagamento

CAPITOLO I

I CONTI DI PAGAMENTO DEGLI ISTITUTI DI PAGAMENTO

Vittorio Santoro

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Profilo soggettivo. – 3. L'attività principale degli Istituti di pagamento. – 4. Le altre attività degli Istituti di pagamento. – 5. Conto di pagamento presso gli Istituti di pagamento e conto corrente bancario, caratteri comuni e differenze: la disponibilità. – 6. Segue: il collegamento negoziale. – 7. Segue. – 8. Il problema della clausola di interessi. – 9. Problematiche in caso di fallimento dell'Istituto di pagamento.

1. Premessa.

Oggetto delle pagine seguenti sarà il contratto che la direttiva 2007/64/CE del 13 novembre 2007, “*relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno*”, denomina “*conto di pagamento*”, con particolare riguardo al caso in cui tale contratto sia utilizzato da quei nuovi operatori del mercato monetario, gli Istituti di pagamento (d’ora in poi IP), che la medesima direttiva disciplina per la prima volta.

A tal fine mi riferirò, in modo particolare, ad alcune definizioni contenute nell’art. 4 della direttiva, nonché agli artt. 9 e 16, rispettivamente, rubricati “*Requisiti in materia di tutela*” e “*Attività*” e, infine, all’allegato che contiene l’elenco dei “*Servizi di pagamento*”.

Ai sensi del n. 14 dell’art. 4, direttiva n. 2007/64, conto di pagamento è “*un conto detenuto a nome di uno o più utenti di servizi di pagamento che è utilizzato per l’esecuzione delle operazioni di pagamento*”. Dalla definizione si ricavano con immediatezza alcune caratteristiche: 1) si tratta di un contratto che dà luogo ad un rapporto fra il cliente e un soggetto specializzato nell’offerta di servizi di pagamento, banca, istituto di moneta elettronica, ufficio postale o IP; 2) il rapporto può essere cointestato a più clienti; 3) dal punto di vista strutturale il rapporto è gestito “*in conto*”, vale a dire, con scritturazioni attive e passive, rispettivamente, indicanti gli accreditamenti a favore del cliente e gli addebitamenti, e con la conseguente evidenziazione del saldo a fine del periodo contabile convenzionalmente stabilito. Il conto di pagamento presenterà, pertanto, le caratteristiche strutturali di un conto corrente, ma non potrà essere confuso con il contratto disciplinato dall’art. 1823 e ss. c.c. In quest’ultimo, infatti, i crediti reciproci del correntista sono considerati “*inesigibili e indisponibili fino alla chiusura del conto*”, mentre, nel conto di pagamento il saldo è disponibile al pari di quanto accade nel conto corrente bancario (art. 1852 c.c.).

Nella logica della direttiva, il conto di pagamento si contrappone alla rimessa (art. 4, n. 13, direttiva n. 2007/64) che altro non è che “*un servizio di pagamento in cui i fondi sono consegnati da un pagatore senza che siano aperti conti di pagamento [corsivo mio] 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*”. La rimessa, dunque, è la singola operazione di pagamento dell’ordinante o del beneficiario, in relazione alla quale il rapporto con l’intermediario nel pagamento si chiude una volta eseguita l’operazione richiesta dal cliente. All’inverso il conto di pagamento contiene un programma contrattuale di esecuzione continuativa di servizi di pagamento, nella maggioranza dei casi, con riferimento sia ai trasferimenti verso terzi sia alle riscossioni da terzi. Il conto di pagamento, pertanto, è un contratto di durata con il quale l’intermediario si mette stabilmente a disposizione del cliente per effettuare operazioni di pagamento; laddove, la rimessa è un servizio di pagamento offerto occasionalmente.

In ogni caso, i “*prestatori di servizi di pagamento*” (quali definiti dall’art. 1, § 1, direttiva n. 2007/64) devono necessariamente offrire i loro servizi in serie, mettendosi a disposizione dei clienti con l’accettare “*rimesse*” e ancor più obbligandosi a svolgere il servizio di pagamento a mezzo di un contratto di “*conto di pagamento*”. In più, affinché il servizio sia fornito in modo efficiente, non è plausibile che l’intermediario svolga il servizio esclusivamente a favore di coloro che sono suoi clienti, ma è necessario che sia inserito in una rete di altri operatori che svolgono lo stesso suo mestiere in modo tale da potere raggiungere qualsiasi potenziale beneficiario e in modo tale che i suoi clienti pos-

sano essere raggiunti da qualsiasi potenziale ordinante, definito dalla direttiva in esame “pagatore” (art. 4, n. 7).

Proprio perché contiene un programma per l’esecuzione di future operazioni di pagamento che potrebbero non essere ancora individuate e lasciate alla futura determinazione del cliente, il conto di pagamento è, esso stesso, un contratto quadro ai sensi degli artt. 40 e ss., direttiva 2007/64/CE. Contratto quadro è, infatti, “*un contratto di servizi di pagamento che disciplina la futura esecuzione delle operazioni di pagamento individuali e successive*” (art. 4, n. 12, direttiva n. 2007/64). Lo stesso considerando 24 della direttiva osserva: “*in pratica, i contratti quadro e le operazioni di pagamento da questi contemplate sono di gran lunga più comuni ed economicamente rilevanti delle singole operazioni di pagamento. In presenza di un conto di pagamento o uno strumento di pagamento specifico, è necessario un contratto quadro*”.

Nella definizione, tuttavia, si aggiunge che il contratto quadro “*può comportare l’obbligo di aprire un conto di pagamento*”; sicché potrebbe aversi un contratto quadro senza apertura di un conto di pagamento. La ragione di ciò sta nel fatto che il contratto quadro è fattispecie più ampia del conto di pagamento in quanto può avere ad oggetto qualsiasi servizio di pagamento, mentre il conto di pagamento ha ad oggetto le sole operazioni di pagamento, vale a dire quel servizio con il quale il “*prestatore di servizi di pagamento*” si mette a disposizione del cliente per ricevere fondi in funzione del loro trasferimento ad un beneficiario, e/o riscuotere fondi per il beneficiario mettendoglieli poi a disposizione. Più precisamente per operazione di pagamento, l’art. 4, n. 5, direttiva n. 2007/64, intende “*l’atto, disposto dal pagatore o dal beneficiario, di collocare, trasferire o ritirare fondi, indipendentemente da eventuali obblighi sottostanti tra il pagatore o il beneficiario*”.

In tale senso si può dire che il conto di pagamento è sempre un contratto quadro, mentre un contratto quadro non è sempre un conto di pagamento. Il contratto quadro può essere, infatti, la cornice contrattuale che consente ai “*prestatori 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. Qualora il contratto quadro non comporti l’obbligo di aprire un conto di pagamento, il cliente-pagatore dovrebbe, di volta in volta, fornire la provvista per l’esecuzione degli ordini, mentre il cliente-beneficiario dovrebbe, volta per volta, prelevare per cassa. Si tratterà, dunque, di modalità operativa marginale come, per altro, si è già letto nel considerando 24.

Si noti ancora che il pagatore-ordinante, pur legato da un contratto quadro, potrebbe anche non utilizzare un conto di pagamento, quando si sia convenuto che la provvista necessaria all’operazione di pagamento sia versata volta per volta per cassa; tanto si evince dall’art. 47 direttiva 2007/64/CE (rubricato “*informazioni per il pagatore in merito a una singola operazione di pagamento*”), nel cui § 1 si fa espresso riferimento all’ipotesi che “*il pagatore non utilizz[i] un conto di pagamento*”.

Si potrebbe argomentare che anche il beneficiario possa convenire che gli accreditamenti siano messi a disposizione fuori del conto di pagamento; tuttavia l’art. 48 (rubricato “*informazioni per il beneficiario in merito a una singola operazione di pagamento*”) non solo non fa espresso riferimento al caso in cui il beneficiario non utilizzi un conto di pagamento, ma la sua lett. b), dispone che il “*prestatore di servizi di pagamento*” deve

informare il beneficiario, esclusivamente, circa “*l’importo dell’operazione di pagamento nella valuta in cui avviene l’accredito sul conto di pagamento del beneficiario*”. Laddove la simmetrica lett. b) dell’art. 47 è diversamente concepita in quanto recita che il “prestatore di servizi di pagamento” deve informare il pagatore non solo circa “l’importo dell’operazione di pagamento nella valuta in cui avviene l’addebito sul conto di pagamento del pagatore” ma in alternativa nella valuta “*utilizzata per l’ordine di pagamento*” [corsivi miei].

Sembra, pertanto, che l’accredito al beneficiario fuori di un conto di pagamento sia sempre da considerare una rimessa fuori anche da un contratto quadro, evidentemente perché nessuna differenza pratica di rilievo è prefigurata in ordine alle due ipotesi. Una conferma di ciò può ritrovarsi anche nell’art. 70, direttiva 2007/64/CE, ove si dispone che, in mancanza di un conto di pagamento del beneficiario, i fondi siano messi nella sua disponibilità con la tecnica della rimessa.

2. Profilo soggettivo.

La fattispecie “*conto di pagamento*”, sotto il profilo soggettivo, sembra prescindere dall’impresa che offre il servizio di pagamento. Anzi la definizione contenuta nell’art. 4, n. 14, individua quale parte necessaria del contratto l’utente del servizio: la ragione di ciò è facilmente ravvisabile nell’ottica consumeristica o, meglio, di protezione dell’utente che è uno dei motivi ispiratori della direttiva (v., in particolare, i considerando 20 e ss.). È sufficiente una breve rassegna delle disposizioni della direttiva per rendersi conto che, ogni qual volta si fa riferimento al conto di pagamento, lo si fa per dettare una regola di protezione dell’utente. Ciò è particolarmente evidente in ordine: al diritto all’informazione dell’utente (artt. 47-48); alle disposizioni in tema di valuta (artt.69-73); per l’inesatta esecuzione (art. 75).

Tale prospettiva, tuttavia, pur avendo un peso rilevante in termini di disciplina, non è utile ad identificare la fattispecie del contratto di cui ci stiamo occupando. A tal proposito conviene riprendere, piuttosto, la considerazione già svolta sopra secondo la quale il conto di pagamento è necessariamente un contratto di impresa offerto in serie da soggetti specializzati nel servizio di pagamento. Si tratta dei “*prestatori di servizi di pagamento*” quali elencati dall’art. 1 della direttiva; vi è conferma di ciò nel successivo art. 29 che stabilisce il divieto, per soggetti non rientranti nel novero dei “*prestatori di servizi di pagamento*”, di “*prestare i servizi di pagamento indicati nell’allegato*”. A loro volta, i numeri da 1 a 3 dell’allegato (su sette complessivi) fanno esplicito riferimento a servizi prestati utilizzando conti di pagamento; il n. 4 vi fa riferimento implicito.

Ci si deve chiedere a questo punto, se tutti i “*prestatori di servizi di pagamento*” possano intrattenere conti di pagamento con il pubblico degli utenti. La risposta è negativa per i soggetti elencati alle lettere e) e f) dell’art. 1, § 1, direttiva 2007/64/CE: si tratta delle banche centrali, degli stati e degli altri enti pubblici territoriali, che non svolgono servizi per il pubblico ma sono classificati tra i prestatori in quanto partecipanti al sistema dei pagamenti. Dubiterei, anche, che gli istituti di moneta elettronica (IMEL) possano detenere conti di pagamento, poiché la loro attività in termini contrattuali consiste essenzialmente nell’emissione e nella gestione di moneta elettronica; tuttavia, in senso inverso non si può dimenticare che l’art. 114-bis t.u.b. dispone, genericamente, che essi possono prestare servizi di pagamento. Credo che a tal proposito molto dipenderà dalle scelte dei legislatori nazionali.

I soggetti indicati nelle altre tre lettere sono le banche, gli uffici postali e gli IP istituiti proprio dalla direttiva in commento.

Quanto alle prime due categorie non mi sembra si possa dubitare del fatto che il conto di pagamento si identifichi, rispettivamente, nel conto corrente bancario ed in quello postale, infatti, l'uno e l'altro possono essere utilizzati dagli utenti per l'esecuzione dei servizi di pagamento. Si può dire, dunque, che il conto corrente bancario e quello postale, quali disciplinati, rispettivamente dal codice civile e dal d.p.r. 14 marzo 2001, n. 144 (modificato dal d.p.r. 298/2002), sono una specie del contratto che la direttiva designa quale conto di pagamento. In ragione di ciò, le disposizioni dettate nella direttiva a proposito del conto di pagamento, vale a dire quella disciplina di protezione dell'utente che sopra ho richiamato succintamente, si applicheranno anche ai ricordati contratti delle banche e degli uffici postali.

La specificità di questi ultimi sta nel fatto che i conti bancario e postale sono funzionali oltre che al servizio di pagamento anche alla gestione del risparmio della clientela. Il conto corrente bancario è altresì funzionale al credito alla clientela. Alla Posta è, invece, preclusa la possibilità di concedere credito nei confronti del pubblico perché per motivi di ordine pubblico non può assumere il rischio di credito proprio delle banche. Tuttavia, la Posta italiana ha stipulato con Deutsche Bank un accordo per la gestione indiretta degli scoperti sui conti postali. Salvo tale particolare, certamente non irrilevante, la legge speciale sui conti postali ormai richiama la disciplina del codice civile e del testo unico bancario a proposito del conto corrente bancario; ciò mi consentirà di prendere a punto di riferimento e di comparazione unicamente le norme relative a tale contratto bancario.

3. L'attività principale degli Istituti di pagamento.

Quanto agli IP, conviene partire dalla lettura della disposizione in proposito maggiormente significativa: l'art. 16, § 2, della direttiva dispone che *“Gli istituti di pagamento ai sensi del paragrafo 1, lettera a), possono detenere soltanto conti di pagamento utilizzati esclusivamente per le operazioni di pagamento; i fondi che gli istituti di pagamento ricevono da parte degli utenti di servizi di pagamento in vista della prestazione di servizi di pagamento non costituiscono depositi o altri fondi rimborsabili ai sensi dell'articolo 5 della direttiva 2006/48/CE, né moneta elettronica ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 2000/46/CE”*.

Non vi è dubbio che la disposizione è funzionale a distinguere l'attività degli IP rispetto alla più tradizionale attività bancaria, ma essa è anche funzionale a distinguere all'interno della fattispecie conto di pagamento, della quale ho sin qui parlato, una fattispecie più specifica di conto di pagamento di cui sia titolare un IP. La ragione della specificità è condensata in quell'avverbio *“esclusivamente”* che, necessariamente, connota i contratti di questi ultimi. Ma si proceda con ordine svolgendo dapprima alcune considerazioni sull'attività degli IP.

Si può facilmente prevedere che l'inserimento nell'ordinamento bancario nazionale della figura degli IP condurrà, in sede di attuazione, all'introduzione di un nuovo comma nell'art. 11 t.u.b., del tenore di quello già previsto per gli Imel, al fine di ribadire il concetto, espresso nella direttiva 2007/64/CE, che *“non costituisce raccolta del risparmio tra il pubblico la ricezione di fondi connessa alla prestazione di servizi di pagamento”*. Tuttavia, nell'atto stesso in cui si ribadirà una riserva piena a favore delle banche del-

l'attività di raccolta del risparmio, si genererà un *vulnus* ulteriore e notevole alla riserva di attività delle banche che rinfocolerà il dibattito circa la “*morte della banca*” secondo l'icastica espressione – da noi efficacemente ripresa nella recente monografia di Mario Porzio. A proposito degli Imel, è bene ricordare che esigenze sistematiche hanno indotto la dottrina maggioritaria ad escludere sia che siano vere e proprie banche sia che essi godano di un particolare privilegio, in quanto i menzionati Istituti, al contrario delle banche, non hanno la facoltà di fare credito, in particolare è loro vietato di utilizzare i fondi raccolti per fare credito.

Il caso degli IP presenta elementi di confusione più accentuati sia perché, ancorché con alcune cautele, possono concedere credito (v. art. 16, § 3, direttiva 2007/64/CE), sia perché – in prima approssimazione – essi sembrano svolgere una funzione monetaria in quanto il loro compito è proprio quello di effettuare la raccolta dei fondi a vista in funzione della gestione dei mezzi di pagamento.

Gli IP sono, dunque, banche? L'ipotesi può al più esprimere una tendenza di lungo periodo, ma allo stato essa deve essere radicalmente esclusa, oltre che per la già evidenziata sottolineatura circa l'affermata (dal legislatore comunitario) diversità dell'attività dei due istituti, per il fatto che la fattispecie banca, sia nell'ordinamento comunitario sia in quello interno, è fortemente formalizzata e sta ad indicare il soggetto autorizzato come tale a svolgere attività di raccolta di risparmio tra il pubblico in modo professionale (tale ultimo aggettivo è aggiunto dalla direttiva comunitaria e non dalla legge nazionale). È inutile aggiungere che le due caratteristiche summenzionate sono le due facce della medesima medaglia: a mano a mano che la banca perde i connotati socialmente tipici, è necessario che essa sia riconosciuta come tale in virtù di requisiti legali con un grado di formalità più accentuato.

Il ragionamento che si va sviluppando obbliga a chiedersi se gli IP abbiano la facoltà di svolgere l'attività bancaria – pur non essendo banche – in virtù di un privilegio loro consentito dal legislatore comunitario. L'affermazione coglie una parte della verità ma non tutta; ancora una volta, la volontà del legislatore comunitario è volta a ribadire che permarrà pur sempre una riserva di attività a vantaggio delle banche e, pertanto, si impone all'interprete la necessità di trovare una via intermedia idonea a differenziare l'attività degli IP da quella delle banche. L'art. 16, § 4, direttiva 2007/64/CE, non ammette dubbi in proposito; esso recita: “*Gli istituti di pagamento non effettuano l'attività di raccolta di depositi o altri fondi rimborsabili ai sensi dell'articolo 5 della direttiva 2006/48/CE*”.

La raccolta bancaria, come è ampiamente noto, ha una peculiarità, vale a dire quella di potere essere riutilizzata dalla banca al fine di concedere prestiti; sotto il profilo contrattuale, tale facoltà è garantita dalla disposizione in sede di deposito bancario secondo la quale la banca “*acquista la proprietà*” della “*somma di danaro*” depositata (art. 1834 c.c.) (tanto nei depositi a risparmio quanto in quelli in conto corrente). In quanto proprietaria la banca è libera, fatta salva la riserva di liquidità necessaria a far fronte alle richieste di rimborso dei clienti depositanti, di utilizzare le somme per finanziare i prenditori netti di credito: imprese, ma anche famiglie.

Da tale intermediazione la banca trae i propri guadagni; ma in definitiva la ragione per la quale il legislatore concede alla banca la possibilità di disporre delle somme depositate dalla clientela sta nel fatto che l'intermediazione creditizia produce un effetto moltiplicatore della moneta, con conseguenti ricadute benefiche per l'intera economia. Proprio per questo l'attività della banca è intrinsecamente pericolosa e, dunque allo stesso tempo, il legislatore (anche comunitario) la sottopone a controllo e regolazione e,

specularmente, ha predisposto una garanzia collettiva dei depositanti contro il rischio di insolvenza mediante i c.d. sistemi di garanzia dei depositi.

Il raffronto tra banche e IP può essere colto con immediata evidenza sotto tutti i profili sinteticamente evidenziati: 1) in primo luogo, i controlli e la regolazione degli IP sono di gran lunga più modesti rispetto a quelli delle banche, perché – come si legge nel considerando 11 – questi ultimi “*esercitano attività più specializzate e limitate, che generano rischi molto più ristretti e più facili da monitorare e controllare di quelli derivanti dalla più ampia attività degli enti creditizi*”; 2) in secondo luogo, non sono affatto prefigurati sistemi di garanzia a favore dei clienti che depositano somme presso gli IP, proprio perché agli IP “*dovrebbe essere vietato raccogliere depositi da utenti [sic!] e dovrebbe essere consentito usare i fondi consegnati solo per la prestazione di servizi di pagamento*” (considerando 11).

Si tratta di una scelta politica precisa del legislatore comunitario intesa ad abbattere, a favore degli IP, i costi diretti e indiretti inerenti alla regolazione delle banche al fine di introdurre un grado maggiore di concorrenza nel mercato dei servizi di pagamento; si possono leggere in tale senso tutti i primi considerando, ma in particolare il n. 10, della direttiva 2007/64/CE. Fa da contrappeso all’abbattimento di tali costi, la rigorosa esclusione degli IP dalla raccolta dei depositi fra il pubblico dei risparmiatori che, tuttavia, in altro non si sostanzia se non nella funzionalizzazione assoluta delle somme depositate al servizio di pagamento. Tali somme servono, al pari di quelle depositate presso una banca, a garantire la funzione di pagamento, ma non possono essere utilizzate per la funzione creditizia.

Dunque, dirimente è il riferimento al citato art. 16, § 2, che contiene l’elemento funzionale qualificante del contratto conto di pagamento degli IP: tale conto di pagamento può essere utilizzato esclusivamente per le operazioni di pagamento. La differenza rispetto al conto corrente bancario sta nell’avverbio esclusivamente. Quest’ultimo delimita la funzione in un doppio senso: da un lato perché il riferimento è solo a quei servizi di pagamento coperti dalla direttiva bancaria, essenzialmente dunque bonifici, addebitamenti diretti, gestione delle carte di pagamento, con l’importante esclusione del mezzo di pagamento più tradizionale anche se in via di obsolescenza, vale a dire l’assegno bancario, nonché delle operazioni di pagamento effettuate in contante (considerando 19). Dall’altro, delimita la funzione alle somme depositate quale provvista per i servizi di pagamento, quali bonifici e ordini di pagamento ricorrenti. Sembra, dunque, che le somme consegnate agli IP siano destinate a rimanere in cassa quale provvista per i successivi pagamenti. Ho detto in precedenza che gli IP possono fare credito, ma è bene a questo punto precisare che tra le condizioni (le cautele) poste dalla direttiva vi è quella che il credito non sia “*concesso utilizzando fondi ricevuti o detenuti ai fini dell’esecuzione di un’operazione di pagamento*”, art. 16, § 3, lett. c), direttiva 2007/64/CE.

Mi si consenta, a questo punto, un’osservazione incidentale ma di non scarso rilievo. Se il ragionamento che si va svolgendo è esatto, la conseguenza sarà che gli IP non potranno essere partecipi del processo che dà luogo al moltiplicatore del credito; or bene, da un punto di vista dei costi-benefici delle scelte legislative avrebbe dovuto essere accertato con maggiore cura se tale conseguenza negativa, in termini economici, sia più che compensata dal vantaggio atteso della riduzione dei costi nell’intermediazione dei pagamenti. Non mi risulta che tale valutazione sia stata fatta.

Il fatto che l’art. 16, § 2, direttiva 2007/64/CE, esprima in termini funzionali il connotato tipologico differenziale del contratto “*conto di pagamento dell’IP*”, rispetto

al contratto conto corrente bancario, quando precisa – lo si ripete ancora – che i conti di pagamento degli IP devono essere “*utilizzati esclusivamente per le operazioni di pagamento*”, deve necessariamente riverberarsi in termini contrattuali. Sicché, ai conti di pagamento degli IP, si dovrà escludere l’applicazione della disposizione dell’art. 1834 c.c. che prevede il passaggio della proprietà delle somme dal depositante al depositario.

Un’ulteriore conseguenza, in termini di disciplina del contratto, consisterà nell’esclusione dell’applicazione dell’art. 1853 c.c. Infatti, il forte vincolo di destinazione delle somme all’operazione o alle operazioni specificamente richieste dal cliente, impedisce che l’IP possa vantare l’ampia facoltà di compensazione, di cui invece si avvantaggiano le banche ai sensi dell’art. 1853 c.c.; in altri termini viene meno la giustificazione di una regola speciale e si ripristina la norma generale dell’art. 1246, n. 2, secondo la quale la compensazione non si verifica a fronte di “*credito per la restituzione di cose depositate*”.

4. Le altre attività degli Istituti di pagamento.

Le conclusioni appena raggiunte potrebbero essere messe in dubbio dalla lettura dell’art. 9 direttiva 2007/64/CE, in quanto tale disposizione sembra prospettare requisiti di tutela particolari solo con riguardo alle somme depositate presso IP che svolgano attività commerciali diverse dai servizi di pagamento.

Nell’economia del mio lavoro non mi soffermo su quelle altre attività rientranti nei servizi di pagamento ma che non si sostanziano nella gestione di un conto con la clientela, ad esempio gestione di sistemi di pagamento, garanzia dell’esecuzione di operazioni di pagamento ecc. (si veda l’elenco preciso nell’art. 16, § 1, e nell’allegato alla direttiva 2007/64/CE).

È necessario anche qui un passo indietro per rammentare che il legislatore comunitario ha preso atto che “*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*” (considerando 7). Pertanto, l’art. 16, § 1, lett. c), direttiva 2007/64/CE, dispone, in coerenza con il suddetto considerando, che gli IP possono svolgere anche “*attività commerciali diverse dalla prestazione di servizi di pagamento, tenuto conto delle disposizioni nazionali e comunitarie applicabili*”. Resta fermo che il legislatore, sia nazionale sia comunitario, può introdurre disposizioni più restrittive. Qualora l’attività di prestazione di servizi di pagamento non sia esercitata in esclusiva, l’art. 9, direttiva 2007/64/CE, a sua volta, si preoccupa di distinguere e tutelare specificamente i fondi che gli IP ricevono dagli utenti in funzione dei servizi di pagamento.

La tutela può consistere, alternativamente, in coperture assicurative o altre forme di garanzia dei fondi, oppure in tecniche di segregazione dei fondi depositati dagli utenti del servizio di pagamento rispetto a fondi diversi, comunque detenuti dall’IP.

È qui necessario spendere solo poche considerazioni in ordine ai sistemi che il legislatore comunitario suggerisce a quello nazionale ai fini di raggiungere l’obiettivo di sterilizzare i rischi. Quanto all’assicurazione dei depositi o forme equivalenti di garanzia (si pensi alle fideiussioni bancarie), è evidente che si fa affidamento sul patrimonio del soggetto garante. Il sistema riecheggia tecniche analoghe previste in alcuni ordinamenti,

in specie quello americano, in ordine all'assicurazione dei depositi bancari, volte a salvaguardare la liquidità occorrente con il patrimonio di un soggetto terzo.

L'altro sistema consiste nella segregazione patrimoniale; si tratta di sottrarre i depositi alla disponibilità diretta degli IP, perché siano tenuti in conti affidati alle banche ovvero affinché siano investiti "*in attività sicure, liquide e a basso rischio*". Gli IP possono detenere le disponibilità occorrenti per le esigenze giornaliere o, al più, nel caso di pagamenti ricorrenti o programmati e non esattamente prevedibili in anticipo, possono detenere le disponibilità calcolate secondo metodi statistici.

Si noti, tuttavia, che la segregazione è intesa a separare i fondi dei clienti che richiedono il servizio di pagamento da quelli di pertinenza di altri creditori ovvero propri del medesimo IP. La preoccupazione, alla base di tali disposizioni, è intesa a impedire che sia trasmesso al sistema dei pagamenti il rischio inerente ad attività commerciali di altro tipo. Le somme che gli utenti dei servizi di pagamento affidano agli IP devono essere sicure da ogni pretesa degli altri creditori; gli utenti devono potere considerare le somme disponibili nei conti di pagamento alla stregua di denaro contante. Solo tale diffuso convincimento, nell'opinione pubblica, consente un ordinato sviluppo del sistema in funzione dello stabilimento di un mercato interno comunitario evoluto.

Ci si può chiedere se la previsione di tutela dei fondi della clientela solo per il caso in cui l'IP eserciti contemporaneamente altra attività commerciale significa, all'inverso, che, quando il servizio di pagamento sia esercitato in esclusiva, il legislatore non ha ritenuto necessaria alcuna cautela sul presupposto che nessun serio rischio corrano i fondi.

In punto di fatto non vi è ragione per sostenere che non vi siano rischi. Vero è che l'IP non esercita l'attività di prestito alla clientela e che, quindi, dovrebbe utilizzare i fondi solo in funzione del servizio di pagamento; ma il punto non è solo questo, il nostro e gli altri mercati finanziari sono ricchi di esempi di allegra gestione dei fondi e titoli di pertinenza della clientela per scopi eterodossi, sicché anche nel caso dello svolgimento in esclusiva del servizio di pagamento il cliente corre il rischio del mancato rimborso nel caso di fallimento dell'intermediario.

L'esigenza di separare le somme del cliente dalle disponibilità degli IP non scompare nel caso di svolgimento di un'attività in esclusiva. Infatti, l'esigenza di segregare o garantire che i fondi destinati al servizio di pagamento siano salvaguardati riemerge con chiarezza in considerazione dell'art. 16, § 3, lett. c), direttiva 2007/64/CE, secondo il quale gli IP non possono concedere credito "*utilizzando fondi ricevuti e detenuti ai fini dell'esecuzione di un'operazione di pagamento*"; affinché ciò sia possibile vi deve essere, in ogni momento, la possibilità di individuare distintamente i fondi di pertinenza di ciascun cliente rispetto a quelli propri dell'IP e rispetto a quelli degli altri utenti; occorre prevedere una segregazione contabile e giuridica tale che si assicuri che, anche in caso di fallimento dell'IP, le somme siano integralmente restituibili alla clientela.

A tale fine sarà opportuno prendere in considerazione una disposizione analoga a quella che, per gli intermediari finanziari, il nostro legislatore ha dettato nell'art. 22 t.u.f. Dunque si dovrebbe dire – parafrasando qui la ricordata disposizione – che le somme di denaro dei singoli utenti dei servizi di pagamento, a qualunque titolo detenute dall'IP, costituiscono patrimonio distinto a tutti gli effetti da quello dell'intermediario e da quello degli altri clienti. Su tale patrimonio non sono ammesse azioni dei creditori dell'IP. Le azioni dei creditori dei singoli utenti saranno ammesse nei limiti del patrimonio di proprietà di questi ultimi.

5. Conto di pagamento presso gli Istituti di pagamento e conto corrente bancario, caratteri comuni e differenze: la disponibilità.

Credo che le premesse sin qui svolte mi permettano di ritornare al profilo contrattuale, e precisamente al conto di pagamento intrattenuto dall'utente con un IP. Non è possibile prevedere quali saranno le scelte legislative in sede di attuazione della direttiva; tuttavia, è probabile che il legislatore italiano non si preoccuperà di disciplinare una nuova fattispecie contrattuale, lasciando a tempi migliori la rivisitazione delle norme del codice civile. Ritengo, in ogni caso, che sarebbe inopportuno qualsiasi rinvio generico alle norme degli artt. 1852 ss. c.c. Difatti, il conto di pagamento detenuto presso un IP e il conto corrente bancario hanno alcune caratteristiche comuni, ma altre ben differenziate.

Al fine di rendersi conto dei punti di contatto così come delle differenze è utile fare riferimento: 1) sia alla “*disponibilità*”; 2) sia al “*collegamento negoziale*” con altri contratti mediante i quali il cliente fa provvista.

In altri miei scritti ho argomentato che il concetto di disponibilità implica la facoltà del correntista di disporre indirettamente delle somme di denaro, vale a dire la facoltà di dare ordini alla banca di pagare a terzi, così come quella di ricevere da terzi. Il correntista dispone di tale prerogativa proprio in ragione del fatto che la banca è inserita in una rete di altri soggetti idonea ai trasferimenti monetari, appunto il sistema dei pagamenti. Oggi si deve affermare che la facoltà di disporre connota, più in generale, qualsiasi conto di pagamento anche quelli detenuti presso gli uffici postali e presso gli IP, in tal senso depongono le già citate definizioni sia di conto di pagamento sia di operazione di pagamento (v. art. 4, rispettivamente nn. 14 e 7, direttiva 2007/64/CE). Il concetto di disponibilità in conto è presupposto anche dalle norme della direttiva che si occupano della data valuta, si considerino a tal proposito l'art. 69, § 2, e gli artt. 71 e 73.

In conseguenza si può affermare che il saldo di qualsiasi conto di pagamento, anche quello che l'utente detiene presso un IP, è disponibile nello stesso senso in cui il concetto è presupposto dall'art. 1852 c.c. Tuttavia, in quest'ultimo caso, non si tratta di una disponibilità generalizzata, bensì di una disponibilità limitata a quei servizi di pagamento coperti dalla direttiva, con esclusione, dunque, dell'utilizzabilità del saldo per l'emissione di assegni bancari.

Il saldo positivo è anche esigibile dal cliente; anzi qualora il cliente agisca quale beneficiario del servizio, l'art. 73, § 1, direttiva 2007/64/CE, dispone esplicitamente che “*Il prestatore di servizi di pagamento del beneficiario assicura che l'importo dell'operazione di pagamento sia a disposizione del beneficiario non appena tale importo sia accreditato sul proprio conto*”. Ciò consente al beneficiario sia di utilizzare la provvista per impartire, a sua volta, ordini di pagamento (disponibilità del saldo), sia di prelevare per cassa (esigibilità del saldo). A me sembra che il connotato funzionale del contratto, vale a dire la sua destinazione esclusiva al servizio di pagamento, presuma una riutilizzo del saldo in tempi brevi, in mancanza della quale sarebbe opportuna l'introduzione di un obbligo di trasferire il saldo su un vero e proprio conto di deposito, cioè su un conto funzionale anche al servizio creditizio. Ma si tratta di una mia personale preferenza, volta a rimarcare la differenza fra la funzione monetaria, che è anche degli IP, rispetto alla funzione creditizia, che è solo delle banche; nello stesso senso, tuttavia, depone il più autorevole parere della Banca Centrale Europea (v. il punto 12.5 del Parere, 26 aprile 2006, in *G.U.U.E.*, 9 maggio 2006, C 109/10). La direttiva, tuttavia, nulla dice esplicitamente in proposito e potrebbe anche essere giustificata un'attuazione per così

dire più “*tollerante*”, in considerazione del fatto che l’IP non può sapere se la giacenza delle somme su un conto sia effettivamente funzionale alle esigenze di pagamento del cliente. Lo stesso utente, d’altra parte, potrebbe avere necessità o voglia di cambiare le proprie esigenze.

6. Segue: il collegamento negoziale.

Quanto al collegamento negoziale, si deve considerare che il conto di pagamento presso un IP potrà essere alimentato sia da somme messe a disposizione dal medesimo IP, sia, e più frequentemente, da somme dello stesso cliente.

Nel primo caso l’analogia con il conto corrente bancario finisce qui, posto che il contratto con il quale l’IP mette le somme a disposizione del cliente non è assimilabile ad un’apertura di credito. Infatti, l’art. 16, § 3, direttiva 2007/64/CE, dispone che gli IP “*possono concedere crediti relativi ai servizi di pagamento di cui ai punti 4, 5 e 7 dell’allegato soltanto se sono soddisfatte*” alcune condizioni. Rilevanti ai fini del nostro discorso sono: 1) la condizione “*che il credito sia accessorio e concesso esclusivamente in relazione all’esecuzione di un’operazione di pagamento*”; 2) e la condizione che il credito sia “*rimborso entro un breve periodo che in nessun caso [potrà essere] superiore a dodici mesi*”. La condizione sub 1) impedisce che l’IP si obblighi a tenere a disposizione dell’utente una somma di denaro; infatti, diversamente che nell’apertura di credito, la concessione di credito è “*accessoria*” ad uno o più pagamenti, comunque, predeterminati. In conseguenza, qualora l’operazione di pagamento non si voglia o non si possa più fare, cessa l’obbligo dell’IP di concedere il finanziamento; laddove, all’opposto, nell’apertura di credito l’obbligo di tenere le somme a disposizione del cliente permane indipendentemente dall’utilizzazione che ad essa voglia imprimere il correntista e, persino, se la disponibilità rimanga inutilizzata. Quanto alla condizione sub 2), il termine di rientro di dodici mesi è incompatibile, quantomeno, con l’operatività a tempo indeterminato che è, invece, il *modus operandi* di gran lunga più frequente nell’apertura di credito.

Dal punto di vista della ricostruzione della fattispecie è più problematico il collegamento del conto di pagamento presso l’IP con il contratto mediante il quale l’utente consegna somme di denaro in funzione dell’alimentazione del conto.

La consegna di somme di denaro da parte della clientela presso gli IP è eseguita a titolo di provvista per le successive operazioni di pagamento; essa può essere originata anche da accreditamenti conseguenti ad ordini di pagamento provenienti da terzi e destinati dal cliente a successivi pagamenti. La prossimità con il *modus operandi* delle somme depositate su conti di corrispondenza bancaria è apparentemente notevole, tuttavia, la direttiva insiste sul fatto che “*gli istituti di pagamento non possono effettuare l’attività di raccolta di depositi o altri fondi rimborsabili ai sensi dell’articolo 5 della direttiva 2006/48/CE*”.

In primo luogo, è interessante ed importante rilevare che il legislatore comunitario evita di definire la consegna di fondi agli IP quale deposito. In particolare nel considerando 11), si afferma che agli IP “*dovrebbe essere vietato raccogliere depositi da utenti e dovrebbe essere consentito usare i fondi consegnati dagli utenti solo per la prestazione di servizi di pagamento*”; si fa uso dell’espressione fondi ricevuti/consegnati anche nell’art. 9, § 1 e 2, direttiva 2007/64/CE. Per la verità, la mia affermazione è contraddetta dalla rubrica

dell'art. 71, ove si fa espresso riferimento ai “*depositi versati in un conto di pagamento*” e dal n. 1 dell'allegato, ove si elencano i “*servizi che permettono di depositare il contante su un conto di pagamento...*”. L'obiezione è presto superata in considerazione del fatto che si tratta di una cattiva traduzione; infatti, se si consulta il testo inglese si scopre che, sia nel primo sia nel secondo caso, il termine adoperato è “*placed*” (collocati) e non “*deposited*” come si traduce somme “*depositate*” nel linguaggio giuridico del R.U., e come, altrove, si dice nella medesima direttiva (v. ancora il citato art. 9).

Tali reticenze nell'uso del sostantivo deposito o del verbo depositare, usato invece per sottolineare che agli IP è vietata la raccolta bancaria, si spiega con la volontà legislativa di salvaguardare la riserva di attività esclusiva a favore delle banche; la prova che l'uso della ricordata terminologia non è casuale ma consapevolmente scelta dal legislatore comunitario è evidente proprio nell'art. 9, §§ 1 e 2, ove nel medesimo contesto i termini “*consegnati*” e/o “*ricevuti*” sono usati in contrapposizione al termine “*depositate*”. Specularmente, in termini contrattuali, la suddetta reticenza mi sembra che confermi anche il convincimento, già sopra acquisito, che le somme consegnate dall'utente all'IP non sono assimilabili ai depositi bancari quali disciplinati dall'art. 1834 c.c.; probabilmente, indica ancora che le somme consegnate non sono assimilabili neppure al deposito irregolare di cui all'art. 1782 c.c., posto che in ordinamenti di altri paesi europei non esiste uno specifico contratto di deposito bancario ma, piuttosto, l'utilizzazione del deposito irregolare da parte delle banche.

D'altra parte, lo stesso art. 16, § 3, lett. c), direttiva 2007/64/CE, impedisce di considerare le somme consegnate dall'utente all'IP sia quale deposito bancario sia quale deposito irregolare. La disposizione, nel consentire agli IP la concessione del credito, specifica che “*tale credito non è concesso utilizzando fondi ricevuti o detenuti ai fini dell'esecuzione di un'operazione di pagamento*”; il divieto, per essere operativo, presuppone che l'IP non diventi proprietario delle somme consegnate, né automaticamente come vuole, invece, l'art. 1834 c.c. per i depositi bancari, né con il consenso del depositante, come concede la norma sul deposito irregolare (art. 1782 c.c.). Il divieto di utilizzare i fondi degli utenti impedisce, ancora, di qualificare il rapporto con gli IP quale mutuo, contratto con il quale parimenti il mutuatario diverrebbe proprietario delle somme consegnate.

Le conclusioni sin qui raggiunte in ordine alla fattispecie, sotto il profilo della disciplina conducono ad affermare che: 1) la restituzione delle somme dagli IP agli utenti non costituisce pagamento e, dunque, non è soggetta alla revocatoria fallimentare ai sensi dell'art. 67 l. fall.; 2) il diritto alla restituzione non si prescrive.

7. Segue.

Il fatto che le somme di denaro siano consegnate, ricevute o collocate descrive, nel linguaggio comune, ciò che avviene tra utente ed IP, tuttavia, non dà alcuna indicazione in termini di qualificazione giuridica del rapporto. Solo per esclusione si dovrà parlare di un deposito regolare in funzione di un servizio, ma più esattamente di un mandato di pagamento per conto dell'utente. In tale ultimo senso, dal punto di vista formale si dà rilievo al fatto che il legislatore comunitario non parla di deposito bensì di consegna/ricevimento delle somme, dal punto di vista sostanziale si dà rilievo al fatto che l'IP è incaricato di un servizio e che a tal fine l'utente gli somministra le somme necessarie.

In ogni caso, sia che si parli di deposito (regolare) (art. 1766) sia che si parli di mezzi somministrati al mandatario (art. 1719 c.c.) le conseguenze sono analoghe, in termini, sia di responsabilità sia di obblighi di restituzione da parte degli IP. Il mandatario al pari del depositario è obbligato a custodire diligentemente le cose affidategli dall'utente, rispettivamente art. 1718 c.c. e art. 1768 c.c. L'obbligazione di custodia è, a sua volta, funzionale all'obbligazione di restituzione, art. 1771 c.c. (per il contratto di deposito), art. 1713 c.c. (per il mandato).

A tale ricostruzione si frappone ancora un ostacolo. Infatti, il denaro è cosa determinata solo nel genere sicché, finché rimane nelle casse dell'IP, sarebbe irrimediabilmente confuso con il denaro dello stesso IP oltre che con quello degli altri utenti. L'art. 1378 c.c. dispone, difatti, che *“nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento di cose determinate solo nel genere, la proprietà si trasmette con l'individuazione...”*. Sono le somme di denaro consegnate all'IP individuate anche in pendenza della restituzione ovvero del trasferimento a soggetti terzi?

È evidente che le somme così consegnate non sono né deposito chiuso, né biglietti di banca identificati a mezzo dei numeri di serie. L'identificazione del contante nella sua materialità sarebbe incompatibile con il funzionamento di un sistema di pagamento, che non trasferisce la moneta cartacea ma piuttosto trasmette informazioni relative a somme di denaro al fine della compensazione e del regolamento delle operazioni di pagamento. D'altro lato, si è già visto che l'alternativa, data dalla segregazione o dalla garanzia delle somme consegnate, è tecnica più onerosa destinata a proteggere gli utenti solo in presenza di una contestuale attività commerciale di altro tipo degli IP (v. art. 9, direttiva 2007/64/CE).

Ciò nonostante, a me sembra che il legislatore comunitario si preoccupi di garantire che l' *“individuazione”* delle somme consegnate sia, costantemente, garantita attraverso meccanismi di doppia separazione, sia delle somme degli utenti rispetto a quelle degli IP, sia di quelle di ciascun utente rispetto a quelle degli altri.

Vi sono, nella direttiva, indici che depongono in tale senso. In primo luogo, l'art. 16, § 3, lett. c), vietando all'IP di fare credito *“utilizzando fondi ricevuti ai fini dell'esecuzione di un'operazione di pagamento”*, non solo presume che i fondi degli utenti debbano complessivamente essere distinti dai fondi propri dell'IP, ma presuppone anche la separazione dei fondi di ciascun cliente anzi, di più, la separazione dei fondi pertinenti a ciascuna operazione di pagamento. Ciò si deduce dall'uso del singolare, anziché del plurale: i fondi relativi ad ogni *“operazione di pagamento”* sono vincolati alla medesima operazione. Pertanto, l'IP non può adoperare i saldi positivi di alcuni conti per: 1) finanziare terzi prenditori netti; 2) coprire i saldi negativi di conti diversi da quello dell'utente interessato all'operazione; 3) ma, nemmeno, salvo il consenso espresso dell'utente, coprire i saldi negativi di altre operazioni dello stesso utente.

Gli IP devono provvedere ad un'evidenza contabile separata con riferimento a ciascun cliente e, persino, a ciascuna operazione. Ogni operazione di pagamento gestita da un IP rileva nella sua individualità, tant'è che l'art. 19, direttiva 2007/64/CE, dispone che *“gli Stati membri esigono che gli istituti di pagamento tengono tutte le registrazioni adeguate ai fini del presente titolo per un periodo di almeno cinque anni ...”* [corsivo mio].

Al fine di garantire l'effettività di un'evidenza contabile separata di ciascuna operazione (con una valenza che prescinde dalla peculiarità degli IP), il legislatore comunitario si preoccupa di rafforzare l'obbligo di registrazione dei *prestatori di servizi di*

pagamento con un'ulteriore registrazione per c.d. "neutrale". Si legge, difatti, nel considerando 46), che "di norma, si può prevedere che l'istituzione intermediaria, solitamente un organismo 'neutrale' quale una banca centrale o una stanza di compensazione, che trasferisce l'importo del pagamento dal prestatore di servizi di pagamento che effettua il trasferimento al prestatore di servizi di pagamento ricevente archivi i dati contabili e sia in grado di fornirli ogniqualvolta sia necessario".

8. Il problema della clausola di interessi.

Se si condividono le precedenti argomentazioni, occorre concludere che è incompatibile con il conto di pagamento presso un IP la corresponsione di un interesse a favore dell'utente. Infatti, non solo il deposito regolare è incompatibile con il pagamento di interessi a favore del depositante, ma la medesima regola vale anche per le somme somministrate al mandatario o da questi ricevute per conto del mandante. Si fa salva, in quest'ultimo contratto, la corresponsione di interessi ai sensi dell'art. 1714 c.c.; tale norma è volta ad evitare che il mandatario approfitti del denaro del mandante e, a tal fine, dispone che il mandatario corrisponda l'interesse legale: 1) se non consegna/spedisce le somme ricevute da terzi a favore del mandante (o, si ritiene anche, somministrate dal medesimo mandante) nel termine convenuto; 2) oppure se non le utilizzi secondo le istruzioni ricevute.

Con specifico riguardo ai conti di pagamento detenuti dagli IP è significativa la posizione della Banca Centrale Europea (Parere del 26 aprile 2006, cit., punto 12.5), la quale si chiedeva "*che cosa significhi il riferimento al conto «utilizzato esclusivamente per le operazioni di pagamento»*" e suggeriva di interpretarlo come "*esclusione dei conti produttivi di interessi*" e preclusione della "*possibilità di conservare i fondi per un periodo più lungo di quello strettamente necessario per effettuare l'operazione*".

Il testo definitivo della direttiva 2007/64/CE non ha recepito, in termini espliciti, l'osservazione della Banca Centrale. La questione rimane pertanto aperta, salva la possibilità, che personalmente auspico, che il legislatore nazionale la risolva in modo chiaro nel senso indicato dalla Banca Centrale Europea. Quanto alla direttiva essa, da un lato, indica a più riprese l'obbligo dei *prestatori di servizi di pagamento* di informare gli utenti in ordine ai tassi di interesse, ma ciò si dispone a proposito del contratto quadro che può essere utilizzato da tutti gli operatori per tutti i servizi di pagamento; d'altro lato, nulla dice di tassi di interesse il capo 1, titolo II, specificamente dedicato agli IP ed al conto di pagamento presso di essi.

Il legislatore nazionale farebbe bene a vietare agli IP di corrispondere interessi agli utenti proprio in ragione del fatto che essi non potranno utilizzare le somme di pertinenza della clientela. Altra cosa sarebbe, invece, in analogia con la disposizione dell'art. 1714 c.c., obbligare gli IP alla corresponsione dell'interesse legale sulle somme ricevute a beneficio dell'utente ovvero da questi somministrate (ma per qualche ragione non utilizzate), qualora le stesse non siano restituite in un termine breve. Tale approccio sarebbe un disincentivo del comportamento improprio dell'IP, inteso a conservare i fondi del cliente per un periodo più lungo di quello strettamente necessario per effettuare l'operazione e, dunque, corrisponderebbe alla preoccupazione espressa dalla Banca Centrale Europea.

9. Problematiche in caso di fallimento dell'Istituto di pagamento.

Il ragionamento sin qui svolto conduce ad affermare che le somme di denaro del singolo cliente sono “*patrimonio distinto*” rispetto al patrimonio dell'intermediario e rispetto al patrimonio di ogni altro utente. Pertanto, qualora i conti siano tenuti in ordine dall'IP, non dovrebbe esservi neanche il problema della confusione con le somme di pertinenza di altri utenti e, ancor più, dell'IP fallito. L'utente (sia egli proprietario, possessore, legittimo detentore) potrà chiedere la restituzione delle somme nei confronti del fallimento dell'IP ai sensi dell'art. 103 l. fall. perché le somme di denaro saranno contabilmente individuate, ai sensi dell'art. 1378 c.c., in capo a ciascun cliente e, per giunta, nel caso in cui le somme siano pervenute all'utente beneficiario tramite un sistema di pagamento, il dato contabile sarà registrato (dunque individuato) anche nell'archivio di un soggetto terzo.

Problemi ulteriori sorgono nel caso in cui la contabilità separata non sia in ordine. Potrebbe accadere che il disordine non riguardi la separazione rispetto al patrimonio dell'IP, bensì l'impossibilità di distinguere il patrimonio di ciascun cliente. In questo caso le somme di pertinenza della clientela sarebbero “*depositate*” alla rinfusa presso l'IP, ma sarebbero pur sempre nel loro complesso riconoscibili e non confuse con il patrimonio dell'IP fallito, sicché ugualmente non vi sarebbe ragione di pregiudicare il diritto alla restituzione dei clienti. Questi dovrebbero, tuttavia, esercitare un'azione di separazione ai sensi dell'art. 939, co. 1, c.c. e, conseguentemente, quella di restituzione. Qualora il monte complessivo di denaro attribuibile agli utenti dell'IP non fosse tale da potere soddisfare le legittime pretese degli utenti (evidentemente in ragione di irregolarità tipiche in caso di fallimento), quest'ultimi si ripartirebbero l'ammontare complessivo in proporzione alle somme di loro pertinenza e in concorso tra di loro, ma non in concorso con i creditori diretti dell'IP.

Infine, nell'ipotesi che l'irregolarità dei dati contabili non consenta nemmeno di distinguere tra il patrimonio dell'IP e il complesso delle somme di pertinenza della clientela, ancora potrebbe essere individuata all'interno del patrimonio dell'IP una massa riferibile, almeno parzialmente, agli utenti ovvero ad alcuni utenti; si potrebbe ad es. ricorrere all'archivio dati della banca centrale o della stanza di compensazione. In caso contrario, ai clienti degli IP non rimarrebbe che concorrere con i creditori di quest'ultimo nell'attivo fallimentare, ferma restando, anche in tale ipotesi, la facoltà di insinuare al passivo fallimentare anche il credito al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 103, co. 2, l. fall. che rinvia all'art. 1706 c.c., per violazione degli obblighi di diligenza ai sensi degli artt. 1718 e 1768 c.c., già sopra individuati quali fonti della responsabilità degli IP.

Né problemi mi sembra sussistano in ordine alla data certa necessaria al fine dell'esercizio dell'azione di cui all'art. 103 l. fall. Infatti, quanto alla ricezione degli ordini di pagamento essi dovrebbero risultare da data certa fornita su supporto cartaceo o, comunque, durevole (v. combinato disposto degli artt. 42, § 2, lett. d), e 64, nonché art. 47, § 1, lett. e), direttiva 2007/64/CE); quanto agli accreditamenti a favore del beneficiario, la data dovrebbe, analogamente, risultare dal supporto cartaceo o durevole inviato ai sensi degli artt. 41, § 1, e 48, § 1, lett e), direttiva 2007/64/CE).

CAPITOLO II
LA NUOVA DISCIPLINA PRIVATISTICA COMUNITARIA
DEI SERVIZI DI PAGAMENTO: REALIZZAZIONI E PROBLEMI DELLA
SINGLE EURO PAYMENTS AREA (SEPA)

Onofrio Troiano

SOMMARIO: 1. *Il mercato europeo dei pagamenti: una costruzione a più mani.* – 2. *L'architettura della direttiva: la scelta di varare una disciplina generale dei servizi di pagamento.* – 3. *Aspetti critici della scelta unitaria alla luce delle differenze tra incarichi di pagamento (credit transfers) ed incarichi di riscossione (debit transfers): a) la disciplina della revoca dell'ordine; b) la disciplina dell'inadempimento; c) la disciplina degli ordini non autorizzati.* – 4. *La disciplina unitaria del mercato retail e del mercato dei pagamenti di importo rilevante: eterogenesi dei fini alla luce della distinzione tra norme cogenti (per i consumatori) e norme dispositive (per gli altri utenti).*

1. Il mercato europeo dei pagamenti: una costruzione a più mani.

La moneta unica europea ha rappresentato un formidabile volano per le iniziative comunitarie, volte alla creazione di un mercato interno dei servizi di pagamento e al superamento del carattere nazionale delle regole, specie con riferimento al settore dei pagamenti di importo non rilevante (*retail banking*) (1).

Se, infatti, al momento dell'introduzione dell'euro, il settore dei pagamenti *wholesale* (bonifici di importo rilevante) si era già munito, dal 4 gennaio 1999, di un sistema di pagamento che collegava tra loro le banche centrali nazionali con creazione di un circuito europeo – il sistema TARGET, che la Banca centrale europea ha ora sostituito con il nuovo sistema TARGET 2 e che riveste un ruolo fondamentale nel *settlement* dei pagamenti SEPA di importo rilevante (2) –, il settore dei pagamenti *retail* si presentava ancora frazionato su base nazionale, sia sul piano delle infrastrutture, sia su quello delle regole di funzionamento.

(1) Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo relativa a un nuovo quadro normativo per i pagamenti nel mercato interno del 2 dicembre 2003, COM (2003) 718 def.

(2) Ai sensi dell'Indirizzo della Banca Centrale Europea del 26 aprile 2007, relativo ad un sistema di trasferimento espresso transeuropeo automatizzato di regolamento lordo in tempo reale (TARGET 2), in G.U.U.E. 8 settembre 2007, L 237/1, Allegato II, art. 3.1, sono elaborati in TARGET 2: il “c) regolamento di trasferimenti in euro derivanti da operazioni nei sistemi di compensazione transfrontalieri di importo rilevante; d) regolamento di trasferimenti in euro derivanti da operazioni nei sistemi di pagamento al dettaglio in euro di importanza sistemica ...” (e v. già, con riferimento a TARGET, l'art. 3, lett. e), n. 1 dell'Indirizzo BCE del 30 dicembre 2005, G.U.C.E. 23 gennaio 2006, L 18/1, a cui tenore dovevano “*tramutare su TARGET i pagamenti direttamente risultanti da, ovvero effettuati in connessione a: ... iii) regolamento dei sistemi internazionali di compensazione che trattino pagamenti di importo rilevante denominati in euro*”).

Il precedente sistema TARGET – e così pure l'attuale TARGET 2 –, di proprietà dell'Eurosistema, aveva una struttura decentralizzata, che collegava 16 sistemi nazionali di regolamento all'ingrosso in tempo reale. Esso riguardava tutti i *credit transfers* in euro e non prevedeva alcun limite di valore, né minimo, né massimo, per i pagamenti effettuati. Tra i massimi sistemi di pagamento per importi rilevanti, utilizza SWIFT come *network service provider* e funziona in *RTGS mode* (ossia, il *settlement* avviene per ciascun pagamento – su una *order-by-order basis*, senza *netting* – e in tempo reale, continuamente rispetto agli ordini immessi): cfr. *The Evolution of Large-Value Payment Systems in the Euro Area*, in *ECB Montly Bulletin*, August 2006, 73, 75 ss.

In corso di operatività, il maggior problema di TARGET è stato che ciascuno dei sistemi nazionali, posti in comunicazione, aveva propri standards tecnico-operativi. Con il recente varo di TARGET 2, si sono armonizzati gli aspetti strutturali, rimpiazzando l'attuale sistema decentralizzato con una piattaforma tecnica comune, *SSP, Single Shared Platform*, gestita dalle Banche centrali francese, italiana e tedesca. L'operatività di TARGET 2 è iniziata il 19 novembre 2007 con un primo gruppo di nazioni ‘*migranti*’ dal sistema più risalente. Tale migrazione è finita nel maggio 2008: cfr. il *Fifth Progress Report on Target 2*, October 2007, scaricabile dal sito della Banca Centrale Europea: www.ecb.europa.eu.

Ulteriori novità di TARGET 2 consistono in regole per favorire il *liquidity management* (rispetto al ‘vecchio’ TARGET, accusato di essere *liquidity intensive*: in proposito, M. MANCINI, *Il sistema dei pagamenti e la Banca centrale*, in *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, a cura di Galanti, Padova, 2008, 1105, 1127 e 1135 e ss.), nonché in servizi di *settlement* anche per gli *ancillary systems*, compresi i sistemi al dettaglio: cfr. l'art. 8 e l'Allegato IV dell'Indirizzo BCE 26 aprile 2007, cit. È stata anche adottata infine una *pricing structure* che elimina ogni differenza tra pagamenti nazionali e *cross-border*: cfr. il documento *Target 2 – Innovation and Transformation*, scaricabile da www.ecb.europa.eu; nonché *The Evolution ...*, cit., 80-81.

Grazie a tali innovazioni TARGET 2 consentirà una progressiva armonizzazione delle *business practices* relative ai *large-value payments* dell'area euro (che comprendono, sia gli ordini di bonifico, sia le istruzioni di addebito diretto: Indirizzo BCE 26 aprile 2007, cit., art. 13). La regolamentazione di TARGET 2 è completata dalla Decisione della Banca Centrale Europea del 24 luglio 2007, relativa ai termini e alle condizioni di TARGET 2 – BCE, in G.U.U.E. 8 settembre 2007, L 237/71.

Nel settore dei pagamenti per importi rilevanti non può trascurarsi un rapido cenno alle iniziative del settore privato. Fin dal giugno 1998, 52 banche tra le maggiori europee e internazionali hanno promosso la

Le iniziative tese a superare il *gap* nazionalistico nel settore *retail* sono state fondate sulla collaborazione tra le istituzioni comunitarie e l'industria bancaria europea.

Nel giugno 2002 – con il pieno appoggio della Banca Centrale Europea, delle Banche Centrali Nazionali (Eurosistema) e della Commissione, che hanno condiviso di seguire un *self regulatory approach* – è stato creato lo *European Payments Council (EPC)*, organo decisionale e di coordinamento dell'industria bancaria europea nel settore dei pagamenti, con il compito di sviluppare ed attuare il progetto di costituire una *Single Euro Payments Area (SEPA)* (3).

L'iniziativa – che riguarda il mercato dei pagamenti in euro e si propone, appunto, di “*harmonising millions of everyday 'retail' payments*” (4) – rimuove ogni differenza tra pagamenti nazionali e pagamenti intracomunitari, per assoggettarli indistintamente a regole comuni (5). Ed, infatti, la constatazione che le regole disciplinanti il traffico dei pagamenti sono sempre state promosse al livello nazionale fa riferimento non tanto alle (sparute) regole di origine legislativa, quanto proprio alla fitta regolamentazione stabilita dall'industria bancaria – profondamente novellata, a partire dagli anni '80, a séguito della trasformazione dei servizi di pagamento da una base documentale ad una elettronica –, che, sotto la vigilanza delle Banche centrali nazionali, riguarda ogni singolo servizio di pagamento.

costituzione di *EBA Clearing*, per affidargli la gestione di EURO 1, sistema di pagamento in euro di importo rilevante. Avvalendosi della *messaging infrastructure and computing facilities* di SWIFT, EURO 1 effettua il regolamento alla fine della giornata – e quindi, a differenza di TARGET 2, non opera in *RTGS mode*, bensì con modalità di *netting* – via TARGET 2, su conti detenuti presso la BCE. Dal 2003 EURO 1 ha esteso la sua operatività dai *credit transfers* ai *debit transfers* (per informazioni aggiornate v. il sito www.ebaclearing.eu).

È costante un processo di consolidamento. Al momento del varo di TARGET vi erano, oltre EURO 1, altri quattro sistemi di pagamento per importi rilevanti nell'area euro: quello tedesco EAF e quello spagnolo SPI non sono più operativi, ed è stata già annunciata come imminente la cessazione di operatività del sistema francese PNS (*Paris Net Settlement*). Permane solo il sistema finlandese POPS, del tutto marginale: cfr. *The Evolution ...*, cit., 76-77.

Attualmente il mercato è suddiviso tra TARGET 2 ed EURO 1 – con un ulteriore sistema di regolamento privato, il *Continuous Linked Settlement (CLS)*, attivo specialmente per il regolamento delle operazioni in cambi –, secondo una struttura, che ribadisce quella statunitense (dei pagamenti di importo rilevante in dollari), dove coesiste un sistema *RTGS* pubblico (*Fedwire*) ed un sistema (non *RTGS*, perché opera il *netting*) privato (*CHIPS*). Ma, negli ultimi tempi, è stato riscontrato un incremento del valore medio dei pagamenti che transitano in TARGET (pari a 6.4 milioni di euro nel 2005) ed una diminuzione costante dello stesso dato nel sistema EURO 1 (0.9 milioni di euro), ad indicare uno spostamento dell'attività di quest'ultimo verso l'elaborazione di pagamenti di medio-piccolo importo: cfr. *The Evolution ...*, cit., 78-79.

(3) A quel tempo lo *EPC* era formato da 42 banche dalle tre *European Credit Sector Association* e dalla *Euro Banking Association*. Oggi i suoi membri sono 66 ed appartengono a 27 Stati europei. In quell'occasione fu presentato un Libro bianco, intitolato “*Euroland: Our Single Payment Area*”, e pronunciata la seguente dichiarazione:

“*We, the European banks and European Credit Sector Association:*

- *share the common vision that Euroland payments are domestic payments,*
- *join forces to implement this vision for the benefit of European customers, industry and banks and accordingly,*
- *launch our Single Payments Area”.*

Tutti i materiali relativi a tale iniziativa sono agevolmente consultabili sul sito dell'EPC: www.europeanpaymentscouncil.eu.

(4) V. il documento “*SEPA Explained*”, scaricabile dal sito www.europeanpaymentscouncil.eu.

(5) Il riferimento geografico dell'iniziativa *SEPA* è a tutti i paesi membri della Unione europea, nonché alla Norvegia, Svizzera, Lichtenstein e Islanda. Il progetto *SEPA*, quindi, si propone la partecipazione anche di quelle nazioni che non rientrano nell'area dell'euro, consentendo di partecipare ai sistemi di pagamento in euro (mentre restano esclusi quelli in moneta nazionale) e di adottare *standards and practices* della *SEPA*: cfr. BANCA CENTRALE EUROPEA, “*The Single Euro Payments Area (SEPA): an Integrated Retail Payments Market*”, cit., 6.

Lo sforzo titanico è stato ricondurre tali regole (tante, quanti sono gli Stati membri della UE) ad unità. Come è noto, l'opera è cominciata con il principio della *equal charges* tra pagamenti domestici e *cross border* effettuati in euro – principio posto dal Regolamento 2560/2001 (6) – che, però, a fronte di una realtà ancora 'nazionalizzata', ha creato un serio squilibrio tra costi sopportati e prezzo praticabile per i pagamenti trans-nazionali, così stimolando il ben più ambizioso progetto di creazione di un mercato *retail* europeo, quale soluzione più efficiente per la fornitura di servizi di pagamento a livello comunitario.

L'ordine di scuderia è stato: rimuovere tutti i servizi di pagamento *country specific* (7).

Tre le assi portanti dell'azione *SEPA*, che coinvolgono la massima parte dei pagamenti: i servizi di *credit transfers* (*virements*, bancogiri), quelli di *direct debit* (*prélèvements*, addebiti diretti) ed i servizi di pagamento a mezzo carte.

Ma la possibilità stessa di articolare i servizi di pagamento al livello europeo, retti da regole unitarie, non può prescindere da un ulteriore, fondamentale passo in avanti: la costruzione di idonee infrastrutture, che superino la logica – e l'ambito di operatività – nazionale, finora assolutamente prevalente (8). Compito, quest'ultimo, particolarmente gravoso perché nell'area dei pagamenti *retail* esiste soltanto una ACH a livello europeo, creata nel 2003 e che finora ha (solo) elaborato ordini di bonifico. La progettualità tende perciò a garantire la concorrenza nei servizi di *clearing & settlement* a livello europeo per promuovere la creazione di ulteriori sistemi.

(6) Regolamento (CE) N. 2560/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 dicembre 2001 relativo ai pagamenti transfrontalieri in euro, G.U.C.E. 28 dicembre 2001, L 344/13, art. 3: il principio riguarda le "commissioni applicate" ai bonifici transfrontalieri e alle operazioni di pagamento effettuate con carte di pagamento (anche ricaricabili) e con strumenti di moneta elettronica in ogni caso per importi fino a € 50.000,00. Per "commissioni applicate" si intendono le "commissioni e spese addebitate" (art. 2, lett. f), che devono essere messe a conoscenza della clientela preliminarmente secondo i criteri di trasparenza di cui all'art. 4.

(7) "Making SEPA a Reality", Version 1.4, 16 April 2007, pag. 4; il documento può scaricarsi dal sito www.europeanpaymentscouncil.eu. Il progetto *SEPA* è pensato per il mercato *retail* (pagamenti di importo non rilevante), perché proprio tali pagamenti sono radicati a livello nazionale e quindi processati in modo differente nell'area euro con l'inconveniente che le "companies with a substantial number of cross-border payments ... have to maintain bank accounts in many of the countries in which they do business, in order to allow them to manage their payment business": *The Single Euro Payments Area (SEPA) ...*, cit., 10.

Due dei tre pilastri dell'azione *SEPA* – quelli inerenti alle carte di pagamento e agli addebiti diretti – riguardano servizi essenzialmente *retail* (con qualche eccezione per gli addebiti diretti B2B, che potrebbero riguardare somme cospicue). Il terzo pilastro, quello più importante per volumi di traffico e che riguarda i *credit transfers*, contiene una disciplina che, sebbene formalmente non preveda limiti di importo alla sua applicabilità – e quindi potrebbe astrattamente comprendere pure i pagamenti all'ingrosso – in realtà è pure pensata per i pagamenti *retail*. Il par. 2.5 del *SEPA Credit Transfer Scheme Rulebook (CTSR)*, version 3.2 (24 giugno 2008), da un lato precisa che lo "Scheme does not of itself limit the value of a transaction made in accordance with its rules"; dall'altro, al par. 2.2, specifica che detto Scheme costituisce "the basis for credit transfer products provided by Participants to all users of mass-market, non urgent payment services (individuals, small and medium sized enterprises, corporates and government entities)".

Sebbene un *credit transfer* possa riguardare "single or bulk payments" – questi ultimi assai diffusi per il pagamento di salari o pensioni – il *SEPA CTSR*, al par. 4.5.1, specifica che le "Rules for bulk presentation are beyond the scope of the Scheme".

(8) Infatti, la mancanza di infrastrutture europee obbliga gli intermediari ad un "massiccio utilizzo ... dei conti di corrispondenza interbancari, che comportano notoriamente per le relative transazioni costi più elevati e tempi di esecuzione più lunghi ...": così M. MANCINI, *Il sistema dei pagamenti e la Banca centrale*, cit., 1152, il quale evidenzia l'impossibilità di optare per l'uso del 'vecchio' TARGET anche per i pagamenti al dettaglio, sia per il rischio di superare la capacità massima del sistema (in considerazione del numero altissimo delle transazioni *retail*), sia perché le modalità operative, "basate sul regolamento lordo in tempo reale di ogni singola transazione, avrebbero comportato per le banche costi troppo elevati per costituire una soluzione conveniente". Sul nuovo TARGET 2 v. già nota 2.

La costruzione di un'area europea dei pagamenti comporta perciò, necessariamente, un'azione combinata: da un lato, creare regole comunitarie nella fornitura del servizio; dall'altro, creare quelle infrastrutture, senza le quali l'operatività di un servizio di pagamento europeo nel settore *retail* non può concretizzarsi.

Il presente saggio non si occuperà di quest'ultimo aspetto e si concentra sulla creazione di regole al livello europeo per la fornitura di servizi di pagamento. In tale ambito, nella prospettiva di collaborazione tra istituzioni comunitarie ed industria dei pagamenti, ulteriori passi epocali sono stati compiuti.

Nel dicembre 2005, la Commissione ha varato una proposta di direttiva, tesa a disciplinare, secondo regole armonizzate di diritto privato, i servizi di pagamento nel mercato interno (titoli III e IV), nonché ad estendere la possibilità di fornire tali servizi anche a soggetti non bancari (titolo II) (9). Nel dicembre 2007 – dopo un *iter* complesso, segnato dalla consapevolezza di dover attuare – il testo definitivo della corposa direttiva (96 articoli) è stato pubblicato nella *G.U.U.E.* (10).

La direttiva, che elimina ogni differenza tra regole nazionali e comunitarie, ha carattere di piena armonizzazione: i legislatori nazionali non possono intervenire nelle materie regolate, neppure per concedere una tutela più ampia agli utenti (art. 86.1, salvo le eccezioni ivi contemplate).

Le norme di recepimento della direttiva avranno però carattere dispositivo: è quindi concesso ai prestatori di servizi di pagamento di accordare all'utenza soluzioni più favorevoli, mentre è inibita – salvo quanto si dirà nel par. 4 – la possibilità di deroghe *in peius* (art. 86.3).

Sul fronte dell'industria bancaria, lo *EPC* ha pubblicato, nel 2004, la *EPC Roadmap 2004-2010*, che fissa la tempistica – che oggi appare suscettibile di ulteriore estensione temporale – di realizzazione della *SEPA*, con un periodo temporaneo, a partire dal gennaio 2008, di coesistenza della distinzione tra pagamenti nazionali e comunitari; per poi (nell'anno 2010) giungere alla totale rimozione delle differenze (e quindi alla creazione effettiva di un *single domestic payments market*, a livello europeo).

Il 4 maggio 2006 una Dichiarazione congiunta della Commissione e della Banca centrale europea, nell'affermare la visione comune per la realizzazione della *SEPA*, ha incoraggiato l'industria bancaria europea e gli altri *relevant stakeholders* a creare le condizioni tecniche per consentire tale realizzazione entro la fine del 2010 (11).

(9) Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno e recante modifica delle direttive 97/7/CE, 2000/12/CE e 2002/65/CE, COM (2005) 603 def.

(10) Direttiva 2007/64/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 novembre 2007, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle direttive 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE e 2006/48/CE, che abroga la direttiva 97/5/CE, in *G.U.U.E.* 5 dicembre 2007, L 319/1.

(11) Cfr. *Joint Statement from the European Commission and the European Central Bank* del 4 maggio 2006. Lo stesso documento ribadisce che *SEPA* costituirà “*an integrated market for payment services ... where there is no distinction between cross-border and national payment within the euro area*”. Nel documento “*Making SEPA a Reality*”, cit., 56, alla Comunità europea si riconosce il ruolo di “*political driver of the SEPA concept*”.

Il progetto comunitario ed il progetto *SEPA* sono coordinati e complementari tra loro (anche se la direttiva non si limita ai servizi di pagamento in euro perché si applica ai pagamenti fatti in qualsiasi valuta purché in ambito comunitario) (12).

La Comunità europea, a livello dei massimi organi istituzionali, è pienamente consapevole del ruolo decisivo dell'industria bancaria nella creazione del mercato interno dei pagamenti. Pertanto, sebbene la direttiva fornisca il “*necessary legal framework for SEPA*” (13), il compito di scrivere le regole non è affidato al legislatore comunitario in via esclusiva perché vi concorrono soggetti diversi, secondo il già evidenziato *self-regulatory approach* (14).

La ripartizione di compiti, nell'ambito della elaborazione di regole europee disciplinanti i servizi di pagamento, è articolata nel senso che il legislatore comunitario si è prevalentemente occupato di disciplinare il rapporto tra i fornitori di servizi di pagamento e l'utenza (cfr. art. 3, lett. h), che esclude la sua applicazione per le “*operazioni di pagamento realizzate all'interno di un sistema di pagamento o di ... regolamento*”; mentre l'industria bancaria europea – attraverso lo EPC – si è curata di predisporre le regole dei rapporti ‘*interni*’ (settore dell'intermediazione) tra i vari fornitori di servizi nell'ambito delle reti di pagamento.

Come era facilmente prevedibile, è stato il servizio (più collaudato) di bonifico il primo a partire: in data 28 gennaio 2008, lo *Scheme* per i *credit transfers* predisposto dallo EPC ha preso ad operare presso oltre 4.000 banche europee (15).

Per i *direct debit* si prevede invece l'avvio nel novembre 2009, mentre una strategia *step by step* è stata annunciata per le carte di pagamento (16).

2. L'architettura della direttiva: la scelta di varare una disciplina generale dei servizi di pagamento.

Durante l'iter di approvazione della direttiva, al centro delle dispute è stata soprattutto la controversa disciplina pubblicistica degli istituti di pagamento (art. 5 e ss.); eppure,

(12) A patto che i prestatori di servizi di pagamento del pagatore e del beneficiario “*siano entrambi situati nella Comunità*”: art. 2.1. Con riferimento alla disciplina privatistica – contenuta nei titoli III e IV – l'applicazione riguarda i servizi di pagamento “*effettuati in euro o nella valuta ufficiale di uno Stato membro non appartenente all'area euro*”: art. 2.2.

(13) BANCA CENTRALE EUROPEA, “*The Single Euro Payments Area (SEPA): an Integrated Retail Payments Market*”, cit., 26.

(14) “*EPC has a mandate based on self-regulation to encourage SEPA implementation*” ed il suo ruolo non consiste nell'elaborare regole dal carattere vincolante: *Making SEPA a Reality*, cit., 58. Oltre alle istituzioni comunitarie, un ruolo importante sarà giocato dal settore bancario, da quanti forniscono più in generale servizi di pagamento o gestiscono le infrastrutture, nonché dalla grande utenza governativa, pubblica ed imprenditoriale.

La dottrina non ha mancato di rilevare, nel settore dei pagamenti, il fenomeno di “un vero e proprio intreccio fra processi di auto- e di etero-regolamentazione”: A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La sorveglianza sui sistemi di pagamento: evoluzione morfologica, strumenti e limiti*, in *Banca borsa*, 2004, I, 437, 448.

(15) V. la “*Dichiarazione congiunta della Commissione europea e della Banca centrale europea, che accolgono con favore l'introduzione formale degli strumenti di pagamento SEPA da parte delle banche dell'Unione europea*” del 28 gennaio 2008, sul sito www.ecb.int, dove si parla di “*benefici enormi*” che “*potrebbero ammontare a oltre 123 miliardi di euro nei prossimi sei anni, ai quali si aggiungerebbero altri 238 miliardi se la SEPA sarà utilizzata quale piattaforma per la fatturazione elettronica*”.

(16) Cfr. *Press Release 28 January 2008 “The European Payments Council (EPC) launches the first SEPA payment scheme for credit transfer together with more than 4,000 European banks and their service providers”* pubblicata nel sito www.europeanpaymentscouncil.eu.

anche la disciplina privatistica – contenuta nei titoli III e IV – presenta aspetti innovativi di assoluto rilievo, quasi sottaciuti.

L'originaria proposta di direttiva, e così pure l'attuale testo definitivo, approntano una disciplina comunitaria generale, destinata ad abrogare le discipline nazionali finora vigenti e che si applica (art. 1) ai servizi di pagamento resi da enti creditizi, uffici postali, istituti di moneta elettronica e 'novelli' istituti di pagamento. In pratica, si ha riguardo a tutti i fornitori (o prestatori, come li chiama la direttiva) di servizi di pagamento.

Questa disciplina generale comunitaria consolida una tendenza già in atto, e cioè la sottrazione del diritto dei pagamenti dalla disciplina specifica del diritto bancario e finanziario ed il suo ingresso come disciplina generale di diritto privato.

Ma c'è un altro aspetto, che merita attenzione e che – accanto al livello ormai comunitario della disciplina – è il tratto caratteristico dell'intervento legislativo: la predisposizione di una disciplina unitaria di tutti i servizi di pagamento, scandita per problematiche (trasparenza delle condizioni generali, tempi di esecuzione, inadempimento, ordini non autorizzati ...).

Lo sforzo compilativo del legislatore comunitario ha così prodotto un *allgemeiner Teil* dei servizi di pagamento, che regola il rapporto tra utente e fornitore (17).

Si tratta di una novità epocale – insieme alla distinzione tra consumatori e non consumatori, di cui si tratterà nel quarto paragrafo – che rende, al tempo stesso, innovativa e ben più complessa la disciplina dei rapporti tra fornitore del servizio ed utente.

E tuttavia, l'innegabile esigenza di una disciplina comunitaria – tanto al livello dell'intermediazione (compito dello *EPC*), quanto del rapporto tra utenti e fornitori (compito della direttiva) – non comportava pure che si ponesse mano ad una disciplina unitaria di tutti i servizi di pagamento. Questa scelta ulteriore – non necessaria ai fini del mercato interno – è stata fatta dal legislatore comunitario quasi in sordina, ma rappresenta un punto qualificante della direttiva e, soprattutto, il punto di rottura rispetto alla tradizione delle discipline nazionali.

È noto infatti che la massima parte delle regole (non solo legislative) nazionali finora vigenti – e così pure la stessa disciplina comunitaria pre-direttiva 2007/64/CE – è sempre stata scandita per tipologie di servizi di pagamento: bonifici (*credit transfer*, *Überweisung*, *virements*), addebiti diretti (*debit transfer*, *Lastschriften*, *prélèvements*) carte di pagamento (sia di debito, sia di credito). Questa ripartizione, presente in tutte le discipline nazionali europee, trova riscontro nelle opere della dottrina specialistica.

Anche il progetto *SEPA* non si discosta da tale tradizione: le regole elaborate dallo *EPC* per disciplinare a livello comunitario la fase di intermediazione nei servizi di pagamento sono esattamente così ripartite (18) (e pertanto: procedure disciplinate, nella fase

(17) Anche M. MANCINI, *Il sistema dei pagamenti e la Banca centrale*, cit., 1171, rileva che "il legislatore comunitario ha sostanzialmente tipizzato il contratto di servizi di pagamento, dettando un vero e proprio codice uniforme del trasferimento monetario, riguardi esso transazioni al dettaglio o all'ingrosso".

(18) Esistono delle ragioni oggettive: l'ordine di bonifico è dato dal (debitore) titolare del conto addebitato e quando è ricevuto dalla banca del creditore (che lo accredita sul conto dell'utente) chiude ogni partita. Più complesso è l'addebito diretto – che può riguardare, sia pagamenti ricorrenti (utenze, premi assicurativi, canoni locativi, ecc.), sia pagamenti singoli (quali il corrispettivo di un acquisto effettuato presso un *online retailer*): cfr. *SEPA Explained*, cit., 2 –, dove l'ordine è dato dal creditore (debitamente autorizzato perché 'estraneo' rispetto al conto addebitato) e perviene alla banca del debitore, che provvede ad addebitare il conto dell'utente e trasferire l'importo al(la banca del) creditore, riservandosi la possibilità di chiederne la restituzione se il debitore (suo cliente) contesta l'addebito o la sua entità. Questa caratteristica dei *debit transfer* richiede una procedura differente rispetto ai *credit transfer*, che non contemplano fisiologicamente un traffico, per così dire, di ritorno delle somme già trasferite. Su tali aspetti si tornerà nel successivo paragrafo.

di intermediazione, da regole differenti sono poi regolate, quanto al rapporto fornitore-utente, in modo tendenzialmente unitario).

Il legislatore comunitario ha invece rotto con questa tradizione: lo ha fatto in sordina e, soprattutto, in assenza di precedenti elaborazioni dottrinali in senso unitario.

Il tentativo unitario del legislatore comunitario è certo apprezzabile e trova un humus fertile nella dematerializzazione dei servizi di pagamento. La loro evoluzione in servizi elettronici crea convergenze, che rendono possibile trattare alcuni – ma solo alcuni – aspetti in modo unitario, e quindi collocare sotto un'unica disciplina, comune a tutti i servizi, questioni omogenee.

Si tratta in ogni caso di aspetti delicati, che impongono cautela nel procedere. Al contrario, il legislatore comunitario ha finito per farsi prendere la mano: con forzature sistematiche ha generalizzato quasi tutto con l'esito – vedremo subito – di sacrificare la chiarezza normativa ed ingenerare inutili complicazioni.

**3. Aspetti critici della scelta unitaria alla luce delle differenze tra incarichi di pagamento (*credit transfers*) ed incarichi di riscossione (*debit transfers*):
a) la disciplina della revoca dell'ordine; b) la disciplina dell'inadempimento;
c) la disciplina degli ordini non autorizzati.**

Una disciplina unitaria convincente – seppure con consistenti deroghe per gli strumenti di pagamento di basso valore e per la moneta elettronica: cfr. art. 34 (relativamente alle regole sui contratti quadro) e art. 53 – è quella relativa alla trasparenza (artt. 30-50) ed ai tempi di esecuzione e data valuta (artt. 68-73) (19).

Ma già la disciplina generale dell'esecuzione di servizi di pagamento (artt. 64-67) accanto a norme comuni (ricezione e rifiuto di ordini di pagamento: artt. 64 e 65) detta una disciplina diversificata circa il momento in cui diviene irrevocabile l'ordine del titolare del conto addebitato (art. 66).

a) Cominciamo proprio da tale aspetto, per poi procedere all'esame di alcune norme centrali della direttiva, che consentono di argomentare le precedenti critiche.

La lettura dell'art. 66 – ispirato al tentativo di disciplina unitaria – induce a credere che vi sia una disciplina generale ed una deroga.

In realtà, la supposta regola generale – par. 1, a cui tenore, l'utente non può revocare l'ordine “*una volta che questo è stato ricevuto dal prestatore di servizi di pagamento del pagatore*” – riguarda solo i *credit transfers* (incarichi di pagamento, quali un ordine di bonifico). La supposta eccezione – par. 2, a cui tenore, il pagatore non può revocare l'ordine di pagamento “*dopo averlo trasmesso al beneficiario o avergli dato il suo consenso ad eseguire l'operazione*” (20) – riguarda invece i *debit transfers* (incarichi di riscossione).

(19) Ma già per quest'ultima va rilevato il differente trattamento tra *credit* e *debit transfers* (par. 1 e 3).

(20) Un'ulteriore regola – contenuta al paragrafo 3 – riguarda gli addebiti diretti, dove “*il pagatore può revocare l'ordine di pagamento al più tardi entro la fine della giornata operativa precedente il giorno concordato per l'addebito ...*”.

E così pure l'ultimo paragrafo, nel consentire, con norma generale, che l'ordine possa essere revocato anche oltre i (differenti) termini previsti, condiziona tale possibilità all'accordo tra "*l'utente ... e il suo prestatore di servizi di pagamento*", fissando, ancora una volta, una regola che vale solo per gli incarichi di pagamento, mentre per quelli di riscossione "*è richiesto anche l'accordo del beneficiario*" (21).

Ma non è tutto.

Al lettore attento non sfugge che la revoca dell' "*ordine di pagamento*" di cui parla il primo paragrafo è quella dell' "*utente dei servizi di pagamento*"; mentre la revoca "*dell'ordine di pagamento*" a cui si riferiscono i paragrafi 2 e 3, è quella del "*pagatore*".

Qui la pretesa di unificare il più possibile cose differenti genera non solo imprecisione terminologica, ma pure confusione: se, infatti, nei *credit transfers* (bonifici) è sempre il debitore (titolare del conto) che impartisce l'ordine di pagamento (in senso appropriato) al proprio fornitore del servizio, ben differente è la situazione nei *debit transfers*, dove l'iniziativa è assunta dal creditore-beneficiario, che riveste il ruolo di ordinante, ma di un ordine (non già di pagamento, bensì) di riscossione. Questo ordine, però, riferendosi ad un prelievo attuato dal conto di terzi (il debitore) necessita di previa autorizzazione, che non può che provenire dal legittimo titolare del conto da addebitarsi (il debitore). Perciò – aspetto non chiarito dalla direttiva e che non favorisce la comprensione del suo testo – negli incarichi di riscossione esiste una (previa) autorizzazione del debitore (a seconda delle prassi: alla sua banca o al creditore) ed un successivo ordine di riscossione attivato dal creditore-beneficiario (debitamente autorizzato).

È evidente, allora, che, quando tratta della revocabilità con riferimento agli incarichi di riscossione (*debit transfers*), la direttiva utilizza una terminologia – "*ordine di pagamento*" (22) – sostanzialmente estranea a tale tipologia di incarichi e propria, invece, degli incarichi di pagamento (23). L'impropria terminologia, che tratta di revocabilità

(21) Così pure, la norma finale del capo 3 – art. 67 – che mira a garantire che le spese del servizio di pagamento non siano detratte dall'importo destinato al beneficiario. Si tratta di una norma cruciale, che salvaguarda la competitività del servizio di pagamento rispetto a modi alternativi di trasferimento di denaro (e, soprattutto, salvaguarda la posizione del creditore, quando il trasferimento è funzionale all'estinzione di un rapporto obbligatorio). Unica eccezione a tale regola è la possibilità di un accordo tra il beneficiario ed il suo fornitore di servizi di pagamento, che consenta a quest'ultimo di trattenere, indicandole separatamente, "*le proprie spese sull'importo trasferito prima di accreditarlo al beneficiario*" (art. 67.2). Nel caso in cui sull'importo trasferito siano trattenute "*spese diverse*" da quella testé indicata, la norma prevede che il beneficiario sia garantito nel ricevere la "*totalità dell'importo*", ma il soggetto su cui grava tale garanzia muta a seconda – ancora una volta – che si tratti di un *credit transfer* (dove garante è il prestatore del servizio di pagamento del pagatore) ovvero di un *debit transfer* (dove è il prestatore del servizio di pagamento del beneficiario).

(22) Così pure nella versione inglese e francese: "*payment order*", "*ordre de paiement*".

(23) Si osserva che la direttiva non parla mai di ordine (o incarico) di riscossione, ma solo di ordine di pagamento, che comprende, sia gli ordini di pagamento in senso proprio, sia gli ordini di riscossione, perché definito (dall'art. 4, n. 16) come "*istruzione da parte di un pagatore o beneficiario al suo prestatore di servizi di pagamento di eseguire un'operazione di pagamento*" (corsivo nostro).

Anche l'Indirizzo BCE 26 aprile 2007, cit., all'Allegato 2, art. 1, dedicato alle definizioni, afferma che "per "*ordine di pagamento*" (*payment order*) si intende un ordine di bonifico, un ordine di trasferimento di liquidità o un "*istruzione di addebito diretto*" (corsivo nostro; e v. pure sempre nell'Indirizzo BCE, cit., Allegato IV, la definizione di "*istruzione di pagamento*", che comprende "*un'istruzione di addebito o un'istruzione di accredito*". Analogamente le definizioni di "*payment instruction*" e "*payment order*" contenute nell'art. 1 dell'Allegato alla Decisione BCE 24 luglio 2007, cit.). L'indirizzo BCE 26 aprile 2007, cit., dopo la definizione di ordine di pagamento, precisa che "*per ordine di bonifico (credit transfer order) si*

dell' "ordine di pagamento" da parte del pagatore, vuole riferirsi propriamente alla possibilità per il soggetto debitore di revocare l'autorizzazione concessa e far venir meno la legittimità dell'ordine di riscossione del beneficiario (bloccandone l'esecuzione da parte del proprio fornitore di servizi di pagamento) (24).

Appiattita com'è sul versante dei *credit transfers*, la direttiva trascura che, per i *debit transfers* la problematica della revoca non riguarda solo il debitore e la sua autorizzazione, ma pure il beneficiario ed il suo ordine di riscossione. Un aspetto del tutto ignorato (mentre è contemplato, nella disciplina dell'intermediazione, nei *Rulebooks* predisposti dallo EPC per gli addebiti diretti) (25).

b) L'importante disciplina sulla responsabilità per inadempimento del fornitore di servizi di pagamento (artt. 74 e 78) ruota intorno ad una norma, l'art. 75, che si presenta spaccata a metà: per i *credit transfers* dispone il primo paragrafo; per i *debit transfers* dispone il secondo paragrafo.

intende l'istruzione impartita da un ordinante al fine di mettere dei fondi a disposizione di un beneficiario ..."; e che "per "istruzione di addebito diretto" (*direct debit instruction*) si intende un'istruzione impartita da un beneficiario alla propria BC, in base alla quale la BC di un ordinante addebita sul conto di quest'ultimo l'ammontare indicato nell'istruzione, in virtù di un'autorizzazione di addebito diretto dal medesimo rilasciata". Secondo la definizione, quindi, il beneficiario impartisce un'istruzione di addebitare il conto di un "ordinante", che, oltre ad ordinare, è anche colui che autorizza l'addebito! (il festival continua con l'altra definizione contenuta – quella di "autorizzazione di addebito diretto (*direct debit authorization*)" – intesa come "istruzione di carattere generale impartita da un ordinante alla propria BC").

È il caso di chiarire, invece, che l'ordine (di riscossione) è impartito dal beneficiario; grazie ad esso l'operazione prende avvio e sarà portata a termine solo in presenza di un'autorizzazione del titolare del conto che conferisce al beneficiario il potere di impartire ordini di addebito a valere su tale conto.

Sulla terminologia giuridica della direttiva 2007/64/CE – ma si tratta di male comune – vi sarebbe tanto da dire (ma val la pena solo di segnalare due 'chicche': "prestatore" di servizi di pagamento, anziché fornitore; e "pagatore" anziché debitore).

In via generale, si segnala anche lo scarso coordinamento tra linguaggio della direttiva e linguaggio dei *Rulebooks* predisposti dallo EPC (che utilizzano, ad esempio, i termini "creditore" e "debitore").

Più in dettaglio – e per limitarci al nostro problema della mancata distinzione tra ordini (o incarichi) di pagamento e ordini (o incarichi) di riscossione o di addebito – si vuole rilevare un ulteriore punto che attesta la scarsa attenzione che si è dedicata a tali aspetti. La tipologia dei *debit transfers* è ripartita nella direttiva in due ulteriori tipologie (cfr. art. 66.2 e 66.3 e art. 62.1, primo e quarto comma): "operazione di pagamento ... disposta dal beneficiario o per il suo tramite" ed "addebiti diretti". Tuttavia, nelle definizioni (art. 4, n. 28), si trova solo quella di addebito diretto inteso come "servizio di pagamento per l'addebito di un conto di pagamento del pagatore in cui un'operazione di pagamento è disposta dal beneficiario in base al consenso dato dal pagatore al beneficiario, al prestatore di servizi di pagamento del beneficiario, o al prestatore di servizi di pagamento del pagatore stesso".

(24) Più aderente allo stato delle cose appare la terminologia tedesca, che parla di mandato di pagamento, "Zahlungsauftrag". Nondimeno, anche qui si tratta di terminologia comune agli ordini di pagamento e di riscossione, che, come già esposto, oscura un aspetto importante di questi ultimi, che si articolano in una (per lo più precedente) autorizzazione del debitore ed in un ordine di riscossione che il beneficiario dà alla sua banca.

(25) Cfr. il *SEPA Direct Debit Scheme Rulebook (DDSR), version 3.1* (24 giugno 2008) ed il *SEPA Business to Business Direct Debit Scheme Rulebook (B2B DDSR), version 1.1* (24 giugno 2008). Entrambi al § 4.4 menzionano la "revocation" dell'ordine (di riscossione) da parte del beneficiario, definita come richiesta alla sua banca di "recall the instruction for a collection" fino al limite temporale tra loro convenuto. Posto che trattasi di rapporto tra utente e la sua banca, la materia non è regolata nei predetti *Schemes*. Diversamente accade per le "reversals", che ricorrono quando il beneficiario realizza che ha emesso un ordine di riscossione "erroneous", (già) inoltrato e regolato, e chiede che il debitore sia rimborsato: tale richiesta può anche non essere accettata dalla sua banca (che quindi ha la mera facoltà di offrire la *reversal facility*), mentre deve essere eseguita dalla banca del pagatore.

Anche in tale fattispecie il trattamento normativo separato degli ordini di pagamento e degli ordini di riscossione appare necessario alla luce del differente modo in cui si atteggiavano tali servizi di pagamento (26).

Negli ordini di pagamento – secondo una ripartizione dei rischi già divisa nella precedente direttiva 97/7/CE sui bonifici transfrontalieri – il fornitore dell'ordinante, che assume l'iniziativa, è responsabile “*della corretta esecuzione dell'ordine*” (art. 75.1) per il suo intero sviluppo, fino al trasferimento dell'importo al fornitore del beneficiario (quest'ultimo sarà invece responsabile “*della corretta esecuzione dell'ordine*” per il tratto successivo, che riguarda il rapporto con il beneficiario, e cioè il trasferimento dell'importo dal suo conto a quello del beneficiario) (27). Ma, soprattutto, negli ordini di pagamento la responsabilità del fornitore per la “*corretta esecuzione dell'ordine*” riguarda, sia la trasmissione dell'ordine, sia il pagamento effettivo che egli ha il potere/dovere di disporre (salvo giustificate cause impeditive).

Al contrario, negli ordini di riscossione, il fornitore del beneficiario si limita a trasmettere l'ordine (di riscossione) ricevuto perché non decide se pagare, o no. Pertanto, la sua responsabilità riguarda – non può che riguardare – la “*corretta trasmissione dell'ordine ... al prestatore di servizi di pagamento del pagatore*” (art. 75.2, primo comma) (28). Nei limiti della corretta trasmissione egli risponde anche per l'operato di eventuali intermediari (quindi per l'intero tratto che precede la ricezione dell'ordine da parte del prestatore di servizi di pagamento del pagatore).

Invero, non manca un suo profilo di responsabilità anche per mancato pagamento, ma è decisamente residuale e disciplinato nell'art. 75.2, secondo comma, che lo limita agli “*obblighi stabiliti dall'art. 73*”; ergo, l'accredito sul conto del beneficiario secondo la tempistica di data valuta e disponibilità dei fondi è stabilita da tale articolo, ma a patto che l'importo sia stato accreditato sul conto del prestatore del beneficiario. Negli incarichi di riscossione, per l'intero tratto precedente (e quindi anche per l'operato dei soggetti interposti), la responsabilità per mancato pagamento graverà invece sul fornitore di servizi di pagamento del debitore (o pagatore, come lo chiama la direttiva). E – attenzione – questa responsabilità grava nei confronti del debitore, suo utente (29).

(26) L'esecuzione di un ordine di pagamento richiede alla banca dell'ordinante (debitore) di eseguirlo trasferendo l'importo indicato alla banca del beneficiario (creditore) – che provvederà a trasferirlo sul conto del suo cliente – avvalendosi di un ‘centro’ di compensazione e (eventualmente di) regolamento.

Più complessa è invece l'esecuzione di un ordine di riscossione, che è attivato dal beneficiario (creditore) e dove la sua banca non trasferisce fondi, ma trasmette l'ordine (di riscossione) avvalendosi di un ‘centro’ di compensazione e (eventualmente di) regolamento, alla banca del debitore. A questo punto il servizio non è terminato perché la decisione di pagare spetta alla banca del debitore, che potrebbe anche decidere di non effettuarla, rendendo vano l'ordine ricevuto.

(27) In sostanza, il fornitore dell'ordinante dovrà accertarsi che l'importo oggetto di bonifico è stato accreditato sul conto del fornitore del beneficiario (in base, per lo più, alle regole di *clearing & settlement*) dopo di che la responsabilità rimbalza tutta sul fornitore del beneficiario che dovrà assumere l'iniziativa – ed i rischi ad essa connessi – di trasferire la somma al cliente beneficiario.

(28) Ancora una volta, la direttiva parla di “*ordine di pagamento*”, con linguaggio analogo a quello degli ordini di pagamento, ma, come rilevato, errato e fuorviante, giacché trattasi di ordine di riscossione con caratteristiche ben differenti. Non a caso, come già rilevato nel testo, si regola una responsabilità per “*corretta trasmissione dell'ordine*” ed una (diversa) responsabilità per “*corretta esecuzione dell'ordine*” perché solo la seconda copre anche il mancato pagamento (privo di cause di giustificazione).

(29) Pertanto: quando il beneficiario (creditore) non riceve l'importo dell'ordine di riscossione potrà invocare la responsabilità del suo fornitore solo se questi (o suoi incaricati) ha mancato di trasmettere l'ordine di riscossione in modo corretto e tempestivo, ovvero se, una volta ricevuto l'importo sul proprio conto, non lo ha accreditato su quello del beneficiario nei tempi prescritti. In tutti gli altri casi, il beneficiario non avrà alcuna

Proprio la responsabilità del fornitore del servizio di pagamento del debitore (pagatore) negli incarichi di riscossione è disciplinata in modo decisamente poco felice.

Dopo aver regolato la (differente) responsabilità del fornitore di servizi di pagamento del beneficiario, la direttiva aggiunge all'art. 75.2, terzo comma, che “*in caso di non esecuzione o di esecuzione inesatta di un'operazione di pagamento per la quale il prestatore di servizi di pagamento del beneficiario non è responsabile ai sensi del primo e del secondo comma, il prestatore di servizi di pagamento del pagatore è responsabile nei confronti del pagatore*”.

Il dettato è impreciso perché, come si legge nella stessa direttiva, il primo comma non regola la mancata o inesatta esecuzione, bensì la “*corretta trasmissione*”; in secondo luogo, il secondo comma regola una parte davvero marginale dell'esecuzione e cioè – come testé detto – l'accredito da parte del fornitore del beneficiario dell'importo, già ricevuto, sul conto del beneficiario (secondo le regole dell'art. 73).

In sintesi, negli incarichi di riscossione la responsabilità per mancata o inesatta esecuzione di un ordine di riscossione grava essenzialmente sul fornitore del debitore (mentre quella per mancata o inesatta trasmissione dell'ordine grava sul fornitore del creditore – beneficiario).

Ancora una volta, la scelta di disciplinare in un'unica norma aspetti (nella specie: la disciplina dell'inadempimento dell'ordine) che pure nei *credit* e nei *debit transfers* la stessa direttiva percepisce come differenti, non giova affatto alla chiarezza.

Anzi, ingenera confusione con il ricorso ad una terminologia unica – “*ordini di pagamento*”, ovvero “*mancata esecuzione o esecuzione inesatta*”, come recita lo stesso titolo dell'art. 75 – che offusca differenze importanti e sacrifica la peculiarità degli ordini di riscossione (dove ha senso e genera chiarezza distinguere la responsabilità per mancata trasmissione dell'ordine, che, in assoluta prevalenza, attiene al fornitore del beneficiario, dalla responsabilità per mancato pagamento dell'ordine trasmesso che, in assoluta prevalenza, attiene al fornitore del pagatore-debitore), appiattendoli sul differente schema di funzionamento degli ordini di pagamento (30).

c) Rilievi (critici) non differenti possono avanzarsi, se si eccettuano le prime due disposizioni, per l'intera disciplina degli ordini di pagamento non autorizzati (artt. 56-63). Qui l'interprete è costretto ad un'attenta esegesi per capire quali siano le norme davvero generali e quali, invece – si tratta della massima parte –, si applicano solo ad alcune fattispecie. La chiarezza normativa è ancora una volta sacrificata in nome di una velleitaria pretesa di uniformità.

Una prima lettura rivela che gli artt. 56-61 sono prevalentemente pensati con riguardo alle carte di pagamento ed agli ordini di bonifico, mentre gli artt. 62 e 63 sono riferiti esclusivamente ai pagamenti disposti dal beneficiario.

pretesa in base al servizio di pagamento, ma dovrà agire in base al rapporto fondamentale con il debitore (salvo, per quest'ultimo, eventuali pretese nei confronti del suo fornitore: art. 75, par. 2, terzo comma).

(30) Il funzionamento più complesso degli incarichi di riscossione genera fattispecie peculiari; ad esempio, nella trasmissione di un ordine con importo superiore al dovuto, per errore del fornitore del beneficiario, si concretano situazioni diverse da quanto accade nell'ipotesi di *credit transfers* per importi erronei: qui l'errore rende legittimo il rifiuto di esecuzione da parte del fornitore del debitore e tanto configura la responsabilità del primo fornitore verso il suo utente (beneficiario), mentre nei *credit transfers* l'importo viene trasferito e sorgerà un problema di restituzione dell'indebito (parziale).

Tuttavia, gli artt. 62 e 63 non regolano tutte le ipotesi, ma trattano solo di quei pagamenti disposti dal beneficiario ed autorizzati dal debitore (pagatore), di cui si contesta il *quantum* addebitato (non specificato nell'autorizzazione). Il riferimento è ai servizi di addebito ricorrente, autorizzati *una tantum* senza indicazione dell'importo (perché variabile nel tempo: es. pagamento di utenze) (31).

Nulla è disposto per gli incarichi di riscossione non autorizzati, sia che si tratti – sempre secondo la procedura di *debit transfer* – di pagamenti ricorrenti, sia che si tratti di una singola operazione ad iniziativa del beneficiario (come può accadere nei pagamenti via internet con indicazione di dati personali del debitore – quali il numero della carta di credito – utilizzati dal beneficiario per attivare la procedura di riscossione, ma che potrebbero essere usati illecitamente da un impostore).

Questi casi non sono coperti dagli artt. 62 e 63 – in quanto *debit transfers* non autorizzati – e per la loro disciplina si dovrà attingere alle norme precedenti (artt. 56-61) che, però, sono pensate per i *credit transfers* e per le carte di pagamento e non sempre sono applicabili ai *debit transfers*.

Ciò costringe l'interprete ad un'attenta, quanto faticosa, esegesi delle fattispecie, il cui esito è la seguente *gimkana* normativa: si applicheranno sicuramente l'art. 60 (responsabilità del prestatore del servizio per aver eseguito ordini non autorizzati) e l'art. 58 (contestazione di ordini non autorizzati al proprio fornitore entro 13 mesi). Al contrario, non si applicherà l'art. 61 (salvo per il principio dell'attribuzione di tutte le perdite al pagatore che abbia agito in modo fraudolento), perché si riferisce all'uso di uno “*strumento di pagamento*” e quindi (art. 4, n. 23) ad un “*dispositivo personalizzato ... o procedure concordate ... per disporre un ordine di pagamento*”, di cui non si fa uso nella nostra tipologia (32).

(31) Il *SEPA DDSR*, par. 2.3, disciplina, sia i *recurrent direct debits*, sia i *one-off direct debits*, in cui l'autorizzazione è concessa per avviare a riscossione un singolo *direct debit*. Così pure il *SEPA B2B DDSR*, par. 2.3.

(32) Ancora una volta, la ragione risiede nel differente funzionamento di *debit* e *credit transfers*, che si ripercuote anche sulla disciplina degli ordini non autorizzati.

Nei *credit transfers* (e così pure nelle carte di pagamento), dove l'iniziativa del pagamento parte dal debitore (titolare del conto da addebitarsi), il problema dell'ordine non autorizzato coincide con la spendita – da parte di un impostore – dei codici di accesso (sostituti moderni della sottoscrizione) – o degli “*strumenti di pagamento*”, come li chiama il legislatore comunitario, che il titolare del conto è tenuto a custodire segretamente.

Il diverso funzionamento delle procedure di *debit transfers* muta i termini del problema. Qui il beneficiario – che attiva l'ordine di riscossione – accede al servizio (quando reso *online*, come nei moderni servizi di *corporate banking*) con l'uso di propri “*strumenti di pagamento*”, ma il problema dell'ordine non autorizzato non riguarda l'uso illecito di tali strumenti. Il beneficiario, infatti, con l'uso dei propri strumenti di pagamento può solo originare una richiesta di riscossione a valere su un conto altrui (quello del debitore). Ma – ecco il punto – ciò che consentirà di drenare fondi dal conto altrui è l'indicazione di ulteriori elementi atti ad individuare tale conto (e qui ci si può sbizzarrire: numero di conto, numero della carta di credito, ecc.) per raggiungerlo e prelevare. Una volta che la richiesta di incasso raggiunge il conto del debitore (pagatore), il fornitore di servizi di pagamento di quest'ultimo dovrà ovviamente verificare che il suo cliente ha autorizzato l'operazione richiesta. Nella prassi finora vigente, però, non è affatto detto che tale verifica si svolga in base alla presenza, presso il fornitore del debitore, di una formale autorizzazione di quest'ultimo. Anzi, come è noto, la procedura di addebito diretto scelta in ambito *SEPA* prevede che l'autorizzazione sia data dal debitore non già alla sua banca, ma al creditore. Più spesso che no, allora, il fornitore del debitore presume la presenza di autorizzazione proprio dalla comunicazione, nell'ordine di riscossione, di tali dati individualizzanti. Ne consegue, in sintesi, che nei *debit transfers*, un ordine non autorizzato non si origina normalmente (come nei *credit transfers*) dall'uso improprio degli strumenti di pagamento che consentono al titolare del conto addebitato di “*disporre un ordine di pagamento*” (PIN, codici di accesso all'*home* o *corporate banking*, ecc.), quanto dall'uso illecito da parte del (presunto) beneficiario di dati che consentono di individuare (e raggiungere) il conto del debitore.

Per la stessa ragione non trovano neppure applicazione gli artt. 56 e 57. Quanto all'art. 59, si applicherà sicuramente il primo paragrafo, mentre è certa l'esclusione del secondo.

Risulta un quadro frammentato, dove, all'interno di una disciplina che si presenta formalmente unitaria, occorre, di volta in volta, individuare quali regole si applicano al singolo rapporto fornitore-utente in oggetto, non senza dubbi e difficoltà – che generano il rischio di ostacolare l'unitarietà del trattamento giuridico sul suolo comunitario – specie nel delicato e più innovativo ambito degli addebiti diretti.

4. La disciplina unitaria del mercato *retail* e del mercato dei pagamenti di importo rilevante: eterogenesi dei fini alla luce della distinzione tra norme cogenti (per i consumatori) e norme dispositive (per gli altri utenti).

Nell'originaria proposta di direttiva le regole contenute nei titoli III e IV, tese a disciplinare i rapporti privatistici, si applicavano ai servizi di pagamento di importo non superiore ad € 50.000,00 (art. 2.1).

La ragione non risiedeva in esigenze di tutela del consumatore (mai menzionato e che pure effettua in assoluta prevalenza pagamenti di importo limitato) (33) perché la disciplina si applicava a qualsiasi utente del servizio, consumatore e non, persona fisica o giuridica. Piuttosto, il limite di valore stava ad indicare che la proposta intendeva disciplinare il (solo) mercato *retail*, tassello strategico per la realizzazione del mercato finanziario unico. La sua unificazione – e quindi il superamento dei tradizionali mercati *retail* nazionali – era, ed è, ritenuta obiettivo fondamentale per consentire alle imprese di procedere a nuove *mergers & acquisitions*.

Sul piano formale, la proposta di direttiva era in linea con il progetto SEPA, elaborato dallo EPC, pure pensato per il mercato *retail* (34).

La proposta di direttiva prestava dunque il fianco alla seguente osservazione critica: che l'asserita disciplina generale comunitaria dei servizi di pagamento non coprirebbe i pagamenti di importo rilevante.

Le operazioni più delicate, anche sul piano sistemico, perché muovono in assoluto la più alta percentuale di massa monetaria, restavano perciò regolate – sempre sul piano del rapporto tra utente e fornitore del servizio di pagamento (35) – al livello nazionale,

(33) In una prospettiva di *consumer protection* poteva rilevarsi come la scelta comunitaria di un tetto basso (€ 50.000,00) lasciasse fuori dalla direttiva proprio i pagamenti più rilevanti effettuati da consumatori (acquisto di un'abitazione, ristrutturazioni edilizie, ecc.). Lo *status* di consumatore avrebbe però permesso di contrastare eventuali clausole vessatorie, in virtù della direttiva 93/13/CEE.

(34) Cfr. par. I, testo e nota 7.

(35) Anche al livello del rapporto di intermediazione i *gross transfers* continuano ad avere una disciplina nazionale, basata principalmente su istituti generali di diritto privato e, soprattutto, sulla disciplina divisata negli accordi interbancari e nelle regole di funzionamento dei sistemi di pagamento per importi rilevanti. Il varo di TARGET non ha condotto alla predisposizione di regole comuni perché – cfr. nota 2 – TARGET si è limitato a porre in comunicazione i sistemi nazionali esistenti, che conservano i propri standards tecnico-operativi. Perciò, TARGET ha introdotto un regime misto, dove ciascun rapporto che sorge tra istituzioni finanziarie e la propria banca centrale è disciplinato dalla legge nazionale, con la conseguenza che l'intera operazione di pagamento – effettuata al livello sopranazionale – viene disciplinata da norme di differenti ordinamenti: quelle della nazione a cui appartiene l'istituzione finanziaria ordinante, quelle della nazione a cui appartiene il (l'istituzione finanziaria del) beneficiario e, infine, dalle *Target Guidelines*: cfr. *Paget's Law of Banking, London, 2003, 12th ed., 319*.

dove neppure godono di disciplina legislativa specifica, in quanto sottoposte all'applicazione delle regole generali di diritto privato e, in parte prevalente, ad una fitta disciplina contrattuale ed autodisciplinare.

Esclusi restavano proprio i servizi di pagamento a maggiore caratterizzazione europea, dato che – come già visto – il mercato dei pagamenti di importo rilevante può giovarsi della operatività del sistema TARGET 2, a fronte di una ‘comunitarizzazione’ ancora embrionale dei pagamenti di importo non rilevante (e delle relative infrastrutture).

La proposta di direttiva così esplicitava, nel sesto considerando, la ragione di tale scelta: “*talune disposizioni ...*” – in realtà, l'intera disciplina dei rapporti privatistici – “*non debbono applicarsi ... in quanto è probabile che in tali casi l'utente sia in grado di negoziare condizioni e termini più specifici e appropriati con il prestatore di servizi di pagamento*”.

Il testo definitivo della direttiva ha però eliminato dall'art. 2 la limitazione ad € 50.000,00 ed assunto le vesti di una disciplina – non più limitata al mercato *retail*, bensì – generale di tutti i servizi di pagamento perché estesa anche al traffico per importi rilevanti (bonifici e, in misura ridotta, addebiti diretti B2B).

Questa estensione di campo reca con sé un'ulteriore novità: quella degli ambiti soggettivi di applicazione, dove è spuntata la nozione di consumatore.

L'intera disciplina privatistica relativa alla trasparenza (titolo III) e larga parte della disciplina relativa ai diritti ed obblighi delle parti (titolo IV) conservano il carattere inderogabile (salvo modifiche *in melius* per gli utenti: art. 86.3) solo quando l'utente di servizi di pagamento è un consumatore (artt. 30.1 e 51.1), con possibilità per gli Stati membri di estendere tale regime alle microimprese (artt. 30.2 e 51.3) (36).

Il passaggio a TARGET 2 – con il varo di una piattaforma tecnica comune – ha solo in parte modificato tale assetto giuridico. Con il nuovo Indirizzo BCE del 26 aprile 2007, cit., si è deciso che – cfr. considerando (2) – sebbene TARGET 2 continui ad essere “*giuridicamente strutturato come una molteplicità di sistemi di pagamento ... le regole dei sistemi componenti ... saranno armonizzate nella misura più ampia possibile*”.

Al riguardo, una fitta disciplina è contenuta nell'Allegato II, intitolato “*Condizioni armonizzate per la partecipazione a TARGET 2*” e corredato di ben sette Appendici. Tale disciplina, pur inerente alla fase di regolamento, non manca di contenere norme che disciplinano il traffico dei *gross transfers* non solo con riferimento alle BC aderenti, ma anche al rapporto tra queste ed i partecipanti: e così, per citarne alcune, a parte quelle sull'insolvenza del partecipante, si riscontrano regole in punto di irrevocabilità dell'ordine (art. 22); di requisiti di sicurezza (art. 28); di malfunzionamento tecnico (art. 30, nonché Appendici II e IV); di regime di responsabilità delle BC aderenti (art. 31); di regime probatorio (art. 32); di riservatezza (art. 38); di rapporto contrattuale tra ciascun partecipante e il fornitore di servizi di rete (SWIFT, art. 41).

Per il resto, l'art. 44 precisa che il rapporto tra il singolo partecipante e la BC nazionale è regolato dalla legge di quella nazione.

Continua quindi il predetto regime misto che già caratterizzava TARGET – e quindi manca una disciplina uniforme del servizio di pagamento per importi rilevanti nella fase dell'intermediazione – sebbene si consolidi sempre più una dettagliata disciplina che, pur incentrata sul rapporto tra banche centrali nazionali in sede di regolamento, non manca di riguardare anche i soggetti partecipanti.

Infine, l'art. 12 del citato Indirizzo BCE 26 aprile 2007, si cura di predisporre una disciplina inerente alle controversie tra banche centrali nazionali relativamente alle regole dello stesso Indirizzo, stabilendo che si applicheranno “*in via principale*” le norme e le procedure stabilite nell'Indirizzo e “*in via sussidiaria, la legge dello Stato membro in cui si trova la sede della BC dell'Eurosistema del beneficiario, a condizione che essa non contrasti con il presente indirizzo*” (e v. già il precedente Indirizzo BCE 30 dicembre 2005, cit., art. 10 bis). In dottrina, per una riflessione sui poteri regolamentari della BCE e sui suoi limiti v. A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La sorveglianza ...*, cit.

(36) Altra opzione concessa agli Stati membri è di escludere l'applicazione della disciplina sulle procedure di ricorso extragiudiziale – contenuta nell'art. 83 – quando l'utente non è un consumatore (art. 51.2).

Viceversa, se l'utente non è un consumatore (e neppure una microimpresa, per gli Stati che eserciteranno tale opzione) la disciplina ha natura dispositiva e quindi le parti (*recte*: il predisponente) potranno derogarla (anche *in peius*).

La discriminazione di regole basata sulla qualità dei soggetti – consumatori e non – rappresenta una novità assoluta nell'intervento comunitario nel settore dei pagamenti. Questa discriminazione riguarda non solo l'estensione di campo (al mercato all'ingrosso), ma pure il settore *retail*: taglia quindi trasversalmente tutti i servizi di pagamento.

La conseguenza immediata più evidente è che la novella disciplina comunitaria si presenta come meno garantista per quanti (non consumatori) erano fino a ieri tutelati – a livello comunitario, fino alla stessa proposta di direttiva – in modo non differenziato rispetto ai consumatori. Ciò vale soprattutto per la disciplina delle carte di pagamento – contenuta nella raccomandazione 30 luglio 1997 (37) – e per quella del loro uso fraudolento nei contratti a distanza, regolato dagli artt. 8 della direttiva 97/7/CE (contratti a distanza) e della direttiva 2002/65/CE (vendite a distanza di servizi finanziari) (38). Norme, queste ultime, soppresse dagli artt. 89 e 90, numero 2), della odierna direttiva, con l'esito di confinare l'effetto protettivo ai soli consumatori (gli unici oggi tutelati con norme inderogabili).

Un passo indietro, difficile da giustificare, se si ha riguardo alla circostanza che i rischi di uso non autorizzato che gravano sull'utente di carte di pagamento (furto, smarrimento, clonazione) sono generati dal loro impiego quotidiano e che soluzioni socializzatrici (semmai con un minimo di franchigia a carico dell'utente) appaiono di gran lunga preferibili alla luce delle difficoltà probatorie connesse al diverso approccio, basato sulla responsabilità per colpa dell'utente (e che si risolve quasi sempre in una responsabilità oggettiva a suo carico). Per inciso, il non consumatore non potrà neppure invocare la protezione contro gli squilibri (normativi) eccessivi perché – è arcinoto –, a differenza di alcune discipline nazionali, la disciplina comunitaria delle clausole vessatorie non trova alcuna applicazione ai rapporti B2B (39).

Ma il discorso va ben al di là delle carte di pagamento: l'aver cancellato con un tratto di penna il limite di € 50.000,00 con parallelo allargamento della disciplina a tutti i servizi di pagamento ed ulteriore inserimento di una tutela differenziata a seconda che l'utente sia un consumatore, o no, ha creato uno scenario complesso ed insidioso.

La protezione conferita all'utente dalla disciplina comunitaria è inderogabile solo per gli utenti-consumatori, dispositiva per gli altri (non consumatori). Ne consegue che la fantasia legislativa ha prodotto una disciplina a *double-face* (che muta il suo carattere

(37) Raccomandazione della Commissione del 30 luglio 1997, relativa alle operazioni mediante strumenti di pagamento elettronici, con particolare riferimento alle relazioni tra gli emittenti ed i titolari di tali strumenti, in *G.U.C.E.* 2 agosto 1997, L 208/52.

(38) Direttiva 97/7/CE del Parlamento e del Consiglio del 20 maggio 1997, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, in *G.U.C.E.* 4 giugno 1997, NL 144/19 e direttiva 2002/65/CE del Parlamento e del Consiglio del 23 settembre 2002, concernente la commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori e che modifica la direttiva 90/619/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE e 98/27/CE. In tema v. O. TROIANO, *Contratti on-line e servizi di pagamento: riflessioni sulla moneta elettronica*, in Santoro (a cura di), *Il diritto dei sistemi di pagamento*, Milano, 2007, 53, 75 e ss.

(39) Nondimeno, la presenza di normative nazionali differenziate in punto di estensione anche ai rapporti tra professionisti di parte significativa della disciplina sulle condizioni generali di contratto è probabile che produca alterazioni della concorrenza nel mercato dei servizi di pagamento resi a non consumatori (prevalentemente nel mercato dei servizi all'ingrosso).

a seconda dello *status* dell'utente), ma è proprio questa caratteristica camaleontica che inficia il quadro unitario costruito con regole uniche per il mercato *retail* e per le operazioni per importo rilevante.

L'intero impianto della direttiva – per la parte squisitamente privatistica – è (continua ad essere) costruito sulle norme protettive a vantaggio dell'utente-consumatore. È fin troppo ovvio che molte di queste regole non sono adeguate al mercato dei *large transfers* (40). Ed è ragionevole presumere un largo uso del potere di deroga, grazie all'autonomia privata concessa ai fornitori del servizio (predisponenti) verso gli utenti non consumatori.

L'esito sulla disciplina uniforme appare segnato: la parte dispositiva sarà oggetto di deroghe, tanto legittime, quanto sistematiche, che finiranno per spezzare la disciplina unitaria presente sulla carta, differenziandola a seconda che l'utente sia *consumer* o non, frustrando il tentativo uniformatore del legislatore comunitario, con l'esito di una eterogeneità dei fini, che ha il sapore del ritorno allo *starting point*: si applicherà, sostanzialmente, ai soli consumatori e tornerà ad essere conformativa del solo mercato *retail*.

Resta da chiedersi se abbia avuto senso varare una disciplina dispositiva dei pagamenti di importo rilevante, che, lungi dal rappresentare un modello (possibilmente ottimale) di regola di quei rapporti (salvo deroghe in casi particolari), rappresenta piuttosto un modello da cui ci si allontanerà rapidamente il più possibile, perché costruito sul diverso calco dell'utente – consumatore.

Anche da tale prospettiva quindi – oltre che da quella esaminata nel paragrafo precedente – il tentativo unitario del legislatore europeo ha il fiato corto.

A parere di chi scrive, una vera e propria disciplina unitaria (nel senso che non discrimina tra consumatori e non consumatori) è attualmente possibile solo nell'ambito delle carte di pagamento (ma, come detto, il legislatore comunitario ha perso questa occasione).

Nell'ambito degli altri servizi di pagamento (bonifici e incarichi di riscossione) invece, la distinzione tra profili soggettivi riflette un'evoluzione degli stessi servizi di pagamento, la cui offerta tende a diversificarsi in servizi *business* e *consumer oriented*. E tanto emerge, sia nel crescente settore degli addebiti diretti – dove, e non a caso, accanto ad una procedura standard, l'iniziativa SEPA prevede un servizio B2B –, sia nel settore dei bonifici, dove, se quelli di basso importo vedono coinvolti consumatori e non, quelli di importo rilevante – salvo casi davvero eccezionali – sono dedicati alle grandi utenze.

Invero, una disciplina legislativa comunitaria dei servizi di pagamento di importo rilevante – saggiamente dispositiva e priva di carattere di rigidità – appare auspicabile per il pregio connesso alla predisposizione di una normativa *ad hoc* di riferimento per i rapporti *B2B* (per quanto essenzialmente dispositiva) (41). Ma è un dato fermo, che essa dovrà essere calibrata sul diverso rilievo degli interessi in gioco.

(40) È evidente che una regola di responsabilità dell'utente limitata ad € 150,00, salvo eccezioni (art. 61) è improponibile nel traffico di bonifici o di addebiti B2B. Larga parte delle norme derogabili quando l'utente non è un consumatore appartengono alla disciplina degli ordini non autorizzati; ma pure l'art. 75, norma cardine sulla responsabilità del fornitore per inadempimento dell'ordine, è interamente derogabile ai sensi dell'art. 51.1.

(41) Vale la pena di ricordare l'esistenza di un Modello di legge uniforme dell'Uncitral del 15 maggio 1992 sui bancogiri internazionali, che si applica però a tutti i bancogiri, senza distinzione di importo, ma che, ciononostante, è fortemente influenzato dal modello statunitense dell'art. 4A UCC. Su tale modello, e sulle polemiche che ne hanno accompagnato il varo, v. O. TROIANO, *I servizi elettronici di pagamento*, Milano, 1996, 221 e riferimenti *ivi*.

Val la pena di rilevare, sul piano comparativo, come la *federalisation* della disciplina dei pagamenti, attuata negli Stati Uniti già a cavallo degli anni ottanta e novanta sia stata improntata proprio ad un approccio non unitario, sebbene l'iniziativa riformatrice avesse preso le mosse da un ambizioso progetto uniformatore – il *New Payments Code* – naufragato, specie per le critiche del mondo bancario, nella prima metà degli anni ottanta (42).

Nondimeno, l'esperienza USA non ha mancato di regolare appositamente – sebbene con norme ampiamente dispositive – il settore dei *large transfers*, inserendo, nel 1990, nello *Uniform Commercial Code* (UCC) un'apposita norma, l'Art. 4A, con una corposa disciplina, dedicata ai *wire transfers* (43).

(42) Per tali vicende v. ancora O. TROIANO, *I servizi ...*, cit., 45 e ss.

(43) La disciplina copre il mercato dei pagamenti rilevanti in dollari, eseguiti oltreoceano attraverso le reti *Fedwire*, dedicata ai pagamenti interni agli USA, e *CHIPS*, per il traffico di *large payments* in dollari verso l'estero. In tema v. già M. C. MALAGUTI, *I trasferimenti elettronici di fondi in Italia: spunti da un'analisi comparata – L'inserimento dell'art. 4A nell'Uniform Commercial Code statunitense*, in *Contratto e impresa* 1991, 1065; O. TROIANO, *I servizi ...*, cit., 196 e ss.

CAPITOLO III

L'ADEMPIMENTO DELL'OBBLIGAZIONE PECUNIARA TRA DIRITTO VIVENTE E PORTATA REGOLATORIA INDIRECTA DELLA PAYMENT SERVICES DIRECTIVE 2007/64/CE

Antonella Sciarrone Alibrandi

SOMMARIO: 1. Payment Services Directive, *obbligazione pecuniaria* «intermediata» e *diritto vivente*: note introduttive. – 2. *Il diritto vivente*: la sentenza della Cassazione a Sezioni Unite del dicembre 2007. – 3. (*Segue*): la sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee dell'aprile 2008. – 4. *La portata regolatoria indiretta della Payment Services Directive.*

1. *Payment Services Directive*, obbligazione pecuniaria «intermediata» e diritto vivente: note introduttive.

Può dirsi ormai avviata – anche se con forte ritardo rispetto ad altri settori finanziari – la formazione di un diritto europeo dei pagamenti. Contestualmente alla messa in atto, ad opera del mondo bancario, dell'ambizioso progetto di dare vita, per il settore dei pagamenti *retail*, ad una *Single Euro Payments Area* (c.d. SEPA), il 13 novembre 2007 è stata infine approvata la direttiva 2007/64/CE sui «servizi di pagamento nel mercato interno» [nota tra gli operatori come «PSD» («*payment services directive*»)] (1). La direttiva è volta, in particolare, a istituire, nella Comunità, un quadro giuridico unico per i servizi di pagamento (secondo quanto provano, oltre il considerando n. 1, i termini della disciplina: v. *infra*), per questa via ponendosi decisamente oltre l'impostazione sin qui seguita dal legislatore comunitario e basata sull'equiparazione, per certi aspetti, del trattamento normativo dei pagamenti domestici (*i.e.*: nazionali) e di quelli transfrontalieri.

Nonostante la PSD abbia avuto lunga gestazione (2), sia in vigore da quasi un anno e sia da recepirsi entro il 1° novembre 2009 (art. 94, paragrafo 1), l'attenzione finora prestata ad essa dai giuristi italiani è stata assai scarsa: rimanendo chiusa a ristretti convegni e seminari per «*addetti ai lavori*». Né fuori dall'Italia constano contributi editi che non siano di taglio meramente descrittivo e sommario (3). Forse, tale scarsa attenzione si spiega anche con la mole e la complessità della nuova direttiva.

Non è solo la ragione appena più sopra evidenziata a rendere enorme la distanza che separa la PSD dai precedenti interventi comunitari in materia: di *soft law*, quali sono stati i meno recenti, ma anche di carattere vincolante come gli ultimi (4). Bastino qui due serie di notazioni, di primissima approssimazione, per darne conto.

(1) Per una ragionata descrizione delle motivazioni che hanno portato il sistema bancario alla messa in atto del progetto SEPA nonché per un aggiornato resoconto dello stato di avanzamento del medesimo si rinvia a M. MANCINI, *I sistemi di pagamento retail verso la Single Euro Payments Area*, e a O. TROIANO, *La nuova disciplina privatistica comunitaria dei servizi di pagamento: realizzazioni e problemi della Single Euro Payments Area (SEPA)*, entrambi in questo *Quaderno*, *passim* ove anche ulteriori citazioni; in materia, v. anche V. FALCE, *Il mercato integrato dei sistemi di pagamento al dettaglio tra cooperazione e concorrenza (Primi appunti ricostruttivi)*, in *Banca borsa*, 2008, I, 558 ss.; C. SKINNER, *The future of finance after SEPA*, 2008. La direttiva 2007/64/CE è pubblicata in *G.U.U.E.*, 5 dicembre 2007, L 319,1 ss.

(2) La prima proposta di direttiva sui servizi di pagamento è stata, infatti, presentata dalla Commissione nel dicembre 2005.

(3) Senza pretesa di completezza, solo per fornire un quadro di massima, si possono citare: R. BOLLEN, *A review of European regulation of the payment system*, in *Journal of Banking and Finance Law and Practise*, 18 (2007), 167; V. MARGERIT, *La directive sur les services de paiement*, in *Bulletin de la Banque de France*, 2007, 67; D. MAVROMATI, *The Law of Payment Services in the EU: The EC Directive on Payment Services in the internal market*, 2008. Sulla proposta di direttiva del dicembre 2005 v., invece, J. PRIESEMAN, *Proposal for a Directive on payment services in the internal market. Overview and initial comments*; R. STEENNOT, *Erroneus execution of payment transactions and unauthorised use of payment instruments: the proposal for a Directive on payment services in the internal market*; M. VAN EMPEL, *Retail payments- The Lisbon agenda and SEPA*, tutti pubblicati in *Euredia*, 2006, rispettivamente 15; 69; 51.

(4) Un elenco completo dei già adottati, numerosi atti comunitari sui servizi di pagamento si può leggere nel considerando n. 3 della direttiva 2007/64/CE. Per una esaustiva ricognizione delle diverse tappe evolutive della legislazione comunitaria in materia si rinvia ancora a M. MANCINI, *I sistemi di pagamento retail verso la Single Euro Payments Area*, cit., e a O. TROIANO, *La nuova disciplina privatistica comunitaria dei servizi di pagamento: realizzazioni e problemi della Single Euro Payments Area (SEPA)*, cit.

Da un lato, la direttiva, per la prima volta, raccoglie nel suo ambito grandissima parte dell'universo dei «servizi di pagamento» (come indicati, negli artt. 2 e 4, n. 3 anche mediante rinvio all'elenco allegato alla PSD; nonché, per le «esclusioni», nell'art. 3) e, tra questi, numerose «operazioni di pagamento» (per tale dovendosi intendere, ai sensi dell'art. 4, n. 5, «l'atto, disposto dal pagatore o dal beneficiario, di collocare, trasferire o ritirare fondi, indipendentemente da eventuali obblighi sottostanti tra il pagatore o [rectius: e] il beneficiario»). Così, sono comprese nell'ambito della direttiva – senza alcuna limitazione d'importo (5), né di profilatura soggettiva in chiave consumeristica dell'utente del servizio – operazioni tra le più moderne: dai «bonifici» ai pagamenti a mezzo «carte» agli «addebiti diretti». Vi sono peraltro incluse anche operazioni per così dire «basilari» (primordiali) nell'ambito del cd. servizio di cassa, quali versamenti e prelievi per contanti (in quanto necessariamente, allo stato, alle prime legate). Restano, invece, al di fuori della sfera d'interesse della direttiva, oltre ai trasferimenti diretti (cioè non intermediati) di contante tra pagatore e beneficiario, tutti i pagamenti con effetti cambiari (assegni circolari e bancari inclusi) (6). Ciò, peraltro, non significa affatto che la PSD non possa avere «ricadute» su queste operazioni (secondo quanto intuisce lo stesso legislatore comunitario, al considerando n. 19 notando come «è opportuno che le buone prassi in materia si ispirino ai principi enunciati nella presente direttiva») (7).

Quanto ai contenuti, poi, la direttiva, composta di ben oltre novanta articoli, è volta a fornire una disciplina organica sia dei soggetti che forniscono i servizi di pagamento (i «prestatori»: art. 4, n. 9); sia dei contratti che regolano tali servizi, stipulati tra «prestatori» e «utenti» (art. 4, n. 10), vuoi nella veste di «pagatori» (art. 4, n. 7) che in quella di «beneficiari» (art. 4, n. 8). Sul versante dei contratti, in particolare, la PSD – oltre, come detto, a non distinguere tra operazioni «domestiche» e «transfrontaliere» (ciò che concorre a provare lo scopo assegnato in esordio alla direttiva, tra altri che pure possiede) – tende a dettare una disciplina (che concerne sia la trasparenza sia i contenuti delle operazioni) a carattere trasversale, non differenziata cioè secondo lo specifico «tipo» di operazione considerato (bonifico, addebito diretto, etc.). Là dove, peraltro, il legislatore comunitario ha sentito la necessità di introdurre regole diversificate, l'ambito applicativo delle stesse è stato disegnato – in modo, a quanto consta, inedito – mediante il riferimento, anziché ai ben noti «tipi» sociali di operazioni di pagamento (8), a due categorie di

(5) Diversamente dalla direttiva 97/5/CE del 27 gennaio 1997, sui bonifici transfrontalieri (in *G.U.C.E.*, 14 febbraio 1997, L 43, 25 ss.) che fissava in 50.000 euro il limite massimo per la sua applicabilità (art. 2, paragrafo 2). Per alcune considerazioni sull'ambito applicativo della direttiva 97/5/CE – la cui abrogazione è peraltro espressamente prevista, ex art. 93 della PSD, con efficacia dall'1° novembre 2009 (vale a dire dalla data ultima fissata per il recepimento della *Payment Services Directive*) –, cfr. A. SCIARRONE ALIBRANDI, *I bonifici transfrontalieri dalla direttiva 97/5/CE al d.lgs. 28 luglio 2000 n. 253*, in *Banca borsa*, 2001, I, 736 ss.; G. OLIVIERI, *Prime riflessioni in margine alla direttiva (n. 97/5/CE) sui bonifici transfrontalieri*, in *Dir. Unione europ.*, 1997, 143; F. MOLITERNI, *I bonifici transfrontalieri dalla legge modello UNCITRAL alla direttiva 97/5/CE*, in *Dir. comm. int.*, 1999, 547.

(6) La giustificazione di tali esclusioni si può leggere in termini espliciti nel considerando n. 19, ove si puntualizza che «per il contante esiste già un mercato unico dei pagamenti», mentre gli assegni cartacei «per la loro natura non consentono un trattamento altrettanto efficace quanto altri mezzi di pagamento».

(7) E v. infatti sui temi della «data valuta» e delle «spese accessorie» G. MUCCIARONE, *Due temi nella direttiva 2007/64/CE sui «servizi di pagamento»: «data valuta» e «spese accessorie»*, di prossima pubblicazione in *Banca borsa*.

(8) Un riferimento espresso a bonifici, addebiti diretti, carte di pagamento o dispositivi analoghi si trova compiuto, infatti, solo nell'elenco di cui all'allegato alla PSD chiamato in causa, come già detto, dall'art. 4, punto 3): elenco che però non ha alcuna incidenza sulla disciplina privatistica dell'operazione di pagamento, assolvendo la funzione primaria di descrivere l'ambito applicativo della direttiva medesima.

operazioni, distinte secondo il soggetto che dà avvio all'operazione: dunque operazioni su iniziativa del pagatore e operazioni su iniziativa del beneficiario.

Ciò osservato, è bene ora rimarcare – scendendo un pò di più nei contenuti della disciplina contrattuale – che questa, in effetti, è stata destinata ai «servizi» di pagamento e non è stata rivolta, in linea generale, all'obbligazione pecuniaria eventualmente corrente tra gli «utenti» (pagatore da un lato, beneficiario dall'altro) e «sottostante» alle «operazioni di pagamento» (da ora anche «rapporto di valuta»): in coerenza (di massima) con l'intendimento dichiarato dal legislatore, oltre che nel titolo della direttiva, nella già citata definizione di «operazione di pagamento» di cui all'art. 4, n. 5, nonché nel considerando n. 36.

Questa scelta del legislatore comunitario non significa, tuttavia, che il nuovo assetto regolativo delle operazioni di pagamento debba restare ininfluenza sulla disciplina dell'obbligazione pecuniaria tra pagatore e beneficiario.

Ed anzi a me pare che la direttiva non possa non avere portata regolativa «indiretta» sull'obbligazione pecuniaria (9). In via principale, su un punto (pure in connessione con molti altri) che certamente non ha ancora trovato, nel diritto applicato, una soluzione rassicurante: quello del momento di produzione dell'effetto estintivo dell'obbligazione quando a ciò sia stato deputato un mezzo di pagamento diverso dal denaro contante.

Del resto, risulta difficile pensare che il pieno conseguimento dell'obiettivo di un mercato unico dei pagamenti (proprio, come detto, di questa direttiva) possa realizzarsi a prescindere da qualsiasi interferenza della PSD sul terreno dell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie. Infatti, per il pagatore diventerà effettivamente uguale utilizzare un mezzo di pagamento diverso dal denaro contante entro i confini del proprio Stato piuttosto che in o verso un altro Stato, all'interno della Comunità, solo nel momento in cui saranno (prevedibili e) armonizzate, in ogni Stato membro, le conseguenze dell'utilizzo di quel mezzo di pagamento in luogo del contante sull'obbligazione pecuniaria che costituisce il rapporto di valuta.

Già tale circostanza basterebbe a rendere particolarmente rilevante e delicata la questione della portata regolatoria indiretta della PSD sul terreno dell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria. Ma ad essa se ne aggiunge un'altra.

Il diritto vivente italiano come pure quello europeo non hanno ancora maturato adeguata consapevolezza degli stretti nessi intercorrenti tra le dinamiche proprie del sistema dei pagamenti e le regole in tema di adempimento delle obbligazioni pecuniarie (10).

(9) Per contro, escludeva alla radice che la direttiva sui bonifici transfrontalieri potesse avere incidenza sul rapporto di valuta, in quanto non «moss[a] dall'intento di... (ri)definire i presupposti estintivi dell'obbligazione pecuniaria tra le parti principali del rapporto», G. CARRIERO, *Verso un nuovo diritto privato dei pagamenti*, in *Il diritto del sistema dei pagamenti* a cura di Carriero e Santoro, Milano, 2005, 26.

(10) Ne è esito il costante orientamento della giurisprudenza italiana, secondo cui l'estinzione del debito pecuniario, alla quale sia stato destinato un mezzo di pagamento bancario, si produce con l'accreditamento del conto del creditore: v. così, prima delle sentenze che vanno a menzionarsi poco oltre nel testo, Cass., 24 marzo 2000, n. 3519, in *Banca borsa*, 2001, II, 637 ss.; Cass., 10 gennaio 2003, n. 149, ined.; Cass., 10 febbraio 2003, n. 1939, in *Foro it.*, I, 3102; Cass., 10 giugno 2005, n. 12324, in *Giur. it.*, 2006, 925 (le prime due concernenti il bonifico; le ultime due l'assegno).

Tale orientamento, che rimonta all'idea del denaro come bene fungibile, unico oggetto proprio dell'obbligazione pecuniaria (per tutti, T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. c.c.*, a cura di

Così, in particolare, non è stata affatto valorizzata la direttiva 97/5/CE sui bonifici transfrontalieri, che pure, al proposito, mostra un contenuto importante (11). E ciò, invero, nonostante, in questo torno di tempo, si registri una sensibile crescita d'attenzione per il tema dell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria con strumenti diversi dal denaro contante, di cui costituisce riprova la presenza, in materia, di un numero sempre maggiore di pronunce di un certo "peso", quanto a rango degli organi giurisprudenziali di provenienza e capacità di impatto sul diritto vivente.

Il rischio, dunque, che la sorte toccata alla direttiva sui bonifici transfrontalieri colpisca anche l'attuale è grande. Ed è rischio grave. Nella ricostruzione della disciplina dell'obbligazione pecuniaria da parte del diritto vivente, infatti, l'attribuzione del dovuto rilievo alla conformazione data dalla PSD ai mezzi di pagamento diversi dal contante avrebbe – data anche la portata tendenzialmente omnicomprensiva della direttiva – ripercussioni assai rilevanti.

Per darne un saggio – prima di abbozzare qualche riflessione in punto di portata regolatoria indiretta della direttiva (numero 4) –, si riferirà, in breve, di due recenti decisioni, dotate, in misura particolare, di capacità di "condizionamento" della giurisprudenza a venire: la prima della Cassazione a Sezioni Unite, del 18 dicembre 2007, n. 26617 (12), la seconda della Corte di Giustizia delle Comunità europee (causa C-306/06), emessa il 3 aprile 2008 (rispettivamente, numero 2 e numero 3) (13).

Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1959, 61 ss.), è tradizionale anche in dottrina: già rappresentato da illustri autori nel passato meno recente (G. F. CAMPOBASSO, *Bancogiro e moneta scritturale*, Bari, 1979, 106) trova ancora autorevoli sostenitori (G. OLIVIERI, *Compensazione e circolazione della moneta nei sistemi di pagamento*, Milano, 2002, 237). Tuttavia, l'idea del denaro come bene fungibile è entrata da tempo in crisi (A. DI MAJO, *Obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996, 51; da ultimo, B. INZITARI, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria nella società contemporanea: tramonto della carta moneta e attribuzione pecuniaria per trasferimento della moneta scritturale*, in *Banca borsa*, 2007, I, 137 ss.) e, con ciò, si è fatta strada anche la tesi che l'obbligazione pecuniaria eseguita con mezzi di pagamento alternativi si estingua nel momento in cui la banca del creditore riceve l'importo dalla banca del debitore (G. MOLITERNI, *I bonifici transfrontalieri dalla legge modello UNICITRAL alla direttiva 97/5CE*, cit., 569; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *L'interposizione della banca nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria*, Milano, 1997, 189 ss.). E per una soluzione articolata v. ora V. SANTORO, *L'efficacia solutoria dei pagamenti tramite intermediari*, in *Il diritto del sistema dei pagamenti*, cit., 94 ss.

(11) Per alcuni rilievi sulla portata conformativa della direttiva sui bonifici transfrontalieri in ordine alla struttura delle operazioni di pagamento sia consentito rinviare a A. SCIARRONE ALIBRANDI, *I bonifici transfrontalieri dalla direttiva 97/5/CE al d.lgs. 28 luglio 2000 n. 253*, cit., 751 ss.

(12) Ad essa si è già conformata Cass., 10 marzo 2008, n. 6291, edita insieme alla prima in *Banca borsa*, 2008, II, 553 ss. La sentenza delle sezioni unite ha ricevuto vari commenti, che, tuttavia, non sembrano cogliere bene, per un verso o per un altro, la sua reale portata nel quadro del diritto applicato (alle volte travisandone pure il pensiero): v. così G. LEMME, *La rivoluzione copernicana della Cassazione: la moneta legale, dunque, non coincide con la moneta fisica*, ivi, 2008, II, 562 ss.; F. MORCAVALLO, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria mediante consegna di assegni circolari: inquadramento sistematico e valenza teorico-applicativa di un orientamento evolutivo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 756; C. ROMEO, *Obbligazioni pecuniarie e pagamento con assegno circolare*, in *Contratti*, 2008, 490; B. RONCHI, *L'estinzione dell'operazione attraverso la consegna di assegno circolare*, in *Notariato*, 2008, 509.

(13) Pubblicata in *G.U.U.E.*, 24 maggio 2008, C 128, 7 ss.

Se, indiscussa la funzione nomofilattica delle pronunce della Corte di Giustizia, alcune incertezze si riscontrano nella letteratura in ordine agli esatti termini di vincolatività delle stesse, nel diritto applicato il valore che a tale giurisprudenza si attribuisce è notevole (per primi riferimenti v. P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, Milano, 2005; 434; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2005, 287).

Per quanto in diversi contesti d'intervento (la prima occupandosi di assegno circolare, la seconda di bonifico), entrambe hanno a che fare con il rapporto tra obbligazione pecuniaria e mezzi bancari di estinzione diversi dal denaro: entrambe, in sostanza, riguardano quel profilo dell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria, sopra indicato, su cui la direttiva ha valenza indiretta. La decisione della Cassazione tratta, altresì, di un altro assai travagliato problema nel diritto applicato: quello della necessità, ad integrare l'adempimento di un debito pecuniario, della materiale consegna dei pezzi monetari o della sufficienza di mezzi di pagamento diversi (14). E, su questo, i giudici di legittimità mostrano una significativa apertura. Entrambe le pronunce, però, trascurano (quella europea più di quella italiana) gli effettivi connotati tecnico-giuridici dei mezzi di pagamento "altri" dal denaro contante, che pure ne costituiscono l'oggetto, condividendo un assunto ritenuto di evidente correttezza: quello dell'esigenza di dare rilievo – nella soluzione finale di entrambe le questioni – solo all'atto che consente al creditore di acquistare sulla somma trasferita una disponibilità comparabile a quella derivante dalla consegna di denaro contante (il che accadrebbe unicamente per effetto dell'accreditamento sul conto del beneficiario dell'importo dovutogli).

Come meglio si illustrerà più avanti, però, un tale modo di argomentare è – al di là dell'apparenza – viziato *ab imo*: dall'errore di giustapporre la logica dell'adempimento con denaro contante (ove l'attribuzione al creditore si realizza con gli strumenti del terzo libro del codice civile, e dunque attraverso le categorie ordinanti del possesso e della proprietà) a quella, ben diversa, dell'adempimento con mezzi diversi dal contante (ove a venire in gioco sono gli strumenti del quarto libro, e quindi l'esecuzione di atti strettamente connessi alla natura del rapporto obbligatorio e alle specifiche circostanze in cui il rapporto medesimo sorge e si realizza).

2. Il diritto vivente: la sentenza della Cassazione a Sezioni Unite del dicembre 2007.

La sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 26617/2007 (poco sopra citata), interviene a risolvere un contrasto giurisprudenziale circa la «*questione se nelle obbligazioni pecuniarie abbia efficacia estintiva solo il pagamento in moneta contante, oppure anche mediante consegna di assegno circolare*», accogliendo quest'ultimo corno dell'alternativa.

La questione, per sé, non ha stretta attinenza con la PSD, che, come si è detto (sopra, numero 1), non comprende nel proprio ambito i pagamenti a mezzo assegni. Ma l'iter seguito dalla motivazione per risolverla, non sempre lineare, propone passaggi che possono ben riferirsi (e riferire dunque pure la soluzione finale) anche ad altri mezzi di pagamento alternativi al contante (quali, di certo, i bonifici). Si allude, essenzialmente, a quattro serie di asseriti, che possono così riordinarsi e sintetizzarsi.

Il primo ordine di passaggi – di apprezzabile apertura alla più avanzata dottrina (15) – muove dalla rilevazione di norme speciali che hanno reso obbligatorio l'uso di mezzi di

(14) Anche sotto questo secondo profilo, la direttiva – si può qui solo accennare, essendo ancora prematuro un più compiuto svolgimento di tale assunto – è in grado di incidere. Sia pure in termini ancora più indiretti: non in quanto, cioè, è idonea a risolvere il problema dell'*an* dell'equiparabilità al denaro dei mezzi altri, ma in quanto la individuazione dei mezzi equiparabili (del termine di equiparazione) non può prescindere dalla conformazione che questi nella PSD ricevono.

(15) I giudici di legittimità mutuano, in particolare, le argomentazioni di B. INZITARI, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria nella società contemporanea: tramonto della carta moneta e attribuzione pecuniaria per trasferimento della moneta scritturale*, cit., 133 ss.

pagamento alternativi al denaro, erodendo l'art. 1277 c.c.; si snoda attraverso la constatazione del carattere «normale» di tali mezzi nella «*realtà sociale*», per trarne la necessità di una «*interpretazione evolutiva, costituzionalmente orientata dell'art. 1277 che superi il dato letterale e, cogliendone l'autentico senso, lo adegui alla mutata realtà*»; e così concludere che l'espressione «*moneta avente corso legale nello Stato al momento del pagamento*» contenuta nella appena citata disposizione significhi «*che i mezzi monetari impiegati si debbono riferire al sistema valutario nazionale, senza che se ne possa indurre alcuna definizione della fattispecie del pagamento solutorio*», per questa via «*risultan(d)o ammissibili altri sistemi di pagamento*».

Il secondo ordine di passaggi – anch'esso di apprezzabile apertura – è volto a corroborare in negativo tale conclusione, superando l'obiezione rappresentata dall'art. 1182, comma 3, c.c. Rilevato (per vero, con estrema rapidità) che gli assegni vengono incassati attraverso la «*intermediazione*» della banca presso cui il beneficiario ha «*un conto*» (c.d. «*negoiazione*») e che «*l'interesse del creditore*» si appunta sulla «*giuridica disponibilità della somma*» invece che sul «*possesso dei pezzi monetari*», si deduce che «*il concetto di domicilio del creditore non coincide con il suo domicilio anagrafico soggettivamente riconducibile alla persona fisica, ma deve essere oggettivizzato e può individuarsi nella sede (filiale, agenzia o altro) della banca presso la quale il creditore ha un conto*».

Il terzo ordine di asseriti si origina direttamente, senza alcun passaggio intermedio, dai primi due e definisce i requisiti dei mezzi alternativi «*ammissibili*», per derivarne l'inclusione, tra questi, degli assegni circolari: esatti mezzi alternativi sono quelli che «*garantiscono al creditore il medesimo effetto del pagamento per contanti e, cioè, forniscono la disponibilità di denaro dovuta*».

Ed il quarto, infine, fissa – ancora una volta senza medi – il «*momento liberatorio*»: segnatamente, «*quando il creditore acquista la concreta disponibilità della somma*» ed è posto «*nelle condizioni di disporre liberamente della somma di denaro*».

Sono queste due ultime serie di affermazioni la parte della pronuncia – pure, nel suo complesso, certamente da apprezzare – che più presta il fianco a critiche. Come già anticipato, infatti, la Cassazione mostra, sotto questo profilo, di non riuscire ad «*entrare*» nell'effettivo atteggiarsi del sistema dei pagamenti (e, nel caso specifico, nelle regole proprie della negoziazione degli assegni), restandone ai margini e finendo per contraddire la valorizzazione delle nuove modalità di adempimento, compiuta nelle precedenti parti. L'idea, precisamente, che il verificarsi o meno dell'effetto liberatorio debba essere misurato sulla base del criterio dei medesimi effetti della consegna di denaro contante anziché su quello, tutto da approfondire, derivante dalle regole proprie dei pagamenti bancari non si rivela in linea con la valorizzazione – che pure i giudici dichiarano di voler compiere – della differenza tra la logica degli strumenti del terzo libro del codice civile e quella degli strumenti del libro quarto (16).

(16) Del resto, che la Cassazione non sia riuscita sino in fondo a liberarsi del retaggio per cui l'obbligazione pecuniaria ha, *in primis*, per oggetto denaro contante è svelato anche da un ulteriore passaggio contenuto nella sentenza in discorso. Ci si riferisce all'affermazione secondo cui «*mentre se il debitore paga in moneta avente corso legale il debito pecuniario di importo inferiore ad euro 12.500 o per il quale non sia imposta una diversa modalità di pagamento, il creditore non può rifiutare il pagamento ... ; se il debitore paga con assegno circolare o con altro sistema che assicuri ugualmente la disponibilità della somma dovuta, il creditore può rifiutare il pagamento ... per giustificato motivo che deve allegare ed all'occorrenza anche provare*». In realtà, la norma dell'art. 1206 c.c. (come pure quella dell'art. 1175, di cui la prima è espressione: v., anche per riferimenti, G. MUCCIARONE, *Sull'omessa presentazione della cambiale al pagamento in*

3. (Segue): la sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee dell'aprile 2008.

La pronuncia della Corte di Giustizia delle Comunità europee dell'aprile 2008 – che ora deve passarsi a considerare (v. sopra, numero 1) – affronta una questione pregiudiziale rimessale dall'*Oberlandesgericht Köln* in ordine all'interpretazione dell'articolo 3, n. 1, lett. c), ii), della direttiva 2000/35/CE del 29 giugno 2000, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Secondo tale disposizione – non esplicitamente recepita, peraltro, né dal legislatore tedesco (17), né da quello italiano (18) – il creditore ha diritto agli interessi di mora se, pur avendo adempiuto agli obblighi contrattuali e di legge, «non ha ricevuto nei termini l'importo dovuto, a meno che il ritardo non sia imputabile al debitore».

La causa tedesca che ha originato la rimessione – occorre anzitutto premettere per poter precisare la questione – verteva su di un bonifico tardivamente accreditato. Il giudice tedesco rilevava che secondo l'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale dominante in Germania, in caso di pagamento mediante bonifico bancario, la prestazione viene considerata realizzata tempestivamente qualora l'ordine di bonifico sia pervenuto alla banca del debitore prima della scadenza del termine di pagamento e sempre entro tale termine sia stato da quest'ultima accettato, previa verifica dell'esistenza di sufficiente disponibilità sul conto dell'ordinante (19).

Lo stesso giudice rilevava altresì come, però, l'orientamento dominante potesse essere contraddetto dall'articolo 3, n. 1, lett. c), ii), della direttiva 2000/35. L'uso da parte

termini, in *Banca borsa*, 2003, I, 328, nt. 97) riguarda pure l'adempimento a mezzo contanti: si ricordino i casi peculiari della consegna di banconote usurate o di una «eccessiva» quantità di monete.

(17) Nel caso di specie, la normativa interna di riferimento della Germania è il codice civile tedesco (*Bürgerliches Gesetzbuch* – “BGB”), opportunamente modificato al fine di garantire la trasposizione della direttiva 2000/35.

(18) Nella letteratura formatasi sulla direttiva 2000/35/CE il punto sembra ignorato: L. MENGONI, *La direttiva 2000/35/Ce in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Europa e diritto privato*, 2001, 73 ss; R. CLARIZIA, *Il decreto legislativo sui ritardati pagamenti e l'impatto sul sistema*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 57 ss; R. CONTI, *Il d.lgs. n. 231/2002 di trasposizione della direttiva sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Corr. giur.*, 2003, 99 ss; P. SANNA, *L'attuazione della dir. 2000/35/Ce in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali: introduzione al d.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231 (prima parte)*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 247 e ss; U. SCOTTI, *Aspetti di diritto sostanziale del d.lgs. 9 Ottobre 2002, n. 231, attuazione della direttiva 2000/35/Ce relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Giur. mer.*, 2003, 603 ss.; R. PASQUILI, *Obbligazioni pecuniarie: i riflessi dell'illiquidità sull'individuazione del luogo di adempimento e sulla modalità di costituzione in mora del debitore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, 315 ss.

(19) Tale orientamento è, in effetti, la diretta conseguenza delle regole generali dell'ordinamento tedesco sull'adempimento delle obbligazioni. Queste fissano anche per il debito pecuniario il luogo di pagamento (*Leistungsort*) nel domicilio del debitore (§§ 269, Abs. 1 e 270, Abs. 4, BGB) e, al contempo, dispongono che il debitore deve far pervenire il denaro, a sue spese e rischio, al domicilio del creditore (*Zahlungsort*) (§ 270, Abs. 1, BGB). Da esse origina la nota distinzione fra *Verlustgefahr* (rischio di perdita) e *Zeitgefahr* (rischio di ritardo), nonché la qualificazione dell'obbligazione pecuniaria nei termini di una *Schickschuld*, per cui il debitore di somma di denaro non è responsabile (con conseguente esclusione della sua messa in mora) se ha inviato in modo tempestivo la somma dovuta pur se questa venga ricevuta dal creditore tardivamente. In argomento, di recente: P. W. HEERMANN, *Geld und gedlgeschäfte*, Mohr Siebeck, 2003, 193-238; P. DERLEDER, K.O. KNOPS, H.G. BAMBERGER, *Handbuch zum Deutschen und europäischen Bankrecht*, Springer, 2003; J. ORTMANN, *Zum neuen Recht der Banküberweisung: Überweisungsvertrag und Haftung des überweisenden Kreditinstituts*, Eul, 2002; D. EISELE, *Bank- und Kapitalmarktrecht*, Mohr Siebeck, 2006, 209-247. Per uno spunto riguardo ai riflessi della PSD su tale normativa v. *infra* nt. 34.

delle versioni tedesca, inglese e francese di tale direttiva, rispettivamente, dei termini «*erhalten*», «*received*» e «*reçu*» – osservava il giudice – potrebbe orientare nel senso dell'insufficienza, al fine di evitare un ritardo di pagamento rilevante, della tempestiva esecuzione dell'ordine, e della necessità, invece, che, prima della scadenza del termine, l'importo dovuto sia accreditato sul conto del creditore.

Alla luce di tale incertezza interpretativa, l'*Oberlandesgericht Köln* sottoponeva alla Corte di Giustizia la seguente questione pregiudiziale: «*se una normativa nazionale, ai sensi della quale è determinante, per il pagamento eseguito con bonifico bancario che evita il verificarsi della mora del debitore o che fa cessare la mora del debitore già intervenuta, non il momento dell'accredito della somma sul conto del creditore, ma il momento dell'ordine di bonifico dato dal debitore con sufficiente copertura in conto corrente o nell'ambito di un corrispondente prestito, ed accettato dalla banca, sia in accordo con l'art. 3, n. 1, lett. C), ii), della direttiva (...) 2000/35/ce(...)*». In sostanza, veniva chiesto alla Corte di giustizia di accertare in quale momento un pagamento effettuato mediante bonifico bancario possa ritenersi tempestivamente eseguito nel contesto di una transazione commerciale.

Con la sentenza in discorso, la Corte ha ritenuto che un bonifico è tempestivo quando è stato accreditato sul conto del beneficiario entro il termine di scadenza dell'obbligo sottostante: ciò perché, in generale, un pagamento è tempestivo quando alla scadenza del debito il creditore ottenga la disponibilità della somma, il che, quando il pagamento avvenga a mezzo bonifico, si verifica con l'accreditamento.

A sostegno della premessa generale la Corte adduce in positivo diversi rilievi, stringati, invero, quanto deboli se posti a confronto con l'ipotesi – nella pronuncia neppure presa in considerazione – che il bonifico sia tempestivo quando in termini sia accreditato il conto della banca del beneficiario. La Corte, anzitutto, usa la stessa notazione terminologica compiuta dall'*Oberlandesgericht Köln*; a ciò aggiunge che il riferimento alla «*ricezione*» dell'importo risulta dai lavori preparatori voluto dal legislatore storico; ed infine osserva che tale volontà è coerente con lo scopo, perseguito dalla direttiva, di tutelare i titolari di crediti pecuniari.

In fine di motivazione, poi, la Corte considera un argomento portato da vari governi (in particolare da quello finlandese, da quello tedesco e da quello austriaco) contro la tesi dell'accreditamento del conto del beneficiario quale discrimine tra bonifico tempestivo e bonifico tardivo: la osservazione secondo cui dare rilievo a tale accreditamento condurrebbe a porre irragionevolmente a carico del debitore il rischio relativo ai lassi di tempo necessari per il trattamento delle transazioni bancarie, che non dipendono dal debitore (20). A contrastare tale obiezione, la Corte ritiene sufficiente l'esonero di responsabilità del debitore per ritardi a lui non imputabili, stabilito dall'ultima frase dell'articolo 3, n. 1, lett. c), ii), della direttiva 2000/35. Per questa via, infatti – ragiona la Corte, così finendo però per contraddire l'interpretazione da essa data (21) –, il pagamento di interessi moratori sarebbe sostanzialmente da escludersi tutte le volte in cui il ritardo nel pagamento anziché derivare da un comportamento del debitore (che si assume invece avere operato tenendo diligentemente conto dei tempi di norma necessari per l'esecuzione di un bonifico) fosse la conseguenza dell'operato di qualcuna delle banche coinvolte. Del

(20) Perciò – proseguono in positivo i governi – l'interpretazione che si accontenta della tempestiva effettuazione del solo ordine di bonifico (da parte del debitore) è più equilibrata e dunque da preferire.

(21) Al proposito, v. anche oltre, nt. 34.

resto – prosegue la pronunzia –, è prassi diffusa che determinate disposizioni regolamentari o contrattuali fissino i termini necessari per l'esecuzione dei bonifici bancari, di modo che il debitore sia in grado di prevedere tali termini ed evitare così l'applicazione degli interessi moratori.

Questo è il solo accenno compiuto dai giudici comunitari al sistema dei pagamenti e alla realtà operativa – nonché, come si vedrà subito *infra*, a quella normativa – dei bonifici bancari. Nemmeno questa pronuncia, pur se proveniente dal *milieu* comunitario e pur se concernente i bonifici, contiene alcun riferimento né alla direttiva sui bonifici transfrontalieri, né alla direttiva sui servizi di pagamento in generale, comunque in vigore già dal dicembre 2007 (art. 95).

4. La portata regolatoria indiretta della *Payment Services Directive*.

Il resoconto delle due pronunce sin qui condotto ha dunque mostrato – secondo quanto sopra preannunciato (n. 1) – da un lato l'apertura del diritto applicato all'equiparazione, in punto di oggetto dell'obbligazione pecuniaria, dei mezzi di pagamento bancari al contante: apertura che peraltro, in prospettiva, può venire molto enfatizzata in ragione del recepimento della PSD. D'altro canto, è pure emersa la scarsa cura che il diritto vivente presta ai termini effettivi del sistema dei pagamenti, che si traduce poi nell'individuazione dell'accreditamento del conto del creditore come momento estintivo del debito pecuniario, quando all'effetto siano stati deputati mezzi bancari.

Proprio su quest'ultimo punto deve ora passarsi a considerare la portata regolativa indiretta della direttiva: che, si è pure già detto, si discosta assai dalla soluzione data dal diritto applicato. Infatti, la conformazione data dalla PSD ai mezzi di pagamento alternativi (e, come meglio si vedrà, a tutti indifferentemente) importa che l'obbligazione pecuniaria non si debba ritenere estinta con la concreta messa a disposizione della somma (l'accredito del conto del beneficiario, se v'è un conto), bensì in un momento logicamente (e, nel caso, anche temporalmente) distinto: al momento in cui l'importo è trasferito dal prestatore del pagatore a quello del beneficiario.

A venire in rilievo è, in via principale, il portato dell'art. 75: unica disposizione della direttiva concernente la «responsabilità» dei prestatori verso gli utenti per «mancata o inesatta esecuzione» dell'operazione (come annunciato da una rubrica di tratto omnicomprensivo) (22); disposizione, peraltro, nell'insieme piuttosto complicata, anche in ragione – lo si vedrà – di una non ben riuscita articolazione interna.

Essa – va anzitutto osservato – articola la disciplina secondo che l'operazione avvenga su ordine del pagatore ovvero su ordine del beneficiario (o per suo tramite): destinando alla prima ipotesi le norme del paragrafo 1, alla seconda quelle del paragrafo 2, e ad entrambe quella del paragrafo 3.

(22) La direttiva su bonifici transfrontalieri destinava, invece, al tema due distinti articoli: il 4, concernente il bonifico non eseguito tempestivamente («*tardivo*»), e il 6, riguardante il bonifico non eseguito affatto ovvero eseguito ma non a favore del beneficiario («*perduto*»). Sul punto si rinvia alle considerazioni svolte da A. SCIARRONE ALIBRANDI, *I bonifici transfrontalieri dalla direttiva 97/5/CE al d.lgs. 28 luglio 2000 n. 253*, cit., 759 ss.

L'articolazione è formalmente netta, ma, a ben vedere, le regole dettate per le operazioni su iniziativa del beneficiario – ad eccezione di una, riferita al segmento (ipotizzabile solo per quest'ultimo tipo di operazione) della trasmissione dell'ordine dal prestatore del beneficiario al prestatore del pagatore – risultano una inutile duplicazione di quelle dettate per le operazioni su iniziativa del pagatore. Sotto questo profilo, l'unificazione della normativa sarebbe potuta andare ben oltre (23).

Va poi chiarito che la disposizione si riferisce, per l'un tipo di operazione come per l'altro, sia al caso in cui l'operazione sia stata addebitata (24) ma non sia stata eseguita per nulla dal prestatore del pagatore; oppure sia stata eseguita ma solo per uno o più segmenti (l'intermediario di cui si avvale il prestatore del pagatore, ad esempio, non ha portato a compimento l'incarico ricevuto); oppure ancora sia stata eseguita ma non a favore del beneficiario bensì nei confronti di un terzo (tutte e tre ipotesi che possono riguardare la sorte dell'intero importo o solo di una parte: i pagamenti «*perduti*»); sia infine al caso di operazione eseguita inesattamente quanto al tempo (i pagamenti «*tardivi*») (25). Per le sole operazioni su iniziativa del beneficiario, ad essere disciplinato è pure il caso di mancata (in tutto o in parte) ovvero tardiva trasmissione dell'ordine di pagamento da parte del prestatore del beneficiario.

Per l'operazione su ordine del pagatore, infatti, il paragrafo 1, al comma 1, I periodo, prevede, in modo esplicito, il caso in cui il prestatore dell'ordinante non abbia trasmesso l'importo al prestatore del beneficiario «*conformemente all'articolo 69, paragrafo 1*» (26) e, dunque, tempestivamente. Peraltro, il comma 4 – nell'imporre al prestatore del pagatore di «*rintracciare l'operazione*» – è coerente solo con l'ipotesi del pagamento perduto (cioè non giunto al prestatore del beneficiario) (27). Che, anche solo perciò, è da intendersi dunque inclusa nella locuzione del comma 1, I periodo. Del resto, anche il comma 2 – che impone al prestatore del pagatore di «*risarcir[e quest'ultimo del]l'importo dell'operazione*» – è coerente con l'ipotesi del pagamento perduto. Esso è invece eccessivo rispetto al pagamento tardivo (28). Sarebbe affatto irragionevole, tuttavia, pensare che l'unica disposizione della direttiva in punto di responsabilità per inesatta esecuzione, nel richiamare la citata norma dell'art. 69, non abbia inteso fare riferimento, prima di ogni altro caso, a quello dell'esecuzione tardiva (29).

(23) Di avviso diverso sia quanto a prospettiva generale, sia quanto a giudizio sulla specifica disposizione, O. TROIANO, *La nuova disciplina privatistica comunitaria dei servizi di pagamento: realizzazioni e problemi della Single Euro Payments Area (SEPA)*, cit., nn. II-III.

(24) Come anche – mi pare – pure all'operazione non eseguita né addebitata: v., infatti, oltre, nt. 31.

(25) Diversamente dalla direttiva sui bonifici transfrontalieri (v. sopra, nt. 22), la PSD non distingue, a livello di descrizione di fattispecie, quella dei pagamenti tardivi da quella dei pagamenti perduti: e tale indistinzione risulta fonte di incertezza sotto il profilo della regola applicabile (v. nt. 29).

(26) A mente di questa disposizione, «*gli Stati membri esigono che il prestatore di servizi di pagamento del pagatore garantisca che, dal momento della ricezione ai sensi dell'articolo 64, l'importo dell'operazione di pagamento sia accreditato sul conto del prestatore di servizi di pagamento del beneficiario al più tardi entro la fine della giornata operativa successiva. Fino al 1° gennaio 2012 un pagatore può concordare con il suo prestatore di servizi di pagamento un termine che non sia superiore a tre giornate operative. Questi termini possono essere prorogati di una ulteriore giornata operativa per operazioni di pagamento disposte su supporto cartaceo*».

(27) Oppure pervenutovi ma con l'indicazione del beneficiario travisata dal prestatore del pagatore: v., infatti, oltre, nt. 31.

(28) Ed ancor più rispetto all'operazione non eseguita e non addebitata.

(29) È da verificare, però, se al trasferimento tardivo dell'importo dell'operazione dal prestatore del pagatore a quello del beneficiario, nonché al pagamento non eseguito in nulla né addebitato, si applichi(n) solo la regola di cui al paragrafo 1, comma 1, che attribuisce la responsabilità al prestatore del pagatore

In via correlata, il II periodo del comma 1 si occupa del caso in cui il prestatore del beneficiario, ricevuta la somma nei suoi esatti termini di quantità e di tempo, non abbia poi provveduto – per un aspetto e/o per altro – alla «*corretta esecuzione*» dell'operazione (sia non accreditando il conto del suo cliente, in tutto o in parte; sia facendolo in ritardo). Non diversamente – per l'operazione su ordine del beneficiario –, deve intendersi dunque (per il contesto in cui si trova) il paragrafo 2, al comma 2, che discorre – per certi versi, con maggior grado di precisione – di «*trattamento dell'operazione conformemente agli obblighi stabiliti dall'art. 73*» (30). Perciò, ancora, deve ritenersi che anche il comma 3 contempra ipotesi in cui il prestatore dell'ordinante non abbia trasferito l'importo per tempo, l'abbia trasferito oppure no. Così come pure in senso omnicomprensivo, infine, va letta la non «*corretta trasmissione dell'ordine*» da parte del prestatore del beneficiario.

Nonostante quanto l'articolazione della norma potrebbe far supporre, il criterio di attribuzione di responsabilità ai prestatori non risulta diverso – per l'operazione eseguita tardivamente come per quella perduta –, secondo che l'operazione avvenga su ordine del pagatore ovvero su ordine del beneficiario. Il criterio è questo: ciascun prestatore risponde della inesatta esecuzione del segmento dell'operazione, che rientra nella sua sfera di controllo (31) e la cui esatta esecuzione costituisce oggetto di obbligo contrattuale nei confronti del proprio cliente (32). Infatti, l'attribuzione di responsabilità, che viene stabilita, è, segnatamente, la seguente: per l'ordine del beneficiario non trasmesso o trasmesso inesattamente dal suo prestatore, questo risponde nei confronti del primo (paragrafo 2, comma 1); per il mancato o inesatto trasferimento dell'importo nei termini dal prestatore del pagatore a quello del beneficiario, il prestatore del pagatore risponde verso il pagatore (paragrafo 1, comma 1, I parte; paragrafo 2, comma 3); per il mancato accredito nei termini del conto del beneficiario, quando il suo prestatore abbia ricevuto l'importo nei termini, quest'ultimo soggetto risponde nei confronti del primo (paragrafo 1, comma 1, II parte; paragrafo 2, comma 2).

Ora, la lettura più piana di tale plesso normativo conduce a ritenere che l'obbligazione pecuniaria eventualmente sottostante all'operazione di pagamento si estingua non con l'accredito del conto del beneficiario, bensì al momento del ricevimento del relativo

nei confronti di questi (e quella del paragrafo 3), ovvero anche quella di cui al comma 2 del paragrafo 1, che definisce il contenuto di tale responsabilità nell'obbligo di rimborso dell'operazione (e di ripristino del conto, nel caso, allo *status quo*). Tale specie di regola, nella direttiva sui bonifici transfrontalieri era prevista (nell'art. 6) solo per l'ipotesi di bonifico smarrito.

(30) A venire in rilievo è, segnatamente, il paragrafo 1 dell'art. 73: *il comma 2 stabilisce che «il prestatore di servizi del beneficiario assicura che l'importo dell'operazione di pagamento sia a disposizione del beneficiario non appena tale importo è accreditato sul proprio conto»; il comma 1 che «gli Stati membri provvedono affinché la data valuta dell'accredito sul conto di pagamento del beneficiario non sia successiva alla giornata operativa in cui l'importo dell'operazione di pagamento è accreditato sul conto del prestatore di servizi di pagamento».* Il paragrafo 2 dell'art. 73, invece, regola imperativamente la data valuta dell'addebito e perciò non può che attenersi alla inesatta esecuzione dell'operazione da parte del prestatore del pagatore.

(31) Ed è coerente con questo criterio far rispondere il prestatore del pagatore, oltre che nei casi già indicati e giustificati nel testo, in quelli (indicati sopra, alla nt. 24 e alla nt. 27) del pagamento non eseguito affatto né addebitato e di quello del pagamento pervenuto al prestatore del beneficiario con indicazione di questo travisato dal prestatore del pagatore.

(32) Perciò, lo spazio che l'art. 51, paragrafo 1, lascia all'autonomia privata in materia consentendo che l'art. 75 «*non si[a] in tutto o in parte applicat[o]*» «*se l'utente non è un consumatore*» non può spingersi ad azzerare, nell'an, la responsabilità dei prestatori coinvolti, che ciò significherebbe ammettere obblighi senza responsabilità.

importo da parte del prestatore del beneficiario. Infatti, va in primo luogo osservato che la circostanza per cui fino a tale momento il pagatore del pagatore risponda verso il proprio cliente fa ragionevolmente ritenere che quest'ultimo, prima ancora, risponda verso il beneficiario fino a quello stesso momento. Se ciò in modo esplicito la direttiva non dispone, è perché – si è detto (sopra, sempre numero 1) – essa non si interessa del rapporto di valuta, ma solo del rapporto tra utenti e prestatori.

È poi ragionevole che il pagatore non possa rispondere nei confronti del beneficiario oltre il momento in cui il prestatore di questi abbia ricevuto la somma dal prestatore del pagatore. Infatti, se il pagatore potesse rispondere nei confronti del beneficiario oltre questo momento, allora, il legislatore avrebbe dovuto prevedere – ma, si è visto, non lo ha fatto – la responsabilità del prestatore del beneficiario, non solo nei confronti di quest'ultimo, ma anche nei confronti del pagatore. Perché ciò sarebbe coerente con la prospettiva assunta: si tratta pur sempre delle relazioni tra prestatori ed utenti, che sono, come detto, le relazioni cui il legislatore è interessato.

E se, perciò, secondo ragionevolezza, si ritiene che il pagatore non risponde nei confronti del beneficiario dal momento in cui il prestatore di questi ha ricevuto i fondi, allora, deve ritenersi che questo momento sia anche quello in cui l'obbligazione tra pagatore e beneficiario si estingue, poiché non si dà un debito senza responsabilità (33).

Non solo. La lettura qui proposta dell'art. 75 è quella coerente con l'esigenza di efficienza dei servizi di pagamento. Infatti, se non fosse il beneficiario a dover sopportare il rischio del fatto del proprio prestatore, il primo non sarebbe (massimamente) incentivato a scegliere un prestatore efficiente (34); e il mercato è uno dei fattori (in concreto, il principale) cui è affidata nel sistema europeo la presenza o meno (*recte*: la sopravvivenza o meno) di prestatori inefficienti nel mercato stesso (35). E l'efficienza dei servizi di pagamento è esigenza che certamente la direttiva persegue (36), in coerenza con il principio generale dell'ordinamento comunitario, di efficienza di tutti i servizi. Così fa, in particolare nell'ambito della disciplina dei contratti – in cui s'inserisce la regola in discorso –, ad esempio, attraverso le regole di trasparenza di cui (lo si è accennato, sopra nel numero 1) la direttiva è ricca (37); nonché con regole conformative delle operazioni di pagamento, anche prossime a quella dell'art. 75:

(33) D'altro canto, se il debitore dovesse rispondere anche per il fatto del prestatore del creditore, tale prestatore non potrebbe che venire ad assumere – va rimarcato – al contempo la duplice veste di soggetto incaricato sia dal debitore (di pagare al beneficiario) sia dal creditore (di riscuotere dal prestatore del debitore). E come tale ricostruzione paia a chi scrive artificiosa lo si è già detto in *L'interposizione della banca nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria*, cit., 103 ss.

(34) Perciò, la replica della pronuncia della Corte di Giustizia all'obiezione dei governi (v. sopra, in fine di numero 3, in corrispondenza di nt. 21), mandando esente da responsabilità il pagatore pur quando la mancata esecuzione dell'operazione sia dipesa dal fatto del proprio prestatore, risulta, oltre che – come detto – contraddittoria della tesi dalla stessa Corte sostenuta (estinzione con l'accredito sul conto del beneficiario), pure in contrasto con un'adeguata ripartizione dei rischi quale disposta dall'art. 75 della PSD.

La considerazione appena svolta fa, d'altro canto, ritenere, allargando un poco la prospettiva, che in contrasto con tale norma comunitaria venga a trovarsi pure tutto il sopra riferito (v. nt. 19) plesso normativo tedesco concernente luogo e tempo dell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria.

(35) E v. già il mio *L'interposizione della banca nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria*, cit. 95 ss.

(36) Lo dichiara, in particolare, il considerando n. 46: «il buon funzionamento e l'efficienza del sistema di pagamento...».

(37) Sulla connessione tra regole di trasparenza ed efficienza v. A. NIGRO, *La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: note introduttive*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1992, I, 421 ss.

quali sono le norme degli artt. 69, paragrafo 1, e 73, paragrafo 1, comma 2, sui tempi di esecuzione (38).

Né contro la lettura proposta potrebbero valere alcune osservazioni (in tutto o in parte) svolte in passato con riguardo alla direttiva sui bonifici transfrontalieri (39) e che potrebbero ripetersi anche oggi. Così non (aveva e non) ha pregio osservare che il mancato accredito del conto del beneficiario ha un «*autonomo rilievo nell'ambito dell'operazione*» e può essere causa di danno risarcibile per il beneficiario stesso. Tali assunti non si negano: se non fossero esatti, infatti, non potrebbe darsi la responsabilità del prestatore del beneficiario (come invece prevedeva la direttiva sui bonifici e prevede l'attuale); essi, tuttavia, valgono solo a porre il problema. E pure non è idonea ad avere presa su questo la soluzione che si dia alla diversa questione della necessità o meno dell'accredito del conto del beneficiario a far conseguire a questi la disponibilità del relativo importo. Se anche l'accredito fosse costitutivo della disponibilità, questo significherebbe solo che per il creditore il bonifico è compiutamente eseguito al momento dell'accredito; non significherebbe, necessariamente, l'impossibilità per il debitore di liberarsi in un momento anteriore: al di qua della realizzazione del «*fine*» ultimo del bonifico (come si esprimeva la definizione di bonifico fornita nella passata direttiva e non ripetuta, peraltro, nella presente), che certo non si nega essere l'accredito del conto del beneficiario (quale che sia l'esatta valenza di tale fatto), ma che pure potrebbe essere estraneo – com'è – alla fattispecie di operazione di pagamento rilevante tra debitore e creditore.

Del resto, dare un forte rilievo alla ricezione dei fondi da parte del prestatore del beneficiario risulta in linea con l'inquadramento dell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria, quando intermediata da banche, non più attraverso categorie pertinenti alla proprietà, bensì mediante categorie ordinanti il rapporto obbligatorio: com'è giusto, non trattandosi del conseguimento di pezzi monetari, bensì dell'esecuzione di prestazioni (quella tra il pagatore e il proprio prestatore; quella tra il beneficiario e il proprio prestatore; quella tra i due prestatori).

E la portata regolatoria indiretta della direttiva, ora individuata, non è confinata alle operazioni di pagamento considerate dalla PSD: essa si estende ai pagamenti a mezzo effetti cambiari. La negoziazione di questi viene a proporre infatti un sistema di rapporti del tutto simile a quello proprio dei trasferimenti di fondi considerati dalla direttiva (ed in particolare degli addebiti diretti): la banca negoziatrice (prestatore del beneficiario) venendo incaricata dal proprio cliente (beneficiario), presentatore del titolo, di ottenerne il pagamento dalla banca trattaria (prestatore del pagatore), incaricata del pagamento dal traente (pagatore). D'altro canto, lo scopo di efficienza cui è preordinata la disposizione dell'art. 75 è principio generale anche dell'ordinamento italiano.

(38) In particolare, è coerente con l'obiettivo di efficienza il passaggio dal carattere dispositivo delle regole sui tempi di esecuzione, proprio di quelle della direttiva sui bonifici transfrontalieri (v. l'art. 4), al carattere imperativo proprio di quelle omologhe della presente direttiva, di cui agli artt. 69, paragrafo 1 e 73, paragrafo 1, comma 2 (sopra riportate, rispettivamente nt. 24 e nt. 28), come pure la restrizione dei termini di esecuzione.

Non è incoerente con tale obiettivo lo spazio concesso all'autonomia privata dal paragrafo 3 dell'art. 69 circa la definizione dei tempi per la trasmissione dell'ordine di pagamento (incasso) nel caso di operazioni su iniziativa del beneficiario: in quanto – come enuncia (curiosamente) la stessa norma – questa è diretta a soddisfare l'interesse del beneficiario ad organizzare i propri incassi. Perciò, piuttosto va rilevato che è vietata la clausola che non risponde ad un tale interesse, bensì è volta a coprire le inefficienze del prestatore.

(39) Da G. OLIVIERI, *Compensazione e circolazione della moneta nei sistemi di pagamento*, cit., 232 ss.

CAPITOLO IV
LA TRASPARENZA DEI SERVIZI DI PAGAMENTO:
PROFILI RICOSTRUTTIVI DELLA DISCIPLINA COMUNITARIA

Gabriella Gimigliano

SOMMARIO: 1. *La direttiva 2007/64 CE, titolo III: una svolta?* – 2. *Le ragioni dell'intervento normativo.* – 3. *La disciplina.* – 4. *Il confronto con il titolo VI, art. 115 ss. t.u.b.* – 5. *Conclusioni.*

1. La direttiva 2007/64 CE, titolo III: una svolta?

Per lungo tempo è mancata nell'ordinamento comunitario dei servizi di pagamento al dettaglio una disciplina generale e cogente della *trasparenza* contrattuale, intesa sia come obbligo di pubblicità che l'intermediario è tenuto ad osservare nell'esercizio della propria attività professionale, sia come regola che presiede alla formazione e all'esecuzione del contratto.

Quando il legislatore comunitario si è rivolto agli enti creditizi e finanziari, ha privilegiato le esigenze di armonizzazione poste dall'attività: bisognerà attendere i primi anni novanta del secolo scorso perché con la direttiva 93/13 CEE (1) sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori intervenisse nei contratti unilateralmente predisposti dal prestatore professionale di servizi finanziari. Se nel lungo processo di ravvicinamento degli ordinamenti nazionali, il legislatore italiano ha esibito una pervicace resistenza alla dismissione del controllo strutturale sul mercato bancario, ha altresì espresso nella legge 142 del 1992 (2) una compiuta sensibilità alla problematica della tutela della posizione del cliente in qualità di contraente debole: una scelta che, nel confronto con la recente direttiva 2007/64 CE (3) (d'ora in poi, la Direttiva) sui servizi di pagamento nel mercato interno, conferma di essere stata lungimirante e precoce.

La Direttiva rappresenta una *svolta*? La breve indagine che segue prova ad offrire una risposta, ricostruendo il quadro della trasparenza contrattuale delineato dalla direttiva 2007/64 nel confronto con l'assetto previgente (4) e la disciplina al titolo VI del testo unico bancario (d'ora in poi, t.u.b.) (5). Gli eventuali profili di continuità e di omogeneità

(1) Direttiva 93/13 CEE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori del 5.04.1993, pubblicata in *G.U.C.E.* del 21.04.1993 L 95.

(2) La letteratura giuridica sull'argomento è molto ampia, ci limitiamo a segnalare: Porzio (a cura di), *Commentario alla Legge 17 febbraio 1992, n. 154*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 1124 ss.; A. NIGRO, *La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: note introduttive*, in *Dir. banc.* 1992, 430; IBIDEM, *La nuova normativa sulla trasparenza*, in *Dir. banc.* 1993, 582 ss.; A. DOLMETTA, *Normativa di trasparenza e ruolo della Banca d'Italia*, in *Dir. banc.* 1998, 28; A. NIGRO, *Disciplina di trasparenza delle operazioni bancarie e contenuto delle condizioni contrattuali: note esegetiche*, in *Dir. banc.* 1998, 33; G. F. CAMPOBASSO, *Servizi bancari e finanziari e tutela del contraente debole: l'esperienza italiana*, in *Banca borsa*, 1999, I, 562 ss.; G. ALPA, *La trasparenza nei contratti bancari*, Bari, 2003; M. PORZIO, *La disciplina generale dei contratti bancari*, in C. ANGELICI – F. BELLÌ – G.L. GRECO – M. PORZIO – M. RISPOLI FARINA, *I contratti delle banche*, Torino 2003, 47 ss.; U. MAJELLO, *Sub artt. 115 – 119*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, II, a cura di Belli, Contento, Patroni Griffi, Porzio e Santoro, Bologna, 2003, 1924; G. LIACE, *Le nuove istruzioni di vigilanza in tema di trasparenza bancaria*, in *Contratti e impresa*, 2003, 1530 ss.; P. SIRENA, *Il ius variandi della banca dopo il c.d. decreto-legge sulla competitività (n. 223 del 2006)*, in *Giur. Comm.*, 2007, I, 262 ss.; G. SANTONI, *Lo ius variandi delle banche nella disciplina della L. n. 248 del 2006*, in *Giur. Comm.*, 2007, I, 249 ss.; A. BREGOLI, *La trasparenza nel credito al consumo e nel credito all'impresa: divagazioni civilistiche*, in *Dir. banc.*, 2008, 207 ss.

(3) Direttiva 2007/64 CE del 13.11.2007 pubblicata in *G.U.C.E.* L 319 del 5.12.2007 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno.

(4) Raccomandazione 87/598 CEE del 08.12.1987 in *G.U.C.E.* L 635 del 24.12.1987; raccomandazione 88/590 CEE del 17.11.1988 pubblicata in *G.U.C.E.* L 317 del 24.11.1988; raccomandazione 90/109 CEE del 14.02.1990 in *G.U.C.E.* L 67 del 15.03.1990; Direttiva 97/5 CEE del 27.01.1997 in *G.U.C.E.* L 43 del 14.02.1997 (recepita con d.lgs. 253/2000 in *G.U.* L 319 del 5.12.2007); raccomandazione 97/489 CEE del 30.07.1997 in *G.U.C.E.* L 208 del 02.08.1997; direttiva 98/26 CEE del 19.05.1998 recepita con d.lgs. 12.04.2001 n. 210 in *G.U.* n. 130 del 7.04.2001.

(5) La disciplina al titolo VI del t.u.b. rappresenta l'unico termine di confronto perché, come è noto, la disciplina sulle clausole vessatorie nei contratti (bancari e finanziari) conclusi con i consumatori è di stretta derivazione comunitaria. La letteratura giuridica sulla disciplina della trasparenza che interessa il consumatore è

rispetto all'uno ed all'altro termine di paragone possono interrogare sull'adeguatezza della risposta del legislatore comunitario: né la liberalizzazione dei servizi bancari e finanziari né la tutela del contraente debole sintetizzano in modo esauriente le esigenze del contesto europeo attuale nel quale le attese sono orientate al compimento dell'unione monetaria; è questo un processo che, come parte della dottrina (6) ha già evidenziato, modifica il concetto di sovranità monetaria ma, aggiungerei, influenza la disciplina del rapporto contrattuale tra l'intermediario e l'utente del servizio di pagamento.

2. Le ragioni dell'intervento normativo.

Il titolo III della direttiva 2007/64 CE è dedicato alla "*Trasparenza delle condizioni e requisiti informativi per i servizi di pagamento*".

Il termine *trasparenza* esprime l'esigenza di innalzare il grado di conoscibilità dell'oggetto del contratto per sorreggere la consapevole volizione del cliente, come aveva chiaramente indicato la BCE nel parere (obbligatorio) reso sulla proposta di direttiva; è l'approccio del "*consenso informato*" che, tenendo ferma la libertà di scelta del cliente e la fiducia nella sua razionalità economica, esprime l'esigenza di rendere edotto il medesimo dei rischi economici e "*legali*" del contratto (7).

L'impostazione è ben chiara fin dalle disposizioni di apertura: è fatto obbligo ai prestatori professionali di rendere disponibili al cliente, prima della stipulazione del contratto, i dati sui «*costi diretti*» ed «*indiretti*» e, limitatamente ai rapporti di durata, sui «*costi eventuali*» (8) (articoli 37 e 42); è altresì prescritta l'osservanza della forma scritta e la consegna di un esemplare del contratto da stipulare, affinché il cliente possa adeguatamente riflettere sul contenuto dell'impegno che sta per assumere (art. 36.2; art. 41.1) (9).

Al contrario, non appartiene alla nozione di *trasparenza* accolta dalla Direttiva l'esigenza di tutela del "*contraente debole*" che, incidendo sul contenuto del contratto, riequilibra le posizioni delle parti affinché il cliente non sia particolarmente danneggiato dalla forza contrattuale, ma anche dall'esperienza e dall'abilità professionale dell'intermediario (10).

molto ampia, si rinvia per un quadro generale e l'ampiezza dei riferimenti bibliografici a G. ALPA, *La trasparenza nei contratti bancari*, Bari, 2003, e sull'inquadramento delle clausole abusive nel quadro della legislazione speciale dedicata al consumatore v. Cuffaro (a cura di), *Codice del consumo*, Milano 2008.

(6) B. INZITARI, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria nella società contemporanea: tramonto della carta moneta e attribuzione pecuniaria per trasferimento di moneta scritturale*, in *Banca borsa*, 2001, I, 144; V. SANTORO, *L'Euro quale moneta scritturale*, in *Banca borsa*, 2001, I, 439 ss.; F. MERUSI, *Profili giuridici dell'equipollenza monetaria dei sistemi di pagamento*, in *Il diritto dei sistemi di pagamento*, a cura di Santoro, Milano, 2007, 1 ss.

(7) EUROPEAN CENTRAL BANK, *Comments on the second version of the Commission Working Document "A new legislative framework for the Single European Payment Area"*, 13th August 2002.

(8) Le espressioni virgolettate sono di U. MAJELLO, *Sub Art. 116*, in *Testo Unico in materia bancaria e creditizia*, cit., 1924.

(9) I rapporti di durata hanno la proprio fonte in un «*contratto-quadro*» definito all'art. 4 n. 12 della Direttiva come «*un contratto di servizi di pagamento che disciplina la futura esecuzione delle operazioni di pagamento individuali e successive e che può comportare l'obbligo di aprire un conto di pagamento e le relative condizioni*» e la consegna di un esemplare del contratto non arreca spese aggiuntive al cliente.

(10) Sul diverso contenuto della disciplina a «*tutela del contraente debole*» nei rapporti banca-cliente, cfr. R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, III ed., 621 e M. PORZIO, *La disciplina generale dei contratti bancari*, in *I contratti delle banche*, cit., 48.

Nella valutazione del legislatore comunitario, infatti, l'esigenza di conoscibilità non è per nulla influenzata né dalla qualità del contraente non-intermediario (consumatore/non-consumatore) né dalle modalità di conclusione del contratto (contrattazione di massa o individuale). Non a caso gli obblighi di informazione sono rivolti all'«utente» inteso come «una persona fisica o giuridica che si avvale di un servizio di pagamento in qualità di pagatore o di beneficiario o di entrambi» (art. 4, n. 10) e non soffrono di alcuna eccezione, anche nelle ipotesi in cui è riconosciuta all'autonomia negoziale, nei rapporti tra l'intermediario ed il cliente-professionista, la facoltà di derogare al regime legale delle condizioni normative del rapporto (ad esempio, art. 54, comma 2; art. 61; art. 75).

Le considerazioni finora svolte non esauriscono l'indagine sulla *ratio* della disciplina della trasparenza. Il contesto nel quale la Direttiva matura presenta un assetto giuridico della concorrenza che lascia ampio spazio ai principi generali e registra un'esperienza della Commissione e delle Corti europee caratterizzata da a) un *mercato* dei servizi di pagamento al dettaglio dalla dimensione essenzialmente nazionale; b) un frequente ricorso alle intese nella forma di accordi di cooperazione orizzontale conclusi tra intermediari bancari (11), c) un'applicazione del diritto della concorrenza che fatica ad esprimere soluzioni giuridicamente coerenti ed economicamente efficienti in presenza di un'attività di cooperazione tra gli intermediari che, se consente una prestazione dei servizi di pagamento in forma più stabile e radicata sul territorio, alimenta altresì la stipula di accordi collusivi che possono innalzare il prezzo all'utente finale, limitare lo sviluppo tecnologico ed assecondare un assetto oligopolistico del *mercato* (12).

La Direttiva non resta estranea a questo contesto (13) ed esprime l'interesse generale al rafforzamento delle dinamiche di mercato ed all'efficiente funzionamento del singolo intermediario-prestatore come del sistema dei pagamenti nel suo insieme. Se così non fosse, il legislatore comunitario avrebbe «*misurato*» l'esatto adempimento degli obblighi di informazione pre-contrattuale e contrattuale secondo il criterio della diligenza (sia pure professionale) dell'intermediario, piuttosto che introdurre apposite prescrizioni di forma e contenuto che, a loro volta, indirizzano il comportamento dell'intermediario stesso.

(11) La casistica comunitaria comprende: Sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 1981, causa 172/80 in *Raccolta della giurisprudenza*, 1981, 2 ss.; Decisione della Commissione del 10 dicembre 1984, in *G.U.C.E.* L 35 del 07.02.1985; Decisione della Commissione dell'11 dicembre 1986, in *G.U.C.E.* L 7 del 09.01.1987; Decisione della Commissione del 30 settembre 1986, in *G.U.* L 295 del 18.10.1986; Decisione della Commissione del 12 dicembre 1986, in *G.U.C.E.* L 43 del 13.02.1987; Decisione della Commissione del 19.07.1989, in *G.U.C.E.* L 253 del 30.08.1989; Decisione della Commissione del 25 marzo 1992, in *G.U.C.E.* L 95 del 09.04.1992; Sentenza del Tribunale di primo grado del 23 febbraio 1994, cause riunite T - 39/92 e T - 40/92, in *Raccolta della giurisprudenza*, 1994, 2 ss.; Decisione della Commissione dell'8 settembre 1999, in *G.U.* L 271 del 21.10.1999; Decisione della Commissione del 09.08.2001, in *G.U.* L 293 del 10.11.2001; Decisione della Commissione del 24 luglio 2002, in *G.U.* L 318 del 22.11.2002; Decisione della Commissione dell'11 giugno 2002, in *G.U.* L 56 del 24.2.2004.

(12) Non consta, almeno in sede comunitaria, un'ampia riflessione dottrinale sull'assetto giuridico della concorrenza sul mercato dei servizi di pagamento. Interessanti spunti critici in R. PARDOLESI, *La concorrenza nell'industria delle carte di credito. Riflessioni preliminari*, in *Dir. banc.* 2006, 7; ma anche P. OHRLANDER, *EC Competition law and payments*, in *Euredia* 2000, I, 11 ss.; A. FRIGNANI, *Le regole di concorrenza ed i contratti bancari: maggiori libertà o maggiori costrizioni?*, in *Dir. banc.* 2000, 173; A.M. CAROZZI, *Contratti bancari e normativa bancaria antitrust*, in *Dir. banc.* 1999, 523 ss.; L. GYSELEN, *EU Antitrust law in the area of financial services*, Fordham Corporate Law Institute, 1999 in www.europe.eu.int; F. CAPELLI, *Le banche e le regole comunitarie sulla concorrenza*, in *Dir. Comun. Scambi internz.*, 1997, 7 ss.

(13) *Cfm.* comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo relative a «Un nuovo quadro normativo per i pagamenti nel mercato interno», COM (2003) 718, 26 ss. La funzione pro-concorrenziale della disciplina della concorrenza anche in COM (2000) 36 in merito alla Direttiva sui bonifici transfrontalieri.

In questa chiave può essere letta la predisposizione di un dettagliato contenuto minimo del contratto (14), che consente al cliente di svolgere un esame comparativo delle offerte ed inclina il singolo prestatore del servizio a non praticare condizioni particolarmente sfavorevoli che indurrebbero il cliente, «*reso consapevole di tale disfavore*», a preferire il concorrente (15).

Gli effetti pro-competitivi della disciplina della trasparenza sono rafforzati anche dalle scelte di metodo operate dal legislatore comunitario. Il tradizionale principio del mutuo riconoscimento, che lascia un margine d'azione ai singoli legislatori nazionali in sede di recepimento, è applicato solo al regime giuridico dell'autorizzazione e dell'esercizio delle attività degli intermediari, mentre la disciplina della trasparenza contrattuale è informata al criterio dell'armonizzazione piena che accentua il processo di integrazione orizzontale del *mercato* (16).

Sotto questo profilo, quindi, sono poste le premesse affinché l'ambito comunitario diventi *il mercato geografico dei servizi di pagamento*, nella misura in cui presenta condizioni omogenee di concorrenza; l'*omogeneità*, quale predicato di un mercato interno dei pagamenti al dettaglio, non esclude l'esistenza di differenze, anche sensibili, nelle condizioni oggettive di concorrenza nel mercato interno ma postula «(...) *che le differenti imprese operanti in questo mercato non siano sottoposte a trattamenti differenti a seconda della parte di mercato considerata*» (17).

Così individuata, la *ratio* dell'intervento normativo non è dissimile da quella che ha sorretto i provvedimenti precedenti nei quali il richiamo alla creazione di un "*mercato interno*" delle operazioni transfrontaliere rappresenta una costante dei considerando iniziali (18). La continuità tra passato e presente è confermata dall'esame dell'assetto normativo: come sarà più chiaro dalla valutazione comparativa svolta nel paragrafo successivo, gli obblighi di informazione ed il contenuto minimo del contratto come disciplinati negli articoli 36, 37, 41 e 42 della direttiva 2007/64 presentano lo stesso contenuto delle prescrizioni all'art. 3 della raccomandazione 97/489 sui rapporti tra l'emittente ed il titolare della carta ed all'art. 3 della direttiva 97/5 CEE, concernente i rapporti tra l'intermediario e l'ordinante ovvero il beneficiario del bonifico (19).

(14) Il richiamo è in particolare agli articoli 37 e 42 della Direttiva.

(15) Cfm. A. NIGRO, *La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: note introduttive*, cit., 423. L'Autore precisa che l'informazione «*non rileva mai in sé: essa rileva sempre in funzione degli effetti che la conoscenza, come risultato del processo informativo, produce o è idonea a produrre. Tali effetti sono effetti di tipo organizzativo, cioè di indirizzo, di conformazione dell'azione*».

La direttiva 2007/64 sembra in grado di promuovere la concorrenza anche sorreggendo l'azione delle Autorità *antitrust* nella misura in cui, come hanno evidenziato i giuristi-economisti, può rendere la domanda dei servizi di pagamento più elastica con l'effetto (possibile, sia pure non esclusivo) di accrescere l'incentivo dei partecipanti all'intesa a deviare dal prezzo concordato. Cfm. L. PROSPERETTI, M. SIRAGUSA, M. BERETTA, M. MERINI, *Economia e diritto antitrust. Un'introduzione*, Roma 2006, 156.

(16) La stretta correlazione tra unificazione monetaria ed integrazione di tipo orizzontale del mercato era stata già intuita da F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, Bologna 2002, 8 ss.

(17) A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, *Fonti, fini e nozioni generali del diritto della concorrenza nella CE*, in *La concorrenza*, a cura di Frignani e Pardolesi, Torino 2006, 20.

(18) Cfr. in particolare, raccomandazione 97/489 CE, considerando (2) «*dar seguito ai progressi compiuti nel completamento del mercato interno, in particolare alla luce del processo di liberalizzazione dei movimenti dei capitali*»; direttiva 97/5 CE, considerando (2) sulla «*più ampia concorrenza sul mercato dei bonifici transfrontalieri (che) dovrebbe condurre al miglioramento dei servizi e alla riduzione dei prezzi*».

(19) L'art. 3 della raccomandazione 97/489 CEE prescrive che l'intermediario, prima della conclusione dell'emissione e dell'impiego della carta di pagamento, comunichi per iscritto al potenziale titolare le modalità e le condizioni di utilizzazione dello strumento, precisando il funzionamento dello strumento,

In base alle considerazioni finora svolte, vi sono elementi per sostenere che la direttiva 2007/64 CE non compie altro che un'opera di sistemazione giuridica dell'esistente.

Anche i lavori preparatori sembrano deporre in tal senso: a più riprese è espressa l'esigenza di semplificazione e razionalizzazione del quadro giuridico vigente nella consapevolezza che la disciplina dei servizi di pagamento è fortemente frammentaria, a tratti sovrabbondante, in ragione della opzione legislativa – quanto consapevole si dubita – di ritornare a più riprese sul medesimo oggetto o su una parte di esso, utilizzando fonti normative differenti, a volte secondo prospettive non coincidenti (20).

Ma una conclusione affermativa non convince appieno. Interviene nella considerazione dell'interprete l'aspetto ulteriore (diverso ma complementare rispetto all'assetto giuridico della concorrenza) del contesto storico nel quale la Direttiva matura: la consapevolezza che la libera interazione delle forze di mercato ovvero l'iniziativa dei singoli Stati membri non sono in grado di promuovere il passaggio dalla unità della divisa all'unità della moneta, quanto meno secondo la tempistica scandita dal legislatore comunitario.

Ne sono prova gli scarsi risultati prodotti, in termini di uniformità giuridica, dal susseguirsi di atti comunitari di *soft law* (21); la mancanza di un *business case* dei privati che sia di incentivo al processo di armonizzazione dei messaggi operativi (22); il rischio di compromettere progetti di integrazione comunitaria – come il Piano di integrazione dei servizi finanziari (o PASF) (23) o il Progetto *e-Europe* (24) – che postulano l'esistenza di una solida infrastruttura dei pagamenti al dettaglio.

descrivendo gli obblighi e le responsabilità del titolare e dell'emittente la carta, il termine entro il quale è di regola effettuato l'addebito o l'accredito sul conto del titolare, il prezzo del servizio (comprensivo eventualmente del tasso di cambio), il termine per la contestazione dell'addebito.

L'art. 3 della direttiva 97/5 CEE disciplina le informazioni preliminari e prescrive che ai clienti effettivi e potenziali siano messe a disposizione le seguenti informazioni in forma scritta e facilmente comprensibile: il prezzo del servizio di trasferimento dei fondi mediante bonifico (e dei tassi di cambio applicati), l'indicazione delle procedure di reclamo, il termine necessario entro il quale l'intermediario provvederà ad eseguire l'ordine mediante l'accredito dei fondi sul conto dell'ente del beneficiario, infine il termine necessario entro il quale il beneficiario acquisterà la disponibilità dei fondi accreditati sul conto del proprio ente di riferimento.

(20) *Cfm.* COM 2003 (718), 8 ss.

(21) Sulla *soft law* in generale v. H.A. COSMA, R. WHISH, *Soft law in the field of EU competition law, European business law Review* 2003, 25 ss. Per una ricognizione del quadro giuridico comunitario v. ECB, *E-payments in Europe – The Eurosystem perspective*, 16th September 2002.

(22) Sulla mancanza di un *business case* degli operatori professionali v. BCE, *Verso un livello uniforme di servizi per i pagamenti al dettaglio nell'area dell'Euro*, *Boll. Mens.* – Febbraio 2001, 55. Per una ricognizione dei progressi compiuti nel processo di standardizzazione, *cfr.* ECB, *Towards a Single Euro Payments Area. Third Progress Report*, 2nd December 2004; ECB, *E-payments without frontiers*, 10th November 2004. In merito ai successivi aggiornamenti è possibile consultare il sito www.ecb.int

(23) Il Piano per l'integrazione dei servizi finanziari o PASF è originariamente delineato in COM (1999) 232, in www.europa.eu.int, e contempla tre aree di intervento: 1) promuovere l'armonizzazione della disciplina nazionale in materia di commercializzazione a distanza dei servizi finanziari, in particolare per uniformare il contenuto e la presentazione delle informazioni fornite ai consumatori ed accrescere la competitività tra i fornitori; 2) accrescere la fiducia degli utenti nelle transazioni transfrontaliere predisponendo un sistema di risoluzione alternativa delle controversie e predisponendo mezzi di pagamento via Internet facilmente accessibili, sicuri ed efficaci; 3) adeguare l'assetto della vigilanza, in particolare della vigilanza prudenziale, alla diversa fisionomia dei servizi finanziari, prestando particolare attenzione ai profili di rischio che le transazioni telematiche accentuano ovvero creano *ex novo*.

(24) Il Progetto *e-Europe* [COM (2002) 62 del 5.12.2002], mediante il quale il Consiglio europeo di Lisbona ha inteso corredare l'Unione di un'infrastruttura economica moderna ed in grado di accrescerne la competitività, trasferendo su rete la produzione o lo scambio di prodotti della piccola e media impresa, nonché la prestazione dei servizi della pubblica amministrazione.

Di queste esigenze si è fatto interprete il progetto della *Single Euro Payments Area* (o SEPA), del quale la direttiva 2007/64 CE rappresenta uno degli strumenti; è infatti un progetto complesso che coniuga le spinte di autoregolamentazione dei privati con l'intervento del legislatore comunitario.

In questa cornice, è rimessa agli operatori del settore, in seno allo *European Payment Council* e sotto l'egida della Banca centrale europea, la predisposizione e la condizione degli standard tecnici ed operativi da applicare ai trasferimenti transfrontalieri di fondi, in modo tale da predisporre strumenti di pagamento che operano secondo modelli uniformi o, quanto meno, interoperabili (25). A sua volta, la direttiva 2007/64 CE disciplina tanto l'attività degli intermediari che il rapporto intermediario-cliente, applicando il principio dell'autorizzazione unica alle condizioni di accesso e di vigilanza prudenziale degli intermediari ai quali è *riservata (quid novi!)* la prestazione professionale dei servizi di pagamento e delineando un quadro cogente della trasparenza, degli obblighi e delle responsabilità delle parti.

Il criterio di riferimento dell'intero progetto SEPA è rappresentato dal principio di indifferenza della moneta, secondo il quale i depositi costituiti presso le banche commerciali nelle diverse forme di movimentazione sono perfettamente "*intercambiabili e sostituibili*" con la moneta della banca centrale (26); è richiamato implicitamente il dibattito di lungo corso sulla equipollenza giuridica della moneta bancaria rispetto alla moneta legale, ma è il principio nominalistico a dar conto del contenuto dell'approccio comunitario e delle implicazioni del criterio dell'indifferenza della moneta (27).

Il principio nominalistico, formalizzato nell'ordinamento italiano all'art. 1277 c.c. e variamente accolto anche dagli altri legislatori europei con significati pressoché coincidenti (28), presenta un duplice ordine di effetti giuridici: prescrive il carattere imperativo dell'efficacia liberatoria della moneta legale (29) e «*l'identità numerica della quantità di moneta da prestare con il pagamento rispetto a quella originariamente stabilita nel titolo*» (30).

(25) EUROPEAN PAYMENT COUNCIL, "*Making SEPA a reality. Implementing the Single Euro payments Area*", 9th January 2007; EUROPEAN PAYMENT COUNCIL, *SEPA Credit Transfer. Scheme Rulebook*, 19th June 2007; EUROPEAN PAYMENT COUNCIL, *SEPA Direct Debit*, 19th June 2007; EUROPEAN PAYMENT COUNCIL, *SEPA Cards Framework*, 8th March 2006.

(26) BCE, *Verso un livello uniforme di servizi per i pagamenti al dettaglio nell'area dell'euro*, *Boll. Mens.*, Febbraio 2001, 54.

(27) La letteratura giuridica sull'argomento è molto ampia, pertanto in questa sede ci si limita a pochi, essenziali riferimenti che, in particolare, tengano conto delle più recenti considerazioni, svolte sulla scorta dell'adozione dell'euro. V. A. DI MAJO, Voce "*Obbligazioni pecuniarie*", *Enc. del dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, 222; B. INZITARI, *La moneta*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, Padova, 1983, 6; L. FARENKA, *La moneta bancaria*, Torino 1997; F. CAPRIGLIONE, Voce "*Moneta*", *Enc. del dir. Aggiorn.*, Milano, 1999, 752.

(28) V. SANTORO, *L'Euro quale moneta scritturale*, cit., 441 ss.

(29) La "*indifferenza*" della moneta intesa come equivalenza in termini di efficacia liberatoria rimanda, in ultima analisi, all'attitudine dei sistemi di compensazione di imprimere «*certezza nella solvibilità e nella circolazione*» della moneta: *amplius*, F. MERUSI, *Profili giuridici dell'equipollenza monetaria dei sistemi di pagamento*, in Santoro (a cura di), *Il diritto dei sistemi di pagamento*, Milano 2007, 1 ss. Questo aspetto resta estraneo alla disciplina della trasparenza contrattuale ed, in generale, all'impianto della Direttiva: maggiori dettagli sui possibili, futuri sviluppi in COM (2004) 312; ECB, *Communication on the clearing and settlement – The Eurosystem's perspective*, 22nd July 2004, 4.

(30) «*Da questo generale ed imperativo principio deriva una ben più rilevante e generale regola: quella secondo cui tra la somma di denaro per la quale il debitore è obbligato e quella che questi deve corrispondere per liberarsi dall'obbligazione non può sussistere una diversità numerica*». V., B. INZITARI, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria nella società contemporanea: tramonto della carta moneta e attribuzione pecuniaria per trasferimento di moneta scritturale*, cit., 142.

L'adempimento delle obbligazioni pecuniarie mediante la moneta divisionale produce effetti liberatori identici al momento della consegna al creditore della somma di denaro, quale che sia lo *status* del debitore, professionista o consumatore; non da meno, il pagamento arreca al debitore una diminuzione patrimoniale corrispondente al valore nominale del debito, accresciuto dei costi corrispondenti al trasporto ed alla svalutazione dei pezzi monetari (31).

Quando, però, il pagamento è effettuato con moneta “*bancaria*”, sopravvengono dei “*costi*” aggiuntivi, sia di natura monetaria che normativa, da *sterilizzare* affinché, in aderenza al principio dell’“*indifferenza*”, l’equiparazione tra moneta legale e moneta bancaria non sia compromessa dall’inosservanza del principio nominalistico.

Una voce di costo ha natura prettamente monetaria e consta nel prezzo dell’operazione di trasferimento dei fondi *in sé* (32). Già il Regolamento 2560/2001 CE aveva prescritto la equiparazione delle tariffe praticate sui trasferimenti eseguiti nella forma del bonifico ovvero di altro strumento elettronico di pagamento alle tariffe applicate sulle corrispondenti operazioni domestiche; a riguardo la direttiva 2007/64/CE, dando seguito alle critiche avanzate dalla BCE sugli effetti distorsivi di un provvedimento che colpisce più gli effetti che le cause della carente contendibilità del *mercato* (33), preferisce non intervenire in alcun modo sulla misura delle tariffe applicate ed opta per rendere più *chiari* ed *intelligibili* gli elementi del prezzo del servizio (*cf.*, artt. 37 lett. c, 42, 47 lett. b, 48 lett. b e c) (34).

Anche i c.d. costi «*indiretti*» ed «*eventuali*» rappresentano delle voci di costo. Il riferimento è alle diverse modalità spazio-temporali di esecuzione della prestazione, all’attività di reperimento delle informazioni sull’intermediario o sul funzionamento dello strumento di pagamento, ma anche alle modalità ed ai termini di revoca dell’ordine come all’allocazione del rischio per l’inesatto o mancato adempimento dell’obbligazione contrattuale; questi aspetti sono stati finora modellati diversamente secondo le differenze operative dell’uno e dell’altro strumento di pagamento.

La Direttiva ha promosso un ampio livellamento dei costi, monetari e normativi, che ciascun servizio di pagamento è in grado di produrre, indipendentemente dallo strumento impiegato. Ha altresì introdotto un regime giuridico oggettivamente unitario della patologia dell’obbligazione pecuniaria (in merito alla responsabilità per mancata o inesatta esecuzione della prestazione); ha predisposto un contenuto minimo del contratto prescrivendo un contenuto uniforme del diritto di modifica unilaterale dell’intermediario e del diritto di recesso, del prestatore come del cliente; infine, ha reso i clienti, potenziali ed attuali, egualmente edotti sull’intermediario, l’autorità di controllo, le caratteristiche del servizio, il tempo massimo di esecuzione, indipendentemente dallo strumento di pagamento utilizzato (35).

(31) Nel quadro della moneta divisionale il problema si è posto rispetto alla svalutazione monetaria: *cfm.*, F. CAPRIGLIONE, *Voce “Moneta”*, *cit.*, 749.

(32) «*La realizzazione del mercato monetario implica che due soggetti (creditore e debitore) operanti in due diversi paesi dell’Unione europea non devono avere costi di transazione per i trasferimenti, quale che sia la ragione del trasferimento monetario*», V. SANTORO, *L’Euro quale moneta scritturale*, *cit.* 447.

(33) *Cfr.* CON/2001/34 del 26.10.2001. Dello stesso tenore la critica mossa dalla BCE nel Documento di consultazione (COM (2003) 718 del 2.12.2003) nel quale a chiare tinte la Banca Centrale subordina l’intervento normativo alla sussistenza di ostacoli al corretto funzionamento del mercato chiaramente identificabili.

(34) Così non tutti gli strumenti di pagamento hanno lo stesso prezzo, ma tutti i debitori, in qualunque punto dell’ambito comunitario siano collocati, hanno le stesse difficoltà per accedere agli elementi del prezzo del servizio.

(35) *Cfm.*, art. 42 della direttiva 2007/64 CE.

Sono scelte che hanno collocato il cliente in una posizione di equidistanza giuridica rispetto ai diversi strumenti di pagamento: immaginando il servizio di pagamento al dettaglio come un cerchio ed i suoi punti come i diversi strumenti utilizzabili per il trasferimento dei fondi (bonifico, addebito diretto, carta di pagamento, moneta elettronica), il cliente ne rappresenta il centro ed è nelle condizioni di orientare la propria scelta solo in funzione delle caratteristiche operative dello strumento (nel presupposto che le spese di movimentazione del saldo in conto corrente siano tendenzialmente pari a zero). Resta da porsi una domanda: l'indifferenza oggettiva non andrebbe coniugata con l'indifferenza soggettiva della moneta? Mi spiego meglio: l'indifferenza tra pagamenti in forma di moneta legale e gli altri in moneta "bancaria" non esigerebbe, proprio nell'ottica del principio nominalistico, che la moneta rivesta gli stessi rischi ed il pagamento costi coincidenti quale che sia lo *status* del debitore? Sul quesito tornerò più tardi, alla luce di un'indagine più precisa del quadro normativo.

3. La disciplina.

L'ambito di applicazione della disciplina della trasparenza contrattuale è determinato secondo un criterio complesso che compone il profilo soggettivo ed oggettivo del rapporto: la normativa si applica a tutte le attività indicate in Allegato, ma solo quando sono prestate dai soggetti abilitati agli effetti dell'art. 1 (36).

La disciplina è rivolta a vantaggio della generalità dei fruitori dei servizi di pagamento, ricorrendo indistintamente al termine «*utente*», «*pagatore*» o «*beneficiario*»; sono obbligati tutti i soggetti ai quali la Direttiva ha riservato l'esercizio in forma professionale di servizi di pagamento nel territorio della Comunità. Precisiamo: gli obblighi di informazione sono imposti agli enti creditizi (banche ed istituti di moneta elettronica) ed agli uffici postali nonché alla neo istituita categoria tipologica degli istituti di pagamento, ma altresì alla Banca centrale europea ed alle banche centrali nazionali, così come agli Stati membri ed alle autorità regionali e locali che non agiscono in qualità di autorità monetarie ovvero nell'esercizio dei pubblici poteri loro propri. La *professionalità*, precisa il secondo paragrafo dell'art. 1, consta nell'esercizio «*a titolo di occupazione principale o di attività commerciale regolare*» della prestazione di servizi di pagamento: una definizione che assume particolare rilevanza ogniqualvolta l'attività oggetto dell'intermediario interessato (è il caso dell'ente creditizio) non si risolva esclusivamente nella prestazione di servizi di pagamento (37).

È precisato all'art. 2 che «*i titoli III e IV della presente direttiva si applicano solo laddove il prestatore di servizi di pagamento del pagatore ed il prestatore di servizi di pagamento del beneficiario siano entrambi situati nella Comunità o l'unico prestatore di servizi di pagamento coinvolto nell'operazione di pagamento sia situato nella Comu-*

(36) L'elenco, che ha carattere tassativo, comprende: 1) le operazioni di trasferimento fondi nella forma del bonifico, dell'addebito diretto, della carta di pagamento o dispositivi analoghi, anche quando i fondi impiegati rientrano in una linea di credito accordata dal prestatore; 2) l'emissione e l'acquisizione di strumenti di pagamento (ad esempio, l'emissione di moneta elettronica); 3) le rimesse di denaro; 4) le operazioni dirette a depositare ovvero a prelevare contante rispettivamente su o da un conto di pagamento; 5) ogni strumento di pagamento (ad esempio, il borsellino elettronico) che coinvolge un operatore di sistema ovvero un gestore di rete di telecomunicazione (digitale o informatica).

(37) Qualche precisazione in V. SANTORO, *I conti di pagamento degli istituti di pagamento*, in questo Quaderno.

nità»; il riferimento all'intermediario (quindi al soggetto e non all'attività come all'art. 115 t.u.b.!) ed alla circostanza che sia «*situato*» o «*located*» (nella versione inglese della Direttiva) suggerisce, secondo il diritto comunitario, il richiamo allo stabilimento secondario della persona giuridica costituita secondo le leggi di uno Stato membro (38).

Delle due l'una: agli effetti dell'art. 2 l'armonizzazione della disciplina della trasparenza non opera per l'ente comunitario che svolge la propria attività nel Paese ospite in regime di libera prestazione dei servizi, ovvero la definizione dell'ambito soggettivo di applicazione con esclusivo riferimento allo stabilimento dell'intermediario semplicemente non intende imprimere alla natura *transfrontaliera* delle operazioni la qualità di tratto qualificante della disciplina.

La prima delle due ipotesi può essere avvalorata dall'applicazione anche agli istituti di pagamento del principio del controllo del Paese d'origine: l'armonizzazione delle condizioni di accesso e di esercizio dell'attività (art. 10, paragrafo 9, e art. 25) garantisce omogenei standard di affidabilità degli intermediari; il criterio del mutuo riconoscimento (delle autorizzazioni all'esercizio di una o più delle attività espressamente indicate in Allegato) consente la commercializzazione delle medesime attività in un altro Stato membro senza una nuova autorizzazione ma nel contempo, presupponendo un quadro giuridico non interamente armonizzato, lascia un margine di azione ai legislatori nazionali che restano competenti a porre norme specifiche sullo svolgimento delle suddette attività. Possono essere introdotte misure restrittive della libertà di circolazione dei servizi quando, come depongono la giurisprudenza comunitaria e la dottrina specialistica, le norme imperative presidiano un interesse generale, presentano un'indiscriminata applicazione, sono proporzionali all'interesse tutelato (39): sono le condizioni che hanno consentito, nel quadro del Codice bancario europeo, l'adozione della disciplina all'art. 115 ss. t.u.b. in merito alla trasparenza dei servizi bancari e finanziari.

Questo ragionamento però mal si concilia con due considerazioni. L'una attiene al dato positivo: l'art. 86 non consente ai singoli Stati membri di «*mantenere o introdurre disposizioni diverse da quelle stabilite nella presente direttiva*», salvo le eccezioni espressamente ammesse dalla medesima disposizione (40); la combinazione del principio del mutuo riconoscimento delle autorizzazioni e del criterio dell'armonizzazione piena modificano i tradizionali equilibri tra Stato d'origine e Stato ospite (41). L'altra richiama la *ratio* della Direttiva: se l'intervento normativo è motivato (anche) dall'esigenza di completare l'unione monetaria secondo il principio dell'indifferenza della moneta, dovrebbe essere privilegiata un'interpretazione dell'art. 2 e del criterio dello stabilimento

(38) P. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, 519 ss.

(39) Per tutti P. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., 425 ss. In giurisprudenza il termine di riferimento è la vicenda *Cassis de Dijon*, causa 120/78, sentenza 20 febbraio 1979, *Racc.*, 649.

(40) Le deroghe ammesse possono consentire allo Stato membro di accentuare i costi dell'informazione a carico dell'intermediario ovvero spostare i costi del trasferimento di fondi sul beneficiario piuttosto che sull'ordinante ma non modificano né l'impianto degli obblighi di informazione né la disciplina generale del contratto di servizio.

(41) Sulla separazione dei ruoli dello Stato ospite e del Paese d'origine in regime di mutuo riconoscimento delle autorizzazioni v. M. DALHUISEN, *Home and host country regulatory control of trans-border banking services in EU*, in *Diritto bancario comunitario*, a cura di Alpa e Capriglione, Torino, 2002, 411; E. LOMNICKA, *The home country control principle in the financial services directives and the case law*, in *European Business Law Review*, 2000, 324.

dell'intermediario tale da neutralizzare piuttosto che stigmatizzare la contrapposizione tra dimensione domestica e comunitaria dell'attività prestata (42).

Possiamo così porre un primo punto fermo: il regime armonizzato della trasparenza contrattuale si applica alla prestazione professionale di servizi di pagamento, sia pure nelle forme previste dall'Allegato, svolta professionalmente nel territorio della Comunità, in regime di libera prestazione dei servizi ovvero con l'apertura di una succursale (43).

Proviamo a ricostruire i contenuti dell'assetto della trasparenza e l'ampiezza dello sforzo di armonizzazione. La disciplina accoglie sotto ogni profilo una nozione ampia di condizione contrattuale, in grado di comprendere condizioni economiche e disciplinari del servizio; è questa una precisazione che aiuta a stabilire un chiaro nesso tra il titolo III espressamente dedicato a "*Trasparenza delle condizioni e requisiti informativi per i servizi di pagamento*" ed il titolo IV su "*Diritti ed obblighi in relazione alla prestazione e all'uso di servizi di pagamento*" e, di conseguenza, a ricostruire il quadro normativo della trasparenza contrattuale come un assetto che coniuga gli obblighi di informazione con la disciplina generale del contratto.

Gli obblighi di informazione, disciplinati agli artt. 35 ss., si articolano diversamente quando interessano le "*singole operazioni di pagamento*" ovvero i "*contratti-quadro*": la definizione di contratto-quadro posta dalla Direttiva, come il «*contratto di servizi di pagamento che disciplina la futura esecuzione delle operazioni individuali e successive e che può comportare l'obbligo di aprire un conto di pagamento e le relative condizioni*» (art. 4, n. 12), consente di ricondurre la distinzione nell'alveo del binomio rapporti ad esecuzione istantanea e rapporti di durata secondo il criterio, già fatto proprio dalla bancaristica italiana (44), della durezza dell'interesse (45).

Per entrambe le fattispecie menzionate la disciplina: 1) sviluppa il modello giuridico già posto nell'assetto previgente, rispettivamente nella disciplina dei bonifici transfrontalieri (direttiva 97/5 CEE) e delle carte di pagamento (raccomandazione 97/489 CEE) (46); 2) subordina l'adempimento degli obblighi di informazione all'osservanza della forma scritta, sia pure non espressamente sanzionata (*cf.* artt. 36 e 41); 3) comprende sia le condizioni economiche che disciplinari del contratto, sebbene nei rapporti ad esecuzione istantanea l'informazione sulle condizioni disciplinari non è elemento del regime legale, bensì è subordinata all'espressa convenzione delle parti (art. 37, paragrafo 2).

In merito alle singole operazioni di pagamento, gli articoli 36 e 37 della Direttiva sono perfettamente in linea con la corrispondente disciplina dei bonifici transfrontalieri. L'ordinante beneficia di una informazione preliminare e successiva: la prima insiste sulla tempistica e sul prezzo dell'operazione e prescrive all'intermediario di rendere dispo-

(42) *Supra*, § 2.

(43) Secondo l'art. 10, paragrafo 9, della Direttiva «*L'autorizzazione è valida in tutti gli Stati membri e consente all'istituto di pagamento di cui trattasi di prestare servizi di pagamento in tutta la Comunità, in regime di libera prestazione dei servizi o in regime di libertà di stabilimento, a condizione che tali servizi siano coperti dall'autorizzazione stessa*».

(44) *Cfm.* M. PORZIO, *La disciplina generale dei contratti bancari*, cit., 70 ss.

(45) F. MESSINEO, Voce "*Contratto (dir. priv.)*", in *Enc. dir.*, Milano, 1962, 926 ss.: «(...) l'elemento «tempo», in quanto durata, o meglio il distribuirsi dell'esecuzione nel tempo, costituisce, qui, il carattere peculiare del contratto» (927).

(46) Sull'inquadramento della disciplina comunitaria del bonifico transfrontaliero come disciplina di un rapporto ad esecuzione istantanea v. art. 5, direttiva 97/5 CEE.

nibili all'utente tali informazioni su supporto cartaceo o altro supporto durevole (47); la seconda, come già disposto all'art. 4 direttiva 97/5 CEE, consente all'ordinante di distinguere l'importo della somma accreditata dalle spese assunte. Di contenuto analogo gli obblighi di informazione successiva del beneficiario (48).

La medesima disciplina troverà applicazione anche rispetto alle singole operazioni di pagamento eseguite in costanza di un contratto-quadro. Le disposizioni agli articoli 47 e 48 contemplano due possibilità, nel senso che o rinviano espressamente all'art. 41, paragrafo 1, o ne ricalcano il contenuto prescrivendo che l'informazione preliminare e successiva che il prestatore ha l'obbligo di fornire all'ordinante ed al beneficiario comprende i criteri di identificazione dell'operazione, l'importo complessivo delle spese, la misura dell'addebito o l'accredito effettuato (eventualmente al tasso di cambio applicato) (49).

Quando il contratto è fonte di un rapporto di durata, gli obblighi di informazione preliminare alla stipulazione del contratto sono disciplinati all'art. 40 ss. La disciplina degli obblighi di informazione preliminare alla conclusione di un contratto-quadro non ha fatto altro che generalizzare la disciplina posta in tema di carte di pagamento nelle raccomandazioni 97/489 e 88/590 CEE (50), sia pure con qualche variante concernente la facoltà dell'intermediario di modificare unilateralmente il regolamento contrattuale ed il diritto di recesso delle parti.

La Direttiva, alla stessa stregua della raccomandazione 97/489 CEE, prescrive all'intermediario di rendere edotto il cliente potenziale degli elementi necessari alla individuazione: a) dell'ente-intermediario e delle competenti autorità di controllo; b) del servizio di pagamento da prestare, sia in termini operativi (anche il tempo massimo di esecuzione dell'operazione) che giuridici («*la forma e la procedure per dare il consenso di eseguire un'operazione di pagamento e la revoca di tale consenso*»); c) del prezzo del servizio; d) del tempo massimo per l'esecuzione dell'ordine che, da elemento eventuale, diviene elemento essenziale del regolamento contrattuale.

La stessa corrispondenza si rintraccia anche quando è esaminata l'informazione sulle condizioni normative (51).

(47) Mancava nell'art. 3 della direttiva 97/5 CEE ogni riferimento alle condizioni normative del contratto di servizio che, all'art. 37, comma 2, è previsto solo come eventuale.

(48) Cfr. art. 39 direttiva 2007/64 CE e art. 4 direttiva 97/5 CEE.

(49) Problema diverso è stabilire quando la singola operazione di pagamento sia riconducibile nell'alveo di un contratto-quadro ovvero trova fondamento in un contratto ad esecuzione istantanea: una precisione poco significativa rispetto al contenuto della disciplina che, come è emerso, è pressoché coincidente, una precisione rilevante con riferimento all'oggetto dello *ius variandi* dell'intermediario.

(50) *Supra*, nota n. 4.

(51) Il contratto di servizio di pagamento precisa:

- le modalità secondo le quali il cliente impartisce il proprio consenso all'esecuzione del pagamento e quelle per la revoca del medesimo: secondo la Direttiva, l'ordine diviene irrevocabile quando è pervenuto all'intermediario (regola generale, salvo poi specificazioni in caso di addebito diretto), mentre nella raccomandazione l'irrevocabilità dell'ordine è collegata al momento della utilizzazione dello strumento. Precisamente nella raccomandazione il legislatore presume, in ragione della natura elettronica dello strumento, che l'intermediario abbia ricevuto l'ordine per il solo fatto che l'impulso elettronico sia stato impresso;
- il regime di responsabilità del "pagatore" per l'utilizzo non autorizzato dello strumento di pagamento: una fattispecie che più di ogni altra richiama i pagamenti mediante carta (moneta elettronica o carta di credito). Sono distinte tre ipotesi:

La disciplina delle vicende modificative del rapporto contempla anche la clausola del *ius variandi*. L'efficacia della variazione unilaterale delle condizioni contrattuali, ora come in passato, è subordinata alla presenza di precise condizioni: l'accordo delle parti, la comunicazione individuale, l'osservanza dell'obbligo di preavviso ed il diritto di recesso del cliente. Diversa è però la fonte del diritto: nelle raccomandazioni (Allegato alla raccomandazione 88/590 CEE ed art. 7, paragrafo 1, raccomandazione 97/489 CEE) la facoltà dell'intermediario di modifica unilaterale sembra discendere direttamente dalla previsione di legge – la disciplina generale del contratto –; nella Direttiva è subordinata all'accordo raggiunto dalle parti sulla inserzione di una clausola *ad hoc* nel contratto concluso: il paragrafo 6) dell'art. 42 della Direttiva utilizza la locuzione «*se è così convenuto*» per introdurre il *ius variandi*, aprendo alla duplice possibilità che la singola clausola necessiti di una specifica approvazione ovvero sia sufficiente il consenso prestato alla conclusione del contratto-quadro.

Nel passaggio dai provvedimenti più risalenti ai più recenti, la disciplina del *ius variandi* è divenuta progressivamente più precisa e dettagliata: profili costanti sono l'inquadramento della modifica unilaterale alla stregua di una proposta a concludere un contratto alle mutate condizioni ed il riconoscimento del diritto di recesso all'utente.

La Direttiva però precisa i termini per l'esercizio legittimo del diritto di modifica unilaterale. Agli effetti dell'art. 44, paragrafo 1, il prestatore del servizio ha l'obbligo di indicare il termine iniziale dal quale diviene efficace la modificazione, termine che non può essere inferiore a 2 mesi ed il cliente può recedere dal contratto senza spese purché notifichi all'intermediario la non accettazione prima del decorso di tale termine. La disposizione si contrappone all'art. 42, paragrafo 2, nel quale è consentito che sia immediatamente efficace la modifica unilaterale dei tassi d'interesse e dei tassi di cambio quando tale facoltà sia stata espressamente convenuta dalle parti e sono stati previsti nel regolamento i valori di riferimento.

Quid novi della disciplina del contratto-quadro è rappresentato dal diritto di recesso del cliente e dell'intermediario: al contrario del *ius variandi*, il diritto di recesso del cliente integra un'espressa previsione della disciplina generale del contratto, oggetto di informazione preliminare agli effetti dell'art. 42, n. 6, lett. c.

-
- i. il cliente sopporta la perdita nei limiti di un massimale ivi stabilito (nella Direttiva 150 euro, mentre nella raccomandazione 150 ECU) quando l'operazione non autorizzata è la conseguenza dello smarrimento o della sottrazione dello strumento ovvero di una condotta poco diligente del cliente nella conservazione e nell'uso dello strumento medesimo;
 - ii. il cliente sopporta interamente le perdite finanziarie relative quando l'operazione non autorizzata dipende da un proprio comportamento fraudolento, così come quando con negligenza grave non ha adempiuto all'obbligo di notificazione all'intermediario dell'evento dello smarrimento, della sottrazione o dell'uso indebito ovvero quando non ha utilizzato lo strumento conformemente alle condizioni d'uso;
 - iii. infine, il cliente non sostiene alcuna perdita quando non ha agito in modo fraudolento ed ha ottemperato alle prescrizioni di cui all'art. 56 menzionate nel punto immediatamente precedente;
- il regime di responsabilità dell'intermediario per la mancata o inesatta esecuzione di un ordine di pagamento contempla una duplice forma di responsabilità: una responsabilità oggettiva del prestatore dell'ordinante o del beneficiario che consta nell'adoperarsi per rintracciare l'operazione ed un obbligo del prestatore del pagatore di indennizzare il cliente in misura pari all'importo del pagamento quando non è riuscito a provare che l'ordine era stato ricevuto dal prestatore del beneficiario.

Al cliente è riconosciuta la facoltà di recedere dal contratto liberamente, salvo che le parti non abbiano convenuto un termine di preavviso che, in ogni caso, non può essere superiore ad un mese (52). Al contrario, l'art. 45 non ammette che il cliente sopporti alcuna spesa connessa allo scioglimento del vincolo contrattuale quando il contratto è stato concluso a tempo indeterminato ovvero è decorso il termine di durata di dodici mesi (o un eventuale termine superiore) per il quale il contratto era stato stipulato.

Il diritto di recesso spetta anche al prestatore del servizio. In tal caso sono stabilite condizioni più stringenti di quelle poste per il cliente: il valido esercizio del diritto di recesso è infatti subordinato alla inserzione di una clausola contrattuale *ad hoc* («*se concordato nel contratto quadro*»), alla stipulazione di un contratto a tempo indeterminato, all'osservanza di un termine di preavviso di almeno due mesi.

Non sorprende che la disciplina del recesso ricalchi l'altra all'art. 44 in tema di *ius variandi*: in entrambi i casi l'intermediario non ha più interesse o convenienza a proseguire un contratto alle condizioni inizialmente convenute ed in entrambi i casi il cliente non è tutelato che dagli obblighi di correttezza e buona fede che l'intermediario è tenuto ad osservare.

La disciplina suesposta si applica al contratto-quadro di servizi di pagamento, concluso tra l'intermediario autorizzato ed il cliente (persona fisica o giuridica), che abbia ad oggetto uno o più dei servizi di pagamento contenuti in Allegato. Riveste una scarsa rilevanza rispetto all'assetto giuridico generale che la disposizione all'art. 34 esoneri gli intermediari dai predetti obblighi di informazione preliminare e successiva alla stipulazione del contratto-quadro ed all'esecuzione della singola operazione, così come dagli obblighi di informazione successiva a vantaggio dell'ordinante come del beneficiario, quando le operazioni di pagamento non raggiungano una certa soglia (53): svolgendo una valutazione costi-benefici, il legislatore comunitario ha considerato "*inefficiente*" la prescrizione di obblighi di trasparenza (54).

Questo quadro unitario può rivelarsi coerente alle ragioni dell'intervento normativo nella misura in cui lo sforzo di armonizzazione non è indebolito dallo spazio riservato ai legislatori nazionali ed all'autonomia contrattuale. In merito al primo dei due profili già è stato detto; sul secondo la previsione all'art. 30, paragrafo 1, sembra disattendere ogni attesa disponendo che «*il presente titolo (il titolo III) si applica alle singole operazioni di pagamento, ai contratti quadro e alle operazioni di pagamento da essi contemplate. Le parti però possono decidere che esso non si applica, interamente o parzialmente, se l'utente di servizi di pagamento non è un consumatore*».

Secondo l'interpretazione sistematica dei Titoli III e IV nel quadro delle deroghe consentite ai sensi dell'art. 51, la disciplina degli obblighi di informazione rappresenta la parte imperativa della normativa e, pertanto, il "*nocciolo duro*" del processo di armo-

(52) Non è però escluso che il recesso rechi un costo all'interessato, sebbene le spese a carico del cliente saranno ragguagliate ai costi sostenuti dall'intermediario.

(53) È da segnalare che solo nella definizione di questa area di deroga agli obblighi di informazione il legislatore comunitario introduce un tetto all'operazione, nonostante nei precedenti testi la Direttiva individuasse in cinquantamila euro l'importo che contrassegnava le operazioni *retail* da quelle all'ingrosso. Sulle ragioni dell'omissione, i lavori preparatori non sono di aiuto. *Cfr.* PARLAMENTO EUROPEO, *Testo della Direttiva approvato in prima lettura*, del 20.09.2006; CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Proposta di direttiva*, 20.04.2007.

(54) *V.* art. 34, direttiva 2007/64 CE.

nizzazione. L'art. 51 della Direttiva, però, dispone che quando il contratto è concluso dall'intermediario con un cliente-non consumatore «*le parti possono convenire che (...) non siano in tutto o in parte applicati*» una serie di precetti che incidono sul contenuto delle condizioni normative del contratto, in particolare sulla disciplina:

- della responsabilità delle parti per le operazioni di pagamento non autorizzate;
- del diritto al rimborso del pagatore nelle operazioni di pagamento eseguite su ordine del beneficiario;
- della facoltà di revoca dell'ordine;
- della responsabilità per mancata o inesatta esecuzione dell'ordine di pagamento.

La scelta di orientare la disciplina generale del contratto di servizi di pagamento secondo la dialettica consumatore-non consumatore colloca la Direttiva in esame nel solco della direttiva 2002/65 CE secondo un rapporto di genere a specie, nel senso che la seconda aveva svolto l'armonizzazione degli obblighi di informazione di quei contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari in senso lato (sono espressamente inclusi anche i servizi di pagamento) ma conclusi in forma interamente telematica, mentre la direttiva 2007/64 CE ha delineato, limitatamente ai servizi di pagamento, il quadro generale della trasparenza prescindendo dalle modalità di conclusione del contratto.

Le due direttive sono accomunate non soltanto dall'oggetto del contratto, ma anche dalla natura *di durata* del rapporto contrattuale. Al riguardo l'art. 1, paragrafo 2, della direttiva 2002/65 CE dispone appunto che il contratto a distanza consta in un accordo iniziale di servizio «*seguito da operazioni successive o da una serie di operazioni distinte della stessa natura scaglionate nel tempo*» (55).

È così delineato un quadro normativo complementare, sia pure dall'esito incerto; non è chiaro se per effetto della novella della direttiva 2002/65 CE la soglia di tutela del consumatore nei contratti di servizi di pagamento sia innalzata o ridotta. Infatti, l'art. 31, paragrafo 2, della direttiva 2007/64 CE interviene a modificare la disposizione dell'art. 3 della direttiva 2002/65 ampliando l'oggetto degli obblighi di informazione preliminare del consumatore alle condizioni disciplinari del servizio ma, nel contempo, sembra introdurre elementi di instabilità del rapporto prima estranei, precisamente il diritto di recesso non solo del consumatore ma anche dell'intermediario (la direttiva 2002/65 CE disciplina anche il *ius poenitendi* del consumatore) ed il *ius variandi* dell'intermediario (per nulla previsto nella direttiva 2002/65).

A ben vedere, però, né l'uno né l'altro possono considerarsi elementi estranei alla disciplina dei contratti del consumatore. Se la direttiva 93/13 CEE sulle clausole vessatorie nei contratti con il consumatore già aveva disciplinato entrambe le figure, la direttiva 2007/64 non subordina il valido esercizio del diritto (di recesso e di modifica unilaterale delle condizioni monetarie del contratto) ad un "*valido motivo*" ma, diversamente dalla direttiva sulle clausole vessatorie, individua nel contratto la fonte del *ius variandi* e del diritto di recesso (56).

(55) Il riferimento immediato è alla direttiva 2002/65 CE (del 23.09.2002, in *G.U.C.E.* L 272 del 09.10.2002) sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari, che ha sostituito la direttiva 97/7 CEE.

(56) Non sembra erraneo concludere che la direttiva 2007/64 CE abbia generalizzato la disposizione sul *ius variandi* della direttiva 93/13 secondo la quale «*La lettera j) non si oppone neppure a clausole con cui il professionista si riserva il diritto di modificare unilateralmente le condizioni di un contratto di durata indeterminata, a condizione che gli sia fatto obbligo di informare con ragionevole preavviso il consumatore e che questi sia libero di recedere dal contratto*» (Allegato, paragrafo 2).

Le esigenze tutelate insistono sulla crescita in termini di competitività del mercato rilevante (precisamente il mercato dei servizi bancari ovvero dei servizi di pagamento) e sul consenso informato del cliente, ma è un'operazione difficile e dall'esito incerto la valutazione del peso ora dell'uno ora dell'altro cambiamento rispetto alla qualità complessiva della tutela approntata nei contratti con i consumatori.

Ad esempio, alla luce della dottrina italiana, potrebbe dubitarsi dell'attitudine innovativa del "valido motivo" in presenza dell'opinione ampiamente condivisa che il regime di responsabilità del cliente non sia stato sostanzialmente modificato dalla subordinazione del valido esercizio del *ius variandi* alla prova della sussistenza di un "giustificato motivo" dal momento che era riconducibile all'obbligo dell'intermediario di comportarsi secondo correttezza (57). Allo stesso modo non sarà da sopravvalutare il peso che, nella tutela del cliente informato, riveste la specifica approvazione della clausola da parte del cliente: spesso si traduce, come la dottrina ha osservato, in un'inutile moltiplicazione delle sottoscrizioni apposte dal cliente.

Ciò che è delineato con chiarezza dal confronto appena svolto è la relazione di complementarità che corre tra la direttiva 2007/64 e la direttiva 2002/65 che, ad avviso di chi scrive, dà ragione dei progressi compiuti nel processo di avvicinamento degli ordinamenti nazionali riguardo agli obblighi di informazione preliminare, come già preannunciato dall'art. 4 della direttiva 2002/65 (58). Tuttavia, la continuità normativa non trova giustificazione nelle ragioni a fondamento delle due iniziative: l'una, la direttiva 2002/65 CE, si inserisce nel filone consolidato della tutela consumeristica, sorreggendo il completamento del mercato interno dei servizi e rimuovendo gli ostacoli che ancora si frappongono al commercio elettronico; l'altra al contrario è informata al principio dell'indifferenza della moneta, che presiede al completamento dell'Eurosistema attraverso il passaggio dall'unità della divisa all'unità della moneta. Torniamo, così, alla domanda posta in coda al secondo paragrafo: l'indifferenza oggettiva non andrebbe coniugata con l'indifferenza soggettiva della moneta?

L'esame della radice storica ha evidenziato che nel contesto della direttiva 2007/64 CE dei servizi di pagamento non viene tanto in esame la loro natura di servizio in contrapposizione a quella di bene di consumo ovvero la natura di attività riconducibile all'alveo dei servizi finanziari. Piuttosto, dei servizi di pagamento è considerata l'attitudine a rappresentare uno strumento alternativo alla moneta divisionale, in particolar modo nella sua funzione di strumento di pagamento.

Al riguardo, però, gli studi giuridici sulla moneta hanno da tempo ricostruito il principio nominalistico come «*principio (...) tendente a rendere certi e astratti, appunto in forma di entità "nominali" costanti, i valori di scambio resi trasparenti ed autonomi nella forma di danaro*» (59) ed in questo quadro hanno ammesso forme di "valorismo contrattuale" (60) o, più semplicemente, la rivalutazione dei crediti pecuniari per porre al riparo il creditore dalle variazioni inflattive collegate al decorso del tempo (61).

(57) Cfm. G. SANTONI, *Lo ius variandi delle banche nella disciplina della L. N. 248 del 2006*, cit., 257 e sulla precedente versione dell'art. 118, cfm. M. PORZIO, *La disciplina generale dei contratti bancari*, cit.

(58) L'art. 4, paragrafo 2, della direttiva 2002/65 CE dispone, in merito ai requisiti aggiuntivi in materia di informazioni, che «*In attesa di un'ulteriore armonizzazione, gli Stati membri possono mantenere o introdurre disposizioni più rigorose riguardo ai requisiti in materia di informazioni preliminari se tali disposizioni sono conformi al diritto comunitario*».

(59) A. DI MAJO, *Voce "Obbligazioni pecuniarie"*, cit., 247.

(60) A. DI MAJO, *Voce "Obbligazioni pecuniarie"*, cit., 249.

(61) F. CAPRIGLIONE, *Voce "Moneta"*, cit., 750.

Ma il senso del nominalismo verrebbe meno se il legislatore consentisse alla persona del debitore di alterare questa generalizzata parità di trattamento. Nel sistema attuale, la parità di trattamento si gioca nella uniformità di disciplina della moneta scritturale, nella parità dei rischi assunti dai debitori nell'adempimento di un'obbligazione pecuniaria, ma anche nei costi sopportati per il reperimento delle informazioni sul servizio di pagamento.

Sotto questo profilo la scelta della Direttiva non è univoca. E' predisposto un quadro uniforme e cogente in termini di informazione preliminare e successiva ma, allo stesso tempo, è consentito al cliente-non consumatore di modificare le condizioni normative del contratto di servizi di pagamento, nella misura già evidenziata, vanificando gli effetti di un'armonizzazione piena.

4. Il confronto con il titolo VI, art. 115 ss. t.u.b.

La valutazione comparativa tra l'assetto comunitario e domestico della trasparenza contrattuale delinea un quadro giuridico ampiamente coincidente, fin dalle finalità dell'intervento: nell'ordinamento interno la tutela delle esigenze di conoscibilità del cliente in qualità di contraente debole e della concorrenza tra gli operatori bancari permea la disciplina della trasparenza contrattuale fin dalla legge n. 154/92 (62).

Collima altresì l'ambito soggettivo di applicazione: il titolo VI del testo unico bancario si rivolge alle banche ed agli intermediari dell'art. 107 t.u.b., di conseguenza, è applicabile agli istituti di moneta elettronica così come, per effetto del recepimento della Direttiva in esame, agli istituti di pagamento riconducibili nell'alveo degli intermediari finanziari non bancari (63); il cliente, inteso come la persona fisica o giuridica che intrattiene una relazione durevole con l'intermediario, rappresenta la controparte *naturale* del rapporto.

Quanto all'oggetto della disciplina, può essere stabilito un rapporto di genere a specie tra il titolo VI t.u.b. e la direttiva sui servizi di pagamento: sono comprese le attività esercitate nel territorio della Repubblica, riconducibili ai servizi ammessi al mutuo riconoscimento agli effetti dell'art. 1 lett. f, una nozione che nel confronto con l'Allegato alla direttiva 2007/64 CE sembra poter escludere soltanto le rimesse di pagamento; del resto, anche l'art. 115 t.u.b., come l'art. 2 della Direttiva, radica l'ambito di applicazione con riferimento al territorio nel quale le attività sono esercitate, prescrivendo l'efficacia vincolante delle norme sulla trasparenza per gli enti comunitari ed extracomunitari, per i servizi prestati mediante l'apertura di una succursale o in accesso remoto (64).

Esaminando il contenuto della disciplina, collimano i requisiti formali ed ampiamente anche quelli sostanziali della disciplina della trasparenza. L'ordinamento interno prescrive che l'adempimento degli obblighi di informazione è subordinato alla conclusione in forma scritta del contratto, mentre la Direttiva, dal canto suo, fa lo stesso e rimette ai singoli Stati membri la scelta in merito alla natura della sanzione civilistica

(62) In particolare, Porzio (a cura di), *Legge 17 Febbraio 1992, n. 154. Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, cit., 1124 ss.

(63) *Amplius*, G. ALPA, P. GAGGERO, *Trasparenza bancaria e contratti del consumatore*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Galgano, vol. 40, Padova, 2006, 73.

(64) *Amplius*, U. MAJELLO, *Sub Art. 115*, in, *Testo Unico in materia bancaria e creditizia*, cit., 1913 ss.

da irrogare in caso di inosservanza della forma scritta (65); in entrambi i casi sono disciplinati gli obblighi di informazione preliminare, delineando il quadro giuridico che presiede alla formazione, alla stipulazione ed all'esecuzione del contratto.

Nel contesto del testo unico, un'interpretazione ampia del termine "condizione" è un risultato di recente acquisizione. Solo per effetto del primo decreto Bersani, il nuovo testo dell'art. 118 t.u.b. espressamente contempla il diritto di modifica unilaterale del contratto de «i tassi, i prezzi e le altre condizioni di contratto» e ragioni di coerenza del sistema avallano la conclusione che, in difetto di un'espressa previsione in senso contrario, un'omologa interpretazione possa essere svolta della disposizione al comma 5 dell'art. 117, che subordina l'efficacia della clausola con la quale si conferisce all'intermediario il *ius variandi* alla specifica approvazione del cliente (66).

Del contratto anche il legislatore bancario predispose un contenuto minimo ed, in merito agli effetti del contratto, ammette la validità della clausola di modifica unilaterale del regolamento. Il diritto, che trova la sua fonte nel contratto, sarà legittimamente esercitato subordinatamente all'osservanza di un termine di preavviso e ad una comunicazione personalizzata: decorsi i due mesi, come nella versione della Direttiva, o i sessanta giorni come nel nuovo testo dell'art. 118 t.u.b., il contratto si intende tacitamente approvato alle mutate condizioni.

La divergenza tra i due testi sta nel mancato richiamo della Direttiva al "giustificato motivo"; una diversità non di grande peso se già in sede di confronto tra la disciplina delle clausole vessatorie e la disciplina del testo unico era stato considerato che l'inserzione del "giustificato motivo" finiva per produrre semplicemente un'inversione dell'onere della prova (67).

Al contrario, l'istituto del recesso, del cliente come dell'intermediario, rappresenta un elemento di novità rispetto alla disciplina bancaria, ma non rispetto ai contratti con i consumatori: già la disciplina del Codice del consumo non conferiva natura vessatoria alle clausole sul diritto di recesso del professionista nei contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari, con l'unica differenza che non prescriveva l'obbligo di preavviso (contemplato solo nella direttiva 2007/64) e la sussistenza di un valido motivo (contemplato solo dal Codice del consumo) (68).

Manca invece nell'assetto della direttiva 2007/64 CE ogni riferimento ad obblighi di pubblicità dell'intermediario, disciplinati dall'art. 116. Una conseguenza è che non opera limitatamente ai contratti di prestazione dei servizi di pagamento il meccanismo di etero-integrazione del contratto, definito da qualche commentatore come un vizio dell'origine bancaristica della legge sulla trasparenza. Allora, cosa cambia?

Sembra venir completamente meno l'anima bancaria della disciplina della trasparenza che, nel testo unico, prescrive alle banche ed agli intermediari finanziari dell'art. 107 l'informazione sia in termini di obblighi di comportamento amministrativamente

(65) Tuttavia, mentre la Direttiva dispone che gli obblighi di informazione possano essere adempiuti mediante la consegna di un esemplare del contratto da stipulare, nell'ordinamento interno è opinione dominante in dottrina che la consegna dell'esemplare si collochi nella fase di esecuzione di un contratto validamente concluso.

(66) *Amplius*, G. SANTONI, *Lo ius variandi delle banche nella disciplina della L. n. 248 del 2006*, cit.

(67) *Cfm.* M. PORZIO, *La disciplina generale dei contratti bancari*, cit., 74.

(68) Già ho espresso i dubbi avanzati in dottrina sulla rilevanza delle suddette differenze. *Supra*, § 3.

sanzionati sia di onere sul piano dei rapporti interprivati. Questa scelta di collocazione interamente in un ambito piuttosto che nell'altro è di certo un presidio di linearità e si coordina meglio con le esigenze di un'armonizzazione più stringente, ma sarà una scelta di campo definitiva? Sarebbe interessante sviluppare la sollecitazione di Mario Barcellona che, esaminando il controllo sul contenuto dei contratti e le forme di etero-integrazione ammesse dai principi contrattuali europei, apre la strada "*all'inclusione coattiva dell'informazione precontrattuale nel contenuto del contratto*" per contenere il rischio di "*divergenza tra l'effettivo contenuto del contratto e la soggettiva rappresentazione che di esso si fa il consumatore*" (69).

5. Conclusioni

Volendo provare a tirare le fila del discorso, spetta alla Direttiva il merito di aver introdotto, secondo il principio dell'armonizzazione piena, un quadro giuridico unitario della trasparenza contrattuale che disciplina il rapporto tra gli intermediari autorizzati ed i clienti nella prestazione professionale dei servizi di pagamento indicati in Allegato. A mio avviso, però, l'esame comparato della direttiva 2007/64 CE e dei provvedimenti previgenti in materia di servizi di pagamento al dettaglio segnala elementi di continuità decisamente prevalenti, al punto da lasciar concludere che la direttiva sui servizi di pagamento nel mercato interno non muova molto oltre un consolidamento dell'assetto giuridico.

Nel rapporto con l'ordinamento interno, l'ampia coincidenza di contenuti esclude uno stravolgimento della disciplina del testo unico: può essere ipotizzato che, per effetto del decreto di recepimento, sarà compito delle istruzioni della Banca d'Italia aggiornare la disciplina della trasparenza, segnalando il diritto di recesso come specificità della disciplina della trasparenza dei servizi di pagamento rispetto agli altri servizi prestati dalle banche e dagli intermediari finanziari, non bancari, contemplati dal testo unico, con la precisazione che nei servizi di pagamento talune norme sui contratti (obblighi e responsabilità delle parti) hanno carattere imperativo solo per le fattispecie in cui sia parte un cliente-consumatore (70). In questo quadro, è molto probabile che le istruzioni conserveranno il rinvio alle norme del Codice del consumo, che non resta estraneo al recepimento della Direttiva, limitatamente alla commercializzazione a distanza dei servizi di pagamento (71).

(69) M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua etero integrazione: stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Europa e diritto privato* 2008, 57 ss.

(70) Un'operazione analoga è stata fatta con il recepimento della direttiva sui bonifici transfrontalieri.

(71) La direttiva 2007/64 CE espressamente modifica gli obblighi di informazione come disciplinati nella direttiva 2002/65 CE.

CAPITOLO V

LE LIBERALIZZAZIONI NEL SISTEMA DEI SERVIZI DI PAGAMENTO E L'IMPATTO DELLA DIRETTIVA COMUNITARIA SULL'INDUSTRIA DELLE CARTE DI CREDITO. ALCUNE RIFLESSIONI PRELIMINARI

Massimiliano Granieri ()*

SOMMARIO: 1. *Il mercato dei servizi di pagamento. Chiavi di lettura e elementi di contesto.* – 2. *Liberalizzazione e regolazione nel mercato dei servizi di pagamento.* – 3. *Gli antefatti e l'acquis comunitario.* – 4. *Strumenti di liberalizzazione dal punto di vista delle fonti.* – 5. *Strumenti di liberalizzazione dal punto di vista dei contenuti. La concorrenza come principio guida della direttiva 2007/64.* – 6. *Concorrenzialità del mercato sul lato dell'offerta.* – 7. *Neutralità tecnica e accesso ai servizi di pagamento.* – 8. *Concorrenzialità del mercato sul lato della domanda.* – 9. *Conclusioni.*

1. Il mercato dei servizi di pagamento. Chiavi di lettura e elementi di contesto.

Il mercato dei servizi di pagamento rappresenta un segmento della realtà economica e sociale tradizionalmente caratterizzato in quasi tutti i Paesi da intensi fenomeni di autoregolazione (72). L'intervento normativo è sempre stato sobrio o, al limite, inesistente, sia dal punto di vista della disciplina dei requisiti di accesso al mercato, sia dal punto di vista delle regole di condotta degli operatori. Anche la sorveglianza delle banche centrali è divenuta significativa soltanto negli ultimi due decenni, da quando cioè si è iniziato a paventare che i conflitti di interesse generati dal ruolo di regolatori e regolati degli operatori, all'interno dei circuiti di pagamento, avrebbe potuto compromettere la stabilità del sistema con ripercussioni più serie sull'intero sistema bancario (73).

Ricorrenti giustificazioni legate a fallimenti di mercato e all'incapacità del mercato stesso di creare condizioni ottimali di sviluppo di sistemi concorrenti tra loro hanno fatto aumentare anche in Europa le incursioni dei legislatori, che progressivamente riducono o conformano l'area prima occupata dalla *lex mercatoria*. Questa reiterata volontà di regolare per aprire il mercato si è concretata, alla fine del 2007, nella direttiva 2007/64/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 novembre 2007, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno (nel prosieguo di questo scritto indicata come Direttiva o DSP) (74). Una direttiva ambiziosa di portata generale, ma che si fonda su un presupposto discutibile, vale a dire la volontà di trattare, all'interno di un unico quadro regolamentare, servizi di pagamento anche molto differenti tra loro per natura, funzionamento e problematiche sollevate.

Siffatto presupposto innerva anche i propositi della Direttiva di favorire la creazione di un mercato interno dei pagamenti, assicurando una disciplina armonizzata sull'accesso e prevedendo una serie di obblighi e di divieti a carico degli operatori diretti a salvaguardare condizioni di concorrenzialità e un adeguato livello di tutela dei consumatori.

(*) Università degli Studi di Foggia, Dipartimento delle Scienze Giuridiche Privatistiche. Precedenti versioni di questo scritto sono state oggetto di presentazioni, tra le quali quella al convegno "*Strategie e tecniche di liberalizzazione tra mercato e politica*", Venezia 21 e 22 settembre 2007, e ad un seminario I-Com, Istituto per la Competitività, Roma 22 febbraio 2008. Le riflessioni qui contenute scaturiscono dalla partecipazione ad un gruppo di studio finanziato da un PRIN 2006, dal titolo "*Tutela dei consumatori e servizi di pagamento nel nuovo quadro normativo comunitario*" (Protocollo 2006122221_003). Sono grato a Onofrio Troiano, Vittorio Santoro, Mario Porzio, Antonella Sciarrone Alibrandi, Marilena Rispoli, Marco Mancini e agli altri colleghi del progetto di ricerca per le occasioni di riflessione sul tema. Roberto Pardolesi, Antonio Nicita, Laura Ferrari Bravo e Valeria Falce hanno fornito commenti e suggerimenti dei quali spero di aver fatto tesoro. Nessuna delle persone menzionate condivide con me la responsabilità per errori o imprecisioni qui contenute.

(72) Lo segnalava già O. TROIANO, *I servizi elettronici di pagamento. Addebiti in conto non autorizzati: un'analisi comparata*, Milano, 1996, 91.

(73) È da notare che l'art. 105, comma 2, del Trattato CE individua anche tra i compiti del Consiglio Europeo delle Banche Centrali (di cui è parte la BCE) quello di "*promuovere il regolare funzionamento dei sistemi di pagamento*". L'Eurosistema non si è mai avvalso di questa possibilità per intervenire con atti vincolanti, limitandosi piuttosto a documenti di indirizzo. Sul punto, più in dettaglio, in questo stesso Quaderno cfr. M. MANCINI, *I sistemi di pagamento retail verso la Single Euro Payments Area*, parte seconda, cap. III, § 4.

(74) In *G.U.U.E.* L319 del 5 dicembre 2007. La direttiva incide sull'*aquis* comunitario, modificando le direttive 97/7/CE, 2002/65/CE, 2006/48/CE e abrogando la direttiva 97/5/CE. Per una prima nota di commento sulla Direttiva cfr. V. FALCE, *Il mercato integrato dei sistemi di pagamento al dettaglio tra cooperazione e concorrenza (Primi appunti ricostruttivi)*, in corso di pubblicazione su *Banca borsa*, 5, 2008, 558 ss.

Per quanto riguarda le carte di pagamento – servizio disciplinato dalla Direttiva insieme agli ordini di pagamento (*credit transfer*) e agli addebiti diretti (*direct debit*) (75) – e, più in particolare, le carte di credito, la Direttiva interviene all'interno di un quadro piuttosto articolato. Il mercato delle carte di credito rappresenta, infatti, il segmento meno regolato tra i vari servizi di pagamento e la complessità delle sue regole, oltre che la eterogeneità dei modelli di funzionamento e la pluralità di possibili piani di intervento, lasciano intuire che si tratti anche di quello meno suscettibile di efficiente regolazione. Sul tema occorrerà tornare; non di meno, sia pure all'interno delle norme dettate in via generale per tutti i servizi di pagamento, la Direttiva interviene selettivamente su alcuni aspetti del mercato delle carte di credito, in parte facendo tesoro di alcune convinzioni formatesi all'esito dell'esperienza maturata dalla Commissione nelle procedure contenziose con gli operatori che si sono verificate negli ultimi anni.

La scelta di intervenire anche nel mercato delle carte di credito, ma con uno strumento che rivendica una sfera precettiva generale, apre alcune questioni delle quali occorre ragionare. In primo luogo, data la generalità delle previsioni della Direttiva e con alcuni elementi di contesto di cui si dirà tra un istante, serve capire quale sia la sua reale portata con riferimento allo specifico mercato dei servizi di pagamento con carte di credito e, in particolare, in quale misura siano ancora valide alcune conclusioni raggiunte a proposito degli accordi interbancari necessari al funzionamento delle reti di pagamento.

In seconda battuta, vale la pena effettuare l'esercizio inverso, per così dire, chiedendosi (senza nessuna ambizione di esaustività) in quale misura le norme e i principi della Direttiva volti a favorire la concorrenza nel mercato delle carte di credito siano applicabili anche agli altri servizi di pagamento oggetto di disciplina. Più nello specifico, date le peculiarità del mercato delle carte di credito, ci si potrebbe domandare in quale misura le norme dettate per esso (ma che nel testo della Direttiva appaiono come norme applicabili a un preteso unico modello di servizio di pagamento) siano generalizzabili e, come tali, riferibili anche agli ordini di pagamento e agli addebiti diretti.

Da questo secondo punto di vista, deve essere tenuto presente che la Direttiva si occupa del segmento al dettaglio (*retail*) del mercato dei servizi di pagamento, quello cioè in cui l'operatore (solitamente di carattere bancario) rende il servizio a un utilizzatore finale del servizio stesso (art. 2) (76). Resta escluso dall'applicazione della Direttiva l'intero universo dei rapporti interbancari (*wholesale*) che assicurano il funzionamento del mercato e, a livello dei quali, si verificano potenziali restrizioni della concorrenza suscettibili di alterare le condizioni del mercato e pregiudicare gli interessi dei consumatori.

(75) O. TROIANO, *La nuova disciplina privatistica comunitaria dei servizi di pagamento: realizzazione e problemi della Single Euro Payments Area (SEPA)*, in questo stesso Quaderno, parte prima, cap. II, § 2, sostiene che, nel tentativo di intervenire organicamente sulla materia (scrivendo quella che l'A. ha definito, significativamente, una sorta di *Allgemeiner Teil* della normativa sui servizi di pagamento), affrontando a livello comunitario aspetti che per l'innanzi erano stati trattati dagli Stati in maniera isolata e occasionale, la Commissione si è affidata ad un modello unico, individuato generalizzando il meccanismo dei *credit transfer* e ciò rientrerebbe in un disegno già in atto a livello di tendenza di sottrarre il diritto dei pagamenti dalla disciplina del diritto bancario e finanziario per farne una parte del diritto privato.

(76) Sull'ambito di applicazione della Direttiva vi sono stati cambiamenti di fronte nel corso dell'iter che ha portato alla sua approvazione. Nella formulazione originaria, l'applicazione era circoscritta alle transazioni al dettaglio che non eccedessero la soglia dei 50 mila Euro. Non vi era alcun riferimento alla figura del consumatore – come contrapposto al professionista –, ma implicitamente si postulava un'uguaglianza tra operazioni di importo non rilevante e operazioni al dettaglio. Sennonché, questo limite dimensionale avrebbe avuto l'effetto di depotenziare l'ambizione generalista della Direttiva, in parte contraddicendo i propositi della Commissione. Nella versione approvata, il limite è scomparso. Per considerazioni critiche e più approfondite sul punto cfr. O. TROIANO, *La nuova disciplina privatistica*, cit., § 4.

Gli elementi di contesto da tener presenti nell'analisi delle problematiche appena evidenziate sono i seguenti. L'adozione della Direttiva, come si dirà, rientra all'interno di un quadro di cooperazione volto alla creazione di un'area unificata di pagamenti in Europa (*Single Euro Payments Area*, SEPA), alla quale contribuiscono anche normative tecniche di settore elaborate dagli operatori. Lo spazio di autonomia collettiva con riguardo alla SEPA non è stato eliminato, ma si è ridotto, in ossequio ad un implicito principio di divisione del lavoro tra operatori privati del mercato finanziario e Commissione europea. La autoregolazione di settore presuppone un elevato grado di interazione tra i soggetti coinvolti e il conseguente rischio che la cooperazione trascolori in collusione, sicché mentre le norme dettate dalla Direttiva mirano per lo più a disciplinare il comportamento dei prestatori di servizi, attenzione maggiore reclama il momento organizzativo dei circuiti di pagamento e le regole che presiedono al loro funzionamento.

Il dialogo che la Commissione ha intrattenuto con gli operatori finanziari che notificavano il raggiungimento di accordi rilevanti per le finalità di esenzione di cui all'art. 81, comma 3, del Trattato, è mutato per effetto dell'entrata in vigore dell'antitrust modernizzato dal Reg. 1/2003/CE (77). Si tratta di un aspetto che merita di essere sottolineato, poiché le esperienze della Commissione con il mercato delle carte di credito – quelle stesse che hanno portato a trasfondere nella Direttiva alcuni obblighi e alcuni divieti che interessano specificamente quel sistema di pagamento – risalgono tutte a fattispecie governate dal precedente quadro e ancora soggette al regime dell'autorizzazione (78). Il sistema dell'eccezione legale costituisce un fattore di ulteriore complessità per gli operatori coinvolti nella creazione delle reti e rispetto al quale maggiore chiarezza sui contenuti degli accordi che si possono considerare al riparo dal divieto di intese può dare i corretti incentivi all'investimento. Al tempo stesso, un intervento di tipo imperativo va pesato alla luce dei costi che esso genera (e dei possibili fenomeni di traslazione sui consumatori), nonché dei possibili effetti collaterali dovuti alla reazione dell'industria e al mutamento dei modelli organizzativi e commerciali che potrebbe tradursi nella riduzione di concorrenza intersistemica (79).

D'altra parte, nella comunicazione del 2003 che ha preceduto l'adozione di una proposta di direttiva erano contenute alcune indicazioni circa la politica di concorrenza nei servizi di pagamento che tengono conto dell'entrata in vigore dell'apparato di mo-

(77) Sulle modifiche introdotte dal Regolamento 1/2003 nei vari campi di applicazione dell'antitrust comunitario cfr. Frignani, Pardolesi (a cura di), *La concorrenza*, Torino, 2006, nonché i contributi specifici ora contenuti in Bruzzone (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto antitrust. L'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, Bologna, 2008.

(78) Si veda da ultimo la monumentale decisione della Commissione nel caso MasterCard Internat., COMP/34.579, Europay (Eurocard-MasterCard), del 19 dicembre 2007, e i relativi commenti di M.J. KATZ, in *Global Competition Policy*, 1/2008, e L. CECCARELLI, *Commissione Europea vs MasterCard: l'analisi antitrust di un mercato bilaterale*, in corso di pubblicazione su *Mercato, concorrenza, regole*, 2008. Più in generale, sugli aspetti di concorrenza nel settore delle carte di credito, cfr. R. PARDOLESI, *La concorrenza nell'industria delle carte di credito. Riflessioni preliminari*, in *Dir. banc.*, 2006, I, 3, e lo studio di G. FONDERICO, *I sistemi di pagamento, le economie esterne e la commissione interbancaria multilaterale*, in *Concorrenza e mercato*, 2004, 309.

(79) Il rischio è richiamato anche da R.J. MANN, *Charging Ahead: The Growth and Regulation of Payment Card Markets*, Cambridge University Press, 2006, 141, sebbene i più convinti sostenitori della pericolosità dell'intervento regolatorio siano stati dall'inizio D.S. EVANS, R. SCHMALENSEE, *Paying with Plastic*, MIT Press, 2005, spec. 289.

modernizzazione dell'antitrust comunitario e, in primo luogo, del Regolamento 1/2003 (80). In linea di principio, gli accordi nel settore finanziario sono soggetti alle stesse regole comunitarie di concorrenza (cfr. par. 4.3 della comunicazione soprattutto per quanto riguarda la valutazione degli accordi alla luce della disciplina sugli accordi orizzontali tra concorrenti. La Commissione prende atto che la presenza di piattaforme attraverso le quali vengono prestati servizi di pagamento pone problemi di accesso alle infrastrutture – circostanza che potrebbe astrattamente ricondursi a ipotesi di abuso della posizione egemone collettiva –, mentre la necessità di autorizzazione all'esercizio dell'attività da parte di alcuni Stati membri determina una questione di accesso al mercato. A partire dal 2003, il principio ispiratore della disciplina, come verrà ribadito nella Direttiva, è quello dell'accesso ai mercati e della parità di condizioni.

2. Liberalizzazione e regolazione nel mercato dei servizi di pagamento.

Esiste un dibattito anche accademico su cosa debba intendersi esattamente per liberalizzazione e quanto estesa debba essere la nozione. Se si intende per liberalizzazione l'apertura a favore della concorrenza di mercati precedentemente riservati a monopolio pubblico (impresa pubblica o in proprietà pubblica), allora quello dei sistemi di pagamento non è un mercato oggetto di provvedimenti di liberalizzazione, in quanto non sussisteva, in precedenza, nessuna riserva legale di attività. Se, al contrario, si intende per liberalizzazione il ricorso ad una tecnica di conformazione del mercato o, meglio ancora, di perseguimento di risultati «*che il mercato, pur esistendo e funzionando, non riesce o non può assicurare, come taluni fini sociali*», allora può agevolmente concludersi che il mercato dei servizi di pagamento sta subendo progressivamente interventi di liberalizzazione rispetto a situazioni nazionali che la Commissione europea ha descritto come monopoli di fatto, prevalentemente di carattere bancario (81). In particolare, nell'Explanatory Memorandum che accompagnava la prima versione della proposta di Direttiva (nel 2005), la Commissione riscontrava che le situazioni di monopolio di fatto sui mercati nazionali comportavano oneri per gli esercenti convenzionati fino al 5% delle transazioni saldate con carta (già evidenziando alcuni sospetti sul corretto funzionamento del mercato delle carte di credito) (82).

Come avvenuto in altri settori, ancora una volta l'apertura del mercato deriva da un'iniziativa comunitaria, sebbene di recente anche il legislatore italiano, proprio nei sistemi di pagamento, si fosse posto il problema della sua modernizzazione (83).

Le finalità cui tendono gli interventi normativi adottati a livello comunitario sono quelle di creazione (o forse completamento) di un mercato interno dei servizi di paga-

(80) Cfr. comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo relativa a un nuovo quadro normativo per i pagamenti nel mercato interno, COM/2003/718.

(81) L'espressione tra virgolette nel testo è di S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, 14. Nel senso che l'offerta di servizi di pagamento al dettaglio ha rappresentato una sorta di monopolio naturale delle banche G. FORESTIERI, *Concorrenza e innovazione dei sistemi di pagamento Retail*, in *Banca impr. società*, 2002, 445.

(82) Cfr. pag. 4 del Memorandum.

(83) Si allude all'art. 33 del testo del disegno di legge n. 2272, Misure per il cittadino consumatore e per agevolare le attività produttive e commerciali, nonché interventi in settori di rilevanza nazionale (che sarebbe divenuto il provvedimento Bersani-ter se non vi fosse stata l'interruzione anticipata della legislatura), con il quale veniva conferita delega al Governo per la modernizzazione degli strumenti di pagamento.

mento; area ritenuta dalla Commissione ancora molto debole, con un limitato numero di operatori in grado di garantire servizi di pagamento economici, rapidi e affidabili nel traffico transfrontaliero (84).

L'apertura del mercato è, tuttavia, una finalità non immediata delle norme pensate dal legislatore comunitario, ponendosi piuttosto come uno strumento di politica economica funzionale alla piena attuazione della libertà di prestazione dei servizi all'interno dei confini comunitari. Come in altre occasioni è già accaduto, il perseguimento di condizioni di concorrenzialità del mercato non è obiettivo in sé, ma mezzo necessario alla politica comunitaria di integrazione del mercato.

La scelta di regolare presuppone che sia chiaramente individuata l'area soggetta a disciplina comunitaria e, prima ancora, che siano identificati i difetti (se esistenti) ai quali le norme dovrebbero porre rimedio. Su questo fronte si registra la maggiore difficoltà sistematica, per la scelta della Direttiva di trattare in via generale tutti i sistemi di pagamento, come se fossero irrilevanti le regole di funzionamento di ciascuno e come se questo approccio unitario possa avere la meglio dei molteplici fallimenti di mercato che giustificerebbero astrattamente un intervento regolatorio.

3. Gli antefatti e l'*acquis* comunitario.

Come si diceva nelle battute iniziali, la Direttiva rappresenta il primo tentativo di introdurre una disciplina di carattere generale, dopo iniziative sporadiche, settoriali e di diversa natura. Essa si inserisce nel quadro di un percorso – che taluno ha definito come vera e propria *escalation* (85) – iniziato con la moneta unica e che la Commissione ha cercato di portare avanti, in attuazione dei principi e delle libertà del Trattato.

Con la comunicazione del 2003 la Commissione aveva rotto gli indugi, constatando che non erano state ancora raggiunte le condizioni ottimali per lo sviluppo di un mercato interno dei pagamenti. In particolare, sussistevano ancora ostacoli alla diffusione di servizi di pagamento *non-cash* (moneta scritturale), che avrebbero dovuto progressivamente affiancare e poi rimpiazzare il pagamento per contante (moneta numeraria), soprattutto nell'ottica del commercio a distanza, ormai reso possibile della pervasività di internet.

La Direttiva si inserisce in un quadro nel quale si erano succedute nel tempo novità e misure, nell'ottica di creazione del mercato interno, sempre con riferimento al sistema dei pagamenti. In particolare:

- a) una moneta unica (euro), per quanto riguarda i pagamenti in contante, che in effetti ha prodotto, per le transazioni in euro, un'area piuttosto estesa all'interno della quale è possibile acquistare beni e servizi con un'unica unità di conto;
- b) il Regolamento sui pagamenti transfrontalieri in euro (2560/2001), di cui si dirà più avanti (86);

(84) Come nota S. MEZZACAPO, *Promozione e tutela della concorrenza bancaria dopo la «legge sul risparmio»* (n. 262 del 2005), in *Banca borsa*, 2007, I, 48, 51, «l'avanzamento del processo di integrazione comunitario è tra le principali cause dell'evoluzione della normativa bancaria verso una nuova *cultura del mercato*» (nota omessa, corsivo in originale).

(85) Così V. FALCE, *Il mercato integrato*, cit., 562.

(86) Regolamento (CE) n. 2560/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 dicembre 2001, relativo ai pagamenti transfrontalieri in euro, in *G.U.C.E.* L 344 del 28 dicembre 2001, 13.

- c) l'introduzione degli istituti di moneta elettronica attraverso due direttive (87);
- d) per quanto riguarda i servizi interbancari, già nel 1999, il circuito TARGET (*Trans-European Automated Real-Time Gross Settlement Express Transfer*) da parte del sistema delle banche centrali europee, per quanto riguarda le operazioni interbancarie e i pagamenti commerciali (B2B) transfrontalieri (88).

Nonostante le varie iniziative, fino alla fine del 2007, l'*acquis* comunitario sui sistemi di pagamento non poteva dirsi cospicuo, ma appariva certamente caotico e, in definitiva, privo di un disegno ispiratore di fondo, se si eccettua la generica affermazione della necessità di concorrere alla attuazione della libertà di prestazione di servizi e, quindi, porre prioritariamente rimedio alla descritta situazione di frammentazione del quadro economico comunitario. La stessa Commissione, nella comunicazione del 2003, riconosce che una delle ragioni di definizione di un nuovo quadro normativo è quella di mettere ordine tra le norme esistenti. Nel Libro bianco sulla politica dei servizi finanziari per il periodo 2005-2010 anche la direttiva sulla moneta elettronica viene posta sotto esame, per l'insufficienza nel fornire un quadro giuridico certo (89).

Alla descritta situazione si era giunti attraverso una progressione di interventi diversi per natura e portata; il loro rapido susseguirsi può dar ragione del difetto di organicità della regolamentazione.

A partire dal 1997, una convergenza normativa era stata ricercata dapprima con strumenti di natura non vincolante (90). In prima battuta, infatti, la Commissione europea è intervenuta attraverso la raccomandazione 97/489/CE relativa agli strumenti elettronici di pagamento e in particolare ai rapporti tra titolare della carta ed emittente (91). Nello stesso anno, veniva adottata la direttiva 97/5/CE sui trasferimenti transfrontalieri di crediti, contestualmente alla direttiva sul commercio elettronico (92).

Sul fronte dei pagamenti con contante, l'entrata in vigore del sistema dell'euro non ha prodotto nell'immediato i benefici sperati dalla Commissione in termini di riduzione dei costi dei pagamenti transfrontalieri. Per questa ragione si è poi reso necessario un

(87) Cfr. le direttive 2000/28/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 settembre 2000, che modifica la direttiva 2000/12/CE relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio, in *G.U.C.E.* n. L 275 del 27 ottobre 2000, 37, e 2000/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 settembre 2000, riguardante l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica, in *G.U.C.E.* n. L 275 del 27 ottobre 2000, 39.

(88) Sul punto cfr. O. TROIANO, *La nuova disciplina privatistica*, cit., § 1. Cfr. anche F. MOLITERNI, *I sistemi di pagamento dalla direttiva 98/26/Ce a Target (sistema trans-europeo automatizzato di trasferimento espresso con regolamento lordo in tempo reale)*, in *Dir. comm. internaz.*, 2000, 703.

(89) Punto 4.2.1.

(90) Ancorché la Commissione tenda a far risalire i primi interventi al 1997, si registrano almeno due raccomandazioni più risalenti in materia. La raccomandazione 87/598/CEE dell'8 dicembre 1987, relativa ad un codice di condotta in materia di pagamento elettronico (in *G.U.C.E.* 24 dicembre 1987 L365/72), e la 88/590/CE del 17 novembre 1988, concernente i sistemi di pagamento e, in particolare, i rapporti tra proprietari ed emittenti di carta (in *G.U.C.E.* 24 novembre 1988 L317/55).

(91) Raccomandazione 97/489/CE della Commissione del 30 luglio 1997 relativa alle operazioni mediante strumenti di pagamento elettronici, con particolare riferimento alle relazioni tra gli emittenti ed i titolari di tali strumenti, in *G.U.C.E.* n. L 208 del 2 agosto 1997, 52.

(92) Direttiva 97/5/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 gennaio 1997 sui bonifici transfrontalieri, in *G.U.C.E.* L 043 del 14 febbraio 1997, 25. Va osservato che la direttiva 2007/64 abroga, con effetto a decorrere dalla data ultima per il suo recepimento (1° novembre 2009), la direttiva 97/5 (cfr. art. 93).

intervento più incisivo attraverso il regolamento 2560/2001/CE sui pagamenti transfrontalieri in euro, con il quale è stato disposto il principio di parità del costo tra i pagamenti transfrontalieri e i pagamenti interni ad uno stesso Stato.

Il nuovo corso della Commissione, inaugurato con la già citata comunicazione del 2003, si fonda sulla constatazione dell'inefficacia di strumenti *soft* e di natura settoriale e sulla convinzione che un'opera di armonizzazione degli aspetti normativi relativi alla prestazione dei servizi di pagamento avrebbe consentito lo sviluppo delle reti ovvero la creazione di un'infrastruttura sopranazionale capace di funzionare come piattaforma per tutti gli operatori (93). Ne sarebbero conseguiti vantaggi per i consumatori in termini di (a) abbattimento dei costi di utilizzo dei sistemi di pagamento diversi dalla moneta tradizionale (tecnicamente un mezzo di pagamento è un costo transattivo, la cui entità incide sul *surplus* atteso dallo scambio; nel caso del contante, il costo è socializzato) (94); (b) maggiore efficienza, sia in termini di disponibilità dei vari mezzi (concorrenza inter-sistemica), sia in termini di velocità di esecuzione dei pagamenti (95); (c) maggiore sicurezza, in particolare contro le frodi e gli addebiti non autorizzati e maggiore certezza con riferimento alla definitività dei pagamenti.

Già sulla scorta di queste prime indicazioni, si capisce che il proposito della Commissione è quello non di un intervento settoriale (ancorché vincolante), riguardante uno o più sistemi di pagamento, bensì di carattere generale.

L'assenza di un'area unificata di pagamenti comportava di per sé – e ancora comporta, almeno fin quando non saranno raggiunti i propositi che hanno ispirato il legislatore comunitario – un pregiudizio ai mercati di destinazione finale dei beni e dei servizi e si poneva così in contrasto con la realizzazione delle libertà fondamentali del Trattato, in un duplice senso. In primo luogo, i servizi di pagamento in quanto tali rimanevano carenti, caratterizzati da nulla o ridotta concorrenza tra prestatori, affidati ad un numero ristretto di operatori (per lo più bancari), ancora costosi, poco sicuri, di non generale accessibilità da parte dei consumatori. In secondo luogo, essendo il pagamento l'atto esecutivo di un'obbligazione pecuniaria, come corrispettivo della cessione di un bene o di una prestazione di servizi, l'assenza di diversi sistemi di pagamento alternativi al contante pregiudicava lo sviluppo transfrontaliero del commercio e, in definitiva, del mercato interno. In altre parole, è di poca utilità il fatto che sia possibile comprare un bene o un servizio in qualsiasi paese del mercato interno se poi si incontrano difficoltà nel pagare. Con riferimento al commercio elettronico, concettualmente è anche ipotizzabile uno scambio saldato con contante, ma è facile rendersi conto di come l'intermediazione della moneta annulla tutti i vantaggi derivanti dall'aver una transazione a distanza quasi completamente disintermediata.

È opportuno soffermarsi sulle implicazioni del doppio significato riconnesso al servizio di pagamento, come oggetto di prestazione in regime di libertà garantita dal Trattato e come operazione strumentale connessa a un atto di consumo. Talora, i due aspetti

(93) Cfr. M. MANCINI, *Il sistema dei pagamenti e la Banca Centrale*, in Galanti (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova, 2008, 1160 ss.

(94) «*The second virtue that a payment instrument should possess is inexpensiveness, since the cost of making a payment is a burden upon the underlying transaction*», scrivevano E.L. RUBIN, R. COOTER, *The payment system: Cases, materials and issues*, 2nd ed., St. Paul, Minn., 1994, 2.

(95) Sulla definizione di efficienza nei sistemi di pagamento cfr. art. 1, lett. d) del Provvedimento Banca d'Italia 24 febbraio 2004, in *G.U.* 30 marzo 2004, n. 75.

sembrano ricomporsi in un'anfibologia; ma come risulterà evidente in prosieguo, la distinzione ha conseguenze dal punto di vista normativo.

La complementarità di un sistema di pagamento all'operazione di cessione di beni o prestazione di servizi è una chiave di lettura per comprendere i propositi della Commissione. Come era scritto nella comunicazione del 2003, «*[p]ayment systems and instruments constitute the invisible financial veil of the real economy. Payment transactions perfect the exchange of goods and services, of countless individual decisions on savings and investments or the simple service of sending money*» (96).

Maggiore il costo per l'accesso al servizio di pagamento, minore l'incentivo all'uso da parte del consumatore, il quale preferirà ricorrere ad altri sistemi di pagamento (altri *non-cash*, oppure direttamente la moneta tradizionale), oppure al limite rinvierà (o rinuncerà al-)la transazione. Essendo i pagamenti in contante per definizione disintermediati, il ricorso sistematico alla moneta per saldare la transazione determina minore appetibilità per il mercato dei servizi di pagamento.

Poiché da questo punto di vista un sistema di pagamento genera un costo che incide sul benessere finale del consumatore, la rilevanza del costo è inversamente proporzionale all'entità del pagamento. Dunque, il problema si pone più seriamente per i micropagamenti, in cui sono coinvolti i consumatori e che dovrebbero assumere importanza crescente nell'ottica della *cashless society*.

Va però osservato che, sebbene un servizio di pagamento sia un servizio nell'accezione comunitaria – cioè una prestazione non salariale remunerata, secondo la giurisprudenza comunitaria e, da ultimo, secondo la direttiva Bolkenstein (art. 4, n. 1) –, non è detto che il relativo costo sia (integralmente) sostenuto dal beneficiario del servizio. In effetti, in alcuni casi (quello delle carte di credito è il più vistoso), il costo connesso con l'uso del sistema di pagamento è sopportato dal fornitore del bene o del servizio (il commerciante convenzionato che accetta la carta in pagamento). Questa eventualità si traduce nell'esigenza di contenimento dei costi del sistema anche da parte di chi vende, oltre che di chi compra, e incide pesantemente sulla possibilità che prenda corpo una concorrenza di prezzo nei settori commerciali per i quali i consumatori ricorrono ai pagamenti con sistemi diversi dal contante. Dunque, il costo del servizio non incide soltanto sulla sostituibilità tra un metodo di pagamento e un altro, bensì anche sui consumi dei beni o dei servizi che si intende acquistare. Proprio in rapporto all'incidenza sui consumi finali che ha il servizio di pagamento, si spiega l'altra scelta della Commissione, vale a dire quella di disciplinare l'ultimo segmento del mercato (*retail*), relativo alla prestazione resa verso un consumatore.

Come si diceva poco sopra, il primo sostanziale intervento della Commissione – successivamente giudicato insoddisfacente – è stato quello del Regolamento 2560/2001, che adottava come strategia quella di creare imperativamente le condizioni perché il Mercato Interno divenisse a tutti gli effetti un mercato domestico, attraverso l'imposizione, per operazioni fino ad un certo ammontare, di un principio di uguaglianza di prezzo: le operazioni interne e quelle transfrontaliere debbono costare nello stesso modo e ciò dovrebbe porre il consumatore nella condizione di poter acquistare beni o servizi, ed effettuare pagamenti, anche al di fuori del territorio nazionale senza temere maggiori oneri non direttamente connessi con il prezzo dei beni o dei servizi stessi. Ovviamente, già in questa circostanza la scelta di limitare l'applicazione del principio alle operazioni

(96) Comunicazione del 2003, 5.

fino a un certo ammontare si spiegava con la volontà di circoscrivere l'applicazione del regolamento alle operazioni di importo minore, quelle cioè in cui verosimilmente è un consumatore finale che effettua la transazione finanziaria per un bene di consumo. Come si è già avuto modo di dire, la stessa logica ha ispirato la proposta della attuale Direttiva, ma il riferimento ad un valore soglia come discriminare per l'applicazione della normativa è venuto meno nel testo finale (97).

Diverse le ragioni indicate dalla Commissione a supporto di un intervento diretto all'introduzione di un nuovo quadro regolamentare per i sistemi di pagamento: persistente difficoltà di penetrazione di altri sistemi di pagamento, resistenza da parte di alcuni ordinamenti alla rimozione di barriere al commercio nel mercato interno, frammentazione del quadro normativo, allargamento dell'Unione ad altri Paesi, pressione dell'Agenda di Lisbona e, non ultima, l'imminenza dell'entrata in funzione della SEPA, alla quale non corrispondono ancora condizioni normative ottimali (98). La comunicazione del 2003 inaugura un ciclo di consultazioni all'esito delle quali la Commissione avanza la proposta di direttiva sui servizi di pagamento, divenuta direttiva alla fine del 2007.

La Direttiva si inquadra anche all'interno di un più ampio quadro di cooperazione tra la Commissione, la Banca Centrale Europea e lo *European Payment Council* (EPC) per la creazione della SEPA. In particolare, l'EPC, associazione non riconosciuta di diritto privato, in quanto rappresentativa del mondo bancario, si pone come regolatore, al fianco della Commissione, provvedendo alla adozione dei cd. *rulebooks*. Si assiste, così, a quella che si è definita come un'implicita divisione del lavoro, in base alla quale le norme dettate dalla Commissione nella Direttiva si pongono come cornice regolamentare di carattere orizzontale, mentre la normativa tecnica del *rulebook* introduce la regolamentazione specifica per tipologie di sistemi di pagamento. Insieme al quadro giuridico armonizzato, la condivisione di standard tecnici dovrebbe portare alla «*perfetta interoperabilità e compatibilità tra gli strumenti di pagamento*» (99).

È possibile scorgere alcuni pericoli per la concorrenza nel fatto che un'associazione privata, costituita dai principali operatori europei del mercato, assuma il ruolo di *gate-keeper*, dettando le specifiche per l'ammissione al sistema di pagamento. Il ruolo dell'EPC, non di meno, pare indispensabile per la individuazione di regole condivise necessarie alla adozione di prodotti conformi ad uno standard SEPA (100).

4. Strumenti di liberalizzazione dal punto di vista delle fonti.

Una volta chiarito che la soluzione di astensionismo normativo (quella che tra gli studiosi di regolazione viene identificata come *do-nothing option*) non era un'opzione funzionale agli interessi del mercato interno, occorre interrogarsi sugli strumenti normativi prescelti dal legislatore comunitario per realizzare il mercato interno dei pagamenti, rimuovendo i vari ostacoli e, tra questi, la presenza di monopoli di fatto (101).

(97) Cfr., *retro*, nota 5.

(98) Cfr. EUROSISTEMA, *SEPA: Dal progetto alla realtà*. V Rapporto, Frankfurt am Main, 2007.

(99) Cfr. V. FALCE, *Il mercato integrato*, cit., 567.

(100) Potrebbero prospettarsi questioni antitrust anche con riferimento al ruolo dell'EPC, vista la delicatezza della funzione svolta. Sebbene si tratti di tema interessante, non può essere affrontato in questa sede.

(101) Cfr. Comunicazione 2003, par. 4.7.

Alcuni tra i più importanti sistemi di pagamento sono tradizionalmente affidati alla autoregolazione di settore. Il sistema delle carte di credito è l'esempio probabilmente più cospicuo (102). Una delle strategie che la Commissione ha preso in considerazione nella comunicazione del 2003 era quella della continuità, cioè di adottare strumenti non vincolanti in grado di influenzare l'autoregolazione, cercando di condurre l'industria verso soluzioni maggiormente funzionali all'obiettivo predetto. Alternativamente, si sarebbe potuto tentare un percorso di co-regolazione, dove uno strumento normativo comunitario non più *soft* avrebbe dovuto individuare aree all'interno delle quali la fonte regolamentare sarebbe stata l'autonomia privata collettiva.

Queste soluzioni sono state scartate dalla Commissione per intuibili ragioni; il quadro normativo frammentario, la concorrenza di fonti, la resistenza degli Stati Membri e gli elevati standard di protezione dei consumatori imposti dal Trattato sconsigliavano la via degli strumenti soltanto persuasivi. D'altra parte, la raccomandazione del 1997 sui sistemi elettronici di pagamento non aveva dato i frutti sperati e l'imminenza dell'entrata in funzione della SEPA in qualche modo scoraggiava ulteriori sperimentazioni, per definizione rischiose, dal punto di vista degli strumenti normativi.

D'altro canto, le diversità ancora marcate, sussistenti tra le varie legislazioni nazionali, rendevano azzardato l'uso del regolamento comunitario (opzione per la quale, dai toni della comunicazione del 2003, la Commissione mostrava una certa preferenza), sicché la direttiva restava l'unica fonte possibile.

La Commissione ha ritenuto che la base giuridica per l'intervento fossero l'art. 47, comma 2, e l'art. 95, comma 1, TCE. I principi ispiratori della normativa sono la sussidiarietà e la proporzionalità (art. 5 TCE). In particolare, il ricorso alla sussidiarietà è giustificato a vario titolo sulla base del fatto che esiste una frammentazione normativa a livello nazionale, non sempre è possibile agire con procedure di infrazione nei confronti degli Stati e vi è una persistente ritrosia dei medesimi all'abbattimento delle barriere. Per gli stessi motivi, viste l'incidenza su normative nazionali estremamente diversificate e la presenza di un certo grado di autonomia nel settore, è vincolante il rispetto della proporzionalità.

Il concorrere di questi due limiti dell'intervento impone il ricorso alla direttiva e, almeno nei propositi del primo momento, un qualche grado di rispetto della pregressa autoregolamentazione di settore (103). Tuttavia, i propositi iniziali sembrano smentiti dal contenuto della Direttiva, per almeno due ragioni. In primo luogo, per il fatto che essa appare di per sé molto dettagliata, soprattutto per quanto riguarda le norme sui prestatori di servizi di pagamento. In secondo luogo, perché l'art. 86, comma 1, con tecnica già nota, dichiara che, ad eccezione di alcune disposizioni, la Direttiva contiene norme

(102) Cfr. ancora V. FALCE, *Il mercato integrato*, cit., 560. R.D. COOTER, *Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant*, 144 U. PA. L. REV. 1643, 1647 (1996), considera VISA un esempio di "new law merchant". Considerazioni analoghe già in W.F. BAXTER, *Bank Interchange of Transactional Paper: Legal Perspectives*, 26 JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS 541, 577 (1983) ("Compared to the checking system, the bank credit card system has evolved so far under less government intervention with respect to the transfer fee").

(103) Secondo G. MINERVINI, M. ONADO, *Efficienza dei sistemi finanziari e tutela del risparmio: disciplina o deregolamentazione?* in G. TESAURO, M. D'ALBERTI, *Regolazione*, cit., 112, il termine autoregolamentazione riferito al settore bancario è utilizzato in molti casi in modo sbagliato, se non fuorviante, perché si tratta per lo più di un potere di semplice fornitura di contenuto operativo e pratico alle indicazioni programmatiche fornite dalla normativa primaria e soprattutto secondaria.

pienamente armonizzate e, dunque, gli Stati Membri non possono mantenere o introdurre disposizioni diverse da quelle contenute nel suo testo. Non si è in presenza di una direttiva quadro, bensì di una direttiva di piena armonizzazione, che realizza, a livello di tecnica regolatoria, un obiettivo intermedio tra quello della uniformazione mediante regolamento e quello della armonizzazione indotta da strumenti non vincolanti, come le raccomandazioni (104). In realtà, nel proseguire la lettura dell'art. 86, ci si rende conto che il concetto di piena armonizzazione va inteso nel senso della inderogabilità soltanto *in pejus* delle condizioni dettate dalla Direttiva (art. 86, comma 3) (105).

La scelta della piena armonizzazione segna, peraltro, una tendenza opposta a quella della direttiva Bolkenstein (direttiva 2006/123/CE), rispetto alla quale sono necessarie alcune considerazioni (106).

Il proposito comune che anima la direttiva 2006/123 e la direttiva 2007/64 è quello della creazione di un mercato interno dei beni e dei servizi. Il fondamento comune delle due fonti risiede nell'Agenda di Lisbona, che muoveva dalla constatazione di un livello di sviluppo insufficiente per il settore dei servizi in Europa (107). In quella stessa occasione si auspicava l'adozione di un quadro giuridico per il commercio elettronico e si menzionava apertamente la moneta elettronica, per la quale sarebbe stata adottata una direttiva apposita di lì a poco (108). Contestualmente, il Consiglio invitava la Commissione ad elaborare, entro la fine del 2000, una strategia per la soppressione degli ostacoli ai servizi (109). In attuazione di quello specifico punto, la Commissione ha dato vita ad una serie di iniziative, la più ampia (e forse più discussa) delle quali è quella che ha poi condotto alla direttiva 2006/123 (110).

Quest'ultima, tuttavia, si pone come direttiva-quadro e assume una dimensione orizzontale o, se si preferisce, trasversale a una serie di settori (art. 1) (111). In ragione di ciò, non solo le sue norme hanno carattere generale, ma essa lascia dichiaratamente spazio all'autodisciplina e, in particolare, ai codici di condotta a livello comunitario (art. 37). Soprattutto – e forse in maniera apparentemente sorprendente per quanto riguarda la materia che qui interessa –, la direttiva 2006/123 dichiara di non applicarsi ai servizi finanziari, tra i quali i servizi di pagamento (art. 2, comma 2, lett. b).

(104) Esempio rimarchevole di scelta della piena armonizzazione perseguita mediante direttiva è quella che si è avuta in materia di tutela dei dati personali con la direttiva 95/46/CE, secondo l'interpretazione data dalla Corte di giustizia. Si allude a Corte giustizia Comunità europee 6 novembre 2003, n. 101/01, *Lindqvist*, in *Foro it.*, 2004, IV, 57, con nota di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Il codice in materia di protezione dei dati personali e l'intangibilità della privacy comunitaria*.

(105) Sul punto, cfr. ancora, in questo stesso Quaderno, O. TROIANO, *La nuova disciplina privatistica*, cit., § 1.

(106) In generale sulla direttiva 2006/123/CE cfr. B. NASCIMBENE, *Il mercato unico dei servizi. Le eccezioni ai principi: interessi generali e ordine pubblico*, A. PRETO, *La direttiva 2006/123/CE: dal principio del Paese d'origine alla libera prestazione di servizi*, in *Contratto e impr. – Europa*, 2007, rispettivamente 861 e 886.

(107) Conclusioni della Presidenza, Consiglio europeo di Lisbona, 23 e 24 marzo 2000, punto 4.

(108) Punto 11.

(109) Punto 17.

(110) Si veda anche la Comunicazione del 2003, par. 3.2.

(111) Cfr. anche punto 3, a), della Relazione introduttiva alla proposta di direttiva sui servizi del mercato interno, COM (2004) 2 def., del 25 febbraio 2004. Sul punto cfr. A. HEIMLER, *La Direttiva Bolkenstein*, in *Mercato, concorrenza, regole* 2006, 103.

L'esclusione dei servizi di pagamento appare singolare, se si guarda agli antefatti della direttiva Bolkenstein. Nel Rapporto della Commissione sullo Stato del mercato interno dei servizi, venivano identificate una serie di barriere giuridiche e non giuridiche, di ostacolo allo sviluppo del mercato interno; tra queste si parlava espressamente di differenze di norme e di prassi anche nei pagamenti, di ostacoli dovuti al diverso valore giuridico dei mezzi di pagamento negli Stati Membri, di necessità di accordi interbancari e di costi dei bonifici (112). Tutto lasciava pensare che, sia pure parzialmente, la direttiva Bolkenstein, che da quel Rapporto prendeva le mosse, avrebbe inciso anche sui servizi di pagamento. E, in effetti, la logica avrebbe imposto siffatta conclusione. Almeno due concorrenti ragioni hanno, invece, concorso all'esclusione dei servizi di pagamento dall'ambito regolamentare della direttiva 2006/123. In primo luogo, l'insistenza – sia pure soltanto iniziale – per il principio del riconoscimento del paese di origine; soluzione così radicale, da imporre un numero consistente di esclusioni che non sarebbero state necessarie se l'arma per favorire la concorrenza fosse stata il principio del mutuo riconoscimento (113). In secondo luogo, l'inserimento della direttiva 2007/64 in un quadro complesso, nel quale concorrono altri elementi diretti alla creazione della SEPA e giustificativi di un trattamento differenziato. Accettando l'applicabilità di una direttiva quadro sulla prestazione dei servizi ai sistemi di pagamento si sarebbe creato un ulteriore livello regolatorio con conseguenti problemi di coordinamento tra la direttiva generale e quella speciale alle quali si sarebbero dovute aggiungere le disposizioni dei *rulebooks*.

Quali che siano le ragioni della scelta finale, il quadro che ne risulta è però piuttosto controintuitivo; la direttiva generale, che dovrebbe favorire la liberalizzazione dei servizi nel mercato interno, rimane una direttiva di armonizzazione in senso tecnico (introduce cioè obiettivi che gli Stati Membri possono attuare secondo discrezionalità), ma esclude dal proprio ombrello precettivo, tra l'altro, i servizi di pagamento. La direttiva 2007/64, al contrario, è di applicazione specifica (verticale) e, pur muovendo dalla constatazione di un'eccessiva frammentazione normativa (tale da sconsigliare il regolamento, a livello di selezione delle fonti), è di piena armonizzazione. Dal punto di vista dei contenuti, inoltre, la direttiva 2007/64 adotta lo strumento dell'autorizzazione del paese di origine (art. 5), cioè del passaporto europeo, che compariva inizialmente nella proposta della direttiva Bolkenstein e che è poi scomparso nella versione definitiva (114).

5. Strumenti di liberalizzazione dal punto di vista dei contenuti. La concorrenza come principio guida della direttiva 2007/64.

Tra i principi guida che ispirano la Commissione all'interno della DSP vi sono alcuni profili che potrebbero genericamente ricondursi al tema della concorrenza o, più tecnicamente, della concorrenzialità del mercato. Gli aspetti presi in considerazione possono essere distinti come relativi a (1) lato dell'offerta e (2) lato della domanda. All'interno dei primi vanno considerati (1.1) quelli riguardanti il coordinamento orizzontale tra i fornitori di servizi e (1.2) quelli riguardanti le condizioni di accesso all'attività di prestazione di servizi di pagamento. Sul lato della domanda, invece, devono essere presi in

(112) COM (2002) 441 def., del 30 luglio 2002, pp. 35 e 36.

(113) Soluzione estrema, tra quelle possibili, è ritenuta da A. HEIMLER, *La Direttiva Bolkenstein*, cit., 96.

(114) Constatazione che risale, tra gli altri, a M. RICOLFI, *Attività assicurativa e competizione regolatoria*, in *Assicurazioni*, 2006, 409.

considerazione (2.1) gli ostacoli amministrativi alla mobilità degli utenti di un servizio di pagamento e (2.2) gli oneri economici connessi con la mobilità degli utenti, dal punto di vista della interruzione di un rapporto in essere o del trasferimento da un operatore ad un altro.

Nella comunicazione del 2003, la Commissione aveva mostrato consapevolezza della inevitabilità di un coordinamento tra gli operatori del mercato per dar vita a un sistema di pagamento, necessità dettata dalle economie ad esso sottese – in ragione delle quali il costo dell'operazione di pagamento diminuisce all'ammontare dei volumi – e, dunque, dalla convenienza nella creazione di infrastrutture comuni. Ciò evidentemente non può tradursi in un regime di esenzione da valutazioni alla luce delle norme in materia di concorrenza per il sistema di cooperazione orizzontale funzionale alla concorrenza (115).

Dal punto di vista economico, la compenetrazione dei due aspetti (necessità di coordinamento e rilievo antitrust) è di immediata evidenza. Il servizio di pagamento è una transazione economica suscettibile di economie di scala, ma l'infrastruttura che supporta la massa delle transazioni richiede la cooperazione dei concorrenti, sia per gli aspetti tecnici (standard), sia per quelli economici (116). Mentre un quadro normativo affidabile è il necessario presupposto *ex ante* perché le imprese si facciano carico dei costi di investimento per la realizzazione dell'infrastruttura – assumendo decisioni gestionali strategiche di rilevante impatto –, la vigilanza antitrust è l'inevitabile strumento (correttivo e quindi, per definizione, successivo al fatto) per far sì che il momento di coordinamento non trascolori in collusione ai danni dei consumatori (117). Sul primo fronte la risposta è rappresentata dalla stessa Direttiva, mentre sul secondo (identificato come 1.1 poco sopra) non può che esservi una soluzione *ex post facto*, attraverso il rinvio agli art. 81 e 82 e all'attività che la Commissione ha già intrapreso, soprattutto in alcuni settori come quello delle carte di pagamento (118).

6. Concorrenzialità del mercato sul lato dell'offerta.

Quanto al miglioramento delle condizioni d'accesso al mercato (1.2), la Commissione aveva riscontrato la presenza di un elevato numero di prestatori di servizi e di utenti, il che potrebbe sembrare in contraddizione con l'enunciato iniziale secondo cui occorre incrementare l'offerta per rendere il mercato maggiormente concorrenziale. In realtà, alla pluralità di soggetti (bancari) sul mercato corrispondeva una disomogeneità all'interno delle legislazioni nazionali in materia di discipline sull'accesso, tale da compromettere i propositi imprenditoriali di prestare servizi di pagamento in regime di libera prestazione all'interno del territorio comunitario. Al tempo stesso, le normative degli Stati Membri erano tutte arroccate su requisiti ispirati a ragioni prudenziali, che si traducevano di fatto

(115) Cfr. V. FALCE, *Il mercato integrato*, cit. per gli opportuni richiami al concetto di *co-opetition*.

(116) Sull'aspetto tecnologico dei sistemi di pagamento cfr. I. LIAKOPOULOU, *Il ruolo della tecnologia informatica nei pagamenti transfrontalieri dell'eurosystema*, in *Nuovo dir.*, 2007, 23.

(117) V. FALCE, *Il mercato integrato*, cit., 580 ss., ritiene che, però, il ruolo antitrust non sia sufficiente a far aprire i mercati, sopperendo al deficit di concorrenzialità.

(118) Cfr. M. GRANIERI, *Two-sided markets and the credit card industry: are antitrust authorities missing the big picture?*, in corso di pubblicazione. La soggezione del settore bancario alla disciplina antitrust è derivata, come noto, da Corte giustizia Comunità europee 14 luglio 1981, n. 172/80, *Zuchner c. Bayerische Vereinsbank A G*, in *Foro it.*, 1982, IV, 473.

nell'ostacolo all'accesso per gli operatori non bancari, come, per esempio, gli operatori di telefonia radiomobile. Ottenere una licenza o un'autorizzazione allo svolgimento dell'attività bancaria al dichiarato e limitato fine di svolgere prestazione di servizi di pagamento sembrava una soluzione abnorme; d'altra parte, favorire l'accesso senza tener conto di requisiti minimi avrebbe potuto comportare rischi per il mercato, se non gravi come il rischio sistemico che fronteggia la banca, certamente evitabili, soprattutto nella concorrente ottica di tutela degli interessi sostanziali dei consumatori.

Nell'Explanatory Memorandum della proposta di Direttiva, la Commissione riteneva di aver valutato attentamente i rischi connessi con la prestazione di servizi di pagamento da parte di *non-credit institutions* e concludeva nel senso che non sussistono quei pericoli tipicamente riferibili all'attività dell'operatore bancario come quelli relativi alla tutela del depositante o alla stabilità dei sistemi finanziari. Nell'ottica della Direttiva, ne discende che un insieme bilanciato di requisiti prudenziali qualitativi dovrebbe essere sufficiente come risposta al rischio operativo dei prestatori di servizi di pagamento diversi da quelli bancari; al contrario, quelli quantitativi sembrano eccessivi per gli stessi soggetti e rappresentano – almeno nella convinzione della Commissione – un onere sproporzionato per i nuovi entranti nel mercato.

Prima di procedere oltre nella verifica delle misure adottate per promuovere la concorrenza sul fronte dell'offerta, occorre chiarire che la nozione di servizio di pagamento accolta dalla Direttiva è lievemente più ampia di quanto l'uso colloquiale del termine lascerebbe intendere. La definizione è contenuta in un allegato alla Direttiva stessa; vi rientrano (119):

1. i servizi che permettono di depositare il contante su un conto di pagamento, acceso presso un soggetto autorizzato e, quindi, anche un istituto di pagamento non bancario;
2. i servizi che permettono il prelievo in contante da un conto di pagamento;
3. l'esecuzione di ordini di pagamento, incluso il trasferimento di fondi, su un conto di pagamento tenuto dal prestatore di servizi di pagamento dell'utente o presso un altro prestatore di servizi di pagamento; vi si ricomprendono gli ordini di addebito diretto, le operazioni di pagamento mediante carte di pagamento, i bonifici anche periodici,
4. l'esecuzione di operazioni di pagamento quando i fondi rientrano in una linea di credito accordata ad un utente;
5. l'emissione o l'acquisizione di strumenti di pagamento;
6. le rimesse di denaro;
7. le operazioni di pagamento quando il consenso del pagatore all'operazione viene trasmesso mediante un dispositivo di telecomunicazione e il pagamento sia effettuato all'operatore del sistema di telecomunicazione che agisce solamente come intermediario per conto dell'utente del servizio.

(119) Alle attività di seguito elencate vanno aggiunte quelle accessorie ad esse e quelle di gestione dei conti di pagamento (art. 16, comma 1).

Il principio ispiratore della Direttiva per il raggiungimento di un mercato armonizzato di servizi di pagamento è quello del *level playing field*, vale a dire omogenee condizioni di esercizio dell'attività ("*same activity, same risk, same requirements*") (120). Un principio di matrice evidentemente liberale: (ri-)create le condizioni perché la concorrenza non sia falsata, la soluzione che emergerà sarà invariabilmente la più efficiente (121). Vi è in tutto ciò la convinzione che principio di concorrenza e regolazione non siano incompatibili e che, anzi, «*la regolamentazione comunitaria, sostituendo la molteplicità delle normative nazionali, in realtà è semplificazione e apertura di mercati*» (122). D'altra parte, nel settore bancario i fallimenti del mercato hanno sempre giustificato l'intervento pubblico e ciò continua ad essere parzialmente vero per alcune attività (123).

L'ingresso sul mercato di ulteriori soggetti abilitati a svolgere servizi di pagamento rappresenta un momento di ampliamento dell'offerta e, quindi, di aumentata competizione orizzontale. Come effetto dell'autorizzazione a svolgere attività in qualità di istituto di pagamento (art. 5), il mercato dei servizi di pagamento dovrebbe essere composto da sei soggetti, vale a dire:

1. enti creditizi, ai sensi della direttiva 2006/48/CE;
2. istituti di moneta elettronica, ai sensi della direttiva 2000/46/CE;
3. uffici correnti postali, disciplinati dalle norme nazionali;
4. la BCE e le banche centrali nazionali, quando non agiscano come autorità monetarie o con capacità di diritto pubblico;
5. gli Stati Membri e gli enti regionali e locali quando non agiscano con capacità di diritto pubblico; infine,
6. gli istituti di pagamento, previsti dalla PSD.

Per la verità, sembrerebbe sussistere un'ulteriore categoria di soggetti abilitati. Infatti, per lo svolgimento dell'attività di istituto di pagamento, la Direttiva prescrive una autorizzazione da parte dello stato di origine in favore di persone giuridiche che presentino talune caratteristiche e che svolgano l'attività in materia professionale (art. 1, comma 2) (124). Inoltre, la DSP ammette – ed è qui un elemento di assoluta novità ed interesse, soprattutto per l'ordinamento italiano – che persone giuridiche e *persone fisiche*, diverse da quelle autorizzate *ex art. 5*, possano ottenere una autorizzazione in

(120) Cfr. punto 4.3. della Comunicazione del 2003. Sui valori che hanno ispirato la politica comunitaria della concorrenza nel settore – oltre al *level playing field* e *fair access* vanno considerati la standardizzazione e la trasparenza – cfr. anche G. GIMIGLIANO, *Sistemi di pagamento e diritto della concorrenza. Il diritto europeo della concorrenza e gli ordinamenti comunitari*, in Carriero, Santoro (a cura di), *Il diritto del sistema dei pagamenti*, Milano, 2005. Sul punto anche EUROSISTEMA, *SEPA*, cit., 14.

(121) Questa naturale sequenza non è un dogma né può essere semplicemente postulata, ma richiede una valutazione prognostica relativamente agli effetti prodotti dalla regolazione. Si tratta di un altro campo nel quale dovrebbero trovare applicazione i principi della analisi di impatto della regolazione e sui quali lo stato dell'arte in Europa appare problematico. Sul punto, cfr. le considerazioni di A. RENDA, *Impact Assessment in the EU. The State of the Art and the Art of the State*, Brussels, 2006, 134 ss.

(122) Così M. MONTI, *Concorrenza e regolazione nell'Unione Europea*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI, *Regolazione*, cit., 82.

(123) Cfr. G. MINERVINI, M. ONADO, *op. cit.*, 116.

(124) Il passaggio dalla concessione all'autorizzazione ha rappresentato, anche per il settore bancario, una fattore di modernizzazione; cfr. S. MEZZACAPO, *Promozione e tutela della concorrenza bancaria*, cit., 52.

deroga (art. 26) e svolgere, sia pure con talune limitazioni, l'attività di “*prestatore di servizi di pagamento*”, come definita dall'art. 4, n. 9, della Direttiva. In realtà, come è reso chiaro dal considerando 15, la previsione delle persone fisiche tra i fornitori di servizi di pagamento non è collegata direttamente all'esigenza di incrementare il numero dei soggetti che compongono l'offerta, ma a disincentivare fenomeni di economia sommersa e mercati paralleli illegali.

Per tutti i soggetti, persone fisiche o giuridiche, che non siano fornitori di servizi di pagamento autorizzati ai sensi della normativa, sussiste un divieto di fornire i servizi sopra descritti (art. 29); si dovrebbe parlare qui di attività riservata.

Un ampliamento dell'offerta di questo tipo rappresenta un cambiamento estremamente significativo; non si tratta, infatti, della creazione di un settore para-bancario per i servizi di pagamento, quanto della possibilità di ingresso di operatori commerciali non bancari che per ragioni strategiche (disponibilità di contante, oppure intenso contatto con clienti, oppure possesso di infrastrutture di telecomunicazione) possano trovare conveniente fornire un servizio di questo tipo alla clientela.

L'autorizzazione deve essere richiesta dalla persona giuridica o dalla persona fisica (in deroga) prima dell'inizio di attività alle autorità competenti (art. 5) – individuate dagli Stati Membri – e, una volta rilasciata, abilita all'iscrizione in un registro pubblico (art. 13) di soggetti autorizzati. I prestatori di servizi autorizzati sono poi sottoposti al regime di vigilanza ad opera delle autorità individuate dagli Stati Membri (art. 20).

Compaiono nel testo della DSP, soprattutto dopo la lettura che ne aveva fatto il Parlamento europeo (125), una serie di accorgimenti per circoscrivere i rischi, ridotti ma non trascurabili, derivanti dalla fornitura di servizi di pagamento ad opera di soggetti che svolgano contemporaneamente attività commerciali. È il caso, per esempio, degli operatori di telefonia, che per primi (e comprensibilmente) hanno mostrato interesse ad entrare nel settore dei micro-pagamenti, oppure delle catene di distribuzione. Per questi, il testo della DSP prevede ora che le autorità competenti al rilascio dell'autorizzazione possano esigere la creazione di un'entità separata per l'attività di servizi di pagamento, se le attività diverse dalla prestazione di servizi di pagamento rischiano di danneggiare la solidità finanziaria dell'istituto oppure la possibilità di vigilanza da parte delle autorità stesse (per esempio, per ragioni di confusione contabile).

7. Neutralità tecnica e accesso ai servizi di pagamento.

Incide sulla concorrenzialità del mercato anche il principio della neutralità tecnica delle norme giuridiche. In questa formula poco perspicua si riassume un obiettivo di politica del diritto di favorire l'innovazione tecnologica (e, dunque, l'aumento dell'offerta) come scelta endogena – cioè di vantaggio competitivo dell'impresa e, quindi, di mercato – piuttosto che come risposta adattativa delle imprese a un mutato quadro di riferimento normativo (126).

(125) Sulla proposta di direttiva, il Parlamento europeo aveva adottato una risoluzione con emendamenti il 24 aprile 2007.

(126) La comunicazione del 2003, così si esprime sul punto: «*Competitive advantages based on investments in new technology should be a result of market choice – not a result of legal provisions*» (cfr. par. 4.5.).

La neutralità tecnologica delle disposizioni normative appare questione delicata, soprattutto in presenza di mercati caratterizzati da esternalità di rete, come in alcuni servizi di pagamento, e deve essere più attentamente valutata quando si affronta la tematica degli standard adottati dalle associazioni bancarie per dar vita alle piattaforme domestiche e sopranazionali. D'altra parte, allo stato attuale, la pervasività delle tecnologie dell'informazione e delle telecomunicazioni lascia intravedere cospicue possibilità che i mercati si aprano non soltanto dal punto di vista dei soggetti che offrono un medesimo servizio, ma anche dal punto di vista delle modalità mediante le quali il servizio è reso. Sicché, ci si deve attendere che sempre di più in futuro il servizio di pagamento proceda di pari passo con l'evoluzione tecnologica e finisca – in ragione della dematerializzazione – per acquisire un'identità unitaria di «*servizio elettronico*» (127).

Naturalmente, la moltiplicazione delle tecnologie implica l'adozione di standard condivisi, per assicurare l'interconnessione dei sistemi e, come sempre accade nei settori soggetti a standardizzazione, la corsa allo standard è accompagnata da effetti benefici (come lo spostamento della concorrenza sul piano del prezzo) e negativi (come il rischio di posizioni dominanti o di condotte escludenti) (128).

Connesso con il tema degli standard tecnologici vi è quello dell'accesso ai sistemi di pagamento. Come si è avuto modo di dire, il funzionamento di un sistema di pagamento presuppone un livello di cooperazione tra i concorrenti per la creazione di un'infrastruttura congiunta di utilizzo comune. Quando i concorrenti concorrono alla creazione di essa sotto forma consortile o associativa, si dice che il sistema è aperto o non proprietario. Quando, invece, la rete è posseduta e gestita da un unico soggetto, si dice che il sistema è chiuso o proprietario (129).

La necessaria cooperazione tra concorrenti evidenzia un secondo mercato rilevante ai fini del funzionamento dei sistemi di pagamento, vale a dire quello degli accordi interbancari (forse sarebbe più corretto dire interprofessionali) tra operatori, descritto come mercato a monte, rispetto al mercato a valle dell'erogazione del servizio agli utenti finali (130).

(127) Costatazione che risale a O. TROIANO, *La nuova disciplina privatistica*, cit., § 2, e che secondo l'A. dà ragione della scelta di una disciplina unica dei servizi di pagamento all'interno della direttiva. Si tratta di un aspetto di estrema importanza almeno per un altro punto di vista, vale a dire quello della definizione (soggetti e modalità) degli standard del servizio, inteso in senso merceologico e tecnologico. Cfr., *infra*, nel testo e nota successiva.

(128) Per queste considerazioni cfr. anche V. FALCE, *Il mercato integrato*, cit., 572 ss. Sul ruolo degli standard nella definizione del mercato, cfr. A. GIANNACCARI, *Standard e protocolli: al crocevia tra definizione e monopolizzazione del mercato*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2004, 21.

(129) La distinzione è per lo più riferita ai sistemi di pagamento mediante carte di credito. Cfr. H.H. CHANG, D.S. EVANS, *The Competitive Effects of the Collective Setting of Interchange Fees by Payment Card Systems*, 45 ANTITRUST BULLETIN 641, 644 (2000). Si veda anche D. CRUICKSHANK, *Competition in UK Banking. A Report to the Chancellor of the Exchequer*, London, *Banking Review*, March, 2000, 253 (è il cd. *Cruikshank Report*). D.S. EVANS, R. SCHMALENSEE, *Paying with Plastic*, cit., 65, descrivono tre modelli di organizzazione: *go-it-alone* (Amex), *franchise model* (che non esiste più e che rappresenta l'antenato del modello cooperativa, anche se esso è alla base delle carte ad uso specifico delle quali fanno uso al giorno d'oggi le grandi catene di consumo) e il *co-opetitive model*, che nacque dall'esigenza di maggiore concorrenza anche in senso geografico (che significa esigenza di maggiore accettabilità delle carte) e faceva leva sull'interoperabilità.

(130) L'esistenza di due tipologie di mercato – rilevante soprattutto ai fini dell'analisi antitrust – è messa in evidenza da G. OLIVIERI, *Concorrenza e contratto nei servizi di pagamento*, in Santoro (a cura di), *Il diritto dei sistemi di pagamento*, Milano, 2007, 178 ss.

La prestazione di servizi da parte di nuovi entranti presuppone l'accesso ad una piattaforma. L'avvento di prestatori di servizi di pagamento non appartenenti al comparto bancario pone, da questo punto di vista, un serio problema per il fatto che le reti già esistenti sono per lo più reti bancarie e l'ingresso di soggetti di diversa natura può rappresentare un fattore di rischio non trascurabile. D'altra parte, data la natura essenziale dell'infrastruttura, il rifiuto d'accesso non deve avere carattere discriminatorio (131).

Soccorre in proposito l'art. 28 della DSP, che impone agli Stati Membri di disciplinare l'accesso dei prestatori di servizi (limitatamente alle persone giuridiche) assicurando norme obiettive, non discriminatorie e restrittive soltanto in funzione dell'obiettivo di preservare la stabilità dei sistemi di pagamento dai rischi specifici, come quello di regolamento, quello operativo o di impresa (132). Sulla base delle dichiarate finalità, sembrerebbe potersi dire che la disposizione è pensata soltanto per assicurare alle autorità di vigilanza criteri per controllare il lato dell'offerta in considerazione delle responsabilità che discendono dalla vigilanza. Invece, come risulta chiaro da una più approfondita lettura della norma, è evidente che essa riveste importanza anche dal punto di vista della concorrenza.

L'art. 28 è destinato ad esercitare un'influenza notevole sull'organizzazione delle reti interbancarie di pagamento, nel senso della loro apertura; vi sono, infatti, una serie di restrizioni che gli operatori non potranno utilizzare (e a questo fine gli Stati destinatari della Direttiva dovranno vietarle) nel disciplinare il sistema, come quelle basate sullo status istituzionale oppure sulla natura di intermediario registrato o autorizzato (il che significa, essenzialmente, tra operatore non bancario e operatore bancario) (133), oppure che vietino la partecipazione effettiva ad altri sistemi di pagamento. In questo senso, non pare confermato quel proposito, accennato nei lavori preparatori della Direttiva, di favorire l'autoregolamentazione del settore, se per tale si intende la possibilità per gli operatori non solo di dare regole all'attività, ma anche di deciderne autonomamente il contenuto (134).

L'art. 28 è di particolare importanza per le associazioni di gestione delle carte di credito, nei cui statuti sono talvolta previste clausole (di esclusiva) che vietano il cd. dualismo, cioè la circostanza che una medesima istituzione emittente partecipi a più sistemi. Si tratta di una restrizione che impedisce la concorrenza intersistemica, tanto più pericolosa quanto più diretta a pregiudicare i prestatori di servizi non bancari, e per questo oggetto di specifica regolamentazione anche all'interno della Direttiva. Coloro che giustificano l'im-

(131) Cfr. sul punto, in questo stesso Quaderno, M. MANCINI, *I sistemi di pagamento*, cit., § 4.

(132) Secondo M. MANCINI, *Il sistema dei pagamenti*, cit. 1167, «[I]a norma, che costituisce forse uno dei primi casi in cui le indicazioni in materia di accesso ai sistemi emerse nelle sedi internazionali di cooperazione sono state tradotte in disposizioni giuridiche, introducendo, in una logica di tutela della concorrenza, una limitazione al potere del gestore e dei partecipanti di autodisciplinare i sistemi di pagamento, ha valenza innovativa solo nei confronti dei sistemi gestiti dai privati, giacché l'esistenza di un obbligo siffatto poteva già desumersi, per i sistemi assunti in gestione diretta dalle banche centrali, dai principi generali organizzativi applicabili ad ogni servizio pubblico e, più in generale, dai canoni di comportamento cui deve sempre ispirarsi l'azione delle pubbliche amministrazioni» (note omesse).

(133) Da questa previsione risulta evidente l'intenzione della Commissione di aprire il comparto anche agli operatori non bancari, facendo in modo che la loro ammissione alle reti di pagamento non sia soltanto formale; ciò spiega il divieto di restrizioni sulla base dello status.

(134) Sulla progressiva erosione dell'autonomia privata e dall'autodisciplina da parte delle norme di diritto pubblico ad opera delle normative sui sistemi di pagamento cfr. R. COSTI, *Conclusioni*, in Santoro (a cura di), *Il diritto dei sistemi di pagamento*, Milano, 2007, 192.

piano degli schemi aperti di carte di credito alla luce della teoria del mercato a due fronti (*two-sided market*) tendono a spiegare il divieto di dualismo come essenzialmente diretto ad impedire che l'aderente già titolare di un circuito proprietario sfrutti la notorietà e la diffusione della carta emessa dal circuito aperto per invogliare la clientela all'utilizzo della carta concorrente, con l'effetto di produrre un progressivo allontanamento degli utenti (sia portatori di carte che esercenti convenzionati) dal circuito aperto (135).

Dalla lettura della disposizione in esame sembrerebbe desumersi che il divieto di esclusiva tra circuiti riguardi la partecipazione al governo della associazione; si parla, infatti, di "*partecipazione effettiva ad altri sistemi di pagamento*" (136). Non è chiaro, invece, se è consentita una restrizione relativa ad altre forme di partecipazione, per esempio per quanto riguarda il processo di emissione di nuove carte (137). Ancora più oscuro il senso dell'inclusione, nella medesima disposizione, degli "*utenti dei servizi di pagamento*", poiché, ai sensi dell'art. 4, n. 10, l'utente è definito come "*una persona fisica o giuridica che si avvale di un servizio di pagamento in qualità di pagatore o di beneficiario o di entrambi*". Il senso dell'art. 28 sarebbe allora che restrizioni alla partecipazione in sistemi di pagamento non sarebbero ammesse con riguardo a coloro che normalmente non ne sono parte, cioè gli utenti. Il difetto di chiarezza permane anche alla luce del relativo considerando 17, che spiega la ragione del divieto senza mai fare riferimento anche agli utenti del servizio.

La possibilità di conformare le regole operative delle reti interbancarie è esclusa in alcuni casi (art. 28, comma 2), tra i quali quelli in cui il circuito interbancario sia di tipo chiuso (cioè proprietario). La regolazione non arriva fino al punto di disporre autoritativamente l'accesso alle reti proprietarie, per evitare di creare disincentivi all'iniziativa economica, ovvero alla creazione di reti proprietarie nell'ottica della concorrenza intersistemica. Non è escluso, tuttavia, che là dove nella prassi la piattaforma anche proprietaria dovesse assumere le caratteristiche dell'*essential facility* possa farsi ricorso alla disciplina antitrust e, più specificamente, all'obbligo di contrarre, sempre che ricorrano gli estremi dell'abuso da parte del titolare della piattaforma (138).

(135) Così D.S. EVANS, R. SCHMALENSSEE, *Paying with Plastic*, cit., 284.

(136) Così l'art. 28, comma 1, lett. a).

(137) Come ricordano D.S. EVANS, R. SCHMALENSSEE, *Paying with Plastic*, cit., 281, nel caso statunitense che ha visto coinvolto il circuito VISA, l'azione del Dipartimento di Giustizia statunitense era basata esattamente sulla distinzione tra *duality* nel governo e nella emissione (*issuance*). Si veda *United States v. VISA U.S.A.*, 163 F. Supp. 2d 322 (S.D.N.Y. 2001), confermato da 344 F.3d 229 (2d Cir. 2003), e *certiorari* negato da 125 S. Ct. 45. in *SCFC ILC, Inc. v. Visa USA, Inc.*, 819 F. Supp. 956 (D. Utah 1993) – in parte confermato e in parte riformato da 36 F.3d 958 (10th Cir. 1994) e ancora rifiuto della Corte Suprema di rivedere il caso (515 U.S. 1152) – la Corte d'appello per il decimo Circuito ha riconosciuto che la condotta escludente di VISA verso una controllata di Dean Witter (al tempo stesso titolare di un sistema proprietario di carte di pagamento) era legittima. Dean Witter stava tentando di lanciare anche una carta VISA. D.W. CARLTON, A.S. FRANKEL, *Antitrust and Payment Technologies*, in *Federal Reserve Bank of St. Louis Review*, 1995, 41, 46, sostengono che se Dean Witter avesse avuto la possibilità di emettere una carta senza costi i consumatori sarebbero stati meglio. Per una più approfondita discussione sugli standard di accesso, cfr. D.A. BALTO, *Access Demands to Payment Systems Joint Ventures*, 18 HARVARD JOURNAL OF LAW AND PUBLIC POLICY, 623, (1995). Le discussioni sulla regola dell'esclusiva negli USA sono iniziate negli anni Settanta del secolo scorso. In *Worthen Bank & Trust Co. v. National BankAmericard Inc.*, 345 F.Supp. 1309 (E.D.Ark. 1972) riformata da 485 F.2d 119, e appello negato da 415 U.S. 918, 94 S.Ct. 1417, 39 L.Ed.2d 473, una corte distrettuale del Kansas ritenne che la regola di esclusività fosse una violazione antitrust *per se*. In appello soltanto la decisione fu riformata e venne dichiarato applicabile lo standard della *rule of reason*.

(138) Si veda, in particolare, il considerando 17.

Nell'ottica dell'ampliamento dell'offerta, l'accesso alle reti chiuse può avvenire mediante contratto tra un potenziale prestatore di servizi di pagamento e un operatore di rete, come in effetti già le cronache economiche riportano (139).

La previsione di accessibilità di reti esistenti non risolve un problema cruciale per il funzionamento dei sistemi, vale a dire quello della necessaria presenza di stanze di compensazione per le transazioni di piccolo importo di carattere transazionale, che rappresentano il necessario presupposto del mercato *retail*. In altre parole, occorrerebbe che venissero create una o più reti sopranazionali sul modello TARGET, ma per transazioni di valore ridotto.

La norma giuridica, da questo punto di vista, non è la panacea; può creare incentivi, ma non sostituirsi all'iniziativa privata nella creazione delle infrastrutture. Ciò su cui sarebbe forse necessaria un'attenta analisi della regolazione è l'attitudine delle norme apprestate dal legislatore comunitario ad un contributo in questo senso. Il rischio ipotizzabile è che gli operatori disposti ad entrare nel mercato preferiscano negoziare l'accesso con gli operatori di reti e di stanze di compensazione già esistenti, con la conseguenza che – mercé la presenza di forti esternalità di rete – finirebbe per risultare dominante il soggetto la cui rete attualmente dispone di maggiore diffusione. Anziché ad una pluralità di sistemi, si assisterebbe al rafforzamento dei pochi soggetti presenti sul mercato e alla possibile creazione di una posizione egemone favorita dal controllo dell'unica infrastruttura (soggetta, dunque, alla dottrina delle *essential facilities*) e alle forti esternalità di rete che pervadono i sistemi di pagamento (140). Si tratterebbe di un costo indiretto della regolazione, sul quale la documentazione comunitaria finora disponibile non sembra aver prestato particolare attenzione, a dispetto del richiamo dei principi della *better regulation* operato dalla Direttiva.

8. Concorrenzialità del mercato sul lato della domanda.

Sul lato della domanda – vale a dire dalla parte di chi fruisce di un sistema di pagamento – la situazione è caratterizzata da un ruolo preponderante delle banche. Presso di esse gli utenti hanno normalmente un conto corrente, che usano per varie operazioni di pagamento, come i bonifici (*credit transfer*) o le disposizioni di addebito diretto (*direct debit*) per il pagamento di utenze domiciliate, effettuano i pagamenti mensili dei saldi delle carte di pagamento (carte di credito e di debito) e ogni altra operazione che implichi il trasferimento di una somma di denaro.

Paradossalmente, la presenza di un conto corrente bancario, mentre per un verso rappresenta una comodità per il consumatore, tipicamente riconnessa alla stabilità del rapporto e alla varietà di servizi (nonché al risparmio di costi transattivi), dall'altro lo vincola di fatto alla banca, riducendo gli incentivi ad avvalersi di altri prestatori di servizi di pagamento. Sicché, volendo cambiare il prestatore di fatto di servizi di pagamento (cioè la banca), è necessario il più delle volte spostare il conto o aprirne un altro.

(139) Si allude al sistema PostePay di Poste Italiane, che agisce come operatore virtuale sulla rete Vodafone, mediante accordo. Cartasì, per contrastare il modello, ha acquisito CartaFacile (cfr. *Il Sole 24 Ore*, 25 giugno 2005, 36).

(140) Il rischio di dominanza in mercati dominati da forti effetti di rete era stato già segnalato dagli economisti. Cfr., specificamente, D.L. RUBINFELD, *Antitrust Enforcement in Dynamic Network Industries*, 43 ANTITRUST BULLETIN 859, 862 (1998).

Questo favore per la mobilità produce un apparente paradosso se letto alla luce del principio della banca universale introdotto dalle direttive comunitarie, perché sembrerebbe negare i vantaggi che derivano dalla possibilità di una fornitura integrata di servizi all'utente da parte dell'operatore bancario. È stato notato che siffatto modello, che pure presenta vantaggi per il consumatore, è però causa di riduzione dell'elasticità della domanda, poiché il consumatore è intrappolato dalla banca e soggetto alle politiche di prezzo di questa (141). D'altro canto, la rigidità non favorisce l'innovazione nella prestazione del servizio. La regolazione potrebbe agire – ed è qui che la contraddizione si chiarisce – favorendo maggiore elasticità nella domanda di uno o più dei servizi offerti dalla banca universale e, quindi, reintroducendo quella spinta concorrenziale mancante.

La mobilità degli utenti di conti correnti bancari è materia affrontata anche dal legislatore nazionale. Il problema ricorrente, nell'ottica della liberalizzazione, è quello di rendere l'individuo non necessariamente vincolato ad un prestatore di servizi senza agire sulla struttura dell'offerta, cioè senza assumere provvedimenti strutturali di carattere pesantemente regolatorio, che andrebbero ben oltre la già enunciata finalità di *level playing field*. Sulla composizione dell'offerta potrebbe, semmai, agire in modalità preventiva – e non quindi *ex post*, autoritativamente – l'autorità di settore (AGCM) in sede di valutazione della compatibilità delle fusioni nel comparto bancario con le norme antitrust.

Con riferimento alle operazioni di consolidamento dell'industria bancaria – di cui si sono avuti recentemente esempi vistosi in Italia – anche il controllo preventivo sulle concentrazioni può rappresentare un momento di regolazione, soprattutto per quanto riguarda il prezzo di accesso ai servizi praticato dal soggetto risultante dalla fusione. La possibilità di autorizzare fusioni con impegni, secondo i dettami dell'antitrust modernizzato, è infatti strumento di condizionamento della liceità di un'operazione alla conformità con valori che l'autorità antitrust giudica adeguati o meritevoli (142).

Senza adottare rimedi drastici, la strategia normativa per aprire il mercato alla concorrenza, rendendo mobile il consumatore, è quella di agire sugli ostacoli connessi con l'interruzione o il trasferimento di un rapporto contrattuale intrattenuto con una banca. Si tratta, cioè, di ridurre quelli che agli economisti sono noti come *switching costs*, costi di commutazione. Allo stato attuale, vi sono due ordini di ostacoli che generano difficoltà per i consumatori. Da una parte, gli oneri di tipo amministrativo, dall'altra quelli finanziari (spese di chiusura). Inutile dire che, nella prospettiva economica, anche gli oneri di tipo amministrativo producono un costo (opportunità).

Sul primo fronte, la soluzione è rimessa al mercato, oppure alla autoregolamentazione. Come alcune banche stanno già facendo, rientra nella proposta di condizioni concorrenziali anche l'offerta di farsi carico dell'attività necessaria per il trasferimento, che può talora richiedere, per esempio, la nuova domiciliazione delle fatture per le utenze; si tratta di un'attività che può essere molto apprezzata dai clienti con elevati costi opportunità (dunque, coloro per i quali il tempo ha più valore e, per traslato, i più facoltosi) (143).

(141) Cfr. G. CESPA, *Banche e mercati finanziari: sviluppi recenti e proposte di intervento*, in Pammolli, Cambini, Giannaccari (a cura di), *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia*, Bologna, 2007, 311.

(142) Nel comparto bancario, è stato registrato empiricamente un aumento dei costi dei servizi ai risparmiatori, come conseguenza del recupero di efficienza derivante dai consolidamenti; così G. CESPA, *Banche e mercati finanziari*, cit., 306.

(143) Un esempio del servizio indicato nel testo è quello offerto gratuitamente da una primaria banca italiana e che è noto come "Trasloco Facile".

Alternativamente, potrebbe rientrare nelle previsioni interbancarie l'obbligo della banca dalla quale si sposta il consumatore di fornire alla nuova banca le informazioni tecniche necessarie. È evidente che si tratta di difficoltà che non potrebbero essere risolte imperativamente dal legislatore, se non assumendo contestualmente il rischio di ribaltamento a valle dei relativi costi e, quindi, di pregiudizio dell'utente finale.

Più serio, invece, il problema degli oneri economici, perché esso corrisponde ad una scelta della banca, doppiamente interessata ad ottenere gli importi dall'utente, sia come pretesa remunerazione di un servizio, sia come fattore di vincolo verso l'utente stesso. Come noto, per quanto più da vicino riguarda la concorrenza interbancaria a livello nazionale, è intervenuto il legislatore con l'art. 10 del Decreto Bersani, modificando l'art. 118 del t.u.b. e incidendo indirettamente sul problema dei costi di commutazione. Si prevede nella disposizione citata che, qualora il cliente intenda recedere da un contratto di durata in conseguenza di un mutamento unilaterale delle condizioni contrattuali, lo possa fare senza penalità e senza spese di chiusura (144).

La medesima *ratio* anima le disposizioni della DSP, là dove in caso di risoluzione del contratto (art. 45) prevedono che, in presenza di rapporto di durata (retto da un contratto quadro) stipulato a tempo indeterminato o per una durata superiore ai dodici mesi, il recesso da parte dell'utente deve avvenire senza spese. Per i rapporti di durata infra-annuale le spese devono essere «ragionevoli e in linea con i costi sostenuti».

Insieme ai costi necessari per mutare l'utenza è ipotizzabile che, in una qualche misura, incidano sulle scelte del consumatore anche i costi sostenuti nel corso del rapporto e addirittura prima del rapporto (in vista della sua instaurazione), ancorché irrecuperabili. Siffatti costi di natura transattiva – tra i quali principalmente quelli di acquisizione dell'informazione relativamente alle caratteristiche e alle condizioni del servizio –, una volta sostenuti in sede precontrattuale, divengono costi “affondati”. La loro dimensione non dovrebbe incidere sulle future scelte del consumatore, ma ognuno ha sperimentato quanto la fatica per il conseguimento di un obiettivo sia determinante dello *status quo bias*, rendendo la situazione raggiunta tendenzialmente stabile. Questa eventualità produce lo stesso rischio del costo imposto dall'impresa per rendere difficile lo spostamento del consumatore verso i concorrenti.

Relativamente ai costi connessi con l'obbligo di fornitura delle informazioni la DSP si limita a rimettere agli Stati Membri la facoltà di imporre ai prestatori l'obbligo di fornire informazioni all'utente su supporto cartaceo una volta al mese senza spese (art. 47, comma 2). Si tratta, però, di una disposizione di applicazione circoscritta agli obblighi che il prestatore ha, all'interno di un rapporto, di inviare periodicamente l'informativa ai clienti, sotto forma di estratto conto. Inoltre, la disposizione del comma 2 rientra tra quelle poche norme che, a mente dell'art. 86, non sono di armonizzazione minima e, dunque, possono essere derogate anche *in pejus* dai legislatori.

Al di là delle norme sulle spese, è certo che la Direttiva fa leva pesantemente sugli obblighi di informazione prima e durante un rapporto di servizio, nel consueto presupposto che l'informazione e la trasparenza siano pre-condizioni della scelta libera e, in definitiva, della concorrenza (145).

(144) Cfr. ora legge 4 agosto 2006, n. 248, conversione in legge, con modificazioni del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, recante disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale (in G.U. 11 agosto 2006, n. 186, S.O. 183).

(145) G. MINERVINI, M. ONADO, *op. cit.*, 110.

9. Conclusioni.

L'avvento di un quadro regolamentare armonizzato, con limitate possibilità di deroga da parte degli Stati Membri, dovrebbe completare il percorso comunitario verso il mercato interno dei pagamenti. La normativa finora adottata non aveva prodotto gli effetti sperati.

Non molto si può dire su cosa accadrà, se non che gli organi comunitari, dal punto di vista dell'opportunità e dei modi della regolazione, sembrano talora vittime di un ragionamento autoreferenziale, talaltra impegnate in un difficile ruolo di mediazione tra le istanze comunitarie e gli interessi degli operatori.

Il caos normativo – che è tra le ragioni più pressanti per l'adozione della DSP – è infatti frutto delle scelte pregresse a livello comunitario, segno evidente che le scelte in passato sono state poco meditate ovvero che le riflessioni attuali giungono intempestive. Come è stato autorevolmente scritto, «*[i] regolatori (...) sono prigionieri del circolo vizioso regolatorio, per cui più regolano, più rilevano scostamenti e deviazioni, più tornano a regolare e controllare*» (146).

D'altra parte, alcune soluzioni proposte a livello regolatorio – come la parità nei bonifici transfrontalieri in euro, nel passato, oppure la disciplina imperativa dei contenuti dei contratti tra prestatori del servizio e fruitori – hanno inciso sull'attività bancaria. È ragionevole attendersi la resistenza dei soggetti regolati verso decisioni che incidono in modo significativo sulle possibilità di profitto, a meno che non si scelga la via del compromesso, sui risultati della quale non si danno garanzie.

(146) S. CASSESE, *op. cit.*, 23.

CAPITOLO VI
I RULEBOOK DELLA SEPA: NATURA E FUNZIONI (147)

Fabrizio Maimeri

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *I documenti dell'EPC.* – 3. *Procedura di adesione al Rulebook.* – 4. *Lo schema del bonifico.* – 5. *La gestione dello schema SEPA.* – 6. *Risoluzione delle controversie fra partecipanti.* – 7. *Il ruolo dell'SMC in materia di conformità.* – 8. *Emolumenti.* – 9. *Considerazioni e valutazioni.*

(147) Relazione svolta al VI Seminario PRIN delle Università di Siena, Foggia, Napoli e dell'Università Cattolica sede di Piacenza su “*Tutela dei consumatori e servizi di pagamento nel nuovo quadro normativo comunitario*”, tenutosi presso l'Università di Napoli il 20 giugno 2008.

1. Premessa.

La SEPA è l'area in cui i cittadini europei saranno in grado di effettuare pagamenti in euro in tutta l'Europa con la stessa facilità e sicurezza su cui possono contare attualmente nel proprio contesto nazionale.

L'iniziativa SEPA poggia su tre pilastri. Il primo è rappresentato dalla Commissione europea che, in stretta collaborazione con il Consiglio e il Parlamento, ha fornito impulso politico e guida al processo di armonizzazione. Il secondo è costituito dal Consiglio direttivo della Banca centrale europea che, come avvenuto per il passaggio all'euro, ha individuato i requisiti generali della SEPA e predisposto il calendario di attuazione. Infine, il Consiglio europeo per i pagamenti (EPC), responsabile della definizione del progetto e delle specifiche, nonché della verifica continua degli interventi attuativi e di migrazione.

Nell'ambito del mercato interno dell'Unione, l'armonizzazione dei settori dei servizi finanziari e bancari si è rivelata complessa. Le differenze strutturali sia fra i modelli di reddito, sia fra quelli operativi (regole e standard) hanno ostacolato una rapida omogeneizzazione. Di conseguenza, l'elaborazione di un'infrastruttura comune per i pagamenti ha richiesto tempi lunghi: il progetto SEPA nasce nel 1990, con la pubblicazione di un rapporto intitolato *Il sistema dei pagamenti nel mercato interno*; il documento delinea una concezione comunitaria di area unica dei pagamenti, affermando che «*i vantaggi del mercato unico potranno essere sfruttati pienamente solo quando le imprese e i singoli avranno la possibilità di trasferire fondi da un luogo all'altro della comunità con la stessa rapidità, facilità e convenienza che caratterizzano gli attuali sistemi nazionali della maggior parte degli Stati membri*». Benché in un primo momento questa concezione sia stata applicata solo ai pagamenti transfrontalieri al dettaglio, nei dodici anni successivi essa è divenuta il principio ispiratore di tutte le richieste di cambiamento.

Uno dei principali ostacoli alla realizzazione dell'obiettivo è individuato nella eterogeneità di norme giuridiche e modalità operative dei settori bancari europei, per effetto della quale le stanze di compensazione automatizzate (ACH) e i sistemi di pagamento elettronico su POS si trovano ad operare secondo standard molto differenti e in assetti commerciali compositi. Considerati i costi, i rischi e la complessità del mutamento, nonché gli impegni già presi in ottemperanza ad altri programmi di riforma obbligatori, le banche sono riluttanti ad assumere i rischi di un processo di armonizzazione prima della completa adozione dell'euro e senza il pieno appoggio del resto dell'Unione. Nondimeno, la direttiva del 1997 sui bonifici transfrontalieri introduce alcuni requisiti minimi di informazione al cliente e di qualità di esecuzione.

Con il volgere del millennio e l'esito positivo dell'introduzione dell'euro, l'armonizzazione dei mercati interni riacquista carattere prioritario nei programmi della Commissione e della BCE. In seguito al varo della strategia di Lisbona nel 2000, le banche europee sono nuovamente esortate a impegnarsi nella progettazione di un'infrastruttura comune per i pagamenti e, nel 2001, la Commissione getta le fondamenta della propria politica in materia di SEPA con il Regolamento 2560/2001, in virtù del quale le banche non potranno più differenziare fra pagamenti transfrontalieri e nazionali, né fra prelievi di contante effettuati agli ATM all'interno dell'UE, per l'applicazione delle commissioni.

In virtù di questo chiaro segnale politico, nel 2002 la Commissione redige un libro bianco *Euroland: our Single Payments Area*, in cui il programma di riforme necessarie

viene denominato “*the Single Euro Payments Area – SEPA*”. Nasce così la “*SEPA*”. Nel giugno del 2002 viene istituito l’EPC; un nuovo organo di autoregolamentazione del settore, i cui compiti sono progettare la SEPA, definirne gli aspetti tecnici e monitorarne l’attuazione. A metà del 2004 l’EPC si dota della sua attuale struttura organizzativa: esso comprende 65 membri, tra singole aziende e associazioni bancarie.

Dal 2001 al 2005 la Commissione conduce ampie consultazioni con tutte le principali parti interessate (banche, esercenti, imprese, confederazioni di categoria e consumatori) e il 1° dicembre 2005 adotta una proposta di direttiva sui sistemi di pagamento, destinata a fornire uno degli elementi costitutivi della SEPA e, come si legge nel comunicato stampa dello stesso giorno, a «*eliminare le barriere giuridiche esistenti al fine di rendere possibile la creazione di uno “spazio unico per i pagamenti” nell’UE. (...) L’obiettivo è quello di rendere i pagamenti transfrontalieri – tramite carte di credito, carte di debito, bonifici bancari per via elettronica, “domiciliazione” o qualsiasi altro mezzo – facili, economici e sicuri come i pagamenti “nazionali” all’interno di uno Stato membro*». È questo l’inizio dell’iter che ha condotto alla direttiva 2007/64 del 13 novembre 2007 (relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica alle direttive 97/7/CE, 2002/65/CE e 2006/48/CE, che abroga la direttiva 97/5/CE), pubblicata nella *GUUE* L319 del 5 dicembre 2007 e da recepirsi negli Stati membri entro il 1° novembre 2009.

Nel dicembre 2004 l’assemblea plenaria dell’EPC ha adottato il piano programmatico 2004-2010 (la cosiddetta “*Roadmap*”) e ha deciso di elaborare un insieme di regole di schema. Carattere prioritario è stato dato alla messa a punto dello schema per il bonifico SEPA, nonché all’elaborazione di analogo schema per la procedura di incasso diretto e del *framework SEPA* per le carte di pagamento. La visione progettuale dunque è di porre in essere una serie di strumenti di pagamento di base, che le banche possano offrire alla clientela al dettaglio e aziendale all’interno della SEPA.

2. I documenti dell’EPC.

Al fine di raggiungere gli obiettivi sopra indicati, l’EPC ha elaborato i seguenti documenti:

a) *SEPA Credit Transfer Scheme Rulebook* e *SEPA Direct Debit Scheme Rulebook*: gli schemi SEPA sono un insieme di norme e standard grazie ai quali è possibile realizzare l’interoperabilità a livello interbancario degli strumenti SEPA per i bonifici (*credit transfer*) e incassi (*direct debit*). I *Rulebook* rappresentano la fonte unica per la definizione delle regole e degli obblighi derivanti dagli schemi stessi. Rappresentano dunque il punto di riferimento per l’industria dei pagamenti necessario per lo sviluppo di prodotti e servizi che permettono ai clienti di eseguire pagamenti ed incassi in modo omogeneo in tutta l’area SEPA;

b) *SEPA Card Framework*: indica i principi per le carte di pagamento in ambito SEPA e fornisce quindi il quadro di riferimento per l’evoluzione dei circuiti nazionali e internazionali verso SEPA;

c) *Single Euro Cash Area (SECA) Framework*: delinea un insieme di regole e *best practice* per la distribuzione ed il ricircolo del contante nell’ambito dell’area euro;

d) relativamente agli standard, i *Rulebook* definiscono i requisiti funzionali ed i principali elementi attinenti ai dati logici, mentre documenti specifici, quali il “*SEPA Data Model*” e le “*Implementation Guidelines*” per il *Credit Transfer* ed il *Direct Debit*, definiscono l’approccio metodologico adottato nello sviluppo degli standard per la SEPA;

e) infine, il quadro dei riferimenti per i sistemi di *clearing* e *settlement* e la *PE-ACH*, è espresso nel *PEACH/CSM Framework*, che definisce i principi generali per le infrastrutture che devono supportare il trattamento delle transazioni a valere sui predetti schemi SEPA.

Dei *Rulebook* pubblicati, quello sui bonifici è ormai pervenuto a una stesura definitiva e da fine gennaio di quest'anno è operativo, essendosi registrate le adesioni delle banche; quello sui *direct debit* invece è ancor oggetto di approfondimento e non ha ancora trovato una concreta attivazione. Fermo restando che queste note intendono mettere in luce alcuni problemi strutturali dei *Rulebook* e non delinearne nel dettaglio i contenuti tecnici, esse avranno comunque ad oggetto il *Rulebook* sui bonifici.

Ricordo preliminarmente che i *Rulebook* e i contratti di adesione ad essi sono disciplinati dalla legge belga, che ne regola anche l'interpretazione; che i *Rulebook* sono redatti in lingua inglese e che, in caso di traduzione in altre lingue, prevale la versione inglese.

3. Procedura di adesione al *Rulebook*.

Gli enti considerati idonei a partecipare allo Schema presentano domanda di adesione all'EPC, conformemente alle procedure di ammissione da questo previste.

Per richiedere di essere ammesso come partecipante, l'ente trasmette all'EPC copia originale del contratto di adesione debitamente redatto e sottoscritto, insieme alla documentazione di supporto. Il partecipante può incaricare un agente di compilare l'atto per suo conto, ferma restando l'assunzione diretta di ogni obbligo e diritto derivante dal *Rulebook* e dai documenti ulteriori, come se avesse concluso il contratto direttamente. L'EPC può chiedere che il richiedente trasmetta informazioni aggiuntive a sostegno della propria candidatura.

L'ammissione diviene effettiva quando il nominativo del nuovo partecipante viene inserito nell'elenco pubblicato a cadenza regolare dall'EPC. Il richiedente viene informato preventivamente dell'esito della sua domanda e della data in cui il suo nome verrà pubblicato nel detto elenco. È altresì possibile che il nominativo del richiedente venga pubblicato in via preliminare e che la data effettiva di adesione sia fissata e pubblicata successivamente. In virtù di quanto previsto dal *Rulebook*, al momento dell'adesione il richiedente si obbliga a rispettarne le disposizioni, accettando regole e benefici che da esso derivano.

Se la domanda di adesione è respinta, il rifiuto è notificato per iscritto al richiedente insieme a una motivazione della decisione. Alla ricezione della notifica, il richiedente ha facoltà di impugnare questa decisione avvalendosi della procedura di appello prevista dallo Schema.

L'elenco dei partecipanti allo Schema di bonifico è tenuto costantemente aggiornato e messo a disposizione dei partecipanti quando emanato o aggiornato. L'elenco include:

- gli estremi aggiornati di ciascun partecipante, per permettere la notifica delle comunicazioni conformemente al *Rulebook*;
- la data di ammissione in qualità di partecipante;
- informazioni sugli enti cancellati dall'elenco, compresa la data di cancellazione; altre informazioni ritenute pertinenti ai fini della gestione efficiente dello Schema. I partecipanti comunicano eventuali cambiamenti dei propri estremi.

4. Lo schema del bonifico.

Senza entrare nel merito della procedura descritta nel corposo *Rulebook* preso a riferimento, il processo previsto per l'esecuzione dei bonifici SEPA è così sintetizzabile:

- l'ordinante compila l'ordine di bonifico e lo presenta alla sua banca secondo le modalità con questa convenute e indicando i dati informativi prescritti dalla procedura;
- la banca dell'ordinante riceve l'ordine e controlla che contenga le informazioni sufficienti per eseguire l'operazione di pagamento e soddisfi le condizioni richieste dalla procedura per la sua esecuzione;
- alla data di accettazione (D), la banca dell'ordinante addebita il conto del cliente. Successivamente l'ordine di bonifico è inoltrato, tramite il CSM (*Clearing and Settlement Mechanism*) scelto, così da pervenire alla banca del beneficiario il giorno D stesso o al più tardi in data D+2, secondo le regole del CSM;
- il CSM espleta il processo di compensazione e regolamento e, conformemente alle proprie regole e alle modalità convenute, rende disponibile il messaggio di bonifico alla banca del beneficiario e regola l'importo entro e non oltre il giorno D+2 definito "*data di regolamento*". Va da sé che le comunità di banche che scambiano bonifici fra loro possono convenire tempi di esecuzione più brevi;
- la banca del beneficiario riceve il messaggio di bonifico al più tardi alla data di regolamento (ossia entro e non oltre D+2); dopo averlo controllato, accredita il conto del beneficiario e, conformemente alle condizioni pattuite, mette a disposizione del suo cliente le informazioni prescritte. L'accredito deve avvenire obbligatoriamente entro e non oltre il giorno successivo alla data di regolamento (D+3 giorni in totale); fanno eccezione i casi in cui non sono stati esperiti taluni adempimenti (quali gli accertamenti in materia di riciclaggio di denaro e di finanziamento di attività terroristiche) o in cui la data D+3 non sia un giorno bancario di apertura alla clientela. In questo secondo caso, la banca del beneficiario deve accreditare il cliente entro e non oltre il giorno successivo bancario di apertura alla clientela.

Data di accettazione: è definita dalla banca dell'ordinante, che la comunica al cliente. Essa segna l'inizio del ciclo temporale di esecuzione ed è la data a partire dalla quale ricorrono tutte le condizioni richieste dalla banca dell'ordinante per l'esecuzione di un bonifico SEPA. La banca dell'ordinante deve altresì comunicare allo stesso il *cut-off time*, cioè l'orario limite: all'interno di un giorno lavorativo bancario, sono i limiti temporali definiti e pubblicati dalle singole banche per poter trattare i bonifici SEPA secondo una tempistica predefinita e nel rispetto delle condizioni di accettazione, trasmissione o accredito dei pagamenti.

Informazioni messe a disposizione al beneficiario dalla sua banca: il nome dell'ordinante, l'importo del bonifico in euro, il codice identificativo dell'ordinante, il codice IBAN del conto del beneficiario, ecc.

Principi tariffari: si adotta il principio della ripartizione delle spese, in virtù del quale l'ordinante e il beneficiario corrispondono individualmente e separatamente le commissioni applicate dalle rispettive banche.

Trattamento delle eccezioni: scatta quando il bonifico non viene eseguito rispettando i tempi sopra indicati e distingue fra “*ordine respinto*” e “*ordine stornato*”. In particolare: si ha un ordine respinto quando il bonifico è scartato dal normale ciclo di esecuzione prima del regolamento interbancario. Se l’ordine è respinto nel punto in cui viene impartito dall’ordinante alla sua banca, quest’ultima deve semplicemente informare il cliente della causale del rigetto; se invece il rigetto avviene nella tratta interbancaria, l’ordine respinto deve essere inviato secondo specifiche modalità. Si ha un ordine stornato quando il bonifico è scartato dal normale ciclo di esecuzione dopo il regolamento interbancario e viene rinviato dalla banca del beneficiario a quella dell’ordinante. Questa situazione si produce quando la banca del beneficiario non ha potuto completare l’operazione di bonifico per motivi validi, quali un numero di conto errato o un rapporto estinto, che non hanno consentito di accreditare il conto del beneficiario secondo le istruzioni dell’ordine originario.

Completano il *Rulebook* sezioni dedicate ai diritti e agli obblighi dei partecipanti, agli obblighi della banca dell’ordinante, agli obblighi della banca del beneficiario, all’indennizzo e alle limitazioni di responsabilità, alla risoluzione del contratto.

Tutte le disposizioni contenute nel *Rulebook*, laddove abbiano valenza prescrittiva, sono vincolanti nei confronti dei partecipanti e possono essere fatte valere dall’SMC o da un partecipante nei confronti di un altro partecipante.

5. La gestione dello schema SEPA.

L’ente preposto alla gestione dello Schema è l’EPC, che opera in conformità con il suo Statuto. La gestione dello Schema SEPA si articola in due funzioni.

La prima riguarda l’adeguamento e lo sviluppo dello Schema, mentre la seconda concerne la conduzione dello Schema e la corretta applicazione delle regole che lo compongono (*compliance*). La funzione di adeguamento e sviluppo è svolta dalla Plenaria dell’EPC (di seguito, la “*Plenaria*”), con l’ausilio di gruppi di lavoro e di supporto già esistenti o da essa istituiti *ad hoc*. Nell’assolvere tale funzione la Plenaria applica le procedure e i regolamenti interni che potranno essere di volta in volta adottati dall’EPC.

Questa funzione prevede la formalizzazione dei processi di gestione delle modifiche al *Rulebook* (secondo una procedura di consultazione delle parti interessate, stabilita *ad hoc* nello Schema), tramite i quali esso e la relativa documentazione verranno sviluppati nel tempo in modo da innovarlo con nuovi concetti e proposte maturate con l’esperienza. Nel quadro di questa funzione, inoltre, viene messo a disposizione dei partecipanti e delle parti interessate un canale per partecipare ad un dialogo strutturato con l’EPC, finalizzato a riesaminare e sviluppare i contenuti dello Schema sulla base di solide valutazioni di convenienza economica (*business case*).

La funzione di conduzione e *compliance* è assolta dal Comitato di gestione dello Schema (*Scheme Management Committee, SMC*). L’SMC svolge questa funzione applicando le procedure via via definite dall’EPC.

L’SMC ha il compito di promuovere e gestire tutti gli aspetti relativi alla osservanza delle regole dello Schema. A tal fine esso offre, tra l’altro, una sede in cui i partecipanti possono dirimere eventuali controversie tramite una procedura di conciliazione e dialogo.

Compito dell'SMC è anche curare la procedura di adesione.

La Plenaria dell'EPC svolge il ruolo di:

- guidare il processo di innovazione e sviluppo dello Schema;
- elaborare ulteriormente i *Rulebook* e la documentazione attinente;
- predisporre e condurre le procedure tramite le quali intrattenere un dialogo strutturato con i partecipanti e le parti interessate e ricevere da questi proposte per lo sviluppo sia dello Schema, sia di prodotti e servizi conformi alla SEPA;
- portare avanti tale dialogo offrendo a partecipanti e parti interessate la possibilità di contribuire, regolarmente e in modo appropriato, ai lavori della Plenaria con idee e proposte;
- prendere atto della diversità che caratterizza le comunità della SEPA, assicurando che tale dialogo tenga conto delle esigenze e delle preoccupazioni di tutti i partecipanti e delle parti interessate;
- predisporre e condurre procedure chiare per gestire le proposte di modifica e di sviluppo: dalla ricezione ed analisi (sia tecnica che dei costi/benefici) delle proposte, alla loro discussione e implementazione in ambito SEPA.

6. Risoluzione delle controversie fra partecipanti.

Una divergenza relativa alla interpretazione del *Rulebook* od alle modalità di applicazione delle sue disposizioni può far sorgere una controversia fra le parti.

Se la controversia nasce fra partecipanti, i soggetti coinvolti compiono ogni ragionevole sforzo per dirimere la questione in via amichevole, senza il coinvolgimento dell'SMC. Essi possono ad esempio:

- attivare una procedura conciliativa dinanzi ad un organo o persona di loro scelta;
- consultare le rilevanti comunità bancarie nazionali;
- convenire di utilizzare una procedura nazionale di risoluzione alternativa delle controversie (senza ricorrere all'azione in giudizio o all'arbitrato).

Qualora le parti non addividano ad una soluzione della controversia secondo le modalità descritte, i partecipanti sottopongono la vertenza alla procedura di conciliazione dell'SMC. Se l'istanza è accolta dall'SMC, la procedura di conciliazione viene condotta da quest'ultimo conformemente alle proprie regole o, se del caso, da un organismo designato dall'SMC. Ai fini del procedimento, l'SMC invita i partecipanti a esporre in buona fede tutti i fatti rilevanti in modo da risolvere la controversia in modo rapido e amichevole.

Le modalità con le quali l'SMC procede nel caso in cui fallisca la sua conciliazione, sono ancora in via di definizione, essendosi individuate due alternative, le quali si distinguono in funzione del fatto che, al verificarsi di una simile evenienza, si inneschino

ulteriori sistemi alternativi di risoluzione delle controversie, ovvero si ricorra direttamente al giudice.

7. Il ruolo dell'SMC in materia di conformità.

Ove l'SMC ritenga che un partecipante non abbia ottemperato al *Rulebook*, esso ha la facoltà, ma non l'obbligo, di adottare dei provvedimenti nei confronti del partecipante inadempiente. Se accerta che un partecipante ha commesso una violazione del *Rulebook*, l'SMC può esercitare i poteri definiti nel tempo nei propri regolamenti. Dopo aver accertato l'infrazione, l'SMC notifica per iscritto la sua decisione al partecipante inadempiente, motivandola.

I poteri dell'SMC in caso di violazione del *Rulebook* da parte di un partecipante si limitano a:

- inviare per iscritto e in forma privata un ammonimento al partecipante inadempiente;
- inviare un ammonimento scritto al partecipante inadempiente e rendere noto l'ammonimento anche ad altri partecipanti;
- ingiungere al partecipante inadempiente di risarcire un soggetto terzo, qualora il partecipante abbia tratto beneficio dalla violazione ai danni di quest'ultimo;
- portare la condotta del partecipante inadempiente all'attenzione delle competenti autorità di vigilanza nazionali, delle comunità bancarie nazionali o di qualsiasi altro organismo che l'SMC ritenga opportuno;
- sospendere il titolo di partecipante per un periodo determinato;
- revocare definitivamente il titolo di partecipante.

L'SMC risolve le questioni disciplinari applicando le procedure da esso predisposte, basate su una separazione dei compiti fra: a) il personale addetto all'effettuazione degli accertamenti e all'eliminazione delle infrazioni al *Rulebook*; b) il personale competente per un'equa valutazione dei fatti e (se del caso) l'applicazione di eventuali misure coercitive.

I partecipanti hanno il diritto di impugnare una decisione dell'SMC dinanzi ad un tribunale competente di una giurisdizione SEPA. In caso di appello, i partecipanti si attengono alle procedure via via stabilite dall'EPC conformemente alle proprie regole in materia di appello.

8. Emolumenti.

In relazione alle attività svolte, l'EPC ha il diritto di applicare delle commissioni, le cui aliquote sono fissate periodicamente nel suo regolamento interno. Quest'ultimo individua altresì le eventuali scadenze e modalità di pagamento, nonché le categorie di partecipanti assoggettabili a tali tariffe.

L'EPC comunica periodicamente il proprio tariffario ai partecipanti nei modi che ritenga più opportuni. Nel determinare le sue aliquote tariffarie l'EPC tiene conto delle opinioni espresse dai partecipanti. Eventuali modifiche alle tariffe prendono effetto secondo quanto definito nel regolamento interno dell'EPC.

9. Considerazioni e valutazioni.

Dall'analisi pur sinteticamente svolta emerge anzitutto che il *Rulebook* in esame (ma non muta il discorso per quello sul *direct debit*) ha una struttura assai complessa che, sotto forma di convenzione, cioè di contratto, regola minutamente non solo le modalità di svolgimento del bonifico SEPA, ma anche i rapporti fra i partecipanti, i loro obblighi e diritti, la gestione degli eventuali inadempimenti, la loro rilevazione e la loro sanzione. Siamo dunque, per ricordare esperienze domestiche, lontani dalle procedure tecniche che l'associazione di categoria "*lancia*" con una circolare e gli associati spontaneamente seguono, senza che però: i) vi sia sempre stata un'adesione formale; ii) vi siano meccanismi di monitoraggio del rispetto delle procedure da parte degli aderenti; iii) né, tanto meno, sistemi di sanzione in caso di inosservanza o strumenti di reclamo specifici da parte dei terzi eventualmente lesi dall'inosservanza stessa.

Qui esiste intanto un meccanismo di adesione regolato e formalizzato, con tanto di albo pubblico degli aderenti: come per tutti i contratti, l'adesione è libera ma, una volta avvenuta, obbliga giuridicamente i partecipanti. Esiste poi un sistema di monitoraggio e controllo dell'effettivo rispetto dello Schema da parte di chi si è impegnato a farlo.

È vero, poi, che non sono oggetto del *Rulebook* i rapporti fra il partecipante e il suo cliente, ma è stabilito che è obbligo del primo inserire nel contratto con il cliente quanto necessario per assicurare il rispetto dello Schema.

Questa impostazione sollecita una serie di prospettive di indagine, che di seguito mi limito a cogliere, al fine di verificare quali possano essere gli ulteriori sviluppi problematici nella concreta applicazione dei *Rulebook*.

9.1. La prima e, forse, più rilevante prospettiva è costituita dal verificare la coerenza del *Rulebook* con i principi *antitrust*. Non v'è dubbio che si tratta di un "*maxi-accordo*", tendenzialmente in grado di incidere sulla libertà di concorrenza nel mercato dei pagamenti.

Del resto, questa situazione è stata colta anche dalle stesse autorità di Bruxelles, ove si consideri che nel maggio scorso sono state avviate consultazioni fra DG Comp e DG Markt e l'EPC, nell'ambito di quel "*Dialogue on SEPA*", volte a far emergere le possibili implicazioni concorrenziali del progetto. In questo primo e ancora incompleto elenco di problemi, sono emersi, fra gli altri, i seguenti profili:

- a) considerata l'attuale struttura dell'EPC, ne restano esclusi i "*non bank service providers*" e gli altri *stakeholders* (ad esempio i consumatori e le loro associazioni), i quali dunque non possono partecipare ai processi decisionali. Inoltre, i 69 componenti dell'EPC dotati di *full membership status* sono rappresentativi solo delle grandi banche. Una simile situazione può essere in grado di distorcere il processo decisionale, creando zone di ombra e di scarsa chiarezza, a danno della trasparenza e della competitività del mercato. Di qui la richiesta della Commissione di coinvolgere effettivamente gli *users* non solo attraverso meccanismi consultivi, ma consentendo loro di partecipare alle decisioni assunte dall'EPC;

- b) in relazione alle carte, il *Framework* stabilisce che l'adesione al meccanismo di *compliance* ivi delineato è obbligatoria, previsione che comporta l'esclusione dal mercato di quei *payment card scheme non compliant* con detto *Framework*. Una simile esclusione non risulta giustificata a' termini di disciplina antitrust, non creando benefici né in termini di risparmio, né in termini di beneficio per i consumatori;
- c) entrambi i *Rulebook* consentono alle comunità nazionali di offrire *Additional Optional Services (AOS)*, purché ciò non ostacoli l'interoperabilità con tutti i partecipanti alla SEPA. Si tratta di una disposizione evidentemente nata per consentire agli Stati di mantenere specifici prodotti, che si accompagnano a quelli *SEPA compliant*, esistenti in tutti i Paesi UE. Ma l'offerta di un AOS insieme a un servizio *SEPA compliant* obbligatorio è in grado di distorcere la concorrenza in quel Paese e di pregiudicare i servizi offerti da un operatore di altro Paese. Si tratta di una questione assai delicata, la cui potenzialità anti-concorrenziale è evidente, così come è evidente che essa potrebbe influenzare negativamente fin l'effettiva creazione di un'unica area di pagamenti.

9.2. Venendo ora ai principi “*tradizionali*” dell'antitrust, di fronte alla fattispecie in esame occorre far capo ad essi e accertarne il rispetto: dalla libertà non discriminata per chiunque – che abbia i requisiti richiesti – di aderire agli Schemi, alla natura strettamente tecnica e non economica del contenuto.

Sotto il primo profilo è interessante considerare che nei menzionati contatti EPC-Commissione, questa ha segnalato come l'art. 28 della direttiva PSD richieda che le norme che disciplinano l'accesso ai sistemi di pagamento di prestatori di servizi di pagamento siano “*obiettive, non discriminatorie e proporzionate*”. In questa logica, il *Rulebook* stabilisce una serie di *eligibility criteria*, la cui effettiva applicazione è rimessa a *Committee* formati da membri dell'EPC, i quali, almeno in linea di principi, hanno interesse a restringere l'ambito dei potenziali competitori dall'entrare nel sistema. Inoltre, gli *eligibility criteria* non includono gli istituti di pagamento, i quali dunque sembrano essere automaticamente esclusi o comunque non agevolmente inseribili. Insomma, proprio sotto il profilo della non discriminatoria accessibilità allo Schema, vi sono ulteriori riflessioni da svolgere, almeno per dissipare l'impressione che l'intera SEPA sia una costruzione esclusivamente bancaria, gestita e organizzata dalle sole banche.

Sotto il profilo della MIF, e salvo quanto dirò fra breve, preciso come sia stabilito il meccanismo *share* e cioè ogni soggetto remunera la sua banca per il lavoro svolto. Questa via rende superflua la determinazione di una commissione interbancaria che remunererà quella parte di attività che ogni banca pone in essere a favore dell'altra e che viene ripartita sui due clienti. Dunque, almeno per i bonifici, non è prevista l'applicazione di alcuna commissione interbancaria.

La risalente ma ancora valida – e particolarmente chiara – “*Comunicazione sull'applicazione delle regole di concorrenza Ce ai sistemi di bonifici transfrontalieri*” (95/C 251/03, pubblicata in *GUCE C 251* del 27 settembre 1995), quanto agli accordi volti a fissare le commissioni di interscambio multilaterali (*Multilateral Interchange Fee – MIF*), sottolinea che queste ricadono nel campo di applicazione dell'art. 81, par. 1 «*poiché limitano in misura significativa la libertà delle banche di decidere in modo indipendente la propria politica dei prezzi*».

Ciò posto in via generale, la Commissione precisa che tali intese possono – seppure solo «*in casi eccezionali*» – ottenere l'esenzione «*ove si dimostri che esse siano effettivamente necessarie per la realizzazione di determinate forme di cooperazione, positive in se stesse*». Qualora pertanto le banche ritengano di concludere accordi in tal senso, la Commissione si riserva di esaminare, nell'applicare i criteri previsti per la concessione dell'esenzione, «*quali benefici economici gli accordi intendano realizzare, se ai consumatori ne sia riservata una congrua parte e se per conseguirli siano effettivamente necessari gli accordi in questione*». Insomma, se sono soddisfatte le quattro condizioni per giustificare l'esenzione, di cui all'art. 4, comma 1 della legge n. 287/1990: non eliminazione totale della concorrenza; sua restrizione solo nei limiti in cui sia strettamente necessario per consentire il beneficio dei consumatori; miglioramento della qualità del prodotto o del servizio; beneficio per i consumatori.

Nel caso specifico dei bonifici, la comunicazione distingue tra differenti tipologie di bonifico, a seconda del tipo di tariffazione prevista per il cliente. In linea di principio, se tutti gli oneri sono a carico dell'ordinante (bonifici *our*), gli accordi che fissano una commissione multilaterale di interscambio sono suscettibili di esenzione perché evitano la pratica del doppio addebito (ciò che si verificherebbe se la banca del beneficiario o una banca intermediaria effettuassero una detrazione dalla somma trasferita, ovvero se la banca del beneficiario addebitasse a quest'ultimo un onere superiore a quello che avrebbe addebitato per un bonifico in ambito nazionale). Di conseguenza, in caso di bonifici *our*, la presenza di una commissione di interscambio, ancorché stabilita multilateralmente, consente alla banca del beneficiario di recuperare i costi sostenuti per l'accredito del bonifico al proprio cliente. Tuttavia, per beneficiare dell'esenzione – in quanto necessaria per evitare il doppio addebito – la commissione deve essere fissata al livello dei costi medi effettivamente sostenuti dalle banche partecipanti che svolgono il ruolo di banche dei beneficiari e applicata solo in assenza di accordi bilaterali superiori o inferiori al livello di riferimento.

La Commissione reputa, al contrario, che non sarà indispensabile applicare ai bonifici transfrontalieri una commissione uniforme al fine di consentire alle banche di offrire bonifici transfrontalieri del tipo *share* o *ben*. Infatti, per quanto concerne i bonifici *share* – nei quali i costi vengono ripartiti tra l'ordinante e il beneficiario – la banca dell'ordinante potrà addebitare una tariffa al cliente; le banche intermediarie potranno detrarre una dall'importo del bonifico (o addebitare i costi in questione alla banca dell'ordinante); infine la banca del beneficiario potrà praticare una tariffa a quest'ultimo. Per ciò che riguarda invece i bonifici *ben* – nei quali tutti gli oneri sono a carico del beneficiario – al fine di coprire i costi rispettivamente sostenuti, la banca dell'ordinante e le banche intermediarie potranno detrarre una tariffa dall'importo del bonifico, mentre la banca del beneficiario potrà praticarne una a quest'ultimo. In questi casi, dunque, l'eventuale fissazione di una commissione di interscambio non sarebbe suscettibile di esenzione in quanto non strettamente necessaria per un corretto funzionamento del sistema.

La posizione della Commissione in merito alla possibilità di esentare le commissioni multilaterali di interscambio ha sollevato numerose critiche. Anzitutto si è affermato che dovrebbe spettare alle banche che partecipano a un sistema di pagamento il compito di stabilire come allocare i costi operativi del sistema: esse pertanto dovrebbero essere libere di accordarsi su una commissione multilaterale di interscambio indipendentemente dalla tipologia di bonifico prescelta. Se così è, il trattamento di favore riservato ai bonifici del tipo *our* deve considerarsi una indebita ingerenza nella libertà di impresa delle banche, in quanto limitato solo a una tipologia di bonifici.

Sotto un diverso profilo, va anche considerato che la commissione di interscambio multilaterale costituisce lo strumento meno costoso e più efficace per allocare i costi operativi derivanti dalla gestione dei bonifici transfrontalieri. Le commissioni bilaterali di interscambio aumentano infatti i costi di transazione sia nel momento della negoziazione delle tariffe sia in quello successivo della gestione dei pagamenti.

Chiarito che, essendosi di fronte ai bonifici *share* non vi è necessità di commissioni multilaterali, va anche ricordato che sia per i *direct debit*, sia per le carte questa tipologia di commissioni esiste ed è praticata. Tornano allora utili le considerazioni dianzi riportate sui presupposti che legittimano l'esenzione, a livello comunitario, delle intese di prezzo. Prima ancora di simili considerazioni, quel che occorre verificare è se davvero la previsione di una commissione multilaterale sia necessaria e su questo occorrerà che l'EPC offra soddisfacenti ed esaurienti giustificazioni.

Tanto utili che nella nota sentenza Mastercard la Commissione ha negato la legittimità di una commissione multilaterale nel presupposto che mancasse un'analisi che documentasse il ricorso dei presupposti per l'esenzione: *«MasterCard ha presentato la sua MIF come uno strumento per “massimizzare la produzione del sistema”. Tuttavia, nei quattro anni di indagine MasterCard non è riuscita a presentare le prove empiriche richieste per dimostrare effetti positivi per l'innovazione e l'efficienza che permetterebbero di trasferire una parte equa dei vantaggi derivanti dalla MIF ai consumatori. La Commissione ha dunque concluso che la MIF di MasterCard non determina efficienze oggettive che potrebbero controbilanciare gli effetti negativi sulla concorrenza dei prezzi tra le banche che fanno parte del suo sistema»*.

La decisione in discorso dunque non rappresenta una controtendenza rispetto all'orientamento indicato dalla comunicazione, quanto piuttosto la verifica della sua perdurante validità.

9.3. Della questione si è parlato anche negli incontri fra EPC e Commissione UE sopra richiamati. A questo riguardo è stata chiesta dalle DG competenti un'analisi dettagliata relativa al funzionamento delle commissioni interbancarie, delle quali, in sostanza, si intende acquisire la dimostrazione della indispensabilità. Pare quindi che qui la questione – del resto in analogia con quanto sembra essere l'orientamento delle autorità nazionali, a cominciare da quella italiana – non sia più che, purché vi siano i requisiti richiesti, le MIF possono essere esentate, quanto piuttosto di chiedersi se esse sono davvero necessarie e utili per il funzionamento stesso del sistema cui accedono.

Al riguardo, il mantenimento delle commissioni interbancarie nei sistemi di pagamento incontra, nel tempo, una serie crescente di ostacoli. Anzitutto, l'atteggiamento delle autorità. Come accennavo, è sufficiente il rinvio all'orientamento di quella italiana rispetto alle commissioni ABI per enucleare una strategia di medio periodo volta a richiedere abbassamenti continui delle stesse, quasi a prescindere dall'analisi dei costi che deve sorreggerne la determinazione: fino a quando non saranno più remunerative e dunque occorrerà scegliere soluzioni alternative.

In secondo luogo, la difficoltà di formulare l'analisi dei costi secondo criteri che siano oggettivi, percorribili, condivisi dall'autorità. Va da sé quando si tratta, come accadrebbe qui per le MIF delle carte nei Paesi UE o per il *direct debit* nel medesimo ambito, di ricostruire costi riferiti a banche che operano secondo criteri non omologabili.

Infine, ma l'argomento è tutt'altro che residuale, vi sono Paesi – sia pure con una diversa organizzazione del mercato, a sua volta diversa da quella degli altri Paesi UE – che non applicano commissioni interbancarie alle carte, come la Danimarca, l'Olanda, la Norvegia, la Finlandia e il Lussemburgo, come pure è stato ricordato negli incontri fra EPC e Commissione. Sempre in questa ottica, la Commissione ha richiesto lumi all'EPC su come introdurre una commissione interbancaria per il *direct debit* a livello comunitario, atteso che in ben 17 dei 25 Stati membri non è prevista una commissione siffatta a livello domestico.

Per chiudere su questo profilo, ricordo che su Internet si è appresa la notizia che *Eurocommerce*, una associazione che rappresenta operatori nella vendita al dettaglio e all'ingrosso, ha segnalato alla Commissione il comportamento dell'EPC che non sarebbe stato corretto nella redazione del *framework* sulle carte, perché le soluzioni ivi accolte non sarebbero in linea con le regole *antitrust*. È probabilmente da questa iniziativa che è scattato il “*dialogue on SEPA*”, ma essa sicuramente è il segno dell'interesse che la vicenda da varie parti e in varie sedi suscita e, dunque, della necessità di pervenire a soluzioni trasparenti ed efficaci.

9.4. Sempre a livello di accordo, la vincolatività del medesimo è garantita nel modo che si è visto, modo che non può non ripercuotersi anche sulla clientela. Se, al di là delle clausole che costituiscono il contratto del cliente con la banca (ordinante o beneficiaria), v'è da chiedersi se sia giustiziabile il danno subito dal cliente medesimo per il mancato rispetto da parte della sua banca di prescrizioni del *Rulebook*, una volta che sia dimostrato, appunto, il danno, l'inadempimento e il nesso causale. A me pare che la risposta debba essere positiva, in quanto le regole dei *Rulebook* – che integrano *ex novo* ed *ex professo* la prestazione di un servizio di pagamento – rappresentano una sorta di codice di *best practice* nella effettuazione di quel servizio e dunque un parametro di diligenza, buona fede e professionalità cui correttamente il giudice può rapportare il comportamento della banca inadempiente.

9.5. Ma se si concorda con questa tesi, occorre pure ritenere che la clientela debba essere informata dettagliatamente dei contenuti dello Schema, precettivi per la banca, in modo da conoscere qual è il comportamento che essa si è obbligata a tenere aderendo al *Rulebook*. Solo così il cliente può apprezzare, *ex adverso*, gli scostamenti che eventualmente registrasse nell'atteggiamento della banca nella fornitura del servizio.

9.6. Se così è, l'asimmetria informativa – che può impedire di fatto la giustiziabilità, da parte del cliente, delle conseguenze per lui dannose dell'inadempimento del *Rulebook* imputabile alla banca – deve essere colmata non con qualche inserimento di clausole nel contratto di conto corrente, ma attraverso la stesura di una vera appendice ad esso, che riassume il funzionamento e gli obblighi dello Schema in capo ai diversi attori. Certo, non la trasposizione pedissequa del *Rulebook*, che sarebbe di scarsa o nulla utilità al cliente, attesa la sua estrema analiticità, ma una sintesi dei profili di maggior rilevanza nell'incidenza dei rapporti con il cliente. Insomma, credo che sui profili di trasparenza del servizio – intesa in senso sostanziale e dunque anche al di là del mero rispetto formale della legge (*rectius*: delle istruzioni di vigilanza) – sarebbe auspicabile una riflessione più consapevole.

9.7. Una volta che si siano costituiti i requisiti per la giustiziabilità *ex latere* cliente dell'inadempimento al *Rulebook*, il diritto applicabile non è più quello belga bensì quello che deriva dall'applicazione del diritto internazionale privato nonché dalla disciplina consumeristica, che prevede d'ufficio il foro di residenza del consumatore. Se così è e

se, dunque, si dovesse applicare il diritto e la giurisprudenza italiani, non ritengo che debbano troppo modificarsi gli orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità da esecuzione di bonifico che sono stati elaborati per i bonifici domestici.

9.8. Una riflessione specifica meritano gli strumenti alternativi al giudice ordinario che lo Schema intende approntare e sui quali vi sono ancora opzioni da sciogliere, l'una – come detto – orientata a evitare il più possibile il ricorso alla magistratura, l'altra invece che vede nel suo utilizzo lo sbocco naturale dopo una conciliazione non riuscita. Questo, per quanto riguarda l'Italia, vuol dire verificare se gli strumenti di adr esistenti siano coerenti con le necessità di una adeguata, pronta ed economica risoluzione delle controversie. Ci si riferisce all'*ombudsman*, al conciliatore bancario, alla ancora non attuata soluzione di cui all'art. 128-bis t.u.b., che è in grado, quest'ultima, di provocare una serie di novità nel panorama oggi esistente.

9.9. Gli spunti fin qui raccolti discendono dalla natura di accordi che i *Rulebook* – e, probabilmente anche il *Framework* sulle carte – rivestono. Il tratto cooperativo proprio del sistema dei pagamenti è la causa della necessaria collaborazione fra gli operatori, cooperazione che di per sé è antitetica alla competitività fra gli stessi. Occorre però trovare un equilibrio duraturo fra le due esigenze, parimenti necessarie per lo sviluppo del sistema.

Sotto altro profilo, la figura dell'accordo richiama le problematiche connesse con la struttura convenzionale dello stesso: vincolatività delle prescrizioni accettate con l'adesione; rilievo delle violazioni; incidenza sui rapporti “*a valle*” con la clientela.

Quest'ultimo aspetto, sicuramente il più sensibile e delicato, implica potenziali controversie fra cliente e banca, derivanti dal mancato adempimento di quest'ultima dagli obblighi assunti indirettamente con il cliente stesso al momento dell'adesione all'accordo. È come se questi accordi, codici di *best practice*, procedure, ecc. si atteggiassero a “*contratti a favore di terzi*”, ogni volta (cioè quasi sempre) in cui si tratta di accordi fra banche volti a formalizzare le modalità di gestione di un servizio fornito alla clientela in modo unitario. È su questo aspetto che penso occorrerebbe riflettere ancora come profilo di ordine sistematico, nel quale far rifluire il senso giuridico degli accordi e le loro problematiche applicative e di principio.

CAPITOLO VII
PROFILI SANZIONATORI, PROCEDURE DI RECLAMO E DI RICORSO
EXTRAGIUDIZIALI PREVISTI DALLA DIRETTIVA 2007/64/CE:
SPUNTI PER UNA LETTURA SISTEMATICA

Marcello Condemi

SOMMARIO: 1. *I considerando della “direttiva”.* – 2. *I contenuti della “direttiva”.* – 3. *Principi dell’impianto normativo e tipologia degli interventi previsti dal legislatore comunitario.* – 3.1. *segue: le disposizioni strettamente sanzionatorie e la natura degli interventi repressivi.* – 3.2. *La ratio della distribuzione delle scelte sanzionatorie.* – 3.3. *Le procedure di reclamo.* – 3.4. *Le procedure di ricorso extragiudiziale per la risoluzione delle controversie.* – 4. *Conclusioni.*

1. I considerando della “direttiva”.

Obiettivo della direttiva 2007/64/CE (relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno) è quello di istituire un “efficiente” “mercato unico dei servizi di pagamento” (considerando n. 60) vale a dire, secondo quanto stabilito dalla direttiva medesima, un sistema di pagamenti in cui “il prestatore del servizio esegua l’operazione di pagamento in modo corretto ed entro i tempi stabiliti” (considerando n. 46).

L’attuale quadro giuridico in materia di servizi di pagamento vede coesistere, infatti, 27 ordinamenti nazionali (considerando n. 2) nei cui confronti trovano applicazione numerosi atti normativi comunitari (148) dando luogo, per la loro eterogeneità, a “confusione e incertezza giuridica” (considerando n. 3).

Il “mercato unico dei servizi di pagamento”: a) armonizza le disposizioni nazionali riguardanti: a1) “l’accesso al mercato di nuovi prestatori di servizi di pagamento” (istituti di pagamento); a2) i “requisiti prudenziali”; a3) i “requisiti di informazione”; a4) i “diritti e gli obblighi degli utenti e dei prestatori di servizi di pagamento” (considerando n. 5); b) rappresenta per i “consumatori”, rispetto agli esistenti sistemi nazionali, un chiaro progresso in termini di “neutralità”, di “costi”, di “sicurezza e di efficacia” (considerando n. 4).

Per l’accesso al mercato si richiede un’autorizzazione unica per tutti i prestatori di servizi di pagamento, che non siano collegati alla raccolta di depositi o all’emissione di moneta elettronica; tali soggetti, denominati “istituti di pagamento”, sono persone giuridiche che non rientrano nelle esistenti categorie di prestatori di servizi di pagamento in tutta la Comunità (*id est*: enti creditizi che raccolgono depositi da utenti che possono servire per il finanziamento di operazioni di pagamento; istituti di moneta elettronica che emettono moneta elettronica che può servire per finanziare operazioni di pagamento; uffici postali) (considerando n. 10).

La direttiva, nel costituire il mercato unico dei servizi di pagamento, affronta anche il delicato tema della tutela dei consumatori. A tale argomento sono dedicati un rilevante numero di considerando.

Una prima preoccupazione è quella di assicurare “la trasparenza delle condizioni e dei requisiti di informazione applicati ai servizi di pagamento” (considerando n. 18).

Viene apprestato, poi, un diverso livello di protezione tra consumatori e imprese. Alcune disposizioni centrali della direttiva debbono trovare applicazione a prescindere dallo *status* del fruitore del servizio di pagamento. Ma la più attenta protezione va assicurata al consumatore, nel cui ambito vanno ricondotte anche le microimprese (raccomandazione 2003/361/CE relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie

(148) Direttiva 97/5/CE sui bonifici transfrontalieri; regolamento CE n. 2560/2001 relativo ai pagamenti transfrontalieri in euro; raccomandazione 87/598/CEE relativa ad un codice europeo di buona condotta in materia di pagamento elettronico (relazioni tra istituti finanziari, commercianti e prestatori di servizio e consumatori); raccomandazione 88/590/CEE concernente il rapporto tra il proprietario della carta e l’emittente della carta; raccomandazione 97/489/CE riguardante i rapporti tra gli emittenti ed i titolari di strumenti di pagamento elettronici (atti normativi comunitari, tutti consultabili sul sito Internet dell’Unione europea <http://www.europea.eu.int>).

imprese) (149), i cui diritti sono garantiti con disposizioni non derogabili contrattualmente (considerando n. 20).

I consumatori debbono essere protetti contro pratiche sleali ed ingannevoli; e ciò conformemente con quanto prevede la direttiva 2005/29/CE, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, la direttiva 2000/31/CE relativa al commercio elettronico nel mercato interno, e la direttiva 2002/65/CE, in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori (considerando n. 22) (150).

Assume centralità, nell'ambito della tutela dei consumatori, il diritto di costoro, tra l'altro, di ricevere informazioni importanti a titolo gratuito prima che gli stessi risultino vincolati da qualsiasi contratto di servizio di pagamento (considerando n. 26); di ricevere le informazioni di base sulle operazioni di pagamento effettuate (considerando n. 28); di risolvere, in un'ottica di mobilità del cliente, un contratto quadro, decorso un anno dalla sua sottoscrizione, senza dover sostenere spese (considerando n. 29); di considerare nulle ed inefficaci le clausole e le condizioni contrattuali per la fornitura e l'uso di uno strumento di pagamento che aumenti l'onere della prova per il consumatore o riduca l'onere della prova per l'emittente (considerando 33); di ottenere un rimborso quando l'operazione di pagamento è controversa, senza che ciò influisca né sulla responsabilità del pagatore nei confronti del beneficiario derivante dal rapporto sottostante né sul diritto dell'utente a poter revocare un ordine di pagamento (considerando n. 36); di fruire, in relazione ai servizi di pagamento, di un efficace sistema di diritti ed obblighi (considerando n. 37).

Il mercato dei servizi di pagamento, a tutela della sua efficienza ed efficacia, deve prevedere il diritto del fruitore del servizio di pagamento di ottenere l'esecuzione degli ordini di pagamento denominati in euro o in una valuta di uno Stato membro non appartenente all'area dell'euro, compresi i bonifici e le rimesse di denaro, al massimo in un giorno (considerando n. 43); di ottenere, in mancanza di diversa pattuizione, l'esecuzione di tutti gli altri pagamenti nello stesso termine (considerando n. 43); di conoscere, in un'ottica di libera scelta del prestatore dei servizi, i costi e le spese reali dei servizi di pagamento (considerando n. 45).

La direttiva, infine, nell'intento di attribuire vigore alle regole di funzionamento del mercato dei servizi di pagamento traccia, sebbene non organicamente, le linee direttrici per la realizzazione di un efficace assetto di "enforcement".

Sul piano dell'intervento punitivo, in particolare, si sottolinea la necessità di assicurare l'effettiva osservanza delle disposizioni di diritto nazionale adottate in attuazione della direttiva. Da qui l'obbligo per i singoli ordinamenti: a) di "stabilire procedure appropriate tramite le quali (sia) possibile presentare reclami contro i prestatori dei servizi di pagamento che non rispett(i)no tali disposizioni e assicurare che, laddove appropriato, siano imposte sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive" (considerando n. 50); b) di "assicurare una composizione extragiudiziale accessibile ed efficace sotto il profilo dei costi dei conflitti tra i prestatori e i consumatori dei servizi di pagamento derivanti dai diritti e dagli obblighi previsti dalla (...) direttiva" (considerando n. 51).

(149) Consultabile sul sito Internet dell'Unione europea <http://www.europea.eu.int>.

(150) Direttive consultabili sul sito Internet dell'Unione europea <http://www.europea.eu.int>.

Gli Stati membri debbono stabilire, inoltre, “*se le autorità competenti designate per rilasciare l’autorizzazione agli istituti di pagamento possano essere anche le autorità competenti per la procedura di reclamo e di ricorso extragiudiziale*” (considerando n. 52).

2. I contenuti della “direttiva”.

La parte dispositiva della direttiva, con cui si traducono i principi indicati nei considerando, si articola in sei titoli, contenenti complessivamente 96 articoli.

2.1. La direttiva, nel titolo I, contenente oggetto, ambito di applicazione e definizioni, stabilisce all’art. 1 non solo le regole in base alle quali gli Stati membri distinguono le sei categorie di prestatori di servizi di pagamento (enti creditizi; istituti di moneta elettronica; uffici postali; istituti di pagamento; Banca centrale europea e Banche centrali nazionali o altre autorità pubbliche; gli Stati membri o le rispettive autorità regionali e locali ove non agiscano in quanto autorità pubbliche), ma anche “*le regole concernenti la trasparenza delle condizioni e i requisiti informativi per i servizi di pagamento*”, nonché i “*diritti e (gli) obblighi degli utenti e dei prestatori dei servizi di pagamento*”.

Negli artt. 2 e 3 si definisce l’ambito di applicazione e nell’art. 4 si riportano le definizioni utili per una corretta applicazione della direttiva.

2.2. Il titolo II, dedicato ai prestatori di servizi di pagamento, si suddivide in due capi, il primo riguardante gli istituti di pagamento (sezione I: Disposizioni generali; sezione II, Altre condizioni; sezione III, Autorità competenti e vigilanza; sezione IV, Deroga), il secondo, relativo alle Disposizioni comuni.

Nella sezione III del capo I si stabilisce, anzitutto, quali debbano essere le autorità competenti responsabili dell’autorizzazione e della vigilanza prudenziale degli istituti di pagamento; compito, questo, che l’art. 20, affida ad “*autorità pubbliche o (ad) enti riconosciuti dall’ordinamento nazionale o (ad) autorità pubbliche espressamente abilitate a tal fine dall’ordinamento nazionale, comprese le banche centrali nazionali*”. Autorità, tutte, appartenenti allo “*Stato membro di origine*”.

Tali autorità – che “*garantiscono l’indipendenza dagli enti economici e evitano conflitti di interesse*” – sono munite di “*tutti i poteri necessari all’adempimento delle loro funzioni*”.

Alle autorità competenti designate non viene richiesto di “*esercitare la vigilanza sulle attività commerciali degli istituti di pagamento diverse dalla prestazione dei servizi di pagamento, di cui all’allegato, e dalle attività di cui all’art. 16, paragrafo 1, lettera a)*” (151).

Gli Stati membri, ai sensi dell’art. 21, assicurano che i “*controlli effettuati dalle autorità competenti per verificare il rispetto permanente del (titolo II) siano proporzionati, adeguati e consoni ai rischi ai quali sono esposti gli istituti di pagamento*”.

(151) “*Prestazione di servizi operativi e servizi accessori strettamente connessi, come garanzia dell’esecuzione di operazioni di pagamento, servizi di cambio, attività di custodia e registrazione e trattamento dati*”.

Le autorità competenti, al fine di verificare il rispetto delle regole contenute nel titolo II, sono autorizzate, ex art. 21, par. 1, della direttiva:

- a) ad esigere che l'istituto di pagamento fornisca tutte le informazioni necessarie a tal fine;
- b) ad effettuare ispezioni presso l'istituto di pagamento, presso qualsiasi agente o succursale che presti servizi di pagamento sotto la responsabilità del primo ovvero presso qualsiasi entità cui vengano esternalizzate attività;
- c) ad emettere raccomandazioni, linee guida e, se del caso, disporre provvedimenti amministrativi vincolanti;
- d) a sospendere o revocare l'autorizzazione nei casi di cui all'articolo 12; la revoca deve essere motivata e comunicata agli interessati.

Gli Stati membri – ferme restando le procedure per la revoca delle autorizzazioni e le disposizioni del diritto penale – prevedono che *“le rispettive autorità competenti possano irrogare sanzioni nei confronti degli istituti di pagamento, o dei dirigenti responsabili, che si sono resi colpevoli di infrazioni alle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative in materia di vigilanza o di esercizio dell'attività in materia di servizi di pagamento, o adottare provvedimenti la cui applicazione è diretta a far cessare le infrazioni accertate o a rimuoverne le cause”* (152).

Gli Stati membri, ai sensi dell'art. 21, par. 3, assicurano che *“le autorità competenti”* possano adottare i provvedimenti di cui al par. 1 al fine di *“garantire un capitale sufficiente per i servizi di pagamento, soprattutto qualora le attività diverse dai servizi di pagamento dell'istituto di pagamento danneggino o rischino di danneggiare la solidità finanziaria di quest'ultimo”*.

Ai sensi dell'art. 23, par. 1, gli Stati membri assicurano che *“contro le decisioni prese dalle autorità competenti nei riguardi di un istituto di pagamento in applicazione delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative adottate conformemente alla presente direttiva, sia possibile presentare ricorso in sede giurisdizionale”*.

Il ricorso deve ammettersi, nelle stesse ipotesi di cui al par. 1, *“anche in caso di silenzio”*.

Ai sensi dell'articolo 29 gli *“Stati membri vietano alle persone fisiche o giuridiche che non siano prestatori di servizi di pagamento, né siano espressamente escluse dall'ambito della presente direttiva, di prestare i servizi di pagamento indicati nell'allegato”* (153).

(152) La direttiva, correttamente, tiene ben distinto il piano dell'intervento amministrativo di cura dell'ordinato svolgimento del mercato dei servizi di pagamento, cui sono rivolti i provvedimenti di sospensione e/o di revoca delle autorizzazioni ad operare in qualità di istituto di pagamento, rilasciate ex art. 10, da quello, ben diverso, di intervento sanzionatorio, che la stessa direttiva distingue, a sua volta, in amministrativo e penale.

(153) La norma non prevede alcuna sanzione da comminare in caso di violazione del divieto. Si ritiene, tuttavia, che la violazione di esso, pur non essendo esplicitamente correlata ad una sanzione da comminare, debba comunque essere punita. La direttiva prevede all'art. 21 la comminazione di sanzioni, aventi carattere amministrativo, per violazioni di gran lunga meno rilevanti di quelle appena indicate; sanzioni, tutte, applicabili ad istituti di pagamento autorizzati. A *fortiori* la sanzione deve essere prevista laddove il soggetto eserciti *“abusivamente”* attività nel campo dei servizi di pagamento; in tali ipotesi, in base al criterio della *“proporzionalità”* richiamato nella circolare della Presidenza del Consiglio del 19.11.1983 avente ad

2.3. Il titolo III attiene alla “*trasparenza delle condizioni e requisiti informativi per i servizi di pagamento*”.

Esso si articola: a) nel capo I, contenente “*regole generali*”, nel cui ambito trova collocazione l’articolo 30 in cui si precisa che l’intero titolo III si applica “*alle singole operazioni di pagamento, ai contratti quadro e alle operazioni di pagamento da essi contemplate. Le parti possono decidere che esso non si applichi, interamente o parzialmente, se l’utente di servizi di pagamento non è un consumatore*”; b) nel capo II, relativo alle “*singole operazioni di pagamento*”, contenente l’art. 35, ai sensi del quale le disposizioni in esso contenute si applicano “*a singole operazioni di pagamento che non rientrano in un contratto quadro*”; c) nel capo III, riguardante i “*contratti quadro*”, nell’ambito del quale l’art. 40 precisa che il capo in questione si “*applica alle operazioni di pagamento rientranti in un contratto quadro*”; d) nel capo IV, concernente “*disposizioni comuni*”.

2.4. Il titolo IV riguarda “*diritti e obblighi in relazione alla prestazione e all’uso di servizi di pagamento*”.

Il titolo è composto di 5 capi.

Il capo I, contenente “*disposizioni comuni*”, prevede che all’utente non consumatore possano non applicarsi le disposizioni contenute: a) nell’art. 52, par. 1 (secondo cui il prestatore di servizi di pagamento non può addebitare all’utente dei servizi di pagamento le spese per l’adempimento dei suoi obblighi di informazione); b) nell’art. 54, par. 2, secondo comma (l’operazione di pagamento è considerata come non autorizzata ove il consenso ad eseguirla non sia stato dato nella forma convenuta tra il pagatore e il prestatore dei servizi di pagamento); c) nell’art. 59 (prova di autenticazione ed esecuzione delle operazioni di pagamento); d) nell’art. 61 (responsabilità del pagatore per l’utilizzo non autorizzato di operazioni di pagamento); e) nell’art. 62 (rimborsi per operazioni di pagamento disposte dal beneficiario o per il suo tramite); f) nell’art. 63 (richieste di rimborso per operazioni di pagamento disposte dal beneficiario o per il suo tramite); g) nell’art. 66 (irrevocabilità di un ordine di pagamento); h) nell’art. 75 (mancata esecuzione o esecuzione inesatta).

Ai sensi dell’art. 51, par. 2, gli “*Stati membri possono prevedere che l’articolo 83 (ricorso extragiudiziale) non si applica se l’utente dei servizi di pagamento non è un consumatore*”.

oggetto “*Criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*” (in *G.U.* 23.11.1984, supplemento n. 22) in base al quale la sanzione penale deve essere riservata agli illeciti di maggiore gravità, la sanzione prevedibile ed applicabile sembrerebbe essere appunto quella penale.

Va rilevato come molti studiosi siano ormai orientati verso il convincimento che l’area delle sanzioni penali debba essere ristretta entro limiti di stretta necessità, intendendo la sanzione penale come la *extrema ratio* della difesa sociale (Cfr. E. ROSINI, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1991, 17 e ss.); impostazione, questa, accolta dalla commissione di giuristi che ha elaborato i “*criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*” diramati dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri con la richiamata circolare.

D’altronde, negli altri segmenti dell’intermediazione finanziaria, l’esercizio abusivo delle attività oggetto di autorizzazione, in ragione della sua obiettiva gravità, è sempre presidiato da sanzione penale. Si vedano, in proposito, gli articoli 131 del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, in materia di abusiva attività bancaria, e 161 del d.lgs 24 febbraio 1998, n. 58, in tema di abusivismo finanziario.

Per completezza va rilevato che la richiamata circolare, oltre al criterio della proporzionalità, richiama il criterio della “*sussidiarietà*”, secondo cui il ricorso alla sanzione penale è giustificato quando, in relazione ad una determinata fattispecie di illecito, non vi siano sanzioni amministrative parimenti o maggiormente efficaci.

Il capo II riguarda l'“*autorizzazione di operazioni di pagamento*”. L'art. 54, par. 1, prevede, in particolare, che “*un'operazione di pagamento sia considerata autorizzata solo se il pagatore ha dato il suo consenso ad eseguire l'operazione di pagamento*”.

Rileva, in particolare, la circostanza, disciplinata nell'art. 63, par. 2, secondo cui “*entro dieci giornate operative dal ricevimento di una richiesta di rimborso, il prestatore di servizi di pagamento rimborsa l'intero importo dell'operazione di pagamento, ovvero fornisce una spiegazione per il rifiuto del rimborso, precisando gli enti cui il pagatore può deferire la questione conformemente agli articoli 80 (reclami), 81 (sanzioni), 82 (autorità competenti) e 83 (ricorso extragiudiziale), qualora non accetti la giustificazione fornita*”.

Il capo III concerne l'“*esecuzione di un'operazione di pagamento*”. Esso si suddivide in tre sezioni.

La sezione I è rubricata “*ordini di pagamento e importi trasferiti*”.

La sezione II è rubricata “*tempi di esecuzione e data valuta*”.

La sezione III è rubricata “*responsabilità*”. Si ritiene che si tratti di responsabilità civile giacché l'art. 75 precisa: a) al par. 1, comma 2, che “*quando il prestatore di servizi di pagamento del pagatore è responsabile ai sensi del primo comma (“il ... prestatore di servizi di pagamento è responsabile nei confronti del pagatore della corretta esecuzione dell'operazione di pagamento”), egli risarcisce senza indugio al pagatore l'importo dell'operazione di pagamento non eseguita o eseguita in modo inesatto e, se del caso, ripristina per il conto di pagamento sul quale era stato addebitato tale importo la situazione che sarebbe esistita se l'operazione di pagamento eseguita in modo inesatto non avesse avuto luogo*”; b) al par. 1, comma 3, che “*qualora il prestatore di servizi di pagamento del beneficiario sia responsabile ai sensi del primo comma (“il ... prestatore di servizi di pagamento è responsabile nei confronti del pagatore della corretta esecuzione dell'operazione di pagamento”), egli mette senza indugio l'importo dell'operazione di pagamento a disposizione del beneficiario ed accredita eventualmente l'importo corrispondente sul conto di pagamento del medesimo*”.

L'art. 76 prevede la possibilità di eseguire una “*compensazione finanziaria ulteriore rispetto a quella prevista dalla (III) sezione*”; compensazione, questa, che “*può essere determinata conformemente alla legislazione applicabile al contratto stipulato fra l'utente e il suo prestatore di servizi di pagamento*”.

L'art. 78, infine, prevede che la “*responsabilità di cui ai capi 2 (autorizzazione di operazioni di pagamento) e 3 (esecuzione di un'operazione di pagamento) non si applica in caso di circostanze esterne (...) anormali e imprevedibili, le cui conseguenze non si sarebbero potute evitare nonostante ogni diligenza impiegata nei casi in cui un prestatore di servizi di pagamento sia vincolato da altri obblighi di legge previsti dalla normativa nazionale o comunitaria*”.

Il capo IV riguarda la “*protezione dei dati*”. Ai sensi dell'art. 79 gli “*Stati membri autorizzano il trattamento di dati a carattere personale da parte di sistemi di pagamento (“sistemi di trasferimento di fondi regolat(i) da disposizioni formali e standardizzate e regole comuni per il trattamento, la compensazione e/o il regolamento di operazioni di pagamento”) e di prestatori di servizi di pagamento (“organismi di cui all'art. 1, par. 1”, della direttiva) qualora ciò sia necessario per garantire la prevenzione, l'indagine e l'individuazione dei casi di frode nei pagamenti. Il trattamento di tali dati a carattere personale è effettuato in conformità della direttiva 95/46/CE*” (154).

(154) Consultabile sul sito Internet dell'Unione europea <http://www.europea.eu.int>.

Il capo V, in cui sono contenute, a fianco dei capi 3 e 4 del titolo II, altre disposizioni di ordine sanzionatorio, riguarda le *“procedure di reclamo e di ricorso extragiudiziali per la risoluzione delle controversie”* e si compone di due sezioni.

La sezione I, che concerne le *“procedure per i reclami”*, contenente l’art. 80, rubricato come *“reclami”*, l’art. 81, rubricato come *“sanzioni”* e l’art. 82, che riguarda le *“autorità competenti”*.

Ai sensi dell’articolo 80, par. 1, gli Stati membri *“assicurano che siano istituite procedure che consentano agli utenti dei servizi di pagamento e ad altre parti interessate, incluse le associazioni dei consumatori, di presentare reclami alle autorità competenti in relazione a presunte violazioni da parte di prestatori di servizi di pagamento delle disposizioni di diritto interno che danno attuazione alle disposizioni della presente direttiva”*.

Se del caso, dispone il par. 2, e *“fatto salvo il diritto di presentare un reclamo dinanzi a un tribunale in conformità della legislazione nazionale in materia di procedure, la risposta dell’autorità competente informa il reclamante dell’esistenza delle procedure di reclamo e di ricorso extragiudiziali ai sensi dell’articolo 83”*.

Gli Stati membri, ex art. 81, par. 1, *“stabiliscono le norme riguardanti le sanzioni applicabili alle violazioni delle disposizioni di diritto interno adottate conformemente alla presente direttiva e prendono tutte le misure necessarie per garantirne l’applicazione. Tali sanzioni sono efficaci, proporzionate e dissuasive”*.

Gli Stati membri, ai sensi del par. 2, *“notificano alla Commissione le norme e le misure di cui al paragrafo 1 e l’identità delle autorità competenti ai sensi dell’articolo 82 entro il 1° novembre 2009”*.

Gli Stati membri, ai sensi dell’art. 82, par. 1, *“prendono le misure necessarie per garantire che le procedure di reclamo e le sanzioni previste rispettivamente dall’art. 80, par. 1, e dall’art. 81, par. 1, siano amministrare dalle autorità incaricate di assicurare il rispetto delle disposizioni di diritto interno adottate conformemente ai requisiti stabiliti nella presente sezione”*.

“In caso di violazione o di sospetta violazione delle disposizioni della legislazione nazionale adottata ai sensi dei titoli III e IV della presente direttiva, quale autorità competente di cui al paragrafo 1 è costituita quella dello Stato membro d’origine del prestatore dei servizi di pagamento, ad eccezione degli agenti o delle succursali che operano in regime di libero stabilimento, le cui autorità competenti sono quelle dello Stato membro ospitante” (art. 82, par. 2).

La sezione II, rubricata come *“procedure di ricorso extragiudiziale”*, contiene il solo articolo 83 in materia di *“ricorso extragiudiziale”*.

Gli Stati membri, ai sensi dell’art. 83, *“vigilano affinché siano istituite procedure di reclamo e di ricorso extragiudiziale adeguate ed efficaci per la risoluzione delle controversie tra gli utenti e i loro prestatori di servizi di pagamento, aventi come oggetto diritti e obblighi derivanti dalla presente direttiva; per tali procedure, se del caso, si può ricorrere ad organismi esistenti”*.

2.5. Il titolo V riguarda *“misure di attuazione e comitato dei pagamenti”*.

2.6. Il titolo VI, infine, contiene le *“disposizioni finali”*.

L'articolo 86, par. 1, dispone in particolare che, fatte salve talune disposizioni, gli Stati membri, nella misura in cui la direttiva contiene disposizioni armonizzate, “non possono mantenere o introdurre disposizioni diverse da quelle stabilite nella (...) direttiva” medesima.

3. Principi dell'impianto normativo e tipologia degli interventi previsti dal legislatore comunitario.

Le linee ed i principi direttivi dell'impianto normativo da realizzare si riscontrano, in misura assai scarsa, nei considerando 50-52 della direttiva. Ad essi, stante la funzione-obiettivo di indirizzo da attribuirsi ai considerando, avrebbe dovuto attenersi il legislatore comunitario nella formulazione della parte sostanziale.

In realtà gli indicati principi, anche in ragione della loro non esaustività, ricevono una non soddisfacente traduzione nella parte dispositiva.

Qui di seguito si proverà ad indicarne le ragioni.

Il legislatore comunitario, in primo luogo, raccomanda di realizzare un impianto normativo efficace che “assicur(i) l'effettiva osservanza delle disposizioni di diritto nazionale in attuazione della (...) direttiva”; impianto efficace che può realizzarsi, stante la lettera del considerando n. 50, stabilendo “procedure appropriate tramite le quali sarà possibile presentare reclami contro i prestatori di servizi di pagamento che non rispettano tali disposizioni e assicurare che, laddove appropriato, siano imposte sanzioni proporzionate e dissuasive”.

L'impianto sembra completarsi con la previsione – non pregiudizievole del diritto di avviare un'azione legale presso gli organi di giustizia statale – di “assicurare una composizione stragiudiziale accessibile e(d) efficace (...) (delle controversie) tra i prestatori e i consumatori dei servizi di pagamento derivanti dai diritti e dagli obblighi previsti dalla (...) direttiva” (considerando n. 51).

In nessun modo, si precisa nel considerando n. 51, può essere indebolita la protezione garantita al consumatore dalle leggi del Paese dove questi risiede abitualmente (ex art. 5, par. 2, della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali).

Nel considerando n. 52 si sottolinea che gli Stati debbono orientarsi verso la designazione delle “autorità competenti” al rilascio dell'autorizzazione agli istituti di pagamento quali autorità competenti sia per la procedura di reclamo sia per la procedura di ricorso extragiudiziale. La logica di tale previsione è quella di evitare irragionevoli quanto dannose ripartizioni di competenze tra le autorità, a tutto vantaggio della chiarezza e dell'efficacia dell'azione amministrativa.

L'impianto, quindi, dovrebbe ruotare, per un verso, attorno a procedure di reclamo da avviarsi contro i prestatori di servizi di pagamento che non rispettino le norme emanate in attuazione della direttiva oltre che attorno alla previsione di un più generale potere sanzionatorio che consenta l'irrogazione di misure effettive, proporzionate e dissuasive; per altro verso, attorno a procedure di composizione stragiudiziale delle controversie che mantengano immutato il diritto ad esercitare, a tutela di proprie posizioni soggettive, azioni giudiziarie dinanzi agli organi statali.

Un nucleo di principi così scarno e per giunta nebuloso – che accomuna, in un’ottica sanzionatoria, procedure di reclamo e sanzioni – ha trovato concreta, ma non conforme traduzione, nella parte dispositiva della direttiva, e segnatamente negli articoli 21 e 80-83.

3.1. segue: le disposizioni strettamente sanzionatorie e la natura degli interventi repressivi.

La direttiva prevede due disposizioni aventi contenuto strettamente sanzionatorio: a) l’art. 21, collocato nel titolo II (Istituti di pagamento, sezione III – Autorità competenti e vigilanza), secondo cui “*le autorità competenti possono irrogare sanzioni (...)*” nei confronti di coloro che “*si sono resi colpevoli di infrazioni alle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative in materia di vigilanza o di esercizio dell’attività in materia di servizi di pagamento*”; b) l’art. 81, collocato nel titolo IV (Diritti ed obblighi in relazione alla prestazione e all’uso di servizi di pagamento, capo V – Procedure di reclamo e di ricorso extragiudiziali per la risoluzione delle controversie, sezione I – Procedure per i reclami), ai sensi del quale “*(g)li Stati membri stabiliscono le norme riguardanti le sanzioni applicabili alle violazioni delle disposizioni di diritto interno adottate conformemente alla presente direttiva (adottando) tutte le misure necessarie per garantirne l’applicazione. Tali sanzioni sono efficaci, proporzionate e dissuasive*”.

Un primo interrogativo è se, con le espressioni appena richiamate, il legislatore comunitario abbia inteso riferirsi a sanzioni in senso tecnico ovvero a misure che, pur rappresentate o talvolta (denominate) come sanzioni, producano solo effetti sfavorevoli in capo al destinatario.

Si tratta in realtà, per le ragioni di cui appresso, di vere e proprie sanzioni.

Si tratta cioè di misure che creano una conseguenza sfavorevole in capo al destinatario responsabile della commissione di un illecito (violazione di un precetto); conseguenza sfavorevole consistente, almeno nell’astratta logica sanzionatoria, nell’inflizione di un male ritenuto maggiore rispetto al beneficio che dalla violazione possa derivare.

Si tratta di misure che, per essere sanzionatorie, debbono essere munite del carattere dell’afflittività e debbono porsi come conseguenza di un comportamento anti-giuridico. Da qui la considerazione secondo cui non è sanzione la misura, di carattere preventivo e cautelare, che non presuppone l’accertamento della violazione; e così anche la dichiarazione di nullità o la rimozione dell’atto invalido, in quanto la reazione dell’ordinamento opera sull’atto e non sul soggetto; e, altresì, la reintegrazione dello stato di cose antecedente alla trasgressione, da cui esula qualsiasi finalità afflittiva (155).

(155) Cfr. A. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 334 e ss.; *contra*, N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. Digesto it.*, Torino, 1969, 534, che distingue le sanzioni a seconda che si ispirino al principio della retribuzione, che considera nel rendere “*male per male*” ovvero al principio della riparazione che consiste nell’*“eliminare o per lo meno nell’attenuare il male”*.

Solo le sanzioni afflittive, quindi, sono sanzioni in senso proprio (156).

Sia l'art. 21 sia l'art. 81 presuppongono, in linea con quanto contenuto nei pertinenti considerando, la violazione di un precetto (l'art. 21 richiede che i soggetti si siano “*resi colpevoli di infrazioni*” mentre l'art. 81 parla espressamente di “*violazioni*”); detti articoli, inoltre, presuppongono l'accertamento della violazione. E non potrebbe essere diversamente, atteso che l'autorità competente ad irrogare la sanzione, sul piano logico oltre che giuridico, può a ciò provvedere solo in quanto già abbia, sulla base di apposita e rigorosa istruttoria, accertato la sussistenza della violazione.

L'art. 23 prevede, poi, la possibilità di ricorso in sede giurisdizionale “*contro le decisioni prese dalle autorità competenti nei riguardi di un istituto di pagamento in applicazione delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative adottate conformemente alla (...) direttiva*”; “*decisioni*”, queste, comprensive, come si ritiene, anche delle determinazioni assunte in materia sanzionatoria. D'altronde, la possibilità di ricorso giurisdizionale, da intendersi come una delle diverse modalità di introduzione della domanda in un giudizio, non esclude la possibilità di ottenere una pronuncia di accertamento.

Trattandosi di sanzioni afflittive occorre chiedersi di quale tipologia di sanzioni, all'interno di tale scansione, si tratti.

Le sanzioni afflittive si suddividono in sanzioni pecuniarie (consistenti nel pagamento di una somma di denaro) e sanzioni interdittive (che incidono sull'attività del soggetto colpito).

La scelta della forma repressiva da adottare è affidata al legislatore nazionale potendo esso optare, in presenza di così ampie (ed imprecise) prescrizioni, sia per la previsione di ipotesi sanzionatorie solo pecuniarie o solo interdittive sia, anche, per entrambe, nel caso di particolare gravità della violazione o di reiterazione degli illeciti.

L'art. 21, par. 2, ultima parte, non esclude inoltre che, in sostituzione o in aggiunta alle sanzioni in senso tecnico, si possa prevedere l'adozione di “*provvedimenti la cui applicazione è diretta a far cessare le infrazioni accertate o a rimuoverne le cause*”. Tale ultima tipologia di provvedimenti – consistente tecnicamente in un comando (provvedimento

(156) Il requisito dell'afflittività costituisce, in generale, un elemento strutturale della sanzione in senso tecnico. Esso si riscontra non solo nella sanzione amministrativa ma anche nella sanzione penale.

All'afflittività è estraneo qualsiasi riferimento alla conservazione o al ripristino dell'interesse leso dalla violazione del precetto, che si riscontra per converso nelle misure riparatorie e ripristinatorie. Queste ultime, quindi, non sarebbero vere e proprie sanzioni sebbene esse, talvolta, vengano, anche nella legislazione, sinteticamente denominate sanzioni. Sul piano delle relazioni amministrative va segnalato come la sanzione amministrativa in senso tecnico soddisfi un'esigenza generale di tutela dell'ordinamento, nel quadro di un rapporto di supremazia generale nei confronti dei cittadini, a differenza delle sanzioni di tipo riparatorio e ripristinatorio, che sono invece volte a tutelare, nel quadro di un rapporto di supremazia speciale con il sanzionato, interessi specifici e settoriali dell'amministrazione (Cfr. G. COLLA-G. MANZO, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2001, 141 e ss.).

La distinzione tra misure riparatorie e ripristinatorie è rinvenibile nella circostanza che le prime, pur essendo presente spesso il pagamento di una somma di denaro, non hanno finalità afflittive ma più propriamente carattere risarcitorio (si vedano, ad esempio, le sanzioni in materia di tutela delle cose di interesse storico ed artistico); mentre, le seconde, strumenti tipici di tutela in materia urbanistica, mirano alla *reductio in pristinum* e quindi al risarcimento del danno in forma specifica (cfr. C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1989, 305).

ablatorio personale) (157) volto a far cessare un comportamento violativo di precetti o a ripristinare lo *status quo ante* (funzione c.d. ripristinatoria) – appare tuttavia assai limitato, posto che rimangono fuori i provvedimenti volti ad impedire che si compiano determinati atti, qual è il caso ad esempio dei provvedimenti assumibili ex art. 78 del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni e integrazioni (testo unico bancario) (158), o che abbiano un contenuto ordinatorio specifico, quali ad esempio la convocazione di esponenti aziendali, l'ordine di convocazione degli organi collegiali o anche la convocazione diretta degli stessi, provvedimenti, questi, di vigilanza prudenziale previsti dall'art. 53, comma 3, del testo unico bancario e, anche, dall'art. 7 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni e integrazioni (testo unico della finanza).

L'articolo 81 della direttiva sembra, per contro, escludere la possibilità di concepire, in aggiunta o in sostituzione alle sanzioni in senso tecnico, provvedimenti ablatori personali concretantisi in comandi o divieti.

Manca, anzitutto, a differenza dell'articolo 21, un'esplicita menzione in tal senso. Si precisa, inoltre, che le sanzioni da adottare debbono essere “*efficaci*”, “*proporzionate*” e “*dissuasive*”. Quindi, anche a voler trascurare il dato formale rappresentato dall'uso della locuzione tecnica di “*sanzioni*”, vi è un'esplicita menzione alla “*violazione delle disposizioni di diritto (...)*” e, anche, alla necessità che le sanzioni siano “*efficaci, proporzionate, dissuasive*”. E' pur vero che i requisiti della “*efficacia*” e della “*proporzionalità*” costituiscono il patrimonio genetico dei provvedimenti ablatori personali; risulta, però, difficile immaginare che il requisito della “*dissuasività*” (che è proprio delle sanzioni in senso tecnico) possa rintracciarsi nei comandi e nei divieti in cui si concretano i richiamati provvedimenti ablatori.

Sotto il profilo della tutela – posto che ai sensi dell'articolo 23 è possibile presentare ricorso in sede giurisdizionale “*contro le decisioni prese dalle autorità competenti nei riguardi di un istituto di pagamento in applicazione delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative adottate conformemente alla (...) direttiva*” e che, più in generale, ai sensi del considerando n. 51 è immutato il diritto dei clienti di avviare un'azione legale – si è ritenuto, fino a non molto tempo addietro, che sussistesse la giurisdizione ordinaria con riferimento alle misure afflittive (in quanto esulerebbero dall'area dei poteri autoritativi e discrezionali conferiti alla pubblica amministrazione per la cura di interessi pubblici) e che, viceversa, sussistesse la giurisdizione amministrativa avuto riguardo alle misure ripristinatorie (o alternative rispetto a quelle ripristinatorie); tale demarcazione, tuttavia, si è da ultimo attenuata, avendo il legislatore con la legge 21 luglio 2000, n. 205 e successive modificazioni e integrazioni (Disposizioni in materia di giustizia amministrativa) notevolmente ampliato la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (159).

(157) Con l'espressione “*atto ablatorio*” ci si riferisce generalmente a quei provvedimenti con i quali la pubblica amministrazione sottrae a un privato un suo diritto, di solito patrimoniale, verso il corrispettivo di un indennizzo. Si tratta di atti ablatori reali, conosciuti come espropriazioni, requisizioni, occupazioni, etc. A fianco ad essi, peraltro, vi è una fascia di provvedimenti con cui l'amministrazione impone obblighi privando il soggetto della libertà di scegliere se agire. Si parla in tali casi di atti ablatori personali. Nell'ambito degli atti ablatori personali si annoverano gli ordini. A fronte degli atti ablatori, siano essi personali o reali, il soggetto è titolare di interessi legittimi oppositivi (cfr. A. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 329).

(158) Ai sensi del quale la Banca d'Italia “*può imporre il divieto di intraprendere nuove operazioni (...)*”.

(159) Recenti pronunce, nel solco dell'ampliamento dell'area della giurisdizione amministrativa, hanno riconosciuto la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario, relativamente ad una controversia risarcitoria (in forma pecuniaria o diretta per equivalente) conseguente a meri comportamenti della pubblica amministrazione, nella quale sia fatto valere un diritto soggettivo assoluto, sovrastante all'amministrazione, di guisa che questa non ha alcun potere, neppure per motivi di interesse pubblico specialmente rilevante, non solo di affievolirlo, ma anche di pregiudicarlo nel fatto indirettamente (Cass., S.U., 8 novembre 2006, n. 23735).

L'art. 103 Cost., secondo la Corte costituzionale, pur non avendo conferito al legislatore ordinario un'assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, tuttavia gli ha riconosciuto il potere di indicare "*particolari materie*" nelle quali la tutela nei confronti della pubblica amministrazione investe "*anche*" diritti soggettivi. Deve trattarsi, peraltro, di materie determinate nelle quali la pubblica amministrazione agisce nell'esercizio del suo potere (160).

Non osta, ad ogni modo, alla validità costituzionale dell'impianto la natura "*fondamentale*" dei diritti soggettivi coinvolti nella controversie "*non essendovi alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario – con esclusione del giudice amministrativo – la tutela di diritti costituzionalmente protetti*" (161).

Nel campo sanzionatorio amministrativo in materia bancaria e finanziaria (intesa questa nel senso ampio del termine) la legislazione in punto di tutela, a conferma del non chiaro riparto di giurisdizione fin qui registratosi, risulta variamente orientata.

Avverso i provvedimenti sanzionatori previsti dal testo unico bancario e dal testo unico della finanza la tutela giurisdizionale viene affidata, ex artt. 145 del t.u.b. e 195 del t.u.f., al giudice ordinario (Corte d'appello di Roma, per il t.u.b., Corte d'appello del luogo in cui ha sede la società o l'ente cui appartiene l'autore della violazione, per il t.u.f.); mentre avverso i provvedimenti sanzionatori irrogati dal Garante della concorrenza e del mercato la tutela è affidata, ai sensi dell'articolo 33 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato), alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Risulta affidata al medesimo plesso giurisdizionale la tutela in materia sanzionatoria assicurativa, in forza dell'articolo 326, comma 7, del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, (Codice delle assicurazioni private), mentre risulta affidata alla Corte d'Appello di Roma nella materia sanzionatoria pensionistica complementare (Fondi pensione), ex art. 19-quater, comma 4, del d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, (Disciplina delle forme pensionistiche complementari).

Da tempo si discute sulla necessità che, nei diversi segmenti in cui si articola il mercato finanziario, si faccia ordine sulle procedure e sulle autorità competenti a conoscere, sul fronte giudiziario, delle opposizioni e dei ricorsi proposti avverso i provvedimenti sanzionatori. Di recente, un passo in avanti verso una legislazione più attenta alla corretta distribuzione dei poteri sanzionatori in capo alle autorità di settore è stato compiuto assegnando alla Banca d'Italia, alla Consob e all'Isvap, un potere, non più di proposta all'Autorità politica di settore, ma di irrogazione della sanzione (162).

(160) Corte cost. sentenze n. 104 del 2004 e n. 191 del 2006. Si esclude, poi, che la giurisdizione possa competere al giudice ordinario per il solo fatto che la domanda abbia ad oggetto esclusivo il risarcimento del danno. Il giudizio amministrativo, infatti, in questi casi assicura la tutela di ogni diritto: e ciò non soltanto per effetto dell'esigenza, coerente con i principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 Cost., di concentrare dinanzi ad un unico giudice l'intera protezione del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica, ma anche perché quel giudice è idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa (Corte cost., sentenza n. 191 del 1996).

(161) Corte cost., sentenza n. 140 del 2007.

(162) Le innovazioni più significative da ultimo apportate alla materia sanzionatoria bancaria e finanziaria riguardano la titolarità del potere di irrogare le sanzioni, non più in capo al Ministero dell'Economia e delle Finanze, ancorché su proposta della Banca d'Italia o della Consob, bensì, ex art. 9 della legge 18 aprile 2005,

Si auspica che il legislatore, in concomitanza con il recepimento della direttiva, colga l'occasione per mettere ordine, quanto meno sul fronte delle competenze giurisdizionali, alla non uniforme disciplina esistente.

3.2. La *ratio* della distribuzione delle scelte sanzionatorie.

Ma perché nella direttiva sono previste due diverse disposizioni, contenute negli articoli 21 e 81, aventi entrambe contenuto strettamente sanzionatorio?

Le sanzioni di cui all'articolo 21 si applicano (soltanto) nei confronti degli istituti di pagamento e dei loro dirigenti, in quanto responsabili, vale a dire in quanto colpevoli di infrazioni alle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative in materia di vigilanza o di esercizio dell'attività in materia di servizi di pagamento.

Le sanzioni si applicano, dunque, all'istituto di pagamento, cioè, ex art. 4, punto 4, *“alla persona giuridica che è stata autorizzata a prestare ed eseguire servizi di pagamento in tutta la Comunità”* ai sensi dell'art. 10. Si tratta di sanzioni applicabili alla persona giuridica, ma anche ai dirigenti, intendendosi per dirigenti non solo i soggetti che formalmente rivestano tale qualifica nell'organizzazione dell'ente, ma anche coloro che svolgano al suo interno funzioni di responsabilità, cioè partecipino alla formazione della volontà dell'ente e allo svolgimento dell'oggetto statutario.

Le norme violate sono quelle in materia di vigilanza e cioè le norme contenute nel titolo II, atteso che l'art. 21, par. 1, comma 2, della direttiva attribuisce alle Autorità competenti (di cui all'art. 20), al fine di verificare il rispetto di detto titolo, una serie di poteri: a) di richiedere informazioni; b) di effettuare ispezioni; c) di emettere raccomandazioni; d) di sospendere o revocare l'autorizzazione. Ma anche, come si precisa nell'articolo 21, paragrafo 2, il potere di *“irrogare sanzioni”* ferme restando le *“procedure per la revoca delle autorizzazioni e le disposizioni del diritto penale”*.

L'articolo 21 consente, quindi, alle *“autorità competenti”* anche di irrogare sanzioni; ed esse sono irrogabili, non solo per le violazioni di cui al titolo II, ma anche per le

n. 62 (legge comunitaria 2004), in capo alla Banca d'Italia o alla Consob, secondo le rispettive competenze; al riguardo la dottrina, da tempo, aveva denunciato l'incongruenza della distribuzione di competenze in campo sanzionatorio tra autorità politica ed autorità tecnica, privando irragionevolmente quest'ultima dell'esclusivo esercizio di uno dei momenti, quale è quello repressivo, in cui si articola, unitamente alla potestà di ordine e di verifica, l'attività di vigilanza da essa esercitata (cfr. M. CONDEMI, *Commento all'art. 145 d.lgs. n. 385/1993*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, sec. ed., Tomo II, 1125).

L'attribuzione all'autorità di vigilanza del potere sanzionatorio ha, poi, richiesto che nelle relative procedure venissero soddisfatti, attraverso accorgimenti di ordine organizzativo, i principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie [si vedano, in ordine ai profili organizzativi e procedurali, la delibera Consob n. 15086, concernente *“Disposizioni organizzative e procedurali relative all'applicazione di sanzioni amministrative e istituzione dell'Ufficio sanzioni amministrative”*, il provvedimento della Banca d'Italia n. 473798 del 27 aprile 2006, in *G.U.* n. 108 dell'11 maggio 2006, riguardante modalità organizzative per l'attuazione del principio della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie nell'ambito della procedura sanzionatoria (art. 24, comma 1, della legge 28 dicembre 2005, n. 262)].

Sulla materia sanzionatoria in generale si vedano, da ultimo, M. CONDEMI, *Commento agli artt. 144 e 145*, in Alpa-Zatti, in corso di stampa, nonché S. CECI JAPICHINO, *Le sanzioni amministrative*, in *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, a cura di Galanti, Padova, 2008, 1421 e ss.

violazioni delle norme che disciplinano l'“esercizio dell'attività in materia di servizi di pagamento”. Ai sensi dell'art. 4, punto 3, sono “servizi di pagamento” le attività commerciali elencate nell'allegato alla direttiva. Le violazioni hanno ad oggetto, in pratica, gli obblighi di cui alle norme contenute nei titoli III e IV.

L'art. 81 prevede, invece, che siano applicabili sanzioni alle “violazioni delle disposizioni di diritto interno adottate conformemente alla direttiva”.

Si tratta di sanzioni irrogabili con riferimento a tutte le violazioni delle norme emanate in attuazione della direttiva; quindi, come potrebbe sembrare, anche con riferimento alle violazioni delle norme contenute nel titolo II e per le quali vi è già la previsione dell'art. 21.

In realtà non è così. La sovrapposizione che, *prima facie*, sembra esservi tra l'articolo 21 e l'articolo 81, quanto ad ambito di applicazione, è solo apparente, atteso che: a) l'articolo 21 sanziona tutte le violazioni di “vigilanza” (*rectius*: di cui al titolo II) e, anche, quelle attinenti alla prestazione di servizi di pagamento (contenute nei Titoli III e IV) commesse dagli istituti di pagamento; b) mentre l'articolo 81 sanziona le violazioni delle norme adottate in attuazione dell'intera direttiva (dedotte quelle del titolo II) commesse da tutti i prestatori di servizi di pagamento (ad eccezione degli istituti di pagamento) quali le banche, le poste, gli imel, le banche centrali e gli Stati membri ove non agiscano in quanto tali.

Tale lettura sembra trovare riscontro nella circostanza che mentre le autorità competenti, ai sensi del titolo II, al rilascio dell'autorizzazione, all'esercizio della vigilanza prudenziale e all'irrogazione delle sanzioni sono le autorità pubbliche (comprese le banche centrali) nazionali del paese di origine di cui all'art. 20, paragrafi 1 e 4, viceversa le “autorità competenti” ad adottare le misure necessarie per garantire, tra l'altro, le sanzioni previste dall'art. 81, paragrafo 1, sono, ex art. 82, paragrafo 1, le “autorità incaricate di assicurare il rispetto delle disposizioni di diritto interno adottate conformemente [ai requisiti stabiliti nella presente sezione (*rectius* nella presente direttiva)]; locuzione, questa, di “presente direttiva” che può essere ulteriormente precisata, alla luce dell'art. 82, paragrafo 2, in cui si fa menzione “delle disposizioni della legislazione nazionale adottata ai sensi dei Titoli III e IV della presente direttiva”.

Quindi:

- a) le sanzioni in violazione delle norme di cui al titolo II e, anche, delle norme in materia di prestazione di servizi di pagamento commesse dagli istituti di pagamento, contenute nei Titoli III e IV, vengono irrogate dalle “autorità pubbliche o enti riconosciuti dall'ordinamento nazionale” dello Stato membro di origine competenti ex art. 20, paragrafi 1 e 4, della direttiva; l'art. 25, paragrafo 2, prevede, inoltre, che “al fine di (...) adottare le misure necessarie di cui all'art. 21 in relazione ad un agente, ad una succursale, o ad un'entità cui sono esternalizzate attività di un istituto di pagamento stabilito sul territorio di un altro Stato membro, l'autorità competente dello Stato membro d'origine collabora con le autorità competenti dello Stato membro ospitante”;
- b) le sanzioni in violazione delle norme di cui ai titoli III e IV di tutti gli altri prestatori di servizi di pagamento vengono irrogate dalle “autorità incaricate di assicurare il rispetto delle disposizioni di diritto interno adottate (in attuazione della direttiva)” ex art. 82, paragrafo 1; l'art. 82, paragrafo 2, prevede che per le violazioni delle disposizioni della legislazione nazionale adottata ai sensi dei

titoli III e IV è competente l'autorità dello Stato membro d'origine del prestatore di servizi di pagamento; è invece competente l'autorità dello Stato membro ospitante per le violazioni commesse dagli agenti o dalle succursali in regime di libera prestazione di servizi.

Secondo i testi normativi appena indicati si tratterebbe, dunque, di due distinte “*autorità competenti*”, l'una per l'irrogazione di sanzioni nei confronti degli istituti di pagamento, l'altra per l'irrogazione di sanzioni nei confronti di tutte le altre categorie di prestatori di servizi di pagamento; distinzione, questa, che il legislatore comunitario stranamente trascura in sede di considerando, ma che, per converso, si pone a proposito della possibile separazione di competenza in materia di reclamo e di ricorso extragiudiziale tra “*autorità competente*” di cui all'art. 21 e “*autorità competente*” di cui all'art. 81, precisando (e raccomandando) agli Stati membri di stabilire “*se le autorità competenti designate per rilasciare l'autorizzazione agli istituti di pagamento possano essere anche le autorità competenti per la procedura di reclamo e di ricorso extragiudiziale*”.

3.3. Le procedure di reclamo.

Occorre adesso esaminare la procedura di reclamo che, unitamente alla sanzione, costituisce l'apparato di *enforcement* concepito dalla direttiva contro le violazioni delle norme emanate in attuazione dei suoi precetti.

Le procedure di reclamo sono poste, ai sensi dell'articolo 80, par. 1, a disposizione: a) degli utenti dei servizi di pagamento; b) delle altre parti interessate; c) delle associazioni dei consumatori.

I reclami possono essere presentati in relazione a violazioni, commesse da tutti i prestatori dei servizi di pagamento (e quindi anche dagli istituti di pagamento), “*delle disposizioni di diritto interno che danno attuazione alle disposizioni della (...) direttiva*” (titoli II, III e IV).

Orbene, se le procedure di reclamo vengono amministrate, ex art. 82, paragrafo 1, dalle “*autorità incaricate di assicurare il rispetto delle disposizioni di diritto interno*” e se, come si ritiene, alle violazioni eventualmente accertate a seguito di reclamo si possono (e, anzi, si debbono) applicare le sanzioni previste dall'ordinamento, ecco che potrebbe determinarsi la seguente paradossale situazione:

- a) l'“*autorità competente*”, di cui all'art. 20, paragrafo 1, finirebbe per applicare le sanzioni amministrative ai soli istituti di pagamento e per le sole violazioni di norme (di vigilanza e relative alla prestazione di servizi di pagamento) accertate *motu proprio*, vale a dire al di fuori delle procedure di reclamo;
- b) l' “*autorità competente*”, di cui all'art. 81, paragrafo 1, dovrebbe applicare le sanzioni a tutti i prestatori di servizi di pagamento (inclusi gli istituti di pagamento) in conseguenza di reclami presentati per violazioni di disposizioni emanate in attuazione dell'intera direttiva (titoli II, III e IV).

Il che confliggerebbe con quanto contenuto nel considerando n. 52 che invita gli Stati membri a stabilire che le “*autorità pubbliche designate per rilasciare l'autorizzazione possano essere anche le autorità competenti per la procedura di reclamo e di ricorso extragiudiziale*”.

E ove, pur in assenza di una siffatta previsione nella direttiva, si dovesse pervenire ad una scelta “*riunificatrice*”, l’ autorità competente ex art. 20, paragrafo 1, sarebbe competente ad irrogare le sanzioni ai sensi dell’ art. 21, paragrafo 2, e a gestire le procedure sia di reclamo sia extragiudiziali.

Tale assetto di competenze, peraltro, anche a volere soprassedere sull’ assenza nella parte dispositiva della direttiva di una specifica disposizione riunificatrice, darebbe luogo, come tra breve si dirà, ad un’ ingiustificata quanto inefficiente moltiplicazione di autorità.

La soluzione probabilmente preferibile è quella della individuazione di un’ unica autorità competente, per gli istituti di pagamento e per gli altri prestatori di servizi di pagamento, cui attribuire il potere:

- a) di rilasciare l’ autorizzazione agli istituti di pagamento e di esercitare su di essi la vigilanza prudenziale;
- b) sanzionatorio su tutti i prestatori di servizi di pagamento e per tutte le violazioni di norme emanate in attuazione della direttiva;
- c) di conoscere, ex art. 80, i reclami presentati dagli “*utenti dei servizi di pagamento e (da) altre parti interessate, incluse le associazioni dei consumatori*”, in relazione a presunte violazioni, commesse da tutti i prestatori di servizi di pagamento, delle disposizioni di diritto interno emanate in attuazione della direttiva (163).

Discorso in parte diverso va fatto, come tra breve si vedrà, a proposito della procedura di ricorso extragiudiziale, per la quale il legislatore consente di poter ricorrere ad organismi già esistenti. L’ esigenza di concentrazione in capo ad un’ unica autorità, per la risoluzione delle controversie tra utenti (ivi inclusi i consumatori) e prestatori di servizi di pagamento, potrebbe quindi venire ugualmente soddisfatta facendo cadere la scelta su un unico organismo già costituito ed operante nel nostro ordinamento.

3.4. Le procedure di ricorso extragiudiziale per la risoluzione delle controversie.

L’ art. 83, paragrafo 1, prevede l’ istituzione di procedure di ricorso extragiudiziali, adeguate ed efficaci, per la risoluzione delle controversie tra utenti (ivi inclusi i consumatori) e prestatori di servizi di pagamento.

Si tratta di forme di composizione stragiudiziale delle controversie che, proprio negli ultimi anni, si sono notevolmente diffuse (*ADR – Alternative Dispute Resolution*).

La misura dell’ interesse verso tali forme di composizione delle controversie è riscontrabile in talune iniziative della Commissione europea la quale, su espresso mandato del Consiglio, ha da ultimo pubblicato un Libro verde relativo ai modi di risoluzione del-

(163) L’ art. 83, paragrafo 1, prevede anch’ esso incomprensibilmente “*procedure di reclamo*” per la risoluzione delle controversie tra utenti e i loro prestatori. Si ritiene, ad ogni modo, che si tratti di una svista del legislatore e che l’ articolo in questione, come d’ altronde conferma la stessa sua rubrica (“*Ricorso extragiudiziale*”), disciplini unicamente le procedure di risoluzione delle controversie nel cui ambito, con certezza, non rientrano le procedure di reclamo.

le controversie in materia civile e commerciale (164). Il diritto comunitario distingue tra procedure extragiudiziarie che portano alla composizione della controversia mediante l'intervento attivo di terzi che propongano o impongano una soluzione (raccomandazione 1998/257/CE del 30 marzo 1998) (165) e procedure basate sull'intervento di terzi che agevolino la risoluzione di una controversia facendo incontrare le parti ed assistendole (raccomandazione 2001/310/CE del 4 aprile 2001 (166)) (167).

Tra le procedure alternative più rilevanti va ricordata la *mediation* che, al pari della conciliazione, prevede come soluzione finale l'accordo negoziale tra le parti. La *mediation* si differenzia, peraltro, dalla conciliazione in quanto la prima ha carattere per così dire "facilitativo" mentre la seconda ha carattere "valutativo" (168). La conciliazione è espressione dell'autonomia negoziale; il verbale che la contiene deve avere ad oggetto diritti disponibili delle parti. Da qui la ragione secondo cui l'accordo conciliativo va interpretato sulla base della volontà delle parti utilizzando le regole ermeneutiche stabilite dall'articolo 1362 c.c. (169).

La forma di composizione delle controversie di cui all'art. 83, paragrafo 1, della direttiva 2007/64/CE è alternativa al processo statale; alternatività, questa, che il considerando n. 51 assicura facendo salve le "azioni legali". E non potrebbe essere diversamente, posto che l'art. 24 della nostra Costituzione sancisce, quale regola generale dell'ordinamento costituzionale, il diritto di "agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi".

L'art. 83, paragrafo 1, della direttiva 2007/64/CE dispone che, per le procedure di reclamo e di ricorso extragiudiziale, si possa ricorrere ad organismi esistenti.

Ma quali sono gli organismi oggi esistenti ai quali il legislatore potrebbe affidare le procedure di ricorso extragiudiziale?

Il fallimento della conciliazione giudiziale e la eccessiva lentezza dei processi civili costituiscono, per buona parte, le ragioni che hanno spinto il legislatore a prevedere la disposizione, contenuta nell'art. 12, comma 2, della legge 3 ottobre 2001, n. 366, di delega al Governo per la riforma del diritto societario, con cui si prefigurano "forme di conciliazione delle controversie civili in materia societaria anche dinanzi ad organismi istituiti da enti privati che diano garanzie di serietà ed efficienza e che siano iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero della giustizia". Il legislatore, dando attuazione a tale disposizione attraverso gli articoli 38-40 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, ha previsto l'istituzione, ad opera di soggetti pubblici e privati, di appositi "organismi di conciliazione", che abbiano ottenuto l'iscrizione nell'apposito registro tenuto dal Ministero della giustizia.

(164) Consultabile sul sito Internet dell'Unione europea <http://www.europea.eu.int>.

(165) Consultabile sul sito Internet dell'Unione europea <http://www.europea.eu.int>.

(166) Consultabile sul sito Internet dell'Unione europea <http://www.europea.eu.int>.

(167) Anche in questo campo, pur non essendo l'unico (si vedano, ad esempio, in materia di strumenti di pagamento le riflessioni di O. TROIANO, *I servizi elettronici di pagamento. Addebiti in conto non autorizzati: un'analisi comparata*, Milano, 1996, 92 e ss.), il legislatore comunitario ha preferito intervenire con strumenti "soft", mediante la previsione di forme aggiuntive di risoluzione, anziché con gli strumenti più tradizionali, cogenti, quali raccomandazioni e direttive. La ragione, probabilmente, è da ricercare nel fatto che la composizione stragiudiziale delle controversie, affiancandosi alla giustizia statale che costituisce lo strumento principe ed incancellabile di tutela dei diritti nell'ordinamento di ogni Stato, offre al cittadino solo uno strumento di tutela in più, aggiuntivo.

(168) Si veda, sul punto, L. GHIRGA, *Conciliazione e mediazione alla luce della proposta di direttiva europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 463 e ss.

(169) Cass. 22 giugno 2004, n. 11571.

La procedura conciliativa da questi governata, volta a risolvere le controversie in materia “*societaria, bancaria e finanziaria*”, si conclude con un verbale che, una volta omologato dal Tribunale, acquista efficacia di titolo esecutivo al pari della sentenza.

Un importante organismo di conciliazione (e non solo) è stato costituito nel nostro ordinamento nel 2005 per iniziativa dell’ABI (Associazione bancaria italiana). Si tratta del “*Conciliatore Bancario*” che quest’anno ha assunto, in ragione dell’ampliamento delle proprie competenze, la denominazione di “*Conciliatore BancarioFinanziario – Associazione per la soluzione delle controversie bancarie, finanziarie e societarie – ADR*”. Successivamente al trasferimento da parte dell’ABI della gestione dell’*Ombudsman* al *Conciliatore Bancario*, hanno aderito allo stesso oltre 900 intermediari (banche e finanziarie). Recentemente, a seguito di costruttivi e proficui contatti con le Associazioni rappresentative di società finanziarie di categoria e di prodotto, quali l’Assifact, l’Assilea, l’Assofin e l’Ufi, sono state raggiunte intese per l’adesione al *Conciliatore BancarioFinanziario* sia delle finanziarie aderenti a dette Associazioni sia delle Associazioni medesime; e ciò anche in previsione della nascita del costituendo sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie di cui all’art. 128-bis del testo unico bancario, introdotto dall’art. 29 della legge n. 262/2005 (legge per la tutela del risparmio), avente ad oggetto operazioni e servizi bancari e finanziari con esclusione di quelli in materia di servizi di investimento (170). Ha aderito al *Conciliatore BancarioFinanziario*, da ultimo, la società Poste Italiane, in relazione ai servizi di banco-posta.

Il *Conciliatore BancarioFinanziario*, come precisa l’art. 1 comma 1, dello statuto, ha carattere volontario, non ha finalità di lucro, ed è regolato dalle norme contenute nello statuto medesimo e, per quanto in esso non previsto, dagli articoli 36 e seguenti del codice civile.

L’Associazione, ex art. 2 dello statuto, promuove l’attività di: a) conciliazione stragiudiziale, anche ai sensi degli articoli 38, 39 e 40 del d.lgs. n. 5/2003, delle controversie nelle materie societaria, bancaria e finanziaria; b) soluzione in sede stragiudiziale delle controversie nelle materie di cui alla precedente lettera a), attraverso organismi collegiali, anche sul modello dell’*Ombudsman Bancario*, istituiti nel rispetto dei principi di diritto comunitario e della normativa nazionale; c) soluzione in sede stragiudiziale delle controversie anche attraverso procedure arbitrali che garantiscano il rispetto del principio del contraddittorio e della parità di trattamento tra le parti.

La condizione di associato, oltre a consentire l’utilizzo delle tre funzioni offerte dall’Associazione [*Ombudsman-Giuri Bancario* (Accordo del 1993), *Conciliazione* (d.lgs.

(170) La legge n. 262/2005 ha, con l’art. 27, comma 1, stabilito altresì la costituzione di un sistema di conciliazione ed arbitrato dinanzi alla Consob per le controversie, tra consumatori e intermediari finanziari, in materia di svolgimento di servizi di investimento, delegando il Governo ad emanare la necessaria disciplina. Con d.lgs. n. 179/2007 è stata istituita la Camera di conciliazione e di arbitrato presso la Consob demandando a quest’ultima la definizione, con regolamento da adottare entro il 14 novembre 2008, dei seguenti aspetti: a) organizzazione della camera; b) modalità di nomina dei componenti dell’elenco dei conciliatori e degli arbitri; c) requisiti di imparzialità, indipendenza, professionalità e onorabilità dei componenti del suddetto elenco; d) altre funzioni attribuite alla Camera; e) norme per i procedimenti di conciliazione e arbitrato; f) altre norme necessarie all’attuazione dell’organismo camerale. La Consob ha pubblicato nel proprio sito in data 4 agosto un “*Documento di consultazione*” avente ad oggetto la bozza di “*Regolamento disciplinante la Camera di conciliazione e di arbitrato istituita presso la Consob*”.

Si veda, sul ruolo delle autorità di vigilanza in materia di risoluzione delle controversie L. ENRIQUES, *Il ruolo delle Autorità di vigilanza sui mercati mobiliari nelle controversie economiche, Intervento al convegno “Il contenzioso in Italia e in Europa”*, Roma, 26 settembre 2008, consultabile sul sito www.consob.it.

n. 5/2003; d.m. 23 luglio 2004, n. 222; d.m. 23 luglio 2004, n. 223; raccomandazione 98-257-CE; raccomandazione 2001-310-CE) e *Arbitrato*], facilita, per ciascuna banca ed intermediario finanziario, l'assolvimento dell'obbligo di adesione al sistema stragiudiziale di risoluzione delle controversie previsto dal richiamato art. 128-bis del t.u.b.

Tale sistema – gestito dalla Banca d'Italia con il supporto di organismi associativi di intermediari – è stato regolamentato con deliberazione CICR n. 275 del 29 luglio 2008 (Disciplina dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela ai sensi dell'articolo 128-bis del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni). La delibera, all'art. 1, definisce “*controversia*” una contestazione relativa a “*operazioni e servizi bancari e finanziari*” e definisce, altresì, “*intermediari*” le “*banche, gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco di cui all'art. 106 del Tub che operano nei confronti del pubblico, gli istituti di moneta elettronica, Poste Italiane S.p.a. (...), le banche e gli intermediari esteri che svolgono in Italia nei confronti del pubblico operazioni e servizi disciplinati dal Titolo VI del Tub*”.

Possono aderire all'Associazione, ai sensi dell'art. 3 dello statuto, a) le banche e gli intermediari finanziari che svolgono una o più delle attività ammesse al mutuo riconoscimento (art. 1, comma 2, lettera f), del d.lgs. n. 385/1993), che fanno parte di gruppi bancari; b) le banche italiane che non fanno parte di gruppi bancari e le succursali di banche dell'Unione europea e di paesi terzi stabilite in Italia; c) le banche dell'Unione europea operanti in Italia senza stabilirvi succursali; d) gli intermediari finanziari sottoposti a vigilanza prudenziale, iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del d.lgs. n. 385/1993 o negli albi delle società di intermediazione mobiliare e delle società di gestione del risparmio (di cui, rispettivamente, agli articoli 20 e 35 del d.lgs n. 58/1998), nonché gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco generale di cui all'articolo 106 del d.lgs. n. 385/1993 e partecipati direttamente da banche in misura cumulativamente non inferiore al 51%; e) Poste Italiane S.p.a. in relazione all'attività di bancoposta.

Nella materia dei sistemi di pagamento, più in particolare, va menzionata la direttiva 97/5/CEE sui c.d. bonifici transfrontalieri (171), volta ad assicurare, a mente del considerando n. 2, che “*i singoli cittadini e le imprese, in particolare quelle piccole e medie, poss(a)no effettuare bonifici rapidi, sicuri ed economici da un capo all'altro del territorio della Comunità*”. Requisiti, questi, che la direttiva all'articolo 10, utilizzando una formula assai analoga a quella contenuta nel considerando n. 14, immagina di soddisfare richiedendo “*procedure di reclamo e ricorso adeguate ed efficaci per la soluzione delle eventuali controversie tra un ordinante e il suo ente o tra un beneficiario e il suo ente, utilizzando le eventuali procedure esistenti*” (172).

L'articolo 8 del d.lgs. 28 luglio 2000, n. 253, emanato in attuazione della direttiva 97/5/CEE, assegna agli “*enti*” (banche od altri enti) il compito di assicurare “*efficaci ed adeguate procedure di reclamo per la soluzione delle controversie tra l'ordinante o il beneficiario e gli enti medesimi*”, affidando ad un successivo decreto del “*Ministro del tesoro (...), su proposta della Banca d'Italia, (...) i criteri di svolgimento delle procedure di reclamo e di composizione dell'organo decidente*”.

(171) Consultabile sul sito Internet dell'Unione europea <http://www.europea.eu.int>.

(172) Sulla direttiva 97/7/CE in tema di bonifici transfrontalieri si veda A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Le iniziative dell'Unione europea in materia di strumenti di pagamento*, in *Europa e diritto privato*, 1999, fasc. 1, 267 e ss.

Il decreto in questione è il n. 456, del 13 dicembre 2001, (Criteri per la composizione degli organi decidenti e per lo svolgimento delle procedure di reclamo in materia di bonifici transfrontalieri), in cui è stabilito, anzitutto, che gli enti, anche per il tramite delle associazioni di categoria, “disciplinano con apposito atto di autoregolamentazione la composizione dell’organo decidente e la procedura di soluzione delle controversie”.

La decisione, secondo l’articolo 6, comma 2, “è assunta sulla base dei principi della direttiva 97/5/CE, delle previsioni di legge applicabili, di eventuali codici di condotta o secondo equità. La decisione è vincolante per l’ente se accettata dal reclamante”.

La decisione inoltre, ai sensi del successivo comma 3, “prevede un termine breve di adempimento per l’ente. L’atto di autoregolamentazione prevede penali adeguate in caso di ritardo nell’adempimento”.

Allo scopo, si ritiene, di non sovraccaricare l’organo preposto alla decisione del reclamo, l’articolo 7 del decreto stabilisce che l’atto di autoregolamentazione possa prevedere l’obbligo di esperire in via preventiva un tentativo di conciliazione affidandolo all’ufficio reclami, da istituire all’interno dell’ente. Il reclamo è presentato in tal caso all’ufficio reclami dell’ente il quale, entro trenta giorni, lo decide dandone comunicazione al cliente, che, ove insoddisfatto, può ricorrere all’organo decidente.

L’attuazione delle richiamate disposizioni in materia di bonifici transfrontalieri è avvenuta, per il settore bancario e finanziario, attraverso la costituzione di una sezione speciale dell’*Ombudsman-Giurì bancario* – attiva presso il *Conciliatore BancarioFinanziario* – destinata a dirimere le controversie in materia di bonifici transfrontalieri (cfr., in proposito, il regolamento delle procedure di reclamo in materia di bonifici transfrontalieri e, segnatamente, la parte II – sezione speciale dell’*Ombudsman Bancario* – artt. 4 – 10). La sezione è “competente a decidere controversie aventi ad oggetto l’indennizzo o il rimborso, dovute all’esecuzione del bonifico transfrontaliero, quantificabili nell’ammontare massimo dell’importo del bonifico medesimo, che non può comunque superare il valore di 50.000,00 euro, maggiorato delle spese sostenute dal cliente e di eventuali interessi legali calcolati secondo i criteri di cui all’art. 4, commi da 1 a 6, e di cui all’art. 6, comma 1, lettera a), del d.lgs. n. 253/2000” (art. 7, comma 4). La decisione “è motivata ed è assunta sulla base delle norme di legge applicabili, dei codici di condotta, nonché dei principi contenuti nella direttiva n. 97/5/CE, ovvero secondo equità” (art. 9, comma 3) (173).

L’art. 83, paragrafi 1 e 2, nell’esaurire l’intera sezione II dedicata alle procedure di ricorso extragiudiziali, disegna un sistema extragiudiziale di risoluzione delle controversie, che possiede i requisiti dell’adeguatezza e dell’efficacia, per la risoluzione delle controversie tra “gli utenti e i loro prestatori di servizi di pagamento”, aventi ad oggetto “diritti ed obblighi nascenti dalla (...) direttiva” (*rectius*: dalle disposizioni emanate in attuazione della direttiva).

(173) È stato, inoltre, costituito un organismo, denominato ODECOPT, avente il compito di decidere le controversie in materia di bonifici transfrontalieri di Poste Italiane. Tale organismo – la cui attività è disciplinata da un regolamento che trovasi pubblicato in *G.U.* 12 settembre 2002, Foglio inserzioni n. 214 e successive modificazioni e integrazioni (cfr. *G.U.* del 14 agosto 2004, Foglio inserzioni n. 190) – ha iniziato ad operare nel dicembre del 2003. La sua attività è stata finora assai limitata. La presenza, in seno al *Conciliatore BancarioFinanziario*, di un organismo deputato alla risoluzione delle controversie in materia di bonifici transfrontalieri attinenti l’intero comparto bancario e finanziario (con l’eccezione delle Poste), determina, nella materia *de qua*, un’incomprensibile frammentazione, che non può non ripercuotersi, tra l’altro, sull’omogeneità delle decisioni. Di tale frammentazione si auspica, in sede di recepimento della direttiva 2007/64/CE, il superamento.

Si tratta di una procedura che, in assenza di alcuna precisazione e limitazione normativa, si ritiene abbracci tutte le controversie nascenti tra “*utenti*” di qualsivoglia tipologia, ivi compresi i consumatori e le loro associazioni, con i “*prestatori di servizi di pagamento*”, comprensivi quindi degli istituti di pagamento e delle altre categorie di prestatori di servizi, nessuno escluso.

Quanto, poi, all’ autorità cui affidare la gestione di tali procedure, si ritiene doversi escludere che la scelta possa ricadere, secondo gli auspici del considerando n. 52 (non tradotto nella parte dispositiva della direttiva 2007/64/CE), sull’ “*autorità competente*” designata per il rilascio dell’ autorizzazione agli istituti di pagamento; e ciò, in linea con gli orientamenti espressi relativamente alle procedure di reclamo, per evitare frazionamenti di competenze nell’ area della prestazione di servizi di pagamento, posto che, per tale via ci si troverebbe dinanzi a due diverse autorità, l’ una ex art. 20, paragrafo 1, competente a conoscere i ricorsi per le controversie tra utenti e istituti di pagamento, l’ altra, ex art. 83, paragrafo 1, competente a conoscere le controversie tra utenti e prestatori di servizi di pagamento diversi dagli istituti.

Anche per i ricorsi extragiudiziali, quindi, l’ orientamento dovrebbe essere quello di assegnare ad un solo organismo la gestione dei ricorsi extragiudiziali per la risoluzione di tutte le controversie tra gli utenti (ivi compresi consumatori e loro associazioni) e tutti i prestatori di servizi di pagamento; organismo, questo, da scegliere, conformemente con la previsione sostanziale contenuta nell’ art. 83, paragrafo 1, della direttiva 2007/64/CE, tra quelli già esistenti e, occorre aggiungere, che segnatamente operino nel campo dei servizi finanziari.

4. Conclusioni.

Dalla ricostruzione fin qui condotta emerge, anzitutto, come l’ impianto della direttiva 2007/64/CE in materia sanzionatoria e nelle altre materie del reclamo e del ricorso presenti profili di evidente non organicità sia in punto di principi sia in punto di disposizioni sostanziali.

Ciò determina non poche difficoltà interpretative e, altresì, la necessità di enucleare soluzioni che siano, per un verso, rispettose delle linee normative approntate, per altro verso, soddisfino l’ esigenza di approntare, nel campo della prestazione dei servizi di pagamento, un sistema di *enforcement* efficiente ed efficace.

La soluzione che meglio appare rispondente a siffatte esigenze, sia sul piano sanzionatorio sia su quello delle procedure di reclamo, è quella di affidare ad un’ unica “*autorità competente*” che, in uno, eserciti la vigilanza sugli istituti di pagamento, provveda a curare, nei confronti dei medesimi e di tutti gli altri prestatori di servizi di pagamento, il momento regolatorio dell’ irrogazione della sanzione per tutte le violazioni di norme emanate in attuazione della direttiva, e, infine, provveda a conoscere, ex art. 80, i reclami presentati dagli “*utenti dei servizi di pagamento e (da) altre parti interessate, incluse le associazioni dei consumatori*”, in relazione a presunte violazioni, commesse da tutti i prestatori di servizi di pagamento, delle disposizioni di diritto interno emanate in attuazione della direttiva.

Sempre in un’ ottica di concentrazione delle competenze, una soluzione analoga a quella appena menzionata potrebbe essere adottata per quel che concerne le procedure di ricorso ex art. 83, assegnando ad un solo organismo la gestione dei ricorsi extragiudiziali

per la risoluzione di tutte le controversie tra gli utenti (ivi compresi consumatori e loro associazioni) e tutti i prestatori di servizi di pagamento; organismo, questo, da scegliere, conformemente con la previsione sostanziale contenuta nell'art. 83, paragrafo 1, tra quelli già esistenti e che, segnatamente, operino nel campo dei servizi finanziari.

Da qui l'esigenza, ove ci si voglia orientare in tal senso, di predisporre un quadro di principi di delegazione chiari e definiti, che mettano il Governo nelle condizioni di potersi agevolmente districare nella congerie di principi e di soluzioni sostanziali non sempre conformi con i primi; sì da apprestare un modulato ed efficace modello normativo delegato che coniughi, ad un tempo, esigenze di concentrazione, che permettano di esercitare un'azione di vigilanza chiara ed uniforme nei confronti dell'intera area della prestazione dei servizi di pagamento, oltre che esigenze di efficacia ed efficienza.

CAPITOLO VIII
SISTEMI DI PAGAMENTO E PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI.
PRIME NOTE

Roberto Lattanzi

SOMMARIO: 1. *Prologo.* – 2. *Aree di interferenza.* – 3. *(Segue) La vicenda Swift....* – 4. *(Segue) ... e qualche spunto di riflessione.* – 5. *Protezione dei dati personali quale ostacolo al contrasto alle frodi nei sistemi di pagamento?* – 6. *Ultime considerazioni: l'art. 79 della direttiva 2007/64/CE.*

1. Prologo.

Le discipline di protezione dei dati personali sono un corpo estraneo rispetto ai sistemi di pagamento o, come pure si è paventato, possono addirittura costituire un ostacolo al loro efficiente funzionamento?

Su questi quesiti, senza pretesa di organicità (e tanto meno di esaustività), si incentrano le annotazioni che seguono, più interessate a gettare un fascio di luce sulla “*terra di nessuno*” che già a prima vista sembra essere l’area di sovrapposizione tra protezione dei dati e sistemi di pagamento, piuttosto che a tracciare linee (che anche solo aspirino ad essere) definitive (174).

2. Aree di interferenza.

Nel tentativo di abbozzare una risposta agli interrogativi utilizzati come punto di partenza per queste riflessioni, conviene subito rilevare che, per quanto sia del tutto tradizionale la constatazione della natura trasversale delle discipline di protezione dei dati personali, uno dei settori che risulta essere tra i meno esplorati riguarda proprio le aree di interferenza con (le regole che presiedono al funzionamento de)i sistemi di pagamento (175). Ciò ancorché, per tempo, ad opera del Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa, con la raccomandazione n. R (90) 19, si fossero segnalati i rischi cui, anche in questo contesto, i dati personali (e i soggetti ai quali i medesimi si riferiscono) possono essere esposti (176).

Si tratta di lacuna che però non deve stupire, considerato che le stesse regole di funzionamento dei sistemi di pagamento non da molto hanno formato oggetto di più approfondita indagine in letteratura (177) e del pari recenti sono gli interventi normativi in questo settore

(174) Le considerazioni svolte – proprie dell’autore e in alcun modo riferibili all’Istituzione presso la quale opera – ripercorrono, con l’aggiunta di primi riferimenti bibliografici, il contenuto della relazione svolta nel corso del V Seminario PRIN delle Università di Siena, Foggia, Napoli e dell’Università cattolica – Sede di Piacenza su “*Tutela dei consumatori e servizi di pagamento nel nuovo quadro normativo comunitario*”, tenutosi a Roma il 4 aprile 2008 presso la Banca d’Italia.

(175) Con l’eccezione di un fugace cenno contenuto in S. MACCARONE, *Gli indirizzi comunitari in materia di sistemi e mezzi di pagamento*, in *Il sistema dei pagamenti: atti del convegno giuridico, Quad. ricerca giur. Banca d’Italia*, n. 29, Roma, 1993, 207, è rada la letteratura che risulta essersi interessata al tema ed è, peraltro, focalizzata su un profilo particolare, quello del trattamento di dati personali correlati all’utilizzo di carte di pagamento: cfr. M. HINDENLANG, *Datenschutz im kartengestützten Zahlungsverkehr*, Frankfurt a. M. – Berlin – Bern – Wien, 1999; S. KLEIN, *Zahlungskartenimplementierung – eine datenschutzbezogene Aufgabe*, Trier, 1995; J.M.A. BERKVENS, *Payment systems, data protection and cross-border data flows*, in Norton (a cura di), *Cross-border electronic banking. Challenges and opportunities*, London, 1995, 121. Sull’onda della vicenda *Swift* (sulla quale v. par. 2), cfr. S. IRASCHKO-LUSCHER, *Datenschutz beim Zahlungsverkehr: von der Bonitätsprüfung bis zum Forderungseinzug*, Frechen, 2008.

(176) Raccomandazione n. R (90) 19 del Comitato dei ministri agli Stati membri relativa alla protezione dei dati a carattere personale utilizzati ai fini di pagamenti e di altre operazioni connesse (adottata dal Comitato dei ministri il 13 settembre 1990), che già teneva conto della molteplicità di soggetti, diversi dai soli intermediari bancari, che (senza essere soggetti alla vigilanza delle banche centrali), in un contesto internazionalizzato, operavano all’interno dei sistemi di pagamento: cfr. CONSEIL DE L’EUROPE, COMITÉ DES MINISTRES, *Expose des motifs de la Recommandation N° R (90) 19 du Comité des Ministres aux états membres*, punti 6-8.

(177) Per queste considerazioni cfr. G. OLIVIERI, *Sistemi di pagamento*, in *Enc. giur.*, 1995, 1; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *L’interposizione della banca nell’adempimento dell’obbligazione pecuniaria*, Milano, 1997, 117; ancora in questo senso EAD., *I bonifici transfrontalieri dalla Direttiva 97/5/CE al D.*

(178). Interventi che sono venuti affiancandosi o sovrapponendosi ad accordi tra i partecipanti (consistenti in misura apprezzabile in norme tecniche di funzionamento dei sistemi medesimi) e che per lungo tratto, in via pressoché esclusiva, hanno regolato questa materia (179).

Già dall'esame delle normative comunitarie che si sono succedute sull'argomento e, in particolare, della più recente e corposa direttiva 2007/64/CE (180) si trae conferma della "marginalità" delle questioni più strettamente connesse alla protezione dei dati personali; a tale aspetto è dedicata, infatti, solo una disposizione, l'articolo 79, peraltro attinente a un profilo specifico, esso pure eccentrico rispetto al più generale tema dei sistemi di pagamento: quello del trattamento dei dati personali quale strumento di contrasto e prevenzione rispetto a fenomeni di frode nell'utilizzo di carte di pagamento (181).

Sarebbe tuttavia improprio interpretare la segnalata "marginalità" in termini di irrilevanza (o insignificanza) della disciplina di protezione dei dati personali. Anche nel contesto in esame, infatti, le discipline nazionali di recepimento della direttiva 95/46/CE trovano pressoché integrale applicazione (182), atteso che l'intero processo relativo al trasferimento di moneta scritturale o elettronica implica – data l'ampia latitudine delle definizioni fornite dall'art. 4, comma 1, lett. a) e b), d.lgs. n. 196/2003 – in ogni sua fase il trattamento di dati personali (183); ma rispetto ad esse il profilo generalmente colto non va oltre il pur rilevante

lgs. 28 luglio 2000, n. 253, in Banca borsa, 2001, I, 736. Tra i primi approfondimenti cfr. i contributi raccolti in BANCA D'ITALIA, Libro bianco sul sistema dei pagamenti in Italia, Roma 1987 (con riferimenti alle origini di Swift, 149 ss.); M. MANCINI – M. PERASSI, I trasferimenti elettronici di fondi, in Quad. ricerca giur. Banca d'Italia, n. 23, Roma, 1991; L. CERENZA, Profilo giuridico del sistema dei pagamenti in Italia, in Quad. ricerca giur. Banca d'Italia, n. 35, Roma, 1995; O. TROIANO, I servizi elettronici di pagamento. Addebiti in conto non autorizzati: un'analisi comparata, Milano, 1996.

(178) Nel contesto europeo merita ricordare i principali atti normativi intervenuti a regolare questa materia: si tratta di tre direttive (la 97/5/CE che riguarda i bonifici transfrontalieri, attuata nel nostro ordinamento con il d.lgs. 28 luglio 2000, n. 253; la 98/26/CE che concerne la definitività degli ordini immessi in un sistema di pagamento o di regolamento titoli, mediante attribuzione di valore giuridico agli accordi di *netting*, recepita con il d.lgs. 12 aprile 2001, n. 210; la 2002/65/CE sui servizi finanziari a distanza, posto che nella nozione di "servizio finanziario" rientra anche quella di servizio di pagamento, recepita con il d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190) e del regolamento 2560/2001/CE che introduce l'uguaglianza dei costi per i pagamenti transfrontalieri intracomunitari in euro e i corrispondenti pagamenti nazionali.

(179) V. ora il SEPA *Credit Transfer Scheme Rulebook* predisposto dall'*European Payment Council*.

(180) Direttiva 2007/64/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle direttive 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE e 2006/48/CE, che abroga la direttiva 97/5/CE, in *GUCE* n. L 319/1 del 5 dicembre 2007.

(181) La norma – sulla quale si tornerà al par. 6 e contenutisticamente non diversa dall'art. 71 della proposta di direttiva del 1° dicembre 2005, COM(2005) 603 def. – prevede che «*gli Stati membri autorizzano il trattamento di dati a carattere personale da parte di sistemi di pagamento e di prestatori di servizi di pagamento qualora ciò sia necessario per garantire la prevenzione, l'indagine e l'individuazione dei casi di frode nei pagamenti. Il trattamento di tali dati a carattere personale è effettuato in conformità della direttiva 95/46/CE*». Il considerando n. 49 così ne esplicita la ragione: «*[p]er agevolare l'effettiva prevenzione delle frodi e combattere le frodi nei pagamenti in tutta la Comunità, occorre prevedere uno scambio di dati efficace tra i prestatori di servizi di pagamento, i quali devono avere la possibilità di raccogliere, trattare e scambiare i dati personali relativi alle persone coinvolte in questo tipo di frodi. Tutte queste attività dovrebbero essere svolte nel rispetto della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati*».

(182) Con l'eccezione delle fattispecie riconducibili all'art. 8, comma 2, lett. d), d.lgs. n. 196/2003.

(183) Ciò comporta quindi, che la disciplina prevista dal Codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196) trovi integrale applicazione ai soggetti operanti nell'ambito di

(ma certo non esclusivo) aspetto della integrità dei dati trattati nell'ambito dei sistemi di pagamento e dei presidi tecnologici per assicurarne la confidenzialità (184): insomma, il profilo delle misure di sicurezza (art. 31 ss. d.lgs. n. 196/2003) (185).

Ricorrendo a una semplificazione, deve però riconoscersi – e gli spunti di riflessione che seguono intendono dar corpo (pur nei limiti della presente trattazione) a tale affermazione – che quanto più i pezzi monetari, diventando *bits* (186), si smaterializzano nelle reti di comunicazione – pilastri dell'infrastruttura che costituisce i sistemi di pagamento (187) –, tanta più importanza assumono le informazioni trattate, rappresentative (e descrittive) delle transazioni svolte elettronicamente; e, in pari tempo, tanto più urgente si manifesta la necessità di offrire loro adeguata protezione.

Insomma, la progressiva realizzazione della *cashless society* (inverata dal crescente ricorso ai sistemi di pagamento) comporta l'inevitabile innervamento dei sistemi di pagamento nell'architettura "*invisibile*" (fatta di sistemi informativi, reti di comunicazione e procedure) conosciuta con la formula ellittica di *information society*: tale circostanza, attesa la ritenuta necessità di assicurare l'"*affidabilità*" del settore considerato (188) e in

sistemi di pagamento; non ci si sofferma in questa sede in una disamina puntuale delle conseguenze di tale constatazione, rinviando alla manualistica in materia ormai estesa per l'identificazione dei singoli adempimenti. Semmai, data la complessità del funzionamento dei sistemi di pagamento e la pluralità di figure che a vario titolo intervengono nelle transazioni, può risultare complesso individuare il ruolo in termini di titolare o responsabile del trattamento, con tutte le conseguenze che tale qualificazione implica (come peraltro è emerso dalla vicenda *Swift* sulla quale si tornerà nel par. successivo).

(184) Cfr. BANCA D'ITALIA, *Le innovazioni nel sistema dei pagamenti elettronici: luci ed ombre nella diffusione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione. Le indagini su imprese, famiglie e pubblica amministrazione*, Roma, 2003, 55 ss.; D. RUSSO, *Il controllo dei rischi nei sistemi dei pagamenti*, in BANCA D'ITALIA, *Il sistema dei pagamenti italiano: progetti in corso e prospettive di sviluppo*, Roma, 1990, 241.

(185) Cfr. COMITATO SUI SISTEMI DI PAGAMENTO E REGOLAMENTO, *Principi fondamentali per sistemi di pagamento di importanza sistemica*, Rapporto del Gruppo di lavoro su principi e prassi nei sistemi di pagamento, Gennaio 2001, punto 7.7.3.: «Un sistema dei pagamenti consta di molte funzioni e componenti distinte. È un'ovvietà affermare che la sicurezza di ogni sistema è "forte solo quanto il suo anello più debole". Del pari, l'affidabilità operativa di un sistema dipende dall'affidabilità operativa di tutte le sue componenti (inclusi hardware, software, reti di telecomunicazione, fonti di energia e personale). I progettisti e i gestori di un sistema dei pagamenti dovrebbero pertanto occuparsi della sicurezza e dell'affidabilità operativa non solo delle componenti del sistema centrale, ma anche di quelle dei partecipanti al sistema (compresi quelli indiretti, ove del caso). Questo compito può spingersi oltre l'interfaccia iniziale dei partecipanti con il sistema, fino a includere ogni loro operazione in grado di produrre un impatto negativo sul sistema nel suo complesso. In tal modo, i partecipanti assumono una responsabilità per la sicurezza e l'affidabilità operativa dell'intero sistema dei pagamenti, e ciò dovrebbe risultare esplicitamente dalle regole e dai contratti relativi» (cfr. pure il punto 7.7.13). Sul profilo delle misure tecniche di sicurezza si incentrano alcuni contributi: cfr. D. KÜGLER, *Ein missbrauchsfreies anonymes elektronisches Zahlungssystem*, Diss. Darmstadt, 2002; M. FECHNER, *Sichere Informationssysteme. Analyse und Konzeption digitaler Zahlungssysteme*, Diss. Würzburg, 1999; K. SCHIER, *Vertrauenswürdige Kommunikation im elektronischen Zahlungsverkehr. Ein formales Rollen- und Aufgabenbasiertes Sicherheitsmodell für Anwendungen mit multifunktionalen Chipkarten*, Hamburg, 1999.

(186) Cfr. N. NEGROPONTE, *Essere digitali* (orig. *Being digital*), Milano, 1995, *passim*.

(187) È opinione unanime che chiave di volta della moderna espansione dei sistemi di pagamento sia costituita dall'evoluzione dell'informatica e della telematica (cfr. L. FANTOZZI, *Il trasferimento elettronico di fondi*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 1117; F. MOLITERNI, *I sistemi di pagamento dalla direttiva 98/26/CE a Target*, in *Dir. comm. int.*, 2000, 703), non disgiunta dall'internazionalizzazione dei mercati (A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La sorveglianza sui sistemi di pagamento: evoluzione morfologica, strumenti e limiti*, in *Banca borsa*, 2004, I, 437, 438).

(188) Cfr. BANCA D'ITALIA, *Libro bianco sulla sorveglianza del sistema dei pagamenti. Gli obiettivi, le modalità, i profili di interesse*, Roma, 1999, 13: «Ai fini dell'affidabilità, l'integrità finanziaria e tecnica dei circuiti di regolamento, delle infrastrutture tecniche e dei relativi gestori costituisce una condizione

pari tempo di garantire i diritti degli interessati (cioè dei soggetti cui si riferiscono i dati veicolati attraverso i sistemi di pagamento), da sola preclude la possibilità di tenere “fuori campo” le discipline dettate a tutela delle informazioni personali (189).

3. (Segue) La vicenda *Swift*...

Queste considerazioni sono confermate, se mai ve ne fosse la necessità, da vicende recenti che – oltre a mettere chiaramente in evidenza la dimensione transnazionale delle problematiche oggi connesse al funzionamento dei sistemi di pagamento (190) – hanno attirato l’attenzione dei cc.dd. *privacy advocates*, risvegliato quella degli operatori economici (quantomeno per limitare i c.d. *reputational risks*) (191), attivato il dibattito dei soggetti tenuti a svolgere compiti di vigilanza (da intendersi qui in senso atecnico) e determinato una (nuova) occasione di imbarazzo nei rapporti transatlantici (192): il riferimento va alla vicenda che ha coinvolto *Swift* (*Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication*),

basilare. In questo contesto è evidente l’interesse pubblico alla prevenzione di attività criminose sui mezzi di pagamento, lesive di interessi privati (frodi e contraffazioni), e di utilizzo degli strumenti per scopi illeciti, lesivi di interessi generali (riciclaggio di proventi illeciti)».

(189) Non è casuale che, in presenza del fiorire di strumenti di pagamento diversi dal contante, ci si sia interrogati sulla possibilità di eseguire comunque pagamenti elettronici anche rispettando l’anonimato del *solvens* (salva l’applicazione delle discipline in materia di riciclaggio); profilo colto chiaramente già dal CONSEIL DE L’EUROPE, COMITÉ DES MINISTRES, *Expose des motifs de la Recommendation N° R (90) 19 du Comité des Ministres aux états membres*, punto 17: «*Le fait est que les transactions sans espèces et sans papiers donnent lieu à des enregistrements là où il n’en existait pas autrefois. Le paiement en espèces, et donc l’absence de documentation, donne au particulier l’avantage de pouvoir préserver son anonymat. Pratiquement, la valeur informative d’une transaction en espèces est nulle car l’individu laisse très peu de traces tant à l’égard de la nature de la transaction qu’à l’égard de son identité. Cela étant, les nouveaux moyens de paiement se caractérisent par l’enregistrement de données et l’intervention de différentes parties. Les moyens de paiement électroniques ont un potentiel qui leur permet de révéler une quantité considérable de données à caractère personnel du fait de leur utilisation*». Tale caratteristica permette, allora, di «*surveiller le comportement économique du particulier et ses habitudes de consommation, et même ses mouvements*». Cenni al problema anche in G. FINOCCHIARO, *Prime riflessioni sulla moneta elettronica*, in *Contr. impr.*, 2001, 1345, 1359; v. pure EAD., *Il problema dei mezzi di pagamento*, in Tosi (a cura di), *I problemi giuridici di Internet. Dall’e-commerce all’e-business*, II ed., Milano, 2001, 147, 171 ss.

(190) Cfr. F. BIGNAMI, *European Versus American Liberty: A Comparative Privacy Analysis of Antiterrorism Data Mining*, 48 *Boston College L. Rev.* 609 (2007); P.M. CONNORTON, *Tracking Terrorist Financing Through Swift: When U.S. Subpoenas and Foreign Privacy Law Collide*, 76 *Fordham L. Rev.* 283 (2007).

(191) Cfr. EUROPEAN CENTRAL BANK, *The Eurosystem’s View of a “Sepa For Cards”*, 13: «*Reputational risks linked to data transfers outside the EU should also be taken into account, as these could jeopardise the confidence of users in card payments*».

(192) Sul caso *Swift* – che in parte riecheggia la vicenda relativa all’obbligo di comunicazione di dati personali relativi ai passeggeri nel settore del trasporto aereo da parte delle compagnie dirette verso gli Stati Uniti d’America (o che comunque ne attraversavano lo spazio aereo) – merita ricordare la Risoluzione del Parlamento europeo sull’intercettazione da parte dei servizi segreti americani dei dati concernenti i bonifici bancari effettuati attraverso il sistema SWIFT del 6 luglio 2006 (*Intercettazione di dati sui trasferimenti bancari del sistema SWIFT da parte dei servizi segreti americani*, P6_TA-PROV(2006)0317 B6-0386, 0391, 0393 e 0395/2006); ancora, le apposite audizioni al Parlamento europeo avanti al COMMITTEE ON CIVIL LIBERTIES, JUSTICE AND HOME AFFAIRS, *L’intercettazione da parte dei servizi segreti Usa dei dati concernenti i bonifici bancari effettuati attraverso il sistema Swift* del 4 Ottobre 2006 e quella dedicata al tema *PNR/SWIFT/Safe Harbour: Are Transatlantic data protected?*, del 26 marzo 2007 (i cui materiali sono consultabili in http://www.europarl.europa.eu/hearings/default_en.htm); v. pure CONSIGLIO DELL’UNIONE EUROPEA, *Relazione annuale dell’UE sui diritti umani per il 2007*, Bruxelles, 18 ottobre 2007, 133.

«società di diritto belga che gestisce una rete di telecomunicazione per l'interconnessione e per la trasmissione dei messaggi relativi a transazioni internazionali» (193).

Come è noto, nel corso del 2006, a seguito di notizie di stampa e su indicazione di organizzazioni non governative operanti a livello internazionale in materia di tutela dei diritti civili, è emersa l'esistenza di un programma di monitoraggio delle transazioni finanziarie, effettuate utilizzando il sistema di messaggistica fornito da *Swift*, da parte delle autorità statunitensi che, nell'ambito delle iniziative adottate per contrastare il terrorismo (“*Terrorism finance tracking programme*”), avrebbero avuto accesso fin dall'autunno del 2001 a dati personali trattati dalla società (194).

La vicenda ha formato oggetto di valutazione da parte dell'autorità di controllo belga (competente in ragione del luogo di stabilimento di *Swift*) e dei Garanti europei riuniti nel Gruppo di lavoro previsto dall'art. 29 della direttiva 95/46/CE (c.d. “*Gruppo articolo 29*”), al fine di valutare la conformità alle discipline di protezione dei dati personali dell'operato di *Swift* e delle istituzioni finanziarie che, attraverso quest'ultima, curano l'esecuzione delle transazioni finanziarie richieste dai propri clienti. All'esito della valutazione condotta è stato adottato dal “*Gruppo articolo 29*” il parere n. 10/2006 (195) con il quale si è constatata l'inosservanza da parte della società delle previsioni (comunitarie e nazionali) relative al trasferimento verso paesi terzi di dati personali (196) e si sono invitate *Swift* e le istituzioni bancarie e finanziarie (ritenute co-titolari del trattamento) ad adoperarsi, ognuna nel proprio ambito, per porre in essere le misure necessarie a dare piena attuazione alla normativa in materia di protezione dei dati personali (197).

(193) BANCA D'ITALIA, *Libro bianco sulla sorveglianza del sistema dei pagamenti. Gli obiettivi, le modalità, i profili di interesse*, Roma, 1999, 35, nota 18. In U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY – FINANCIAL CRIMES ENFORCEMENT NETWORK, *Feasibility of a Cross-Border Electronic Funds Transfer Reporting System under the Bank Secrecy Act*, 2006, 62 ss. si legge pure che *Swift* «is a unified international financial transaction messaging service. [...] SWIFT represents an extensive telecommunications network by which a financial institution in one country can communicate with its branches or correspondent institutions. [...] SWIFT is the primary method for international funds transfer messages».

(194) Ciò può avvenire per il tramite dei dati conservati da una succursale di *Swift* negli Stati Uniti presso la quale è presente un *mirror server* relativo a tutte le transazioni effettuate dalla società per consentire l'esecuzione di ordini di pagamento (ciascuna delle quali viene conservata di regola per 124 giorni) in ragione di *subpoenas* emessi dalle autorità americane nell'ambito dell'esecuzione di attività di contrasto al terrorismo.

(195) Adottato il 22 novembre 2006 e reperibile in http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2006/wp128_it.pdf.

(196) Trasferimento realizzato mediante la duplicazione negli Stati Uniti dell'intero *database* (*mirroring*) contenente i dati personali di tutte le transazioni finanziarie veicolate da *Swift* (comprese quelle relative a cittadini europei e in alcun modo correlate con l'ordinamento statunitense che, come è noto, non possiede un livello adeguato di protezione dei dati personali). Nonostante la società, con propri rappresentanti, abbia anche in tempi risalenti partecipato a convegni dedicati proprio al profilo del *transborder data flow* (cfr. G. STRÖMBERG, *International message transfers between banks*, in AA.VV., *Transborder data flows and the protection of privacy*. Proceedings of a symposium held in Vienna, 20th-23rd September 1977, Paris, 1979, 133), nella vicenda considerata sono state infatti colpevolmente pretermesse le regole in materia di trasferimento dei dati personali.

(197) Alcune autorità di protezione dei dati personali si sono pronunciate in materia, per lo più aderendo all'opinione espressa dal Gruppo articolo 29 : anzitutto, in Belgio, la COMMISSION DE LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE, *Avis n. 37/2006 du 27 septembre 2006, Avis relatif à la transmission de données à caractère personnel par la SCRL SWIFT suite aux sollicitations de l'UST (OFAC)*; *Avis n. 47/2006 du 20 décembre 2006, Avis relatif à la préparation d'une convention concernant la transmission de données à caractère personnel par SWIFT à l'US Department of the Treasury (UST)*; UNABHÄNGIGES LANDESZENTRUM FÜR DATENSCHUTZ SCHLESWIG-HOLSTEIN, *Stellungnahme: Auslandsüberweisungen schleswig-holsteinischer Banken unter Einschaltung von SWIFT*, del 23 agosto 2006, in https://www.datenschutzzentrum.de/wirtschaft/swift/060825_swift.pdf; nell'ordinamento elvetico cfr. l'Opinion of the FEDERAL DATA PROTECTION AND INFORMATION COMMISSIONER, *Access to SWIFT Transaction Data*.

A seguito di ciò gli operatori bancari e finanziari che si avvalgono dei servizi commercializzati da *Swift* hanno provveduto a rendere l'informativa alla propria clientela circa il possibile trasferimento verso paesi terzi dei dati personali che la riguardano in occasione dell'esecuzione di ordini veicolati attraverso *Swift* e la società belga ha chiesto (ed ottenuto) dalle autorità statunitensi di potersi avvalere, ai fini del trasferimento dei dati, del sistema c.d. *Safe Harbor* (198): esso consente, una volta accreditata la società (qui la filiale USA di *Swift*), di ritenere adeguato il trasferimento (a fini commerciali) superando in tal modo l'argomento della possibile violazione dei principi della direttiva 95/46/CE (199).

4. (Segue) ...e qualche spunto di riflessione.

Non interessa in questa sede rendere conto in modo dettagliato della vicenda appena descritta (200) né valutare la fondatezza di tutti gli esiti cui le autorità di protezione dei dati sono pervenute (sulla cui adozione non potrà non aver pesato la rilevanza sistemica dei servizi forniti da *Swift* e il dichiarato impiego delle informazioni nell'ambito di azioni di contrasto del terrorismo). Basta qui solo rilevare che essa rappresenta una prova evidente delle interrelazioni della disciplina di protezione dei dati personali con il settore in esame e, in pari tempo, consente di evidenziare alcune questioni (che sembrano restare) "aperte" sulle quali, acquisita una compiuta consapevolezza dell'articolata struttura dei sistemi di pagamento (201), prima o poi, ci si dovrà misurare.

Anzitutto la necessità di procedere ad una chiara definizione dei diversi ruoli – di titolare o responsabile del trattamento (*data controller* o *data processor*), nell'ordinamento italiano ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. f) e g), d.lgs. n. 196/2003 (202) – dei

(198) V. in merito l'autorizzazione resa dal Garante (a seguito della Decisione di adeguatezza della Commissione europea) sul *Trasferimento dei dati personali all'estero – Autorizzazione al trasferimento verso gli Stati Uniti d'America ('Safe Harbor')*, del 10 ottobre 2001, in www.garanteprivacy.it, doc. web n. 30939; v. pure www.export.gov/safeharbor.

(199) Si tratta, invero, di soluzione non del tutto soddisfacente, specie in considerazione del fatto che la società presente negli Stati Uniti è una succursale della società madre (peraltro operante oltre Atlantico quale mero *processor* della stessa). *Swift* prevede comunque di modificare l'architettura del proprio sistema, creando *databases "regionali"* e lasciando nel territorio USA solo l'archivio destinato alla conservazione (comunque temporanea) dei dati riferiti alle transazioni in qualche modo connesse a quel paese; fino a tale data le autorità statunitensi potranno continuare ad attingere all'intero *database*, con le modalità già in uso e nel rispetto degli impegni concordati con il Dipartimento del Tesoro statunitense: per ulteriori dettagli v. la *Notice, Publication of U.S./EU Exchange of Letters and Terrorist Finance Tracking Program Representations of the United States Department of the Treasury*, in *Federal Register*, Vol. 72, No. 204, October 23, 2007.

(200) Una descrizione analitica dei fatti si può agevolmente desumere dai provvedimenti adottati dall'autorità di protezione belga come pure dal parere reso dal "Gruppo articolo 29", sopra citati.

(201) Con ragione (anche se ad altri fini) F. MERUSI, *Profili giuridici dell'equipollenza monetaria nei sistemi di pagamento*, in Santoro (a cura di), *Il diritto del sistema dei pagamenti*, Milano, 2007, 1, mette in evidenza la necessità di chiarezza sulle figure sottese alla locuzione "sistemi di pagamento", richiamo che deve valere anche per la loro retta qualificazione dal punto di vista delle discipline di protezione dei dati personali: «*Se pure non si mette a fuoco il fatto, si rischia di non trovare il diritto giusto; di far confusione o, addirittura, come qualche volta accade, di usare il diritto per contrastare lo sviluppo di fenomeni reali.*»

(202) Considerato anche che nell'ordinamento italiano i responsabili del trattamento non possono designarsi "a catena", dovendo tutti far capo ad una designazione da parte del titolare del trattamento che, in tal modo, dovrebbe essere in condizione di non perdere mai il controllo dei trattamenti che effettua o nel cui interesse sono effettuati (cfr. art. 29, comma 1, d.lgs. n. 196/2003); accorgimento che, se da un lato favorisce il ricorso all'*outsourcing* conservando in pari tempo un livello elevato di garanzie per gli interessati, può diventare di difficoltosa attuazione quando per la complessità dei servizi resi (e spesso anche per ragioni commerciali) la realtà prospetta una successione "a cascata" di fornitori di servizi.

soggetti che partecipano ai sistemi di pagamento o di quelli che, a diverso titolo, ne consentono il funzionamento (203); questione, ovviamente, relevantissima (specie alla luce dei forti elementi di internazionalità che caratterizzano la materia), atteso che dalla sua soluzione dipende l'allocazione della responsabilità per la violazione dei diritti tutelati dalle discipline di protezione dei dati personali (oltre ad una serie ulteriore di possibili conseguenze rilevanti sul piano amministrativo e, sussistendone i presupposti, finanche penale) (204).

Il secondo aspetto da considerare, intimamente correlato all'identificazione del ruolo delle banche partecipanti a sistemi di pagamento che si avvalgono di *Swift* per i servizi di messaggistica, è rappresentato dalla delicata questione della sorveglianza (c.d. *oversight*) della composita area nella quale operano i sistemi di pagamento da parte delle banche centrali (talune delle quali rappresentate nel *board* della società belga) (205), e in

(203) Cfr. il capitolo 3 del SEPA *Credit Transfer Scheme Rulebook*. A ben vedere, anche nel caso *Swift*, la soluzione infine adottata dal “Gruppo articolo 29”, che ha ritenuto *Swift* quale co-titolare del trattamento (unitamente ai soggetti che impartivano gli ordini per veicolare i pagamenti sulle reti gestite dalla società), non è stata l'unica ad essere sostenuta tra le autorità di protezione dei dati personali: l'articolata posizione dell'ULD, *Auslandsüberweisungen schleswig-holsteinischer Banken unter Einschaltung von SWIFT*, cit., ad esempio, attribuisce a *Swift* il ruolo di *data processor* (qualificazione reclamata dalla stessa società anche nello *Statement* di F. Vanbever in occasione dell'*European Parliament Hearing* del 4 ottobre 2006 e risultante dagli accordi stipulati con i beneficiari dei propri servizi: cfr. la *Resolución de archivo de actuaciones, Expediente N° E/00797/2006*, dell'*Agencia Española de Protección de Datos*, in www.aepd.es), ponendo in capo agli utilizzatori dei servizi di messaggistica (anzitutto le banche) la titolarità del trattamento dei dati personali riferiti alla propria clientela (e la conseguente responsabilità per il fatto del proprio ausiliario nell'esecuzione dei pagamenti transfrontalieri).

(204) Peraltro tale incertezza non riguarda solo i sistemi complessi con una pluralità di soggetti che possono effettuare operazioni di trattamento che si succedono “a catena” (come pure accade nel settore dei sistemi di pagamento), ma ricorre anche in altri ambiti (più o meno tradizionali: per un esempio cfr. il provvedimento del 26 aprile 2007 adottato dal Garante, doc. *web* n. 1410057, dedicato alla semplificazione di alcuni adempimenti nella c.d. catena assicurativa) nei quali un soggetto predispone una piattaforma tecnologica destinata ad essere alimentata dal punto di vista dei contenuti da altri: si pensi ai c.d. *social networks* o all'utilizzo di tecnologie *wiki* o sistemi *peer-to-peer*.

(205) Nell'ordinamento italiano (e, sembrerebbe, europeo) in modo più ristretto sarebbe interpretata la nozione di “affidabilità” (e quindi più ridotta potrebbe essere la tutela assicurata alla clientela: ma cfr. “*Libro bianco*”, 14, nota 6), considerato quanto si legge nella *Relazione* della Banca d'Italia al Parlamento e al Governo, Roma, giugno 2007, 124, nota 21, dove, riferendo del caso *Swift*, si afferma che «[i]l 4 ottobre 2006 il Presidente della BCE ha tenuto un'audizione pubblica davanti al Parlamento europeo sull'argomento, precisando che le problematiche dell'adeguamento di SWIFT alle ingiunzioni ricevute dalle autorità americane esulano in linea di principio dal mandato assegnato dal Trattato all'Eurosistema in materia di sorveglianza in quanto non riguardano direttamente la stabilità finanziaria, ma attengono alla tutela dei dati personali della clientela». È interessante rilevare a questo proposito che, alla luce delle considerazioni contenute in BANCA D'ITALIA, *Libro bianco sulla sorveglianza del sistema dei pagamenti*, cit., 65, l'ordinamento canadese (nel quale pure sono presenti autorità di protezione dei dati personali, sia a livello provinciale che federale) sembra assicurare uno standard più elevato di protezione della clientela rispetto a quelli europei, accogliendo una più ampia portata del termine “affidabilità” (e quindi una più estesa competenza dell'autorità chiamata ad assicurare la sorveglianza sui sistemi di pagamento) (SdP): «all'affidabilità si riconduce l'obiettivo di fronteggiare i rischi in cui incorrono i partecipanti e gli utenti dei sistemi di pagamento, rischi che possono essere di natura legale, operativa, finanziaria. Alla salvaguardia degli interessi dei consumatori vengono ricondotti la tutela della riservatezza [mio il corsivo] e l'ampliamento delle possibilità di accesso al SdP, soprattutto con riferimento ai clienti con un reddito più modesto. In tale contesto, l'intervento pubblico è finalizzato, in particolare, a influenzare la condotta dei partecipanti al SdP in modo da assicurare che tra gli obiettivi perseguiti vi sia l'equilibrio desiderato».

particolare da parte della Banca centrale europea (206), oltre che delle autorità di protezione dei dati personali (207).

Più in generale, poi, la vicenda Swift ha reso evidente la facilità con la quale masse enormi di informazioni personali (anche di contenuto assai delicato) possono agevolmente essere dislocate in ogni parte del pianeta e trovarsi così assoggettate, specie in un'area così sensibile qual è quella del perseguimento dei reati (nel caso di specie particolarmente gravi) ad una cornice normativa non necessariamente coerente con i principi vigenti negli ordinamenti europei (208): constatazione questa che rimanda alla opportunità, da tempo segnalata dalla letteratura più avvertita già a far data dai primissimi studi (209), e ribadita nelle Conferenze internazionali delle autorità di protezione dei dati, dell'individuazione di un quadro valoriale ampiamente condiviso in materia di protezione dei dati personali nel panorama internazionale (210).

(206) In questo senso depongono anche le conclusioni dell'EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion on the role of the European Central Bank in the SWIFT case*, 1° febbraio 2007, punto 43: «*The secrecy that surrounded the data transfers carried out by SWIFT for more than 4 years is regrettable and calls for a clarification of both the oversight on SWIFT and the rules on confidentiality. Therefore, the EDPS recommends the European Central Bank – if necessary, in cooperation with other central banks and relevant actors in the financial sector – to urgently explore and promote appropriate solutions in order to clearly bring compliance with data protection rules within the scope of the oversight – to the extent in which lack of compliance may affect financial stability and without prejudice to the competences of relevant national or European data protection authorities – as well as to ensure that rules on confidentiality would not prevent relevant authorities from being duly and timely informed where necessary. This would ensure that on future occasions proper data protection safeguards are taken and that the current lack of transparency is avoided*».

(207) Queste ultime hanno, come è noto, poteri di controllo (peraltro di variabile intensità nei diversi ordinamenti nazionali, e comunque non assimilabili a funzioni di vigilanza o di stabile sorveglianza, anche in ragione dell'entità, modesta, di risorse delle quali generalmente dispongono). Tuttavia, la vicenda in esame, indipendentemente dall'individuazione certa dei soggetti istituzionali (che anche in forma cooperativa potrebbero essere) chiamati a svolgere compiti (genericamente intesi) di controllo, ha messo in luce, in un'area ritenuta di primaria rilevanza, lacune e ammanchi sui quali una messa a punto sarebbe quanto mai opportuna.

(208) In questo senso *Swift* rappresenta solo la punta dell'*iceberg*: si pensi, ad esempio, a quanti fornitori di servizi di comunicazione elettronica sono stabiliti (o, più semplicemente, conservano informazioni in *server* situati) al di fuori dei confini europei.

(209) Cfr. S. SIMITIS, *Datenschutz – Notwendigkeit und Voraussetzungen einer gesetzlichen Regelung*, in DVR, 1973, 138, 182: «*internationalisierter Datenaustausch ist nur solange akzeptabel wie auch der Datenschutz internationalisiert wird. Die Vereinheitlichung der nationalen Datenschutzregelungen, wenigstens aber ihre Koordination, stellt, wenn man so will, nur die Kehrseite einer Datenzirkulation dar, die sich auch nicht mehr innerhalb der nationalen Grenzen abspielt*»; non diversamente, I.J. LLOYD, *Information Technology Law*, London (e al.), 1993, 114; F. RIGAUX, *La vie privée, une liberté parmi les autres*, in XIX^e *Conférence internationale des Commissaires à la protection des données*, Bruxelles, 17 – 19 Septembre 1997, 27; nel medesimo senso depone ormai la dottrina più recente, compresa quella nord-americana: cfr. H.H. PERRITT– M.G. STEWARD, *False Alarm?*, 51 *Fed. Comm. L. J.* 811, 821 (1999), per i quali «*jurisdictional issues such as those raised by application of the European Privacy Directive will put pressure on thinkers and policymakers to harmonize substantive legal rules and to develop legal institutions so that new kinds of trade, flowing through virtual electronic pipelines, are not corrupted. Just as ocean commerce gave rise to Lex Mercatoria, and the Industrial Revolution gave rise to the United States and eventually to the European Union; just as concepts of free trade gave rise to the WTO, so also will electronic commerce give rise to new international institutions seeking to harmonize privacy [...]*»; non diversamente si pronuncia U. SIEBER, *The Emergence of Information Law: Object and Characteristics of a New Legal Area*, in E. LEDERMAN – R. SHAPIRA, *Law, Information and Information Technology*, The Hague – London – New York, 2002, 1, 17.

(210) In questa direzione si sono orientate anche le conclusioni, riassunte nella così detta «*Carta di Venezia*», della 22^a Conferenza internazionale sulla *privacy* e la protezione dei dati personali, «*One World One Privacy*», Venezia, 28-30 settembre 2000 e ribadite nella c.d. *Dichiarazione di Montreux* (formulata a seguito della 27^a Conferenza

Quale conclusione intermedia può quindi ritenersi che, a dispetto della (apparente) “*marginalità*” della disciplina di protezione dei dati personali, le interrelazioni di quest’ultima anche con il settore dei sistemi di pagamento appaiono, in realtà, assai più intense di quanto una lettura superficiale del fenomeno lasci trasparire (e non peregrino, quindi, risulta l’auspicio, tempo addietro formulato dalla ricordata raccomandazione del Consiglio d’Europa a favore di un intervento normativo settoriale).

5. Protezione dei dati personali quale ostacolo al contrasto alle frodi nei sistemi di pagamento?

Come si ricorderà, il secondo degli interrogativi contenuti nell’*incipit* muove dalla percezione delle discipline di protezione dei dati personali come ostacolo alla lotta alle frodi, con specifico riferimento al settore delle carte di pagamento (211).

Alla luce dei fatti, però, anche questa impressione non sembra trovare corrispondenza nella realtà (212). Invero, già l’art. 13, par. 1, lett. *d*) – e forse pure la lett. *g*) – della direttiva 95/46/CE, operando un bilanciamento tra i diversi interessi, consente agli stati membri di limitare la portata di alcuni obblighi e diritti introdotti con la disciplina di protezione dei dati personali dotandosi di strumenti normativi volti a favorire il contrasto di fenomeni fraudolenti. Il punto (dolente) è che gli ordinamenti nazionali, per larga parte, non si sono dotati di queste discipline in sede di recepimento (né le possedevano in precedenza): ravvisare l’ostacolo nella disciplina di protezione dei dati personali (o, più sbrigativamente ancora, nella *privacy*) altro non è, allora, che un espediente terminologico e un’impropria semplificazione per denunciare un vuoto normativo negli ordinamenti nazionali che inerzie e ritardi (o, magari, consapevoli scelte di politica del diritto) non hanno saputo (o voluto) colmare (213).

internazionale delle autorità di protezione dei dati e della privacy, Montreux, 14-16 settembre 2005, “*La protezione dei dati personali e della privacy in un mondo globalizzato: un diritto universale che rispetta le diversità*”).

(211) Cfr. la comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo relativa a un nuovo quadro normativo per i pagamenti nel mercato interno, Bruxelles, 2.12.2003, COM(2003) 718 definitivo, 15 e, ampiamente, 64 ss.

(212) Vaperaltro messo in evidenza che un’efficace azione di contrasto alle frodi è frutto dell’impiego di una pluralità di strumenti, anzitutto tecnici (la cui introduzione o tempestivo aggiornamento è sovente rallentata dalle strategie commerciali degli operatori economici): si pensi all’utilizzo di supporti con *microchip* (più sicuri rispetto a quelli dotati di sola banda magnetica) o agli accorgimenti tecnici (anche apparentemente banali) volti a prevenire la stampigliatura sul *memorandum* di spesa (*facturette*) di tutti i dati presenti sulle carte di pagamento, suscettibili di essere utilizzati per agevolare fenomeni di c.d. furto d’identità (dando così attuazione effettiva anche al c.d. *Sparsamkeitsprinzip*, ora previsto anche all’art 3, d.lgs. n. 196/2003): in merito cfr. (nell’ordinamento francese) l’*Avis du CONSEIL NATIONAL DE LA CONSOMMATION SUR LA SÉCURITÉ DES CARTES DE PAIEMENT*. In materia, v. pure FRAUD PREVENTION EXPERT GROUP, *Report on Identity Theft/Fraud*, Brussels, 22 ottobre 2007. Opportunamente anche negli ordinamenti europei dovrebbe aprirsi una riflessione (che riguarda anzitutto il contesto dei sistemi di pagamento e, segnatamente, delle carte di pagamento) relativa all’introduzione, secondo il modello statunitense, di obblighi di notificazione di ipotesi di violazione delle misure di sicurezza: v. in merito le discipline aventi ad oggetto la c.d. *security breach notification* (in www.ncsl.org/programs/lis/cip/priv/breach.htm); v. pure CALIFORNIA OFFICE OF PRIVACY PROTECTION, *Recommended Practices on Notice of Security Breach Involving Personal Information*, February 2007; in Nuova Zelanda, cfr. OFFICE OF THE PRIVACY COMMISSIONER, *Privacy Breach Guidance Material*, 2008; in Australia OFFICE OF THE PRIVACY COMMISSIONER, *Guide to handling personal information security breaches*, August 2008.

(213) Vuoto normativo che, in alcuni casi, gli stessi operatori economici presenti nei circuiti delle carte di pagamento possono essere indotti a colmare con iniziative unilaterali rispetto alle quali, per i motivi più vari, possono scontrarsi con i principi di protezione dei dati personali: per primi riferimenti v. GRUPPO ARTICOLO 29, *Guidelines for Terminated Merchant Databases*, 11 gennaio 2005, in ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/others/2005-01-11-fraudprevention_en.pdf.

Ciò è tanto vero che, l'ordinamento italiano è stato tra i primi a dotarsi di una normativa di settore con l'istituzione di un sistema di prevenzione delle frodi sulle carte di pagamento (grazie alla legge 17 agosto 2005, n. 166), il cui funzionamento è stato analiticamente disciplinato in sede regolamentare (214); e questo, senza che le discipline di protezione dei dati personali – e tanto meno il Garante, che pur ha rilevato nel proprio parere qualche profilo di criticità (215) – ne abbiano impedito la realizzazione.

6. Ultime considerazioni: l'art. 79 della direttiva 2007/64/CE.

Qualche cenno merita, a questo punto, l'art. 79 della direttiva 2007/64/CE, previsionale (solitaria e un po' avulsa dal tessuto normativo che la ospita) preceduta da una costante attenzione da parte della Commissione europea (e dalla stessa tenacemente voluta) (216) che intende mettere a tacere (una volta per tutte) le preoccupazioni – che di tanto in tanto fanno capolino (217) – relative alla liceità della circolazione di dati personali all'interno dell'Unione europea per finalità di contrasto dei comportamenti fraudolenti. Si tratta di disposizione che, a tale fine, introduce l'obbligo per gli stati membri di regolare la materia consentendo scambi tra i partecipanti ai sistemi di pagamento (identificabili non proprio immediatamente, considerato l'articolato – e non proprio felice – gioco di richiami interni al testo della direttiva).

La norma è, a ben vedere, una “*empty box*” che rimetterà ai legislatori nazionali in sede di recepimento l'identificazione delle concrete misure da adottare all'interno dei pro-

(214) Ciò è avvenuto con il decreto interministeriale 30 aprile 2007, n. 112 che ha posto presso il Ministero dell'economia e delle finanze (e segnatamente presso l'Ufficio centrale antifrode dei mezzi di pagamento – Ucamp) un archivio informatizzato che (tra l'altro) consentirà alle società che emettono carte di pagamento di consultare dati ed informazioni (da intendersi secondo l'accezione fornita, rispettivamente, dagli artt. 6 e 7 del decreto medesimo) relativi ad esercizi commerciali che – in ragione di una denuncia per frode presentata alle autorità competenti o a seguito di “*anomalie*” rilevate presso gli stessi (e indicate nel decreto stesso: cfr. art. 8) – possono ritenersi “*a rischio frode*”.

(215) Cfr. il parere reso dal Garante per la protezione dei dati personali il 19 ottobre 2006, in www.garanteprivacy.it, doc. *web* n. 1353472. Deve altresì considerarsi che in altro contesto, comunque rilevante per l'efficiente funzionamento dei sistemi di pagamento, l'ordinamento italiano si è dotato (ancora una volta con il parere favorevole del Garante) di una disciplina specifica attraverso l'istituzione presso la Banca d'Italia della Centrale d'allarme interbancaria (Cai), l'archivio informatizzato degli assegni bancari e postali e delle carte di pagamento, istituito con il d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507 (che ha introdotto l'art. 10-bis della legge 15 dicembre 1990, n. 386) e regolato nel dettaglio dal decreto del Ministro della Giustizia 7 novembre 2001, n. 458, e dal regolamento della Banca d'Italia del 29 gennaio 2002 (poi modificato dal regolamento del 16 marzo 2005).

(216) Cfr. comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale, alla Banca centrale europea e all'Europol, *Un nuovo piano d'azione UE 2004-2007 per la prevenzione delle frodi relative ai mezzi di pagamento diversi dai contanti*, Bruxelles, 20.10.2004, COM(2004) 679 def.; in precedenza v. COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, *Report on the implementation of the EU Fraud Prevention Action Plan on non-cash means of payment*, Brussels, 20.10.2004, SEC(2004) 1264; comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, alla Banca centrale europea, al Comitato economico e sociale e all'Europol, *Prevenire le frodi e le falsificazioni dei mezzi di pagamento diversi dai contanti*, COM(2001)11, del 9.02.2001; comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea ed al Comitato economico e sociale, *Un quadro d'azione per la lotta alla frode ed alla falsificazione a danno dei mezzi di pagamento diversi dai contanti*, COM/98/0395 def. v. pure la decisione quadro del Consiglio del 28 maggio 2001 relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti, in *GUCE* L 149/1 del 2.6.2001. Ma v. altresì (anche per ulteriore documentazione) il sito *web* del EU FRAUD PREVENTION EXPERT GROUP (FPEG) all'indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/fpeg/index_en.htm.

(217) Cfr. FPEG – SUBGROUP ON DATA MANAGEMENT, *Report from the secretariat*, 8 December 2006.

pri ordinamenti. Circostanza questa che, ovviamente, comporta (quantomeno) il rischio dell'edificazione di sistemi di contrasto alle frodi tra loro diversi sul territorio comunitario (218): in un settore così delicato il legislatore comunitario avrebbe forse dovuto fare uno sforzo ulteriore, finalizzato a dare contenuto alla strategia che da tempo persegue. In ogni caso, peraltro, nel recepire l'art. 79 i legislatori nazionali dovranno rispettare i limiti della direttiva 95/46/CE: in una sorta di gioco dell'oca si torna quindi all'art. 13 della direttiva in materia di protezione dei dati personali (e ai principi generali in essa contenuti), con il guadagno, certo non trascurabile dal punto di vista del legislatore comunitario, dell'aver vincolato gli ordinamenti nazionali (rimasti inerti) a dotarsi di misure di contrasto nei confronti dei fenomeni fraudolenti nel settore delle carte di pagamento (219).

La buona notizia per il legislatore italiano è che la cornice normativa vigente nel nostro ordinamento (che pure potrebbe rappresentare anche un termine di riferimento per altri legislatori nazionali) dovrebbe contribuire a rendere più agevole il recepimento dell'art. 79 della direttiva 2007/64/CE (220).

Ciò, in attesa di comprendere (a seguito dell'effettiva attuazione di tutte le misure attuative del quadro normativo che si è andato componendo) se la centralizzazione delle informazioni personali in chiave antifrode sarà davvero in grado di dare i risultati sperati (e da tutti auspicati), senza che ciò costituisca l'occasione – attraverso il trattamento dei dati personali che costituiscono il “*corpo elettronico*” (221) degli individui nell’“*ambiente*” modificato dalle tecnologie dell'informazione nel quale vive ed opera l'uomo contemporaneo – di ingiustificate discriminazioni (222) e di violazione del diritto alla protezione dei dati personali (223).

(218) Potrebbe al riguardo ipotizzarsi (ma non è possibile, allo stato, spingersi oltre) che le indicazioni formulate dal GRUPPO ARTICOLO 29, *Guidelines for Terminated Merchant Databases*, cit., potranno forse rappresentare (almeno allo stadio iniziale) una base (comune) dalla quale partire. Una soluzione alternativa (pure prefigurata nel corso dei lavori) avrebbe richiesto – rinvenendo adeguata base giuridica nel Trattato e con l'adozione di un idoneo strumento normativo – la creazione (con tutte le difficoltà del caso) di un'apposita istituzione comunitaria.

(219) Merita poi ricordare che, non estendendosi a tutti gli ordinamenti europei la protezione dei dati personali riferiti a soggetti diversi dalle persone fisiche, anche tale elemento potrà significativamente incidere nel rendere disomogeneo il quadro che si potrà ritrarre anche a recepimento avvenuto.

(220) La disposizione (come si è detto) attiene ad un aspetto accessorio, ma non per questo meno importante: può tuttavia rilevarsi come su di esso non si siano soffermati né il parere della Banca centrale europea del 26 aprile 2006 riguardo ad una proposta di direttiva relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno (in *GUCE C 109/10* del 9.5.2006), né quello reso dal Comitato economico e sociale europeo (in *GUCE C 318/51* del 23.12.2006).

(221) Nella nostra esperienza parla di «*corpo elettronico*» S. RODOTÀ già nella *Relazione 2002. Discorso del Presidente*, Roma 20 maggio 2003, 7. Ma le espressioni impiegate sono le più varie: *digital persona* (R. CLARKE, *The Digital Persona and Its Application to Data Surveillance*, 10, *The Information Society*, 1994, 77), *identité numérique, digital biography* [cfr. D.J. SOLOVE, *Access and Aggregation: Public Records, Privacy, and the Constitution*, 86 *Minn. L. Rev.* 1137, 1184 ss. (2002); *amplius*, cfr. D.J. SOLOVE, *The Digital Person. Technology and Privacy in the Information Age*, New York – London, 2004, *passim*].

(222) Come pure rilevato dal Garante nel citato parere (cfr. nota 42) nel quale si è rappresentato che «[i]l trattamento può [...] incidere, in particolare, sulla decisione di concludere o di risolvere contratti da parte delle società che emettono le carte, come pure di accertare comportamenti fraudolenti (grazie anche ad attività investigative da parte dei soggetti a ciò istituzionalmente preposti), con le conseguenze anche penali che ne possono derivare». Per una più approfondita trattazione delle conseguenze che potrebbero risultare dal trattamento effettuato anche mediante i sistemi antifrode si rinvia a GRUPPO ARTICOLO 29, *Documento di lavoro sulle liste nere*, WP 65, del 3 ottobre 2002.

(223) Situazione giuridica la cui rilevanza costituzionale è stata originariamente riconosciuta, con la formulazione del *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* da BVerfG, 15 dicembre 1983, in *BVerfGE*, 65, 1, e che oggi, anche a livello comunitario, ha raggiunto il più alto livello di riconoscimento, nell'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

CAPITOLO IX

L'EVOLUZIONE DEI SERVIZI DI PAGAMENTO NON ARMONIZZATI: L'ASSEGNO NELLA PROSPETTIVA DELLA DEMATERIALIZZAZIONE (224)

Vincenza Profeta

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *La dematerializzazione dei titoli di massa.* – 3. *La dematerializzazione dei titoli individuali.* – 4. *Gli assegni e la check-truncation.* – 5. *La presentazione elettronica dell'assegno.* – 6. *Alcuni problemi:* 6.a. *Presentazione al pagamento e luogo di pagamento.* – 6.b. *Presentazione ad una stanza di compensazione e dichiarazione sostitutiva di protesto (artt. 34 e 45, comma 1, n. 3, l. ass.).* – 6.c. *Protesto.* – 6.d. *Pagamento parziale.*

(224) Relazione svolta al seminario PRIN delle Università di Siena, Foggia, Napoli e dell'Università Cattolica sede di Piacenza su "Tutela dei consumatori e servizi di pagamento nel nuovo quadro normativo comunitario", tenutosi presso la Banca d'Italia il 4 aprile 2008.

1. Premessa.

L'assegno, antesignano degli strumenti di pagamento alternativi al contante, ha ricevuto una regolamentazione uniforme sovranazionale ancor prima della creazione della Comunità europea in forza della convenzione di Ginevra del 1931, che all'epoca vide coinvolti nella partecipazione anche Paesi non europei (225). La disciplina dettata dal legislatore italiano in esecuzione di tale convenzione è rimasta da allora sostanzialmente immutata sotto il profilo sostanziale e ruota ancora intorno al principio di cartolarità e di incorporazione del diritto di credito nel documento cartaceo.

Nel frattempo, piuttosto, è stato sensibilmente innovato il quadro sanzionatorio connesso all'illecita emissione di assegni, in relazione al quale si è assistito da ultimo, per un verso, alla depenalizzazione e all'introduzione di sanzioni amministrative pecuniarie ed interdittive e, per altro verso, all'introduzione della cd. "*revoca di sistema*", ossia alla misura dell'interdizione semestrale dall'emissione di assegni inflitta direttamente dalle banche mediante la segnalazione nella Centrale d'Allarme interbancaria (CAI), archivio informatico nel quale vengono pubblicati (con efficacia costitutiva) i nominativi dei soggetti colpiti da tale misura afflittiva.

L'assegno, dunque, vive ancora come mezzo di pagamento cartolare, ossia come strumento cartaceo, il cui utilizzo in Italia, ma anche in altri Paesi europei, come la Francia, la Grecia, l'Irlanda e il Portogallo è ancora massiccio in rapporto a quello degli altri strumenti di pagamento alternativi al contante (226).

È innegabile, peraltro, che l'uso dell'assegno sia in generale in progressiva flessione in Europa (227), dove, per converso, sono in aumento costante le operazioni elettroniche di incasso e pagamento (bonifici automatizzati e addebiti preautorizzati) e i pagamenti mediante carte: strumenti di pagamento ben più giovani dell'assegno e, in generale, meno regolamentati dagli Stati dell'Unione, per i quali pertanto è stato avviato più facilmente il processo di armonizzazione normativa su base europea.

È pur vero, tuttavia, che il carattere cartaceo dell'assegno, che di questo strumento di pagamento contrassegna la vetustà, costituisce per certi versi la ragione del suo persistente utilizzo da parte di quegli operatori che manifestano ancora scarsa propensione (o poca fiducia) verso gli strumenti di pagamento elettronico, per cui in termini assoluti l'assegno continua ad avere ancora una diffusione rilevante.

Proprio nella consapevolezza di non poter omogeneizzare le varie discipline nazionali dell'assegno sedimentate nella tradizione normativa di ciascun Paese ma, al contempo, nell'intento di non voler comprimere il mercato di questo titolo, ancora fiorente in alcuni Paesi dell'Unione, il legislatore comunitario, che certamente parteggia per i più moderni strumenti elettronici, ha assunto una posizione neutra rispetto all'assegno,

(225) Parteciparono alla conferenza internazionale 30 Nazioni e le tre convenzioni licenziate in quella sede furono firmate da 26 Paesi. Per una ricostruzione storica dell'assegno cfr. L. BUTTARO, *Assegno bancario, assegno circolare e assegni speciali*, in *Nov. Dig.*, 1061.

(226) Sul punto cfr. Appendice alla Relazione annuale della Banca d'Italia del 2007, in particolare, le Tavole allegate alle pagine 198 e 201, dalle quali si evidenzia per esempio che in Francia la percentuale d'utilizzo dell'assegno nelle operazioni di pagamento svolte con strumenti diversi dal contante è pari al 29,4%, in Italia al 14,2% e che nel nostro Paese la quantità di assegni emessi è ancora alta in termini assoluti.

(227) Cfr. i dati contenuti nella Relazione annuale della Banca d'Italia del 2007, 246.

nel senso che, non ne ha promosso l'utilizzo per i pagamenti *cross border*, mentre ne ha lasciato la gestione e la regolamentazione alle scelte adottate a livello nazionale consentendo ai singoli Stati di disciplinare il fenomeno degli assegni in relazione alla diversa rilevanza che tali titoli rivestono in sede domestica.

Così si spiega la disposizione, contenuta nella recente direttiva 2007/64/CE, volta ad escludere dall'applicazione della nuova disciplina di armonizzazione dei servizi di pagamento quei servizi “*nell'ambito dei quali il trasferimento di fondi dal pagatore al beneficiario, o il loro trasporto, ... sia basato su assegni cartacei*”.

Il principio di restrizione applicativa viene espresso e ribadito nel 6° e nel 19° *considerando* della direttiva, ove si afferma non essere opportuno che il quadro giuridico comunitario coerente per i servizi di pagamento “*si applichi senza restrizioni*”, e si specifica che le nuove regole uniformi non debbano vincolare quei trasferimenti di fondi che sono eseguiti per contanti o che sono basati su strumenti di pagamento o di credito di natura cartacea.

In particolare, nel 19° *considerando* più che l'indicazione delle ragioni giustificative della scelta di non applicare la nuova direttiva alle operazioni di pagamento eseguite mediante assegni cartacei, si legge la ragione della mancata elezione di questo strumento tra quelli *prescelti* a livello comunitario come strumenti di pagamento paneuropei. Infatti, dire che gli assegni in considerazione della loro natura cartacea “*non consentono un trattamento altrettanto efficace quanto altri mezzi di pagamento*” implica un giudizio di inefficienza dello strumento che ne scoraggia l'utilizzo a livello sovranazionale. “*Tuttavia, – prosegue il considerando in discorso – è opportuno che le buone prassi in materia si ispirino ai principi enunciati nella presente direttiva (228)*”.

Infine è l'art. 3, lett. g), punti *i*) e *ii*) direttiva 2007/64/CE a codificare l'esclusione dall'ambito di applicazione della medesima direttiva delle operazioni di pagamento basate su assegni cartacei regolati ai sensi della Convenzione di Ginevra del 19 marzo 1931, che stabilisce una legge uniforme sull'assegno bancario (*chèque*); o su assegni comunque analogamente disciplinati dal diritto degli stati membri ancorché non partecipanti alla convenzione di Ginevra.

La valutazione dell'assegno espressa dal legislatore comunitario, quale strumento di pagamento inefficace se rapportato agli altri, è esplicitamente connessa alla natura cartacea del titolo, che lo rende di per sé di “*difficile trattamento*”, in quanto lo sottrae all'applicazione delle moderne metodiche informatiche e telematiche di gestione dei pagamenti.

In effetti, il titolo, inteso quale documento cartaceo incorporante il diritto di credito, pensato come cosa mobile il cui possesso contrassegna la titolarità della situazione soggettiva documentata, se in origine aveva rappresentato un mezzo di più rapida circolazione della ricchezza, alla luce dell'evoluzione tecnologica dei mercati e della contrattazione telematica e della smaterializzazione delle comunicazioni, ha finito per diventare un elemento di rallentamento nella negoziazione.

È in atto “*un fenomeno di crisi del supporto documentale, il quale si manifesta in operazioni che astraggono dalla “carta” come veicolo necessario a far valere il diritto e si traducono in processi di dematerializzazione dei titoli cartacei*” (229).

(228) Tra le buone prassi si potrebbe ricomprendere quella della certezza del tempo di esecuzione del pagamento.

(229) M. CALLEGARI, *I titoli di credito e i processi di dematerializzazione*, in *I titoli di credito*, AA.VV., *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2006, 110.

Si è avviato infatti un processo antitetico a quello che ha costituito un punto di arrivo nella storia dei titoli di credito perché se in passato l'incorporazione del diritto di credito nel documento assolveva ad esigenze di speditezza e di sicurezza della circolazione, la prassi adesso manifesta l'opposta esigenza di affrancare la circolazione dei diritti da meccanismi legati alla materiale consegna del documento e, in definitiva, prescinde dalla carta e utilizza i nuovi strumenti elettronici.

L'esigenza di abbattere i tempi, i costi e i rischi della movimentazione di masse cartacee, che rappresentano valori, e il contemporaneo sviluppo del trattamento informatico dei dati (230) spiegano l'avviamento di un diffuso processo cosiddetto di *dematerializzazione* (231), che negli ultimi due decenni ha investito molti titoli di credito e soprattutto i titoli di massa (ma che, come vedremo, ad oggi non ha visto coinvolto in pari misura l'assegno).

Si tratta di un fenomeno dalle caratteristiche non uniformi, che ha assunto contenuti diversificati a seconda dei singoli titoli di credito in relazione ai quali ha trovato attuazione.

2. La dematerializzazione dei titoli di massa.

Il fenomeno cd. di *dematerializzazione* che ha investito i titoli di credito di massa, ossia i titoli quotati, quelli a larga diffusione e i titoli di Stato (232) si caratterizza non tanto per la perdita del supporto cartaceo da parte di tali titoli di credito, quanto per il fatto che il diritto di credito, che in essi è incorporato, cessa di essere rappresentato da un documento e viene invece rappresentato in forma contabile, massificata ed accentrata; nel contempo esso cessa di circolare in forma materiale e individuale, per essere movimentato in forma contabile e intermediata mediante registrazioni effettuate da operatori professionali.

Di fatto, è vero che tale sistema si accompagna anche ad una gestione informatica e telematica della rappresentazione contabile, tuttavia il supporto informatico non potrebbe essere l'elemento determinante che caratterizza questo tipo di dematerializzazione, la quale potrebbe in astratto realizzarsi anche attraverso una scritturazione accentrata realizzata su supporto di tipo cartaceo.

Secondo quanto ritenuto da autorevole dottrina (233) infatti la dematerializzazione comporta la "*registrazione contabile (oggi telematica), massificata e accentrata*" dei titoli di credito e una tecnica di movimentazione "*contabile ed intermediata di allocazione della registrazione*". "*Il nucleo caratterizzante dei sistemi scritturali è costituito, dunque, dalla rappresentazione dello strumento finanziario in supporti la cui gestione è curata da soggetti che, per la loro terzietà e la loro veste professionale, assicurano la costante regolarità dei dati contabili, e dall'esistenza di un sistema di collegamento tra tali soggetti,*

(230) Cfr. P. SPADA, *La circolazione della "ricchezza assente" alla fine del millennio (riflessioni sistematiche sulla dematerializzazione dei titoli di massa)* in *Banca borsa*, 1999, I, 407.

(231) Per una ricca e completa ricostruzione del fenomeno della dematerializzazione cfr. M. CALLEGARI, *I titoli di credito e i processi di dematerializzazione*, cit., 108 ss.

(232) Come punti di riferimento normativo della disciplina della dematerializzazione occorre considerare: il d.lgs. n. 58/1998 (t.u.f.), il d.lgs. n. 213/1998 (decreto Euro) ed il regolamento dei mercati di cui alla deliberazione CONSOB n. 11768/98 con le successive modifiche ed integrazioni. Per i titoli di Stato cfr. d.p.r. 30 dicembre 2003, n. 398, testo unico delle disposizioni in materia di debito pubblico.

(233) Cfr. M. CIAN, *La dematerializzazione degli strumenti finanziari*, in *Banca borsa*, 2007, 641 ss.

che permette la movimentazione dei dati stessi, attraverso cui si concreta la circolazione delle posizioni giuridiche rappresentate; simili meccanismi documentali, per la verità si prestano di per sé con estrema facilità alla produzione di fenomeni patologici di alterazione delle registrazioni, sì che la loro idoneità a rappresentare validamente un'alternativa al sistema cartolare altrettanto affidabile è strettamente dipendente dall'assegnamento sulla correttezza dei compte-conservateurs” (234), ovvero delle cd. società di gestione.

La dottrina (235) ha avuto modo di distinguere una *dematerializzazione forte*, che incide già sul regime di emissione dei titoli di credito, escludendone del tutto la rappresentazione cartolare. E' quanto accaduto, ad esempio, in virtù dall'art. 28 del d.lgs. 213/1998 per gli strumenti finanziari negoziati o destinati alla negoziazione sui mercati regolamentati, per gli strumenti che rivestono le caratteristiche individuate dalla CONSOB nel cosiddetto regolamento dei mercati (delibera n. 11678/98), o per gli strumenti che siano stati facoltativamente sottoposti a questo regime per scelta dell'emittente. Sono stati sottoposti al regime di dematerializzazione forte anche i titoli di Stato.

Esiste poi una *dematerializzazione debole* che esclude la cartolarità soltanto con riguardo al regime di circolazione dei titoli, come previsto dalla disciplina generale della gestione accentrata contenuta nel testo unico della finanza (d.lgs. n. 58/1998) che riguarderebbe titoli materialmente esistenti o comunque suscettibili di emissione cartacea, per i quali il trasferimento viene effettuato mediante movimentazione contabile; era questo anche il regime applicato ai titoli di Stato depositati presso la Monte Titoli s.p.a. prima della loro completa dematerializzazione.

3. La dematerializzazione dei titoli individuali.

Il fenomeno della dematerializzazione si è diffuso anche tra i titoli individuali, in particolare nel settore dei contratti di commercio e di trasporto massicciamente incisi dalla negoziazione telematica: gli operatori, rinunciando al supporto cartaceo dei titoli rappresentativi di merce depositata o in viaggio, che risultava fattore di rallentamento delle transazioni, hanno fatto ricorso a nuovi strumenti che risultano più efficaci quanto al tempo di emissione e quanto alle distanze da colmare nella loro circolazione (236).

Il processo di smaterializzazione, non accompagnato in questo caso da una disciplina normativa che lo regolamenti, consegue ad un sempre minor utilizzo delle forme tradizionali di emissione dei titoli rappresentativi delle merci e delle loro normali modalità di circolazione surrogati entrambi da meccanismi alternativi che utilizzano i sistemi informatici: si va “*dal deposito dei titoli presso un registro centralizzato sino alla loro completa sostituzione con messaggi inviati tramite networks computerizzati ai quali possono accedere gli operatori (banche, vettori, associazioni di caricatori, importatori, esportatori, spedizionieri)*” (237).

In concreto la legittimazione cartolare viene mantenuta sostituendo al rapporto esclusivo con il documento cartaceo quello con indici consistenti in codici, files elettronici o ricevute computerizzate.

(234) Cfr. M. CIAN, *La dematerializzazione degli strumenti finanziari*, cit., 648.

(235) Cfr. P. SPADA, *La circolazione della “ricchezza assente” alla fine del millennio*, cit., 410.

(236) Cfr. C. COSTA, *Il credito documentario nell'era dei computers e della “smaterializzazione” dei titoli rappresentativi delle merci nel commercio internazionale*, in *Banca borsa*, 1989, I, 601.

(237) Cfr. M. CALLEGARI, *I titoli di credito e i processi di dematerializzazione*, cit., 116 ss.

È diffusa ormai anche la dematerializzazione dei documenti di legittimazione quali i titoli di viaggio.

4. Gli assegni e la *check-truncation*.

Gli assegni, che, com'è noto, possono inquadrarsi tra i titoli di credito individuali e astratti, sono stati soltanto marginalmente lambiti dal fenomeno in discorso.

L'esigenza di ridurre i tempi, i costi e i rischi legati al trasporto degli assegni è stata avvertita dal mondo bancario che ne ha avviato – sia pure su base convenzionale – una prima forma di smaterializzazione realizzando una forma di presentazione elettronica al pagamento, denominata *check-truncation*, con la quale si è limitata la movimentazione del titolo, quale documento cartaceo, nella fase di circolazione interbancaria finalizzata al pagamento.

Si tratta di una procedura informatica che è stata avviata in via sperimentale nel marzo 1990 e ha poi visto l'adesione quasi totalitaria degli istituti di credito con la sottoscrizione dell'accordo interbancario per il servizio di incasso assegni, emanato dall'ABI il 1° luglio 1993, con il quale sono stati regolamentati in via contrattuale gli interventi tecnico-procedurali già realizzati (238).

La procedura di troncamento dell'assegno costituisce una forma (semplificata) di presentazione del titolo al pagamento utilizzabile soltanto dalle banche alle quali l'assegno sia stato girato per l'incasso e soltanto per i titoli di modesto ammontare. Più precisamente la "*check-truncation*" consente alla banca negoziatrice di assegni circolari e bancari, d'importo non superiore rispettivamente a 12.500 e 3.000 euro (239), di richiederne il pagamento alla banca (emittente o trattaria) mediante l'invio di un messaggio elettronico contenente le informazioni contabili relative al titolo necessarie per la sua estinzione. La trasmissione di questo messaggio alla trattaria sostituisce la presentazione cartacea dell'assegno.

Parallelamente all'invio telematico dei dati avviene il pagamento del titolo per il tramite della Stanza di compensazione, sul presupposto generale del buon esito della presentazione; infatti, nell'eventualità che la banca trattaria ricevente il flusso telematico di dati comunichi, sempre telematicamente, il proprio rifiuto di pagamento qualora il titolo risulti privo di copertura o di autorizzazione si procede allo storno successivo della partita già accreditata.

L'assegno cartaceo, pertanto, non viene inviato alla trattaria, ma "*troncato*" presso la banca negoziatrice e si presume correttamente pagato, con esclusione di ogni prova contraria e preclusione di ogni possibilità di richiederne l'importo accreditato alla banca negoziatrice, qualora la banca trattaria ometta di comunicare, entro il terzo giorno lavorativo dalla data di compensazione, il rifiuto di pagamento (240).

Diversamente, la comunicazione del rifiuto di pagamento dell'assegno (per carenza di fondi o per difetto di autorizzazione) fa cessare gli effetti del troncamento, infatti rice-

(238) Cfr. *Libro bianco sull'assegno*, 1995, 32.

(239) L'importo risulta così aggiornato con circolare ABI del 21 maggio 2003.

(240) La presunzione non pregiudica il diritto, da esercitarsi in via ordinaria, all'eventuale recupero della somma pagata dalla banca trattaria, nei casi di indebito oggettivo ai sensi dell'art. 2033 cod. civ.

vuto il messaggio di impagato la banca negoziatrice invia il titolo, inteso come documento cartaceo, alla trattaria affinché questa ne verifichi la regolarità formale anche al fine della levata del protesto (241); la partita già accreditata alla banca negoziatrice per il tramite della Stanza di compensazione viene stornata, ritenendosi, per espressa previsione dell'accordo interbancario, che la comunicazione telematica di "*titolo impagato*" costituisca condizione risolutiva dell'effetto estintivo del titolo che si produce a seguito dello scambio telematico di messaggi e della compensazione del titolo in Stanza di compensazione.

Il limite della procedura, che – come ricordato – ha solo un fondamento negoziale, è dato dal fatto che essa non contempla una presentazione del titolo, intesa come esibizione del documento, che è invece ancora necessaria ai sensi della legge assegni per verificarne la regolarità formale e la conformità della firma di traenza allo *specimen* depositato, nonché per l'accertamento del rifiuto di pagamento nella forma pubblica del protesto.

Questo spiega la ragione per la quale l'esibizione viene recuperata, nella forma tradizionale della presentazione cartacea, nell'ipotesi di rifiuto di pagamento opposto dalla banca trattaria.

V'è da dire che la presentazione telematica introdotta con gli accordi interbancari sulla *check-truncation* ha avuto un riconoscimento normativo, ancorché con fonte di rango secondario, con la riforma della disciplina sanzionatoria dell'assegno attuata con il d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507. Nella consapevolezza della rilevanza assunta nella prassi dalla procedura di troncamento degli assegni e nell'intento di non eludere la presentazione elettronica contrattualmente disciplinata dalle banche, il regolamento attuativo del Ministro della Giustizia, adottato con decreto n. 458 del 7 novembre 2001, ha disposto che "*il termine per l'invio del preavviso di revoca decorre dalla presentazione, anche in via telematica, dell'assegno al pagamento*" (art. 15). E, in attuazione di tale norma, il successivo regolamento della Banca d'Italia, adottato il 15 marzo 2002, ha precisato (art. 6, comma 2) che l'assegno troncato si considera presentato il giorno ultimo in cui la banca trattaria può rifiutare in via telematica il pagamento del titolo.

Si tratta, evidentemente, di un'equiparazione tra presentazione cartacea e presentazione telematica del tutto parziale, finalizzata soltanto a far decorrere il termine per richiedere l'adempimento del titolo nella forma del *pagamento tardivo* necessario ad evitare l'applicazione della sanzione della *revoca di sistema*. Infatti è vero che l'assegno si considera scoperto se la banca trattaria comunica telematicamente e tempestivamente il rifiuto di pagamento alla negoziatrice, con la conseguenza che la trattaria, unitamente al messaggio di impagato, ha l'onere di avviare (come dispone il citato regolamento) il meccanismo di iscrizione nell'Archivio CAI, paralizzabile soltanto con il cosiddetto pagamento tardivo del traente (comprendente non solo il valore facciale del titolo, ma anche la penale, gli interessi e le eventuali spese di protesto); tuttavia, non è parimenti dubitabile che lo scambio di messaggi elettronici non vale a sostituire del tutto la presentazione cartolare, poiché risulta precluso alla trattaria l'esame del titolo ed in particolare la verifica della conformità della sottoscrizione del traente allo *specimen* di firma depositato presso la trattaria in relazione alla convenzione di chèque, verifica all'esito della quale potrebbero essere sollevate eccezioni formali assorbenti il mancato pagamento del titolo.

(241) L'accordo interbancario, in realtà, prevedeva un obbligo di invio del titolo alla trattaria nel caso in cui esso recasse più di una girata e non fossero ancora scaduti i termini di presentazione, mentre, qualora l'assegno recasse una sola girata, la banca negoziatrice aveva soltanto facoltà di inviare alla trattaria il titolo per la levata del protesto. A seguito dell'entrata in vigore della nuova disciplina sanzionatoria degli assegni l'accordo è stato modificato nel senso che tutti gli assegni bancari *troncati* comunicati impagati dal trattario con motivazione riferita alle fattispecie di *manca di autorizzazione* o *difetto di provvista* devono essere consegnati al trattario stesso a cura del soggetto negoziatore nel più breve tempo possibile tramite stanza di compensazione.

La mancata equiparazione della presentazione in *check-truncation* alla presentazione cartolare trova ulteriore conferma nel fatto che il titolo troncato per il quale sia pervenuto un messaggio di impagato per poter essere protestato deve essere comunque presentato materialmente in Stanza di compensazione affinché la trattaria, dopo averne verificato la regolarità cartolare, ne confermi il rifiuto di pagamento.

Potrebbe accadere anche che, nelle more della presentazione del titolo troncato alla Stanza di compensazione, il traente ripristini sul conto su cui l'assegno è stato tratto la disponibilità dei fondi, così impedendo il protesto del titolo pur non precludendo invece – per effetto delle norme regolamentari prima richiamate – l'iscrizione nella Centrale d'allarme interbancaria, salvo che il pagamento dell'assegno non sia accompagnato anche dalla corresponsione degli oneri accessori (penale, interessi e spese) che unitamente alla sorte del titolo contraddistinguono il cosiddetto *pagamento tardivo*.

In definitiva il problema più grosso che si evidenzia nella procedura di troncamento è proprio quello dell'impossibilità di un controllo da parte della banca negoziatrice circa la conformità della sottoscrizione di traenza del titolo allo *specimen* di firma che è depositato presso la banca trattaria nell'ambito della convenzione di chèque; d'altro canto questo controllo è precluso alla banca trattaria poiché la negoziatrice in relazione all'assegno da incassare non invia il titolo ma trasmette soltanto un flusso di dati (242). Per contenere l'incidenza economica di questo rischio, che giuridicamente fa capo alla banca trattaria, la *truncation* è stata infatti limitata ai titoli di importo contenuto e le banche che hanno aderito all'accordo hanno convenuto anche una forma di autoassicurazione.

Altra questione problematica, come accennato, è quella concernente il mancato pagamento del titolo e la levata del protesto. Nel caso in cui la banca trattaria comunichi telematicamente il difetto di provvista o di autorizzazione è necessario infatti far constare il rifiuto con la presentazione fisica dell'assegno, che, nel caso di sopravvenuta disponibilità dei fondi, può dare anche un esito diverso rispetto alla prima presentazione telematica; inoltre il protesto del titolo non pagato, per espressa previsione normativa, deve essere levato nel luogo indicato sul titolo come luogo di pagamento, luogo nel quale l'assegno troncato per definizione non perviene.

In definitiva la presentazione con la procedura di *check-truncation* rivela tutti i suoi limiti quando la trattaria rifiuta il pagamento dell'assegno poiché l'invio telematico dei soli dati contabili dell'assegno, che ha soltanto un fondamento contrattuale, non vale a sostituire del tutto la presentazione fisica del documento che incorpora il titolo di credito e non consente di accertare nella forma pubblica del protesto il rifiuto di pagamento, risultando sufficiente a procedere – non senza rischi – al pagamento del titolo che risulti coperto e autorizzato.

5. La presentazione elettronica dell'assegno.

Per ovviare alle incongruenze evidenziate nella procedura di *check-truncation*, senza mortificare peraltro l'utilizzo della comunicazione telematica con i connessi vantaggi

(242) S. MACCARRONE, *Anche in Italia vi è spazio per l'assegno bancario elettronico*, in *Bancaria*, 1988, 17, ha ritenuto che la questione fosse sopravvalutata tenuto conto che "il controllo della firma del traente ai fini della verifica della sua apparente genuinità sta perdendo progressivamente rilevanza, fino ad essere del tutto omesso per gli assegni di importo più limitato. Il rischio certo esiste, ma è insito nella natura stessa dell'operazione e non è eliminabile; esso può essere solo disciplinato nella sua imputazione e a questo riguardo l'unico soggetto sul quale logicamente quel rischio può ricadere è il trattario".

in termini di rapidità dell'informazione, di riduzione dei costi per le banche e di efficienza del servizio per la clientela, sarebbe utile promuovere una presentazione elettronica dell'assegno, nella quale il supporto cartaceo del titolo possa essere del tutto sostituito dal supporto informatico, al fine di realizzare una piena equipollenza tra la presentazione cartolare e quella elettronica.

Infatti, ferma restando la natura cartolare dell'assegno e il principio di incorporazione del diritto di credito nel documento, per cui solo con il trasferimento di quest'ultimo continua a realizzarsi il trasferimento del diritto in esso incorporato, può ipotizzarsi una sostituzione del supporto cartaceo con quello informatico ovvero la sostituzione della rappresentazione cartolare con quella digitale dell'immagine dell'assegno (243).

A differenza della presentazione "ridotta" del titolo realizzata con la procedura di *check truncation*, la quale consente soltanto la trasmissione di un flusso di dati meramente riassuntivi del contenuto dell'assegno, che risulta essere stato troncato nella circolazione presso la banca negoziatrice, la presentazione telematica effettuata mediante l'invio dell'immagine del titolo sarebbe una presentazione piena e completa, giacché la banca trattaria riceverebbe sempre il titolo nella sua interezza sia pure su un supporto diverso.

Si tratterebbe di una *dematerializzazione debole* poiché, come già nella *check-truncation*, essa sarebbe limitata alla fase di circolazione interbancaria del titolo, *i.e.*, più precisamente, alla fase di presentazione al pagamento dell'assegno, nelle ipotesi in cui questo venga richiesto per il tramite di una banca negoziatrice, quale girataria per l'incasso. Dunque l'assegno nascerebbe sempre come titolo cartaceo e in tale forma continuerebbe a circolare e pervenirebbe alla banca negoziatrice, che, procedendo alla presentazione al pagamento del titolo in formato digitale, ne trasformerebbe la circolazione interrompendo definitivamente quella cartacea: la banca negoziatrice sostituirebbe il documento cartaceo con l'immagine digitale dell'assegno che sarebbe inviata telematicamente alla trattaria affinché, a sua volta, questa proceda al pagamento effettuando tutti i controlli di regolarità formale che le competono allo stesso modo in cui attualmente li svolge sul documento cartaceo.

Tenuto conto che nella maggior parte dei casi la circolazione dell'assegno è soprattutto interbancaria e connessa al fatto che il titolo di solito viene girato per l'incasso ad una banca negoziatrice, consentire la presentazione elettronica del titolo significa smaterializzare la fase più rilevante della circolazione dell'assegno, oltre tutto destinata ad essere ancor più significativa considerate le limitazioni alla circolazione degli assegni introdotte con il d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, (cd. decreto antiriciclaggio), le cui disposizioni attinenti all'intrasferibilità dell'assegno (art. 49) sono state oggetto di ulteriore modifica con il d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133.

Sotto il profilo normativo, tuttavia, non pare che le vigenti norme in materia di amministrazione digitale (d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, come modificato dal d.lgs. 4 aprile 2006, n. 159) consentano allo stato tale presentazione elettronica, che dovrebbe essere assicurata piuttosto da un'opportuna previsione normativa, come auspicato anche dal Governatore della Banca d'Italia nel corso del suo intervento all'assemblea ordinaria dell'ABI del luglio 2007.

(243) L'applicabilità di tecnologie di trasferimento dell'immagine degli assegni in sostituzione della consegna materiale dei titoli era stata auspicata in dottrina da R. FRANCIOSI, *Il circuito degli assegni fra novità normative e innovazioni tecnologiche*, in *Banche e banchieri*, 2000, 277.

Occorrerebbe infatti definire le modalità e le conseguenze della trasformazione dell'assegno da documento cartaceo a documento informatico, nonché le modalità di spedizione di tale documento dalla banca negoziatrice alla trattaria.

È vero che il codice dell'amministrazione digitale ha introdotto in generale la possibilità di sostituire un documento cartaceo originale mediante un documento informatico.

In particolare, l'art. 23, comma 3, del codice citato, disciplina l'ipotesi di documenti informatici che costituiscono copia di atti pubblici, scritture private e documenti in genere se spediti o rilasciati da depositari pubblici autorizzati e da pubblici ufficiali, disponendo che essi facciano fede come l'originale (cartaceo) se colui che li spedisce o li rilascia apponga o associ ad essi una firma digitale o altra firma elettronica qualificata.

Il medesimo art. 23 dispone inoltre al comma 5 che le copie su supporto informatico di documenti originali unici, formati in origine su supporto cartaceo o comunque non informatico, sostituiscono, ad ogni effetto di legge, gli originali da cui sono tratte se la loro conformità all'originale è autenticata da un notaio o da altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato, con dichiarazione allegata al documento informatico e asseverata secondo le regole tecniche stabilite ai sensi dell'art. 71 dello stesso d.lgs. n. 82/2005.

Non sembra tuttavia che queste disposizioni normative possano essere di per sé utili a fondare la presentazione elettronica dell'assegno: la disposizione del comma 3 perché specificamente rivolta a disciplinare le copie di atti rilasciati o spediti da pubblici ufficiali o depositari pubblici autorizzati, quella del comma 5, per una ragione pratica più che giuridica, in quanto pare difficile immaginare che la copia informatica di ciascun assegno presentato al pagamento possa essere autenticata da un notaio o altro pubblico ufficiale.

Occorrerebbe dunque prevedere espressamente l'equipollenza del documento cartaceo che contiene l'assegno con il documento informatico creato dalla banca negoziatrice che lo sostituisce, prevedere le modalità di trasmissione telematica del documento informatico sostitutivo, prescrivendo per quest'ultimo opportuni presidi che ne assicurino la provenienza, l'integrità e immodificabilità del contenuto e la non ripudiabilità da parte del destinatario che lo riceve (per esempio, mediante l'uso della firma digitale) nonché le modalità con cui dare certezza della data di presentazione.

Occorrerebbe ancora disciplinare la sorte dell'assegno, inteso come originale cartaceo, che dovrebbe essere definitivamente annullato presso la negoziatrice per evitare il rischio di una doppia circolazione, anche se andrebbe nondimeno valutata l'esigenza di verifica di conformità della copia informatica all'originale cartaceo in funzione della quale potrebbe essere opportuna la previsione di conservazione del documento.

6. Alcuni problemi:

Oltre a prevedere la piena equipollenza della presentazione telematica e di quella cartacea dell'assegno, disciplinando le caratteristiche del documento informatico idoneo a sostituire (definitivamente) il supporto cartaceo, nonché le finalità e le modalità di conservazione dell'originario documento cartaceo, occorrerebbe *de iure condendo* aggiornare la disciplina di alcuni istituti che comunque risulterebbero incisi dalla dematerializzazione della presentazione bancaria dell'assegno.

6.a. Presentazione al pagamento e luogo di pagamento.

La presentazione effettuata mediante la trasmissione digitale dell'immagine dell'assegno pone il problema del rispetto delle norme dettate dalla legge sull'assegno (244) in materia di luogo di pagamento e quindi di presentazione, tenuto conto che il flusso contenente l'immagine dell'assegno potrebbe essere ricevuto in un luogo diverso da quello indicato sull'assegno come luogo di pagamento.

A questo proposito occorre osservare che la legge sull'assegno non specifica in che cosa consista e come debba avvenire la presentazione del titolo, anche se emerge abbastanza chiaramente dal complesso della disciplina che essa equivalga ad una "esibizione" del titolo a colui che deve pagarlo (245) (presentazione al pagamento). Infatti, l'art. 1992, comma 1, c.c. dispone che il possessore di un titolo di credito ha diritto alla prestazione in esso indicata verso presentazione del titolo.

Nel caso dell'assegno tale esibizione appare necessaria affinché il banchiere trattario, come già ricordato, possa verificare la regolarità formale del titolo e, qualora provveda al pagamento, possa trattenere il titolo quietanzato ed estinto, sottraendolo alla circolazione, ovvero, qualora lo rifiuti, affinché possa restituire il titolo al presentatore.

La legge sull'assegno concepisce come coincidenti il luogo di presentazione del titolo e quello di pagamento, tant'è che utilizza l'endiadi *presentazione al pagamento* e mentre disciplina dettagliatamente il luogo di pagamento, nulla dice sul luogo di presentazione. Inoltre, sulla scorta del principio di cartolarità, pretende che il luogo di pagamento (e quindi implicitamente anche quello di presentazione) sia sempre indicato o ricavabile dal titolo, o mediante indicazione specifica o, in mancanza, utilizzando i criteri dettati nell'art. 2 della legge assegni proprio per individuare tale luogo (il luogo indicato accanto al nome del trattario, se più luoghi sono indicati, quello indicato per primo. In mancanza di queste o di ogni altra indicazione, l'assegno è pagabile nel luogo in cui è stato emesso, e, se in esso non vi è uno stabilimento del trattario, nel luogo dove questi ha lo stabilimento principale (cfr. art. 1, n. 4, art. 2, commi 2 e 3, l. ass.).

Queste norme che hanno in linea di massima la funzione di fissare il luogo in cui il portatore dell'assegno deve fisicamente presentare il titolo per riceverne il pagamento, hanno poi anche la funzione "convenzionale" (246) di determinare altre competenze e altri termini (si pensi, ad esempio, alla determinazione del termine di presentazione del titolo, in relazione alla coincidenza o meno del luogo di emissione e di pagamento; alla determina-

(244) Con l'espressione "legge sull'assegno" si fa riferimento al r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736, recante "Disposizioni sull'assegno bancario, sull'assegno circolare e su alcuni titoli speciali dell'Istituto di emissione, del Banco di Napoli e del Banco di Sicilia".

(245) Cfr. S. PIERI, *L'assegno*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Padova, 1998, 196.

(246) La natura convenzionale del cd. luogo di pagamento è resa evidente quante volte il titolo venga presentato al pagamento ad una Stanza di compensazione (originariamente organismo associativo interbancario, ora locale in cui si svolge il servizio di compensazione multilaterale dei recapiti monetari assicurato dalla Banca d'Italia, mediante il quale in base alla presentazione giornaliera dei titoli negoziati e previo riscontro della loro regolarità e copertura si procede alla liquidazione per differenza delle partite di dare e avere); tale scelta, pur modificando di fatto il luogo di pagamento del titolo, in realtà non altera l'individuazione astratta del luogo di pagamento dell'assegno come risulta indicato sul titolo.

A voler diversamente ritenere, non sarebbe possibile stabilire *ex ante*, come invece è necessario per calcolare univocamente i termini di presentazione, se un assegno sia stato o meno emesso su piazza, poiché tale determinazione sarebbe conseguenza della scelta di presentazione operata dalla banca negoziatrice.

zione della competenza territoriale per la levata del protesto; alla competenza amministrativa del prefetto per l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie e accessorie conseguenti all'emissione di assegni senza autorizzazione o senza provvista).

La coincidenza tra luogo di presentazione e luogo di pagamento sussiste anche nell'ipotesi in cui ci si avvalga della presentazione dell'assegno ad una Stanza di compensazione. Infatti, come disposto dall'art. 34 l. ass., "*la presentazione dell'assegno ad una Stanza di compensazione equivale a presentazione per il pagamento*" (presso lo sportello della banca trattaria o al recapito indicato sul titolo).

Di fatto le banche negoziatrici eseguono la presentazione dei titoli in Stanza di compensazione effettuandone lo scambio mediante plichi chiusi (247) e le rispettive banche trattarie ne dispongono il pagamento immediato per compensazione sul presupposto del loro buon esito; successivamente e al proprio domicilio la banca trattaria svolge le necessarie verifiche di regolarità e copertura degli assegni, in esito alle quali, se negative, procede eventualmente allo storno delle partite già regolate.

La presentazione dei titoli in Stanza rileva dunque non tanto per l'attività di verifica cartolare del titolo, che, come detto, è riservata al banchiere trattario che la esegue *in domo propria* sulla scorta delle proprie evidenze contrattuali e contabili, quanto per il fatto che in Stanza si procede al pagamento per compensazione di tutti i titoli scambiati.

Ipotizzando invece la nuova presentazione elettronica, deve prendersi atto di una divaricazione tra presentazione e pagamento, conseguente al fatto che la presentazione si realizzerebbe presso la banca trattaria e verosimilmente in un luogo imprecisato, mentre il pagamento avverrebbe in Stanza di compensazione, sulla scorta di titoli autonomamente scambiati tra le parti in via telematica. Infatti con la presentazione telematica dell'assegno e l'invio dell'immagine digitale del titolo dalla banca negoziatrice alla trattaria la Stanza non vedrebbe più il passaggio materiale dei titoli, ancorché continuerebbe a svolgere per le partite connesse agli assegni presentati all'incasso in forma digitale il ruolo di agente di compensazione.

Occorre domandarsi pertanto se a tale ricostruzione possa essere d'ostacolo l'attuale assetto normativo ed in particolare quanto disposto dall'art. 34 l. ass., nel quale è dettata la regola di equipollenza tra la presentazione per il pagamento al trattario e la presentazione dei titoli in Stanza, nonché quanto previsto dall'art. 2 l. ass. ove si individua un luogo esatto di presentazione per il pagamento.

Da entrambe le norme infatti discende la necessità che luogo di presentazione e luogo di pagamento coincidano, regola che sarebbe invece disattesa dalla presentazione elettronica, se realizzata secondo lo schema descritto ossia attraverso due canali paralleli ma distinti quanto a soggetti coinvolti e ad informazioni trasmesse; infatti tra banca negoziatrice e banca trattaria avverrebbe la presentazione del titolo inviato su supporto elettronico, mentre la Stanza di compensazione, estranea alla presentazione, sarebbe coinvolta soltanto per l'attività di pagamento.

Per superare l'incongruenza normativa cui si darebbe luogo sarebbe necessario rimodulare il disposto dell'art. 34 l. ass. esplicitando che, nel caso di presentazione telematica dell'assegno presso la banca trattaria, il pagamento del titolo alla banca negoziatrice avviene nella stessa data in Stanza di compensazione.

(247) Cfr. circolare Banca d'Italia n. 67 del 13 giugno 1989 e successivi aggiornamenti, contenente la disciplina del Sistema di compensazione BI-COMP, capitolo 1, paragrafo 2.1.

6.b. Presentazione ad una stanza di compensazione e dichiarazione sostitutiva di protesto (artt. 34 e 45, comma 1, n. 3, l. ass.).

Alle Stanze di compensazione inoltre, com'è noto, è attribuito dal legislatore anche un potere certificatorio del rifiuto del pagamento, analogo a quello esercitato dai pubblici ufficiali abilitati alla levata del protesto.

Infatti, in forza del combinato disposto degli artt. 34 e 45, comma 1, n. 3, l. ass., la Stanza, presso la quale sono fisicamente presentati gli assegni le cui partite sono pagate per compensazione, ha il potere, nell'ipotesi di rifiuto di pagamento da parte della banca trattaria, di constatare su istanza di parte, con una dichiarazione che assume efficacia di atto pubblico e soggiace alla medesima pubblicità dei protesti nei bollettini delle Camere di commercio, *che l'assegno le sia stato trasmesso in tempo utile* (ossia nei termini di presentazione) e che non è stato pagato (248).

V'è da chiedersi se sulla scorta del più limitato ruolo che sarebbe riservato alle Stanze per effetto della presentazione digitale dei titoli esse potrebbero ancora attestare, in via sostitutiva al protesto, il mancato pagamento degli assegni.

In effetti le Stanze non sarebbero più luogo di presentazione e di scambio dei titoli, che verrebbero presentati in forma elettronica direttamente dalla banca negoziatrice a quella trattaria, ma soltanto il luogo di esecuzione dei pagamenti per compensazione delle relative partite; in altri termini l'attività di presentazione e quella di pagamento del titolo correrebbero parallele e solo la seconda vedrebbe il necessario coinvolgimento delle Stanze.

V'è da dire, tuttavia, che nei fatti la presentazione elettronica modificherebbe in modo limitato l'attività delle Stanze, posto che anche oggi esse regolamentano e gestiscono lo scambio dei titoli assicurando una notevole autonomia alle banche partecipanti che vi provvedono avvalendosi – come già ricordato – di plichi chiusi del cui contenuto sono esclusive responsabili (249), mentre la Stanza svolge soltanto il ruolo di agente di regolamento e provvede ad assicurare l'attività di accertamento del mancato pagamento dei titoli che specificamente le sono sottoposti, redigendo con tempismo le dichiarazioni sostitutive di protesto.

Sul piano formale, tuttavia, non può non rilevarsi che tale accertamento, secondo il disposto dell'art. 45, comma 1, n. 3, l. ass., può compiersi solo in relazione agli *“assegni trasmessi alla stanza in tempo utile”*, dovendo intendersi probabilmente con tale espressione proprio la presentazione del titolo (sia essa cartacea o elettronica), e non il solo pagamento.

(248) Come si legge nella citata circolare della Banca d'Italia n. 67/1989, cap. 1, par. 2.1., *“nel caso di rifiuto di pagamento del titolo, la presentazione in Stanza dell'assegno costituisce il presupposto per la constatazione ufficiale del mancato pagamento che ai sensi dell'art. 45, comma 1 n. 3 R.D. n. 1736/1933, può essere fatta con dichiarazione di una Stanza di compensazione, datata e attestante che l'assegno è stato trasmesso alla stessa in tempo utile e che non è stato pagato.”*

Analogamente, la circolare della Banca d'Italia n. 157 del 23 dicembre 1991 sulle *“Dichiarazioni sostitutive del protesto”*, precisa che tali dichiarazioni possono essere rilasciate per gli assegni bancari e postali ordinari presentati al pagamento tramite Stanza di compensazione (cfr. Cap. 1, par. 1)

(249) In effetti il meccanismo di funzionamento delle Stanze prevede che lo scambio avvenga in plichi chiusi dei quali solo le banche conoscono il contenuto e provvedono a verificare che le partite compensate corrispondano ai titoli scambiati.

Per assicurare lo svolgimento di tale rilevante funzione pubblica di accertamento anche tale norma, dunque, dovrebbe essere interessata da un aggiornamento legislativo che, tenendo conto della divaricazione tra presentazione e pagamento, confermi la competenza amministrativa di certificazione già attribuita alle Stanze.

Si potrebbe ipotizzare tuttavia un'alternativa tecnica in grado di consentire anche a regime normativo invariato di aggiornare l'attività delle Stanze alla luce delle nuove modalità di presentazione telematica dei titoli.

Potrebbe immaginarsi, infatti, che le Stanze in sede di autoregolamentazione disciplinino l'attività di compensazione delle partite, sostituendo lo scambio dei plichi chiusi contenenti gli assegni da regolare, con lo scambio dei flussi contenenti sia le immagini digitali degli assegni presentati in pagamento, sia i dati contabili necessari per la compensazione; in questo caso, nella sostanza non muterebbero né il ruolo delle Stanze né quello delle banche partecipanti (negoziatrici e trattarie), nel senso che queste ultime rimarrebbero rispettivamente artefici attive e passive della presentazione, mentre le Stanze resterebbero il luogo dove le partite vengono regolate e nondimeno il luogo in cui, sia pure in forma telematica, i titoli transitano per la presentazione. Nonostante la modificazione del supporto di trasmissione dei dati le Stanze continuerebbero a presiedere e presidiare sia la fase di presentazione che quella di regolamento, sebbene entrambe svolte interamente in forma telematica (250).

Questa rinnovata interpretazione del proprio ruolo, in linea con il disposto dell'art. 45 e nondimeno con quello dell'art. 34 l. ass. potrebbe consentire alle Stanze di continuare a svolgere anche l'attività certativa di mancato pagamento del titolo.

6.c. Protesto.

Altra questione di particolare rilievo interessata da un'eventuale modifica delle modalità di presentazione dell'assegno è quella attinente al protesto del titolo.

Com'è noto il protesto può essere levato con atto separato, oppure essere scritto sull'assegno bancario o sul foglio di allungamento (art. 61 l. ass.), inoltre il protesto, come dispone l'art. 62 l. ass., si deve fare nel luogo di pagamento e contro il trattario o il terzo indicati per il pagamento anche se non presenti.

Dunque la legge disciplina rigidamente il supporto sul quale il protesto va eseguito nonché la competenza territoriale del pubblico ufficiale abilitato all'accertamento del mancato pagamento del titolo.

Ipotizzando una presentazione elettronica con l'invio dell'immagine digitale dell'assegno occorrerebbe chiarire anzitutto se l'accertamento del rifiuto del pagamento

(250) Si rileva che la direttiva 2007/64 CE al 46° considerando prevede che, al fine di non privare il pagatore di protezione nel caso (poco probabile) in cui non sia appurato se l'importo del pagamento sia stato debitamente ricevuto dal prestatore di servizi di pagamento del beneficiario o meno, il corrispondente onere della prova dovrebbe incombere al prestatore di servizi di pagamento del pagatore. Di norma si può prevedere che l'istituzione intermediaria, solitamente un organismo "neutrale" quale una banca centrale o una stanza di compensazione, che trasferisce l'importo del pagamento dal prestatore di servizi di pagamento che effettua il trasferimento al prestatore di servizi di pagamento ricevente *archivi i dati contabili e sia in grado di fornirli ogniqualvolta sia necessario*. La direttiva dunque consente di attribuire alle Stanze un compito anche di presidio probatorio ai dati contabili trattati.

vada compiuto sul documento cartaceo che è stato troncato, o sul documento informatico inviato alla banca trattaria; quest'ultima parrebbe la soluzione preferibile in quanto sarebbe in linea con le esigenze di snellimento e di riduzione dei costi di trasporto cui mira la dematerializzazione della presentazione bancaria del titolo.

Inoltre, agendo sul documento informatico, sarebbero di fatto superati i problemi pratici rivenienti dalla determinazione della competenza territoriale al protesto del titolo, che, com'è noto, va levato nel luogo di pagamento, per cui nonostante la dematerializzazione della presentazione sarebbe comunque necessaria la trasmissione fisica dei titoli dalla banca negoziatrice alla trattaria almeno nelle ipotesi patologiche in cui si debba eseguire il protesto. Infatti, l'inoltro del documento all'ufficiale levatore del protesto potrebbe a sua volta avvenire, anziché nella forma del supporto cartaceo (ormai annullato a seguito della presentazione), in quello del supporto digitale e il titolo protestato potrebbe essere rinviato sempre con modalità telematiche al presentatore per il tramite della stessa banca negoziatrice.

In questo contesto anche il protesto e le dichiarazioni sostitutive rilasciate dalle Stanze di compensazione dovrebbero essere eseguiti su supporto informatico, con l'ulteriore beneficio che ne risulterebbero agevolati anche gli adempimenti ulteriori di trasmissione dei rapporti alle prefetture per l'avvio dei procedimenti sanzionatori amministrativi, e dei rapporti all'autorità giudiziaria per eventuali ipotesi di reato.

6.d. Pagamento parziale.

Ai sensi dell'art. 37, comma 3, l. ass., in caso di pagamento parziale, il trattario può esigere che ne sia fatta menzione sull'assegno bancario e gliene sia data quietanza, anche con documento separato.

L'assegno bancario recante l'indicazione del pagamento parziale deve essere restituito al legittimo presentatore possessore del titolo al fine di poter esercitare le azioni di regresso per il pagamento della differenza (oltre che degli accessori di legge: penale, interessi ed eventuali spese di protesto).

Sul presupposto che il titolo cartaceo per effetto della presentazione elettronica muore presso la banca negoziatrice, per essere definitivamente sostituito dal documento elettronico presentato alla banca trattaria, dovrebbe ritenersi che l'immagine digitale dell'assegno da un lato debba poter essere arricchita dell'indicazione del suo pagamento parziale, dall'altro debba poter essere rinviata al legittimo presentatore del titolo tramite la banca negoziatrice, girataria per l'incasso onde consentire di agire per ottenere il pagamento della differenza.

PARTE SECONDA
I sistemi di pagamento paneuropei

CAPITOLO I
IL SISTEMA DEI PAGAMENTI E LA BANCA CENTRALE (251)

Marino Perassi

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *Le operazioni delle banche centrali.* – 3. *Il retail banking.*

(251) Intervento di apertura del V Seminario PRIN delle Università di Siena, Foggia, Napoli e dell'Università Cattolica sede di Piacenza su “*Tutela dei consumatori e servizi di pagamento nel nuovo quadro normativo comunitario*”, tenutosi a Roma, presso la Banca d'Italia, il 4 Aprile 2008.

1. Premessa.

“... il progresso incorporato nelle attuali tecnologie di pagamento è in realtà reso possibile dalle istituzioni dello Stato liberal-democratico fondato sui concetti di divisione e limitazione dei poteri. Tra banca centrale e stato liberal-democratico vi è, al di là dei meri nominalismi, un vero e proprio rapporto simbiotico: stesse origini, stesso sviluppo, e, con tutta probabilità, stesso futuro, quale che esso sia. Senza istituzioni liberal-democratiche è forse immaginabile un capitalismo; non è immaginabile una banca centrale. Ecco perché il sogno di Keynes, di una banca centrale mondiale fallì a Bretton Woods. Per lo stesso motivo per cui, nell'Europa degli anni Novanta del Novecento, si è riusciti a trascendere i confini nazionali nella costituzione di una banca centrale solo inscrivendola in un progetto di portata ben più ampia, volto alla formazione di un assetto politico federale.

Può darsi, come sostiene Benjamin Cohen, che la futura geografia della moneta ci riservi una dissociazione sempre più marcata tra Stato e istituzioni preposte al governo della moneta stessa. Ma è troppo presto per dire se si tratti di una tendenza consolidata o non piuttosto di un semplice passaggio nel processo di ridefinizione dell'estensione e dell'articolazione dello Stato in senso multinazionale. E' comunque storia di oggi, ancora in larga parte da scrivere...” (252).

A quasi dieci anni dal suo lancio l'euro è effettivamente ancora oggi una moneta senza Stato, con una storia ancora in gran parte da scrivere, probabilmente legata allo sviluppo dell'integrazione europea ed alla creazione di una entità statale di tipo multinazionale, come aveva intuito Curzio Giannini.

Quello che è certo è il quadro istituzionale che ha accompagnato il trasferimento di sovranità monetaria dagli stati nazionali ad una entità sopranazionale, la Banca Centrale Europea (BCE). Essa si basa su regole ben delineate e compiti esplicitamente inseriti nelle norme fondanti i compiti della stessa BCE e del Sistema Europeo di Banche Centrali (SEBC) fra i quali, accanto alla definizione ed attuazione della politica monetaria, spicca la promozione del *“... regolare funzionamento dei sistemi di pagamento”* (art. 3 par. 1 dello Statuto SEBC /BCE ed art. 105, par. 2 del Trattato).

In altri termini è come se tale funzione fosse un ruolo attribuito in modo quasi naturale alle Banche centrali partecipanti al SEBC.

Inoltre l'adozione dell'Euro, quale moneta unica, ha comportato effetti significativi sul quadro di riferimento del sistema dei pagamenti ed a tale proposito guardando alla storia dall'adozione dell'Euro (1 gennaio 1999) sino ad oggi vediamo che le innovazioni hanno inciso su tre livelli:

- il quadro istituzionale delle Banche Centrali;
- la normativa concernente la loro attività, le loro operazioni e gli strumenti utilizzati per assicurare la fluida circolazione della moneta, sia scritturale che materiale (*cash*);
- il livello delle operazioni *retail*.

(252) C. GIANNINI, *L'età delle banche centrali*, Bologna, 2004, 40-41.

Sul primo di questi piani si colloca la collaborazione fra Autorità che ha trovato un luogo di incontro ideale nel *Committee on payment and settlement systems* (CPSS) avviatosi nel 1990 a Basilea fra i paesi del G10 presso la Banca per i Regolamenti Internazionali (BRI). Un foro di discussione, confronto e condivisione di scelte, di redazione di regole (prevalentemente *standard* tecnici), non certo assistite da forza vincolante, ma la cui adozione è rimessa alla volontaria collaborazione degli stati destinatari.

Siamo nell'area della *soft law* (253), la cui efficacia, diffusione e concreta attuazione è assicurata dalla autorevolezza delle istituzioni da cui promanano le relative regole e dalla sanzione reputazionale a carico degli stati che non seguono tali principi, stati che si vengono a trovare in una situazione di inadeguatezza del quadro normativo; inadeguatezza che può anche scoraggiare le iniziative economiche e gli investimenti dall'estero.

Tale attività si può svolgere senza cessioni di sovranità, con l'adozione di linee-guida che lasciano ai destinatari la massima flessibilità nel momento del recepimento; sotto altro profilo la scelta dello strumento della *soft law* può esporsi a critiche per mancanza di legittimazione democratica dei soggetti che emanano le disposizioni.

È, in ogni caso, un'attività di produzione normativa che può essere svolta con grande efficacia da strutture tecnocratiche come le Banche Centrali.

Con l'introduzione dell'Euro lo scenario muta in modo significativo per le Banche Centrali che entrano a far parte dell'Eurosistema (254), quando le rispettive nazioni adottano la moneta unica.

Le decisioni di politica monetaria e quelle relative ai sistemi di pagamento, nei limiti della competenza stabilita dallo Statuto del SEBC/BCE, vengono prese da quel momento dal Consiglio Direttivo della BCE, con atti di diritto comunitario, assistiti da forza vincolante (255). Si passa ad un livello di decisione sovranazionale assai intenso e significativo.

Ma gli strumenti più importanti ed ampiamente utilizzati dall'Eurosistema si trovano negli artt. 12, par. 1 e 14 par. 3 dello Statuto SEBC/BCE; si tratta degli "*atti di indirizzo*" (*guidelines* in lingua inglese), atti emessi dal Consiglio Direttivo, interni al sistema e vincolanti per le sole Banche Centrali Nazionali, che sono a loro volta tenute ad attuarne i principi nei propri ordinamenti avvalendosi delle fonti poste a disposizione dalle singole giurisdizioni.

Sono atti sprovvisti di effetti diretti verso la generalità dei soggetti operanti nel settore, ma i loro contenuti, divenuti nel corso degli anni sempre più puntuali e dettagliati, rendono agevole verificare la conformità delle discipline nazionali con le regole uniformi deliberate a livello BCE, garantendo l'uniformità della normativa nei vari paesi.

(253) F. PENNING, *Between soft and hard law*, The Hague, 2006; V LEMMA, "*Soft law*" e regolazione finanziaria, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, novembre 2006, 600 e ss.

(254) Il termine "*Eurosistema*" indica la BCE e le Banche Centrali delle nazioni che hanno adottato l'Euro, cioè una parte dei componenti il Sistema Europeo di Banche Centrali – SEBC, che comprende anche le Banche Centrali degli altri paesi. La definizione, sino ad epoca recente non assistita da una base normativa, è stata collocata nell'art. 1, par. 227 del Trattato di Lisbona, che modifica il trattato sull'Unione europea ed il trattato che istituisce la comunità europea, firmato a Lisbona, il 13 dicembre 2007 (prevedendo il nuovo articolo 245 *bis* del Trattato CE).

(255) Cfr. Artt. 22 e 34 dello Statuto SEBC/BCE.

2. Le operazioni delle banche centrali.

La menzione delle *guidelines* ci introduce al secondo livello di analisi: le operazioni delle banche centrali.

Negli anni di preparazione del quadro istituzionale relativo al lancio della moneta unica il sistema necessario all'attuazione della politica monetaria è stato costruito su due semplici presupposti: l'equivalenza economica dei risultati delle operazioni condotte dalle singole Banche Centrali sul mercato e la massima libertà per le stesse Banche nello scegliere lo strumento giuridico necessario ad assicurare quel risultato, secondo i diritti nazionali applicabili.

La straordinaria flessibilità del diritto privato, utilizzato nella grande maggioranza dei paesi per effettuare operazioni di politica monetaria sul mercato nazionale, ha permesso di centrare l'obiettivo.

Ciò si può affermare sia per le operazioni di politica monetaria, che per i sistemi di pagamento TARGET e TARGET2, entrambi costruiti su *guidelines* della BCE attuate dalle Banche Centrali nazionali (256).

Lo schema presenta indubbe complessità, come si verifica in tutti i casi di rapporti giuridici che trovano la loro regolamentazione in una molteplicità di fonti normative, con inevitabili sovrapposizioni ed incroci. Ma è uno schema che ha in concreto assicurato un funzionamento corretto ed efficiente dei sistemi in questi (quasi) dieci anni di moneta unica.

Il tutto è stato indubbiamente facilitato dal fatto che i rapporti fra le Banche Centrali e le banche commerciali si collocano sul terreno delle relazioni fra operatori professionali qualificati; ciò rende possibile l'utilizzo di *standard* negoziali uniformi e sofisticati, anzi si può ritenere che l'adozione dell'Euro abbia generato, in questo settore, una spinta verso l'uniformità e la standardizzazione dei modelli.

I c.d. *master agreements*, di derivazione dalla tradizione anglosassone, hanno trovato legittimazione e diffusione nel continente europeo per effetto di quel movimento creativo della contrattazione uniforme e dei prodotti standardizzati che sembra rappresentare, sia pure in modo parziale, una nuova *lex mercatoria* (257).

Esempio concreto degno di nota è il cosiddetto *European Master Agreement* (EMA) (258) creato nel mondo dei rapporti interbancari sotto l'egida della Federazione Bancaria Europea (FBE) con il fine specifico di essere valido ed efficace in tutte le giurisdizioni; un passo avanti significativo rispetto alla precedente prassi, basata sull'adattamento di modelli nati e cresciuti nella realtà del *common law*.

(256) Sull'utilizzo dello strumento delle *guidelines* nel sistema Target: M. PERASSI, *I sistemi di pagamento internazionali*, in *Banca borsa*, 2000, 492. Sul sistema Target 2 si veda il contributo di E. PAPA, *Da TARGET a TARGET 2: sistemi di pagamento a confronto*, in questo stesso Quaderno, parte seconda, cap. II.

(257) Sul tema, recentemente M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008, 114; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, 56; ID., *Lex mercatoria, autonomia privata e disciplina del mercato*, in *Annali del seminario giuridico*, dell'Università di Catania, Milano, 2003, 476 e ss.

(258) Sull'argomento si veda il contributo di F. RECINE, *Politiche legislative e contrattazione standardizzata nel settore finanziario. Lo European Master Agreement*; in *Quaderni dell'Ente Luigi Einaudi*; n. 55, Roma, 2003. ASSOCIAZIONE BANCARIA ITALIANA, *European master agreement (EMA) for financial transactions*, Roma, 2001.

Il legislatore comunitario è intervenuto per facilitare questo processo, agendo nelle aree dove il diritto privato non può offrire soluzioni; le direttive hanno disciplinato gli effetti dell'insolvenza sulle posizioni degli operatori finanziari e dei rapporti giuridici con loro instaurati, sia nel caso di partecipazione a sistemi di pagamento e regolamento (direttiva n. 98/26 CE), sia per le ipotesi di rapporti negoziali diretti ed esterni ai sistemi (direttiva n. 2002/47 CE), al fine di assicurare certezza alle situazioni giuridiche, efficacia ed opponibilità alla massa concorsuale delle obbligazioni scaturenti dai contratti precedenti l'apertura delle procedure di crisi. Il tutto corredato dall'adozione di regole certe ed uniformi per le ipotesi di risanamento e liquidazione di enti creditizi (direttiva n. 2001/24 CE) (259).

3. Il *retail banking*.

Nel terzo livello in esame, quello del *retail banking* e degli strumenti di pagamento diffusi fra la massa degli utenti non sembra invece rilevarsi un effetto altrettanto importante ed evidente a seguito della introduzione dell'Euro.

Dal 1° gennaio 1999 molti paesi dell'Europa conoscono una sola *lex monetae*, intesa come la legge adottata da uno Stato per disciplinare la propria valuta (260) ed i rapporti giuridici regolati con la stessa, una tipica prerogativa statale, legata strettamente ed intimamente alla sovranità assoluta sul proprio territorio, che si pone come limite invalicabile all'effetto di tale legislazione, dove inizia la sovranità intangibile di un'altra nazione.

L'atto con il quale uno stato rinuncia a disciplinare con proprie norme tale settore rappresenta perciò una rinuncia significativa ed importante ad una propria fondamentale prerogativa.

La storia economica dell'ultimo decennio ha conosciuto varie ipotesi di rinuncia alla propria sovranità monetaria, basti pensare ai casi di “dollarizzazione” cioè di adozione volontaria da parte di uno stato della valuta americana quale propria unità monetaria, ovvero di “euroizzazione” necessaria, cioè di utilizzo dell'Euro da parte di entità statali non in grado di emettere e gestire una propria moneta (si possono menzionare i casi di stati della ex Jugoslavia, ora indipendenti).

Il trasferimento di sovranità effettuato con l'adozione della moneta unica costituisce una base uniforme per la regolazione monetaria dei rapporti fra cittadini europei, fondata sul diritto comunitario (261), che si affianca ai diritti nazionali ed alle norme civilistiche dei medesimi nella disciplina delle obbligazioni pecuniarie (262). C'è inoltre spazio per

(259) Sul recepimento della direttiva in questione nel nostro paese si veda il commento di E. GALANTI, in *Banca borsa*, 2004, I, 733.

(260) Secondo un principio generalmente riconosciuto e codificato, ad esempio, nell'art. 147 par. 1 della legge Svizzera sul diritto internazionale privato, dove si precisa che “la valuta è stabilita dalla legge dello stato di emissione”: J.V. LOUIS, *The new monetary law of the European Union*, in *International monetary law. Issues for the new millenium*, a cura di Giovanoli, Oxford University Press, 2000, 154. Sull'argomento anche T. TREVES, *Monetary sovereignty today*, *ivi*, 111 e ss. ed il fondamentale contributo di MANN, *on the legal aspects of money*, 6a. edizione di C. PROCTOR, Oxford University Press, 2005, 499.

(261) Regolamenti del Consiglio n. 1103/97 del 17 giugno 1997 e n. 974/1998 del 3 maggio 1998.

(262) M. PERASSI, *Il diritto comunitario dei pagamenti*, in *Il diritto del sistema dei pagamenti*, a cura di Carriero e Santoro, Milano, 2005, 142 e ss.

una regolamentazione differente nelle varie giurisdizioni dei fenomeni legati all'adempimento delle obbligazioni, per ragioni non necessariamente legate al diritto civile, si pensi ad esempio alle regole nazionali sulla prevenzione del fenomeno del riciclaggio, che talvolta impongono limiti ai trasferimenti in contante (263).

Nell'area dei pagamenti *retail* l'unificazione della normativa monetaria ha dunque svolto effetti significativi sugli scambi e le relazioni transfrontaliere, contribuendo a creare un' area unica, veramente senza barriere?

La risposta non pare essere del tutto positiva.

Se si osserva l'evoluzione degli interventi degli organi comunitari nel corso degli anni si nota un interesse crescente verso l'uniformità delle regole, con una evidente intensificazione a seguito dell'introduzione dell'Euro.

E con il crescere dell'interesse si è intensificato l'intervento regolatore, evolutosi da atti esortativi e non vincolanti, le raccomandazioni, all'adozione di direttive ed infine all'emanazione di un regolamento.

Si è così passati dalle numerose raccomandazioni in materia di pagamento elettronico, di rapporti fra emittente le carte di pagamento e clientela, di trasparenza delle condizioni delle operazioni finanziarie transfrontaliere (264), adottate a partire dalla fine degli anni '80, alla direttiva sui bonifici *cross-border* (265) ed infine al Regolamento sui pagamenti transfrontalieri in Euro (266), volto a ridurre il costo di tali operazioni allo stesso livello di quelle domestiche, incoraggiando il settore finanziario a muoversi verso l'effettiva creazione di una singola area dei pagamenti in Euro, superando le barriere rappresentate dalle frontiere.

Ultima e fondamentale tappa di questo percorso è l'adozione della direttiva relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno (267), che introduce norme fondamentali, relative al c. d. passaporto europeo per gli istituti di pagamento, alla trasparenza dei rapporti contrattuali. con soluzioni molto avanzate anche se con un linguaggio e con formulazioni non sempre chiari e tesi in vari punti al riequilibrio delle posizioni contrattuali dei contraenti.

Si introduce così una sorta di codice uniforme del trasferimento monetario non cartaceo che si affianca alla già ricordata *lex monetae* e completa il quadro di riferimento aggiungendosi ai diritti nazionali sostanziali.

(263) Limiti consentiti dal regolamento del Consiglio n. 974/1998, *cit.*, preambolo, considerando n. 19. Per l'Italia si veda ora l'art. 49 del d.lgs. n. 231/2007.

(264) Raccomandazione della Commissione del 8 Dicembre 1987 CEE, n. 87/598, in *GUCE*, n. I. 365/72 del 24 dicembre 1987 ed in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1988, 95, con commento di R. D'ORAZIO; raccomandazione della Commissione del 17 Novembre 1988, n. 88/590 CEE, in *GUCE*, n. I. 317/55 del 24 Novembre 1988 e in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1989, 763, e la versione aggiornata del 30 Luglio 1997, n. 97//489 CE in *Banca borsa*, 1988, I, 501, con commento di A. SCIARRONE ALIBRANDI. Sulle transazioni finanziarie transfrontaliere: raccomandazione della Commissione del 14 Febbraio 1990, n. 90/109/CEE, in *GUCE*, n. I. 67/39 del 15 Marzo 1990.

(265) Direttiva 97/5 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 27 Gennaio 1997, in *Banca borsa*, 1997, I, 786, con commento di A. SCIARRONE ALIBRANDI.

(266) Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio, n. 2560/2001 CE, del 19 Dicembre 2001, in *GUCE*, n. I. 344/13 del 28 Dicembre 2001.

(267) Direttiva n. 2007/64 CE del 13 Novembre 2007. Sui suoi contenuti si rimanda agli scritti di cui alla prima parte di questo stesso Quaderno.

L'intensificarsi degli interventi e la loro progressiva incisività sono una prima evidenza del bisogno, rilevato a livello comunitario, di utilizzare strumenti sempre più forti per garantire l'uniformità di regole nell'area dell'Euro, vista la scarsa efficacia delle esortazioni precedenti.

E sono gli stessi organi comunitari ad ammettere successi solo parziali dei loro sforzi.

Se la Commissione ha recentemente affermato che il Regolamento n. 2560/2001 sui bonifici *cross border* "... has broadly achieved its two main objectives ..." sia per quanto riguarda l'allineamento dei costi dei pagamenti internazionali a quelli domestici, sia per le spinte date agli operatori per rendere effettivo il concetto di "... domestic payment area ..." (268); in altre occasioni essa ha sottolineato l'esistenza di forti barriere agli scambi transnazionali, in grado di segmentare in modo preoccupante il mercato unico europeo.

Ostacoli di varia natura, legati alle differenze fra ordinamenti giuridici, alla lingua, alla difficoltà di acquisire dall'estero informazioni adeguate, in grado di orientare nel modo corretto le scelte di clienti.

L'elenco di documenti non è breve, ma è utile citarne alcuni. In primo luogo il *Green paper* sui crediti ipotecari del 2005 (269), documento forse troppo ambizioso nei suoi auspici di armonizzazione, visto che non tiene conto dell'ineliminabile legame fra garanzia data sul bene immobile ed ordinamento del luogo in cui si trova il bene, con tutte le conseguenze in ordine sia al diritto sostanziale, sia a quello processuale applicabili a tale fattispecie (270).

Penso poi al *Report on the retail banking sector inquiry* del Gennaio 2007 (271) ed al *Report of the expert group on customer mobility in relation to bank accounts* del Giugno dello stesso anno (272).

Documenti da cui emergono aree estese di insufficiente armonizzazione e di scarsa concorrenza fra operatori su terreni molto simili a quelli sui quali il legislatore italiano è recentemente intervenuto con norme di legge (cc.dd. decreti "*Bersani*") (273), anche se la Commissione ispira il suo intervento a logiche di superamento delle frontiere a sostegno della creazione di un area unica dei pagamenti nei paesi che hanno adottato l'Euro, mentre il legislatore interno è sensibile ai profili di concorrenza fra operatori domestici e di tutela del contraente debole.

(268) Commissione delle Comunità Europee, *Report on the application of Regulation (EC) n. 2560/2001 on cross-border payments in euro*, del 11 febbraio 2008; [SEC (2008) 141].

(269) Commissione delle Comunità Europee, *Green paper. Mortgage credit in the EU*, del 19 Luglio 2005 [Com (2005) 327 Final]; cfr. anche *Feedback on the consultation on the green paper on mortgage credit*, del 23 Maggio 2006, [Markt/H3/JR D (2006)].

(270) Cfr. anche art. 51 della legge 30 maggio 1995, n. 218.

(271) COMMISSIONE DELLE COMUNITA' EUROPEE, D-G *for Competition: Report on the retail banking sector inquiry*, del 31 Gennaio 2007, SEC (2007) 106. Si possono utilmente consultare anche: EUROPEAN COMMISSION, *DG Competition, Interim Reports: I payment cards* del 12 Aprile 2006 e *II current account and related services* del 17 Luglio 2006.

(272) COMMISSIONE DELLE COMUNITA' EUROPEE, D-G *internal markets and services: Report of the expert group on customer mobility in relation to bank accounts*, del 5 Giugno 2007. Sull'argomento: A.GIRAUD, *Premières pistes de réflexion sur le rapport du groupe d'experts concernant la mobilité bancaire*, in *Euredia*, 2007-2008/2, 161 e ss. Spunti rilevanti si ritrovano anche in COMMISSIONE DELLE COMUNITA' EUROPEE, *Libro verde sui servizi finanziari al dettaglio nel mercato unico*, del 30 Aprile 2007, [COM (2007) 226 definitivo].

(273) Si vedano il d.l 4 luglio 2006 n. 223, convertito con legge 4 agosto 2006, n. 248 e il d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito con legge 2 aprile 2007, n. 40.

Ma il punto di collegamento fra analisi ed interventi comunitari e nazionali si ritrova nella comune constatazione della insufficienza dei meccanismi di mercato e delle regole di trasparenza che sostengono la concorrenza a realizzare un mercato veramente competitivo, tanto da giustificare interventi autoritativi da parte del legislatore, che non si limita solo ad introdurre incentivi per gli operatori, finalizzati a raggiungere determinati risultati, ma interviene fissando condizioni negoziali (è il caso, appunto, dei decreti Bersani) o regolando nel dettaglio i termini delle operazioni bancarie, annullando spazi di manovra per gli operatori bancari e finanziari, nel nome della uniformità delle regole e della tutela delle posizioni delle clientela.

In questa breve presentazione ci si è mossi dalle norme comunitarie che assegnano alla Banca d'Italia, quale banca centrale dell'Eurosistema, determinate funzioni essenziali per il corretto funzionamento dei sistemi di pagamento; si è giunti ora ad esaminare i rapporti fra singoli operatori e clientela, sotto i profili della trasparenza, della concorrenzialità del sistema e dell'equilibrio delle posizioni negoziali delle parti; un terreno tradizionalmente estraneo ai compiti di una banca centrale.

Non bisogna però scordare che la promozione della stabilità ed efficienza dei sistemi di pagamento, bene collettivo (274), comporta conseguenze e ricadute positive in termini di affidabilità e di fiducia nelle transazioni, sia per gli operatori, che per gli utenti.

La Banca d'Italia è inoltre autorità di vigilanza chiamata ad assicurare la trasparenza nelle relazioni con la clientela (art. 5 del t.u.b. e titolo VI del medesimo).

Si può allora ritenere che perseguire gli obiettivi tradizionali della stabilità ed affidabilità degli operatori passi anche attraverso il presidio della fiducia della clientela nei rapporti con le banche ed attraverso il contenimento della loro esposizione a rischi di natura legale e reputazionale generati da contenziosi nei confronti di gruppi omogenei di clientela (275).

Da qui l'interesse anche per il corretto svolgimento dell'insieme delle relazioni contrattuali, ferma restando l'estraneità della vigilanza rispetto ai singoli rapporti controversi.

(274) M. MANCINI, *Il sistema dei pagamenti e la Banca Centrale*, in *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, a cura di Galanti, Padova, 2008, 1195.

(275) In questo senso le recenti istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia sulla funzione di conformità (*compliance*) del 10 luglio 2007 richiamano al rispetto delle norme sulla tutela del consumatore.

CAPITOLO II

DA TARGET A TARGET2: SISTEMI DI PAGAMENTO A CONFRONTO (276)

Elena Papa

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. *Il quadro giuridico di diritto comunitario.* – 3. *Da TARGET a TARGET2: come cambia la governance. Modelli di governance per accordi.* – 3.1. *La governance in TARGET.* – 3.2. *La governance in TARGET2.* – 3.3. *La governance per accordi.* – 3.3.1. *(i) L'organizzazione della governance “per accordi”.* – 3.3.2. *(ii) L'esercizio della governance “per accordi”.* – 3.3.3. *(iii) La definizione del contenuto delle competenze del Level 3 “per accordi”.* – 3.3.4. *(iiii) La risoluzione “per accordi” delle controversie in tema di governance.* – 3.4. *Funzioni e ruoli istituzionali, livello di governance del sistema e assetti proprietari.* – 3.4.1. *Funzioni istituzionali e livello di governance del sistema.* – 3.4.2. *Assetti proprietari.* – 4. *Da TARGET a TARGET2: il livello di armonizzazione “giuridica”.* – 4.1. *TARGET. Il principio della “minimum harmonization”.* – 4.2. *TARGET2. Sistema giuridicamente unitario o molteplicità di sistemi?* – 4.2.1. *Partecipante indiretto e problemi della definitività dei pagamenti.* – 4.2.2. *TARGET2. Il principio della “full harmonization”.* – 4.2.3. *La disciplina delle “deroghe”.*

(276) Relazione svolta al seminario PRIN delle Università di Siena, Foggia, Napoli e dell'Università Cattolica sede di Piacenza su “*Tutela dei consumatori e servizi di pagamento nel nuovo quadro normativo comunitario*”, tenutosi presso la Banca d'Italia il 4 aprile 2008.

1. Introduzione.

La data del 19 novembre 2007 ha segnato per le Banche Nazionali dell'Eurosistema (277) l'inizio dell'operatività del nuovo sistema di pagamento lordo trans-europeo TARGET2 (l'acronimo sta per "*Trans-European Automated Real-Time Gross Settlement Express Transfer System*", "*Sistema Transeuropeo Automatizzato di Trasferimento Fondi con Regolamento Lordo in Tempo Reale*").

La migrazione dell'intera comunità finanziaria dell'area euro dal preesistente sistema, denominato TARGET, al nuovo, è proceduta senza soluzione di continuità per *tranche* successive costituite da gruppi di Stati rappresentati dalle rispettive Banche Nazionali, e si è compiuta il 19 maggio 2008, data che ha visto passare all'uso della nuova piattaforma anche la Banca d'Italia, con contestuale cessazione dell'operatività di TARGET (278).

(277) Per Eurosistema si intende, nell'ambito del Sistema Europeo di Banche Centrali (SEBC), il gruppo di Banche Centrali dei Paesi membri passati all'euro. Il termine è stato adottato sin dal 1999 dalla BCE nelle sue comunicazioni, cfr. BCE, *L'Eurosistema e il Sistema Europeo delle Banche Centrali (SEBC)*, in *bollettino mensile BCE*, gennaio 1999, 7. Nel proprio parere del 19 settembre 2003, (CON/2003/20), (2003/C 229/04), relativo al progetto di trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, pubblicato in *G.U.U.E.*, 25 settembre 2003, n. C 229/7, la BCE suggeriva di inserire il termine Eurosistema nella Costituzione allora in corso di preparazione. In accoglimento di tale suggerimento, al capo II della Costituzione intitolato "*Le altre istituzioni e gli organi consultivi dell'Unione*", l'art. I-30.1 recita "*La Banca centrale europea e le banche centrali nazionali costituiscono il Sistema europeo delle Banche centrali. La Banca centrale europea e le banche centrali nazionali degli Stati membri la cui moneta è l'euro, che costituiscono l'Eurosistema, conducono la politica monetaria dell'Unione*". Come noto dopo il voto contrario alla Costituzione europea espresso dagli elettori in Francia e nei Paesi Bassi nel 2005, ed un periodo di riflessione di due anni, il 23 giugno 2007 i capi di Stato e di Governo dell'UE hanno raggiunto un'intesa su un mandato dettagliato per la successiva conferenza intergovernativa il cui mandato consisteva nella redazione di un Trattato sulla riforma istituzionale da predisporre entro la fine del 2007. Il 19 ottobre 2007 il consiglio europeo informale di Lisbona ha adottato il testo definitivo del Trattato elaborato nell'ambito della conferenza intergovernativa. Il 13 dicembre 2007 i capi di Stato e di Governo hanno siglato il testo definitivo del Trattato di Lisbona (2007/C 306/01, pubblicato in *GUUE*, 17 dicembre 2007), poi sottoposto a procedura di ratifica secondo le norme di legge nazionale di ciascuno Stato membro. In Italia il Trattato è stato ratificato con voto parlamentare in data 8 agosto 2008. Il Trattato mantiene l'impostazione adottata dalla Costituzione e indica l'Eurosistema tra le istituzioni monetarie secondo la formulazione già enunciata sopra, collocandola all'art. 245-bis; modifica altresì lo Statuto del SEBC e della BCE riformulando l'art. 1.1. come segue "*Conformemente all'art. 245-bis, par 1 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, la Banca centrale europea (BCE) e le banche centrali nazionali costituiscono il sistema europeo delle Banche centrali. La Banca centrale europea e le banche centrali nazionali degli Stati membri la cui moneta è l'euro costituiscono l'Eurosistema*".

(278) Nel dicembre 2004 il Consiglio direttivo della BCE ha scelto di adottare una strategia di migrazione graduale per la transazione dal sistema TARGET al sistema TARGET2, invece che attraverso una sorta di *big bang* europeo. Pertanto le Banche Nazionali, insieme alle piazze finanziarie di riferimento, sono state divise in gruppi destinati a migrare in tre distinte finestre temporali. La data del gennaio 2007, fissata originariamente per l'inizio della migrazione (cfr. BCE *Rapporto sullo stato di avanzamento di TARGET2*, Febbraio 2005, sub 4. *Calendario del progetto TARGET*" in www.ecb.int), ha subito uno slittamento per motivi tecnici. Infatti, nel corso della realizzazione del progetto si è reso necessario lo sviluppo di funzionalità nuove rispetto a quelle programmate al fine di rispondere ad esigenze del mercato emerse nella fase di consultazione. Nell'ottobre 2005 il Consiglio direttivo della BCE ha fissato la data del 19 novembre 2007 per la migrazione del primo gruppo di Banche Nazionali (Austria, Cipro, Germania, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Slovenia); quella del 18 febbraio 2008 per il secondo gruppo (Belgio, Finlandia, Francia, Irlanda, Olanda; Portogallo, Spagna); quella del 19 maggio 2008 per il terzo gruppo (Danimarca, Estonia, Banca Centrale europea, Grecia, Italia, Polonia, Regno Unito). Era stata poi prevista una finestra temporale "*di riserva*" per l'ipotesi, non verificatasi, di ulteriori ritardi per effetto di eventuali difficoltà tecniche nel passaggio al nuovo sistema da parte delle singole Banche Nazionali. Cfr. BANCA D'ITALIA, *Informazioni BIREL*, Terza serie, n. 3, ottobre 2005, in www.bancaditalia.it, sub "*Sistemi di pagamento*".

Nonostante la sostanziale coincidenza della denominazione con quella del sistema che lo ha preceduto, TARGET2 ha caratteri di innovatività che lo pongono in radicale contrapposizione rispetto al passato, quanto meno dal punto di vista dei principi ispiratori e della relativa attuazione sul piano tecnologico.

Infatti, TARGET era stato costruito secondo il c.d. principio dell'armonizzazione minima ("*minimum harmonization*"), ed era un sistema a struttura decentrata, realizzato, cioè, per il tramite di un mero *interlinking* tra i preesistenti sistemi di regolamento lordo nazionali degli Stati europei coinvolti nel passaggio all'euro, quelli di alcuni altri aderenti all'Unione europea (*Real Time Gross Settlement Systems – RTGS*) e la procedura per i pagamenti della BCE (*ECB payment mechanism – EPM*) (279), che permanevano ciascuno diverso dagli altri, sia per livello tecnico che per qualità dei servizi resi alle rispettive comunità bancarie e finanziarie nazionali (280).

(279) Il primo gruppo di Banche nazionali che, alla data del 3 maggio 1998, soddisfaceva ai c.d. criteri di convergenza e che, quindi era passata all'euro, comprendeva Belgio, Germania, Spagna, Francia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Austria, Portogallo e Finlandia. Successivamente venivano ammesse a far parte dell'Unione economica e monetaria la Grecia, a partire dal 1° gennaio 2001, la Slovenia, a partire dal 1° gennaio 2007, nonché Cipro e Malta, a partire dal 1° gennaio 2008.

(280) Pare opportuno svolgere qualche breve cenno sulla situazione dei sistemi di pagamento operanti in Europa al momento del passaggio all'euro ed alla c.d. Terza fase dell'UEM. A seguito della pubblicazione nel 1990 del c.d. "*Rapporto Lamfalussy*" (BANCA DEI REGOLAMENTI INTERNAZIONALI, *Rapporto del Comitato sugli schemi di compensazione interbancari delle banche centrali dei paesi del gruppo dei dieci*, Basilea, 1990), che evidenziava il maggiore rischio sistemico insito nei sistemi di compensazione netta multilaterale – all'epoca prevalenti negli Stati europei – rispetto a quelli di regolamento lordo, a partire dall'inizio degli anni '90 le Banche Centrali di ciascuno Stato membro hanno iniziato a realizzare sistemi di regolamento lordo (RTGS) per il regolamento in via elettronica ed in tempo reale delle operazioni di politica monetaria (che, come è noto, a quel tempo, e fino al 1999, erano su base nazionale) ed, in generale, dei pagamenti di grosso importo. Il minore rischio sistemico che connota gli RTGS rispetto ai sistemi di compensazione netta è evidente se si pensa che nei primi il regolamento avviene per singola transazione, senza compensazione tra i pagamenti, ed in tempo reale, e cioè immediatamente e continuativamente, per cui i pagamenti diventano irrevocabili e definitivi con la registrazione nei conti che le banche commerciali detengono presso la Banca Centrale. Al contrario nei secondi si realizza la compensazione multilaterale dei pagamenti e solo il saldo finale va a regolazione, ad intervalli di tempo più o meno ampi (in epoche passate il saldo avveniva solo a fine giornata con regolamento al giorno successivo, con conseguente protrarsi dell'incertezza sull'estinzione dell'obbligazione sottesa per un arco temporale ampio; attualmente i sistemi di regolamento netti possono prevedere più cicli di regolamento nell'arco della giornata). In ogni caso in tali sistemi: *i*) il descritto intervallo temporale prima del regolamento determina lo spostamento nel tempo del momento di definitività e, quindi, dell'effetto solutorio, dell'operazione, con il rischio del verificarsi, in tale arco di tempo, di situazioni di insolvenza di uno dei soggetti che ne sono parte; *ii*) la compensazione dei pagamenti bilaterali nel saldo multilaterale finale rende di difficile soluzione la menzionata eventuale situazione di insolvenza di uno dei partecipanti, la cui sopraggiunta incapacità di effettuare il pagamento finale potrebbe ripercuotersi sugli altri, o addirittura sul sistema dei pagamenti stesso e sul mercato, con il temuto "*effetto domino*" capace di pregiudicare la stabilità finanziaria del mercato. Per una ricostruzione accurata dell'evoluzione dei sistemi di pagamento in ambito europeo cfr. M. MANCINI, *Il sistema dei pagamenti e la banca centrale*, in *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova, 2008, 1120 ss.; con specifico riguardo ai sistemi di pagamento lordo cfr. BCE, *Bollettino mensile*, Agosto 2006, *L'evoluzione dei sistemi di pagamento di importo rilevante nell'area dell'euro*, in www.ecb.int.

E' appena il caso di ricordare che le valutazioni sopra brevemente esposte, pur nella loro validità generale, debbono essere collocate in un momento storico in cui non esisteva alcuna disposizione normativa in tema di definitività dei pagamenti. Infatti, la direttiva europea c.d. *Settlement finality* i cui principi, peraltro, sono applicabili solo rispetto all'operatività dei sistemi "*designati*" dalla singole Autorità nazionali competenti per legge come sistemi ad elevato rischio sistemico, e che introduce forme normative di tutela dal rischio sistemico, è intervenuta solo nel 1998 (direttiva 98/26/CE). In Italia è stata recepita con d.lgs. 12 aprile 2001, n. 210. Sul punto cfr. *infra*, nel testo 4.1, ss.

Invero, ben difficilmente si sarebbe potuto optare per soluzioni diverse nel momento storico di riferimento. Infatti, TARGET era stato realizzato in tempi brevi in funzione del passaggio alla c.d. “*terza fase dell’Unione Economica Monetaria*” (in seguito anche UEM) (281), come risposta all’esigenza, avvertita dalle nuove istituzioni monetarie europee (la costituenda BCE ed il Sistema Europeo delle Banche Centrali, SEBC), di disporre di un sistema unico di regolamento lordo dei pagamenti, a rischio sistemico minimo (282) e su base sovranazionale, per l’esercizio delle funzioni di definizione e conduzione della politica monetaria unica dell’Europa dell’euro e la gestione delle relative operazioni (283).

(281) Nel lungo processo di integrazione monetaria europea progettato nel *Rapporto Delors* (dal nome del Presidente del Comitato costituito presso il Consiglio europeo nel giugno 1988), erano individuate tre distinte fasi della Unione Economica Monetaria (UEM): *i*) la prima fase è stata attuata dallo stesso Consiglio europeo nel 1989, con la decisione di abolire tutte le restrizioni alla circolazione dei capitali tra gli Stati membri a partire dal 1° luglio 1990, e successivamente, nel marzo 1990, con il conferimento al Comitato dei Governatori delle Banche Centrali degli Stati membri della Comunità Economica Europea di compiti di consultazione sulle politiche monetarie degli Stati membri, nonché di promozione e di coordinamento in tale ambito al fine di conseguire la stabilità dei prezzi. Nel febbraio 1992, poi, a Maastricht, è stato sottoscritto il Trattato sull’Unione europea, con l’allegato Protocollo sullo Statuto del Sistema europeo di Banche Centrali, di pari valore nella gerarchia delle fonti, che ha modificato il previgente Trattato CEE creando l’infrastruttura istituzionale necessaria per la realizzazione della seconda e della terza fase dell’UEM. Il nuovo Trattato è entrato in vigore il 1° novembre 1993, a seguito del processo di ratifica; *ii*) la seconda fase è iniziata il 1° gennaio 1994, in conformità al disposto dell’art. 116, par. 1, del Trattato CE, come modificato, con la creazione dell’Istituto Monetario Europeo (l’IME) e lo scioglimento del Comitato dei Governatori. L’IME è stata ideata come istituzione di natura transitoria (fino all’istituzione della BCE, cfr. art. 123 del Trattato) e con funzione di rafforzamento della cooperazione tra Banche Centrali e di coordinamento della politica monetaria, nonché con mandato di svolgere attività preparatoria alla realizzazione della terza fase (art. 117 del Trattato). È stato poi adottato il Patto di stabilità e crescita, volto a garantire la disciplina di bilancio nell’ambito dell’UEM (giugno 1997). Nel maggio 1998 il Consiglio dell’Unione europea ha riconosciuto a 11 Stati membri (Belgio, Germania, Spagna, Francia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Austria, Portogallo e Finlandia) la rispondenza alle condizioni necessarie per l’adozione della moneta unica con successiva determinazione (da parte dei ministri delle finanze di detti Stati, insieme ai Governatori delle rispettive Banche Centrali, alla Commissione europea e all’IME) dei tassi irrevocabili di conversione con l’euro in base ai tassi centrali bilaterali delle valute degli Stati membri partecipanti al meccanismo di cambio allora vigenti. Immediatamente dopo è stata istituita la BCE con inizio dell’operatività in data 1° giugno 1998; e contestuale cessazione e liquidazione dell’IME; *iii*) la terza fase è iniziata il 1° gennaio 1999 ed ha comportato la fissazione irrevocabile dei tassi di cambio delle valute dei primi 11 Stati membri partecipanti all’unione Monetaria e la fissazione di una politica monetaria comune sotto la responsabilità della BCE (e del SEBC nella composizione delle Banche centrali passate all’euro), in conformità alle previsioni del Trattato, come emendato (cfr. art. 105, Trattato UE).

(282) Per “*rischio sistemico*” si intende “*il rischio che l’incapacità di un partecipante a un sistema di trasferimento di fondi, o nei mercati finanziari in generale, di far fronte alle proprie obbligazioni possa determinare l’incapacità di altri partecipanti o istituzioni finanziarie di adempiere alle proprie obbligazioni (incluse le obbligazioni relative al regolamento in sistema di trasferimento) alla scadenza. Questo tipo di fallimento può generare rilevanti problemi di liquidità o di credito e, di conseguenza, può minacciare la stabilità dei mercati finanziari*”, fonte: COMMITTEE ON PAYMENT AND SETTLEMENT SYSTEMS (BIS), *A glossary of terms used in payment and settlement systems*, Basel, gennaio 2001.

(283) Prima dell’introduzione dell’euro e del lancio di una politica monetaria unitaria nel 1999, i pagamenti tra Stati europei erano realizzati prevalentemente con il modello dei conti di corrispondenza internazionali (*correspondent banking*), cioè tramite accordi di (generalmente) reciproco deposito di liquidità tra banche collocate in Stati diversi al fine della corresponsione di pagamenti o della fornitura di altri servizi destinati ad essere regolati successivamente, ad intervalli temporali ampi. È evidente che tali forme di accordi non potevano essere considerati idonei a soddisfare le esigenze di integrazione del mercato monetario dell’area euro e di conduzione della politica monetaria unica nonché la promozione della efficienza e dell’affidabilità dei trasferimenti di pagamenti di ammontare elevato. Cfr. C. GIANNINI, *L’età delle banche centrali*, Bologna, 2004, 405-406. Pertanto, sin dal dicembre 1993 fu deciso di realizzare un sistema di pagamenti lordo in tempo reale collegando tra loro i circuiti RTGS nazionali operanti in ciascuno Stato membro dell’UE BCE *Bollettino mensile – Agosto 2006*, 79, in www.ecb.int.

Al contrario, TARGET2, sin dalla sua prima ideazione – peraltro quasi contestuale e forse implicita nella minimalità tecnologica di TARGET e nell’auspicata prospettiva dell’allargamento dell’area Euro e dell’ampliamento del numero degli Stati aderenti – è stato pensato in funzione del superamento dei limiti del primo (284).

Il principio cardine di TARGET2 è, perciò, quello, opposto, della piena armonizzazione – sull’intero territorio di riferimento – delle funzionalità e del livello dei servizi prestati alla comunità finanziaria e delle garanzie di sicurezza del sistema, sia per i pagamenti nazionali che transfrontalieri, nel contesto di un mercato europeo dei pagamenti che si voleva poter finalmente considerare “domestico” (285) (c.d. principio della *full harmonization*).

Il progetto che ne è scaturito ha portato sul piano tecnico, alla realizzazione di un’infrastruttura comune, la *Single Shared Platform* (SSP, Piattaforma Unica Condivisa, in seguito anche Piattaforma), su cui si è attivata l’operatività di TARGET2 come sistema RTGS nuovo, tecnologicamente unitario, ed attivo su base territoriale sovranazionale.

In tale quadro di netta distinzione concettuale da TARGET, l’unico elemento di continuità tecnica tra i due sistemi è dato dalla base di partenza della costruzione della SSP.

Infatti, la Piattaforma è stata costruita ed offerta alle Banche Nazionali del SEBC da tre Banche Centrali, Banca d’Italia, Deutsche Bundesbank e Banque de France, come risultato di un progetto comune di assemblaggio, adattamento e sviluppo “*per moduli*” delle parti più avanzate delle tecnologie RTGS delle prime due, all’epoca le maggiormente evolute in ambito europeo (c.d. principio del “*building block approach*”), con la collaborazione tecnica della Banca Centrale francese (286). Insomma, tecnologie già esi-

(284) L’*interlinking* tra RTGS che rendeva TARGET un sistema complesso già nelle prime fasi della sua operatività, ben difficilmente avrebbe potuto continuare a funzionare in modo efficiente nella prospettiva del progressivo ampliamento del numero degli Stati europei via via coinvolti nel passaggio all’euro e nella partecipazione al sistema.

(285) Per una ricostruzione esaustiva della nozione di mercato domestico con riferimento al settore dei pagamenti al dettaglio, nonché del progetto della costruzione della *Single Euro Payment Area* (SEPA) come base per un mercato “domestico” unico dei pagamenti in euro, cfr., *infra* in questo stesso Quaderno, M. MANCINI, *I sistemi di pagamento retail verso la Single Euro Payments Area*, parte seconda, cap. III.

(286) Il 24 ottobre 2002 il Consiglio direttivo della Banca centrale europea ha emanato un comunicato recante la deliberazione assunta lo stesso giorno in merito alla strategia di lungo periodo relativa al sistema di regolamento TARGET, allora utilizzato dall’Eurosistema. Tale comunicazione indicava la prospettiva di un consolidamento tecnico di TARGET, della formulazione di un’unica struttura tariffaria per i pagamenti interni e transfrontalieri applicabile all’intero Eurosistema e della realizzazione di livelli di servizio armonizzati nell’intera comunità di utenti di riferimento. Il 16 dicembre 2002 si è aperta una consultazione pubblica su un documento dal titolo *TARGET2: i principi e la struttura*. I relativi commenti sono stati pubblicati in data 13 luglio. Il 28 luglio 2003 tre Banche centrali, Banca d’Italia, Deutsche Bundesbank e Banque de France, hanno comunicato al Presidente della BCE la loro disponibilità a fornire congiuntamente una base per la Piattaforma Unica Condivisa (*Single Shared Platform – SSP*) che intendevano realizzare adeguando parti delle proprie infrastrutture RTGS già in uso per TARGET ed integrandole tra loro secondo un principio di “*costruzione modulare*” (*Building Block Approach*). A seguito di consultazione, già alla fine del 2003 le Banche centrali dell’Eurosistema hanno espresso il loro interesse al progetto e la volontà di aderire alla Piattaforma Unica, a condizione di poter disporre di maggiori informazioni sia sull’assetto del governo del sistema e la ripartizione dei poteri di decisione e di coordinamento (la *governance*), sia sui costi, sia su questioni relative al finanziamento. Pertanto il consiglio direttivo della BCE ha approvato il progetto con deliberazione in data 16 dicembre 2003. Da quel momento il progetto è stato portato avanti nella intenzione di costruire il nuovo sistema come un sistema a Piattaforma infrastrutturale unica. E’ stato perciò redatto un documento recante la descrizione delle specifiche funzionali generali della SSP (*General Functional Specifications*), sottoposto nella versione provvisoria al vaglio della comunità degli utenti di TARGET, successivamente ultimato in base ai commenti ricevuti e poi approvato dal Consiglio direttivo della BCE il 22 luglio 2004.

stenti, operative nell'ambito del sistema TARGET al servizio di singole comunità bancarie nazionali, sono state il punto di partenza dello sviluppo di una Piattaforma europea per il regolamento lordo dei pagamenti del tutto nuova (287).

* * *

Premesse le suestese brevi anticipazioni descrittive e preso atto del carattere profondamente innovativo della tecnologia infrastrutturale di TARGET2 rispetto a quella di TARGET, il presente scritto si propone di svolgere una breve ricostruzione della cornice normativa comune in cui si inseriscono i due sistemi e di passare, poi, all'esame del *legal framework* che ha regolato il funzionamento di TARGET e regola quello di TARGET2, in chiave di confronto reciproco.

In particolare, si vorrebbe concentrare l'attenzione sulla disciplina dei rapporti intersoggettivi nell'ambito dei due sistemi di regolamento: quelli, interni, tra Banche centrali, con riguardo all'organizzazione ed all'esercizio della *governance* dei sistemi e quelli, esterni, tra Banche centrali e partecipanti ai sistemi, con riguardo alla disciplina dell'operatività ordinaria ed al diverso livello della sua armonizzazione giuridica nel contesto multinazionale di riferimento.

Lo scopo delle riflessioni è tentare una prima valutazione sul "se" e sul "come" le differenze tecnologiche si siano riflesse sul quadro giuridico di riferimento e, in definitiva, fornire una risposta alla domanda se il passaggio a TARGET2 – sul piano tecnico una vera e propria rivoluzione dalla frammentarietà all'unità – abbia rappresentato anche dal punto di vista giuridico la medesima cesura, il medesimo completo mutamento di prospettiva, rispetto al passato (288).

2. Il quadro giuridico di diritto comunitario.

Come già accennato, TARGET è stato realizzato ed ha iniziato la sua operatività in occasione del passaggio alla Terza fase dell'UEM (289), come strumento per l'esercizio da parte della neocostituita BCE delle funzioni a questa attribuite, e principalmente, per la conduzione della politica monetaria dell'Europa dell'Euro in una prospettiva avulsa da singoli nazionalismi.

Uguale, per questo aspetto – salvi gli opportuni distinguo sotto il profilo dell'offerta di migliori servizi alla comunità bancaria e finanziaria – è la funzione di TARGET2 rispetto alla primaria esigenza delle nuove istituzioni dell'UEM (290) di potersi avvalere

(287) Si trattava delle parti più evolute del sistema componente di TARGET "BIREL", gestito dalla Banca d'Italia, e del sistema componente di TARGET "RTGS plus", gestito dalla Deutsche Bundesbank.

(288) Si afferma in dottrina la stretta interrelazione tra regole giuridiche e disposizioni tecniche in materia di sistemi di pagamento, cfr. M. SILVETTI, *Il sistema delle fonti*, in *Il diritto del sistema dei pagamenti*, a cura di Carriero e Santoro, Milano, 2005, 112.

(289) Cfr. *supra*, nota 5.

(290) L'uso del termine "istituzione" con riguardo alla BCE e al SEBC valga nel testo come riferimento a figure "istituite" dal diritto comunitario, senza alcuna pretesa di prendere una posizione ragionata nel dibattito svoltosi in dottrina sulla rispettiva natura. Pare tuttavia di dover fare cenno alla discussione svoltasi in relazione alla natura della BCE ove è interessante rilevare la posizione di C. ZILIOLI – M. SELMAYR, *la Banca Centrale europea*, MILANO, 2007, 44, ss., che ne hanno escluso la natura di "istituzione comunitaria", in quanto soggettività dotata dal Trattato di personalità giuridica. Da questo discende che gli atti della BCE non sono imputati alla Comunità europea, come avverrebbe se si trattasse di una istituzione comunitaria, ma

di un sistema affidabile e tecnologicamente evoluto per le operazioni afferenti la gestione ed il controllo della liquidità nel mercato di riferimento.

Non stupisce, pertanto, che il Trattato, come modificato a Maastricht in funzione del progetto dell'Unione Economica e Monetaria, e insieme ad esso, il Protocollo sullo statuto del Sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea (in seguito Statuto SEBC), riconducano a quelle stesse istituzioni – la BCE “*per il tramite del SEBC*” (291) – anche il compito di “*promuovere il regolare funzionamento dei sistemi di pagamento*” indicandolo tra i “*compiti fondamentali*” loro riconosciuti in funzione degli obiettivi, sanciti normativamente, del “*mantenimento della stabilità dei prezzi*” e, più in generale, della promozione dello sviluppo economico e sociale della Comunità (art. 105, par. 1 e 2, Trattato CE e art. 3.1, Statuto SEBC) (292).

Invero, il quadro istituzionale ideato a Maastricht teneva conto del fatto che il progetto dell'Unione monetaria si sarebbe realizzato prevedibilmente “*a più velocità*” (293), proprio in quanto il passaggio alla moneta unica era condizionato al soddisfacimento dei c.d. “*criteri di convergenza*” da parte degli Stati Membri. Si immaginava, cioè, che

alla BCE stessa, che se ne assume al piena responsabilità. I due Autori hanno concluso definendo la BCE come “*organizzazione indipendente a carattere specialistico di diritto comunitario*”. Cfr. anche TORRENT, *Whom is the European central Bank the Central Bank of? Reaction to Zilioli and Selmayr*, 1999, *Common Market Law Review*, 1229, che riconduce la natura della BCE a quella di “*organismo di diritto comunitario decentrato*”, in quanto tale strettamente legato alle istituzioni comunitarie e ai loro compiti ed obiettivi. E' evidente che la discussione si svolge tutta intorno alla definizione del grado di indipendenza della Banca Centrale europea. Ma proprio con riferimento a questo aspetto merita attenzione la tendenza del legislatore comunitario sul punto. Infatti, pur se non entrata in vigore, la Costituzione europea, all'art. I-30, definisce la BCE “*istituzione comunitaria dotata di personalità giuridica*”, ribadendone al contempo il principio dell'indipendenza – addirittura esteso anche al SEBC. Peraltro il Trattato di Lisbona non ripropone la definizione limitandosi a riconoscere la personalità giuridica della BCE (art. 282.3), a richiamare il principio di indipendenza della medesima e ad affermare che “*Le istituzioni, gli organi e organismi dell'Unione e i governi degli stati membri rispettano tale indipendenza*” (art. 245-bis.3). Quanto al SEBC, si deve escludere che si possa definire come “*istituzione*” in quanto privo di personalità giuridica autonoma. Sul punto cfr. M. PERASSI, *Regolatori comunitari e nazionali nello scenario europeo. Modelli decentrati e a rete*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 2, 2002, 503 ss.

(291) Il quadro istituzionale presentava caratteri di massima originalità con riguardo al profilo organizzativo-funzionale. E cioè, da un lato, si istituiva la BCE come persona giuridica a sé stante, mentre il SEBC veniva configurato quale organismo “*collettivo*” privo di personalità giuridica nella cui composizione entravano la stessa BCE e, con essa, le Banche Centrali nazionali degli Stati membri (artt. 107, ex 106, par. 2; 8, ex 4A, Trattato CE; artt. 9, par. 1; 1 Statuto SEBC); dall'altro lato si disponeva che il SEBC fosse “*retto dagli organi decisionali della BCE*”, secondo un modello che ha dato luogo ad ampio dibattito in dottrina. Un'autorevole ricostruzione parla di “*organizzazione a due livelli*” del SEBC, con accentramento del processo decisionale in seno alla BCE e remissione del solo momento attuativo ad entrambi, in via alternativa e/o cumulativa (art. 107, ex 106, par. 3, Trattato CE, art. 8, Statuto SEBC); sul punto cfr. C. ZILIOLI – M. SELMAYR, *la Banca Centrale europea*, cit., 110, ss., che si preoccupano, tra l'altro, di dare conto di altre tesi ricostruttive della natura del rapporto tra BCE e SEBC in termini di rapporto federale (115) o che definiscono la BCE quale “*filiale*” delle Banche nazionali (139). Cfr., inoltre, E. CASSESE, *L'unica moneta senza Stato. Dalle monete nazionali alla moneta unica*, in *diritto della banca e del mercato finanziario*, 179 ss., che descrive la struttura BCE – SEBC come “*federale*”; A. MALATESTA, *La Banca centrale europea*, Milano, 2003 67, ss., che definisce il modello dei rapporti tra BCE e SEBC come “*quasi-federale*”.

(292) Come noto, le due fonti, Trattato CE e Protocollo sullo Statuto SEBC hanno pari grado, e sono entrambe fonti primarie di diritto comunitario, ai sensi dell'art. 311 del Trattato CE.

(293) Per una riflessione sul tema cfr. G. L. TOSATO, *Per un rilancio dell'Europa – Le ragioni della flessibilità* in *Studi sull'integrazione europea*, BARI, 2007, 7 ss.; A. MALATESTA, *La Banca centrale europea*, cit., 13 ss.

il processo si sarebbe svolto nel tempo, con progressivo aumento del numero degli Stati rispondenti ai requisiti, che si sarebbero via via aggiunti al nucleo principale, costituito da quelli idonei sin dal 1999.

Pertanto, il Trattato individuava la categoria degli Stati membri “*con deroga*”, cui riconduceva quelli che ancora non avevano adottato l’euro, e specificava che, tra l’altro, a questi non si sarebbe applicato l’art. 105, par. 1, 2, 3 e 5 del Trattato e, quindi – per quanto qui rileva – la disciplina dei compiti fondamentali da assolvere tramite il SEBC, tra cui, appunto, la definizione e l’attuazione della politica monetaria e la promozione del regolare funzionamento dei sistemi di pagamento (art. 123, par. 4, Trattato CE) (294).

In tal modo prendeva atto di un fenomeno *in fieri* e, pur mantenendo fermo il quadro giuridico “*unitario*” in tema di governo dell’UEM, attribuiva una nozione “*elastica*” ad una delle istituzioni a ciò deputate (il SEBC), prefigurando la nascita di quello che la BCE, sin dall’inizio della sua operatività, e poi la prassi, avrebbero denominato Euro-sistema, e cioè il gruppo, unitariamente considerato, degli Stati membri che, rinunciando alla sovranità monetaria, avevano adottato la moneta unica (295).

Coerentemente, nella definizione della composizione degli organi apicali della BCE, chiamati a “*reggere*” anche il SEBC (art. 107, par. 3, Trattato CE), il Trattato e lo Statuto SEBC precisavano che il Consiglio direttivo, quale organo di vertice, dotato dei poteri decisionali nelle materie di competenza delle due istituzioni, sarebbe stato formato dai membri del Comitato esecutivo, organo subordinato con compiti esecutivi, nonché dai Governatori delle BCN “*ad eccezione di quelli che non partecipano alla terza fase dell’UEM*” (art. 122, par. 3, Trattato CE, art. 43, par. 3, Statuto SEBC).

Al contempo, il legislatore comunitario contemperava il nuovo carattere sovranazionale della politica monetaria con il c.d. “*principio del decentramento*”, in linea con il carattere composito e multifunzionale del sistema. Precisava, infatti, che “*per quanto possibile e opportuno... la BCE si avvale delle BCN per eseguire le operazioni che rientrano nei compiti del SEBC*” (art. 12.1, par. 3, Statuto SEBC).

Erano così poste le basi per lo sviluppo “*legittimo*” di due diverse tendenze in tema di attuazione dell’Unione monetaria: *i*) da un lato quella istituzionale “*pura*”, basata su un sistema di soggettività (la BCE) ed organismi (il SEBC, nella sua versione più o meno estesa a seconda delle funzioni svolte nel caso concreto e dello spazio lasciato agli Stati “*con deroga*”) ben regolamentati dal Trattato negli obiettivi, nei compiti e nelle modalità dell’azione, quasi a sopperire con le norme all’assenza di una cornice statutale e di un ordinamento giuridico di riferimento in cui iscrivere lo svolgimento della politica monetaria unitaria dell’Euro-sistema; *ii*) dall’altro lato quella “*decentrata e autonomista*”, che rimetteva almeno l’attuazione delle medesime funzioni alle singole Banche nazionali “*in luogo del SEBC*”.

(294) Solo 11 degli Stati dell’Europa comunitaria soddisfavano i cc.dd. “*criteri di convergenza*” ai sensi dell’art. 121 del Trattato e del “*Protocollo (n. 21) sui criteri di convergenza di cui all’art. 121 del Trattato che istituisce la Comunità europea*”, e solo per quegli 11 si è realizzata la terza fase dell’Unione monetaria (cfr. *infra*, nota 3). Rientrano tra gli Stati membri “*con deroga*” Gran Bretagna e Danimarca, che pure se rispondenti ai requisiti, venivano dispensate dall’adozione della nuova moneta, la prima con facoltà di notificare al Consiglio dell’UE la propria volontà di partecipare all’ultima fase dell’Unione economica e monetaria (cfr. *Protocollo (n. 25) su talune disposizioni relative al Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord (1992)*), la seconda con facoltà di notificare la propria decisione di non obbligarsi (cfr. *Protocollo (n. 26) su talune disposizioni relative alla Danimarca (1992)*).

(295) Cfr. *supra*, nota 2. La formalizzazione dell’Euro-sistema come istituzione autonoma nel quadro degli organi dell’Europa monetaria evidenzia l’assunzione della consapevolezza dei tempi lunghi dell’integrazione. Sulla limitazione di sovranità degli Stati per effetto della partecipazione all’Unione economica e monetaria cfr. A. MALATESTA, *La Banca centrale europea*, cit., 10 ss.

Si stabilivano, così, i presupposti per una scelta futura tra l'alternativa di un'Europa che tende all'unità economica e monetaria e, in prospettiva, un giorno anche politica, e quella, diversa, di un insieme di Stati organizzati con istituzioni sovranazionali per lo svolgimento di compiti settoriali e che, tuttavia, anche in tale ambito, mantengono uno spazio, pur se solo "esecutivo", per l'affermazione della loro autonomia.

Specchio della medesima alternativa è il quadro dei poteri normativi riconosciuti alla BCE – e ai suoi organi decisionali –, "per l'assolvimento dei compiti attribuiti al SEBC" (art. 110, ex 108A, par. 1, Trattato CE).

Da un lato, e anche con specifico riferimento all'area dei sistemi di pagamento, si colloca il potere di "stabilire regolamenti", tra l'altro, appunto "al fine di assicurare sistemi di regolamento e compensazione efficienti ed affidabili all'interno della Comunità e nei rapporti con i Paesi terzi" (art. 110, ex 108A, par. 1, Trattato CE; art. 22, Statuto SEBC) (296); dall'altro lato, si pone il diverso potere di adottare gli "indirizzi" e prendere le decisioni necessarie per "l'assolvimento dei compiti affidati al SEBC ai sensi del Trattato e del presente Statuto" (art. 12.1, Statuto SEBC), nonché di adottare le misure necessarie per assicurarne l'osservanza (art. 14.3, Statuto SEBC).

La scelta normativa "regolamentare", come visto, prefigurata dallo stesso legislatore comunitario per la disciplina dei sistemi di pagamento, appare più confacente ad un sistema unitario e coeso. Infatti, il regolamento BCE ha natura di atto generale, obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri dell'Unione europea alla stregua dei regolamenti comunitari. Al contrario, la scelta della normazione per "atti di indirizzo" (*Guidelines*) riflette maggiormente la seconda alternativa, quella che tiene conto delle autonomie nazionali. Infatti, si tratta di strumenti giuridici vincolanti nei confronti del Comitato esecutivo o delle Banche centrali nazionali e che necessitano di una successiva attuazione da parte di questi, nel primo caso anche attraverso atti normativi, nel secondo caso, quando siano rivolte alle Banche centrali, attraverso misure amministrative o mediante la conclusione di contratti secondo i principi delle varie giurisdizioni del SEBC (297).

(296) L'art. 110, ex 108A, par. 1, Trattato CE attribuisce inoltre alla BCE anche il potere di prendere "decisioni" e quello di formulare "raccomandazioni o pareri". Dette fonti non sono trattate nel testo in quanto non si prestano alla regolazione di sistemi di pagamento. Infatti, la prima ha natura di provvedimento vincolante nei soli confronti della BCN cui è indirizzata, che non necessita di alcuna attività di implementazione ma eventualmente di mera esecuzione, i secondi sono privi di potere vincolante.

(297) Gli "atti di indirizzo" (*Guidelines*) sono strumenti normativi riconosciuti alla BCE dall'art. 12.2 dello Statuto SEBC, per cui "il Comitato esecutivo attua la politica monetaria secondo le decisioni e gli indirizzi stabiliti dal Consiglio direttivo..." e dall'art. 14.3 del medesimo Statuto, per cui "Le Banche centrali nazionali... agiscono secondo gli indirizzi e le istruzioni della BCE". La dottrina ne riconosce pacificamente la natura vincolante, ricavabile sia dal dato testuale in sé che per differenza rispetto alla formulazione precedentemente adottata per gli atti di indirizzo dell'Istituto monetario europeo (IME), tenuto conto che per questi ultimi la norma di riferimento si preoccupava di escludere espressamente la vincolatività (art. 15.3 dello Statuto IME "gli indirizzi dell'IME non sono vincolanti"). Se ne deduce che la mancata ripetizione dell'esclusione implichi la *voluntas legis* contraria a quella espressa per l'IME. Cfr. sul punto C. ZILIOLI – M. SELMAYR, *la Banca Centrale europea*, cit. 199, ss. Parte della dottrina evidenzia, altresì, che la possibilità della BCE di vincolare le Banche centrali nazionali per il tramite di *Guidelines* si esprime con caratteristiche simili a quelle con cui le organizzazioni internazionali si rivolgono agli Stati, e cioè in assenza di strumenti di esecuzione coattiva ad eccezione della possibilità di adire la Corte di giustizia per inadempimento da parte della BCN degli obblighi derivanti dallo Statuto (art. 35.6. Statuto SEBC), cfr. sul punto A. MALATESTA, *la Banca centrale europea*, cit., 138 ss. Quanto all'ambito di efficacia degli atti di indirizzo la dottrina dominante ne rileva la natura "interna" al SEBC ed afferma che sono vincolanti nei confronti "delle Banche centrali dei Paesi partecipanti all'euro" e degli organi della BCE, escludendo

Invero, la creazione di una Banca centrale “*europa*” ed il conferimento alla medesima di poteri regolamentari generali per lo svolgimento delle proprie competenze e specificamente per la regolazione di sistemi di pagamento “*efficienti ed affidabili all’interno della comunità*”, fa pensare che il legislatore comunitario auspicasse che potesse essere seguita la prima delle due impostazioni, quella sovranazionale “*pura*” ed in chiave unitaria.

Tuttavia, sin dall’approssimarsi della terza fase dell’UEM, questa linea si era dovuta confrontare con dati fattuali contrastanti.

Innanzitutto, erano pochi gli Stati che soddisfacevano ai criteri di convergenza presupposti; in secondo luogo, istanze nazionali spingevano per evidenziare lo spazio di autonomia statale e per attuare al massimo grado il principio del decentramento mediante l’attribuzione alle Banche centrali nazionali singolarmente considerate (e non al SEBC, come istituzione unitaria) dei compiti di esecuzione della politica monetaria, con valorizzazione del disposto dell’art. 12.1, par. 3, Statuto SEBC.

Di questo doveva necessariamente risentire anche la scelta dello strumento normativo da adottare per la regolazione prima di TARGET e, successivamente, di TARGET2.

Infatti, il regolamento, proprio per la sua portata generale, poco si attagliava in concreto a dettare la disciplina normativa di sistemi di pagamento dedicati ad operazioni di politica monetaria afferenti ad una parte soltanto degli Stati membri, né era adatto a riconoscere spazio operativo alle Banche centrali nazionali.

Piuttosto, sembrava più idoneo allo scopo l’“*atto di indirizzo*” (*Guideline*), rivolto alle Banche Centrali Nazionali e soggetto a recepimento nelle forme amministrativa e contrattuale.

Innanzitutto, l’atto di indirizzo era maggiormente rispondente alle esigenze della Banca centrale europea, che si trovava a dover governare un settore di competenza di portata sovranazionale, quale quello della gestione della politica monetaria, in assenza di una cornice statale di riferimento e che, quindi, doveva confrontarsi con i diversi ordinamenti giuridici degli Stati in cui il suo potere normativo, settoriale, era chiamato ad operare. Infatti, l’atto di indirizzo lasciava spazio, in fase di recepimento, ad adattamenti capaci di assicurare la *legal feasibility* delle norme nei singoli ordinamenti (298); in

che possano creare obbligazioni per i soggetti terzi, cfr. M. PERASSI, *Il diritto comunitario dei pagamenti*, in *Il diritto del sistema dei pagamenti*, cit. 164 e 165; C. ZILIOLI – M. SELMAYR, *la Banca Centrale europea*, cit., 209 e 213. In senso contrario cfr. A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La sorveglianza sui sistemi di pagamento. Evoluzione morfologica, strumenti e limiti*, in *Banca borsa*, 2004, 437 ss. L’Autrice evidenzia che la *TARGET Guideline* regola, tra l’altro, il meccanismo di indennizzo a favore dei partecipanti per il caso di malfunzionamento del sistema, assumendo in tal modo efficacia anche nei confronti di soggetti (i partecipanti) diversi dalle Banche centrali dell’Eurosistema.

Al riguardo sembra di dover osservare che, per l’applicabilità del meccanismo di indennizzo, occorre pur sempre lo svolgimento di un’attività di implementazione della *Guideline* da parte delle Banche centrali quanto meno mediante l’inserimento del relativo riferimento nel contratto di partecipazione che deve essere sottoscritto dagli aderenti (cfr. anche nota 34, *infra*).

Sulla differenza tra atti di indirizzo e direttive comunitarie cfr. C. ZILIOLI – M. SELMAYR, *la Banca Centrale europea*, cit., 194 ss.

(298) A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La sorveglianza sui sistemi di pagamento*, cit., 451, ss. L’Autrice svolge un’interessante analisi dei poteri normativi della BCE evidenziando la lacune delle disposizioni del Trattato e dello Statuto SEBC in tema di riparto di competenze normative tra istituzioni comunitarie ed i relativi effetti di incertezza sull’esatta area dell’esercizio legittimo delle medesime. In particolare, l’Autrice sottolinea come l’ambito di esercizio del potere regolamentare della BCE in materia di sistemi di pagamento,

secondo luogo, proprio per il menzionato spazio recettivo rimesso alle Banche nazionali – anche se solo per atti “*esecutivi*” e non normativi – la *Guideline* era espressione stessa del principio di decentramento (299).

Per tali ragioni la BCE ha accantonato l’uso dello strumento normativo più diretto ed incisivo del regolamento, riconosciutole dal Trattato e dallo Statuto SEBC, ed ha costruito il *legal framework* di TARGET per il tramite di una *Guideline*. Ha, poi, ripetuto la medesima scelta di opportunità al momento della definizione del quadro giuridico di TARGET2.

3. Da TARGET a TARGET2: come cambia la *governance*. Modelli di *governance* per accordi.

3.1. La *governance* in TARGET.

La semplicità tecnica e strutturale di TARGET, già brevemente descritta nel paragrafo introduttivo, si è riflessa in una architettura della *governance* altrettanto semplice.

Infatti, l’art. 7 della *Guideline*, rubricato “*Gestione di TARGET*”, individua due livelli di *governance*, quello primario, di “*direzione, gestione e controllo*”, è attribuito alla “*sfera di competenze del Consiglio Direttivo della BCE*”, assistita per i profili tecnici dal Comitato per i sistemi di pagamento e regolamento (*Payment and Settlement Systems Committee, PSSC*) (300); quello secondario, della “*gestione quotidiana*”, è rimesso alle Banche Centrali Nazionali interconnesse ed, in particolare, al “*coordinatore di TARGET presso la BCE – per quanto riguarda le funzioni centrali di TARGET – e ai responsabili del regolamento all’interno delle BCN – per quanto riguarda il sistema RTGS nazionale di riferimento*”.

Invero, la graduazione dei poteri rispetta la gerarchia istituzionale fissata dalle fonti normative primarie.

La BCE, con il suo organo di vertice, il Consiglio direttivo, è collocata in posizione sovraordinata ed esercita le competenze conferitele dal Trattato e dallo Statuto SEBC della

previsto dall’art. 22 dello Statuto (peraltro sino ad oggi mai esercitato dalla BCE) possa presentare spazi di coincidenza con l’area di competenza del legislatore comunitario, come ritiene si sia verificato nel momento in cui quest’ultimo ha emanato disposizioni in materia di definitività dei pagamenti.

Al riguardo, portando alle conseguenze le premesse dell’Autrice pare di poter affermare che la descritta incertezza degli ambiti di competenza sia una delle ragioni del mancato esercizio fino ad oggi da parte della BCE del potere regolamentare riconosciutole dal diritto comunitario e della preferenza accordata all’emissione di *Guidelines*, dirette ad una platea circoscritta (BCN) e con caratteri di duttilità rispetto ai diritti nazionali delle medesime che meglio si evidenzieranno nel testo con specifico riferimento a TARGET e TARGET2.

(299) Cfr. *supra*, nota 22.

(300) Si tratta di uno dei comitati del SEBC, istituito con compiti di assistenza agli organi decisionali della BCE, in materia di sistemi di pagamento e regolamento e composto da rappresentanti della BCE e delle Banche centrali nazionali dell’Eurosistema. Le BCN degli Stati membri dell’UE non appartenenti all’area euro designano i rispettivi esperti in seno a ciascun comitato e questi prendono parte alle riunioni quando si trattano questioni di competenza del Consiglio generale. Il mandato dei comitati è definito dal Consiglio direttivo e a questo essi rispondono tramite il Comitato esecutivo.

“promozione del regolare funzionamento dei sistemi di pagamento” e della predisposizione di “facilitazioni al fine di assicurare sistemi di pagamento efficienti ed affidabili”.

La scelta del “tramite” per il quale svolgere questi compiti si riflette, invece, sulla configurazione del secondo livello di *governance*, quello relativo al momento gestorio esecutivo.

Infatti, come già visto, da un lato, il dettato dell’art. 105 del Trattato CE definisce quelli ora descritti come compiti da svolgere “per il tramite del SEBC”, dall’altro lato, l’art. 12.1 dello Statuto SEBC, nel sancire l’opposto principio del decentramento, afferma che per eseguire detti “compiti del SEBC” “la BCE si avvale delle BCN”.

Pare, dunque, che il problema della definizione dello schema di governo di TARGET abbia riproposto al normatore la medesima alternativa che si è individuata ed esaminata nel paragrafo precedente con riferimento ai modi di svolgimento del processo di attuazione dell’UEM, quella tra la concezione istituzionale “pura”, secondo cui l’esercizio delle competenze sarebbe rimesso al SEBC (o meglio dell’Eurosistema) come sede naturale della riconduzione ad unità istituzionale del gruppo delle Banche centrali nazionali, e la concezione “autonomista”, che esalta il principio del decentramento.

Alla lettura della disciplina della *Governance* in TARGET appare evidente che la scelta della BCE, all’atto di redazione della *Guideline*, anche in questo caso è stata coerente con la tendenza “autonomista”.

Infatti, la *Guideline* rimette la gestione quotidiana del sistema – livello base del governo – alle BCN interconnesse, singolarmente e distintamente considerate, ciascuna per il perimetro di operatività del proprio sistema di regolamento lordo RTGS nazionale.

A ben vedere, l’impostazione trova la massima coerenza anche con il dato tecnico. In TARGET, difficilmente poteva prevalere la tendenza “istituzionale pura”, proprio a causa della struttura minimale del sistema.

Si deve infatti considerare che le BCN interconnesse in TARGET tramite *interlinking* continuavano a gestire gli RTGS nazionali dalle medesime costruiti e di cui conservavano la proprietà, e che questi al momento della progettazione ed organizzazione dell’*interlinking* in TARGET avevano mantenuto la propria configurazione originaria, con limitati adattamenti giuridici finalizzati a raggiungere un livello minimo di armonizzazione dei servizi, cui era stata aggiunta la funzionalità dell’interconnessione a livello europeo.

Buon gioco hanno avuto, allora, le Banche centrali nazionali, portatrici di istanze decentrate e autonomiste, a far riflettere il dato tecnico nell’architettura della *governance* appena descritta: al vertice il responsabile della funzione istituzionale del sistema, al livello operativo il proprietario che conosce la struttura ed il funzionamento del singolo componente.

3.2. La governance in TARGET2.

A questo punto è necessario chiedersi se nel trascorrere di qualche anno dall’avvio di TARGET, al momento della formazione del *legal framework* di TARGET2, l’impostazione “autonomista” che aveva valorizzato il principio del decentramento abbia continuato a prevalere e se, e come, l’evoluzione della tecnologia del sistema, dalla frammen-

tarietà di TARGET all'unitarietà infrastrutturale di TARGET2, abbia potuto impattare su detta impostazione con riguardo alla costruzione della *governance* di quest'ultimo.

Invero, il problema della *governance* è stato tra i più sentiti nella fase di progettazione di TARGET2. Il fatto che, come già accennato, la piattaforma tecnologica su cui il sistema avrebbe operato fosse fornita da tre sole Banche Centrali – la Banca d'Italia, la Bundesbank e la Banque de France – a vantaggio delle Banche nazionali dell'Eurosistema e di quelle che eventualmente, avessero inteso connettersi alla SSP, creava uno squilibrio rispetto alla situazione preesistente in TARGET, ove ogni Banca Nazionale aveva continuato a gestire in proprio uno "*spicchio operativo*" del sistema.

Era perciò necessario definire tempestivamente poteri, competenze e rapporti interni al sistema, al fine di assicurare un processo decisionale efficiente sin dalla fase della relativa costruzione.

Pertanto, già nel settembre 2004, acquisita dalla banche nazionali dell'Eurosistema la dichiarazione di interesse al progetto (301), la BCE provvedeva alla definizione della *governance* di TARGET2 in una *Guideline* a carattere interno al sistema a ciò integralmente dedicata e destinata ad essere incorporata e sostituita da un "*comprehensive legal framework for TARGET2*" (302).

La *governance* veniva ripartita in tre distinti livelli i cui compiti erano descritti in dettaglio in un apposito allegato alla *Guideline*. Al *Level 1* era posto il Consiglio direttivo della BCE, cui erano attribuite la direzione, la gestione ed il controllo di TARGET2, con l'assistenza tecnico-consultiva del Comitato per i Sistemi di Pagamento e di Regolamento (PSSC); al *Level 2* le Banche Centrali dell'Eurosistema, destinate ad essere le utilizzatrici del sistema (*Users CBs*), con competenze sussidiarie a quelle del primo livello ma comprendenti anche considerevoli compiti di gestione e controllo, assistite anch'esse dallo PSSC con compiti esecutivi; al *Level 3* le Banche fornitrici della Piattaforma (*Providers CBs*) cui era affidata la relativa gestione quotidiana.

I rapporti tra il *Level 2* ed il *Level 3* in relazione alla disciplina dei servizi forniti dalle BCN "*Providers*" alle BCN "*Users*" erano demandati ad un contratto da stipularsi tra di loro ed eventualmente, anche con le Banche centrali c.d. "*connesse*", e cioè le Banche Centrali non appartenenti all'Eurosistema che richiedessero di potersi collegare alla Piattaforma (303).

(301) Cfr. *supra*, nota 11.

(302) ECB, *Guideline of the European Central Bank of 2 September 2004 on the common governance of a new system replacing the existing Trans-European Automated Real-time Gross settlement Express Transfer system* (ECB/2004/NP11). La *Guideline* veniva definita "*a carattere interno*" proprio per i contenuti limitati alla disciplina della *governance* di un sistema in fase progettuale e rimandava ad un "*comprehensive legal framework*" che avrebbe rispettato i principi della trasparenza degli atti legali della BCE.

(303) Come già visto, secondo l'interpretazione data dalla dottrina dominante, la *Guideline* ha efficacia vincolante nei confronti delle sole Banche centrali dei Paesi partecipanti all'euro (cfr. M. PERASSI, *Il diritto comunitario dei pagamenti*, cit., 164, 165). Tale interpretazione trova conferma nell'impostazione data dalla stessa TARGET2 *Guideline* ai rapporti tra sistema e "*Banche centrali nazionali degli Stati membri non partecipanti*", ossia BCN non facenti parte dell'Eurosistema. Infatti, la *Guideline* prevede che queste ultime, ove vogliano connettersi alla Piattaforma di TARGET2, debbano concludere con le Banche centrali dell'Eurosistema un accordo con cui si impegnano a conformarsi alla *Guideline* stessa, salve eventuali specificazioni e modifiche tra loro concordate (art. 4, TARGET2 *Guideline*). Ciò dimostra che a livello di Eurosistema si ritiene di dover fare ricorso ad un impegno di natura contrattuale per estendere la portata vincolante della *Guideline* a Banche centrali non euro. Tale previsione ha avuto attuazione con la sottoscrizione dell'*Agreement of 5 september 2008 on a trans-european automated real-time gross settlement express transfer system (TARGET2)* tra le Banche centrali dell'area euro, rappresentate ciascuna dai propri Governatori firmatari, e le seguenti Banche centrali non euro: Danmarks Nationalbank, Esti Pank, Latvijas Banka, Lietuvos Bankas, Narodowy Bank Polski e Narodna Banka Slovenska.

Veniva poi prevista una forma di risoluzione delle eventuali controversie in tema di *governance* mediante remissione alla BCE delle questioni non risolte in sede di accordo tra Livello 2 e Livello 3 di *governance*.

La successiva TARGET2 *Guideline*, quella del 26 aprile 2007, che oggi regola il sistema, non modifica l'allegato I sulla *governance*, riportato nella versione originaria, ma specifica nell'articolato alcuni altri dati interessanti: la partecipazione al *Level 2* delle BCN non partecipanti all'Eurosistema sia connesse che non connesse, le prime con facoltà di esame delle questioni proprie del *Level 2*, le seconde con ruolo di mere osservatrici; l'indicazione di un criterio di organizzazione interno alle BCN del *Level 2* mediante accordi (art. 5, TARGET2 *public Guideline*) (304).

Orbene, appare subito chiaro che il trascorrere di pochi anni non ha comportato radicali cambiamenti di prospettiva: la *governance* di TARGET2 rispecchia ancora una volta il quadro istituzionale nella seconda delle possibili letture alternative, quella della ripartizione dei poteri in chiave "autonomista" e "decentrata" che si era già affermata per la *governance* di TARGET. Alla BCE è riconosciuto per competenza il ruolo direttivo; le Banche nazionali sono descritte quali BCN dell'Eurosistema individualmente considerate, "conformemente al terzo paragrafo dell'art. 12.1 dello Statuto" SEBC, e cioè conformemente alla norma che sancisce il principio del decentramento per cui "per quanto possibile ed opportuno... la BCE si avvale delle Banche Centrali Nazionali per eseguire le operazioni che rientrano nei compiti del SEBC".

L'unico momento in cui potrebbe ravvisarsi uno spazio istituzionale a favore del SEBC è quello patologico, del ricorrere di controversie tra le Banche centrali dell'Eurosistema in relazione alla *Guideline* ed all'attività di TARGET2, ove le parti interessate sono chiamate ad addivenire ad una composizione "in conformità di quanto previsto nel protocollo di intesa relativo alla procedura per la composizione delle controversie interne al SEBC" (art. 12.1, TARGET2 *Guideline*). Ma, a ben vedere, il rinvio sembra meramente procedurale piuttosto che rappresentativo di una reale intenzione di riconoscere uno spazio all'"istituzione SEBC" anche solo nella gestione delle contestazioni interne al sistema.

Tanto più ciò pare vero se si osserva che il medesimo articolo prosegue ribadendo il principio già fissato nella *Guideline* sulla *governance* (la non *public Guideline* del 2 settembre 2004, già citata) per cui nel caso specifico in cui le controversie tra BCN abbiano ad oggetto la ripartizione dei compiti tra *Level 2* e *Level 3*, queste continuano a dover essere composte attraverso un accordo tra le parti interessate e, ove detto accordo non sia raggiunto, vanno rimesse al Consiglio direttivo della BCE. La norma speciale deroga, quindi a quella generale ed esclude che i problemi di *governance* possano essere risolti con l'applicazione della menzionata procedura di composizione delle controversie interna al SEBC.

In conclusione, la creazione di TARGET2 come sistema tecnologicamente unitario non è stata sufficiente a realizzare quel radicale mutamento di tendenza che ne avrebbe ricondotto la *governance* al SEBC come istituzione rappresentativa, in senso unitario, della platea della Banche centrali nazionali.

(304) ECB, *Guideline of the European Central Bank of 26 April 2007 on a Trans-European Automated Real-time Gross settlement Express Transfer system (TARGET2)*, (ECB/2007/2) (2007/600/EC), in G.U.C.E. 8/9/ 2007, L 237/1. Alla medesima data del 26 aprile 2007 è stata emanata una seconda *Guideline*, non pubblica, ECB, *Guideline of the European Central Bank of 26 April 2007 on a Trans-European Automated Real-time Gross settlement Express Transfer system (TARGET2)*, (ECB/2007/np3), da non confondere con la non *public Guideline* del 2 settembre 2004 sulla *governance* di TARGET2, menzionata nel testo.

Al contrario, il ruolo individuale delle Banche centrali nazionali si è accresciuto a discapito dell'area di competenza della BCE. Infatti, il Consiglio direttivo della BCE in TARGET aveva la gestione e direzione integrale (e accentrata) del sistema, mentre in TARGET2 vede il suo ruolo limitato all'affermazione della responsabilità generale per la tutela della funzione pubblica del sistema ed ha quella che viene definita la “*competenza finale*”.

In tal modo, la frammentazione della *governance* nel nuovo sistema persiste ed anzi, aumenta, in quanto si sposta dal livello della gestione quotidiana prevista in TARGET a quello nuovo, intermedio, e più rilevante introdotto per TARGET2, e cioè quello del *Level 2*, incaricato della gestione e del controllo del sistema che potremmo definire “*in concreto*” per distinguerlo da quello di gestione e controllo “*generale ed astratto*” mantenuto al Livello 1 dalla BCE.

Solo alla base, al *Level 3* della *governance* di TARGET2 – quello relativo alla gestione quotidiana del sistema e corrispondente al livello base rimesso in TARGET alle singole Banche centrali nazionali – si registra un moto contrario alla frammentazione, specchio del dato fattuale che vede limitato a tre il numero delle Banche centrali che forniscono l'infrastruttura di sistema.

Ma neppure qui si può parlare di vera e propria riconduzione ad unità.

E' ben vero che la gestione quotidiana passa da un modello atomistico “*multiplo*”, quello di tutti gli RTGS nazionali connessi in TARGET, ad un modello più circoscritto. E tuttavia la differenza rispetto al precedente sistema rimane solo quantitativa, e poggia sul numero delle Banche Nazionali coinvolte nella conduzione della Piattaforma operativa, ma non propone un salto qualitativo.

Infatti, le tre Banche *Providers* ben si guardano dall'istituzionalizzare in qualche modo le attività di creazione dell'Infrastruttura e di conferimento della stessa all'uso delle BCN del *Level 2*, né intendono ricondurre la loro attività o convogliare la loro volontà comune in una soggettività giuridica unitaria. Al contrario, mantengono ben distinti al loro interno i ruoli di ciascuna nonché il diverso grado di apporto al progetto, e lasciano trapelare anche all'esterno la natura composita della loro collaborazione provvedendo ad escludere espressamente che il l'impegno nel nuovo sistema possa portare alla loro costituzione in forme associative o societarie. In tal modo preservano la propria individualità e continuano a rapportarsi con i terzi come 3 Banche nazionali ben distinte, riunite da un mero accordo di collaborazione finalizzato ad uno scopo comune (quello di costruire e conferire la Piattaforma all'Eurosistema) (cfr. sul punto *infra*, 3.3.2).

3.3. La *governance* per accordi.

Ma vi è di più. In TARGET2 il moto verso l'“*autonomismo*” si esprime secondo linee convergenti che consistono nella sostanziale remissione alle determinazioni delle Banche centrali dell'Eurosistema dei seguenti aspetti della *governance*: *i*) l'organizzazione stessa della *governance*, e la ripartizione dei compiti, pur nel rispetto del quadro generale delle competenze individuate dal Trattato e dallo Statuto; *ii*) la regolamentazione interna di ciascun livello di *governance*; *iii*) il contenuto del servizio di “*gestione quotidiana*” della Piattaforma di competenza del Livello 3 (da definire in un contratto tra *Level 2* e *Level 3*) e, infine, *iiii*) la risoluzione delle controversie in tema di *governance*.

Sono, questi, i tratti che connotano una nuova forma di *governance*, in cui la volontà di ciascuna delle Banche centrali coinvolte si manifesta individualmente e viene ricondotta ad unità “*per accordi*”.

3.3.1. (i) L’organizzazione della *governance* “*per accordi*”.

La già citata “*non public Guideline*” del 2004, dedicata alla *governance* di TARGET2, dispone espressamente che le relative previsioni ivi contenute riflettono accordi interni tra le Banche centrali dell’Eurosistema coinvolte nella creazione del nuovo sistema di regolamento.

L’affermazione è emblematica.

È lo stesso dato normativo a voler rendere esplicito il ruolo avuto dalle Banche centrali nella definizione della *governance* del sistema.

La formulazione, infatti, esalta la dimensione individualista delle stesse e dà conto di una vera e propria trattativa svoltasi tra soggetti pubblici dotati di pari forza contrattuale nell’intesa e di una consacrazione, solo successiva, nella *Guideline*, dei contenuti concordati.

Al riguardo si fa riferimento ad accordi interni (*internal arrangements*). Si dà, così, conto del fatto che il dibattito che ha portato alla ripartizione della *governance* in tre livelli e alla definizione puntuale delle competenze di ciascuno non si è svolto nell’ambito degli organi decisionali della BCE, ove pure le Banche nazionali avrebbero potuto esprimersi, dato che sono ivi rappresentate, ma in un contesto non istituzionalizzato. Solo una volta raggiunto l’accordo, le linee generali del suo contenuto sono state riprodotte dal Consiglio direttivo della BCE nell’articolato della *Guideline* e i profili di dettaglio sono stati allegati alla stessa.

Ma a questo punto, e proprio in forza dell’affermazione esplicita contenuta nella *Guideline* per cui le relative disposizioni riflettono (*reflect*) gli accordi, l’atto di indirizzo stesso sembra quasi non presentarsi più come promanazione diretta del Consiglio direttivo della BCE, ma essere, piuttosto, la mera presa d’atto da parte del Consiglio direttivo del risultato del confronto svoltosi tra le Banche centrali dell’Eurosistema, BCE compresa, ed ivi semplicemente riportato.

La *public Guideline* del 26 aprile 2007, peraltro, conferma l’impostazione appena evidenziata, esprimendo il concetto in modo inequivoco. Infatti, muta l’intitolazione dell’allegato I – che nella *Guideline* del 2004 si limitava a fare riferimento ai compiti attribuiti ai livelli di *governance* di TARGET2 intestandolo “*Accordi per la governance di TARGET2*” (“*TARGET2 Governance Arrangements*”).

In una simile intitolazione pare, a questo punto, si possa ravvisare un vero e proprio riconoscimento del fatto che la *governance* del sistema è stata definita, appunto, “*per accordi*”.

3.3.2. (ii) L’esercizio della *governance* “*per accordi*”.

Lo stesso può dirsi, e a maggior ragione, con riguardo all’aspetto *sub ii*). In questo caso la formula “*governance per accordi*” ben si attaglia alla descrizione dei rapporti interni tra Banche centrali nell’ambito di ciascuno dei livelli di *governance* in cui sono chiamate a svolgere attivamente le competenze concordate nella *Guideline*, il *Level 2*, riferito al gruppo delle Banche utilizzatrici del sistema, ed il *Level 3*, delle Banche fornitrici.

Al riguardo, non rimane che rilevare l'evidenza.

In particolare, per quanto riguarda il *Level 2*, la *Guideline* del 2007 recita: “*Conformemente al terzo paragrafo dell’art. 12.1 dello Statuto (che, come più volte visto, sancisce il principio del decentramento), le BC dell’Eurosistema – e non il SEBC, o l’Eurosistema – sono responsabili dei compiti assegnati al Livello 2, nell’ambito del quadro generale definito dal Consiglio direttivo*” (art. 5, par. 3, TARGET2 *Guideline*). “*Le BC dell’Eurosistema si organizzano attraverso la conclusione di appositi accordi*” (art. 5, par. 4, TARGET2 *Guideline*).

Per quanto riguarda il *Level 3*, stabilisce che: “*Conformemente al terzo paragrafo dell’art. 12.1 dello Statuto (sic), le BC fornitrici della SSP sono responsabili dei compiti assegnati al Livello 3, nell’ambito del quadro generale definito dal Consiglio direttivo*” (art. 5, par. 5, TARGET2 *Guideline*). Nulla è esplicitamente detto quanto alla loro organizzazione interna, ma, nel parallelismo delle disposizioni relative al *Level 2* e al *Level 3*, si deve ritenere che le ragioni dell’omissione siano solo storiche. Infatti, le tre Banche fornitrici della Piattaforma avevano incontrato la necessità di definire la loro organizzazione interna sin dal momento della formulazione della relativa offerta all’Eurosistema, prima in una dichiarazione di intenti e, successivamente, in un vero e proprio *Agreement*, in epoca anteriore all’emanazione delle *Guidelines* (la *joint letter* delle tre Banche centrali *Providers* al Presidente della BCE è del 29 luglio 2003; il *Trilateral Agreement* è di poco successivo alla *non public Guideline* del 2004, ed è stato siglato il 3 marzo 2005).

Alla luce delle norme, appare chiaro che l’applicazione del principio del decentramento va di pari passo con la necessità di organizzare il rapporto interno a ciascuno dei *Level*, il 2 e il 3, che raggruppano le Banche centrali, secondo forme che la stessa *Guideline* sceglie di non definire normativamente, rimettendone la concreta configurazione ad “*appositi accordi*”, e cioè alla piena autonomia contrattuale delle medesime Banche centrali.

E proprio nell’esercizio di tale autonomia contrattuale si ha la prova di quanto la teoria “*istituzionale pura*” sia lontana dalle diverse istanze della realtà.

Sia le Banche nazionali del *Level 3*, attivatesi per prime, che le Banche nazionali del *Level 2*, hanno operato secondo modi che riflettono emblematicamente le istanze autonomistiche che trovano la loro fonte di legittimazione nel principio di decentramento di cui all’art. 12.1 dello Statuto SEBC ed hanno costruito i loro rapporti interni secondo forme “*di accordo*” che esaltano il ruolo individuale di ciascuna, guardandosi bene dal costituire soggettività unitarie, forme associative, o, tanto meno, societarie, cui attribuire in modo indistinto la formazione della loro volontà.

In particolare, le Banche riunite nel *Level 3*, hanno definito espressamente la loro cooperazione “*Trilateral Agreement*” (“*contratto trilaterale*”), sancendo la mancanza di personalità giuridica del *Level 3* sotto alcuna giurisdizione ed escludendone la riconducibilità a forme societarie, anche di fatto, o consortili, riconosciute nel diritto nazionale di ciascuna delle medesime Banche, con espresso impegno di non avanzare pretese in tal senso salvo diverso, unanime, accordo.

Hanno poi formulato un sistema interno di *governance* fissando le sedi e le modalità della formazione delle decisioni comuni secondo il criterio generale dell’unanimità (salve deroghe per aspetti particolari) e strutturando la loro rappresentanza all’esterno – e, precipuamente, nei rapporti con le Banche centrali del *Level 2* – per il tramite di un *Agent*, da individuarsi di volta in volta da ciascuna su base periodica, in modo da garantire una sorta di rotazione.

Invero, a dispetto della espressa volontà contraria delle tre Banche *Providers*, la struttura realizzata con l'accordo appena descritto sembrerebbe poter rientrare nella nozione di “*organizzazione comune per la disciplina o lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese*” da parte di più imprenditori che definisce il consorzio di diritto italiano (art. 2602 c.c.).

E tuttavia, pare che il *Trilateral Agreement* possa sottrarsi all'operazione ermeneutica che porterebbe a definirlo “*consorzio*” grazie a due elementi particolari. Innanzitutto, le tre Banche centrali hanno confezionato l'accordo in conformità ai criteri generalmente utilizzati nei contratti commerciali internazionali, scegliendo di individuare quale legge del contratto “*i principi della legge commerciale comuni alle giurisdizioni delle parti*” (305). In tal modo hanno sostanzialmente sottratto la definizione della natura del contratto ad un'applicazione rigorosa del nostro diritto nazionale riconducendolo all'ambito dei principi commerciali internazionali – comuni alle parti – ove lo spazio riconosciuto all'autonomia contrattuale presenta margini di elasticità ben maggiori (306).

In secondo luogo, hanno accompagnato la dichiarazione negativa di volontà – “*non è società, neppure di fatto, né consorzio...*” – con l'impegno comune a non rivendicare la riconducibilità dell'accordo a nessuno di questi istituti.

Allo stesso modo, le Banche centrali del *Level 2* hanno stipulato tra di loro un “*contratto di cooperazione*” con cui, da un lato, si impegnano all'esercizio “*congiunto*” delle competenze di *governance* loro attribuite dalla *Guideline* e dal relativo allegato I e, dall'altro lato, dichiarano espressamente di non intendere costituire alcuna forma societaria (o associativa). Si sono, poi, date regole per la rappresentanza verso l'esterno – anche in questo caso individuando criteri di scelta di *Agents* – e per la formazione delle decisioni comuni. Solo con riguardo a quest'ultimo profilo, le istanze individualistiche hanno ceduto il passo a favore dell'applicazione del principio della maggioranza semplice in luogo di quello dell'unanimità per la formazione delle deliberazioni interne, per effetto di una scelta di *policy* cui non erano del tutto estranee le esigenze pratiche derivanti dalla difficoltà di decidere all'unanimità in presenza di un numero elevato di Banche centrali nel *Level 2*.

Il problema della riconducibilità dell'accordo a istituti tipizzati in questo caso sembra meno rilevante. Innanzitutto, dal punto di vista sostanziale, l'accordo è finalizzato

(305) Nell'ambito del diritto del commercio internazionale l'autonomia privata trova il massimo spazio di espressione in relazione: *i*) ai contenuti dei contratti, per cui le parti riescono a mettere a punto contratti dai contenuti sostanziali uniformi a prescindere da quale sia la legge applicabile – entro i limiti delle eventuali disposizioni imperative – sia attraverso la predisposizione di un regolamento contrattuale il più possibile completo, come avvenuto nel caso di specie, sia incorporando nel contratto norme o sistemi di norme altrimenti non applicabili mediante lo strumento del rinvio; *ii*) alla libertà di scegliere la legge disciplinatrice del contratto secondo le esigenze specifiche, anche facendo riferimento a sistemi di norme avulse da contesti nazionali quali la *lex mercatoria* o i “*principi generali dei contratti internazionali*”, come avvenuto nel *Trilateral agreement* di cui al testo; *iii*) alla libertà di scelta del giudice o dell'arbitro competente a decidere le eventuali controversie. Cfr. sul punto F. BORTOLOTTI, *Manuale di diritto commerciale internazionale*, vol. I. *Diritto dei contratti internazionali*, 2001, PADOVA, 4, ss.

(306) Può essere utile supporto all'individuazione dei principi commerciali internazionali comuni alle parti la raccolta degli “*Unidroit Principles of International Commercial Contracts*” – versione aggiornata del 2004, elaborata dall'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato, con il temperamento del vaglio di coerenza delle norme ivi contenute con disposizioni specifiche comuni agli ordinamenti delle tre Banche *Providers*. Al riguardo pare il caso di richiamare, ai fini del testo, l'art. 1 dei Principi, per cui “*le parti sono libere di concludere un contratto e di determinarne il contenuto*” rispetto al quale il commento al testo evidenzia la “*capitale importanza*” del principio della libertà contrattuale nel contesto del commercio internazionale.

alla fruizione e non alla fornitura di un servizio, con minori implicazioni a livello di riconduzione dell'attività a quella di impresa collettiva rispetto al contratto del *Level 3*. In secondo luogo la legge applicabile scelta dalle parti nel caso di specie è il *legal framework* di TARGET2 e, in via sussidiaria ed “*in quanto compatibile*”, la legge del luogo ove ha sede la Banca centrale europea.

Orbene, è lo stesso *legal framework* di TARGET2 e, nella specie, la *Guideline*, a dettare in termini blandi la struttura del rapporto interno alle Banche del *Level 2*, quale “*accordo*” nel cui ambito le decisioni vengono prese a maggioranza semplice delle Banche centrali, ciascuna con diritto ad un voto (TARGET2 *Guideline*, art. 5.4). Se si pensa a quale peso determinante abbia avuto proprio la volontà contrattuale delle Banche centrali dell'Eurosistema nella costruzione del *legal framework* di TARGET2, ben si può ritenere che la dichiarazione comune negativa sulla natura dell'accordo del *Level 2* possa avere valore prevalente rispetto alle norme dell'ordinamento giuridico tedesco, richiamato in via meramente sussidiaria, e cioè, solo “*se*” ed “*in quanto*” compatibile.

3.3.3. (iii) La definizione del contenuto delle competenze del *Level 3* “*per accordi*”.

Non solo l'organizzazione interna dei livelli di *governance* appena vista al punto *ii*), ma anche il contenuto stesso delle competenze ascritte al Livello 3, è rimesso allo strumento degli “*accordi*”.

Infatti, si è già detto che la TARGET2 *Guideline* rinvia la disciplina dei servizi che devono essere resi dal *Level 3* di governo della Piattaforma, ad un contratto che deve essere stipulato tra le Banche centrali *Providers* e le Banche centrali *Users*, nella fattispecie le Banche del *Level 2* e “*dove appropriato*” le Banche centrali “*connesse*” (ovvero le Banche centrali non euro che chiedano di essere connesse alla Piattaforma) (307) (art. 5, par. 6, TARGET2 *Guideline*).

In tal modo, la fonte normativa della *Guideline* legittima un contratto di servizi di diritto privato (da stipularsi tra soggetti di natura pubblicistica quali sono le Banche centrali nazionali) come parte integrante del *legal framework* di TARGET2 e vera e propria fonte del diritto a sé subordinata.

A questo conferisce un ambito di operatività ben più ampio di quello naturale e “*di principio*” per cui “*il contratto ha forza di legge tra le parti*” (308).

Infatti, sebbene formalmente si tratti dell'accordo tra le Banche centrali nazionali dei Livelli 2 e 3 di *governance*, al contempo, esso costituisce il mezzo dell'implementazione della *Guideline* stessa e contiene disposizioni che assurgono a natura di “*fonti normative*”, e ben possono esser definite tali, sulla qualità e le modalità dei servizi della Piattaforma.

(307) Invero, il testo dell'art. 5.6 della TARGET2 *Guideline* riconosce anche alle Banche centrali connesse un ruolo nel contratto tra *Level 2* e *Level 3* per la disciplina dei servizi, pur se solo “*ove appropriato*”.

(308) Cfr. M. SILVETTI, *Il sistema delle fonti*, in *Il diritto dei sistemi di pagamento*, cit., 118 ss. L'Autore evidenzia la rilevanza del fenomeno che vede il contratto assumere il ruolo di vera e propria fonte del diritto nel campo dei sistemi di pagamento ed equipara il rinvio al contratto da parte della fonte normativa (c.d. “*rinvio formale*”) al rinvio alla consuetudine *secundum legem* per sostenere la portata generale ed astratta non solo della fonte negoziale attuativa del rinvio in prima battuta, ma anche delle sue successive modifiche.

La sua portata è perciò “*generale*” ed i suoi contenuti sono “*imperativi*” nei confronti delle Banche *Providers* a vantaggio di tutti i partecipanti a TARGET2, non solo le Banche nazionali del *Level 2*, ma anche gli enti o le soggettività diverse cui è riconosciuto l’accesso al sistema e che proprio in forza della portata “*ultra partes*” di tale accordo, hanno ragione di riferirsi ai parametri ivi indicati per valutare il funzionamento corretto e conforme del sistema rispetto a quanto ivi prefissato (enti creditizi, con esclusione degli istituti di moneta elettronica, dipartimenti del tesoro, enti del settore pubblico, imprese d’investimento, organismi che offrono servizi di compensazione e regolamento, cfr. art. 4 delle “*Condizioni armonizzate per la partecipazione a TARGET2*” – allegato II alla TARGET2 *Guideline* del 26 aprile 2007) (309).

In tal modo si è legittimata una fonte di produzione del diritto di natura contrattuale che ha dato ulteriore spazio alle istanze autonomiste e multigiurisdizionali delle Banche nazionali.

Pare anzi potersi osservare che, man mano che si scende verso il basso nell’esame della gerarchia delle fonti che regolano il sistema, detto spazio si amplia.

Infatti, a livello di vertice, della definizione dei ruoli delle istituzioni dell’UEM rispetto alla materia dei sistemi di pagamento, è prevalsa l’impostazione che valorizza il ruolo delle BCN in conformità al principio del decentramento e a discapito di quella “*istituzionale*” che avrebbe attribuito la posizione di maggior rilievo al SEBC; a livello di elaborazione della TARGET2 *Guideline*, la forza contrattuale delle Banche nazionali, riviniente dall’attuazione del menzionato principio del decentramento, si è imposta sino al punto che la stessa *Guideline* dichiara espressamente di riflettere gli accordi interni negoziati tra BCN; a livello di definizione dei contenuti del servizio della Piattaforma è stato operato un rinvio ad altra fonte, di natura privatistica, e nel cui ambito l’autonomia contrattuale delle parti si è espressa in via diretta.

L’accordo è senz’altro il mezzo più agile ed il più adatto alla natura dei contenuti che si vanno a regolare, trattandosi della fornitura di un servizio tra soggetti con pari potere contrattuale. Lo strumento di diritto privato sembra inoltre il più adatto a disciplinare la fattispecie, assimilabile a quella del “*contratto con se stesso*”, che si viene a delineare con riguardo alle tre Banche centrali, *Providers* del sistema e, al contempo, utilizzatrici dello stesso. Di tale scelta si avvantaggiano anche la trasparenza e la chiarezza nella definizione dei ruoli, tanto più evidenti se si pensa che le Banche che gestiscono la Piattaforma hanno provveduto a separare anche fisicamente i luoghi dedicati alla conduzione dell’operatività da quelli dedicati alla fruizione del servizio di tramitazione e regolamento di TARGET2.

Ma è anche uno strumento che dà il massimo spazio alle istanze autonomiste. E tali e così forti sono state dette istanze nella costruzione del *legal framework* di TARGET2, che – nonostante entrambi i *Levels* siano organizzati con accordi interni e nonostante abbiano ivi previsto forme di rappresentanza per il tramite di appositi *Agents* – le Banche

(309) Lo strumento del “*rinvio alla fonte contrattuale*” pare confermare l’impostazione assunta dal Consiglio direttivo della BCE rispetto alla efficacia vincolante della *Guideline*, quale fonte che obbliga le sole Banche nazionali cui è diretta ed anzi, in questo caso, anche le Banche centrali riunite in “*gruppi*” (i *Levels*), istituiti dalla *Guideline* stessa. Infatti, al fine di ottenere un’estensione degli effetti normativi a (favore di) soggetti terzi è necessario che le Banche centrali nazionali svolgano un’attività di implementazione delle disposizioni della *Guideline* a mezzo di strumenti amministrativi o – come in questo caso – contrattuali. Cfr. *supra*, nota 22.

centrali dei due *Levels* coinvolti nella trattativa non hanno rimesso a questi ultimi la sottoscrizione del contratto in nome e per conto loro, come sarebbe stato immaginabile, ma hanno optato per la firma individuale da parte del legale rappresentante di ciascuna.

3.3.4. (iii) La risoluzione “per accordi” delle controversie in tema di *governance*.

Venendo, infine, all’esame delle modalità di risoluzione delle controversie in tema di *governance* tra *Level 2* e *Level 3*, non resta che rilevare la coerenza interna del sistema che, con la disposizione di cui all’art. 12.2 della *Guideline*, chiude il cerchio, rimandando all’accordo delle parti anche la definizione dei contrasti.

E cioè, la *governance* nasce “*concordata*” dalle Banche centrali dell’Eurosistema nella definizione delle gerarchie e nei modi di ripartizione delle competenze; si svolge “*concordata*” sia nell’esercizio delle medesime che nella definizione dei contenuti delle prestazioni della gestione quotidiana della Piattaforma; e si conclude come “*concordata*” anche nella risoluzione di un’eventuale fase patologica. Nell’accordo, o addirittura nel contratto, trova la massima espressione la volontà delle singole Banche centrali, che esulano in tal modo dalla riconduzione della stessa all’istituzione di carattere sovranazionale, pure esistente, e presso la quale, pure, sarebbe stato loro riconosciuto lo spazio per esprimere la propria voce.

L’unico limite, rispettato, è quello dato dal quadro normativo comunitario, che impone il ruolo apicale del Consiglio direttivo della BCE, sia nella posizione a questo riconosciuta al *Level 1*, di supervisione del sistema, che, nella eventuale fase “*patologica*” appena considerata, quale sorta di “*organo di appello*” cui rimettere le controversie sulla *governance* che non trovassero la loro composizione nell’accordo tra le parti (cfr. art. 12, par. 3, TARGET2 *Guideline*, 26 aprile 2007).

3.4. Funzioni e ruoli istituzionali, livello di *governance* del sistema e assetti proprietari.

3.4.1. Funzioni istituzionali e livello di *governance* del sistema.

Pare a questo punto il caso di soffermarsi con maggiore attenzione sui contenuti delle competenze riconosciute a ciascun Livello della *governance* di TARGET2.

Come già accennato, in TARGET la disciplina della *governance* era contenuta nell’articolato della *Guideline* e presentava una struttura semplificata, tanto da non far avvertire l’esigenza di individuare forme di risoluzione di controversie, improbabili, sul tema. Al contrario, in TARGET2, ove il potere contrattuale delle Banche nazionali nella ripartizione delle competenze si era fatto sentire con forza sin dal momento dell’emanazione della *non public Guideline* del 2004 sulla *governance*, le disposizioni di principio degli articoli dedicati all’argomento erano state integrate da indicazioni molto puntuali, raccolte in uno schema all’allegato I alla *Guideline*, poi integralmente riprodotto nella *public Guideline* del 26 aprile 2007. Tanto era articolata la loro definizione, che – come visto – il normatore aveva ritenuto necessario prevedere forme di risoluzione delle eventuali controversie sul tema.

Lungi dal voler qui riproporre in dettaglio la ripartizione dei compiti attribuiti ai vari *Levels*, per la quale si rimanda all’allegato I della TARGET2 *Guideline*, sembra, piuttosto, interessante dedicare qualche riflessione ai principi ispiratori della ripartizione

ed, in particolare, alla correlazione esistente tra funzioni e ruoli istituzionali, livelli di *governance* del sistema e definizione degli assetti proprietari.

Si è già più volte osservato che gli elementi comuni ai due sistemi TARGET e TARGET2 sono dati dalla loro strumentalità all'esecuzione di funzioni pubbliche, *in primis* l'efficace conduzione della politica monetaria dell'Eurosistema, ma anche la sorveglianza circa l'affidabilità del sistema dei pagamenti nel suo complesso in quanto in grado di assicurare la fiducia del pubblico nella moneta, la prevenzione ed il contenimento del rischio sistemico e la stabilità finanziaria dei mercati (310).

La rilevanza di tali funzioni ha determinato le istituzioni a ciò deputate a non limitarsi alla mera "*promozione del regolare funzionamento di sistemi di pagamento*", ma ad intervenire direttamente nel settore "*accordando facilitazioni al fine di stabilire sistemi di pagamento efficienti ed affidabili all'interno della Comunità*" (art. 105 del Trattato, art. 22 dello Statuto SEBC) (311).

Perciò, entrambi i sistemi non potevano che essere assoggettati ai poteri di direzione, gestione e controllo generale delle medesime istituzioni titolari delle funzioni pubbliche al cui esercizio gli stessi sono strumentali e, in particolare, a quelli del Consiglio direttivo della BCE, in quanto depositario ultimo di dette funzioni, e delle Banche centrali nazionali, in via attuativa, in ottemperanza al principio del decentramento di cui al più volte citato art. 12.1 dello Statuto SEBC.

In TARGET, data la struttura del sistema, ciò risultava facilmente attuabile. Infatti, le linee di demarcazione delle competenze erano tracciabili con facilità e chiarezza ed andavano in parallelo con i poteri di governo e con gli assetti proprietari del sistema. Pertanto, al Consiglio direttivo della BCE afferiva la titolarità del sistema interamente considerato, per ciò intendendosi la titolarità dei compiti istituzionali che la legittimavano alla sua realizzazione, e quella dei poteri di organizzazione dello stesso; alle Banche centrali la gestione quotidiana dei singoli RTGS di riferimento che mantenevano la natura di veri e propri sistemi autonomi e di cui permanevano titolari e proprietarie.

In TARGET2, invece, il potere attuativo delle Banche nazionali non poteva essere assicurato dalla gestione dell'RTGS, in quanto non fornito, come prima, da ciascuna di esse, ma da tre sole Banche nazionali a favore dell'intero gruppo delle Banche centrali dell'Eurosistema.

A questo punto, l'esercizio di competenze di governo attuativo-sussidiarie rimesse a queste ultime dall'art. 12.1 dello Statuto SEBC poteva essere garantito solo da una loro compartecipazione nei poteri di gestione e direzione generali del Consiglio direttivo.

Va, peraltro, ricordato che il progetto TARGET2 aveva avuto inizio con un'istanza promossa dalla BCE in forza della competenza monetaria attribuitale dal Trattato e dallo

(310) Cfr. M. MANCINI, *Il sistema dei pagamenti e la banca centrale*, cit., 1134, 1135.

(311) Al riguardo basti pensare al sesto considerando della TARGET *Guideline*, a mente del quale "*la realizzazione di una politica monetaria unica comporta la necessità di meccanismi di pagamento, mediante i quali le operazioni di politica monetaria tra le banche e gli enti creditizi possano essere effettuate in modo sicuro e tempestivo e che siano tali da promuovere l'unicità del mercato monetario nell'area euro*". Ugualmente, il quinto considerando della TARGET2 *Guideline* recita: "*Come è avvenuto per TARGET*", "*l'istituzione di TARGET2 è essenziale per lo svolgimento di alcuni compiti fondamentali dell'Eurosistema, cioè l'attuazione della politica monetaria della Comunità e la promozione del regolare funzionamento dei sistemi di pagamento*".

Statuto. Si era sviluppato con la proposta congiunta delle tre Banche centrali, che avevano manifestato la loro disponibilità a fare da *Providers* e con la successiva accettazione delle Banche centrali dell'Eurosistema. Con tale accettazione, queste ultime, pure istituzionalmente competenti in via sussidiaria rispetto alla BCE, avevano sostanzialmente rimesso alle prime la realizzazione tecnica della Piattaforma necessaria per l'operatività del sistema.

È quindi evidente che i criteri adottati nella ripartizione dei ruoli di governo del sistema sono il frutto sia del contesto istituzionale in cui si muovono le Banche centrali dell'Eurosistema sia del concreto svolgimento “storico” della vicenda che ha portato alla realizzazione di TARGET2.

Acquista perciò ragionevolezza la differenza rispetto a TARGET e la posizione rafforzata delle Banche nazionali del *Level 2*.

Il Consiglio direttivo rimane garante ultimo “... responsabile per la tutela della funzione pubblica di TARGET2”; le Banche centrali dell'Eurosistema riunite nel *Level 2*, di cui fanno parte anche le tre Banche *Providers*, sono titolari della “competenza sussidiaria con riguardo alle questioni lasciate alla [loro] discrezionalità dal livello 1” (TARGET2 *Guideline*, allegato I, riquadro 0, “Disposizioni generali” – compiti del *Level 1* e del *Level 2*).

In tale schema pare di poter intravedere un esempio concreto di esercizio, da parte di soggetti pubblici, di una funzione pubblica mediante moduli di diritto privato (312).

3.4.2. Assetti proprietari.

L'impostazione appena descritta trova esatta riproduzione anche nella ripartizione degli assetti proprietari del sistema.

Infatti, l'attività materiale di progettazione e costruzione della Piattaforma da parte delle tre Banche *Providers* che, offertesesi di farlo, ne hanno ricevuto l'incarico, nonché quella di svolgimento del servizio a favore di tutte le Banche centrali dell'Eurosistema (e di quelle non Euro eventualmente connesse), non è che un effetto dell'esercizio della funzione pubblica da parte delle istituzioni competenti, la BCE e le BCN.

In coerenza con questo dato presupposto, l'allegato I alla *Guideline* riconosce al *Level 1* il potere di definire “le regole sulla proprietà, sul processo decisionale e il finanziamento della SSP”, ove il termine “proprietà” traduce l'inglese “ownership” (TARGET2 *Guideline*, allegato I, riquadro 4, “Governance e finanziamento” – compiti del *Level 1*).

(312) Cfr. C. GIANNINI, *L'età delle Banche centrali*, cit., 402. L'Autore, nel ritrarre il processo di evoluzione storica dei sistemi di pagamento, sostiene che, con la cessazione da parte delle Banche centrali del rapporto diretto con la clientela non bancaria, queste hanno assunto il ruolo di “istituzioni di interesse pubblico” non vincolate alla massimizzazione del profitto, trovandosi così non più in posizione di concorrenza con le banche commerciali e quindi in grado di offrire a queste servizi di pagamento in modo neutrale. Cfr., inoltre, G. CAIA, *I servizi pubblici. Funzione pubblica e servizio pubblico*, in *Diritto amministrativo – Vol. II*, a cura di Mazzaroli, Bologna, 2005, 131 ss. L'Autore, evidenziata preliminarmente la maggiore portata della nozione di servizio pubblico di diritto comunitario rispetto a quella del nostro ordinamento nazionale, affronta analiticamente il tema della distinzione tra funzione pubblica e servizio pubblico, individuandone i caratteri come tra loro non confliggenti, ma quali espressioni di due aspetti talvolta complementari. Individua tuttavia nell'offerta diretta al pubblico del servizio l'elemento costitutivo indefettibile del servizio pubblico.

Al *Level 2* attribuisce, rispetto alla Piattaforma tecnica, la “titolarità e/o il controllo dell’applicazione”, l’“ownership and/or control of the application” e, rispetto al sistema interamente considerato, il “ruolo di proprietario del sistema”, – “system owner” (TARGET2 *Guideline*, allegato I, riquadro 4, “Governance e finanziamento” – compiti del *Level 2*; riquadro 7 “Operatività”, compiti del *Level 2*).

Invero, anche un osservatore superficiale non può non notare che il termine *ownership* o *owner*, è usato indifferentemente sia con riguardo all’infrastruttura che al sistema, pur se si tratta di oggetti di natura diversa.

Mentre l’“infrastruttura” è un *software* complesso riconducibile alla nozione civilistica di opera dell’ingegno (313), su cui ben può insistere un diritto di proprietà, pur se inteso in senso traslato, come diritto avente ad oggetto il bene immateriale prodotto dall’ingegno con i caratteri dell’assolutezza e dell’opponibilità *erga omnes* tipici degli ordinamenti giuridici di *civil law* (314), il “sistema” ben difficilmente può essere ricondotto ad una nozione simile; altrettanto difficilmente i diritti gravanti sullo stesso si prestano ad essere descritti secondo lo schema della proprietà ora ricordati.

Basti richiamare la nozione di sistema di pagamenti di diritto comunitario, dettata dal legislatore nella direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 98/26/CE sulla definitività (in seguito anche direttiva *finality*) (315). È sistema di pagamenti “un accordo formale tra tre o più partecipanti... con regole comuni e accordi standardizzati per l’esecuzione di ordini di trasferimento tra i partecipanti”.

Ciò che viene in rilievo non è, quindi, il mezzo (appunto l’infrastruttura) utilizzato per l’attività di produzione di servizi di pagamento (“esecuzione di ordini di trasferimento”), quanto piuttosto l’attività di regolazione ed organizzazione necessaria a tal fine.

La titolarità di detta attività ricorda quella relativa all’impresa, ove l’imprenditore può essere o meno proprietario dei beni mobili che compongono l’azienda, ma è sempre titolare di rapporti obbligatori e contrattuali che gliene consentono l’esercizio ed ha il potere di dettare, nel rispetto della legge e delle fonti secondarie, le disposizioni che la governano (art. 2082 c.c.) (316).

(313) Nel nostro ordinamento il d.lgs. 29 dicembre 1992, n. 518 include tra le opere dell’ingegno i “programmi per elaboratore”, ossia i software.

(314) F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale, vol. III, tomo I*, Padova, 2004, 165. L’Autore distingue tra diritto morale e patrimoniale d’autore e, riferendosi a quest’ultimo, afferma che “solo in senso traslato lo si può definire come un diritto di proprietà, avente ad oggetto il bene immateriale ed implicante la facoltà di goderne e disporne in modo esclusivo (art. 832 c.c.)”.

(315) Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 98/26/CE concernente il carattere definitivo del regolamento nei sistemi di pagamento e nei sistemi di regolamento titoli, in *G.U.C.E.*, L166/45 dell’11 giugno 1998.

(316) Nel nostro ordinamento la nozione di imprenditore è data dall’art. 2082 c.c. a mente del quale è tale “chi esercita professionalmente un’attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni o servizi”. In disparte il fatto che il diritto comunitario adotta un’accezione più ampia della nozione (inserendovi ad es. anche gli esercenti attività professionali), comunque l’attività delle tre BC *Providers* è riconducibile ai caratteri fissati dal nostro codice civile ricorrendovi l’organizzazione stabile di un’attività di produzione e fornitura di servizi gestita secondo criteri di economicità, ovvero quanto meno di recupero dei costi con i ricavi nel lungo periodo, G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, vol. I, Diritto dell’impresa*, Milano, 2006, 31 ss.; R. ALESSI, D. RUSSO, *Manuale breve di diritto commerciale*, Milano, 2006, 5, ss. Ritiene che l’elemento dell’“economicità” si debba intendere nel senso genico di produttività, che nulla aggiungerebbe alla nozione di attività di impresa F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale, vol. III, tomo I*, cit. 3, ss., 24, ss.; Con riferimento ai criteri economici applicabili ai sistemi di pagamento

Escluso che detta incongruenza terminologica sia frutto di distrazione del normatore, si deve concludere che il termine *ownership* non sia stato usato dalla *Guideline* nell'accezione di diritto civile, ma piuttosto in quella di diritto anglosassone.

Infatti, in *common law*, “*ownership*” è un diritto che presenta connotati di relatività e relazionalità e non di assolutezza, tanto che si parla di *equitable ownership*, costruita come *right in personam*, contrapposta alla *legal ownership*, maggiormente avvicinabile al *right in rem* di *civil law* (317).

Rapportata al “*sistema di pagamenti*”, e cioè ad “*un accordo formale... con regole comuni per l'esecuzione di ordini di trasferimento...*”, per “*ownership del sistema*” si deve quindi intendere il diritto di dettare le regole (anche relazionali) di funzionamento del servizio per cui il sistema è stato realizzato, avanzare istanze in relazione ai contenuti ed alle modalità di questo ed esercitare poteri di controllo sullo stesso.

Alla luce di questa accezione di proprietà diventa agevole ricondurre a logica il dettato normativo dell'allegato I con riguardo ai poteri riconosciuti sia al *Level 1* che al *Level 2*.

Quanto al *Level 1*, la formula, sopra vista, che gli riconosce il potere di definire le regole sulla “*proprietà*” e sul “*processo decisionale*” “*della SSP*” deve essere intesa come potere di dettare le linee della “*gestione e controllo*” non solo della Piattaforma (la SSP), ma anche del sistema, in coerenza con il ruolo istituzionale di titolare della funzione pubblica che il Consiglio direttivo svolge appunto utilizzando detto sistema.

Infatti, solo apparentemente il testo della norma sembra voler riguardare la sola SSP, ma a ben vedere, nel momento in cui ascrive al *Level 1* il potere di definire le regole sulla *ownership* nell'accezione relazionale sopraddetta e sul “*processo decisionale*”, che pure racchiude in sé aspetti tipici della *ownership* di *common law*, non può che riferirsi alla gestione dell'intero sistema e non a quella della mera infrastruttura su cui insiste.

Quanto al *Level 2*, riconosciuto “*owner del sistema*”, in quanto, in conformità alla ripartizione dei ruoli istituzionali di cui si è detto, condivide, pur se in via sussidiaria, le funzioni del *Level 1*, alla luce delle considerazioni svolte sin qui, la formula che gli attribuisce poteri di “*ownership and/or control*” sull'infrastruttura non deve essere intesa come opzione alternativa tra proprietà e controllo, come potrebbe ritenersi se si accedesse ad una nozione di *ownership* quale diritto assoluto di proprietà contrapposto a quello di “*controllo*” (*control*), tipica degli ordinamenti di *civil law*.

Al contrario, accogliendo la nozione di proprietà relativa di *common law*, che in sé racchiude aspetti di relazione cui è riconducibile anche il potere di controllo, l'espres-

gestiti dalle Banche centrali è il caso di ricordare la “*Dichiarazione di politica*” della BCE del 4 agosto 2005, “*Erogazione di servizi di pagamento al dettaglio in euro agli enti creditizi da parte delle Banche centrali*”, in www.ecb.int. La BCE osserva preliminarmente che l'art. 105 del Trattato CE e l'art. 3.1 dello Statuto SEBC attribuiscono “*all'Eurosistema*”, tra l'altro, il compito di promuovere il regolare funzionamento dei sistemi di pagamento e che l'art. 22 dello Statuto attribuisce allo stesso “*Eurosistema*” la facoltà di accordare facilitazioni al fine di assicurare sistemi di pagamento efficienti ed affidabili; riconosce alle Banche centrali la facoltà di offrire agli enti creditizi servizi di pagamento al dettaglio agevolando l'accesso ai sistemi di pagamento a tutti gli enti creditizi ed invita ad esercitare detta attività evitando distorsioni della concorrenza. Pertanto, afferma che “*le BCN eroganti servizi di pagamento al dettaglio agli enti creditizi tengono in debita considerazione i requisiti ed il contesto concorrenziale del relativo mercato, ivi compreso il recupero dei costi*”. Sebbene la dichiarazione di politica riguardi specificamente i sistemi di pagamento al dettaglio, il principio può esser tenuto in considerazione anche con riferimento a quelli all'ingrosso.

(317) Per una ricostruzione della nozione di *ownership* in *common law*, cfr. F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico – Law Dictionary*, Milano, 1984, 1089 ss., voce *Ownership*.

sione “*ownership and/or control*” deve essere intesa come un’endiadi descrittiva di due aspetti di un medesimo concetto giuridico, afferendo il controllo direttamente nella nozione di proprietà come *right in personam*.

Ciò è tanto vero che il diverso diritto reale di proprietà intellettuale della Piattaforma del *Level 3*, e cioè il diritto delle tre Banche centrali che l’hanno progettata e costruita sulla base di un proprio *know-how* e a proprie spese, non è stato messo in discussione (si tratta di proprietà intellettuale, più vicina all’accezione di *ownership* di *common law* resa dalla formula *legal ownership* quale *right in rem*, meglio traducibile come *intellectual property*).

Ad ulteriore conferma del fatto che si tratta di concetti giuridici diversi basti tornare ad osservare ancora una volta il dato normativo.

Tale diritto assoluto di proprietà intellettuale delle 3 CBs sulla Piattaforma non è effetto di una “*attribuzione*” ad opera del *Level 1*, cui pure l’allegato I alla *Guideline 1* riconosce la competenza a regolare gli assetti proprietari “*della SSP*”, né, più in generale, è effetto di una “*attribuzione*” ad opera della fonte normativa, in questo caso l’allegato I. Semplicemente non è ivi trattato, appunto in quanto esula dalla nozione di *ownership* disciplinata in quella sede.

Al contrario, detto diritto è semplicemente “*riconosciuto*” alle Banche centrali del *Level 3* nell’ambito del contratto che disciplina il servizio da rendere al *Level 2*, in un contesto ove non residua alcuno spazio all’esercizio del potere regolatorio del Consiglio direttivo, ed è “*riconosciuto*” in quanto per sua natura è diritto immanente nel fatto stesso della creazione del *software*.

4. Da TARGET a TARGET2. Il livello di armonizzazione “giuridica”.

L’esame della struttura della *governance* di TARGET2 in un’ottica di confronto con quella di TARGET ha portato a concludere che non necessariamente l’unificazione tecnologica che distingue il primo dal secondo deve implicare una pari riproduzione del modello unitario.

In particolare, si è potuto osservare che, in relazione alla distribuzione dei compiti di governo del sistema, TARGET2 ha sollecitato piuttosto un moto “*autonomista*” e di esaltazione delle singole individualità delle Banche centrali dell’Eurosistema a discapito del ruolo delle istituzioni centrali – BCE e, soprattutto, SEBC – che erano state immaginate dal legislatore comunitario come sede naturale delle relative istanze.

Seguendo lo schema prefissato, pare, a questo punto, interessante passare dalla disamina dei rapporti interni alle Banche centrali, di cui ci si è occupati sin qui, a quella dei rapporti tra le medesime ed i partecipanti ai due sistemi, mantenendo la stessa linea di indagine.

Si tratterà, cioè, di verificare se il passaggio dalla frammentarietà tecnologica di TARGET alla unicità della Piattaforma tecnica di TARGET2 abbia avuto effetti sul piano del livello di armonizzazione dei suddetti rapporti tra Banche centrali e partecipanti nei diversi ambiti nazionali in cui si svolge l’operatività ordinaria dei due sistemi e se, addirittura, a fronte dell’unicità infrastrutturale del secondo si sia configurata la possibilità della sua sussunzione in una giurisdizione unica.

Al riguardo, va considerato che l'assenza di un'unità politica e di una giurisdizione unica europea potrebbero portare ad escludere la possibilità stessa della realizzazione di un sistema di pagamenti transnazionale assoggettato ad una disciplina giuridicamente unitaria (318).

Pertanto, nel prosieguo, si intende valutare in astratto la fondatezza di tale assunto ed, in concreto, se le Banche centrali dell'Eurosistema abbiano colto l'occasione di tentare l'esperimento della tesi contraria data loro dalla struttura tecnologicamente unitaria di TARGET2.

4.1. TARGET. Il principio della “*minimum harmonization*”.

Come più volte osservato il sistema TARGET è stato realizzato in tempi brevi per rispondere all'esigenza delle istituzioni comunitarie di disporre di un sistema di regolamento lordo su cui fare transitare in modo rapido e sicuro le operazioni della politica monetaria unitaria a partire dalla terza fase dell'UEM, nonché, più in generale, i pagamenti di importo rilevante.

L'intervento dal punto di vista tecnico è consistito nella realizzazione di un collegamento tra gli RTGS nazionali esistenti; dal punto di vista giuridico, nella costruzione di un livello di armonizzazione minima tra questi.

Infatti, detti RTGS presentavano caratteristiche e gradi di evoluzione tra loro affatto diversi che non potevano convivere nel sistema sovranazionale unico ove era imprescindibile poter garantire parità di condizioni a tutti i partecipanti.

Pertanto, la TARGET *Guideline* aveva avuto ad oggetto, da un lato, la disciplina del funzionamento dell'*interlinking* e, dall'altro lato, la definizione di regole minime generali che dovevano essere recepite da tutte le Banche nazionali che ne erano destinatarie al fine di dare ai propri RTGS l'armonizzazione giuridica e funzionale degli aspetti di maggiore rilievo.

In tal modo, ciascuna Banca centrale, ove necessario, aveva provveduto ad adeguare in via normativo-amministrativa la disciplina del proprio sistema RTGS in conformità ai requisiti comuni, fissati all'art. 3 della *Guideline*, che riguardavano l'accesso al sistema, l'unità monetaria da utilizzare per i pagamenti, lo schema tariffario comune, i giorni e gli orari di operatività, la disciplina dei pagamenti e della liquidità infragiornaliera (art. 3, TARGET *Guideline*).

In tale ambito un fattore importante dell'armonizzazione minima aveva riguardato la fissazione del momento di definitività dei pagamenti.

Invero, il legislatore comunitario, intervenendo nella materia dei sistemi di pagamento e di regolamento titoli in generale – di qualsiasi natura, pubblica o privata, fossero i gestori e di qualsiasi tipo, lordo, netto, all'ingrosso o al dettaglio, nazionale o transfron-

(318) C. GIANNINI, *L'età delle Banche centrali*, cit., 41. L'autore sostiene che il processo di unificazione monetaria che ha visto coinvolti alcuni Paesi europei a partire dagli anni novanta del secolo scorso e la costituzione di una Banca centrale europea sovranazionale sarebbero stati possibili solo nella prospettiva di una successiva unificazione politica, evidenziandone, tuttavia, l'esito incerto; E. CASSESE, *L'“unica moneta” senza Stato. Dalle monete nazionali alla moneta unica*, cit., 195-197.

taliero, purché ritenuti a rilevante rischio sistemico dalle autorità statuali competenti – con la direttiva 98/26/CE aveva introdotto una disciplina derogatoria alle normative nazionali in materia di procedure di insolvenza, per esse intendendo le “*procedure concorsuali previste dalla legge di uno Stato membro o di un paese terzo per liquidare un partecipante o riorganizzarlo, tali da comportare la sospensione dei trasferimenti o dei pagamenti o l'imposizione di limiti all'attività*” (art. 2, lett. j) (319). E, cioè, al fine di eliminare situazioni di incertezza giuridica e possibili fonti di instabilità sistemica, aveva stabilito che, nei sistemi a rischio sistemico elevato, fosse prevalente l'interesse alla tutela della definitività dei pagamenti immessi rispetto a quello dei creditori del soggetto sottoposto a dette procedure di insolvenza.

In tale logica, aveva rimesso a ciascun ordinamento statale l'individuazione di un momento temporale “*di definitività*” dei pagamenti (320), una volta superato il quale, il pagamento ivi immesso sarebbe stato irrevocabile da parte del mittente e definitivo rispetto al suo eventuale fallimento, o alla sottoposizione ad altra procedura rilevante, a vantaggio della prevenzione ed esclusione della possibilità del c.d. effetto domino e cioè dell'insolvenza generale dei partecipanti al sistema che sarebbe potuta derivare da una importante insolvenza particolare (321).

Orbene, in un sistema strutturato per componenti autonome interconnesse come TARGET la *Guideline* avrebbe potuto limitarsi a riconoscere il “*momento di definitività*” fissato per ciascun RTGS in ambito nazionale, accontentandosi dell'armonizzazione data dall'*an* della designazione del sistema tra quelli rilevanti ai fini della direttiva e della individuazione in tale sede del momento temporale della irrevocabilità e definitività dei pagamenti.

Ed invece il principio della *minimum harmonization* ha spinto il Consiglio direttivo ad andare oltre, fissando nella *Guideline* il momento “*non oltre il quale*” potevano essere collocati detti momenti di irrevocabilità e definitività, rispettivamente quello dell'addebito del conto RTGS da parte della Banca nazionale del mittente e quello del regolamento (322).

(319) Nel nostro ordinamento la direttiva è stata recepita con d.lgs. 12 aprile 2001, n. 210, che individua nelle seguenti le procedure di insolvenza rilevanti ai fini della applicazione delle relative disposizioni: liquidazione coatta amministrativa, fallimento, sospensione dei pagamenti nell'ambito dell'amministrazione straordinaria, nonché “*ogni altra misura... che abbia come effetto la sospensione o la cessazione dei pagamenti e delle restituzioni dei beni ai terzi*” (art. 1, lett. p, d.lgs. 210/2001).

(320) A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La definitività dei pagamenti dalla Direttiva 98/26/CE al d. lgs. 12 aprile 2001, n. 210*, in *Europa e diritto privato*, n. 3 del 2002, 797, ss.; S. BONFATTI, *Definitività delle operazioni compiute nell'ambito dei sistemi di pagamento e procedure concorsuali*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, n. 8 del 2001, 857 ss. Gli Autori evidenziano che il legislatore comunitario ha costruito la nozione di definitività “*a prescindere dall'ipotesi di assoggettamento di un intermediario ad una procedura concorsuale*” essendo questa un'ipotesi “*che non costituisce un presupposto necessario per l'applicabilità dell'intera disposizione in commento ma solo di una sua parte e precisamente della parte in cui si stabiliscono le condizioni di definitività degli ordini e delle operazioni di cui sopra nei confronti dei possibili terzi, ivi compresi gli organi preposti alla procedura di insolvenza medesima*”.

(321) Per altri approfondimenti sulla direttiva e sul suo recepimento nel nostro ordinamento cfr. M. PERASSI, *L'attuazione della Direttiva 98/26/CE sulla definitività degli ordini immessi in un sistema di pagamento o di regolamento titoli*, in *Banca borsa*, Parte I, 2001, 816, ss.; F. MAZZINI, *L'attuazione della Direttiva 98/26/CE sulla definitività degli ordini immessi in un sistema di pagamento o di regolamento titoli*, in *Diritto della banca del mercato finanziario*, n. 4 del 2001, 165 ss.

(322) Cfr. sul tema, M. PERASSI, *Il diritto comunitario dei pagamenti*, in *Il diritto del sistema dei pagamenti*, cit., 164 ss., e M. SILVETTI, *Il sistema delle fonti*, ivi, 122 ss.

4.2. TARGET2. Sistema giuridicamente unitario o molteplicità di sistemi?

La configurazione composta di TARGET e la sua vocazione all'operatività in un contesto multigiurisdizionale sono gli elementi che rendono pienamente condivisibile la tesi per cui l'unica via da percorrere per ricondurre ad omogeneità i rapporti tra partecipanti e sistemi componenti, iscritti ciascuno nel proprio ordinamento, era quella della armonizzazione, anche minima, e cioè della definizione di elementi di necessaria identità di disciplina in ordine ad aspetti rilevanti.

Al contrario, con riguardo a TARGET2, la struttura unitaria della Piattaforma su cui insiste il sistema lascerebbe immaginare, in astratto, anche la possibilità di ricondurre la disciplina dei rapporti tra partecipanti e sistema ad un'unica giurisdizione. A tal fine sarebbe bastato individuare un ordinamento giuridico nazionale in cui iscrivere il sistema, scegliendolo tra quelli delle Banche centrali dell'area Euro.

Tuttavia ciò non è avvenuto.

Invero, non può dirsi che la soluzione non sia stata affrontata e discussa nell'ambito dei lavori preparatori del *legal framework* di TARGET2.

Piuttosto, il tema è stato ancora una volta occasione di conflitto tra istanze "istituzionali" e "centraliste", da un lato, e pressioni "autonomiste" proprie delle Banche centrali nazionali, dall'altro lato.

E ancora una volta, come si era verificato nel campo della ripartizione dei compiti di governo del sistema, sono state queste ultime ad avere la prevalenza, in omaggio ai principi della sussidiarietà e del decentramento di cui all'art. 12.1 dello Statuto SEBC.

La tesi della riconduzione del sistema ad un ordinamento nazionale unico, sostenuta dalla BCE, si fondava su un duplice ordine di considerazioni. Da un lato, sarebbe stata preferibile perchè l'unicità della giurisdizione avrebbe corrisposto al dato reale dell'unicità della struttura del sistema e, dall'altro lato, perchè avrebbe risolto i problemi inerenti l'applicazione della disciplina comunitaria della definitività.

Con riguardo a questo secondo aspetto, non vi era alcun dubbio sulla necessità di provvedere alla designazione di TARGET2 come sistema rilevante ai fini della direttiva 98/26/CE sulla *finality*, data la natura delle operazioni cui era dedicato e l'entità rilevante delle somme destinate a transitarvi, che lo rendevano ad elevato rischio sistemico.

E tuttavia, la direttiva succitata, risultava di difficile applicazione pratica per effetto della formulazione dell'art. 10, che nel limitarne la portata normativa, appunto, ai soli sistemi "designati", prevede che la designazione sia operata dallo Stato membro nella cui giurisdizione il sistema opera.

Pertanto, in presenza di un sistema di regolamento sovranazionale unitario ed in mancanza di uno Stato Europa che vi provvedesse, l'unico modo per garantire la designazione di TARGET2 sarebbe stato appunto quello di ricondurlo ad una giurisdizione specifica scelta tra quelle europee – presumibilmente quella ove ha sede la BCE, in quanto titolare ultimo delle funzioni di maggiore rilevanza cui il sistema è dedicato – in modo che lo Stato di riferimento potesse provvedere allo scopo.

Esisteva, invero, una seconda soluzione possibile, evidenziata dalla medesima tesi "istituzionale": quella di sollecitare l'intervento della Commissione europea a modifica del testo della direttiva. Ma, la via pareva poco facilmente percorribile per complessità di modi e lunghezza di tempi.

Adirittura impossibile sembrava ripercorrere la soluzione adottata per TARGET, per mancanza dei presupposti di fatto. In quel caso era stato il dato reale della composizione del sistema in una pluralità di RTGS, non ricorrente in TARGET2, che aveva permesso di ovviare agevolmente al problema mediante la remissione della designazione di ciascuno dei sistemi componenti ai relativi Stati di riferimento.

Le Banche centrali nazionali dal canto loro criticavano la tesi della giurisdizione “unitaria” per le sue possibili conseguenze. Tra queste vedevamo con il massimo disfavore l’eventualità che i soggetti ammessi come partecipanti diretti al sistema potessero essere chiamati a confrontarsi con l’ordinamento nazionale di questo, diverso dal loro.

Invero, se il quadro giuridico fosse stato effettivamente organizzato in tal modo, i partecipanti diretti aventi sede in ordinamenti diversi da quello di TARGET2 si sarebbero trovati in una situazione di evidente svantaggio competitivo rispetto a quanti avessero avuto sede nella nazione prescelta e, comunque, in condizione di oggettiva difficoltà di conoscenza della legge applicabile al rapporto di partecipazione (vedi *infra*, par. 4.2.1.).

Pertanto, le Banche nazionali erano arrivate a proporre come soluzione alternativa quella della ricostruzione di TARGET2 nelle forme di un “multiple system”, giuridicamente strutturato come una molteplicità di sistemi RTGS, grazie ad una sorta di *fictione* giuridica che avrebbe permesso di riportare il sistema ai canoni utilizzati per TARGET.

La soluzione esaltava i principi generali di competenza e di sussidiarietà di cui all’art. 5 del Trattato e dell’art. 12.1 dello Statuto SEBC. Dalla lettura in combinato disposto di tali norme le BCN ricavano un’interpretazione del principio in chiave obbligatoria, per cui la BCE sarebbe tenuta ad avvalersi delle BCN “per eseguire operazioni che rientrano nei compiti del SEBC” tutte le volte che ciò sia “possibile ed opportuno”, mentre non avrebbe il potere di scegliere di avvalersene in base ad una valutazione di mera opportunità.

Dal punto di vista pratico la soluzione aveva il pregio di superare comunque l’*impasse* occorso in tema di applicazione della direttiva sulla definitività dei pagamenti. In questo caso, infatti, la designazione di ciascun sistema componente di TARGET2 sarebbe stata operata dallo Stato competente alla stregua della disciplina nazionale di riferimento di ciascuno dei “sistemi componenti” di TARGET2, proprio come era avvenuto per TARGET (art. 3.2, TARGET2 *Guideline*).

4.2.1. Partecipazione indiretta e problemi della definitività dei pagamenti.

La soluzione è prevalsa da un punto di vista pratico innanzitutto perché risolveva potenziali conflitti all’interno delle Banche dell’Eurosistema e perché il peso contrattuale di queste nella costruzione del *legal framework* di TARGET2 era, come già visto, preponderante, ma anche perché la risoluzione data al problema della applicazione della direttiva sulla definitività risultava preferibile rispetto alla prima.

Infatti, pur se apparentemente entrambe le tesi individuavano una risposta alla questione, la prima nella forma di un provvedimento di designazione del sistema unico e la seconda in quella di tanti provvedimenti di designazione quanti erano gli Stati delle Banche nazionali dell’Eurosistema partecipanti a TARGET2, gli effetti della scelta dell’una o dell’altra presentavano differenze non irrilevanti rispetto alla fattispecie specifica della partecipazione indiretta al sistema.

Come era avvenuto in TARGET, anche in TARGET2 si intendeva ammettere una doppia modalità di partecipazione a favore delle istituzioni bancarie, delle imprese di investimento e dei soggetti pubblici interessati ad avvalersi del sistema di regolamento.

In particolare, la *Guideline* di TARGET2 definisce partecipante diretto “*un soggetto che detiene almeno un conto PM (323) presso una BC dell’Eurosistema*”. E’, invece, partecipante indiretto “*un ente creditizio, insediato nello Spazio economico europeo (SEE), che ha concluso un accordo con un partecipante diretto al fine di immettere ordini di pagamento e ricevere pagamenti attraverso il conto PM di tale partecipante diretto, e che è stato riconosciuto come partecipante indiretto da uno dei sistemi componenti di TARGET2*” (art. 2, TARGET2 *Guideline*).

Orbene, secondo la tesi istituzionale e “*centralista*” TARGET2 sarebbe stato un sistema giuridicamente unico, con una sola legge regolante, una sola designazione e una sola Banca centrale di riferimento, quella dello Stato scelto. Tutte le altre Banche centrali avrebbero assunto il ruolo di partecipanti diretti al sistema.

La discussione sul punto si era poi sviluppata nell’esame dei possibili scenari evolutivi.

Una prima impostazione partiva dal presupposto che i rapporti tra sistema ed entità interessate alla partecipazione diverse dalle BCN – e cioè banche, imprese di investimento, soggetti pubblici – avrebbero dovuto essere gestiti dalle Banche nazionali di riferimento di ciascuna.

Al riguardo si era osservato che, in tal caso, dette entità non avrebbero avuto altra opzione di accesso al sistema se non quella della “*partecipazione indiretta*”, che si sarebbe potuta realizzare attraverso l’intermediazione delle Banche centrali, da utilizzare quali tramite per la connessione a TARGET2.

E tuttavia un soluzione simile applicata praticamente a tutta la platea dei partecipanti al sistema, con esclusione di fatto delle sole Banche nazionali, avrebbe avuto effetti negativi per i profili della definitività per due ordini di ragioni.

Innanzitutto, perché in più Paesi la legge nazionale di recepimento della direttiva protegge i soli partecipanti diretti, ma non quelli indiretti, che non vengono equiparati ai primi. Poiché il *legal framework* di TARGET2 non è in grado di coprire le lacune normative nazionali sul punto, detti soggetti partecipanti indiretti sarebbero rimasti privi della protezione della definitività dei pagamenti e quindi non avrebbero potuto essere riconosciuti da TARGET2 come partecipanti.

In secondo luogo, la direttiva sulla *finality* ammette alla posizione di partecipanti indiretti le sole istituzioni creditizie: pertanto solo queste sarebbero state ammesse alla partecipazione a TARGET2 con conseguente fortissima restrizione dell’accesso al sistema (art. 2, lett. g, direttiva 98/26/CE) (324).

(323) Conto PM è il conto detenuto da un partecipante a TARGET2 nel *Payment module* presso una BC dell’Eurosistema che consente di immettere ordini di pagamento o ricevere pagamenti in TARGET2 e regolarli. TARGET2 *Guideline*, art. 2 “*Definizioni*”.

(324) La direttiva 2006/48/CE riconduce alla nozione di *Credit institution* “*a) un’impresa la cui attività consiste nel ricevere depositi o altri fondi rimborsabili dal pubblico e nel concedere crediti per proprio conto (le banche); oppure b) un istituto di moneta elettronica ai sensi della direttiva 2000/46/CE*”. Va tuttavia ricordato che nella fattispecie il ragionamento svolto nel testo varrebbe solo con riferimento alle

Né avrebbe avuto miglior successo la soluzione alternativa della rinuncia al presupposto di principio che rimetteva alle Banche centrali la gestione dei rapporti con le entità interessate alla partecipazione a TARGET2 e della conseguente concessione a queste ultime della facoltà di stabilire relazioni con la Banca centrale dello Stato sede del sistema in via diretta.

Infatti, anche in questo caso per dette entità sarebbe stata preferibile la via della partecipazione indiretta per il tramite della propria Banca nazionale, poiché quella diversa della partecipazione diretta le avrebbe costrette a rapportarsi con un ordinamento giuridico distinto dal loro e non – o poco – conosciuto, quello, appunto, del sistema, e le avrebbe messe in evidente svantaggio competitivo con i partecipanti stabiliti nello Stato ove questo aveva sede.

Al contrario, secondo la tesi “*del decentramento*”, poi accolta, TARGET2 è un “*multiple system*”, e cioè, “*un sistema giuridicamente strutturato come una molteplicità di sistemi di pagamento*” tanto che “*Ciascuna BC gestisce il proprio sistema componente di TARGET2*” (TARGET2 *Guideline*, secondo considerando; art. 1.2, art. 3.1).

In tal modo viene avvalorata la scelta di lasciare alle Banche centrali la gestione dei rapporti con i partecipanti secondo le forme della partecipazione diretta, in quanto il rapporto con la BCN gestore del sistema componente di TARGET2 è di per sé il vero e proprio rapporto con TARGET2, con regole disciplinate dalle varie giurisdizioni nazionali.

Pertanto, l’area di applicabilità della definitività in questo secondo schema è considerevolmente più ampia che nel primo, e con essa, è ben più ampio il numero dei possibili partecipanti.

4.2.2. TARGET 2. Il principio della “*full harmonization*”.

E’ evidente, a questo punto della trattazione, che l’unità tecnica di TARGET2 aveva effettivamente offerto alle Banche centrali dell’area euro l’occasione di realizzare un sistema transnazionale dei pagamenti anche giuridicamente unitario, capace di garantire a tutti gli aderenti condizioni di partecipazione sottoposte ad una stessa giurisdizione.

Tuttavia, è altrettanto evidente che detta unità non avrebbe avuto per tutti uguale prezzo, in quanto non sarebbe stata ottenuta ascrivendo il sistema ad un ordinamento sovranazionale europeo, equidistante dagli ordinamenti di tutte le Banche centrali, ma ad un ordinamento nazionale scelto tra quelli europei, e quindi di difficile approccio per i più.

Non stupiscono, pertanto, il disfavore con cui – come visto – la prospettazione di questa soluzione era stata accolta dalle Banche centrali nazionali e l’opzione di preferenza generalmente espressa per la formula del “*multiple system*”.

Il vantaggio in termini di certezza del diritto era evidente se si pensa che in tal modo il rapporto con i partecipanti rimaneva gestito dalla Banca centrale di riferimento ed era regolato dalla giurisdizione comune delle parti.

banche, poiché gli istituti di moneta elettronica sono fra i soggetti “*non ammessi a partecipare a TARGET2*” (TARGET2 *Guideline*, allegato II, art. 4, par. 3). Solo per completezza vale la pena di ricordare che al momento della pubblicazione del presente scritto la Commissione europea ha all’esame una bozza di modifica della direttiva 2000/46/CE ove si propone di ricondurne la natura non più a quella di ente creditizio, ma a quella di ente finanziario, con conseguenze sui requisiti di capitale e sulla vigilanza prudenziale, per cui, per questo aspetto, le considerazioni svolte in questa notazione perderebbero il loro fondamento.

Peraltro, l'esigenza di "unitarietà normativa" del sistema, che permaneva, poteva trovare comunque una risposta soddisfacente in termini di "armonizzazione normativa".

E così è effettivamente avvenuto.

A tal fine, è stato sufficiente estendere al massimo la portata del principio della "minimum harmonization" già sperimentato in TARGET.

Qui, la *Guideline* aveva imposto elementi minimi di armonizzazione normativa dei sistemi RTGS componenti, limitandosi alla definizione di alcuni aspetti del rapporto tra Banche centrali e partecipanti che dovevano necessariamente essere regolati in ugual modo.

In TARGET2, invece, la *Guideline* ha previsto che i rapporti tra la singola Banca centrale e i partecipanti al sistema componente di TARGET2 gestito da questa siano regolati in modo pienamente uniforme, secondo il principio della "full harmonization" (art. 6.1, TARGET2 *Guideline*).

A tal fine ha dedicato un apposito allegato alla definizione delle "Condizioni armonizzate per la partecipazione a TARGET2" destinate ad essere recepite dalle Banche centrali gestrici di sistemi componenti di TARGET2 nei contratti di adesione da far sottoscrivere ai soggetti ammessi al sistema (allegato II, TARGET2 *Guideline*).

Invero, le condizioni armonizzate altro non sono che un vero e proprio contratto tipo, esaustivo e completo, in cui lo spazio di autonomia lasciato alle Banche centrali è limitato all'indicazione dei dati di riferimento relativi alle medesime ed ai partecipanti nonché all'esercizio di alcune opzioni alternative in materie caratterizzate da forte grado di disomogeneità normativa a livello europeo (325).

Al riguardo, rimesso un esame dettagliato dell'allegato II alla *Guideline* ad altre più opportune sedi (326), pare il caso di svolgere qualche breve notazione con riferimento alle disposizioni relative all'individuazione del momento di definitività dei pagamenti.

(325) In via esemplificativa basti qui richiamare l'art. 36 delle condizioni armonizzate in materia di "Diritti di pegno e compensazione delle BC". La previsione riguarda le forme di garanzia previste a favore delle Banche centrali per i crediti presenti e futuri derivanti dal rapporto giuridico con i partecipanti (si legga. Pagamento delle tariffe – fees). L'articolo prevede l'inserimento delle disposizioni dei primi 3 paragrafi "se applicabili": 1. [se applicabile] la costituzione di un pegno sui saldi a credito presenti e futuri dei partecipanti da realizzarsi mediante 1a. [se applicabile] la costituzione a garanzia dei crediti presenti e futuri del partecipante nei confronti della Banca centrale derivanti dal saldo a credito sul conto PM dello stesso, realizzata mediante semplice accreditamento dei fondi sul conto PM del partecipante; 1b. [se applicabile] la previsione a favore della Banca centrale di un *floating charge* sui saldi a credito presenti e futuri sui conti PM dei partecipanti, a garanzia di qualunque credito attuale e futuro derivante dal rapporto giuridico tra le parti; oppure, in alternativa: 2. [se applicabile] la previsione a favore della Banca centrale del diritto di pegno di cui al punto 1 anche se i diritti della medesima Banca centrale sono condizionati o non ancora esigibili; oppure, in alternativa: 3. [se applicabile] il riconoscimento a parte del partecipante in quanto titolare di un conto PM della costituzione di un pegno a favore della Banca centrale presso la quale il conto è stato aperto. Tale riconoscimento deve valere come consegna alla banca centrale dei beni costituiti in pegno ai sensi della legge nazionale. Qualunque somma versata su un conto PM il cui saldo sia costituito in pegno, per il solo fatto di essere versata, è vincolata irrevocabilmente e senza alcun limite a garanzia del pieno adempimento degli obblighi del partecipante. Al riguardo la Banca d'Italia nel contratto di partecipazione al sistema componente di TARGET2 denominato TARGET2-BI ha escluso la previsione sub 1b (Cfr. TARGET2 – Banca d'Italia. Guida per gli aderenti. Parte I, sez. III. Allegati. Allegato I "Convenzione. Condizioni generali per la partecipazione a TARGET2" – Banca d'Italia, art. 36, in www.bancaditalia.it).

(326) Per una prima disamina dei contenuti delle condizioni armonizzate cfr. K. LAURINAVICIUS, K. M. LOBER, H. WEENINK, *legal aspects of TARGET2*, in [2008] *J.I.B.L.R.*, issue 1, *Sweet and Maxwell and contributors*, 15 ss.. Più in generale, sui nuovi servizi offerti da TARGET2 ai partecipanti (e regolati nelle Condizioni armonizzate) F. PALMISANI, *Cosa significa TARGET2? Gli impatti del nuovo sistema di regolamento per gli operatori italiani*, intervento al convegno *e-MID ATIC-FOREX LIQUIDITY 2007 "TARGET2: il prossimo Big Bang?"*, Taormina, 20 aprile 2007, ciclostile; Informazioni BIREL n. 3, ottobre 2005, in www.bancaditalia.it; Informazioni BIREL n. 4, dicembre 2006, in www.bancaditalia.it.

Il tema, già affrontato in termini problematici nel corso dell'esame dell'alternativa tra costruzione giuridica di TARGET2 come sistema unitario o molteplicità di sistemi, merita di essere qui completato con specifico riferimento agli effetti della soluzione adottata sulla fattispecie della partecipazione indiretta (cfr. *infra*, par. 4.2.1.).

Diversamente che in TARGET, l'individuazione del momento di immissione degli ordini di pagamento nel sistema “*ai fini della prima frase dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva sulla settlement finality (327) e della... [legge nazionale di attuazione di tale articolo] (328)...*”, e quindi della loro definitività, non è rimessa alla determinazione di ciascun sistema componente, ma è il medesimo per tutti e coincide con quello in cui “*il relativo conto PM del partecipante è addebitato*” (art. 22.1, Allegato II, TARGET2 *Guideline*).

Ancora diversamente che in TARGET, quanto appena detto vale anche per l'individuazione del momento della irrevocabilità dell'ordine, da intendersi come coincidente con quello della definitività, ed uguale per tutti i sistemi componenti di TARGET2 (art. 22.2, Allegato II, TARGET2 *Guideline*).

Le norme così riassunte vanno lette in combinato disposto con quelle contenute nell'art. 7 delle Condizioni armonizzate. Nel disciplinare in quella sede gli “*Obblighi del partecipante diretto*”, l'allegato II alla *Guideline* precisa che “*gli ordini di pagamento immessi o i pagamenti ricevuti dai partecipanti indiretti ... devono considerarsi come immessi o ricevuti dal rispettivo partecipante diretto*” e che “*il partecipante diretto è vincolato da tali ordini di pagamento, a prescindere dal contenuto o da qualsiasi violazione del contratto o di ogni altro accordo fra detto partecipante e...*” il partecipante indiretto (art. 7, Allegato II, TARGET2 *Guideline*).

È evidente che le norme sono finalizzate a separare le sorti dei rapporti intercorrenti tra partecipante indiretto e partecipante diretto da quelle dei rapporti tra quest'ultimo ed il sistema di regolamento.

Orbene, applicando il principio al tema della definitività si deve intendere che il pagamento riveniente dal partecipante indiretto è considerato come pagamento del partecipante diretto che gli fa da tramite verso il sistema. Quest'ultimo, risulterà perciò “*vincolato*” da tale ordine di pagamento come se fosse il proprio a nulla valendo, rispetto al sistema, le vicende che possano occorrere al primo: una volta immesso, detto pagamento sarà giocoforza definitivo.

Date queste premesse, va allora evidenziato il problema che si pone rispetto alla posizione del partecipante diretto in termini di grado di rischio assunto ed assenza di forme di adeguata tutela nei Paesi la cui legge nazionale di implementazione della direttiva sulla *finality* non dia copertura ai partecipanti indiretti.

(327) A mente dell'art. 3, par. 1, della direttiva 98/26/CE “*Gli ordini di trasferimento e il netting sono legalmente vincolanti e, in caso di apertura di un procedura di insolvenza nei confronti di un partecipante, sono opponibili ai terzi, purchè gli ordini di trasferimento siano stati immessi in un sistema prima del momento di apertura della procedura di insolvenza a norma dell'art. 6, paragrafo 1*”. E' evidente che l'applicazione della previsione richiede la individuazione del momento di immissione nel sistema, appunto il momento di definitività dell'ordine di pagamento.

(328) In Italia la direttiva sulla *finality* è stata recepita con d.lgs. 12 aprile 2001, n. 210.

Ed invero, pare di dover concludere che il rischio dell'insolvenza o del fallimento dell'indiretto ricada tutto sul primo.

Infatti, considerato che la definitività del pagamento avviene dal momento in cui è immesso nel sistema dal partecipante diretto, in mancanza di legge nazionale che riconosca l'equiparazione delle due forme di partecipazione ai fini della definitività, il pagamento del partecipante indiretto che fallisca in un momento successivo (a quello della sua immissione in TARGET2), non più ripetibile nei confronti del sistema, può, tuttavia, rimanere ripetibile nei confronti del partecipante diretto, che si troverebbe nell'impossibilità di rivalersi in alcun modo.

4.2.3. La disciplina delle “deroghe”.

Lo schema “*Guideline – Condizioni armonizzate*” riproduce perfettamente la struttura a doppio grado di normazione tipica della *Guideline*, connotata da un primo passaggio normativo ed un secondo passaggio attuativo a mezzo di attività amministrativa o contrattuale.

Proprio nella natura di questo secondo momento parte della dottrina individua l'elemento distintivo che esclude di ricondurre lo strumento normativo dell'atto di indirizzo della BCE alla direttiva comunitaria, ove, come noto, l'implementazione avviene con fonte normativa primaria (329).

Gli effetti di questa distinzione sono evidenti nei rapporti con l'ordinamento ove avviene il recepimento.

E cioè, se questo avvenisse con atto avente forza di legge, le norme di attuazione eventualmente incompatibili con altre norme vigenti, si collocherebbero nell'ordinamento di destinazione con natura di norme di settore, speciali e derogatorie, senza particolari difficoltà per la realizzazione della disciplina armonizzata nell'area europea.

Al contrario, poiché nella fattispecie il recepimento avviene (e non può non avvenire che) tramite l'adozione di “*misure di attuazione delle Condizioni armonizzate*”, queste sono naturalmente subordinate alle leggi dello Stato in cui debbono trovare applicazione (art. 6.1, TARGET2 *Guideline*).

Può darsi, allora, il caso che determinati *vincoli derivanti dal diritto nazionale* rendano inapplicabili alcune delle disposizioni ivi previste.

Al riguardo, la *Guideline* prevede due possibili vie per la soluzione dell'*impasse*. La prima, cui si è già fatto cenno sopra, è contenuta nelle stesse condizioni armonizzate e consiste nella previsione di opzioni alternative di attuazione di alcune delle disposizioni riguardanti materie regolate in modo fortemente disomogeneo negli ordinamenti statuali europei (cfr. *infra*, par. 4.2.4.).

La seconda è collocata nell'articolato stesso della *Guideline*, e consiste in una sorta di clausola generale che permette alle Banche centrali dell'Eurosistema di chie-

(329) Per una breve ricostruzione della natura giuridica della *Guideline* e notazioni bibliografiche cfr. *supra*, nota n. 22.

dere al Consiglio direttivo “*deroghe alle condizioni armonizzate*” (art. 6.4, TARGET2 *Guideline*).

Poiché la norma, pur necessaria, costituisce un *vulnus* al principio della *full harmonization*, l’atto di indirizzo dispone che la sua applicazione sia attuata secondo un criterio di stretta necessità, a seguito di una valutazione da parte del Consiglio direttivo da svolgersi caso per caso, in modo che la concessione della deroga avvenga solo “*ove appropriato*” (330).

(330) Varie Banche centrali hanno chiesto deroghe alle condizioni armonizzate. Anche la Banca d’Italia ha richiesto, ed ottenuto, una deroga all’art. 36 delle condizioni armonizzate. La norma, già illustrata nei contenuti alla nota 50, cui si rimanda, prevede le modalità di costituzione di garanzie a favore delle Banche centrali per i crediti da queste vantati nei confronti dei partecipanti per effetto del contratto di partecipazione (si legga: pagamento delle tariffe). Nelle normali ipotesi di partecipazione la Banca d’Italia applica la disposizione con esclusione della previsione *sub* 1b. (Cfr. TARGET2 – Banca d’Italia. Guida per gli aderenti. Parte I, sez. III. Allegati. Allegato I “Convenzione. Condizioni generali per la partecipazione a TARGET2 – Banca d’Italia, art. 36, in www.bancaditalia.it). Un problema si era tuttavia posto con riferimento al rapporto di partecipazione con Cassa di compensazione e garanzia, sistema ancillare che svolge il ruolo di controparte centrale nel mercato finanziario italiano, che regola la parte contante su TARGET2-Banca d’Italia utilizzando la PI (*Payment Interface*). Infatti, da un lato l’art. 8.3 della TARGET2 *Guideline* prevede che “*I contratti bilaterali con i sistemi ancillari che utilizzano il PI devono essere redatti conformemente a: a) L’allegato II (e cioè le Condizioni armonizzate), ad eccezione di....b)....*”, pertanto, per quanto qui rileva, in detti contratti dovrebbe essere presente l’art. 36 delle Condizioni armonizzate, già citato. Dall’altro lato, l’art. 70, comma 1, del testo unico dell’intermediazione finanziaria, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, come di recente modificato con d.lgs. 17 settembre 2007, n. 164 (recepimento della direttiva 2004/39/CE), dispone che “*La Banca d’Italia, d’intesa con la Consob, può disciplinare il funzionamento di sistemi di compensazione e garanzia delle operazioni aventi ad oggetto strumenti finanziari anche prevedendo che i partecipanti al sistema effettuino versamenti di margini o altre prestazioni a titolo di garanzia dell’adempimento degli obblighi derivanti dalla partecipazione al sistema stesso. Le garanzie acquisite non possono essere soggette ad azioni esecutive o cautelari da parte dei creditori del singolo partecipante o del soggetto che gestisce il sistema, anche in caso di apertura di procedure concorsuali. Le garanzie acquisite possono essere utilizzate esclusivamente secondo le regole di cui alla disciplina dettata ai sensi del presente comma*”. E’ quindi evidente che la norma di cui all’art. 36 delle condizioni armonizzate non poteva essere inserita nel contratto di Cassa di compensazione e garanzia per la partecipazione a TARGET2, in quanto in contrasto con la norma di legge nazionale dell’art. 70. Di qui l’esigenza di chiedere la deroga, concessa con delibera del Consiglio direttivo SEC/GovC/X/08/132 del 29 aprile 2008.

CAPITOLO III
I SISTEMI DI PAGAMENTO RETAIL
VERSO LA SINGLE EURO PAYMENTS AREA

Marco Mancini

SOMMARIO: 1. *La Single Euro Payments Area naturale completamento del processo di unificazione monetaria europea.* – 2. *I sistemi di regolamento interbancari e la nuova dimensione transfrontaliera dei servizi di pagamento.* – 3. *I sistemi di pagamento nel Trattato CE.* – 4. *L'Eurosistema e la funzione di promozione del regolare funzionamento dei sistemi di pagamento.* – 5. *Le linee guida del SEBC nei confronti dei sistemi di pagamento retail.* – 6. *Le norme di autoregolamentazione dettate dall'EPC: il PE-ACH/CSM Framework.* – 7. *L'interoperabilità delle infrastrutture di clearing e settlement nel comparto retail.* – 8. *L'adeguamento dei sistemi di pagamento al dettaglio italiani al nuovo scenario europeo.*

1. La *Single Euro Payments Area* naturale completamento del processo di unificazione monetaria europea.

Il processo di unificazione monetaria europea, conclusosi nel 2002 con la sostituzione della nuova moneta legale alle vecchie divise nazionali (331), pur avendo fatto venir meno il carattere multivalutario delle transazioni infracomunitarie, uniformando così la *lex monetae* applicabile ai pagamenti eseguiti in contanti negli stati aderenti all'unione monetaria, non ha determinato un'estensione contestuale dei suoi benefici ai pagamenti *cross border retail* eseguiti nello stesso ambito territoriale in moneta scritturale (332), di gran lunga più rilevanti per numero ed importo.

Varie cause determinanti hanno concorso ad impedire un'immediata estensione dei vantaggi del processo di integrazione europea ai pagamenti al dettaglio in euro effettuati con strumenti diversi dal contante.

Fra esse va, innanzitutto, annoverato il fatto che l'adozione della moneta unica non ha comportato, né poteva comportare, l'automatica armonizzazione delle disposizioni giuridiche nazionali vigenti che regolano, spesso in modo diversificato, la prestazione al pubblico dei servizi di pagamento in moneta scritturale, i contratti con cui tali servizi sono disciplinati, i tempi, modi ed effetti dell'atto solutorio e gli strumenti di pagamento tramite i quali può essere disposto il relativo trasferimento monetario.

Parimenti se non più rilevante è però forse la circostanza che i pagamenti transfrontalieri eseguiti in moneta scritturale abbiano dovuto fare i conti, all'epoca, con l'assenza nell'area monetaria unica di sistemi di pagamento, *rectius* di regolamento, interbancari paneuropei, in grado di trattare le transazioni *cross border* al dettaglio, e con i differenti *standards* tecnico-operativi delle operazioni di pagamento utilizzati dalle banche nei vari paesi europei.

In sintesi, può senz'altro affermarsi che la permanenza negli stati europei aderenti alla moneta unica di *standards* tecnico-operativi bancari eterogenei, di servizi e strumenti di pagamento diversamente disciplinati e di sistemi di pagamento interbancari concepiti esclusivamente per i singoli mercati nazionali hanno sostanzialmente continuato a determinare, per le operazioni solutorie transfrontaliere eseguite in moneta scritturale, tempi di esecuzione e costi sensibilmente superiori a quelli applicati alle operazioni domestiche anche dopo la conclusione del processo di unificazione monetaria.

(331) Il processo di unificazione monetaria europea, tramite il quale 15 Stati hanno deciso di sostituire le rispettive monete nazionali con una nuova divisa, l'euro, di dotarsi di una banca centrale e di una politica monetaria comuni e di completare l'unificazione del mercato interno con la realizzazione di un unico sistema dei pagamenti, si è completato nel corso del 2002 con l'immissione in circolazione, a far data dal 1° gennaio, delle nuove banconote e con la cessazione in ciascuno Stato, a far data dal 1° marzo 2002, del corso legale delle vecchie monete nazionali. Come noto, gli Stati aderenti sono il Belgio, la Germania, la Spagna, la Francia, l'Irlanda, l'Italia, il Lussemburgo, i Paesi Bassi, l'Austria, il Portogallo e la Finlandia, ammessi a far parte dell'Unione Economica e Monetaria sin dal 3 maggio 1998, la Grecia, ammessa il 1° gennaio 2001, la Slovenia, ammessa il 1° gennaio 2007, nonché Cipro e Malta, ammessi il 1° gennaio 2008.

(332) Sul concetto di moneta scritturale e sui pagamenti eseguiti con tale tipo di moneta, cfr. L. FARENGA, *La moneta bancaria*, Torino, 1997, 7, S. SANGIORGI, *Il pagamento a mezzo della moneta scritturale*, Torino, 1993, 15, A. SCIARRONE ALIBRANDI, *L'interposizione della banca nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria*, Milano, 1997, V. SANTORO, *L'euro quale moneta scritturale*, in *Banca borsa*, 2001, I, 439 ss., e *L'efficacia solutoria dei pagamenti tramite intermediari*, in *Il diritto del sistema dei pagamenti*, a cura di Carriero e Santoro, *Quad. giur. comm.*, Milano, 2005, 65 ss., nonché, da ultimo, M. MANCINI, *Il sistema dei pagamenti e la banca centrale*, in *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, a cura di Galanti, Padova, 2008, 1109 ss.

Per tali ragioni le analisi condotte dalla Banca Centrale Europea (BCE) auspicavano, sin dalla fine degli anni novanta, il superamento dello stato di frammentazione che caratterizzava allora, nel contesto europeo, il mercato dei pagamenti e una completa unificazione dello stesso, individuando nella realizzazione di un'unica area dei pagamenti in euro (*Single Euro Payments Area*, SEPA) (333) un obiettivo da perseguire in via prioritaria, al fine di garantire a tutti i pagamenti transfrontalieri eseguiti nell'ambito dell'Unione Monetaria un trattamento quanto meno uniforme a quello applicato ai pagamenti domestici nei singoli contesti nazionali.

Il progetto SEPA, mirando a realizzare un unico mercato europeo dei pagamenti, che si sovrapponga, sostituendoli, ai singoli mercati nazionali, e a conseguire una piena armonizzazione dei servizi di pagamento offerti in tale ambito territoriale (334), da un lato renderebbe, infatti, percepibili all'utenza i vantaggi dell'unificazione monetaria, anche per le transazioni eseguite in moneta scritturale, aumentando così la fiducia riposta dalle imprese e dai cittadini europei nell'euro e promuovendone l'accettazione e la circolazione, dall'altro rappresenterebbe il naturale completamento del processo di unificazione monetaria europea intrapreso agli inizi degli anni novanta con il Trattato di Maastricht (335).

Al perseguimento di tale ambizioso obiettivo, il cui completamento è stato pianificato dall'Eurosistema per la fine del 2010, stanno cooperando da tempo sinergicamente, per i profili di rispettiva competenza, le istituzioni politiche comunitarie e nazionali, il Sistema Europeo delle Banche Centrali e gli enti e le associazioni esponenziali degli interessi del sistema bancario e finanziario europeo e delle imprese coinvolte nel settore dei sistemi e dei servizi di pagamento.

(333) Cfr., ad esempio, BANCA CENTRALE EUROPEA, *Rendere più efficienti i pagamenti transfrontalieri al dettaglio – la posizione dell'Eurosistema*, settembre 1999, 6 ss., cui hanno fatto seguito nell'ordine: *Improving cross border retail payment service – progress report*, settembre 2000, *Towards an integrated infrastructure for credit transfers in euro*, novembre 2001, *(Secondo) Rapporto sui progressi compiuti nella realizzazione di un'area unica dei pagamenti in euro*, giugno 2003, *(Terzo) Rapporto sui progressi compiuti nella realizzazione di un'area unica dei pagamenti in euro*, dicembre 2004, *SEPA – Area unica dei pagamenti in euro – un mercato integrato dei pagamenti al dettaglio*, Francoforte, 2006 e, da ultimo, *SEPA: dal progetto alla realtà. Quinto Rapporto*, Francoforte, luglio 2007. L'importanza dell'obiettivo della creazione di un'area unica dei pagamenti in euro è stata percepita chiaramente anche dagli operatori di mercato, sin dal maggio 2002, come evidenziato dal *Libro bianco, Euroland: Our Single Payment Area!*, risultato del *workshop* condotto da 42 banche, tre associazioni del settore creditizio europeo oltre che dall'*Euro Banking Association* (EBA).

(334) Nel progetto SEPA l'area unica da realizzare dovrebbe ricomprendere tutti i pagamenti in euro in moneta scritturale eseguiti con strumenti elettronici od automatizzati, quali ad esempio i trasferimenti di credito, gli addebiti diretti e le carte di pagamento. Ne resterebbero, invece, escluse tutte le transazioni eseguite mediante recapiti cartacei, le quali continuerebbero ad essere disciplinate esclusivamente su base nazionale, attesa l'insuperabile disomogeneità delle regolamentazioni giuridiche e delle caratteristiche tecniche-operative degli assegni e dei titoli similari nei vari Stati dell'Unione Europea, che hanno fatto desistere gli stessi organi comunitari dal tentarne ogni forma di armonizzazione. Per un'accurata disamina delle prospettive evolutive del regolamento degli assegni, cfr. in questo stesso Quaderno V. PROFETA, *L'evoluzione dei servizi di pagamento non armonizzati: l'assegno nella prospettiva della dematerializzazione*, parte prima, cap. IX.

(335) Tale visione prospettica generale è condivisa sia dall'Eurosistema, sia dalla Commissione europea, come risulta evidente dal *Single Euro Payments Area, Joint statement from the European Commission and the European Central Bank*, del 4 maggio 2006, 1, ove si legge, fra l'altro, che l'introduzione della moneta unica potrà dirsi completata solo quando la SEPA sarà divenuta una realtà, vale a dire quando cittadini, imprese e governi saranno in grado di effettuare pagamenti in moneta scritturale in tutta l'area dell'euro con modalità altrettanto efficienti e sicure che nei rispettivi contesti nazionali, utilizzando una comune tipologia di strumenti.

2. I sistemi di regolamento interbancari e la nuova dimensione transfrontaliera dei servizi di pagamento.

Sebbene le infrastrutture e le procedure tramite le quali vengono compensate e regolate le transazioni interbancarie non siano direttamente interessate dalle principali direttrici lungo le quali sta sviluppandosi il progetto SEPA, che toccano soprattutto i servizi di pagamento e gli strumenti tramite i quali gli stessi vengono prestati, esse sono comunque strettamente interrelate agli uni e agli altri, essendo chiamate a svolgere nei loro confronti un'insostituibile funzione strumentale. È, infatti, evidente che qualunque armonizzazione a livello europeo della disciplina giuridica dei servizi di pagamento, dei rapporti intercorrenti fra gli intermediari abilitati a prestarli e la relativa utenza, degli strumenti di pagamento e degli *standards* tecnico-operativi adottati dalle banche nei diversi paesi non sarebbe di per sé solo sufficiente a produrre gli effetti sperati, ove difettassero poi le infrastrutture e le procedure in cui le transazioni interbancarie transfrontaliere devono essere regolate ed estinte quotidianamente.

Questa è la ragione per la quale, nell'analisi delle cause che hanno determinato la mancata estensione dei benefici dell'unificazione monetaria europea ai pagamenti eseguiti in moneta scritturale, un ruolo di particolare rilievo deve essere attribuito alle gravi carenze riscontrate nei sistemi di regolamento interbancario all'epoca in funzione.

All'inizio del processo di unificazione monetaria, si registrava infatti, nel contesto europeo, tanto nel comparto delle transazioni all'ingrosso quanto in quello delle transazioni al dettaglio (336), un'evidente inadeguatezza dei sistemi di pagamento interbancari sovranazionali che, unitamente alle altre cause cui si è fatto cenno *sub 1*, impediva di ricavare dall'adozione della nuova moneta comune tutti i benefici all'inizio ipotizzati (337).

Nei singoli stati europei, beninteso, erano in funzione sistemi di pagamento interbancari specializzati nell'uno e/o nell'altro comparto, la cui gestione in molti casi era assicurata direttamente dalle stesse banche centrali, ma tali sistemi, sorti in contesti esclusivamente nazionali e ideati originariamente per regolare soltanto pagamenti domestici, non presentavano le caratteristiche tecnico-operative necessarie a consentirne l'interattività a livello sovranazionale ed erano in ogni caso ostacolati da discipline giuridiche e modalità tecnico-operative non armonizzate (338).

(336) Nel comparto delle transazioni all'ingrosso vanno ricompresi i pagamenti di importo più elevato, per i quali il fattore tempo è spesso fondamentale, effettuati fra banche, intermediari finanziari, grossi investitori e banche centrali. Al comparto delle transazioni al dettaglio vanno ricondotte, invece, operazioni di gran lunga superiori per numero, ma di importo medio ridotto, rispetto alle quali il fattore temporale è scarsamente rilevante e i ruoli di *solvens* e di *accipiens* possono essere ricoperti sia da persone fisiche che da imprese.

(337) Cfr. F. MERUSI, *Verso lo Stato Europa: il ruolo dei sistemi di pagamento nell'Eurosistema*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2001, 224, e *Profili giuridici dell'equipollenza monetaria dei sistemi di pagamento*, in *Banca borsa*, 2006, I, 115, secondo il quale la mancanza di un sistema di compensazione o di regolamento sovranazionale per le transazioni al dettaglio comporta che i bonifici emessi su banche situate in differenti Stati della Comunità debbano paradossalmente continuare a considerarsi "*transfrontalieri*" a dispetto del fatto che il pagamento sia ormai espresso nella moneta unica europea, che siano state abbattute fra gli Stati membri le barriere alla circolazione delle merci e dei capitali e che entrambe le banche (dell'ordinante e del beneficiario) siano da tempo munite del c.d. "*passaporto europeo*".

(338) Alla metà degli anni novanta, stando ai risultati delle analisi condotte dal WORKING GROUP ON EC PAYMENT SYSTEMS, sintetizzati nel *Rapporto sulle caratteristiche minime comuni per i sistemi di pagamento nazionali*, approvato dal Comitato dei Governatori delle Banche Centrali Europee nel settembre del 1993, ogni banca centrale dei paesi dell'Unione Europea si era ormai dotata di un sistema nazionale di regolamento lordo in tempo reale in cui confluivano normalmente i pagamenti di importo rilevante, mentre le transazioni di minore importo erano trattate per solito da sistemi domestici, pubblici o privati, basati sul regolamento netto.

L'assenza o l'inadeguatezza di sistemi di pagamento interbancari utilizzabili per le transazioni transfrontaliere induceva gli intermediari incaricati di prestare servizi di pagamento in moneta scritturale a regolare tale fascia di transazioni per lo più in via bilaterale, tramite un massiccio utilizzo dei conti di corrispondenza interbancari (*correspondent banking*), che comportano peraltro, come noto, maggiori rischi finanziari, costi più elevati e tempi di esecuzione più lunghi (339).

Per tali ragioni, sin dall'avvio del processo di unificazione monetaria europea, una parte significativa dell'azione tesa a rimuovere i fattori in grado di ostacolare il successo della nuova moneta, ha avuto ed ha tuttora ad oggetto i sistemi di pagamento, cui in ciascun ordinamento era affidata la gestione delle procedure di regolamento interbancario.

Tale azione, che ha per obiettivo finale la realizzazione di una pluralità di infrastrutture paneuropee, in grado di compensare e regolare le operazioni di pagamento indipendentemente dal fatto che le stesse intercorrano fra banche residenti nello stesso Stato o in Stati diversi, ha coinvolto la competenza di varie istituzioni pubbliche e private ed ha utilizzato, quanto alla gerarchia delle fonti, una vasta e articolata gamma di strumenti, che vanno dai tipici atti normativi disciplinati dal diritto comunitario, ai più flessibili atti di *soft law* e di autoregolamentazione (340).

3. I sistemi di pagamento nel Trattato CE.

La ripartizione dei poteri e delle competenze in materia di sistemi di regolamento interbancari è disciplinata direttamente dall'atto costitutivo della Comunità europea, che riconduce espressamente la promozione del regolare funzionamento dei sistemi di pagamento alle funzioni tipiche di *central banking*, affidandone il relativo compito al SEBC (art. 105, par. 2, quarto trattino, del Trattato CE e art. 3.1, quarto trattino, del Protocollo sullo Statuto del Sistema Europeo di Banche Centrali e della Banca Centrale Europea, allegato al Trattato medesimo), e conferisce alla BCE il potere di emanare regolamenti al fine di assicurare sistemi di compensazione efficienti ed affidabili all'interno della Comunità e nei rapporti con i terzi (art. 22 del citato Protocollo).

La responsabilità diretta attribuita in materia al SEBC e alla BCE concorre ovviamente con la generale competenza normativa che il Trattato CE (artt. 2 e 7) attribuisce alle istituzioni politiche della Comunità europea al fine dell'instaurazione di un mercato comune e di un'unione economica e monetaria, mentre alle istituzioni politiche dei singoli stati nazionali l'ordinamento comunitario si limita ad affidare il compito di adottare

(339) Sia consentito il rinvio a M. MANCINI, *Procedure, regole, funzione della compensazione multilaterale dei recapiti monetari nei pagamenti transnazionali e in quelli interni*, in *Il diritto del sistema dei pagamenti* cit., 252, nota 32, ove si legge, fra l'altro, che nei conti di corrispondenza l'entità del differimento temporale del regolamento rispetto al momento di assunzione degli impegni, contrattualmente concordata fra le due banche contraenti, può assumere dimensioni anche rilevanti, lasciando le relative partite sospese per lunghi periodi di tempo. Ciò, oltre a riflettersi sui tempi e sui costi di esecuzione delle transazioni, determina un notevole ampliamento dei rischi finanziari rispetto agli altri sistemi di regolamento, giacché crea un'oggettiva situazione di incertezza, giuridica ed economica, in ordine al buon fine del regolamento, lasciando il creditore esposto al rischio di insolvenza o di illiquidità del debitore.

(340) Per un'accurata disamina del ruolo dell'autoregolamentazione nel processo di realizzazione di un'area unica dei pagamenti in euro, cfr. V. FALCE, *Il mercato integrato dei sistemi di pagamento al dettaglio tra cooperazione e concorrenza (Primi appunti ricostruttivi)*, in corso di pubblicazione in *Banca borsa*, 5, 2008, 558 ss.

tutte le misure occorrenti ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal medesimo Trattato o determinati dagli atti delle istituzioni politiche comunitarie (art. 10).

Il combinato disposto delle sopra menzionate disposizioni del Trattato CE ha sostanzialmente condotto sul terreno ad un' articolata suddivisione delle responsabilità in virtù della quale gli interventi normativi delle istituzioni politiche comunitarie, per lo più indirizzati alla tutela del consumatore e alla salvaguardia della concorrenza, hanno avuto prevalentemente ad oggetto la disciplina degli intermediari che prestano servizi di pagamento, i rapporti intrattenuti dagli stessi con l'utenza nonché gli strumenti di pagamento tramite i quali può essere ordinato il trasferimento monetario ed hanno utilizzato, in un crescendo di efficacia vincolante per i destinatari, gli strumenti della raccomandazione, della direttiva e del regolamento (341).

Gli interventi del legislatore comunitario che hanno interessato direttamente le infrastrutture e le procedure di regolamento interbancarie hanno avuto, invece, un carattere più sporadico e sono stati sostanzialmente limitati alle ipotesi in cui il perseguimento dell'obiettivo del regolare funzionamento dei sistemi di pagamento non potesse prescindere dalla rimozione di norme legislative nazionali di natura inderogabile, come tali non aggredibili dai poteri normativi e tecnico-amministrativi conferiti alle banche centrali, o presupponesse, più in generale, un' indispensabile opera di armonizzazione delle distinte legislazioni dei singoli stati europei.

L'esempio più significativo di intervento diretto eseguito dal legislatore comunitario in materia di sistemi di pagamento interbancari è rappresentato dalla direttiva 19 maggio 1998, n. 98/26/CE (342), concernente il carattere definitivo del regolamento nei sistemi

(341) Così in un breve arco temporale sono state adottate dal legislatore comunitario le raccomandazioni 8.12.1987, n. 87/598/CEE, relativa ad un codice europeo di buona condotta in materia di pagamento elettronico, e 17.11.1988, n. 88/590/CEE, concernente i sistemi di pagamento e, in particolare, i rapporti fra il proprietario e l'emittente della carta. La prima, pubblicata in *G.U.C.E.*, 24.12.1987, n. L 365/72 e in *Dir. inform.*, 1988, 955, con commento di M. D'ORAZIO, *L'azione comunitaria in tema di carte di pagamento*, è stata successivamente aggiornata dalla raccomandazione 30.7.1997, n. 97/489/CE, relativa alle operazioni mediante strumenti di pagamento elettronici, con particolare riferimento alle relazioni tra gli emittenti ed i titolari di tali strumenti, pubblicata in *G.U.C.E.*, 2.8.1997, n. L 208/52 e in *Banca borsa*, 1998, I, 497 ss., con commento di A. SCIARRONE ALIBRANDI. Anche la raccomandazione 17.11.1988, n. 88/590/CEE è pubblicata in *G.U.C.E.*, 24.11.1988, n. L 317/55 e in *Dir. inform.*, 1989, 763. Alle raccomandazioni hanno fatto seguito la direttiva 27.1.1997, n. 97/5/CE (pubblicata in *G.U.C.E.*, 14.2.1997, n. L 43/25, e in *Banca borsa*, 1997, I, 787 ss., con commento di A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La direttiva comunitaria n. 97/5 sui bonifici transfrontalieri*), con la quale è stata introdotta una disciplina uniforme mirante ad assicurare, per i bonifici transfrontalieri di importo inferiore a 50.000 euro, condizioni di rapidità, sicurezza ed economicità in tutto il territorio della Comunità europea, e, infine, il regolamento CE n. 2560/2001, adottato dal Parlamento e dal Consiglio Europeo il 19.12.2001 (pubblicato in *G.U.C.E.*, 28.12.2001, n. L 344/13), con cui è stato imposto alle banche degli Stati dell'Unione Monetaria di applicare alle operazioni di pagamento elettronico e ai bonifici transfrontalieri, non eccedenti l'importo massimo di 12.500 euro, commissioni uguali a quelle praticate per le medesime operazioni e per i bonifici interni, ordinati ed eseguiti cioè nell'ambito dello stesso Stato in cui è insediata la banca. Sulla direttiva, cfr. anche G. OLIVIERI, *Prime riflessioni in margine alla direttiva (n. 97/5/CE) sui bonifici transfrontalieri*, in *Dir. Unione europ.*, 1997, 143, e F. MOLITERNI, *I bonifici transfrontalieri dalla legge modello UNCITRAL alla direttiva 97/5/CE*, in *Dir. comm. int.*, 1999, 547.

(342) Sulla direttiva, pubblicata in *G.U.C.E.*, 22 ottobre 1998, n. L 83, nonché in *Banca borsa*, 1999, I, 373, con commento di A. SCIARRONE ALIBRANDI, cfr. F. MOLITERNI, *I sistemi di pagamento dalla direttiva 98/26/CE a Target (sistema trans europeo automatizzato di trasferimento espresso con regolamento lordo in tempo reale)*, in *Dir. comm. int.*, 2000, 703 ss.. La direttiva è stata recepita dal legislatore italiano con il d.lgs. 12 aprile 2001, n. 210, per il quale cfr. S. BONFATTI, *Definitività delle operazioni compiute nell'ambito dei sistemi di pagamento e procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2001, 857, e A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La definitività dei pagamenti dalla direttiva 98/26/CE al d.lgs. 12 aprile 2001, n. 210*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, 797 ss.

di pagamento e nei sistemi di regolamento titoli, adottata al fine di proteggere detti sistemi dalle conseguenze destabilizzanti derivanti dall'apertura di procedure concorsuali di insolvenza nei confronti di loro singoli partecipanti e, più in generale, dall'eventuale incapacità di questi ultimi di adempiere le rispettive obbligazioni alla scadenza pattuita.

Onde raggiungere l'obiettivo prefissato della c.d. "definitività", vale a dire dell'irreversibilità, tanto sotto il profilo tecnico quanto sotto quello giuridico, dei pagamenti immessi nel sistema, la direttiva ha prescritto l'isolamento dei sistemi di pagamento dal resto dell'ordinamento, prevedendo per i primi "ordinamenti giuridici chiusi e autosufficienti, derogatori nei confronti di norme contrattuali e di leggi fallimentari che possono rimettere in discussione compensazioni di debito/credito già realizzate o da realizzare in un determinato arco temporale o la realizzazione di garanzie previste per il buon funzionamento del sistema" (343).

Il legislatore comunitario, coadiuvando la BCE e le banche centrali nazionali nell'espletamento del compito di contenimento del rischio sistemico affidato alle stesse, ha stabilito, in particolare, che gli ordini di trasferimento fondi, una volta immessi in un sistema di pagamento, non possano più essere revocati né dal partecipante, né da terzi (art. 5), che gli stessi ordini e i saldi multilaterali derivanti dal processo di *netting*, ove immessi o prodotti dal sistema prima dell'apertura di una procedura di insolvenza a carico di un partecipante, siano legalmente efficaci ed opponibili ai terzi (art. 3) (344), ivi inclusi gli organi della procedura concorsuale, e, in ogni caso, che gli effetti di tale procedura non possano agire retroattivamente rispetto ai diritti e agli obblighi del partecipante derivanti dalla sua partecipazione al sistema (art. 7).

L'art. 9 della direttiva ha poi completato l'isolamento dei sistemi di pagamento dal resto dell'ordinamento, prevedendo che i diritti alla garanzia in titoli forniti ad un partecipante, ad una banca centrale nazionale o alla Banca Centrale Europea in relazione alla partecipazione ad un sistema non possano essere pregiudicati dall'apertura di una procedura di insolvenza nei confronti del partecipante che ha fornito la garanzia (345).

Alla direttiva n. 98/26/CE si è poi aggiunta di recente anche la direttiva 13 novembre 2007, n. 2007/64/CE (346) che, seppur dedicata all'armonizzazione dei servizi di pagamento nel mercato interno, ha introdotto alcune ulteriori rilevanti disposizioni concernenti soprattutto l'accesso ai sistemi di pagamento (347).

(343) F. MERUSI, *Verso lo Stato Europa: il ruolo dei sistemi di pagamento nell'Eurosistema* cit., 232, secondo il quale il legislatore comunitario, per difendere i sistemi di regolamento interbancari dall'effetto domino, li avrebbe concepiti "come monadi senza finestre".

(344) In realtà, ai sensi dell'art. 3, par. 1, della direttiva, gli ordini di trasferimento e i risultati del processo di *netting* sono vincolanti ed opponibili ai terzi anche ove immessi nel sistema successivamente al momento di apertura della procedura concorsuale ed eseguiti nella medesima giornata di apertura della stessa a condizione che l'agente di regolamento, la controparte centrale o la stanza di compensazione dimostrino che non erano né avrebbero dovuto essere a conoscenza di detta apertura.

(345) L'armonizzazione delle legislazioni nazionali in tema di diritti di garanzia è stata completata dalle istituzioni politiche comunitarie qualche anno dopo con la direttiva 6 giugno 2002, n. 2002/47/CE, relativa ai contratti di garanzia, pubblicata in *G.U.C.E.*, 27 giugno 2002, n. L 168/43, commentata da P. CARRIERE, *La nuova normativa sui contratti di garanzia finanziaria. Analisi critica*, in *Banca borsa*, 2005, I, 184 ss., e recepita nell'ordinamento italiano dal d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170.

(346) La direttiva è pubblicata in *G.U.U.E.*, 5 dicembre 2007, n. L 319/1.

(347) Si tratta, in particolare, dell'art. 28, ai sensi del cui par. 1 le norme disciplinanti l'accesso dei prestatori di servizi di pagamento ai sistemi di regolamento devono essere obiettive, non discriminatorie e proporzionate e non devono limitare l'accesso più di quanto non occorra per proteggere il sistema da rischi specifici, sia

4. L'Eurosistema e la funzione di promozione del regolare funzionamento dei sistemi di pagamento.

Le competenze attribuite dal Trattato CE all'Eurosistema sono state esercitate, oltre che mediante lo svolgimento di analisi ed attività di natura tecnico-amministrativa, tramite appositi interventi normativi per la realizzazione dei quali la BCE non si è, peraltro, avvalsa della potestà regolamentare ad essa conferita dall'art. 22 del Protocollo sullo Statuto del Sistema Europeo di Banche Centrali e della Banca Centrale Europea, sino ad oggi mai utilizzata, ma ha preferito ricorrere allo strumento degli atti di indirizzo previsti dall'art. 12, par. 1, del citato Protocollo (348) e alla produzione di documenti finalizzati all'esternazione dei propri orientamenti, per lo più indirizzati alle banche centrali nazionali o alle istituzioni bancarie e finanziarie europee, cui è possibile attribuire al più il valore di atti di *soft law*.

L'azione del SEBC si è, comunque, differenziata profondamente, per tempi, modalità e tipologie di strumenti utilizzati, in funzione delle due aree di intervento cui è stata indirizzata, proponendo distinte linee di *policy* per il comparto delle transazioni all'ingrosso e per quello delle transazioni al dettaglio.

Nel comparto all'ingrosso, che, a causa degli alti volumi trattati e dell'elevata velocità raggiunta dalle transazioni, è potenzialmente in grado di innescare i maggiori rischi finanziari e sistemici, l'inadeguatezza delle infrastrutture e procedure di regolamento interbancarie sovranazionali è stata affrontata dalla BCE sin dalla fine del 1998 con un apposito atto di indirizzo (349), che ha prescritto il necessario collegamento dei sistemi nazionali di

di regolamento, sia operativi e di impresa, e per tutelarne la stabilità finanziaria e operativa. La previsione è corroborata dal divieto comminato ai sistemi di pagamento, *rectius* ai gestori degli stessi, di imporre ai prestatori, agli utenti o ad altri sistemi di pagamento regole che restringano il diritto di partecipazione effettiva ad altri sistemi, norme che determinino discriminazioni fra prestatori di servizi di pagamento autorizzati o registrati con riferimento a diritti, obblighi e prerogative dei partecipanti o restrizioni disposte sulla base dello *status* istituzionale. Il secondo paragrafo dell'articolo prevede, poi, un esteso regime di deroghe, che attenuano notevolmente la portata precettiva della nuova disposizione, fra le quali significativa è, soprattutto, l'esplicita esclusione dall'applicazione dei principi stabiliti al par. 1 nei confronti di tutti i sistemi di pagamento "*designati ai sensi della direttiva 98/26/CE*", in cui rimane pertanto impregiudicata la possibilità di prevedere limitazioni all'accesso, in virtù delle quali ai nuovi istituti di pagamento o, quanto meno agli istituti registrati in deroga potrebbe essere finanche preclusa *tout court* la partecipazione.

(348) Ai sensi degli artt. 12.1 e 14.3 dello Statuto del SEBC e della BCE, gli atti di indirizzo sono atti normativi direttamente precettivi per le banche centrali nazionali, emanati dal Consiglio Direttivo della BCE e finalizzati ad assicurare l'assolvimento dei compiti affidati al SEBC. Stando a BANCA CENTRALE EUROPEA, *Gli strumenti giuridici della Banca Centrale Europea*, in *Bollettino mensile della Banca Centrale Europea*, novembre 1999, 57 ss., si tratterebbe di atti a valenza puramente interna, vincolanti esclusivamente per le banche centrali nazionali degli Stati partecipanti all'euro e per gli organi della BCE e "*non rivolti ad incidere in modo diretto o individuale sui diritti delle controparti*". In senso contrario, cfr., peraltro, A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La sorveglianza sui sistemi di pagamento: evoluzione morfologica, strumenti e limiti*, in *Banca e borsa*, 2004, I, 455 ss., per la quale gli atti di indirizzo che disciplinano il sistema TARGET sarebbero stati, invece, utilizzati anche per regolare rapporti coinvolgenti soggetti terzi (intermediari o, addirittura, utenti finali) assumendo quindi, secondo l'Autrice, un'efficacia che travalica certamente i limiti dello strumento giuridico utilizzato.

(349) Il sistema TARGET, istituito dalla Banca Centrale Europea con atto di indirizzo BCE/1998/NP13, risalente al 16 novembre del 1998, è ormai stato sostituito dal nuovo sistema TARGET 2, attualmente disciplinato dall'atto di indirizzo BCE/2007/2, del 26 aprile 2007, pubblicato in *G.U.U.E.*, 8 settembre 2007, n. L 237/1. Per un'accurata disamina delle tematiche relative al nuovo sistema di regolamento automatizzato in tempo reale transeuropeo per pagamenti all'ingrosso, cfr. in questo stesso Quaderno E. PAPA, *Da TARGET a TARGET 2: sistemi di pagamento a confronto*, parte seconda, cap. II.

regolamento lordo gestiti dalle banche centrali dei singoli Stati aderenti attraverso la realizzazione del TARGET (350), la diretta assunzione del relativo servizio in capo ad essa e alle banche centrali nazionali e l'espressa riserva al nuovo sistema del regolamento di alcune tipologie di operazioni (351). La riserva d'attività in tal modo introdotta era stata, comunque, limitata al solo trattamento delle transazioni strettamente rientranti nelle tipologie previste dall'atto di indirizzo, sicché per le residue operazioni all'ingrosso le banche erano rimaste libere di utilizzare canali di regolamento alternativi (352).

L'esigenza di assicurare un efficiente canale di regolamento delle operazioni di politica monetaria della Comunità, l'estrema delicatezza, per volumi di importo trattati e per tempi di esecuzione, delle transazioni da regolare e gli elevati rischi finanziari e sistemici che possono originarsi da tale comparto hanno, pertanto, indotto l'Eurosistema ad intervenire direttamente sin dall'avvio della terza fase del processo di unificazione monetaria, ricorrendo qui al collaudato schema del servizio pubblico (353), figura alla quale l'ordinamento fa generalmente ricorso ogniqualvolta intenda avere garanzie che una determinata attività, in genere di natura tecnica od economica, reputata in un dato momento storico rispondente all'interesse pubblico, sia svolta positivamente e continuativamente (354).

(350) L'acronimo TARGET sta per *Trans-European Automated Real-Time Gross-Settlement Express Transfer System*.

(351) In particolare, l'art. 3, lett. e), n. 1, dell'atto di indirizzo BCE/2005/16, del 30 dicembre 2005, pubblicato in *G.U.C.E.*, n. L 18/1, del 23.1.2006, disponeva che nel sistema TARGET dovessero essere trattati: "i pagamenti direttamente risultanti da, ovvero effettuati in connessione a: i) operazioni di politica monetaria; ii) regolamento della parte in euro di operazioni in valuta concernenti l'Eurosistema; iii) regolamento dei sistemi internazionali di compensazione che trattano pagamenti di importo rilevante denominati in euro". Il regolamento di queste operazioni integrava, conseguentemente, un'attività riservata che doveva obbligatoriamente transitare nel sistema TARGET per essere poi regolata nei sistemi nazionali collegati allo stesso, mediante movimentazione dei conti detenuti dai partecipanti presso le rispettive banche centrali nazionali. La norma sembra essere stata sostanzialmente riprodotta, seppure in modo meno esplicito riguardo alla natura riservata del trattamento dei relativi pagamenti, anche dall'art. 3 delle "Condizioni armonizzate per la partecipazione a TARGET 2", allegate sub II al citato atto di indirizzo BCE/2007/2, disciplinante il nuovo sistema di regolamento lordo in tempo reale paneuropeo, che ha ormai sostituito l'originario TARGET.

(352) Il TARGET, infatti, pur detenendo, secondo i dati tratti da BANCA CENTRALE EUROPEA, *L'evoluzione dei sistemi di pagamento di importo rilevante nell'area dell'euro*, in *Bollettino mensile*, agosto 2006, 83, una quota di mercato di gran lunga predominante, non era, comunque, all'epoca della sua istituzione, l'unico sistema all'ingrosso in cui potevano essere regolate operazioni nell'area dell'euro, ma coesisteva con alcuni altri sistemi privati sovranazionali sottoposti alla sorveglianza della BCE. Fra di essi assumeva un notevole rilievo il sistema di regolamento netto EURO 1, di proprietà delle banche private associate nell'EBA, succeduto al sistema *ECU Clearing* ed oggi utilizzato prevalentemente come canale di regolamento per i pagamenti interbancari *retail*. Successivamente all'introduzione dell'euro, il 9 settembre 2002, ha iniziato ad operare anche un altro sistema di regolamento privato, che ha assunto rapidamente un grande rilievo, il *Continuous Linked Settlement (CLS)*, specializzato nel regolamento delle operazioni in cambi ed in grado di regolare simultaneamente su base lorda entrambe le valute di un'operazione in cambi, finanziando le posizioni in moneta di banca centrale tramite i sistemi di regolamento lordo in tempo reale delle valute trattate.

(353) In tal senso, cfr. F. MERUSI, *Profili giuridici dell'equipollenza monetaria dei sistemi di pagamento* cit., 118, e *Il diritto dei sistemi di pagamento*, a cura di Santoro, Milano, 2007, 4 ss., e M. MANCINI, *Il sistema dei pagamenti e la banca centrale*, in *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari* cit., 1143.

(354) Cfr. V. CAIANIELLO, voce "Concessioni. Diritto amministrativo", in *Noviss. Digesto it.*, Appendice, Torino, 1981, 238 e S. CATTANEO, voce "Servizi pubblici", in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, 364. Sempre in materia di servizio pubblico, cfr., fra i più recenti contributi dottrinali italiani, G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo* a cura di Mazzarolli, Pericu, Romano, Roversi Monaco e Scoca, Bologna, 2001, G. E. BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, Milano, 2003, E. SCOTTI, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003, e C. IANNELLO, *Poteri pubblici e servizi privatizzati. L'idea di servizio pubblico nella nuova disciplina interna e comunitaria*, Torino, 2005.

In sintesi, nel comparto delle transazioni all'ingrosso, gli atti di indirizzo della BCE hanno disposto la realizzazione del nuovo sistema di regolamento sovranazionale TARGET, hanno previsto l'assunzione della direzione e del controllo dello stesso in capo all'Eurosistema (355) e ne hanno disciplinato le modalità di funzionamento al fine di assicurargli nei singoli stati aderenti l'uniformità giuridica indispensabile a consentirne l'utilizzo per il regolamento delle operazioni di politica monetaria (356).

L'analogo stato di inadeguatezza in cui versavano le infrastrutture e le procedure di regolamento interbancarie sovranazionali specializzate nel comparto delle transazioni al dettaglio, è stato individuato dall'Eurosistema sin dalla fine degli anni 90 come una delle principali ragioni da cui poteva originarsi il rischio che il processo di unificazione monetaria europea non fosse in grado di produrre vantaggi percepibili dall'utenza in ordine alle commissioni applicate ed ai tempi di esecuzione delle operazioni transfrontaliere e che uno scenario siffatto potesse mettere a repentaglio la stessa fiducia riposta dai cittadini europei nell'euro e l'accettazione da parte dei medesimi della nuova moneta (357).

Tanto più che all'epoca all'assenza di adeguati sistemi di pagamento interbancari sovranazionali non poteva avviarsi neppure convogliando le transazioni transfrontaliere al dettaglio nell'appena istituito sistema TARGET giacché, anche a non voler considerare che il numero potenziale delle operazioni da regolare sarebbe stato presumibilmente di gran lunga superiore alla sua capacità massima, le modalità operative dello stesso, basate sul regolamento lordo in tempo reale di ogni singola transazione, avrebbero comportato per le banche costi troppo elevati per costituire una soluzione conveniente (358).

Coerentemente con tali analisi, il SEBC ha reputato che la realizzazione per il comparto *retail* di un'unica area dei pagamenti in euro, individuata come obiettivo da raggiungere entro il 2010, presupponendo che le banche europee possano disporre di canali di regolamento che consentano loro di inviare e ricevere bonifici in formato SEPA e cioè di garantire ai clienti una piena raggiungibilità, dovesse passare prioritariamente per il

(355) Nel TARGET 2, versione evoluta del TARGET, la piattaforma unica condivisa (*Single Shared Platform*) utilizzata per il funzionamento del sistema di regolamento lordo è stata realizzata e gestita, per conto dell'Eurosistema, da tre banche centrali, *Banca d'Italia, Banque de France e Deutsche Bundesbank*.

(356) Infatti, già gli atti di indirizzo adottati dalla BCE in relazione al sistema TARGET, oltre a disciplinarne il meccanismo di "interlinking", avevano dettato norme generali di armonizzazione dei sistemi nazionali di regolamento lordo in tempo reale collegati allo stesso, regolandone, fra l'altro, i requisiti di accesso, l'unità monetaria da utilizzare nei pagamenti, le tariffe, gli orari di operatività e il credito infragionaliero. L'opera di armonizzazione risulta ancor più accentuata con riferimento al TARGET 2, in cui è disciplinata da una pluralità di appositi allegati all'atto di indirizzo istitutivo e da varie appendici.

(357) Cfr., ad esempio, BANCA CENTRALE EUROPEA, *Rendere più efficienti i pagamenti transfrontalieri al dettaglio – la posizione dell'Eurosistema* cit., 1.

(358) I sistemi di regolamento lordo in tempo reale (*Real Time Gross Settlement*, o RTGS), quale è il TARGET, prevedendo il regolamento immediato e disgiunto di ciascun pagamento immesso, tendono indubbiamente ad annullare il *settlement lag*, vale a dire lo spazio temporale esistente fra il momento dell'immissione e quello del regolamento della singola partita, ed eliminano nel contempo il rischio aggiuntivo discendente dalla fusione delle singole transazioni immesse nei saldi multilaterali, che contraddistinguono invece i sistemi di regolamento netto multilaterale (*Multilateral Net Settlement*, o MNS). Sennonché tale caratteristica operativa, se permette loro di contenere i rischi finanziari e di ridurre fortemente il rischio sistemico, non consente praticamente alle banche partecipanti di realizzare risparmi di liquidità. Per questa ragione, gran parte dei sistemi di pagamento interbancari specializzati nel comparto dettaglio operanti all'epoca nei singoli contesti nazionali era basata sul regolamento netto multilaterale. Peraltro, secondo A. BAGLIONI, *Il mercato monetario e la banca centrale*, Bologna, 2004, 97 ss., la distinzione fra i sistemi di regolamento netto e lordo starebbe ormai perdendo di attualità, essendo in atto da qualche tempo una tendenza alla creazione di sistemi "ibridi", capaci di combinare le caratteristiche dei due tipi di regolamento.

superamento dei distinti sistemi di pagamento nazionali e per la realizzazione in sostituzione degli stessi di sistemi di pagamento paneuropei, in grado di assicurare anche alle transazioni di importo contenuto certezza giuridica, tempi e costi di compensazione e regolamento in linea con quelli assicurati dagli attuali sistemi nazionali alle transazioni domestiche.

Per la creazione delle nuove infrastrutture e procedure di regolamento interbancarie sovranazionali, la BCE, pur avendo ben presente l'importante ruolo svolto da molte banche centrali nazionali anche nel comparto dei pagamenti al dettaglio (359), non ha tuttavia ritenuto di avvalersi in questo ambito dello strumento del servizio pubblico, già utilizzato con successo nel settore delle transazioni all'ingrosso. Essa ha scelto, invece, di adottare una diversa linea di condotta invitando gli operatori di mercato a sviluppare i sistemi sovranazionali deputati al regolamento delle transazioni *cross border*, indispensabili al decollo della SEPA, riservandosi più incisivi interventi nel comparto, vuoi con l'emanazione di disposizioni, vuoi con l'assunzione in via diretta della gestione del servizio di regolamento, solo nell'eventualità in cui il mercato si fosse dimostrato nel tempo incapace di realizzare soluzioni soddisfacenti per gli interessi pubblici di efficienza ed affidabilità che i sistemi di pagamento devono garantire (360).

Le ragioni della diversità di approccio, che hanno indotto la BCE, nell'esercizio delle funzioni di promozione e sorveglianza dei sistemi di pagamento al dettaglio, ad assumere i più limitati ruoli di catalizzatore delle iniziative del mercato e di sorvegliante dei sistemi di pagamento, rinunciando ai più incisivi strumenti dell'istituzione diretta dei nuovi sistemi di regolamento sovranazionali e dell'assunzione della gestione dei medesimi, possono ricondursi alla minore rischiosità finanziaria attribuibile a questo settore e alle minori implicazioni sistemiche derivanti dallo stesso rispetto al comparto delle transazioni all'ingrosso (361).

(359) Le responsabilità assunte dalle banche centrali nazionali nel comparto delle transazioni al dettaglio, anche a non considerare l'esercizio della funzione di sorveglianza sui sistemi di pagamento, spaziano dalla concessione di facilitazioni creditizie finalizzate al regolamento all'assunzione della gestione diretta dei sistemi di pagamento interbancari, storicamente rispondente all'esperienza di diversi Stati europei, ivi inclusa l'Italia, dove il legislatore, con l'art. 18 del r.d.l. 6 maggio 1926, n. 812, convertito dalla l. 25 giugno 1926, n. 1262, ha conferito in esclusiva alla Banca d'Italia l'esercizio delle stanze di compensazione, intendendo indicare ovviamente con tale termine l'attività che presso le stanze viene effettuata, vale a dire la compensazione multilaterale dei recapiti monetari.

(360) Cfr., BANCA CENTRALE EUROPEA, *(Secondo) Rapporto sui progressi compiuti nella realizzazione di un'area unica dei pagamenti* cit., 26, ove si legge, fra l'altro, che "l'Eurosistema non esclude a priori la possibilità di partecipare più attivamente all'erogazione di servizi di pagamento transfrontalieri al dettaglio, qualora la sua azione di catalizzatore non dovesse produrre risultati adeguati e il settore bancario non riuscisse a fornire autonomamente servizi efficienti". Emerge chiaramente da questo passo che le scelte strategiche adottate non devono ritenersi necessariamente immutabili nel tempo, in quanto l'Eurosistema, nell'esercizio delle funzioni conferitegli dal legislatore comunitario, si riserva di valutare momento per momento in relazione alle risposte del mercato le più appropriate modalità di tutela degli interessi pubblici affidatigli.

(361) Sul punto sia consentito il rinvio a M. MANCINI, *Il sistema dei pagamenti e la banca centrale*, in *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari* cit., 1156 ss., secondo cui l'attribuzione di una minore rischiosità finanziaria e di minori implicazioni sistemiche alle infrastrutture di regolamento specializzate nel comparto *retail*, riconducibile su un piano generale al contenuto importo e alla minore urgenza temporale dei pagamenti al dettaglio, sarebbe il risultato di un'opera di classificazione generale condotta dalle banche centrali sui sistemi di pagamento interbancari al dettaglio operanti negli Stati nazionali rientranti nell'area monetaria unica, basata su criteri metodologici di valutazione del rilievo sistemico e della rischiosità concordemente adottati dalle stesse. Dalle risultanze di tale classificazione sarebbe emerso, infatti, che ben raramente può attribuirsi a dette infrastrutture e procedure una "rilevanza sistemica", vale a dire una potenziale idoneità a

Tali differenze danno ampio conto dell'attuale minor coinvolgimento diretto dell'Eurosistema (362) in quanto non consentono di ritenere giustificabile, sul piano degli interessi pubblici da presidiare nel comparto, il sacrificio del diritto di impresa e del principio di libera concorrenza, in linea con il disposto dell'art. 2 dello Statuto del SEBC e della BCE che impone loro di "agire in conformità con i principi di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza".

Nei progetti dell'Eurosistema, la prestazione di servizi sovranazionali di regolamento nel comparto dettaglio doveva, pertanto, costituire un mercato integrato e pienamente contendibile e la realizzazione delle relative infrastrutture e procedure di regolamento interbancarie paneuropee, indispensabili al perseguimento dell'obiettivo di un'area unica in cui, con la graduale scomparsa di ogni distinzione fra transazioni nazionali e transfrontaliere, anche i pagamenti eseguiti in moneta scritturale potessero essere considerati tutti "domestici", doveva essere tendenzialmente rimessa alla libera iniziativa degli stessi operatori di mercato (363).

Ciò significa che, secondo il SEBC, dette attività possono essere liberamente intraprese sia da società private appositamente costituite, sia dalle stesse banche centrali nazionali, che intendano adeguare al nuovo scenario i sistemi di regolamento da esse gestiti nei rispettivi contesti domestici.

L'apertura dei servizi di regolamento *retail* al mercato auspicata dall'Eurosistema non inibisce, infatti, alle singole banche centrali nazionali di continuare a svolgere la loro attività in tale ambito, vuoi in qualità di gestori dei rispettivi sistemi, che dovrebbero evolversi mettendosi in condizione di trattare anche i pagamenti transfrontalieri predisposti nei formati SEPA, vuoi in qualità di partecipanti a sistemi di regolamento privati sovranazionali, a condizione peraltro che l'attività in questione sia esercitata sempre nel rispetto del contesto concorrenziale del relativo mercato (364).

innescare o a trasmettere turbative nel sistema finanziario nazionale o internazionale. Alla maggior parte dei sistemi di pagamento operanti nell'Unione Monetaria nel comparto *retail* sarebbe stato, invece, riconosciuto lo status inferiore della c.d. "particolare rilevanza", attribuibile quando il mancato funzionamento del sistema, pur non potendo ripercuotersi sui mercati finanziari, possa, comunque, produrre gravi ripercussioni economiche e minare la fiducia del pubblico nel sistema dei pagamenti e nella moneta in generale, mentre ad alcuni sistemi sarebbe stata addirittura riconosciuta la classificazione di "mera rilevanza", attribuibile quando il loro malfunzionamento sia suscettibile di produrre solo un minore impatto sulle infrastrutture dei mercati finanziari e sull'economia reale. I concetti di "rilevanza sistemica", "particolare rilevanza" e "mera rilevanza", elaborati nell'ambito degli studi condotti dalla Banca dei Regolamenti Internazionali, sono stati adottati anche dal SEBC in BANCA CENTRALE EUROPEA, *Standard di sorveglianza per sistemi di pagamento al dettaglio in euro*, giugno 2003.

(362) L'odierno orientamento espresso dall'Eurosistema trova, d'altronde, ampio riscontro nelle analisi condotte a livello internazionale, dove si ritiene che il ruolo delle banche centrali nel mercato dei pagamenti al dettaglio debba essere più defilato rispetto a quello esercitato nel comparto dei pagamenti all'ingrosso, e ciò sia con riferimento alla possibilità di assumere la gestione diretta dei relativi sistemi di pagamento interbancari, sia con riguardo ai compiti di sorveglianza. In tal senso cfr., ad esempio, BANCA DEI REGOLAMENTI INTERNAZIONALI, *Policy issues for central banks in retail payment systems*, Basilea, marzo 2003, 19.

(363) Cfr. M. MANCINI, *Il sistema dei pagamenti e la banca centrale*, in *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari* cit., 1157.

(364) In tal senso, cfr., da ultimo, BANCA CENTRALE EUROPEA, *Erogazione di servizi di pagamento al dettaglio in euro agli enti creditizi da parte delle banche centrali*, 4 agosto 2005. Il vincolo del rispetto del contesto concorrenziale del relativo mercato, per le banche centrali nazionali che gestiscono direttamente sistemi di regolamento interbancari specializzati in transazioni al dettaglio, comporta, innanzitutto, l'obbligo del pieno recupero delle spese, principio generale applicabile, peraltro, a tutti i servizi pubblici, salvo esprese

In tale prospettiva, la BCE, oltre ad aver stimolato, in qualità di catalizzatore, le banche, gli intermediari finanziari e i gestori di infrastrutture di *clearing* e di regolamento di pagamenti al dettaglio dell'area dell'euro ad istituire apposite sedi associative (365) in cui possano essere promosse e sviluppate le più idonee iniziative finalizzate alla realizzazione della SEPA e delle infrastrutture e procedure di regolamento funzionali alla stessa, si è limitata ad indicare, con strumenti di *soft law* le linee guida cui, in sede di autoregolamentazione, dovranno ispirarsi i nuovi sistemi di regolamento paneuropei (366).

5. Le linee guida del SEBC nei confronti dei sistemi di pagamento *retail*.

Nel delineare per sommi capi l'ambito entro cui dovranno operare i nuovi sistemi e le regole di gioco che gli stessi dovranno rispettare, il SEBC ha definito alcuni principi basilari di organizzazione del relativo mercato ed alcune regole generali cui dovrebbe conformarsi il funzionamento delle singole infrastrutture.

Con riferimento al primo profilo, la BCE considera, innanzitutto, positivo lo sviluppo di diversi modelli funzionali concorrenti per le infrastrutture (367), in quanto la molteplicità e la diversificazione delle stesse accresce la libertà di scelta delle banche,

e difforni disposizioni normative. Sotto altro profilo, l'obbligo di rispettare il contesto concorrenziale del relativo mercato sembra difficilmente conciliabile con previsioni normative, tuttora vigenti in alcuni ordinamenti, fra cui quello italiano, che conferiscano in materia una riserva d'attività a favore della banca centrale, apparendo francamente incompatibile con il mantenimento in capo a quest'ultima di diritti esclusivi. Pertanto, come si dirà più ampiamente *sub 8*, un pieno adeguamento dell'ordinamento italiano alle linee guida formulate in materia dall'Eurosistema richiederà, presumibilmente, in prospettiva una modifica legislativa, che faccia cessare il monopolio legale della Banca d'Italia sui sistemi di regolamento netto multilaterale e apra il relativo mercato agli operatori privati, che agirebbero sotto la sorveglianza di quest'ultima, ai sensi dell'art. 146 del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385.

(365) La principale di queste sedi associative è costituita dal Consiglio Europeo per i Pagamenti (*European Payments Council – EPC*) che, oltre ad essere l'ente esponenziale degli interessi del settore bancario europeo, integra nel contempo anche una valida istanza rappresentativa degli interessi dei gestori delle infrastrutture di *clearing* e di regolamento private, atteso il fatto che esse sono in gran parte controllate da banche. L'EPC è nato nel giugno 2002 per coordinare le iniziative per la creazione, entro il 2010, di una zona unica dei pagamenti in euro, inizialmente comprendente il territorio degli Stati che hanno adottato la moneta unica. Gli inviti pressanti dell'Eurosistema hanno, infine, indotto anche i gestori pubblici e privati di infrastrutture di *clearing* e di *settlement* dei pagamenti *retail* a riunirsi nell'Associazione Europea dei Sistemi di *Clearing* Automatizzati (*European Automated Clearing House Association – EACHA*), che sino ad oggi si è dedicata, in particolare, allo sviluppo ed all'elaborazione delle più efficienti modalità finalizzate ad assicurare l'interoperabilità tecnica fra sistemi, sia con riferimento allo scambio di informazione che al regolamento.

(366) Il valore precettivo di tali linee guida è assimilabile, dal punto di vista giuridico, a quello di semplici suggerimenti o auspici, atteso che le stesse sono state impartite dalla BCE senza fare ricorso al potere regolamentare conferitole per l'esercizio della funzione di sorveglianza sul sistema dei pagamenti e senza utilizzare atti tipici a valenza disciplinata dal legislatore comunitario, come gli atti di indirizzo, ma attraverso documenti informali e meri rapporti periodici con i quali vengono costantemente monitorati e resi noti alle banche centrali nazionali, al mercato e all'opinione pubblica gli stati di avanzamento e i progressi registrati dal progetto SEPA e le linee generali di *policy* dell'Eurosistema. Esse, peraltro, beneficiano del prestigio generalmente riconosciuto all'istituzione da cui promanano e godono della speciale autorevolezza loro derivante dall'essere state pur sempre emanate dall'Autorità istituzionalmente preposta dal legislatore comunitario alla tutela del settore.

(367) Cfr. BANCA CENTRALE EUROPEA, *SEPA: dal progetto alla realtà, Quinto Rapporto* cit., 18, che distingue, fra l'altro, i sistemi c.d. "ristretti", interessati a prestare esclusivamente servizi di *clearing* e *settlement* per i pagamenti SEPA, e quelli c.d. "ampi", che erogherebbero anche servizi ulteriori, quali attività di *back office*, notifiche e registrazione delle informazioni, servizi opzionali aggiuntivi etc.

utenti del servizio di regolamento, considerata uno degli obiettivi di fondo da conseguire nel settore (368). L'offerta di una pluralità di canali di regolamento diversificati dovrebbe stimolare la qualità dei servizi resi e contenerne il costo, agevolando così le banche nell'individuare le soluzioni più convenienti e consentendo in ultima analisi di ampliare il numero degli operatori bancari in grado di assicurare la piena raggiungibilità e di offrire servizi di pagamento SEPA *compliant* all'utenza finale.

Quindi, negli auspici dell'Eurosistema, dovrebbero essere chiamati a convivere nel mercato dei sistemi di regolamento *retail*, nel rispetto dei principi concorrenziali, molteplici schemi funzionali e tipologie di imprese, comprendenti sia gestori privati che gestori pubblici, quali le banche centrali nazionali cui ancora oggi fanno capo in diversi stati le infrastrutture e le procedure di regolamento interbancarie.

Le due principali categorie tipologiche saranno, peraltro, rappresentate da un lato dai sistemi di nuova costituzione caratterizzati *ab initio* da una vocazione paneuropea, i quali nel prossimo futuro, attesa l'odierna linea di *policy* che esclude interventi diretti dell'Eurosistema nel comparto *retail*, potrebbero essere promossi sia da imprenditori privati sia da *pool* di banche centrali nazionali, e dall'altro dai sistemi, pubblici o privati, che, nati a vocazione esclusivamente domestica, abbiano successivamente avviato e completato felicemente il processo evolutivo finalizzato ad estenderne l'operatività ai pagamenti *cross border* e a trasformarli in sistemi paneuropei attraverso l'adeguamento ai nuovi formati tecnico-operativi SEPA e la conclusione di appositi accordi di interoperabilità con altri sistemi esteri.

Alla luce di tale premessa, considerata l'estrema difficoltà di favorire la nascita spontanea nel contesto europeo di una pluralità di nuovi schemi e sistemi di pagamento interbancari specializzati in transazioni al dettaglio transfrontaliere (369), particolare rilievo sembra doversi riconoscere al processo evolutivo di adeguamento dei preesistenti sistemi di pagamento nazionali, al cui positivo completamento dovrebbe essere in buona parte affidato il conseguimento, nel mercato europeo dei pagamenti, del pluralismo delle infrastrutture di regolamento auspicato dall'Eurosistema.

Nell'ambito dei servizi di regolamento interbancari, il principio della libertà concorrenziale deve, peraltro, essere temperato con gli interessi pubblici alla cui tutela è

(368) Cfr. BANCA CENTRALE EUROPEA, *SEPA: dal progetto alla realtà*, *Quinto Rapporto* cit., 17 e 18, ove si prevede espressamente che le banche non debbano essere obbligate da alcun soggetto ad utilizzare una determinata infrastruttura di *clearing* o di regolamento.

(369) A tutt'oggi, l'unico esempio operante di sistema di regolamento *retail* nato a vocazione paneuropea è rappresentato da STEP 2, la cui operatività è iniziata il 28.4.2003. Esso opera unitamente ai due sistemi integrati EURO 1/STEP 1. Tutti e tre i sistemi sono di proprietà dell'*Euro Banking Association* (EBA). Stando alla circolare A.B.I. del 14 febbraio 2005, il sistema STEP 2 contava, al gennaio 2005, oltre 70 partecipanti dirette, di cui 16 banche italiane, e oltre 1000 partecipanti indirette, di cui circa un centinaio di banche italiane. Al sistema partecipano anche alcune banche centrali nazionali europee, fra cui a far data dal 6 novembre 2006 anche la Banca d'Italia. Secondo F. MERUSI, *Verso lo Stato Europa: il ruolo dei sistemi di pagamento nell'Eurosistema* cit., 224, e *Profili giuridici dell'equipollenza monetaria dei sistemi di pagamento* cit. 115, le ragioni che hanno ostacolato la nascita di una pluralità di sistemi di regolamento interbancari specializzati nel trattare operazioni *retail cross border*, sarebbero di carattere essenzialmente economico, in quanto la realizzazione di tale tipo di infrastrutture comporterebbe per le banche un elevato investimento, redditizio solo a condizione che si possa contare su una "massa critica" di pagamenti più ampia di quella relativa alle sole operazioni transfrontaliere. Pertanto, considerato l'elevato costo delle strutture imprenditoriali occorrenti per la realizzazione di detti sistemi o anche soltanto per la partecipazione agli stessi, programmare un simile investimento per i soli pagamenti transfrontalieri, continuando a regolare le operazioni domestiche nei sistemi nazionali, sarebbe evidentemente antieconomico.

preordinata la funzione di promozione del regolare funzionamento dei sistemi di pagamento, normativamente prevista per la prima volta dall'art. 105, par. 2, quarto trattino, del Trattato CE.

Tali interessi sembrano emergere, in particolare, dal passaggio delle linee guida in cui la BCE limita la libertà di azione dei gestori, prescrivendo che, nel futuro scenario composto dai nuovi sistemi di regolamento a vocazione paneuropea e dalle preesistenti infrastrutture nazionali che si siano trasformate in sistemi ad operatività transfrontaliera, nessuna infrastruttura possa rifiutare il collegamento richiesto da un'altra, aggiungendo altresì che, in linea di principio, i costi derivanti dal collegamento debbano essere sostenuti dall'infrastruttura richiedente.

Il divieto di rifiutare il collegamento, finalizzato a favorire la massima interoperabilità fra i sistemi operanti e la massima integrazione del mercato dei pagamenti europeo, non comporta, peraltro, l'obbligo in positivo per ciascuna infrastruttura di realizzare un collegamento diretto con tutte le altre dell'area dell'euro, perché al fine di rispettare il precetto è sufficiente, secondo la BCE, anche l'allestimento di un collegamento indiretto.

La raccomandazione dettata dall'Eurosistema sembra iscriversi a pieno titolo nelle finalità cui è preordinata la promozione del regolare funzionamento dei sistemi di pagamento, ove si consideri che una delle ragioni per cui tale funzione è prevista dall'ordinamento comunitario risiede proprio nella necessità di ovviare alle carenze di mercato, che l'azione dei privati all'interno dei sistemi di pagamento può fisiologicamente ingenerare (370). E fra tali carenze possono a buon titolo ricomprendersi i difetti di coordinamento fra i diversi operatori che ostacolano la realizzazione delle infrastrutture di supporto, indispensabili ad un efficiente ed ordinato sviluppo sia dei sistemi sia, più in generale, dell'intera industria dei pagamenti, o ne impediscono, comunque, il conseguimento della configurazione ottimale, in termini di efficienza ed affidabilità, necessaria a garantire il massimo livello di utilità dei servizi.

Nel caso di specie, il divieto auspicato dalla BCE mira quindi ad impedire che il gioco della concorrenza fra i gestori possa indurre questi ultimi a configurare i sistemi di loro proprietà come compartimenti stagni isolati l'uno dall'altro. Una condotta siffatta potrebbe determinare un'eccessiva segmentazione sia del mercato dei servizi di regolamento sia, di riflesso, di quello dei servizi di pagamento all'utenza finale, pregiudicando così l'interesse pubblico a che gli operatori del settore realizzino e mantengano in funzione le strutture di cooperazione indispensabili al regolare funzionamento del sistema dei pagamenti nel suo complesso (371).

(370) Sia consentito il rinvio a M. MANCINI, *Il sistema dei pagamenti e la banca centrale*, in *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari* cit., 1195. In senso conforme, M. DORIA, V. FUCILE, A. TAROLA, *La sorveglianza sui sistemi di pagamento*, in *Il diritto del sistema dei pagamenti* cit., 182, nota 3, secondo i quali le logiche puramente imprenditoriali in base alle quali agiscono gli operatori privati non sarebbero in grado, ove non supportate da un regime di controlli pubblici, di conseguire gli obiettivi di efficienza ed affidabilità/stabilità che i sistemi di pagamento devono assicurare.

(371) Tale interesse emerge esplicitamente in BANCA CENTRALE EUROPEA, *SEPA: dal progetto alla realtà*, *Quinto Rapporto* cit., 17, ove si legge che "L'Eurosistema si aspetta che nasca una rete tra singole infrastrutture che permetta loro di garantire piena raggiungibilità alla clientela nei modi stabiliti da ciascuna di esse in base a decisioni commerciali".

Accanto ai principi di organizzazione del mercato dei servizi di regolamento interbancari, l'Eurosistema ha dettato anche alcune regole generali di funzionamento dei singoli sistemi di pagamento.

A tal proposito, a prescindere dal fatto che le infrastrutture di *clearing* e di regolamento a vocazione paneuropea siano di nuova realizzazione o siano piuttosto il frutto del processo di adeguamento delle vecchie infrastrutture domestiche, la BCE, dopo aver individuato nelle sue linee guida quattro criteri o requisiti cui i sistemi devono conformarsi affinché possano essere ritenuti *SEPA compliant*, nonché i tempi di allineamento e le modalità tramite le quali la conformità debba essere accertata, ha invitato il Consiglio Europeo per i Pagamenti (EPC) a tenerne conto nell'esercizio dell'attività di autoregolamentazione, avente ad oggetto il quadro di riferimento dei sistemi di pagamento, ad esso affidata.

Per quanto attiene al primo profilo, l'Eurosistema stabilisce che, per essere compatibili con il progetto SEPA, il primo passo che le infrastrutture di *clearing* e di regolamento sono tenute a compiere sia costituito dall'allineamento ai requisiti di *processing capability* stabiliti dallo stesso EPC e contenuti nelle disposizioni relative al quadro di riferimento per i PE-ACH/CSM e nei *Rulebooks SEPA* per i bonifici e/o per gli addebiti diretti (372).

Il secondo criterio/requisito individuato prescrive l'adozione di regole di interoperabilità (373), vale a dire di regole, preferibilmente consensualmente concordate dai CSM interessati, che consentano ad un'infrastruttura di scambiare con banche o con altre infrastrutture ordini di pagamento conformi ai *Rulebooks SEPA* (374) per i bonifici e/o per gli addebiti diretti e, se richiesto, di allestire collegamenti con altre infrastrutture nel rispetto del principio che i costi sostenuti siano a carico della richiedente.

Il terzo criterio/requisito da soddisfare consiste nell'assicurare la piena raggiungibilità, vale a dire nell'essere in grado di inviare e ricevere, direttamente o indirettamente tramite banche intermediarie o tramite collegamenti tra infrastrutture, pagamenti in euro indirizzati verso o provenienti da qualsiasi banca situata nell'area dell'euro.

Il rispetto dell'ultimo criterio/requisito, infine, comporta per i gestori delle infrastrutture l'obbligo di rispettare la libertà di scelta delle banche, utenti dei servizi di *clearing* e di regolamento erogati dalle stesse. La logica della disposizione è quella di consentire alle banche e alle altre istituzioni finanziarie ammesse a partecipare ai sistemi di valutare

(372) Cfr. BANCA CENTRALE EUROPEA, *SEPA: dal progetto alla realtà, Quinto Rapporto* cit., 18, secondo la quale, per soddisfare questa prima condizione, le infrastrutture devono conformarsi, nel contempo, anche ai requisiti stabiliti dal Consiglio Europeo per i Pagamenti negli orientamenti attuativi e alle pertinenti linee guida, che richiedono l'utilizzo degli *standard* UNIFI (ISO 20022) e XML, ed essere disponibili a sostenere il collaudo degli schemi programmato dallo stesso EPC. Il termine ultimo entro il quale le infrastrutture erano tenute ad allinearsi ai requisiti di *processing capability* è scaduto il 1° gennaio 2008.

(373) Cfr. BANCA CENTRALE EUROPEA, *SEPA: dal progetto alla realtà, Quinto Rapporto* cit., 18, secondo cui tali regole di interoperabilità possono essere costituite, ad esempio, da "*specifiche di interfaccia e procedure operative per lo scambio di ordini di pagamento...tra banche e infrastrutture e tra infrastrutture*".

(374) I nuovi strumenti di pagamento SEPA sono destinati in prospettiva a soppiantare definitivamente i vecchi strumenti domestici, anche se, per un periodo transitorio, sarà consentito ai sistemi di regolamento interbancari il trattamento parallelo di strumenti di pagamento SEPA e nazionali (cfr. BANCA CENTRALE EUROPEA, *SEPA: dal progetto alla realtà, Quinto Rapporto* cit., 17).

liberamente i costi e i benefici della partecipazione in modo da scegliere la soluzione per esse più conveniente. In particolare, al fine di soddisfare quest'ultimo requisito, i gestori delle infrastrutture, oltre ad assicurare piena trasparenza dei servizi e delle tariffe (375), dovrebbero evitare sia di applicare inopportune restrizioni all'accesso (376), sia di imporre agli utenti obblighi di trattamento di alcune tipologie di transazioni presso specifiche infrastrutture, sia infine di imporre obblighi di partecipazione agli utenti di altre infrastrutture (377).

L'obiettivo perseguito dall'Eurosistema con tale raccomandazione è quello di consentire alle banche di ricavare tutti i benefici, anche in termini di contenimento dei costi, derivanti dalla pluralità dei canali di regolamento disponibili, al fine di assicurare di riflesso all'utente finale dei servizi di pagamento resi dalle stesse un miglior contesto concorrenziale, vale a dire un più ampio numero di prestatori di servizi di pagamento fra cui scegliere, e tariffe più contenute.

Fatta eccezione per il primo requisito, che, come rilevato alla nota n. 42, doveva essere soddisfatto entro il 1° gennaio 2008, l'allineamento alle disposizioni dettate dalla BCE dovrebbe avvenire entro la fine del 2010 e le infrastrutture di *clearing* e di regolamento, che a tale data non siano ancora conformi alla SEPA e non siano interessate a conformarsi, dovrebbero cessare di operare.

Anche con riferimento al regime delle verifiche di conformità delle infrastrutture di *clearing* e di regolamento ai requisiti SEPA, l'Eurosistema ha adottato un approccio *soft*,

(375) Cfr. BANCA CENTRALE EUROPEA, *SEPA: dal progetto alla realtà, Quinto Rapporto* cit., 18, ove, dopo aver premesso che la trasparenza dei servizi e delle tariffe può essere utile a stimolare la concorrenza, specie a beneficio dei piccoli utenti dotati di minor potere contrattuale, e che in questo campo le infrastrutture gestite dalle singole banche centrali nazionali sono chiamate a dare il buon esempio, rendendo noti i prezzi applicati, si soggiunge, peraltro, che, stante la negoziabilità fra le parti dei prezzi dei servizi di *clearing*, l'obbligo di trasparenza dovrebbe comportare soltanto la pubblicazione delle tariffe di base.

(376) Cfr. BANCA CENTRALE EUROPEA, *SEPA: dal progetto alla realtà, Quinto Rapporto* cit., 17, che, riguardo a questo punto, pur sottolineando che l'accesso alle infrastrutture deve essere equo e non restrittivo e che deve essere eliminata, in particolare, ogni restrizione geografica alla partecipazione di banche residenti nell'area dell'euro, ribadisce nel contempo che tali precetti restano subordinati alla condizione che gli altri partecipanti alle infrastrutture siano tutelati da rischi indesiderati derivanti dall'adesione di altri soggetti. Le prescrizioni della BCE corrispondono pienamente, fra l'altro, alle linee guida elaborate al riguardo in sede internazionale, che prescrivono "criteri di ammissione oggettivi e palesi che consentano un accesso su base equa e non restrittiva", nella prospettiva di assicurare "la partecipazione di un ampio numero di istituzioni" ma "compatibilmente con una prudente gestione dei rischi". In tal senso, cfr. BANCA DEI REGOLAMENTI INTERNAZIONALI, *Rapporto del Comitato sugli schemi di compensazione interbancari delle banche centrali dei paesi del Gruppo dei Dieci*, Basilea, 1990, conosciuto come "Rapporto Lamfalussy" dal nome del presidente del gruppo di lavoro, principio V, 57, e *Principi fondamentali per sistemi di pagamento di importanza sistemica, Rapporto del Gruppo di lavoro su principi e prassi nei sistemi di pagamento*, Basilea, 2001, 9, 10, 57 e 58, ove (principio IX) si legge che, sebbene criteri di accesso incoraggianti la concorrenza fra i partecipanti giovinco all'efficienza ed economicità dei servizi di pagamento, può "essere necessario soppesare questo vantaggio alla luce della necessità di proteggere il sistema e i suoi utenti dalla partecipazione (...) di istituzioni che li esporrebbero a eccessivi rischi legali, operativi e finanziari" e che le eventuali restrizioni che per tali ragioni dovessero essere introdotte all'accesso dovrebbero, comunque, essere obiettive e basate su appropriati parametri di rischio.

(377) Cfr. BANCA CENTRALE EUROPEA, *SEPA: dal progetto alla realtà, Quinto Rapporto* cit., 17, in cui si ribadisce che "gli istituti di credito e le comunità bancarie non devono essere obbligati da alcun soggetto a utilizzare una determinata infrastruttura (in veste di partecipante diretto o indiretto), né ad adottare specifici standard tecnici proprietari, poiché in tal caso sarebbero vincolati a un'infrastruttura perdendo la libertà di sceglierne un'altra".

rimettendole ad un processo di autovalutazione (378) che gli stessi gestori dovrebbero eseguire alla stregua dei criteri definiti e resi noti dalla BCE (379). Ciascuna autovalutazione dovrebbe poi essere resa pubblica dal gestore che l'ha eseguita onde consentire alle banche la possibilità di conoscerle e compararle prima di scegliere i canali di regolamento da utilizzare.

6. Le norme di autoregolamentazione dettate dall'EPC: il *PE-ACH/CSM Framework*.

Tra le linee guida formulate dal SEBC e le norme emanate in sede di autoregolamentazione dai gestori delle varie infrastrutture si inserisce la disciplina del quadro di riferimento per l'evoluzione del *clearing* e del *settlement* dei pagamenti eseguiti nella SEPA, demandata dall'Eurosistema all'EPC e da questo adottata con strumenti di *soft law* (380) che, stante la natura di organismo rappresentativo delle istituzioni bancarie europee del soggetto da cui promana (381), è anch'essa riconducibile, nella gerarchia delle fonti, all'autoregolamentazione.

Al fine di circoscrivere l'ambito in cui agiscono le disposizioni del *Framework for the Evolution of the Clearing and Settlement of Payments in SEPA*, l'EPC ha precisato, innanzitutto, che gli schemi SEPA per i trasferimenti di crediti e per gli addebiti diretti vanno mantenuti ben distinti dalle infrastrutture usate dai partecipanti agli schemi medesimi per il *clearing* e il *settlement* dei relativi pagamenti.

In particolare, nell'ambito del progetto SEPA devono essere distinti, secondo l'EPC, tre separati livelli: nel primo, definito *product and service layer*, si trovano le banche partecipanti agli schemi SEPA per i trasferimenti di crediti e per gli addebiti diretti, che offrono agli utenti finali il servizio principale e i servizi supplementari opzionali in un contesto concorrenziale. Nel secondo, detto *scheme layer*, si colloca la disciplina degli schemi del trasferimento di crediti (*Seпа credit transfer – SCT*) e dell'addebito diretto

(378) La scelta operata dall'Eurosistema è significativa anche perché, alla luce delle linee di *policy* enunciate in BANCA CENTRALE EUROPEA, *Il ruolo dell'Eurosistema nella sorveglianza sui sistemi di pagamento*, giugno 2000, 3, e tenuto conto che le nuove infrastrutture di *clearing* e di regolamento conformi ai requisiti SEPA saranno tutte fisiologicamente abilitate ad un'operatività transfrontaliera, le relative verifiche sarebbero dovute rientrare in teoria nella competenza delle banche centrali nazionali dei paesi in cui i sistemi hanno sede legale, salvo che il Consiglio direttivo, in base alle caratteristiche del sistema, non avesse ritenuto di assegnarne la relativa responsabilità direttamente alla stessa BCE.

(379) I criteri più dettagliati, che avrebbero dovuto integrare una sorta di guida per l'autovalutazione, cui si fa riferimento in BANCA CENTRALE EUROPEA, *SEPA: dal progetto alla realtà*, *Quinto Rapporto* cit., 19, sono poi effettivamente stati elaborati e pubblicati ad aprile del 2008 dall'Eurosistema e sono reperibili in BANCA CENTRALE EUROPEA, *Terms of reference for SEPA-compliance of infrastructures*.

(380) Cfr. EUROPEAN PAYMENTS COUNCIL, *Framework for the Evolution of the Clearing and Settlement of Payments in SEPA – Including the Principles for SEPA Scheme Compliance and Re-Statement of the PE-ACH Concept*, EPC 170/05, 5 gennaio 2007, successivamente aggiornato da *PE-ACH/CSM Framework*, 24 giugno 2008. Su un versante contiguo, l'*European Automated Clearing House Association* (EACHA), che riunisce 20 infrastrutture di *clearing* e di regolamento dei pagamenti al dettaglio provenienti da 17 stati dell'area euro, costituitasi il 28 settembre 2006 su invito dell'Eurosistema, si è occupata invece di definire i criteri che supportano l'interoperabilità tecnica fra i vari sistemi (cfr. EUROPEAN AUTOMATED CLEARING HOUSE ASSOCIATION, *Technical Interoperability Framework for SEPA-compliant Giro Payments Processing*, 2007).

(381) Le istituzioni bancarie, infatti, oltre ad essere i principali utenti delle infrastrutture di *clearing* e di *settlement*, sono anche gli azionisti di riferimento dei principali sistemi di pagamento interbancari privati.

(*Sepa direct debit – SDD*), dettata dall'EPC nei *Rulebooks* in un'ottica cooperativa ed avente ad oggetto le rispettive regole giuridiche di funzionamento, le regole tecnico-operative e i relativi *standards*. Nel terzo, infine, definito *infrastructure layer*, cui propriamente si riferiscono le disposizioni del *Framework* oggetto di analisi nel presente paragrafo, si incontrano le infrastrutture ove vengono compensate e regolate le transazioni intercorse fra le banche partecipanti agli schemi SEPA, rivenienti dallo svolgimento delle attività di trasferimento crediti e di addebito diretto (382).

La regolamentazione dettata dall'EPC con il *Framework* ha individuato cinque importanti obiettivi da conseguire ed è prioritariamente rivolta ai gestori di infrastruttura, che erano stati invitati, fra l'altro, già nel settembre 2007 a comunicare al Consiglio l'eventuale intenzione di operare come sistemi di *clearing* e *settlement* in grado di trattare operazioni di pagamento conformi alla SEPA (383).

Essa si propone, innanzitutto, di dettare un corpo di principi e regole che consentano di creare un *level playing field* aperto sia agli operatori del settore privato che ai sistemi gestiti in regime di servizio pubblico dalle banche centrali, chiamate ad osservare gli stessi principi applicabili ai privati in termini di copertura dei costi, trasparenza e concorrenza, e di stabilire una base operativa aperta, sana e concorrenziale per il *clearing* e il *settlement* dei pagamenti posti in essere attraverso gli strumenti disciplinati negli schemi SEPA (SCT e SDD), idonea a permetterne l'avvio a partire dal gennaio 2008 e a sostenere nel tempo la prevedibile crescita di volume delle relative transazioni trattate.

In secondo luogo, il *Framework*, pur riaffermando astrattamente l'esigenza di realizzare e definire la *Pan European Automated Clearing House* (PE-ACH), ritenuta una componente chiave per il successo del progetto SEPA (384), è teso a riconoscere, nel contempo, che anche differenti tipi di infrastrutture, genericamente definite *Clearing and Settlement Mechanisms* (CSM), ove conformi ai criteri/requisiti SEPA, possano validamente operare nel settore in un contesto competitivo, e mira a dettare le linee generali cui devono ispirarsi le distinte tipologie di infrastrutture in grado di svolgere nell'area unica dei pagamenti europea il *clearing* e il regolamento delle transazioni transfrontaliere al dettaglio.

Le disposizioni dell'EPC si propongono, infine, di agevolare la raggiungibilità nell'area unica di tutti i partecipanti agli schemi SEPA, formulando le basi per l'interoperabilità fra i medesimi, di prescrivere a tutte le infrastrutture il rispetto delle stesse regole

(382) Per l'esattezza, le disposizioni del *Framework* dedicate alle infrastrutture, anch'esse dettate dall'EPC in un'ottica cooperativa, dovrebbero essere inserite nel primo dei tre sottolivelli in cui potrebbe ulteriormente ripartirsi l'*infrastructure layer*. Sempre secondo l'EPC, il secondo sottolivello sarebbe caratterizzato dal *leit motiv* della libertà delle banche partecipanti agli schemi SEPA di scegliere le infrastrutture di *clearing* e di *settlement* che meglio si attagliano alle loro esigenze, mentre il terzo sottolivello sarebbe contrassegnato dall'analoga libertà delle stesse banche e delle infrastrutture di scegliere i gestori tecnici e di reti informatiche reputati più consoni.

(383) Rispondendo a tale invito, 15 infrastrutture di *clearing* e *settlement* europee, fra cui, come si dirà più ampiamente *sub 8*, anche il sistema di regolamento netto multilaterale gestito dalla Banca d'Italia, hanno comunicato sino ad oggi all'EPC la propria intenzione di operare con strumenti in formato SEPA.

(384) Il concetto della *Pan European Automated Clearing House* (PE-ACH) è già stato oggetto di plurimi interventi di studio e normativi da parte dell'EPC. Al riguardo, cfr., nell'ordine, EUROPEAN PAYMENTS COUNCIL, *Resolution on the Pan-European ACH*, EPC 135-03, 28 gennaio 2003, *Resolution on PE-ACH Governance Guiding Principles*, EPC, 330-03, 17 settembre 2003, *Resolution on Groupings of Financial Institutions in PE-ACH*, EPC 331-03, 17 settembre 2003 e *Impact Paper towards PE-ACH*, EPC 485-04, 27 febbraio 2004.

e degli stessi *standards*, di stimolare la concorrenza fra le stesse ma, nel contempo, di agevolare anche eventuali processi di concentrazione nell'interesse dell'efficienza, sia intesa in generale che sul piano dei costi.

Secondo la regolamentazione emanata dall'EPC, le infrastrutture che offrano congiuntamente servizi di *clearing* e di *settlement* di transazioni transfrontaliere al dettaglio alle banche partecipanti agli Schemi SEPA possono essere definite genericamente *Clearing and Settlement Mechanisms* (CSM).

Per *clearing*, sempre secondo il *Framework*, si intendono le attività di trasmissione, riconciliazione e conferma dei pagamenti e la determinazione di una posizione finale per il regolamento tanto per singola transazione quanto, su base sia aggregata che netta, per una pluralità di transazioni. Per *settlement* si intende, invece, l'attività di estinzione delle obbligazioni derivanti dal processo di *clearing* a carico di ciascun partecipante.

Secondo l'EPC, la disciplina delle modalità del *settlement*, che potrebbe essere effettuato indifferentemente in moneta di banca centrale (base monetaria) o in moneta di banca commerciale (385), è rimessa all'autoregolamentazione dei singoli gestori delle infrastrutture, che devono esercitarla, peraltro, nel rispetto sia del *Framework* oggetto di analisi nella presente sede sia degli *standards* di sorveglianza per i sistemi di pagamento al dettaglio elaborati dall'Eurosistema (386).

Così delineati nei loro tratti essenziali, i CSM integrano, pertanto, organismi a forma libera, non necessariamente dotati di autonoma soggettività giuridica, e a struttura potenzialmente complessa, in quanto possono risultare composti da più enti giuridicamente distinti, che concorrano, dividendosi compiti e funzioni, allo svolgimento dell'attività comune sulla base degli accordi tra loro intercorsi.

Ne discende che in tali organismi la funzione di *clearing* e quella di *settlement* ben potrebbero essere affidate a soggetti giuridicamente distinti, la cui interazione consenta comunque di conseguire il risultato comune.

Nell'ambito dei CSM possono ricomprendersi astrattamente, secondo il quadro di riferimento definito dall'EPC, varie categorie tipologiche di infrastrutture di *clearing* e *settlement*, le più evolute delle quali sono rappresentate dalla *SEPA Scheme compliant ACH* e dalla *PE-ACH compliant ACH* (387).

(385) La disposizione adottata sul punto dall'EPC si discosta parzialmente dalle soluzioni più cautelative propuginate nelle sedi di cooperazione internazionale. Al riguardo, cfr., ad esempio, BANCA DEI REGOLAMENTI INTERNAZIONALI, *Principi fondamentali per sistemi di pagamento di importanza sistemica* cit., principio VI, 8 e 39, secondo cui l'attività utilizzata per il regolamento dovrebbe essere di preferenza la moneta di banca centrale, detta anche base monetaria, "costituita da un saldo su un conto presso la banca centrale che rappresenti un credito verso quest'ultima". Il rapporto soggiunge che, ove sia impiegata, in funzione di moneta di regolamento, un'altra attività, come la moneta di banca commerciale ammessa nel *Framework* dell'EPC, la sicurezza del sistema dipenderà "in parte dalla presenza o meno di un significativo rischio di credito o di liquidità per il detentore", precisando poi che la presenza dell'uno o dell'altro rischio potrebbe esporre il sistema ad una crisi di fiducia, a sua volta, suscettibile di ingenerare un rischio sistemico.

(386) Si tratta, in particolare, degli *standards* stabiliti in BCE, *Oversight standards for euro retail payments systems*, giugno 2003.

(387) Accanto alle due principali citate nel testo, il *Framework* indica anche i *SEPA Scheme compliant decentralised form of structured bilateral and/or multilateral clearing and settlement not using an ACH organisation*, infrastrutture decentralizzate che praticino la compensazione bilaterale e/o multilaterale e il regolamento senza avvalersi dell'organizzazione di una stanza di compensazione automatizzata, i *SEPA*

La *PE-ACH compliant ACH*, è definita dall'EPC in termini molto vaghi e scarsamente utili al giurista come una “*business platform*” in grado di offrire ai prestatori di servizi di pagamento servizi di *clearing* e di regolamento di transazioni *cross border* rispondenti ai requisiti SEPA, garantendo la piena raggiungibilità in tutta l'area unica dei pagamenti in euro, dotata di norme operative e di *governance*, oltre che di una struttura tecnica.

Come si vede, si tratta di prescrizioni alquanto generiche, che non vanno molto oltre l'affermazione che la *PE-ACH* è molto più di un semplice CSM.

In realtà, l'unico elemento che sembrerebbe distinguere in concreto la *PE-ACH compliant ACH* dal *SEPA Scheme compliant ACH*, principale tipologia di CSM alternativo, è che la prima, oltre ad operare in modo conforme ai requisiti previsti dai *Rulebooks* dell'EPC, quale sistema integrato nato a vocazione paneuropea e transnazionale, dovrebbe essere costituita da un'unica piattaforma per definizione tendenzialmente autosufficiente, e cioè in grado di assicurare da sola la piena raggiungibilità in ambito SEPA, vale a dire di permettere quanto meno a tutte le banche dell'intera area dell'euro di ricevere i pagamenti ad esse destinati, mentre i soggetti rientranti nella seconda categoria potrebbero raggiungere i medesimi risultati solo collegandosi, direttamente o indirettamente, ad altre analoghe infrastrutture mediante accordi di interoperabilità, dando vita così ad un ambiente integrato da una rete di collegamenti.

Il margine fra le due categorie, oltre che giuridicamente impalpabile, resta, comunque, piuttosto labile ed indeterminato anche dal punto di vista strutturale e tecnico-operativo, ove si consideri che, sempre secondo il *Framework*, la *PE-ACH compliant ACH*, oltre che da un'unica stanza di compensazione automatizzata ed integrata in grado di coprire da sola tutta l'area dell'euro, potrebbe essere formata anche da una pluralità di *SEPA Scheme compliant CSM* riuniti in un contesto integrato sia in virtù di specifici accordi di collegamento intercorrenti fra gli stessi che di eventuali processi di concentrazione che li abbiano interessati (388).

Quanto alle disposizioni che devono essere osservate dalle infrastrutture di *clearing* e di regolamento ai fini della autovalutazione di conformità affidata alle stesse e sottoposta poi, dopo la pubblicazione, al vaglio delle banche partecipanti agli schemi SEPA, il *Framework* individua dapprima una serie di principi, per lo più tecnico-operativi, contrassegnati dal livello di conformità 1, applicabili in generale sia ai *SEPA Scheme compliant CSM* che alle *PE-ACH compliant ACH* (389) e, successivamente, alcuni ulteriori specifici principi, contrassegnati dal livello di conformità 2, applicabili soltanto a queste ultime (390).

Scheme compliant intra-bank and/or intra-group clearing and settlement arrangement, sorta di sistemi di compensazione e regolamento infra banca o infra gruppo disciplinati da accordi e i *form of purely bilateral non structured SEPA Scheme compliant clearing and settlement*, canali di compensazione e regolamento su base meramente bilaterale, un esempio dei quali sembra potersi individuare nel *correspondent banking*. Si tratta, tuttavia, di ipotesi del tutto recessive le ultime due delle quali menzionate nelle disposizioni dettate dall'EPC per mero scrupolo di completezza, atteso che le *PE-ACH* e le *ACH* che operano in modo conforme ai requisiti SEPA rappresentano rispettivamente le categorie tipologiche di gran lunga più importanti e più diffuse.

(388) In tal senso, cfr. EUROPEAN PAYMENTS COUNCIL, *Framework for the Evolution of the Clearing and Settlement of Payments in SEPA* cit. e *PE-ACH/CSM Framework* cit., chapter 3.1, 13.

(389) Cfr. EUROPEAN PAYMENTS COUNCIL, *Framework for the Evolution of the Clearing and Settlement of Payments in SEPA* cit. e *PE-ACH/CSM Framework* cit., chapter 2.3, 11.

(390) Cfr. EUROPEAN PAYMENTS COUNCIL, *Framework for the Evolution of the Clearing and Settlement of Payments in SEPA* cit. e *PE-ACH/CSM Framework* cit., chapters 3.2, 3.3., 3.4, 3.5 e 3.6, 13 ss.

I principi per la conformità agli Schemi SEPA corrispondenti al livello 1 fanno sostanzialmente obbligo alle infrastrutture:

- 1) di recapitare senza alterazioni tutte le informazioni di pagamento scambiate fra le banche partecipanti agli schemi SEPA coinvolte;
- 2) di rispettare per tutte le operazioni i tempi massimi di esecuzione, o i minori tempi concordati, e in generale tutti i cicli temporali stabiliti nei *Rulebooks*;
- 3) di porre a carico delle banche partecipanti agli schemi SEPA che siano utenti dirette dei servizi di *clearing* e di *settlement* tutte le commissioni e le tariffe dovute e non detrarre mai dagli importi delle transazioni SEPA eseguite, né caricarle direttamente sull'utente o sulle banche partecipanti indirette;
- 4) di richiedere ed utilizzare il formato dei dati e le linee guida tecniche concordate per la SEPA;
- 5) di non compromettere il rispetto delle disposizioni dei *Rulebooks* a causa della prestazione di qualsivoglia servizio supplementare opzionale, come definito negli stessi *Rulebooks*, o della prestazione di servizi estranei alla SEPA o di altri eventuali servizi supplementari;
- 6) di stabilire o di applicare per il proprio funzionamento, appropriate regole operative, criteri di accesso, prassi e linee guida, su basi pienamente trasparenti e solide;
- 7) di soddisfare i requisiti in materia di criteri di accesso, servizi prestati e principi di *governance* dettati per le *PE-ACH compliant ACH*, esaminati dettagliatamente in prosieguo, quando le infrastrutture appartengano alle categorie tipologiche contrassegnate dai punti 2 e 3 del paragrafo 2.1 del *Framework*, e cioè alle *SEPA Scheme compliant ACH* o ai sistemi decentralizzati, che pratichino la compensazione bilaterale e/o multilaterale e il regolamento senza avvalersi dell'organizzazione di una stanza di compensazione automatizzata;
- 8) di allinearsi agli *standard* di sorveglianza per sistemi di pagamento al dettaglio in euro pubblicati dalla BCE nel giugno 2003 (391) e alle eventuali modifiche che l'Eurosistema decidesse di apportare in futuro agli stessi;
- 9) di aprire e mantenere un conto corrente di corrispondenza fra ciascuna coppia di banche partecipanti allo schema utilizzando i suoi servizi di CSM, e renderlo disponibile alle medesime banche che siano utenti diretti dei servizi del CSM, in particolare per conformarsi agli obblighi relativi al *Multilateral Balancing Payment* (MBP) (392).

I principi corrispondenti al livello di conformità 2, applicabili, salvo l'eccezione prevista dal settimo principio sopra menzionato, alle sole *PE-ACH compliant ACH*, oltre a ricomprendere quelli corrispondenti al livello di conformità 1, relativi ai *Rulebooks* e validi per tutti i CSM, sono costituiti dalla garanzia di un'ampia raggiungibilità, indispensabile alla SEPA, da realizzare in via autonoma o tramite il collegamento con altre ACH, e dalle norme di *governance*.

(391) Si tratta degli *standards* stabiliti in BCE, *Oversight standards for euro retail payments systems* cit., già menzionati nella precedente nota n. 56.

(392) Cfr. EUROPEAN PAYMENTS COUNCIL, *PE-ACH/CSM Framework* cit., chapter 2.3, punto 9), 11, che ha introdotto *ex novo* il principio, non previsto nella precedente regolamentazione dettata dall'EPC nel gennaio 2007.

Per quanto riguarda la raggiungibilità, considerato che essa è essenziale per il successo della SEPA, ogni *PE-ACH compliant ACH*, secondo le disposizioni dettate dall'EPC, deve porre in essere tutti gli strumenti e gli accordi necessari a consentirle di accettare per il *clearing* e il *settlement* qualunque pagamento derivante da una transazione conclusa fra qualsiasi partecipante agli schemi SEPA.

Il *Framework* consente di assicurare la raggiungibilità tramite differenti modalità e precisamente:

- attraverso la spedizione e/o ricezione a o da propri utenti diretti;
- attraverso uno o più accordi con altre ACH, che già siano o che stiano cercando di essere conformi ai requisiti SEPA e che possano offrire la raggiungibilità dei propri utenti partecipanti;
- attraverso il collegamento ad altri CSM conformi ai requisiti SEPA, che assicurino la raggiungibilità per gli utenti non coperti dalle prime due modalità.

Ove la raggiungibilità sia assicurata mediante collegamenti con altre ACH, i sistemi collegati e i loro utenti restano pienamente responsabili sia per la validità degli accordi che per la sicurezza dei collegamenti tecnici.

Riguardo all'accesso, sono potenziali utenti della *PE-ACH compliant ACH* tutte le banche situate nell'area dell'euro, che partecipino agli schemi ed abbiano sottoscritto un accordo per uno schema SEPA. Possono tuttavia essere utenti dell'infrastruttura anche altri soggetti in relazione a servizi diversi e non rientranti nella SEPA. Sia per il *clearing* che per il *settlement*, i partecipanti agli schemi SEPA possono aderire alla *PE-ACH compliant ACH* tanto da utenti diretti quanto da utenti indiretti.

Il *Framework* detta anche alcuni principi disciplinanti l'accesso di utenti diretti all'infrastruttura:

- a) al fine di garantire un ampio mercato sia per i servizi di *clearing* che di *settlement*, si ribadisce il principio, già oggetto di raccomandazione da parte della BCE, secondo cui dovrebbe essere garantito un accesso equo e non restrittivo; in particolare, la *PE-ACH compliant ACH* dovrebbe avere un approccio geograficamente neutrale con riferimento ai criteri di accesso, alla *governance* e alle regole;
- b) i principi secondo cui l'utente diretto può utilizzare i servizi dell'infrastruttura devono essere chiaramente individuati e non possono prevedere a suo carico ingiustificati obblighi di partecipare al sistema o di continuare la partecipazione allo stesso;
- c) l'accesso comporta, come ovvio, che l'utente diretto rispetti le regole prudenziali e operative stabilite dal sistema;
- d) i criteri di accesso ad altri servizi non collegati alla SEPA non dovrebbero contenere obblighi che discriminino fra utenti utilizzanti solo gli schemi SEPA ed utenti utilizzanti anche altri tipi di servizi.

L'accesso dovrebbe, inoltre, essere documentato in ogni caso in un accordo sottoscritto dall'utente partecipante allo schema e dal gestore della *PE-ACH compliant ACH*.

I principali servizi prestati dalla *PE-ACH compliant ACH*, con riferimento alle transazioni relative a trasferimenti di crediti e addebiti diretti SEPA, sono quelli di *clearing* e di *settlement*. L'infrastruttura non è, peraltro, tenuta ad offrire entrambi detti servizi con riferimento a ciascuno schema SEPA.

Per questa categoria tipologica di infrastrutture è inoltre previsto che debba essere garantito il rispetto di alcuni principi di *governance*.

Il favore con cui l'EPC guarda ad un'assunzione di responsabilità del settore privato nel comparto dei servizi di *clearing* e di *settlement* di pagamenti al dettaglio, emerge chiaramente nel *Framework*, in particolare, laddove si auspica come buona regola generale di *governance*, pienamente condivisibile, ancorché ovviamente non applicabile ai sistemi gestiti dalle banche centrali nazionali in regime di servizio pubblico (393), che sia consentito agli utenti interessati di partecipare al governo dell'infrastruttura e di essere equamente rappresentati nell'ambito della stessa.

Alla stessa *ratio* è ispirata, del pari, la regola contigua secondo cui le *PE-ACH compliant ACH* dovrebbero disporre di accordi di *governance* in base ai quali nei processi decisionali sia data un'appropriata ed equilibrata rappresentanza sia ai proprietari dell'infrastruttura che agli utenti della stessa.

Suscettibili di applicazione generale, vale a dire estendibili sia ai gestori privati che a quelli pubblici, sembrano invece le ulteriori regole del *Framework* che raccomandano di stabilire in modo chiaro e trasparente i compiti e le responsabilità di ciascuna categoria di utenti, che richiedono per le *PE-ACH compliant ACH* l'adozione di una forma legale, l'istituzione di funzioni di controllo appropriate in relazione agli scopi da raggiungere, una disciplina efficace, attuabile, trasparente ed univoca dei processi decisionali nonché la previsione di adeguati meccanismi di *enforcement*, tali da garantire l'osservanza dell'impegno degli utenti a rispettare le regole che disciplinano la partecipazione al sistema, e di validi meccanismi di risoluzione delle dispute.

Parimenti applicabili sia alle infrastrutture create da privati che a quelle gestite dalle banche centrali nazionali, sono le disposizioni con le quali l'EPC prescrive alle *PE-ACH compliant ACH* di praticare per i servizi prestati politiche di tariffazione eque, trasparenti, non discriminatorie, compatibili con le regole di concorrenza e che non costituiscano barriere all'accesso (394).

(393) Sia la partecipazione degli utenti al governo del sistema di regolamento che l'attribuzione agli stessi di un'appropriata ed equilibrata rappresentanza nei processi decisionali del sistema medesimo, esaminata immediatamente dopo nel testo, si pongono, infatti, in insanabile contrasto con i principi generali che disciplinano il servizio pubblico, secondo i quali all'ente pubblico titolare va riconosciuta, anche quando nella sua azione non si avvalga di poteri autoritativi, una posizione di preminenza in fatto e in diritto, sia in relazione all'organizzazione e al funzionamento del sistema, che alla predisposizione delle norme disciplinanti la prestazione del servizio. Tale posizione, che trova il suo fondamento ultimo nella titolarità del servizio pubblico, si esprime essenzialmente nell'insostituibilità dell'ente gestore da parte degli utenti e in una forte riduzione dell'autonomia negoziale di questi ultimi in ordine agli accordi contrattuali disciplinanti l'erogazione dello stesso. In altre parole, da un lato agli utenti non può essere attribuito alcuno spazio decisionale nella scelta del gestore, la cui designazione discende in via diretta o indiretta dalla legge, dall'altro la sola facoltà lasciata a chi è interessato a partecipare al servizio è quella di aderire o meno al sistema, giacché una volta sciolta la valutazione sull'*an* la determinazione del *quomodo* è rimessa per intero alle disposizioni unilateralmente predisposte dall'ente gestore, accettate da tutti i partecipanti con modalità che ricalcano quelle dei cc.dd. "contratti per adesione". In tal senso, cfr. M. MANCINI, *Procedure, regole, funzione della compensazione multilaterale dei recapiti monetari nei pagamenti transnazionali e in quelli interni*, in *Il diritto del sistema dei pagamenti* cit., 320 ss.

(394) La disposizione è, oltretutto, perfettamente allineata agli orientamenti assunti in materia dall'Eurosistema in BANCA CENTRALE EUROPEA, *Erogazione di servizi di pagamento al dettaglio in euro agli enti creditizi da parte delle banche centrali* cit., che, come già rilevato nella nota n. 34, impone alle banche centrali nazionali, che gestiscano sistemi di regolamento interbancari *retail*, l'obbligo del rispetto del contesto concorrenziale del relativo mercato.

Nel *Framework*, accanto alle indicazioni rivolte alle infrastrutture e ai gestori delle stesse, sono dettate anche alcune raccomandazioni indirizzate direttamente alle banche partecipanti agli schemi SEPA, che costituiscono gli utenti potenziali dei nuovi sistemi di *clearing* e di *settlement*. Esse, in particolare, da un lato sono invitate all'osservanza delle regole operative, delle prassi e delle linee guida del CSM o dei CSM da loro scelti, dall'altro sono richiamate al rispetto dell'obbligo di garantire la raggiungibilità all'interno dell'area dell'euro a prescindere dal CSM o dai CSM a tal fine utilizzati. L'obiettivo, secondo l'EPC, potrebbe essere conseguito con una o più delle seguenti soluzioni:

- a) partecipando ad una pluralità di CSM in grado di coprire tutte le destinazioni necessarie;
- b) impegnandosi, come utenti o anche, se del caso, come proprietari del CSM, a promuovere la necessaria evoluzione dell'infrastruttura, dando la preferenza alla categoria tipologica ritenuta più completa, vale a dire alla *PE-ACH compliant ACH*;
- c) accertandosi, prima di scegliere un CSM, che tutte le banche destinatarie siano raggiungibili, direttamente o indirettamente, attraverso di esso o, qualora non sia possibile accertare previamente tale circostanza, individuando come soluzione di riserva una *PE-ACH compliant ACH* tramite la quale le banche destinatarie non coperte dal CSM possano essere raggiunte;
- d) assicurandosi, infine, che i CSM scelti siano e continuino nel tempo ad essere conformi ai *SEPA Scheme Rulebooks* e alle previsioni del *Framework*, disposizione questa indubbiamente rilevante giacché, unitamente a quella che disciplina la pubblicazione del *self assessment* eseguito dai gestori dei singoli sistemi di *clearing* e *settlement*, dettata dall'Eurosistema ed esaminata nel precedente paragrafo, grava le banche utenti delle infrastrutture dell'onere di controllare e comparare le autovalutazioni operate dai gestori delle stesse.

In ogni caso, secondo l'EPC, le banche partecipanti agli schemi SEPA, mentre quando avviano la transazione sono libere di organizzare i loro canali di *clearing* e di regolamento, potendo scegliere secondo convenienza i propri CSM, quando sono parte ricevente sarebbero, invece, tenute a garantire sempre e comunque la propria raggiungibilità, usando eventualmente come ultima risorsa la *PE-ACH*.

7. L'interoperabilità delle infrastrutture di *clearing* e *settlement* nel comparto *retail*.

Le disposizioni dettate dal *Framework* si soffermano anche sulle prospettive future del settore delle infrastrutture di *clearing* e *settlement* (395), da un lato per ribadire

(395) Alle prescrizioni del *Framework* dedicate a tali profili, per quanto indicative degli orientamenti del settore bancario e finanziario europeo, non sembra potersi riconoscere però valenza normativa, neppure nella blanda forma del *soft law*. E', infatti, evidente che, pur avendo demandato all'autoregolamentazione dell'EPC la disciplina del quadro di riferimento dei sistemi di compensazione e regolamento, l'Eurosistema non ha certo inteso rinunciare con ciò all'esercizio della funzione di promuovere il regolare funzionamento dei sistemi attribuitagli dal Trattato CE, alla quale va indubbiamente ricondotta l'elaborazione delle linee strategiche per le prospettive di sviluppo del settore. Ciò è confermato, oltretutto, dal fatto che lo stesso EPC declini, in ogni caso, il compito di disciplinare i processi evolutivi che contraddistinguono in questa epoca di transizione il settore delle infrastrutture di *clearing* e *settlement*, rimettendo in sostanza tutte le decisioni in materia al mercato e ai processi di autoregolamentazione promossi dagli utenti e dai proprietari delle varie infrastrutture, si aggiunge, nel rispetto delle linee guida tracciate dall'Eurosistema e di quelle che lo stesso dovesse elaborare in futuro. Cfr., al riguardo, EUROPEAN PAYMENTS COUNCIL, *Framework for the Evolution of the Clearing and Settlement of Payments in SEPA* cit. e *PE-ACH/CSM Framework* cit., chapter 3.1, 13.

l'opinione, già più volte espressa dall'EPC in precedenti occasioni, secondo cui l'evoluzione verso la PE-ACH rappresenterebbe la più efficiente soluzione per raggiungere gli obiettivi dell'area unica dei pagamenti in euro, dall'altro per affermare l'indispensabilità dell'avvio entro il 2008 di almeno una *PE-ACH compliant ACH* pienamente operativa e idonea ad assicurare un'ampia raggiungibilità per tutti gli schemi SEPA (396).

Tuttavia, pur esprimendo una chiara preferenza per la tipologia di infrastruttura ritenuta più evoluta, il documento auspica, nel contempo, lo sviluppo di un sufficiente numero di altri CSM (397), unica via che paia consentire al momento la realizzazione nel settore delle infrastrutture di quel pluralismo di modelli funzionali concorrenti fortemente voluto dall'Eurosistema e che sembri offrire, conseguentemente, alle banche partecipanti agli schemi SEPA la possibilità di scegliere fra vari canali di regolamento.

Per il perseguimento di tale obiettivo è quindi essenziale che tutte le infrastrutture rientranti nella più ampia categoria tipologica dei CSM, che sino ad oggi hanno comunicato all'EPC l'intenzione di trattare transazioni originate dagli schemi SEPA, si dimostrino in grado di cooperare attivamente alla nascita dell'area unica dei pagamenti in euro, il che postula che le stesse riescano a porre in essere le strutture indispensabili a consentire una piena interoperabilità, supplendo alla mancanza di una piattaforma tecnica unica o di un meccanismo di *interlinking* tramite la realizzazione di una rete di accordi, indispensabile ad instaurare collegamenti tecnici e giuridici, procedure e *standards* di servizio, che consentano il *clearing* e il *settlement* di pagamenti transfrontalieri.

È ben evidente, in tale contesto, il ruolo cruciale che, ai fini del conseguimento degli obiettivi perseguiti sia dall'Eurosistema che dall'EPC, viene ad essere assunto dagli accordi di interoperabilità, che dovranno essere stipulati fra i gestori dei vari sistemi, dal momento che dagli stessi dipenderà il collegamento fra le infrastrutture appartenenti alle categorie tipologiche diverse dalla PE-ACH.

In ragione di ciò, è altrettanto evidente che tali accordi dovranno soddisfare esigenze duplici: cooperative, innanzitutto, per la parte in cui saranno chiamati a realizzare una struttura di collegamento, tendenzialmente estesa a tutti i sistemi *SEPA compliant*, indispensabile a garantire una pluralità di canali utilizzabili per il regolamento delle transazioni eseguite nel nuovo formato e, in definitiva, a consentire il regolare funzionamento dei sistemi di pagamento *retail*; competitive, per la parte in cui rappresenteranno lo strumento attraverso il quale i gestori dei sistemi di pagamento *SEPA compliant* perseguiranno il legittimo intento di assicurarsi le migliori posizioni nel mercato dei servizi di regolamento.

(396) Secondo l'EPC, nell'area dell'euro potrebbero, peraltro, coesistere più infrastrutture riconducibili alla categoria tipologica della *PE-ACH compliant ACH*, sia competendo nella stessa area geografica e nel medesimo settore di attività, sia alternando cooperazione e competizione, sia infine operando in differenti aree geografiche o specializzandosi in diversi settori di attività. In tal senso, cfr., ad esempio, EUROPEAN PAYMENTS COUNCIL, *Framework for the Evolution of the Clearing and Settlement of Payments in SEPA* cit. e *PE-ACH/CSM Framework* cit., chapter 3.1, 13.

(397) Sul mercato europeo il solo esempio di infrastruttura attualmente operante che possa avvicinarsi alla categoria tipologica della *PE-ACH compliant ACH*, come delineata nel *Framework*, è forse quella costituita dai sistemi integrati STEP 2 e EURO1/STEP 1, di proprietà dell'EBA, mentre una quindicina di sistemi, in gran parte nati con vocazione esclusivamente nazionale, hanno comunicato all'EPC l'intenzione di divenire CSM in grado di operare in modo conforme ai requisiti indicati dallo *Scheme Rulebook* per il *credit transfer*, hanno intrapreso il relativo processo evolutivo ed hanno iniziato a realizzare accordi quadro di interoperabilità con le altre infrastrutture operanti nel comparto *retail*.

E proprio la finalità ambivalente degli accordi, insieme cooperativa e competitiva, induce a ritenere che la spontanea azione degli operatori di mercato, spinta dalla fisiologica propensione al profitto, possa non essere di per sé sufficiente nella specie a conseguire una configurazione ottimale, in termini di efficienza ed affidabilità, dell'indispensabile struttura di collegamento fra i sistemi, ove non supportata da una disciplina di armonizzazione, emanata dal legislatore comunitario, dalla BCE o in sede di autoregolamentazione dall'EPC, che stabilisca un nucleo essenziale di principi non derogabili dalle parti nei singoli accordi, tesi a contemperare le due finalità (398).

Senonché, come si è visto *sub 5*, le linee guida formulate dall'Eurosistema si limitano a tratteggiare gli scenari di fondo, concentrandosi sui criteri e sui requisiti necessari affinché il futuro assetto delle infrastrutture sia tale da garantire il regolare funzionamento dei sistemi di pagamento al dettaglio; criteri e requisiti che vengono genericamente individuati nel pluralismo dei modelli funzionali concorrenti, nella libertà delle banche di scegliere le infrastrutture che ritengano più convenienti in relazione ai costi e alla qualità dei servizi, nella trasparenza dei servizi e delle tariffe, nell'idoneità delle infrastrutture ad assicurare la piena interoperabilità e a garantire così la raggiungibilità di qualsiasi banca dell'area euro.

In particolare, desta perplessità il fatto che, sebbene l'interoperabilità venga sistematicamente indicata sia dall'Eurosistema che dall'EPC come il fattore chiave per il conseguimento di tutti gli obiettivi, gli accordi tramite i quali essa dovrebbe essere assicurata siano rimessi totalmente alla definizione dei gestori delle infrastrutture, senza che né le linee guida, né il *Framework* individuino quel nucleo essenziale di principi inderogabili, finalizzati a contemperare la finalità cooperativa con quella competitiva, cui il contenuto degli accordi stessi dovrebbe conformarsi.

L'unico punto nelle linee di *policy* dettate dall'Eurosistema in cui ci si occupa della definizione del contenuto dell'interoperabilità, oggetto principale degli accordi che i gestori dei CSM sono caldamente invitati a concludere, è il passaggio, precedentemente illustrato *sub 5*, in cui, al fine di contemperare cooperazione e concorrenza, si specifica che le infrastrutture conformi ai requisiti SEPA non possono rifiutare il collegamento richiesto da altre infrastrutture, ove le richiedenti siano disposte ad assumersi i relativi costi, ma si esclude, nel contempo, che ciò comporti un obbligo in positivo a carico di ciascuna infrastruttura di stabilire un collegamento diretto con tutte le altre, essendo sufficiente a soddisfare la prescrizione anche la mera disponibilità ad assicurare un collegamento indiretto, attraverso altre banche od infrastrutture.

Tale indicazione sembra sostanzialmente ripresa anche a livello di autoregolamentazione, laddove si afferma che la visione prospettica perseguita dall'EPC non contempla la previsione di un obbligo a carico di ogni CSM esistente o futuro di instaurare necessariamente accordi di interoperabilità con tutti gli altri (399). Vale a dire che, secondo il

(398) Un intervento armonizzatore in materia non sembra, infatti, in contrasto con la visione prospettica evidenziata nel *Single Euro Payments Area, Joint statement from the European Commission and the European Central Bank* cit., 2, in cui, considerate l'importanza e la dimensione dei benefici sociali ed economici attesi dalla SEPA, la Commissione Europea, pur auspicando lo sviluppo della massima autoregolamentazione da parte dei settori imprenditoriali interessati, fa espressa riserva di esercitare all'occorrenza i propri poteri normativi. Allo stato, è ad esempio allo studio del legislatore comunitario una proposta di adeguamento della direttiva 98/26/CE, concernente il carattere definitivo del regolamento nei sistemi di pagamento e nei sistemi di regolamento titoli, che intende, fra l'altro, aggiornare il relativo quadro normativo alla nuova situazione di fatto, che sarà determinata dalla diffusa interoperabilità dei sistemi.

(399) Così, EUROPEAN PAYMENTS COUNCIL, *Framework for the Evolution of the Clearing and Settlement of Payments in SEPA* cit. e PE-ACH/CSM *Framework* cit., chapter 1.3, 9.

Framework, per soddisfare l'obbligo di cooperazione alla nascita dell'area unica dei pagamenti in euro, non sarebbe indispensabile che ciascun CSM si connetta, tecnicamente o giuridicamente, a tutte le altre infrastrutture operanti nella SEPA, essendo sufficiente che lo stesso sia in grado, all'occorrenza, di interagire con loro anche per via indiretta, ad esempio, stando a quanto sembra di capire, grazie agli eventuali accordi di interoperabilità che le stesse abbiano concluso con altre infrastrutture collegate in qualsivoglia modo al primo.

Ne discende che, secondo l'EPC, il panorama futuro del mercato dei servizi di regolamento transfrontalieri al dettaglio, a differenza di quello all'ingrosso, non sarà costituito certamente da un'unica piattaforma tecnica quale ad esempio quella che oggi caratterizza il sistema TARGET 2, né dovrebbe essere necessariamente composto da sistemi fra loro interrelati in una struttura a rete, che più richiamerebbe l'idea del meccanismo di *interlinking* a suo tempo utilizzato dal SEBC per congiungere i sistemi di regolamento lordo nazionali nel TARGET, ma potrebbe essere composto validamente anche da una struttura a geometria variabile, costituita da tante catene formate da sistemi, in grado di interagire fra di loro, anche in assenza di collegamenti, tecnici e giuridici, che uniscano direttamente ciascun sistema a tutti gli altri.

Tanto le scarse linee guida della BCE quanto le generiche indicazioni formulate dall'EPC sembrano, invero, insufficienti ad indurre imprenditori inseriti in un mercato altamente competitivo a mettere in secondo piano i propri interessi commerciali e a stimolarli alla conclusione di accordi idonei sia a realizzare l'indispensabile struttura di collegamento fra i sistemi, che integra la porzione di finalità cooperativa degli accordi, sia ad assicurarle una configurazione ottimale, in termini di efficienza ed affidabilità. Esse lasciano, infatti, scoperti e privi di adeguata certezza giuridica diversi punti chiave del contenuto degli accordi rispetto ai quali sembra emergere con evidenza l'esigenza di dettare principi di disciplina quanto meno armonizzata, se non addirittura uniforme.

Tale esigenza, ad esempio, sembra innanzitutto palese riguardo all'individuazione del momento di immissione degli ordini di pagamento nel sistema di regolamento, determinante al fine di valutare la definitività e, quindi, l'opponibilità degli stessi ai terzi, ivi incluse le eventuali procedure di insolvenza. La direttiva 98/26/CE, sulla definitività degli ordini immessi in un sistema di pagamento o di regolamento titoli, rimette ai gestori degli stessi sistemi l'individuazione di tale momento ed alcuni stati, fra cui l'Italia, nel recepirne le disposizioni, hanno stabilito che tale individuazione debba essere fatta nel rispetto delle prescrizioni impartite dalle Autorità di controllo preposte al settore (400). Orbene, in caso di accordi di interoperabilità, avremmo sempre, per definizione, due o più gestori di sistemi, appartenenti presumibilmente a diverse legislazioni nazionali, che, nell'individuazione di tale momento in sede negoziale, potrebbero essere condizionati da prescrizioni confliggenti impartite dalle rispettive Autorità pubbliche, con il rischio di trovarsi di fronte a ordini di pagamento che, dovendo transitare per almeno due sistemi di regolamento, potrebbero considerarsi immessi e quindi opponibili ai terzi a partire da momenti differenti, con intuibile nocimento per la certezza del diritto e comprensibili difficoltà delle banche partecipanti ai sistemi alle prese con molteplici discipline potenzialmente differenziate.

(400) Per l'esattezza, ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. n. 210/2001, attuativo della direttiva 98/26/CE, il momento di immissione dell'ordine di pagamento nel nostro ordinamento deve essere stabilito dai gestori dei sistemi nel rispetto delle prescrizioni impartite dalla Banca d'Italia e dalla CONSOB.

Altrettanto evidente sembra l'esigenza di una disciplina armonizzata con riferimento alla definizione della portata dell'interoperabilità che gli accordi dovrebbero assicurare. Al riguardo, come visto, sia le linee di *policy* del SEBC che la visione prospettica dell'EPC sembrano coincidenti nell'auspicare che gli accordi realizzino un'interoperabilità che consenta la più vasta interazione fra le infrastrutture senza richiedere necessariamente a ognuna di esse di unirsi tramite collegamenti tecnici e giuridici a tutte le altre. Quella che viene in tal modo ipotizzata non è, perciò, una struttura a rete, ma direi piuttosto una struttura a “catena” (401).

Restano, peraltro, del tutto indeterminati e rimessi all'autonomia negoziale delle varie parti contraenti l'oggetto della prestazione di interoperabilità che, stante la sua necessaria strumentalità al regolare funzionamento dei sistemi di pagamento del comparto *retail* e la sua conseguente valenza cooperativa, dovrebbe invece avere presumibilmente un'accezione unica in tutti gli accordi, e i contorni della responsabilità derivante a carico di ciascun CSM nell'ipotesi che l'ordine di pagamento non sia stato recapitato.

In particolare, sembra tutt'altro che irrilevante stabilire, ad esempio, se al fine di assicurare l'interoperabilità, un accordo possa obbligare ciascun CSM ad accettare ordini di pagamento indirizzati esclusivamente ai suoi partecipanti o ad accettare anche ordini diretti a partecipanti ad altri CSM, con i quali i contraenti siano collegati in virtù di accordi precedentemente stipulati. E, in quest'ultimo caso, è altrettanto importante stabilire se dall'accettazione dell'ordine derivi una responsabilità del CSM estesa alla completa esecuzione dello stesso solo con riferimento agli ordini indirizzati ai suoi partecipanti od anche con riguardo a quelli diretti a partecipanti ad altri CSM, rispetto ai quali lo stesso svolge solo un'attività di tramite.

Sembra evidente che, ove la prestazione di interoperabilità prevista dagli accordi avesse ad oggetto solo gli ordini indirizzati ai partecipanti del CSM ricevente, la “catena” si romperebbe immediatamente, dando vita a tanti rapporti esclusivamente bilaterali, il che renderebbe improbo soddisfare il requisito della piena raggiungibilità per i CSM non appartenenti alla categoria tipologica della PE-ACH.

D'altro canto, anche ove si accedesse alla nozione ampia di interoperabilità, la “catena” fra i CSM sembrerebbe poter funzionare in modo conforme ai criteri/requisiti SEPA solo a condizione che sia accompagnata da regole di ripartizione della responsabilità tendenzialmente uniformi fra tutti i sistemi in tal modo collegati, dal momento che ben difficilmente un CSM sarebbe disposto ad assumersi contrattualmente la responsabilità nei confronti del CSM mittente, ove non potesse fare affidamento a valle su un'identica assunzione contrattuale di responsabilità da parte del CSM cui partecipa la banca destinataria finale dell'ordine (402).

(401) Va rilevato, fra l'altro, per inciso, che sembra difficile per un simile tipo di struttura assicurare il rispetto del tempo di regolamento di un *business day* previsto dal SEBC, sia pure a partire dal 2012, (cfr., al riguardo, BANCA CENTRALE EUROPEA, *Terms of reference for SEPA-compliance of infrastructures* cit., criterio 3, lett. d). Per poter osservare tempi di regolamento così stretti, parrebbe necessario, quanto meno, l'utilizzo di una struttura interconnettiva “a stella”, che consenta a ogni CSM di interagire con tutti gli altri sulla base di altrettanti rapporti bilaterali, prospettiva scoraggiata, peraltro, sia dalle linee guida della BCE che dal *Framework* dell'EPC, che sembrano aver voluto escludere entrambe la configurabilità di un obbligo a carico di ciascuna infrastruttura di stabilire un diretto collegamento, tecnico e giuridico, con tutte le altre.

(402) È evidente, per contro, che, ove i CSM contraenti rifiutassero di assumere contrattualmente la responsabilità del buon esito dei pagamenti ricevuti destinati a partecipanti ad altri CSM ad essi collegati, il mancato recapito non imputabile ad inadempimento della propria diretta controparte costringerebbe il CSM mittente ad agire per far valere un danno derivante da responsabilità extracontrattuale senza poter individuare con certezza il soggetto danneggiante ed individuando la legge applicabile ed il giudice competente alla stregua dei principi del diritto internazionale privato. E una simile eventualità non sembra certo idonea ad agevolare la realizzazione di un'area unica dei pagamenti in euro.

Si tratta di scelte che comportano tutte, in ogni caso, rilevanti conseguenze per il buon funzionamento dell'interoperabilità e, più in generale, per il successo di un'area unica dei pagamenti in euro, che, ove fossero rimesse *in toto* all'autonomia negoziale riconosciuta alle parti contraenti di ciascun accordo, potrebbero dar luogo a discipline contrattuali differenziate a tal punto da determinare un'eccessiva segmentazione del mercato dei servizi di regolamento e pregiudicare gli obiettivi che l'Eurosistema e l'EPC si propongono.

Fra gli aspetti che paiono necessitare la predisposizione di principi di armonizzazione della relativa disciplina negoziale, tali da conferire agli accordi un adeguato livello di certezza giuridica, andrebbero annoverati, a puro titolo d'esempio, anche l'individuazione della legge di riferimento applicabile al contratto (403), la previsione di adeguate procedure extragiudiziali di risoluzione delle dispute e il deferimento delle eventuali controversie ad una sede arbitrale specializzata che, superando la frammentazione delle sedi giurisdizionali nazionali, possa assicurare la massima uniformità di giudizio nell'interpretazione delle clausole contrattuali.

Per tali ragioni, difettando al momento, come in precedenza rilevato, sia a livello di direttive comunitarie, sia nelle linee guida formulate dalla BCE e nel *Framework* dell'EPC qualunque prescrizione in ordine ai profili sopra illustrati, si ritiene necessario ed auspicabile che le rilevanti finalità cooperative degli accordi di interoperabilità siano adeguatamente assicurate quanto meno attraverso la predisposizione in sede di autoregolamentazione (404), di un contratto quadro sottoscritto da tutti i gestori delle infrastrutture, sia private che pubbliche, che si siano dichiarate *SEPA compliant* e che abbiano successivamente pubblicato la propria autovalutazione. Il contratto quadro dovrebbe armonizzare o definire in modo uniforme le parti degli accordi sensibili per le finalità cooperative, lasciando ovviamente liberi i gestori delle infrastrutture di regolare secondo i propri interessi i residui punti della disciplina negoziale rilevanti sotto il profilo competitivo.

8. L'adeguamento dei sistemi di pagamento al dettaglio italiani al nuovo scenario europeo.

Mentre in alcuni paesi i sistemi di regolamento interbancari specializzati nei pagamenti di importo contenuto sono stati creati dall'azione spontanea dei privati (405), in altri contesti questo processo di genesi è stato attivato dall'iniziativa dei pubblici poteri.

(403) Al riguardo, una scelta unificante in grado di coniugare l'organicità con la generale conoscibilità potrebbe essere costituita, ad esempio, dall'utilizzo della *lex mercatoria* e/o dei *Principles on International Contracts* dell'UNIDROIT. La prima risulta, infatti, dalla giurisprudenza delle camere arbitrali internazionali in genere agevolmente accessibile, mentre i secondi costituiscono un corpo codificato di disposizioni tendenzialmente completo e coerente, conosciuto o comunque facilmente conoscibile da chiunque.

(404) Una delle ideali sedi di discussione e predisposizione di tale contratto quadro potrebbe essere costituita dall'*European Automated Clearing House Association* (EACHA), di cui fanno parte numerose infrastrutture di *clearing* e *settlement* europee, pubbliche e private, interessate a trattare pagamenti in formato SEPA.

(405) Fra questi è degna di menzione la *Clearing house* di Londra, probabilmente una delle più vecchie stanze di compensazione del mondo, sorta fra il 1773 e il 1775 dall'accordo negoziale sottoscritto da poco meno di una trentina di banche, cui la stessa Banca d'Inghilterra fu ammessa a partecipare soltanto nel 1864, ancorché le liquidazioni finali dei saldi rivenienti dal processo di *clearing* si effettuassero sin dall'inizio sui conti correnti intrattenuti presso di essa da ciascuna banca partecipante.

E in questo secondo filone si iscrive a pieno titolo l'esperienza storica del nostro ordinamento, nel quale le Stanze di compensazione sono nate per iniziativa dello Stato (406), quando l'art. 22 della l. 7 aprile 1881, n. 133, ha attribuito al Governo il compito di promuoverne l'istituzione nelle principali città d'Italia, dettando nel contempo una prima disciplina dei soggetti ammessi a parteciparvi.

Costituitesi, su impulso della normativa secondaria esecutiva della l. n. 133/1881 (407), come associazioni di fatto fra banchieri ed altri imprenditori, le Stanze di compensazione italiane hanno assunto in seguito tutti i connotati di un servizio pubblico con l'art. 18 del r.d.l. 6 maggio 1926, n. 812, convertito dalla l. 25 giugno 1926, n. 1262, che ne ha riservato l'esercizio in via esclusiva alla Banca d'Italia, eliminando ogni residuo rilievo della forma associativa dalle stesse inizialmente adottata.

Il graduale passaggio dalle originarie associazioni, in cui il servizio di regolamento era quasi autogestito dalle banche, all'odierno servizio pubblico, gestito in regime di esclusiva dalla banca centrale, ha determinato una profonda rivisitazione delle fonti normative che disciplinano il funzionamento delle Stanze e il procedimento attraverso cui ha luogo la compensazione. Dagli statuti e regolamenti, non sempre uniformi da Stanza a Stanza, adottati dalle singole associazioni di fatto e concordati dalle stesse con le Camere di commercio e con gli Istituti di emissione, cui la gestione era stata successivamente conferita in forza di apposite convenzioni, si è passati, infatti, all'espressa attribuzione all'ente gestore dei poteri di organizzazione del servizio e di disciplina dello stesso.

Questo passaggio, nel corso del quale con decreto del Ministro del tesoro 7 maggio 1991, adottato ai sensi dell'art. 22 della l. 2 gennaio 1991, n. 1, erano stati dettati i principi nel rispetto dei quali doveva essere svolto il servizio delle Stanze, delineandone le linee generali e conferendo alla Banca d'Italia i relativi poteri e responsabilità, si è completato, infine, con l'entrata in vigore del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, il cui art. 146 (408), sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 105 del Trattato CE, ha esplicitamente conferito la funzione di vigilanza sui sistemi di pagamento alla banca centrale, esautorandone completamente l'Autorità governativa (409).

(406) Fa eccezione la sola stanza di compensazione di Livorno, che, costituitasi fin dal XVIII secolo, ha rappresentato un prodotto spontaneo del commercio locale. Per una più ampia ricostruzione storica delle origini delle Stanze di compensazione italiane, sia consentito il rinvio a M. MANCINI, *Procedure, regole, funzione della compensazione multilaterale dei recapiti monetari nei pagamenti transnazionali e in quelli interni*, in *Il diritto del sistema dei pagamenti* cit., 240 ss.

(407) Si tratta del r.d. 19 maggio 1881, n. 220, che, dopo aver affidato con l'art. 1 al Ministro per l'agricoltura industria e commercio, di concerto con il Ministro del tesoro, il compito di promuovere l'istituzione di Stanze in una serie di località comprendenti le principali città italiane, ha incaricato con l'art. 2 le Camere di commercio di tali città di invitare le banche, le casse di risparmio, i banchieri e i principali negozianti a costituirsi in associazioni, allo scopo di istituire e amministrare le Stanze di compensazione e di proporre al Governo le norme generali secondo cui queste debbano operare.

(408) All'assestamento del quadro normativo ha contribuito, peraltro, anche il definitivo superamento della ripartizione di competenze risultante dall'art. 22 della l. 2 gennaio 1991, n. 1, ad opera dell'art. 69 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, che, mantenendo ferma la distinzione fra compensazione dei recapiti monetari e compensazione dei valori mobiliari, ha sottratto anche questa seconda al potere regolamentare del Ministro del tesoro e ne ha consentito il trasferimento della gestione, esclusa la fase di regolamento finale del contante, ad una società a ciò autorizzata dalla Banca d'Italia, d'intesa con la CONSOB.

(409) Sulla funzione di vigilanza, *rectius* sorveglianza, sui sistemi di pagamento attribuita dall'art. 146 del d.lgs. n. 385/1993 alla Banca d'Italia, cfr. M. MANCINI, *Art. 146. Vigilanza sui sistemi di pagamento*, in *Commentario t.u.b.* a cura di Capriglione, 1994, 720; P. MARCHETTI, F. MERUSI e L. PROSPERETTI, *Funzione, estensione, strumenti della sorveglianza sui sistemi di pagamento*, in *Banca borsa*, 1996, I, 289;

Al termine di questo lungo *excursus* storico, la banca centrale ha assunto, pertanto, il duplice ruolo di Autorità pubblica cui è ormai demandata *in toto* la funzione di stabilire i principi nel rispetto dei quali deve essere gestito il sistema di regolamento netto multilaterale italiano e di gestore diretto del medesimo, come tale incaricato di predisporre le disposizioni di natura contrattuale che disciplinano la prestazione del relativo servizio (410).

Dunque, nel contesto italiano, al momento del completamento del processo di unificazione monetaria europea, operava in regime di esclusiva, nel comparto *retail*, un unico sistema di pagamento interbancario gestito direttamente dalla banca centrale, definito con l'acronimo BI-COMP. Si trattava di un sistema di regolamento netto, basato sulla compensazione multilaterale, la cui caratteristica è quella di consentire a ciascuna banca partecipante di estinguere le molteplici obbligazioni intercorrenti con le proprie controparti, regolando, a fine giornata, la sola posizione netta multilaterale, pari al saldo algebrico fra le posizioni attive e le posizioni passive, vantate dalla stessa nei confronti di tutti le altre banche partecipanti (411).

Il procedimento con il quale si perveniva, attraverso varie fasi, all'estinzione delle partite di credito immesse nel sistema, era disciplinato dal citato decreto del Ministro del tesoro 7 maggio 1991 e prevedeva, nell'ordine: lo scambio delle informazioni e/o dei documenti di pagamento fra i partecipanti, la determinazione su base bilaterale dei saldi

M. MANCINI, *Vigilanza sui sistemi di pagamento*, in *Commentario t.u.b.* a cura di Ferro-Luzzi e Castaldi, 1996, III, 2156; G. CARRIERO, *La vigilanza della Banca d'Italia sul sistema dei pagamenti: obiettivi e strumenti*, in *Riv. dir. impresa*, 1999, 93; R. D'AMBROSIO, *Art. 146. Vigilanza sui sistemi di pagamento*, in *Commentario t.u.b.* a cura di Capriglione, 2001, 1134; F. MOLITERNI, *Autoregolamentazione e sorveglianza nei sistemi di pagamento*, Bari, 2001; G. CARRIERO, *Commento all'art. 146 d.lgs. n. 385/1993*, in *Commento al t.u.b.* a cura di Belli, Contento, Patroni Griffi, Porzio, V. Santoro, 2003, II, 2353; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La sorveglianza sui sistemi di pagamento: evoluzione morfologica, strumenti e limiti* cit., 437; N. DE GIORGI, *Nuove disposizioni in materia di vigilanza sul sistema dei pagamenti*, in *Mondo banc.*, n. 5, 2004, 87; M. DORIA, V. FUCILE e A. TAROLA, *La sorveglianza sui sistemi di pagamento*, in *Il diritto del sistema dei pagamenti*, cit., 179; M. MANCINI, *Il sistema dei pagamenti e la banca centrale*, in *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari* cit., 1193 ss.

(410) In linea con le previsioni del Trattato CE che conferiscono un'analoga funzione di promozione del regolare funzionamento dei sistemi di pagamento all'Eurosistema, la Banca d'Italia si è impegnata, peraltro, con il provvedimento del 24 febbraio 2004, ad esercitare il relativo potere normativo in conformità alle *guide lines* formulate in materia dalla Banca Centrale Europea e tenendo conto degli orientamenti espressi dalle sedi internazionali di cooperazione. Ne discende, in conclusione, che le fonti normative disciplinanti la prestazione del servizio di regolamento netto assicurato dalle Stanze di compensazione risultano oggi composte, nell'ordine: 1) dalle *guide lines* formulate dalla Banca Centrale Europea; 2) da poche norme di rango legislativo, e cioè dall'art. 18 del r.d.l. n. 812/1926, convertito dalla l. n. 1262/1926, e dall'art. 146 del d.lgs. n. 385/1993, che attribuiscono rispettivamente alla Banca d'Italia in esclusiva la gestione delle Stanze e il potere di emanare disposizioni volte ad assicurare sistemi di compensazione efficienti ed affidabili; 3) dai provvedimenti adottati dalla stessa Banca d'Italia ai sensi del citato art. 146; 4) dal c.d. "*contratto di riscontro*", predisposto dall'ente gestore nel rispetto dei principi fissati dalle fonti di rango primario e secondario, che ciascun soggetto interessato a partecipare al servizio è tenuto a sottoscrivere all'atto dell'adesione.

(411) Il sistema BI-COMP si articola in 2 sottosistemi, "*recapiti locale*" e "*dettaglio*", i cui risultati confluiscono nella procedura "*compensazione nazionale*", che provvede alla determinazione dei saldi globali nei confronti del sistema (cc.dd. "*saldi multilaterali*"), inviandoli poi automaticamente al regolamento, che si effettua dal 2008 mediante accredito o addebito dei conti in base monetaria intrattenuti dai singoli operatori nel sistema di regolamento lordo TARGET 2. Il sottosistema "*recapiti locale*" si occupa della compensazione degli ordini di pagamento supportati da documenti cartacei, mentre il sottosistema "*dettaglio*" tratta gli ordini scambiati dai partecipanti mediante procedure informatiche. Per una più ampia descrizione della struttura e delle procedure di regolamento netto del sistema, cfr. M. MANCINI, *Procedure, regole, funzione della compensazione multilaterale dei recapiti monetari nei pagamenti transnazionali e in quelli interni*, in *Il diritto del sistema dei pagamenti* cit., 278 ss.

contabili fra gli stessi, il calcolo dei saldi multilaterali e l'invio di questi ultimi al regolamento, da eseguire poi mediante movimentazione dei conti detenuti dai partecipanti medesimi presso la banca centrale.

L'affidamento in esclusiva alla Banca d'Italia della gestione delle Stanze di compensazione – che, ai sensi del combinato disposto dell'art. 18 del r.d.l. n. 812/1926, convertito dalla l. n. 1262/1926, tuttora in vigore, e del decreto del Ministro del tesoro 7 maggio 1991, comportava la riserva alla banca centrale dell'esercizio di tutte le attività svolte dalle stesse, e cioè dell'intero procedimento di regolamento sopra descritto, comprensivo sia delle funzioni di *clearing*, sia di quelle di *settlement*, e la conseguente sottrazione di tutto il relativo settore di attività all'iniziativa privata – appariva inconciliabile con la linea di *policy* adottata dal SEBC in ordine ai sistemi di regolamento al dettaglio, al termine del processo di unificazione monetaria europea (412).

Come rilevato *sub 4*), secondo gli orientamenti espressi in materia dall'Eurosistema, questo settore di attività deve, infatti, essere considerato un mercato pienamente contendibile nell'ambito del quale le banche centrali nazionali possono continuare ad offrire servizi di regolamento a condizione di rispettare il relativo contesto competitivo, operando in regime di concorrenza con i sistemi privati, condizione francamente incompatibile con il mantenimento in capo alla Banca d'Italia di una riserva d'attività, oltretutto estesa a tutte le fasi del procedimento di regolamento.

Anche in considerazione della vetustà della norma attributiva della gestione delle Stanze, la via maestra per far cessare il disallineamento dell'ordinamento italiano rispetto alle linee evolutive dei sistemi di pagamento *retail* tracciate a livello comunitario sarebbe indubbiamente quella di una modifica legislativa che, emendando l'art. 18 del r.d.l. n. 812/1926, convertito dalla l. n. 1262/1926, faccia cessare il monopolio legale della banca centrale sui sistemi di regolamento netto multilaterale, aprendo il relativo mercato all'iniziativa privata, che potrebbe eventualmente svilupparsi in regime di libera concorrenza e sotto la vigilanza della Banca d'Italia, ai sensi dell'art. 146 del d.lgs. n. 385/1993.

In attesa di tale auspicabile riforma legislativa, a tutt'oggi non intervenuta, una prima significativa risistemazione della materia è stata operata, peraltro, dalla stessa Banca d'Italia, in virtù dei poteri normativi ad essa conferiti dal legislatore del testo unico bancario, con l'adozione ai sensi dell'art. 146 del d.lgs. n. 385/1993 del provvedimento 11 novembre 2005, che, oltre ad aver abrogato il decreto del Ministro del tesoro del 7 maggio 1991, ha profondamente innovato nel nostro ordinamento la disciplina dei sistemi di pagamento di importo non rilevante.

Detto provvedimento, muovendo dalle linee di indirizzo definite dall'Eurosistema in vista della realizzazione della SEPA, ha allineato la disciplina italiana del procedimento di regolamento netto adottato nelle Stanze di compensazione agli indirizzi seguiti nei sistemi nazionali di pagamento al dettaglio della maggior parte degli Stati europei, nei quali le fasi preparatorie dello scambio e della determinazione dei saldi bilaterali sono

(412) Per una diffusa analisi sul punto, sia consentito il rinvio a M. MANCINI, *Procedure, regole, funzione della compensazione multilaterale dei recapiti monetari nei pagamenti transnazionali e in quelli interni*, in *Il diritto del sistema dei pagamenti* cit., 325 ss., ove si sostiene che l'art. 18 della l. n. 1262/1926, non ponendosi in contrasto con disposizioni comunitarie direttamente efficaci nel nostro ordinamento, né con le disposizioni nazionali di tutela della concorrenza e di privatizzazione delle imprese pubbliche, debba ritenersi tuttora una norma pienamente in vigore, ancorché manifestamente dissonante rispetto al quadro evolutivo dei sistemi di pagamento al dettaglio delineato dall'Eurosistema.

normalmente lasciate agli operatori di mercato ed ha avviato, nel contempo, il processo di migrazione del sistema di regolamento italiano BI-COMP verso un nuovo assetto in linea con la realizzazione dell'area unica dei pagamenti in euro.

In particolare, con gli artt. 2 e 3 del citato provvedimento, la Banca d'Italia ha autonomamente ridotto l'oggetto della propria gestione diretta in regime di esclusiva alle sole fasi terminali del procedimento di compensazione, vale a dire a quelle del calcolo dei saldi multilaterali e dell'invio al regolamento finale, caratterizzate da un maggior rischio sistemico e reputate quindi più delicate per la tutela degli interessi pubblici ad essa affidati, liberalizzando invece le attività relative alle precedenti fasi dello scambio e del *clearing* bilaterale (413).

La liberalizzazione è stata, peraltro, limitata alle attività svolte nelle fasi di scambio e di determinazione dei saldi bilaterali del solo sottosistema "*dettaglio*", già delocalizzate rispetto alle Stanze, in cui sono trattate soltanto le operazioni di pagamento completamente informatizzate. Nel "*recapiti locale*", l'altro sottosistema in cui si articola il sistema di regolamento BI-COMP, nulla è stato modificato dal provvedimento dell'11 novembre 2005, sicché la riserva d'attività disposta a favore della banca centrale continua a coprire non solo le fasi della predisposizione dei saldi multilaterali e del regolamento ma anche quelle ad esse precedenti dello scambio e della predisposizione dei saldi bilaterali.

La limitazione della riforma al regolamento dei pagamenti informatizzati trova la propria ragion d'essere principalmente nel fatto che tutte le transazioni effettuate con assegni, vaglia ed ogni altro genere di strumento di pagamento cartaceo sono state escluse sia dalla futura area unica dei pagamenti in euro, sia dall'ambito di applicazione della recente direttiva 13 novembre 2007, n. 2007/64/CE, sui servizi di pagamento nel mercato interno, a causa della sostanziale disomogeneità nei vari Stati dell'Unione Europea delle relative discipline giuridiche e caratteristiche tecnico-operative (414).

(413) Cfr. M. MANCINI, *Procedure, regole, funzione della compensazione multilaterale dei recapiti monetari nei pagamenti transnazionali e in quelli interni*, in *Il diritto del sistema dei pagamenti* cit., 346 ss., ove, rilevando che dalla generica espressione "*esercizio delle Stanze*" riportata dall'art. 18 del r.d.l. n. 812/1926, convertito dalla l. n. 1262/1926, non sono desumibili né l'esatto perimetro delle attività riservate in esclusiva alla banca centrale, né gli interessi pubblici alla tutela dei quali è finalizzata la riserva, e che tali elementi erano disciplinati invece dal decreto del Ministro del tesoro 7 maggio 1991, si esprimeva il convincimento che, anche a prescindere da un futuro auspicabile intervento legislativo, la Banca d'Italia, in virtù dei nuovi poteri normativi in materia di sistemi di pagamento e compensazione ad essa conferiti dall'art. 146 del d.lgs. n. 385/1993, potesse ormai ridisegnare, con uno o più provvedimenti abrogativi del citato decreto, l'ambito delle attività ad essa riservate, in ossequio alle linee guida emanate in materia dall'Eurosistema. Ciò in quanto gli interessi pubblici cui è preordinata la riserva del servizio, riconducibili oggi alle esigenze di prevenire gravi crisi finanziarie attraverso il credito di ultima istanza e di assicurare l'affidabilità e l'efficienza dei sistemi di pagamento, non sono avvertiti in modo uniforme in tutte le fasi del procedimento di regolamento netto. Essi, infatti, sono ben presenti nella fase della determinazione dei saldi multilaterali, caratterizzata da un maggiore rischio sistemico, giacché unisce indissolubilmente la sorte del regolamento di ciascuna posizione al buon esito del regolamento di tutte le altre, e in quella dell'invio al regolamento finale in base monetaria, ma sono assai meno avvertiti nelle precedenti fasi del processo di compensazione, posto che la determinazione dei saldi bilaterali potrebbe essere validamente prevista e disciplinata in via autonoma dalle parti del rapporto obbligatorio ai sensi dell'art. 1252 c.c., anche al di fuori del sistema BI-COMP e a prescindere dalla partecipazione a qualunque sistema di *clearing* multilaterale.

(414) Un'estensione della riforma anche al sottosistema "*recapiti locale*" che tratta gli strumenti cartacei, oltre a non essere all'epoca necessaria ai fini del perseguimento dell'obiettivo dell'area unica dei pagamenti in euro, era altresì sconsigliabile a causa della complessiva minore remuneratività della relativa attività per i privati. Ciò anche in considerazione del fatto che l'art. 45 del r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736, conferisce alla Banca d'Italia, quale ente pubblico gestore della Stanza, una pubblica funzione certificativa in ordine al mancato pagamento degli assegni, la cui titolarità difficilmente avrebbe potuto essere estesa ad imprenditori privati.

La BCE, cui il provvedimento era stato sottoposto dalla Banca d'Italia per il parere obbligatorio previsto dall'art. 105, par. 4, secondo trattino, del Trattato CE e dall'art. 2 della Decisione del Consiglio Europeo 98/15/CE del 29 giugno 1998 (415), relativa alla consultazione da parte delle Autorità nazionali sui progetti di disposizioni legislative rientranti nelle competenze del SEBC, ha comunque valutato positivamente le scelte di *policy* operate dalla banca centrale italiana sia con riferimento alla migrazione del sistema di regolamento netto italiano BI-COMP verso un assetto compatibile con l'obiettivo della SEPA, sia con riguardo all'apertura alla libera concorrenza dell'organizzazione, della gestione e dell'esecuzione della fase di scambio delle informazioni di pagamento e della successiva fase di determinazione dei saldi bilaterali da immettere nel sottosistema "Dettaglio", che ha rappresentato, evidentemente, il limite massimo raggiungibile con lo strumento apprestato dall'art. 146 del d.lgs. n. 385/1993 (416).

In realtà, non sono mancate in dottrina alcune autorevoli opinioni secondo le quali il potere normativo utilizzato nella specie dalla Banca d'Italia, derivando la propria legittimazione direttamente dal Trattato CE e dagli analoghi poteri conferiti dallo stesso alla BCE, configurerebbe una competenza delle banche centrali in materia di sistemi di compensazione e di pagamento ormai talmente esclusiva da tollerare addirittura interventi del solo legislatore comunitario ed unicamente nella forma più blanda della direttiva, talché i provvedimenti adottati in forza dello stesso potrebbero addirittura derogare nei vari ordinamenti a qualsiasi altra fonte normativa (417).

Senonché, mentre sembra del tutto plausibile che un provvedimento adottato ai sensi del citato art. 146 potesse abrogare il decreto del Ministro del tesoro 7 maggio 1991 e, in tal modo, ridurre il perimetro delle attività riservate, disciplinato dallo stesso decreto e non direttamente dalla legge, adeguandolo al nuovo assetto di interessi pubblici da tutelare, ipotizzare che un siffatto provvedimento potesse legittimamente rimuovere *in toto* una riserva d'attività disposta direttamente dal legislatore equivarrebbe ad affermare che l'art. 146 del d.lgs. n. 385/1993 abbia completamente delegificato la materia, tesi che raccoglie ben poche adesioni fra gli studiosi e avrebbe esposto la nuova disciplina eventualmente dettata dalla banca centrale a eccessivi rischi di caducazione ad opera di interventi giudiziali.

(415) La decisione è pubblicata in *G.U.C.E.*, 3.7.1998, n. L 189.

(416) Va aggiunto, peraltro, che nello stesso parere la BCE ha invitato le competenti Autorità italiane ad operare le necessarie modifiche della disciplina legislativa occorrenti a "garantire che le specifiche funzioni della Banca d'Italia nell'ambito dei sistemi di pagamento non costituiscano una distorsione della concorrenza". L'Eurosistema ha ritenuto, in altre parole, che, al fine di conformarsi al disposto dell'art. 105, par. 1, del Trattato CE, ai sensi del quale il SEBC e, quindi, anche le banche centrali nazionali sono tenuti ad agire nel rispetto del principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, e allo spirito della dichiarazione politica adottata in BANCA CENTRALE EUROPEA, *Erogazione di servizi di pagamento al dettaglio in euro agli enti creditizi da parte delle banche centrali* cit., del 4 agosto 2005, il legislatore italiano dovrebbe da un lato far cadere per intero la riserva d'attività prevista dall'art. 18 del r.d.l. n. 812/1926, convertito dalla l. n. 1262/1926, e consentire ai privati di competere liberamente con la banca centrale anche nella fornitura dei servizi compresi nelle ulteriori fasi della determinazione dei saldi multilaterali e dell'invio al regolamento finale in base monetaria, dall'altro estendere la riforma operata dal provvedimento dell'11 novembre 2005 anche al sottosistema "Recapiti locale".

(417) In tal senso, cfr. F. MERUSI, *Verso lo Stato Europa: il ruolo dei sistemi di pagamento nell'Eurosistema* cit., 231. La tesi è, però, tutt'altro che pacifica in dottrina. Fra le voci discordi, cfr., ad esempio, A. ANTONUCCI, *Il credito di ultima istanza nell'età dell'euro*, Bari, 2003, 140, A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La sorveglianza sui sistemi di pagamento: evoluzione morfologica, strumenti e limiti* cit., 453 ss., e M. MANCINI, *Il sistema dei pagamenti e la banca centrale*, in *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari* cit., 1213 ss.

Pur permanendo quindi l'esigenza di un intervento legislativo, che completi il processo di allineamento dell'ordinamento nazionale agli indirizzi comunitari, va rimarcato, comunque, che il provvedimento 11 novembre 2005 ha avviato una profonda ristrutturazione dei sistemi di *clearing* e di regolamento al dettaglio italiani, funzionale all'obiettivo di consentire la partecipazione attiva degli stessi alla realizzazione dell'area unica dei pagamenti in euro.

Significative appaiono, al riguardo, sia le modifiche alle regole di partecipazione al sistema BI-COMP disposte dall'art. 5 del provvedimento, che hanno reso palese l'apertura del sistema alla partecipazione di soggetti esteri e di enti che offrano servizi di compensazione e di regolamento, sia la facoltà attribuita dal successivo art. 6 alla Banca d'Italia, gestore del sistema, di stabilire relazioni con enti che offrano servizi di compensazione e regolamento anche fuori dal territorio della Repubblica al fine favorire la realizzazione della SEPA e di ampliare il novero dei servizi offerti.

Altrettanto rilevanti in tale contesto sembrano le già menzionate previsioni degli artt. 2 e 3 del provvedimento 11 novembre 2005 che, liberalizzando lo svolgimento delle attività relative alle prime due fasi del processo di regolamento del sottosistema "*Dettaglio*", consentono a qualsiasi soggetto di svolgere lo scambio di informazioni di pagamento e ai soggetti, definiti "*operatori incaricati*", che abbiano sottoscritto apposite convenzioni con il gestore del sistema BI-COMP, di svolgere le "*attività propedeutiche alla determinazione dei saldi multilaterali*", vale a dire le attività di determinazione dei saldi bilaterali. Dette previsioni, infatti, stabiliscono, nel contempo, che i soggetti legittimati ad operare nei segmenti di mercato liberalizzati debbano rispettare tanto le norme contenute nel provvedimento 24 febbraio 2004, adottato dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 146 del d.lgs. n. 385/1993, recante disposizioni in materia di vigilanza sui sistemi di pagamento, quanto le ulteriori disposizioni contenute nello stesso provvedimento 11 novembre 2005, che contengono norme comportamentali dirette ai soli "*operatori incaricati*" funzionali a consentire al sistema BI-COMP, con il quale gli stessi sono chiamati a cooperare, di allargare la propria operatività a tutti i pagamenti in formato SEPA (418).

Tutte le disposizioni menzionate nei due precedenti capoversi sono, infatti, funzionali a consentire al sistema di regolamento netto italiano e agli "*operatori incaricati*" dello svolgimento delle attività relative alle fasi liberalizzate di soddisfare i criteri/requisiti imposti dalla BCE alle infrastrutture di *clearing* e regolamento che intendano operare nel nuovo contesto dell'area unica dei pagamenti in euro, i quali prescrivono, fra l'altro, di adottare regole di interoperabilità, di garantire la raggiungibilità di ogni banca dell'area dell'euro e di assicurare alle banche e alle altre istituzioni finanziarie la piena libertà di scegliere i più convenienti canali di regolamento in base al servizio e al prezzo.

A seguito delle innovazioni introdotte dalla riforma nella disciplina del settore, i servizi di scambio di informazioni di pagamento e di *clearing* bilaterale relativi alle transazioni di pagamento informatizzate di importo contenuto possono, quindi, essere

(418) Tali norme, contenute nel quarto comma dell'art. 3 del provvedimento 11 novembre 2005, prescrivono, fra l'altro, agli "*operatori incaricati*" di adottare nell'offerta dei servizi comportamenti non ingiustamente discriminatori, di favorire l'utilizzo di *standard* tecnico-procedurali coerenti con l'obiettivo di realizzare l'area unica dei pagamenti in euro e di favorire l'interazione con gli altri "*operatori incaricati*" e l'interoperabilità tra le infrastrutture da essi gestite. Successivamente, la banca centrale ha emanato disposizioni riepilogative del quadro di riferimento per gli "*operatori incaricati*" (cfr. BANCA D'ITALIA, *Comunicazione sugli adempimenti ex art. 3 del Provvedimento della Banca d'Italia dell'11 novembre 2005, recante disposizioni in materia di vigilanza sui sistemi di pagamento di importo non rilevante*, 25 luglio 2006).

liberamente offerti in Italia da varie infrastrutture in concorrenza fra loro (419), mentre i servizi di regolamento netto multilaterale, stante la riserva d'attività prevista a favore della Banca d'Italia, continuano a poter essere offerti soltanto dal sistema BI-COMP. Muovendo da tale premessa, può ricavarsi l'ulteriore corollario secondo cui, per i pagamenti rivenienti dalle transazioni eseguite nell'ambito degli schemi SEPA, non esistono più attualmente nel nostro paese infrastrutture che siano in grado di prestare autonomamente entrambi i servizi, talché i *Clearing and Settlement Mechanisms* italiani, nell'immediato, non potranno che essere composti da almeno due entità separate deputate a svolgere distinte funzioni.

Quanto alla riserva d'attività, tuttora in vigore per l'attività di *clearing* multilaterale svolta nel sottosistema "*dettaglio*", l'effetto distorsivo della concorrenza da essa causato è, in realtà, assai inferiore a quanto possa apparire a prima vista, dal momento che il conferimento del diritto di esclusiva non esaurisce, comunque, i canali di regolamento potenzialmente utilizzabili dalle banche. Infatti, da un lato è pur sempre possibile regolare i saldi bilaterali in Italia direttamente nel nuovo sistema di regolamento lordo TARGET 2, la cui capienza operativa è notevolmente potenziata rispetto a quella del precedente sistema all'ingrosso TARGET, dall'altro la realizzazione ormai in corso di un'area unica dei pagamenti in euro e la conseguente unificazione degli *standard* tecnico-operativi utilizzati dalle banche e dalle infrastrutture consentono a queste ultime di rimettere alla scelta delle banche utenti l'alternativa costituita dai servizi di regolamento netto eventualmente offerti da sistemi esteri operanti in conformità ai criteri/requisiti SEPA (420).

In linea con i nuovi scenari aperti dal provvedimento 11 novembre 2005, la Banca d'Italia ha continuato a promuovere il processo di adeguamento dei sistemi di pagamento italiani al contesto europeo, aderendo il 6 novembre 2006 al sistema STEP 2, costituente oggi forse l'unica *PE-ACH* operante nell'area dell'euro, predisponendo lo schema della "*convenzione per lo svolgimento delle attività di invio delle informazioni di pagamento alla componente Dettaglio del sistema di compensazione BICOMP*", alla stipula della quale è subordinato lo svolgimento dell'attività degli "*operatori incaricati*", ed avviando, infine, un'ampia rivisitazione della normativa contrattuale disciplinante il servizio di regolamento prestato in BI-COMP.

La convenzione disciplinante i rapporti giuridici fra il sistema di regolamento gestito dalla Banca d'Italia e gli "*operatori incaricati*" obbliga questi ultimi al rispetto delle "*Norme allegate*", vale a dire delle condizioni generali di contratto unilateralmente predisposte dalla prima. Ai sensi di tali norme, miranti a sviluppare le funzionalità del sistema BI-COMP, la Banca d'Italia, in qualità di gestore di quest'ultimo, offre la propria disponibilità a costituire con ogni "*operatore incaricato*" interessato un CSM, in grado di trattare strumenti di pagamento *SEPA compliant* e di realizzare la piena raggiungibilità dei destinatari dei pagamenti nell'area dell'euro, tramite la stipula dei necessari accordi di interoperabilità con CSM esteri, che abbiano esternato all'EPC l'intendimento

(419) Attualmente sono attive sul mercato italiano dei pagamenti di importo contenuto eseguiti con strumenti automatizzati tre infrastrutture di *clearing*: gli "*operatori incaricati*" ICBPI, SIA-SSB e ICCREA.

(420) La situazione è, invece, totalmente differente per il sottosistema "*recapiti locale*", sia perché in questo caso lo svolgimento delle attività del processo di compensazione è tuttora interamente riservato alla banca centrale, sia perché la possibilità di avvalersi di sistemi di regolamento netto esteri è qui del tutto ipotetica alla luce della perdurante disomogeneità giuridica e tecnico-operativa degli assegni e degli altri strumenti di pagamento cartacei nei vari Stati europei.

di trattare pagamenti in formato SEPA (421). Con riferimento a tale ipotesi, le “*Norme allegare*” alla convenzione disciplinano altresì i rispettivi obblighi facenti capo ai due enti che compongono il CSM in relazione all’esecuzione dei pagamenti disposti fra partecipanti al sistema BI-COMP e partecipanti a CSM stranieri.

L’aggiornamento della normativa contrattuale, disciplinante la prestazione del servizio di regolamento netto in BI-COMP, è stato a sua volta prioritariamente finalizzato ad ampliare l’operatività del sistema italiano anche ai pagamenti transfrontalieri e, più in generale, ai pagamenti eseguiti in formato SEPA, attraverso la previsione della stipula di appositi accordi di interoperabilità con altri sistemi di *clearing* e/o di regolamento nazionali o esteri (422), e a garantire, nel contempo, alle banche partecipanti la più ampia libertà di scelta.

Alla luce delle modifiche unilateralmente apportate alle condizioni di contratto dall’ente gestore, le banche partecipanti a BI-COMP, oltre ad essere libere di aderire a qualunque altro sistema di *clearing* o *settlement* SEPA compliant, possono avvalersi, a loro scelta, sia del servizio di interoperabilità che consente loro di raggiungere/essere raggiunte da banche partecipanti alle infrastrutture estere di *clearing* e *settlement*, con le quali siano stati stipulati gli omonimi accordi (423), senza essere costrette a partecipare alle stesse, sia del canale alternativo costituito dal regolamento delle transazioni di pagamento in STEP 2, assicurato dalla partecipazione diretta della Banca d’Italia a detto sistema (424).

Concludendo l’analisi sul processo di adeguamento del sistema italiano di regolamento netto al dettaglio al nuovo contesto europeo, si può affermare che il lungo percorso iniziato con la riforma attuata dal provvedimento 11 novembre 2005, ha già prodotto – con la costituzione dei CSM italiani, la conclusione dei primi accordi di interoperabi-

(421) Allo stato, l’adeguamento del sistema nazionale di regolamento netto interbancario per transazioni al dettaglio all’obiettivo di assicurare la raggiungibilità di tutte le banche dell’area dell’euro destinatarie di pagamenti, ha condotto: 1) alla creazione di due distinti CSM italiani, composti rispettivamente da BI-COMP, che cura il servizio di regolamento, e dagli “*operatori incaricati*” SIA-SSB e ICBPI, che curano i servizi di scambio delle informazioni di pagamento e di *clearing*; 2) alla realizzazione di accordi di interoperabilità con CSM di altri stati; 3) all’apertura di un ulteriore canale di regolamento attraverso l’immissione delle transazioni nell’unica PE-ACH attualmente operante. Entrambi i CSM italiani sono al momento operativi solo con i *SEPA Credit Transfer (SCT) Scheme*.

(422) Sempre nella stessa prospettiva di completare l’adeguamento dei sistemi di *clearing* e *settlement* italiani sia al nuovo quadro normativo comunitario che al mutato contesto operativo europeo, la Banca d’Italia, dopo aver riformato la normativa disciplinante il proprio servizio di regolamento ed aver aderito il 5 dicembre 2007 al *SEPA Credit Transfer (SCT) Scheme*, ha comunicato all’EPC la propria intenzione di trattare pagamenti in formato SEPA in data 10 dicembre 2007. Analoga comunicazione è stata data dagli “*operatori incaricati*” SIA SSB ed ICBPI rispettivamente il 25 settembre 2007 e il 4 ottobre 2007. In data 1° settembre 2008, entrambi i CSM italiani attualmente costituiti hanno completato e pubblicizzato il proprio *self assessment* in conformità alle prescrizioni dettate in materia sia dall’Eurosistema che dallo stesso EPC. Sino ad oggi solo un altro CSM, vale a dire l’RPS/Deutsche Bundesbank, risulta aver completato e pubblicizzato a sua volta il *self assessment*, mentre sarebbero ancora in corso le autovalutazioni dei sistemi SIBS, VocaLink, Equens, Iberpay e STET.

(423) Un primo accordo di interoperabilità è già stato sottoscritto dal CSM italiano – formato dall’“*operatore incaricato*” SECETI, successivamente incorporato, tramite fusione, da ICBPI, e dal sistema di regolamento BICOMP – e dal CSM olandese-tedesco Equens ed è in vigore dall’8 aprile 2008.

(424) Il regolamento delle transazioni immesse in STEP 2 viene effettuato in EURO 1, l’altro sistema integrato di proprietà dell’EBA, e dall’8 dicembre 2008 direttamente in TARGET 2. Sino a tale data il regolamento delle relative operazioni fra la banca ordinante e la Banca d’Italia avveniva con modalità *prefunding*, vale a dire previa costituzione dei fondi a ciò necessari da parte della prima.

lità e l'offerta del servizio di regolamento in STEP 2 – alcuni significativi risultati, che consentono alle nostre infrastrutture di partecipare fin d'ora attivamente alla realizzazione dell'area unica dei pagamenti in euro. Decisivo sarà, però, il livello di interoperabilità che gli accordi con gli altri CSM riusciranno ad assicurare entro i prossimi due anni, giacché, alla stregua degli orientamenti formulati dall'Eurosistema e delle norme di autoregolamentazione adottate dall'EPC, solo un livello di interoperabilità sufficientemente esteso da garantire la piena raggiungibilità di tutte le banche dell'area dell'euro con tempi di regolamento contenuti potrà consentire ai CSM italiani di completare con successo la trasformazione da infrastrutture a valenza nazionale a sistemi di *clearing* e di regolamento di rilievo paneuropeo.

QUADERNI PUBBLICATI

- n. 1 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Evoluzione tecnica e disciplina giuridica dell'intermediazione finanziaria*, ottobre 1985 (esaurito).
- n. 2 – FRANCESCO CARBONETTI, *Moneta*, dicembre 1985.
- n. 3 – PIETRO DE VECCHIS, *L'istituto di emissione*, febbraio 1986 (esaurito).
- n. 4 – GIUSEPPE CARRIERO, *Governo del credito e Regioni a statuto speciale: il quadro istituzionale*, aprile 1986.
- n. 5 – GIORGIO OPPO, *Una svolta dei titoli di massa (il progetto Monte Titoli)*, aprile 1986.
- n. 6 – LUIGI DESIDERIO, *Le norme di recepimento della Direttiva comunitaria n. 780/77 in materia creditizia*, maggio 1986 (esaurito).
- n. 7 – GIORGIO SANGIORGIO – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *La legge bancaria: evoluzione normativa e orientamenti esegetici*, giugno 1986.
- n. 8 – VINCENZO MEZZACAPO, *L'attività bancaria nell'ambito dei movimenti di capitali nella CEE*, giugno 1986 (esaurito).
- n. 9 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Le gestioni bancarie di patrimoni mobiliari*, luglio 1986.
- n. 10 – FRANCESCO CARBONETTI, *I cinquant'anni della legge bancaria*, settembre 1986.
- n. 11 – *La legge bancaria*, ottobre 1986.
- n. 12 – CARMINE LAMANDA, *L'evoluzione della disciplina del controllo sul sistema creditizio dalla legge bancaria ad oggi*, dicembre 1986 (esaurito).
- n. 13 – GIOVANNI IMPERATRICE, *L'accertamento dell'illecito amministrativo nel diritto valutario e nel diritto tributario*, marzo 1987.
- n. 14 – GIORGIO SANGIORGIO, *Profilo istituzionale della disciplina pubblicistica del credito*, maggio 1987.
- n. 15 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, (a cura di) *La disciplina comunitaria del credito al consumo*, luglio 1987.
- n. 16 – CARLO TAGLIANTI, *Il credito documentario: nozione, fondamento, problematica*, settembre 1987.
- n. 17 – PIETRO DE VECCHIS, *Aspetti legali delle crisi bancarie in Italia*, gennaio 1988.
- n. 18 – VINCENZO MEZZACAPO, *Il mercato secondario organizzato dei titoli emessi o garantiti dallo Stato*, agosto 1988.
- n. 19 – FRANCESCO CARBONETTI, *Il controllo della Banca d'Italia sulle emissioni di titoli atipici*, ottobre 1988.
- n. 20 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Le polizze di credito commerciale*, dicembre 1988.
- n. 21 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *La responsabilità penale del banchiere: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma*, dicembre 1989 (esaurito).

- n. 22 – MARCELLO CONDEMI, *Le sanzioni amministrative bancarie e la giurisprudenza della Corte d'Appello di Roma*, aprile 1991.
- n. 23 – MARCO MANCINI – MARINO PERASSI, *I trasferimenti elettronici di fondi*, maggio 1991.
- n. 24 – ENRICO GALANTI, *La crisi degli enti creditizi nella giurisprudenza: la liquidazione coatta amministrativa*, giugno 1991.
- n. 25 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Note introduttive alla disciplina delle s.i.m. e dell'organizzazione dei mercati finanziari*, giugno 1991.
- n. 26 – AA.VV., *La ristrutturazione della banca pubblica e la disciplina del gruppo creditizio*, gennaio 1992.
- n. 27 – GIORGIO SANGIORGIO, *Le Autorità creditizie e i loro poteri*, marzo 1992.
- n. 28 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Il recepimento della seconda direttiva Cee in materia bancaria. Prime riflessioni*, febbraio 1993.
- n. 29 – *Il Sistema dei pagamenti. Atti del Convegno giuridico* (Perugia S.A.Di.Ba., 23-24 ottobre 1992), settembre 1993.
- n. 30 – OLINA CAPOLINO, *L'amministrazione straordinaria delle banche nella giurisprudenza*, ottobre 1993.
- n. 31 – P. FERRO-LUZZI – P. G. MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, dicembre 1993.
- n. 32 – *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, marzo 1994.
- n. 33 – *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. The 1993 Banking Law*, marzo 1994.
- n. 34 – GIUSEPPE CARRIERO, *Struttura ed obiettivi della legge sui fondi immobiliari chiusi*, novembre 1994.
- n. 35 – LUCIO CERENZA, *Profilo giuridico del sistema dei pagamenti in Italia*, febbraio 1995.
- n. 36 – GIOVANNI CASTALDI, *Il riassetto della disciplina bancaria: principali aspetti innovativi*, marzo 1995.
- n. 37 – VINCENZO PONTOLILLO, *L'evoluzione della disciplina dell'attività di emissione di valori mobiliari*, giugno 1995.
- n. 38 – O. CAPOLINO – G. CARRIERO – P. DE VECCHIS – M. PERASSI, *Contributi allo studio del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, dicembre 1995.
- n. 39 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Cooperazione di credito e Testo Unico bancario*, dicembre 1995.
- n. 40 – MARINO PERASSI, *L'attività delle banche in "securities" e la disciplina dei contratti-derivati in Giappone*, aprile 1996.
- n. 41 – ENRICO GALANTI, *Norme delle autorità indipendenti e regolamento del mercato: alcune riflessioni*, novembre 1996.
- n. 42 – M. PERASSI – R. D'AMBROSIO – G. CARRIERO – O. CAPOLINO – M. CONDEMI, *Studi in materia bancaria e finanziaria*, novembre 1996.
- n. 43 – *Convegno Per un diritto della concorrenza* (Perugia, giugno 1996), dicembre 1996.
- n. 44 – *Crisi d'impresa, procedure concorsuali e ruolo delle banche*, marzo 1997.
- n. 45 – DONATELLA LA LICATA, *La cessione di rapporti giuridici "individuabili in blocco"*

nell'art. 58 del T.U. bancario, aprile 1997.

- n. 46 – PAOLO CIOCCA – ANTONELLA MAGLIOCCO – MATILDE CARLA PANZERI, *Il trattamento fiscale dei rischi sui crediti*, aprile 1997.
- n. 47 – P. DE VECCHIS – G.L. CARRIERO – O. CAPOLINO, M. MANCINI, R. D'AMBROSIO, *Studi in materia bancaria e finanziaria 1996*, settembre 1997.
- n. 48 – GIUSEPPE CARRIERO, *Il credito al consumo*, ottobre 1998.
- n. 49 – *Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela*, marzo 1999.
- n. 50 – A. MAGLIOCCO – D. PITARO – G. RICOTTI – A. SANELLI, *Tassazione del risparmio gestito e integrazione finanziaria europea*, settembre 1999.
- n. 51 – ENRICO GALANTI, *Garanzia non possessoria e controllo della crisi di impresa: la floating charge e l'administrative receivership*, gennaio 2000.
- n. 52 – *Bankruptcy Legislation in Belgium, Italy and the Netherlands*, (Brussels, 7 July 2000), giugno 2001.
- n. 53 – VINCENZO TROIANO, *Gli Istituti di moneta elettronica*, luglio 2001.
- n. 54 – STEFANO CAPIELLO, *Prospettive di riforma del diritto di recesso dalle società di capitali: fondamento e limiti dell'autonomia statutaria*, luglio 2001.
- n. 55 – BRUNA SZEGO, *Il venture capital come strumento per lo sviluppo delle piccole e medie imprese: un'analisi di adeguatezza dell'ordinamento italiano*, giugno 2002.
- n. 56 – AA.VV., *Diritto Societario e Competitività in Italia e in Germania*, luglio 2003.
- n. 57 – GIANMARIA MARANO, *I patrimoni destinati in una prospettiva di analisi giuseconomica*, giugno 2004.
- n. 58 – ENRICO GALANTI E MARIO MARANGONI, *La disciplina italiana dei Covered Bond*, giugno 2007.
- n. 59 – MARCO MANCINI, VINCENZA PROFETA E NICOLA DE GIORGI, *La Centrale d'Allarme Interbancaria nella disciplina sanzionatoria dell'assegno*, settembre 2007.
- n. 60 – MARCELLO CONDEMI E FRANCESCO DE PASQUALE, *Lineamenti della disciplina internazionale di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo*, febbraio 2008.
- n. 61 – BRUNA SZEGO, *Le impugnazioni in Italia: perchè le riforme non hanno funzionato?*, luglio 2008.
- n. 62 – RENZO COSTI E FRANCESCO VELLA, *Banche, governo societario e funzione di vigilanza*, settembre 2008.

*Finito di stampare
presso il Centro Stampa
della Banca d'Italia in Roma.*