

Tratto da:

"L'adempimento delle obbligazioni pecuniarie nell'era digitale. Dalla moneta legale alla moneta scritturale e digitale "legalmente" imposta".

di Massimo Giuliano, Giappichelli Editore, 2018.

INTRODUZIONE

La costante crescita degli scambi commerciali e lo sviluppo tecnologico ed informatico hanno dato una forte accelerazione all'utilizzo di strumenti di pagamento alternativi al contante, modalità di pagamento necessarie per ovviare di ricorrere alla *traditio* dei pezzi monetari. In passato, prima dell'avvento delle carte di credito, il privato che si recava all'estero poteva utilizzare i *traveller's cheques*, che permettevano al turista di avere con una somma di denaro da utilizzare per i pagamenti nel paese di destinazione. Si è, quindi, sviluppata una vera e propria industria dei pagamenti elettronici, caratterizzata da complesse architetture tecnologiche in grado di gestire ed effettuare operazioni di pagamento in modo sicuro e veloce tanto a supporto del commercio elettronico, quanto degli scambi quotidiani. L'acquisto di un volo o una vacanza, la prenotazione di un hotel o il noleggio di un'auto si effettua, oggi, con carta di credito o moneta elettronica, via web, senza necessità alcuna di spostarsi per effettuare il pagamento e ricevere il bene o servizio.

Lo sviluppo di strumenti di pagamento innovativi, in grado di sfruttare le potenzialità offerte dalla tecnologia informatica non poteva che influenzare lo stesso oggetto dello scambio, la moneta, intesa non più quale mezzo di scambio fondato sul suo valore intrinseco, quale valore ideale dell'unità monetaria, del tutto slegata dalla materialità della consegna. Il sistema tradizionale, consistente nella consegna materiale di moneta metallica o di banconote a corso legale, è stato, infatti, largamente soppiantato dalla moneta bancaria¹, attraverso l'utilizzo diffuso

¹La moneta bancaria è costituita dalle disponibilità liquide in conti correnti bancari ed è posta in circolazione con assegni, giroconti, bonifici, disposizioni permanenti, utilizzo di carte di credito e di debito, bancomat, borsellino elettronico. Si tratta di debiti

di assegni, bonifici e carte di pagamento, in cui la quantità di moneta viene trasferita, tra gli operatori finanziari che si interpongono nelle transazioni, attraverso impulsi elettronici, espressione della posizione monetaria attribuibile ad un soggetto.

Sono state quindi sviluppate soluzioni più innovative in grado di effettuare il trasferimento di moneta bancaria tramite telefono cellulare e *tablet (m-payments)* o semplicemente avvicinando la carta di pagamento al dispositivo POS – *Point Of Sale (contactless)*. Alla moneta scritturale si è poi affiancata la moneta elettronica, una forma più evoluta di pagamento in cui lo scambio di *bit* avviene direttamente tra due soggetti senza l'intermediazione di alcun prestatore di servizi di pagamento. Si è quindi parlato di “quarta generazione” dove la moneta elettronica, detta anche *e-money*, rappresenterebbe la forma più evoluta di mezzo alternativo al contante, destinata a diventare un vero e proprio surrogato della moneta, specialmente laddove si considera che il trasferimento tra due soggetti avviene senza l'intervento di un intermediario finanziario, come nel caso del contante. Si assiste dunque al passaggio verso sistemi di pagamento *cashless*, i quali, per competere con la moneta cartacea e metallica, dovranno essere sicuri, veloci ed efficienti.

Si è parlato di *cashless society*, proprio per indicare una società in cui i pagamenti vengono effettuati senza contanti, traguardo che non è così lontano, nonostante la ritrosia della maggioranza di contribuenti e consumatori, che spesso preferiscono l'utilizzo dei pezzi monetari, vuoi per ragioni di *privacy*, vuoi per la percezione più chiara delle spese effettuate in rapporto a quanto resta in tasca. Basti pensare all'evoluzione normativa in atto nel nostro ordinamento, il cui decisivo impulso si è avuto proprio nella pubblica amministrazione con la creazione di una piattaforma tecnologica per assicurare l'interconnessione e l'interoperabilità tra le pubbliche amministrazioni ed i prestatori di servizi di pagamento, denominata “Nodo dei Pagamenti-SPC”, con funzione di gestire i pagamenti elettronici dei cittadini verso le istituzioni connesse alla piattaforma. Fino a giungere al recente recepimento della direttiva (UE) 2015/2366 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno (c.d. *payment service directive* o, in breve, conosciuta anche per PSD2), che modifica le dir. 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e il reg. (UE)

a vista delle banche, ovvero sia di passività rappresentate dai conti correnti in contropartita con i depositanti.

n. 1093/2010, e abroga la precedente dir. 2007/64/CE sui servizi di pagamento (c.d. PSD), che aprirà le porte anche in Italia a nuovi attori in concorrenza con le banche: i Pisp (*payment initiation service providers*) e gli Aisp (*Account information services providers*), i quali erogheranno, rispettivamente, il servizio di disposizione di ordini, servizio mediante il quale un soggetto terzo si frappone tra il pagatore ed il suo conto di pagamento online, dando impulso al pagamento a favore di un terzo beneficiario, e il servizio di informazione sui conti, messo a disposizione degli utenti di servizi di pagamento aventi conti accessibili online, attraverso cui il pagatore può ottenere un'informazione completa su tutti i propri conti di pagamento, anche se intrattenuti con molteplici intermediari. Questo nuovo assetto regolamentare realizzerà quello che nel 1994 Bill Gates ha preconizzato: “*the world needs banking not banks*”², in cui lo smartphone diventerà il conto corrente e carta di pagamento allo stesso tempo. Si pensi a Facebook che consente ai suoi utenti Usa di effettuare pagamenti verso i soggetti inclusi nei propri contatti ed è intenzionata ad esportare in Europa tale “*new digital payment*”; o Alibaba, che ha lanciato il suo AliPay, o Apple e Samsung impegnati a sfidarsi con l'offerta dei nuovi servizi di pagamento. Siamo nell'era di Gafa (Google, Apple, Facebook, Amazon), dove il futuro del sistema bancario europeo è fortemente minacciato nel suo *business* tradizionale, dove chi vince è chi ha il controllo del cliente. Con l'entrata in vigore della PSD2 il tradizionale paradigma della banca quale principale fornitore di servizi di pagamento – in parte spiegato dalla difficoltà di ottenere una licenza bancaria e dalla scarsa fiducia dei consumatori nei confronti di terzi soggetti – è destinato a mutare, in quanto sarà molto

²L'integrazione con le banche sarà reso possibile grazie alle API, che consentiranno l'operatività di tali nuovi soggetti senza necessità di doversi dotare di una infrastruttura propria delle banche. Le API (*Application Programming Interface*), in particolare, sono delle interfacce che permettono a due applicazioni di parlarsi e scambiarsi informazioni o di utilizzare una funzione di un software all'interno di un'altra applicazione. Nel settore bancario, le API possono essere utilizzate per abilitare aziende *Fintech* a utilizzare i dati bancari per conto della clientela in modo innovativo, permettendo ad esempio ai clienti di utilizzare app sul proprio smartphone per monitorare le proprie spese, di dare impulso ad un pagamento o personalizzare lo strumento di pagamento in ambiti specifici come ad esempio l'app “dividi il conto” (sviluppata da CommBank e basata su una piattaforma aperta – API – per la gestione dei POS) che permette ai commercianti di accettare pagamenti multipli rendendo la vita molto più facile, ad esempio, ad un gruppo di amici, per dividere, raccogliere il denaro e pagare il conto.

più semplice per i soggetti diversi dalle banche (le c.d. società *Fintech*³, gli istituti di pagamento, gli istituti di moneta elettronica e i nuovi prestatori di servizi di pagamento) entrare nel mercato dei pagamenti con soluzioni innovative in grado di soddisfare le esigenze dei consumatori e imprese in termini di efficienza e a costi sempre più ridotti.

In questo vortice evolutivo il denaro non può che subire la sua ennesima mutazione, per adattarsi a soddisfare le nuove abitudini dei consumatori, che richiedono sempre di più servizi di pagamento digitali e istantanei, impensabili con l'uso di denaro contante.

Si pensi, invece, alla Svezia, considerato lo Stato tra i più virtuosi in Europa nel pagamento con carta di credito e bancomat, che ha di fatto quasi abolito totalmente l'uso dei contanti e dove sono numerosi i negozi "*free cash area*", esercizi nei quali è di fatto impossibile l'utilizzo della banconota. La stessa Riksbank, la Banca Centrale svedese, al fine di giungere ad una totale eliminazione della moneta contante, sta valutando l'introduzione di una valuta elettronica nazionale, l'*e-krona*, che potrebbe avvalersi della tecnologia *blockchain* – la stessa sulla quale circola il bitcoin, la moneta digitale "privata" per eccellenza – per la gestione della sua circolazione nel mercato.

Vi è poi chi si è spinto oltre, come il municipio di Chiasso, in Svizzera, che ha seguito l'esempio di un'altra cittadina, Zugo, dell'omonimo Cantone, ha ufficialmente comunicato che dal 2018 accetterà i pagamenti delle tasse locali in bitcoin, nell'importo massimo di 250 franchi. Si tratta di una decisione rilevante poiché pone la moneta virtuale, entro certi limiti, sullo stesso piano della valuta nazionale, infrangendo lo schema legale esistente. La diffusione di internet ha connesso l'intero globo e per quello che una volta si faceva in più giorni oggi bastano po-

³ Il termine "Fintech" deriva dall'unione di due parole "fin" come finanza e "tech" come tecnologia. Il Fintech o tecnologia finanziaria o tecnofinanza riguarda la digitalizzazione del sistema bancario e finanziario che usa la tecnologia per rendere il sistema stesso più efficiente. La Banca d'Italia, in un recente rapporto, chiarisce che con tale termine si vuole indicare l'«innovazione finanziaria resa possibile dall'innovazione tecnologica, che può concretizzarsi in nuovi modelli di business, processi o prodotti, producendo un effetto determinante sui mercati finanziari, sulle istituzioni, o sull'offerta di servizi»: l'utilizzo della tecnologia costituisce pertanto un elemento necessario per rendere possibile l'innovazione finanziaria. In questo senso Fintech in Italia, Indagine conoscitiva sull'adozione delle innovazioni tecnologiche applicate ai servizi finanziari, 2017, http://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/analisi-sistema/stat-banche-intermediari/Fintech_in_Italia_2017.pdf (sito web consultato nel mese di dicembre 2017).

chi minuti. L'intensificarsi degli scambi commerciali internazionali, la sfiducia verso il sistema bancario, accusato di aver innescato la più grave crisi del secolo, la dematerializzazione del denaro, raffigurato non più in qualcosa di tangibile, ma semplicemente attraverso un'annotazione contabile, ha portato alla rottura della modalità tradizionale di effettuare transazioni. Ha inoltre fatto nascere una moneta sottratta al controllo statale, per la cui circolazione si richiede il costante impiego di un intermediario finanziario, verso il quale si doveva e si deve riporre fiducia per la sua circolazione; una moneta "virtuale" generata attraverso la "semplice" potenza computazionale dei computer, attraverso un formidabile algoritmo e un sistema di crittografia, che, allo stesso tempo, garantisce l'anonimato e l'identità del possessore, e che, inizialmente circolante solo nel mondo virtuale tra utenti, è, ora, impiegata anche in un sistema regolamentato di pagamenti, verso enti pubblici.

In un tale contesto, il giurista non può che porsi il delicato problema dell'efficacia solutoria di tali strumenti di pagamento, regolati e non, in relazione non solo a quanto disposto dall'art. 1277 c.c., che resta tutt'ora il pilastro normativo in tema di disciplina delle obbligazioni pecuniarie, ma anche in relazione al nuovo quadro normativo comunitario e nazionale, in continua evoluzione, sui servizi di pagamenti e sulla moneta elettronica, in grado di interferire – sul piano degli effetti – nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria.

Nel silenzio del legislatore, la mancanza di regole o, semplicemente l'incapacità di comprendere il nuovo che avanza, ha spinto, ancora una volta, la giurisprudenza a farsi portatrice delle istanze di rinnovamento e, sulla scia della più attenta dottrina, ha opportunamente riletto l'art. 1277 c.c. alla luce del diffondersi di nuovi meccanismi di trasferimento della moneta bancaria, svincolando l'esatto adempimento dell'obbligazione pecuniaria alla sola consegna del danaro contante. Il passo in avanti fatto dalla corte di legittimità, che attribuisce efficacia solutoria nel nostro ordinamento dei mezzi di pagamento alternativi al danaro contante, nella specie assegno bancario, non appare sufficiente e al passo con i tempi, se si considera che tale efficacia solutoria resta comunque subordinata – nel principio enunciato dalla Corte – ad un giudizio fondato sulla buona fede del creditore, che non può rifiutare un siffatto pagamento in assenza di valide ragioni, anziché oggettivarsi nel rispetto della procedura di pagamento⁴.

⁴Cass. s.u. 18-12-2007, n. 26617, Banca borsa tit. cred. 2008, 5, II, 553 (nota di Lemme).

È sicuramente significativa l'interpretazione adeguatrice della Corte di legittimità, laddove si è passati dal considerare l'assegno al creditore quale strumento di pagamento *pro solvendo*, che il creditore può legittimamente rifiutare, salvo diverso accordo tra le parti (Cass. n. 1351/1998), a mezzo di pagamento alternativo al danaro contante che il creditore può rifiutare solo per giustificato motivo da valutare secondo la regola della correttezza e della buona fede oggettiva.

Tale indirizzo interpretativo è stato poi ribadito dalle stesse Sezioni Unite nel 2010⁵, la quale ha in un certo qual modo rafforzato il principio in precedenza enunciato circa l'efficacia solutoria dei pagamenti effettuati con mezzi diversi dal contante, precisando che «il solo fatto dell'adempimento, da parte del debitore, della propria obbligazione pecuniaria con un "altro sistema" di pagamento (...) che, comunque, assicuri ugualmente la disponibilità della somma dovuta, non legittima affatto il creditore a rifiutare il pagamento stesso essendo all'uopo necessario che il rifiuto sia sorretto anche da un "giustificato motivo", che il creditore deve allegare ed all'occorrenza anche provare».

Ma ciò evidentemente non basta. Per quanto si voglia allargare la maglia dell'interpretazione evolutiva dell'art. 1277 c.c. tessuta dai giudici non si potrà fare a meno di ricercare, anche altrove rispetto al codice, quelle norme che, quand'anche solo indirettamente, influiscono sulla modalità di estinzione dell'obbligazione pecuniaria. Ed è altrettanto evidente che non dipenderà affatto dalla tecnologia utilizzata per processare un pagamento, tale anche da consentire un pagamento elettronico in *real time*⁶, a costituire l'elemento decisivo per stabile il momento in cui il rapporto obbligatorio troverà piena attuazione e, quindi, quando risulti soddisfatto l'obbligo del debitore e soddisfatto il diritto del creditore, nel rispetto del paradigma espresso dall'art. 1277 c.c., se ad essere trasferita non è moneta contante, ma moneta bancaria o elettronica. Non si potrà, dunque, in tale ricerca, fare a meno di riferirsi al

⁵ Cass. s.u. 4-6-2010, n. 13658, Il civilista, 2011, 6, 42.

⁶ Il 21-11-2017 ha preso ufficialmente il via in 34 Paesi SEPA il sistema *SCT Inst Scheme* promosso dall'EPC (*European Payment Council*). *SCT Inst* è una soluzione di bonifico istantaneo, comunemente definita *Instant Payment*, che permette di trasferire fondi da conto corrente a conto corrente in meno di 10 secondi tra i correntisti di tutta l'area SEPA. I servizi basati su questo schema, inoltre, saranno disponibili 24 ore su 24, 365 giorni all'anno.

d.lgs. 27-1-2010, n. 11⁷ relativo ai servizi di pagamento nel mercato interno che neanche troppo involontariamente, ha influito sulla disciplina codicistica dell'adempimento dell'obbligazione, pensata e scritta in un'epoca in cui le transazioni avvenivano esclusivamente a mezzo denaro contante, senza la necessaria mediazione di altri soggetti per il trasferimento di disponibilità monetarie. Alla luce della citata disciplina, l'intero procedimento solutorio, sebbene unico nel suo dispiegarsi, ancorché connotato da una sequenza continua di atti scadenzati entro termini ben precisi fissati dalla legge, si caratterizza proprio per la non necessaria coincidenza temporale del momento al quale attribuire l'effetto estintivo dell'obbligo del debitore con quello satisfattivo dell'interesse del creditore. Cosicché, si potrà parlare di inadempimento imputabile al debitore, nei rapporti con il creditore, solo nel caso in cui il pagamento e il conseguenziale accredito del conto del prestatore dei servizi di pagamento del creditore avvenga in un tempo successivo alla scadenza dell'obbligazione pecuniaria. Giammai questo potrà accadere nel caso in cui sia il prestatore dei servizi di pagamento del creditore a rimettere in ritardo l'importo ricevuto al proprio cliente.

Proprio su tale ultimo aspetto si tenterà di fornire una risposta, anche alla luce della ribadita volontà legislativa di obbligare i soggetti all'utilizzo di mezzi di pagamenti alternativi al contante anche nelle transazioni di piccolo importo. Tale volontà si inserisce, inequivocabilmente, nello schema di regolazione del procedimento di trasferimento di fondi oggetto della disciplina dei servizi di pagamento poc'anzi accennata.

⁷ Il d.lgs. n. 11/2010 ha dato attuazione della dir. 2007/64/CE, c.d. *Payment Services Directive*, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle dir. 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE, 2006/48/CE, e che abroga la direttiva 97/5/CE. Come accennato, il d.lgs. n. 11/2010 è stato recentemente oggetto di modifica a seguito del recepimento della direttiva PSD2.

La didattica del diritto civile

a cura di Salvatore Mazzamuto e Enrico Moscati

Massimo Giuliano

L'adempimento delle obbligazioni pecuniarie nell'era digitale

Dalla moneta legale alla moneta scritturale e digitale “legalmente” imposta



G. Giappichelli Editore – Torino